

נחתם ביום 2/7/23

ע"ע 36180-12-22

בבית הדין הארצי לעבודהבעניין:

המערער: שחר כהן

נגד

המשיבה: מפעלי ים המלח בע"מ

מצטרפת: נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – משרד המשפטים

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

ת.ד. 34255 סניף שטנר, ירושלים 9134100

טל' 073-3925882, 073-3921691; פקס 073-3925888

עמדת נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

בהמשך להחלטת בית הדין מיום 6/6/23 מוגשת בזאת עמדתה של נציבות השוויון 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 בכתב הערעור ובפסק הדין של ביה"ד האזורי, כפי שהורה בית הדין בהחלטה מיום 6/6/23.

3. המשיבה - מפעלי ים המלח בע"מ, הממוקמת בסדום, בה עבד המערער עד פציעתו - היא חברת בת של חברת ICL וחלק מקבוצת ICL. המערער, שעבד כמסגר, נפגע בגב ובצוואר בעקבות פגיעה ממפתח צינורות עמו עבד ועבר ניתוח בצוואר. הפגיעה הוכרה כתאונת עבודה.
4. בהתאם לעובדות שנקבעו ע"י בית הדין - המערער הציג אישורים של רופא תעסוקתי ושל כירורג אורתופדי הקובעים כי בעקבות המוגבלות הוא מתאים לעבודה בעלת אופי משרדי בלבד, עבודה במקום שלא דורש נסיעות ארוכות ו/או הליכה למרחקים ארוכים. הגבלות אלה אושרו ע"י הרופא התעסוקתי ד"ר ירון יגב, שהמערער נבדק על ידו לבקשת המשיבה.

סוגיית פנסיית הנכות

5. **עמדת נציבות השוויון היא שאין בקביעת וועדה רפואית של קרן פנסיה ואין בזכאות לפנסיית נכות כדי לקבוע שאדם אינו מסוגל להשתלב בשוק העבודה.** בדיוק כפי שאין בזכאות לקצבת ביטוח לאומי עקב נכות כדי למנוע מהאדם להשתלב בשוק העבודה. ההיפך הוא הנכון – תכליתו של חוק השוויון הוא שילובם של אנשים עם מוגבלות בתעסוקה, כאשר חלק לא מבוטל מהם זכאים לקצבאות נכות מקרן הפנסיה ומהביטוח הלאומי.
6. המדינה מעודדת אנשים שמקבלים קצבאות נכות לצאת לעבודה ו/או להמשיך לעבוד באמצעות הגדלת ההכנסה הכוללת המורכבת מקצבה והכנסה מעבודה, ובכך לעודד מקבלי קצבת נכות כללית להשתלב בשוק העבודה, זאת בהמשך להמלצותיה של 'ועדת לרון' ותיקון 109 לחוק הביטוח הלאומי בשנת 2009. על פי תיקון 109 לחוק הביטוח הלאומי זכאים להסדר המטיב אשר קובע כי הסכום הכולל מהכנסות מעבודה ומקצבת נכות יהיה תמיד גבוה יותר מסכום הקצבה בלבד, גם מקבלי קצבת נכות אשר נקבעה להם דרגת אי כושר בשיעור 100%. קרי, גם חוק הביטוח הלאומי מכיר ביכולתו של מי שנקבעה לו דרגת אי כושר בשיעור של 100% להשתלב בשוק העבודה.

ראה לדוגמא הקישור לאתר הבל"ל ברובריקה - **"לעבוד ולקבל קצבת נכות"**¹.

בעניין קופולק קבע בית דין זה כדלקמן:

"המעסיק לא יכול לצאת ידי חובתו בכך ששילם את הנדרש לפי דין למוסד לביטוח לאומי ולקרן הפנסיה של העובד תוך כדי תקופת עבודתו, ובכך סייע להיווצרותה של 'רשת בטחון סוציאלית'. תכליתו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות היא השתתפות והשתלבות של אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה הלכה למעשה, ותכלית זו לא תושם ע"י ישיבת העובד בביתו תוך קבלת קצבאות" (סיפא לפסקה 79).

¹ <https://www.btl.gov.il/benefits/Disability/Pages/laavod.aspx>

נכון לסקר החברתי האחרון שפרסמה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה – נכון לשנת 2021 שיעור התעסוקה של אנשים עם מוגבלות עמד על 53% לעומת שיעור של 78% מועסקים בקרב אנשים ללא מוגבלות. חוק השוויון וחוק הביטוח הלאומי נועדו להעלות את שיעור התעסוקה של אנשים עם מוגבלות תוך הסרת חסמים בשוק התעסוקה וכן במנגנון הקצבאות.

ההשפעה של השתכרות מעבודה במקביל לקבלת קצבת נכות יכולה לבוא לידי ביטוי בהפחתה הדרגתית של הקצבה החל מדרגת השתכרות מסוימת ומעלה, כאשר השינוי שהכניס תיקון 109 לחוק הביטוח הלאומי הוא יצירת מנגנון שבו משתלם למקבל הקצבה לעבוד, באופן בו יש מקסום של הכנסתו הכוללת מהקצבה ומהעבודה.

7. כך גם לגבי פנסיות הנכות המשולמות למבוטחים בהתאם לתקנון הקרן – ההשלכה של השתכרות מעבודה במקביל לקבלת פנסיית נכות יכולה לבוא לידי ביטוי בהפחתה של פנסיית הנכות בשיעורי השתכרות מסוימים. לפי פסה"ד קמא המערער היה מבוטח בקרן הפנסיה 'מנורה מבטחים'. מעיון בתקנון הקרן באינטרנט ניתן לראות כי סעיף 82 לתקנון עוסק ב'קצבת נכות לנכה המשתכר מעבודה' (מצורף **כנספח א'**). בסעיף אין כל הגבלה על עבודה במקביל לקבלת פנסיית נכות, אלא מצוין בו מנגנון הקובע באיזו רמת שכר תחול הפחתה מפנסיית הנכות. בכל אופן, בפסה"ד לא צוין כי קיימת הוראה כלשהי בתקנון הקרן או בפוליסה שרכש המערער המונעת ממנו לעבוד עת מקבלים פנסיית נכות.

8. **הרופאים התעסוקתיים והמומחים שחיוו את דעתם בעניינו של המערער הם בעלי המומחיות בתחום התעסוקה בכל הנוגע להשפעת המצב הרפואי על יכולת ביצוע העבודה ובדבר המגבלות הנדרשות.** ודוק, לאחד מהם, ד"ר יגב - הופנה המערער ע"י המשיבה עצמה (ראה פסקה 8 לפסה"ד קמא וכן ציטוט מעדות מנהלת משאבי אנוש בפסקה 31).

בעוד שהוועדה הרפואית של הקרן קובעת את קביעותיה בהתאם לתקנון הקרן, הרי שהרופאים התעסוקתיים קובעים את קביעותיהם בהסתמך על היכרותם עם שוק העבודה ועם המוגבלויות השונות.

לא ראינו בפסק הדין קמא קביעה לפיה המסמכים הרפואיים שהועברו לרופאים התעסוקתיים היו חסרים או לא מעודכנים (כאשר להבנתנו הם גם בדקו את המערער באופן אישי). כמו כן, להבנתנו, המערער לא התבקש להציג מסמך מעודכן שיופנה לרופאים התעסוקתיים שהמליצו על המגבלות, כדי להבין האם השתנה דבר מה מהותי בהמלצתם.

9. זאת ועוד, קביעת זכאות לפנסיית נכות הינה בהתאם לתנאי המוצר הפנסיוני שבחר העובד (תנאי התקנון, לפי העניין) והיא לאו דווקא חופפת קביעה של רופא תעסוקתי להישאר בשוק העבודה במגבלות מסוימות. בסעיף 20 לפסה"ד קמא מצוין כי הוועדה הרפואית של קרן הפנסיה קבעה שהמערער "אינו כשיר לעיסוקו או לכל עיסוק סביר אחר". משום שעיסוקו של המערער היה מסגר הרי שייטכן שהמלצת הרופאים התעסוקתיים לעבודה משרדית עולה בקנה אחד עם הדבר, ולא ברור מדוע עולה מכך שהיה על המערער להביא אישור רפואי

מעודכן. בעניין זה ראה סעיף 37 לערעור. בכל אופן, מדובר בשתי פלטפורמות שונות שהדגש ואמות המידה שלהן סותרים האחד את השני.

10. גם בעניין **קופולק** שנדון בבית דין זה, העובד קיבל פנסיית נכות וכן קצבה של ביטוח לאומי, כאשר לא היה בכך כדי למנוע את השבתו לעבודה ומינוי מומחה להתאמות. הדבר עלה בהקשר לטענה של קיזוז הקצבה/פנסיה מפיצוי שנפסק לעובד בגין אי תשלום שכר עבודה (פסקה 84 לפס"ד קופולק).

סוגיית איתור התאמות בחברות הקשורות

11. **לטענת המערער**, חובת ההתאמות משתרעת גם על מאמץ לאתר משרה חלופית בקבוצת ICL בבאר שבע והסביבה. בעניין זה הפנה לכך שיש עובדים של המשיבה המושאלים למטה בבאר שבע. **לטענת המשיבה**, מדובר בישויות משפטיות נפרדות ומשכך למערער אין כל זכות לדרוש כי יועסק בחברות אחרת בקבוצת ICL (להלן: "**החברות הקשורות**"). לכל אחת מהן תנאי העסקה והסכמים קיבוציים שונים, הנהלות נפרדות וכו'. בכל אופן, נטען, כי המשיבה בצעה בדיקה במטה בבאר שבע אך לא נמצא תפקיד מתאים.

12. ביה"ד קמא הזכיר בפסק דינו את טענת המשיבה כי בבאר שבע שוכנים משרדי מטה חברת ICL, חברת האם של המשיבה, כאשר המטה נותן שירותים מקצועיים לכלל החברות בקבוצה ובחוו"ל (פסקה 14). כן מוזכרת עדותה של מנהלת משאבי אנוש של המשיבה לפיה מנהלת הגיוס בחברת האם נותנת מענה לכל החברות בקבוצת ICL (פסקה 31 לפסה"ד).

13. ביה"ד קמא קיבל את טענת המשיבה וקבע כי עקרונית חובת ההתאמות חלה רק על החברה המעסיקה – המשיבה עצמה, ולא על חברות אחרות הקשורות אליה בקשר תאגידי. עם זאת קבע כי ממילא המשיבה עשתה מאמצים לאתר גם משרות בחברות הקשורות, וקיבל את עמדת המשיבה שלא נמצאה משרה מתאימה (פסקאות 30-31 לפסה"ד).

14. בהודעת הערעור הועלו על ידי המערער טענות עובדתיות בנוגע למעורבות חברת האם ICL בהליך פיטוריו; כך, בהודעת הערעור נטען כי השימוע נערך בבניין ICL, כי הייתה נוכחות של נציגי ICL בשימוע, כי מכתב הפיטורים ומסמכים אחרים הקשורים לכך נושאים את הלוגו של ICL. בין היתר מפנה המערער לפרוטוקול ההוכחות (פסקאות 30, 56 לערעור).

כאמור לעיל, בהתאם להחלטת בית הדין עיינה הנציבות רק בפסק הדין ובהודעת הערעור ולכן לא ידוע לנו אם טענות אלה הועלו בביה"ד קמא ואם יש להן עיגון בראיות. בכל אופן, ככל שבית הדין הנכבד יסבור כי יש מקום לדון בטענות אלה במסגרת הערעור, לעניות דעתנו עשויה להיות משמעות משפטית להתקיימות העובדות שתוארו בערעור לעיל.

15. **עמדת נציבות השוויון היא כי בנסיבות קונקרטיות בהן הוכח כי המעסיק קשור לחברות אחרות, אשר יש להן זיקה משמעותית להעסקת העובד עם המוגבלות, יהיה מקום לראות**

את חובת המעסיק לאתר התאמה בדמות תפקיד חלופי והיקפה, ככוללת גם חובת השתדלות לעשות מאמצים לכך מול אותן חברות. זאת לאור תכליתו של חוק השוויון והפרשנות הרחבה שניתנה לחובת ההתאמות בפסיקה. בענייננו, נטען בהודעת הערעור כי במישור העובדתי הייתה מעורבות של החברות הקשורות בהעסקת העובד ובהליך פיטוריו, כאשר המשיבה טענה שממילא נעשתה פניה שלה המשיבה לחברת האם לצורך איתור תפקידו חלופי.

16. הדברים האמורים לעיל מקבלים משנה תוקף בשים לב לחובה המוגברת החלה על המעסיק עת המוגבלות נגרמה עקב **תאונת עבודה** במהלך תקופת העסקתו אצלה, כפי שהיה בענייננו, נקודה שביה"ד קמא עמד עליה בפסקה 27 לפסק דינו.

האם נעשה די למציאת תפקיד חלופי בחברות הקשורות

17. בית הדין קמא קבע כי הגם שמבחינה עקרונית הוא סבור שאין חובה מכח הדין לבדוק תפקיד חלופי בחברות קשורות, הרי שבפועל השתכנע כי המשיבה כן חיפשה בהן תפקידים חלופיים. ביה"ד קמא הפנה לעדותה של מנהלת משאבי אנוש במשיבה, גב' טרבלסי, לפיה פנתה למנהלות משאבי אנוש במטה ICL ובקשה לערוך בדיקה אך קיבלה תשובה שלילית ולא נמצאו משרות רלבנטיות לכישוריו והשכלתו של המערער (פסקה 31)

18. כידוע, הפרת סעיף 8 לחוק השוויון לאו דווקא כרוכה בקיומה של כוונה רעה או כוונה להפלות. 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 (בג"צ מחמלי², פסקה 34; פס"ד קופולק, פסקה 55).

מבלי להמעיט באפשרות שאכן הייתה כוונה כנה לנסות ולהשאיר את המערער בעבודה – **נציבות השוויון סבורה כי לפחות מהעולה מפסק הדין נראה כי המשיבה לא עמדה בדרישות הפסיקה המצופות ממעסיק בכל הנוגע לתהליך איתור ההתאמות.**

במספר לא מבוטל של תיקי מוגבלות, המאמצים שנעשים ע"י המעסיק מתמצים בפניית משאבי אנוש לגורמים שונים על מנת לבחון אם יש תפקידים פנויים, וכשמתקבלות תשובות שליליות מאותם גורמים, נסתם הגולל על התהליך. אך בכך לא די ורמה זו של בדיקה אינה מספיקה ולא יהיה בה כדי לקדם את תכליות החוק.

19. בייחוד לא ברור מפסק הדין, ועל פניו נראה שלא קוימו הדרישות – של עריכת **שיח משותף עם המערער** על מנת לבדוק את סוגית ההתאמות וכן של **התייעצות עם מומחים** לשילוב אנשים עם מוגבלות בתעסוקה. זאת בייחוד בשים לב לכך שהמשיבה בעצמה היא מעסיק גדול וגם חלק מאשכול חברות גדול מאד במשק, כך לדוגמא מדובר במעסיק גדול יותר מחברת

² בג"צ 6069/10 רמי מחמלי נ' שב"ס ואח', מיום 5/5/14; ע"ע 61235-02-17 קופולק בע"מ נ' חנשווילי, מתאריך 16/10/18.

קופולק בע"מ – אשר נקבע כי הוא מעסיק פרטי ולא גדול ועדיין ההתאמות להן נדרש לא היוו נטל כבד מדי³.

20. בכל הנוגע לסוגיית העובדים המושאלים מהמשיבה לחברת האם: המשיבה טענה כי מכח הסכם קיבוצי מיוחד משנת 2015, מושאלים מהמשיבה לחברת האם מספר עובדים בתפקידים מקצועיים שונים. ביה"ד קמא קבע כי "במטה ICL בבאר שבע מועסקים גם עובדים של הנתבעת, אך מדובר רק בעובדים שהועסקו בבאר שבע טרם הקמת מטה ICL ואשר הושאלו והוכפפו למטה עם הקמתו מכח הסכם קיבוצי משנת 2015. לפיכך איננו רואים בעובדה זו כדי לגרוע מההפרדה בין החברות השונות בקבוצה" (פסקה 30). בעניין זה טען המערער בערעור כי בהוכחות עלה שיש עובדים עם מוגבלות שעובדים בבאר שבע ולא בחברה המקורית שלהם, כשלהבנתנו התכוון לעובדים שנוידו מהמשיבה ל- ICL (פסקה 57 להודעת הערעור).

גם אם מתכונת ההעסקה של העובדים המושאלים היא בנסיבות מיוחדות, הרי שאף מציאת התאמות נדרשת להיבחן בפריזמה מיוחדת שכל כולה גמישות מחשבתית והגמשת נהלים ומשכך, בנסיבות בהן עולה כי קיימת מתכונת של השאלת עובדים בין החברות, הדבר מחזק את האפשרות לבחון ברצינות אפשרות להשתמש בפלטפורמה זו של עובדים מושאלים, שכבר קיימת, כדי לבצע התאמה.

21. בפסקאות 105-106 להודעת הערעור, מעלה המערער הצעות לאפשרויות שניתן היה לבחון לגבי. לא ברור אם אלה הועלו על ידו בזמן אמת או בשלב ההליך בביה"ד קמא. ככל שכן, לא ברור אם הדברים נבדקו לעומק. בין היתר מזכיר המערער מרכזי משרדים בבאר שבע וכן יחידה במכון התקנים, מפעלי ברום ברמת חובב (עשר דקות מבאר שבע). כן מציין המערער חברת מגנזיום בסדום שמבנה משרדים השייך לה ממוקם בבאר שבע ליד תעשייה אווירית, כשלטענתו הדבר כלל לא נבדק בטענה שהחברה עצמה ממוקמת בסדום. יש להניח שאם היה נערך שיח מסודר עם המערער בזמן אמת לגבי סוגיית ההתאמות, כמצוות הפסיקה, דברים אלה היו עולים על השולחן וניתן היה לבדוק אותם לעומק.

22. בית הדין הארצי עסק בהרחבה בשאלת ההתאמות, במיוחד בפסקי הדין בעניין - **קופולק נ' חנשווילי ושולי רוזנברג נ' גיוון אימג'ינג בע"מ**⁴.

³ קופולק, בסוף עמ' 45 לפסה"ד.

⁴ עניין קופולק - ה"ש 1 לעיל; ע"ע 48726-11-18 שלום שולי רוזנברג נ' גיוון אימג'ינג בע"מ, מתאריך 6/1/20. בעניין רוזנברג היה ערעור נוסף על פסק הדין המשלים של ביה"ד האזורי שניתן לאחר החזרת התיק לאזורי – ע"ע 39472-06-21, מתאריך 10/11/22.

בפסה"ד בעניין רוזנברג קבע בית דין זה 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'" (ראה פסקאות 24-26).

בכל הנוגע לפן התהליכי של איתור ההתאמות, נקבע כי על המעסיק לבצע את התהליך בשיתוף עם העובד, בשיח הדדי. ישיבה משותפת לשולחן תוך בחינת האפשרויות השונות וירידה לרזולוציות, יכולים להביא למיצוי בצורה הטובה ביותר את בחינת האפשרויות תוך מפגש בין הנתונים הרלוונטים של העובד והנתונים הרלוונטים של המעסיק.

מפסק הדין לא ברור אם היה כזה שיח רציני בין העובד ומהעסיקה.

בהחלטה שניתנה לא מכבר ע"י בית דין זה בעניין **אבי הלמן**⁵ (בסעד זמני) חזר בית הדין על ההלכה כי "**הנטל להוכיח כי סוגיית ההתאמות נבחנה באופן מלא ומקיף מוטל על המעסיק, וחובתו אינה מוגבלת להצעות להתאמות שהעלה העובד, ככל שהעלה. כפי שנפסק, החובה בביצוע התאמות "מחיבת מעסיקים לבחון מחדש את המבנים, הנהלים, הנורמות והפרקטיקות המקובלות של מקום העבודה; להבין כי אינם הכרח או גזירת גורל; ובהמשך לכך למצוא דרכים יצירתיות לתקנם או לשנותם..."**" (פסקה 14 וההפניה שם לעניין קופולק).

לדידנו, הפניית שאלה בדבר תפקידים פנויים ממנהלת משאבי אנוש לגורמים אחרים וסיום התהליך עם קבלת תשובות שליליות, כמתואר בפסק הדין, אינה עומדת בדרישה אקטיבית זו. בסוגיית ההתאמות אין להסתפק בבחינת האפשרויות הרגילות הקיימות בשטח אלא יש להעמיק את החשיבה כמתואר לעיל. אין להסתפק רק בבדיקה של 'מה יש' אלא גם לבדוק 'מה ניתן לעשות כדי שיהיה'.

זאת, כמובן בגבולות הנטל הסביר שאינו כבד מדי – שייבחן בכל מקרה לנסיבותיו. 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).

23. בכל הנוגע לחוות דעת של גורם מקצועי נקבע בעניין קופולק כי - "**ככל שהמעסיק סבור שאין כל אפשרות מעשית ליישם את ההגבלות שנקבעו על ידי הרופא התעסוקתי במקום העבודה,**

⁵ בר"ע 27674-02-23 אבי הלמן נ' החברה למרכזי תרבות וספורט לעובד ולמשפחתו בע"מ (חל"ץ), מתאריך 24/5/23.

מאחר שהגבלות 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 הרלוונטיים 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 ייבחן לפי נסיבותיו, העדרה של חוות דעת מקצועית עשוי לפעול לחובת המעסיק בנסיבות המתאימות..." (קופולק, פסקה 69).

24. 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 בהצטברותם 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 לבחונה ולהחליט אם הוא חפץ בתפקיד החלופי. נזכיר כי שאלת איתורו של תפקידים חלופיים/ם 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.; וכן ראה פסקאות 20-26 לפסה"ד).

סוגיית הכשירות

25. בפסקאות 28-29 עוסק ביה"ד קמא בסוגיית הכשירות וקובע כי "מאחר שהתובע מתגורר בבאר שבע ומקום העבודה של הנתבעת ממוקם בסדום ודורש נסיעה ארוכה, לא ניתן היה להציע לתובע כל תפקיד אחר במקום העבודה בסדום. מהאמור עולה כי התובע נמצא כלא כשיר לבצע את תפקידו הקודם או כל תפקיד אחר במקום העבודה ועל כן אין כל התאמה סבירה שהנתבעת יכולה היתה לבצע במקום העבודה על מנת לאפשר לתובע לשוב לעבודתו בכל תפקיד במקום מושבה של הנתבעת בסדום".

אנו סבורים כי העניין הנדון אינו שאלה של כשירות, אלא סוגיה של התאמות ושאלת הנטל המוטל על החברה בכל הנוגע לאיתור התפקידים החלופיים בחברות הקשורות, כפי שפורט לעיל.

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. לדוגמה - 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).

הפסיקה קבעה 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 התאמות 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).

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

סיגלית פורת - גורנשטיין, עו"ד



נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות
משרד המשפטים