

**בית הדין הארצי לעבודה**

ע"ע 35753-03-24

ניתן ביום 23 יוני 2025

המעוררות

1. רוזה רוכלמר
2. עמותת מרווה, משפט רווחה והעצמה
3. נעמת - תנועת הנשים של ישראל

-

המשיב

מרכז רפואי שערי צדק

מגישת עמדה

נציבות שיווין הזדמנויות בעבודה

לפני: הנשיאה (בדימוס) ורדה וירט ליבנה, השופטת לאה גליקסמן, השופטת חני אופק גנדלר  
נציגת ציבור (עובדים) גב' בל יוסף, נציג ציבור (מעסיקים) מר יצחק רייף

ב"כ המעוררות - עו"ד ריקי שפירא רוזנברג, עו"ד גלי עציון

ב"כ המשיב - עו"ד גיל אגמון

ב"כ נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה - עו"ד סיון אזולאי ועו"ד פירס פראש

כתבי עת:

שרון רבין מרגליות, "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה — כיצד מוכיחים את קיומה", הפרקליט, מד (תשנ"ח-  
תש"ס) 529

ספרות:

רות בן ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה

חקיקה שאוזכרה:

חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988: סע' 2, 9, 9(א), 9(א)(2)

חוק גיל פרישה, תשס"ד-2004: סע' 4, 10(א), 10(ב)(1)

מיני-רציו:

\* בית הדין הארצי לעבודה קיבל את ערעור המערערת על דחיית תביעתה לביטול החלטת פיטוריה לגמלאות בכפייה, בטענה להפליה מחמת מין וגיל. פסק הדין עוסק בחובת המעסיק לשקול המשך העסקה לאחר גיל פרישה, בהתאם להלכת וינברגר ולחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

\* עבודה – שוויון בעבודה – איסור הפליה

\* עבודה – שוויון הזדמנויות בעבודה – איסור הפליה

המערערת הגישה ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה במסגרתו נדחתה תביעתה של המערערת לביטול החלטת המשיב להוצאתה הכפויה לגמלאות, ובגדרו נדחתה טענתה כי הוצאתה הכפויה לגמלאות הייתה נגועה בהפליה מחמת מין ומחמת גיל.

בית הדין הארצי לעבודה, השופטים ו' וירט ליבנה, ל' גליקסמן, ח' אופק גנדלר ונציגי הציבור ב' יוסף, ו' רייף, פסק כלהלן:

יש לקבוע כי נטל ההוכחה כי החלטת בית החולים לא הייתה נגועה בהפליה מטעמי מין וגיל הועבר אל בית החולים; בית החולים לא הרים את נטל ההוכחה המוטל עליו ולא הוכיח כי החלטתו על פרישתה הכפויה של המערערת לגמלאות לא הייתה נגועה בהפליה פסולה.

נפלו פגמים בהליך קבלת ההחלטה לכפות על המערערת את פרישתה לגמלאות, והתנהלות בית החולים אינה עולה בקנה אחד עם הנדרש ממנו בהתאם לפסיקה (הלכת וינברגר).

אשר לסעדים להם זכאית המערערת – המערערת לא עמדה על סעד האכיפה אלא על סעד כספי בלבד, וכאמור בתביעה נתבעו פיצוי בגין נזק ממוני ופיצוי בגין נזק לא ממוני. משבית הדין האזורי לא דן כלל בעניין הסעדים ובשאלות הכרוכות בהם, ההליך מוחזר לבית הדין האזורי לדיון והכרעה בסעדים הכספיים להם זכאית המערערת עקב ההפליה, הפגיעה בזכותה לשוויון ואופן התנהלות בית החולים ביישום הלכת וינברגר.

## פסק דין

### השופטת לאה גליקסמן:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי ירושלים (השופט דניאל גולדברג ונציגי הציבור מר אליעזר קלאי; [סעי' 58748-12-20](#) [נבו]). בפסק הדין נדחתה תביעתה של המערערת 1 (להלן – המערערת) לביטול החלטת המשיב (להלן – בית החולים) להוצאתה הכפויה לגמלאות, ובגדרו נדחתה טענתה כי הוצאתה הכפויה לגמלאות הייתה נגועה בהפליה מחמת מין ומחמת גיל.

### רקע עובדתי, על פי פסק דינו של בית הדין האזורי:

1. המערערת, ד"ר רוזה רוכלמר, ילידת שנת 1953, היא מומחית ברפואה פנימית והמטולוגיה. המערערת הועסקה בבית החולים במשך כ- 28 שנים, משנת 1992 ועד יום 31.12.2020.
2. ביום 3.6.2019 הודיעה מנהלת אגף משאבי אנוש במשיבה (להלן – האגף) למערערת כי ביום 31.5.2020 היא עתידה להגיע לגיל פרישת חובה, והמליצה לה להתחיל את היערכותה לפרישתה.
3. בחודש ינואר 2020, נעשתה פנייה נוספת מטעם האגף למערערת, וכן נערכה פגישה ביוזמת האגף במהלכה הוסברו למערערת זכויותיה לרבות האפשרות לבקש דחיית פרישה.
4. לאחר פגישה זו, ביום 28.1.2020 פנתה המערערת לפרופ' מרין (להלן גם – המנכ"ל) על מנת לדון בהמשך העסקתה לאחר הגיעה לגיל 67. הפגישה התקיימה ביום 10.3.2020, ובה הודע למערערת כי תקופת העסקתה תוארך עד לתום שנת 2020, ללא הארכה נוספת. למחרת הפגישה, קיבלה המערערת הודעה מגב' נילי שפירא, הממונה על תיאום רפואי בבית החולים, כי "הנהלת בית החולים החליטה להאריך את העסקתך, מעבר לגיל הפרישה, כרופאה מומחית בכירה ב- 30% משרה, עד 31.12.20".
5. לבקשת המערערת, התקיימה פגישה נוספת בינה לבין פרופ' מרין בחודש אוקטובר 2020. בפגישה זו המערערת הביעה את רצונה שלא לסיים את עבודתה ביום 31.12.2020, ופרופ' מרין הודיע לה שהחלטה בעניין סיום העסקתה במועד זה היא סופית.
6. בסמוך למועד הפרישה המתוכנן, ביום 21.12.2020, פנתה המערערת באמצעות באתר כוחה לבית החולים, וטענה שכפיית פרישתה לגמלאות נגועה בהפליה מחמת מין ומחמת גיל. על כן, דרשה את ביטול ההודעה על פרישתה.
7. בא כוח בית החולים הודיע כי עמדתו תימסר בתום בדיקה, אולם זו לא הושלמה, לנוכח ההליך המשפטי שנקטה המערערת.

#### ההליך בבית הדין האזורי:

8. ביום 25.12.2020 הגישה המערערת בקשה דחופה לצו מניעה זמני כדי למנוע את הוצאתה הכפויה לגמלאות. בקשתה נדחתה בהחלטת בית הדין האזורי מיום 14.2.2021. בקשת רשות ערעור על ההחלטה נדחתה (בר"ע 57505-02-21) [נבו].

9. במקביל, הגישה המערערת את כתב התביעה בהליך העיקרי. בתביעתה, טענה המערערת כי החלטת בית החולים לכפות את פרישתה לגמלאות, כאשר רופאים גברים אחרים ממשיכים בעבודתם היא הפליה כפולה מחמת מין וגיל, וכי בית החולים לא בחן את בקשתה להמשיך לעבוד באופן אמיתי, בלב פתוח ובנפש חפצה ולא ניהל הליך ראוי בעניין. הסעדים להם עתרה המערערת היו צו מניעה קבוע האוסר על סיום העסקתה, ולחלופין – פיצוי ממוני על נזקיה עקב הפרישה הכפויה, בשיעור הפער בין שכרה לבין הגמלה המשולמת לה עד גיל 75 בסך של 3,592,737 ₪, וכן פיצוי לא ממוני בגין ההשפלה ועגמת נפש בסך של 200,000 ₪. לצרכי אגרה, העמידה המערערת את תביעתה על סך של 1,500,000 ₪.

10. בין הצדדים התנהלו הליכי גילוי מסמכים ממושכים, במהלכם הועברו למערערת מסמכים ובהם נתונים שונים על הרופאים המועסקים בבית החולים ותלושי שכר.

11. **המערערת העידה** בתצהירה על ניסיונה, מומחיותה, הישגיה המקצועיים ותרומתה לעבודת המחלקה ובית החולים, לרבות בתחום המחקר הקליני, ניהול מעבדה שמשרתת לא רק את בית החולים שהיו לה הכנסות רבות, הוראת סטודנטים, רופאים וצוותים אחרים, וזאת מעבר לטיפול בחולים; עוד העידה המערערת על שביעות הרצון של המטופלים שלה, אשר פנו ביוזמתם לבית החולים בבקשה לבטל את ההחלטה על סיום העסקתה, וצירפה לתצהירה פניות של מטופלים לבית החולים בבקשה לבטל את ההחלטה על סיום העסקתה; כמו כן ציינה המערערת בתצהירה כי מנהל המחלקה במועד פרישתה החל לעבוד בבית החולים **לאחר** הגיעו לגיל פרישה, ורופא בכיר אחר במחלקה (שמו לא צוין בכתב התביעה אך ברור כי ההתייחסות היא לד"ר אשכנזי) ממשיך לעבוד במשך שש שנים לאחר גיל הפרישה, למרות שאינו בעל רקע אקדמי עשיר כשלה.

12. **עוד העידו מטעם המערערת: פרופ' ראובן אור** – מומחה במרכז לחקר אימונותרפיה ואימונולוגיה של הסרטן בבית חולים הדסה, אשר העיד בתצהירו על כישוריה, ניסיונה והישגיה המקצועיים של המערערת, בין היתר על יסוד התייעצויות שקיים עמה לגבי חולים המטלוגיים; **ד"ר עמית מליאר** – מומחה לרפואה פנימית ולגסטרואנטרולוגיה, אשר העיד על הטיפול המעולה של המערערת באביו ז"ל; **גב' ליאת תורגימן** – הועסקה בבית החולים בכפיפות למערערת כמתאמת מחקרים קליניים במחלקת ההמטולוגיה, אשר העידה על המחקרים קליניים שבהם הייתה המערערת מעורבת וכן על כך שלמערערת התמחות מיוחדת במחלת CLL, היא הייתה מקור ידע וניסיון ונתנה ייעוצים רבים לרופאי בית החולים; **מר עוזיאל חן** –

העיד על טיפולה של ד"ר רוכלמר באמו, עד להפסקת עבודתה, ולתצהירו צורף מכתב של למעלה מ- 20 חולים אשר פנו לשר הבריאות בבקשה להתערב בהחלטת בית החולים להפסיק את העסקתה של המערערת.

### 13. מטעם בית החולים העידו:

גב' נילי שפירא דגני – המתאמת הרפואית של בית החולים, אשר העידה בתצהירה כי השיקולים המנחים בהחלטה אם להעסיק רופא לאחר גיל פרישה הם צורכי בית החולים – האם ניתן למצוא לרופא הפורש מחליף ו/או האם מומחיותו היא בתחום נדיר שקשה למצוא בו רופאים; כן העידה כי לעיתים כאשר הרופא הוא רופא מבוקש הן מבחינת המקצוע שלו והן מבחינה אישית הרופא ממשיך במסגרת פעילות השר"פ של בית החולים או במסגרות אחרות, "על מנת למקסם את היכולות הכלכליות של מקצוע זה"; המקצוע של המערערת או הביקוש לשירותיה לא תאם את צרכי בית החולים מאחר שאין חסר במקצוע או בהתמחות של המערערת, וזה היה השיקול להוצאתה לגמלאות ללא קשר למגדר; בהתייחס להעסקתו של פרופ' רואו לאחר הגיעו לגיל פרישה העידה כי בעבר היה קושי בגיוס רופאים מומחים ולכן פרופ' רואו שהוא מומחה בעל שם עולמי גויס לעבוד בבית החולים לאחר שהגיע לגיל פרישה בחוזה מיוחד למספר שנים. מכל מקום, פרופ' רואו פרש מעבודתו בחודש אוקטובר 2021, לאחר שבית החולים התקשר עם מנהל מחלקה חדש שהביא איתו רופאים ורופאות חדשים; ד"ר אשכנזי חדל להיות מנהל יחידה עם הגיעו לגיל פרישה, והמשיך לעבוד כרופא מומחה, כמקובל בבית החולים; כיום אין חסר ברופאים במחלקת ההמטולוגיה או במקצוע זה בארץ, ועל כן ההחלטה על הוצאתה לגמלאות של המערערת עם הגיעה לגיל פרישה הייתה החלטה במקומה, בית החולים נענה לבקשתה של המערערת והאריך את תקופת עבודתה עד יום 31.12.2020 בהיקף חלקי, כדי ליתן לה את האפשרות לקבל דרגת פרופסור, לנוכח העובדה שהפרישה הייתה מסכלת קבלת דרגה זו.

בהתייחס לטענת המערערת כי רופאים רבים ממשיכים לעבוד לאחר גיל פרישה וכי בקבוצה זו יש רוב בולט לגברים, גב' שפירא התייחסה לנתונים בדבר העסקת רופאים ורופאות בבית החולים בכלל ולאחר הגיעם לגיל פרישה בפרט, שצורפו כנספח א' לתצהירה, וטענה כי הם מפריכים את טענת המערערת בדבר הפליה מטעמי מין, גם בהתחשב בעובדה כי "לפני כ- 50 שנה היו הרבה יותר רופאים מרופאות, ונדמה שגם כיום זה המצב", וכן העידה כי השיעור היחסי של רופאות הממשיך לעבוד בבית

החולים לאחר גיל פרישה גבוה ממספר הרופאים הממשיכים לעבוד לאחר גיל פרישה.

פרופ' עופר מרין – מנכ"ל בית החולים, העיד בתצהירו כי השיקולים בהמשך העסקתו של רופא לאחר גיל פרישה הם בעיקר הצרכים הרפואיים וכן הכדאיות הכלכלית של המשך עבודתו וכהנה שיקולים; המערערת לא ענתה לקריטריונים ועל כן לא אושר המשך העסקתה לאחר הגיעה לגיל פרישה, אלא לתקופה בת שמונה חודשים בהיקף של 30% משרה כדי לאפשר לה להשלים את קבלת התואר פרופסור. אשר למחלקה ההמטולוגית העיד כי טרם פרישתה של המערערת היה מחסור במקצוע ולכן פרופ' רואו שהיה כבר לאחר גיל פרישה הועסק כמנהל המחלקה. פרופ' רואו פרש עם מינוי מנהל מחלקה אחר, והוא ממשיך בשר"פ גמלאים או בהתנדבות; ד"ר אשכנזי הורד לחצי משרה. החלטתו לחייב את המערערת לפרוש לגמלאות מחמת גילה אינה חריגה, נעשתה לאחר בחינה ולאחר ששמע את טענותיה, וללא קשר למגדר.

#### פסק הדין מושא הערעור:

14. בפסק דינו סקר בית הדין האזורי את העדויות מטעם המערערת. בית הדין ציין כי לתצהירי המערערת לא צורפו מסמכים מן המסמכים הרבים שבית החולים גילה במסגרת הליכי גילוי המסמכים, ולא הוגשה מטעמה עדות שמבוססת על מסמכים אלה בצירוף הסבר מה הן העובדות ומה הם הנתונים שניתן להסיק מהם. בהמשך, סקר בית הדין האזורי את העדויות מטעם בית החולים.

15. אחר זאת, קבע בית הדין האזורי כי יש לדחות את התביעה. להלן, נפרט את נימוקיו בתמצית, ונרחיב עת נדון בטענות הצדדים.

16. **העברת נטל ההוכחה לבית החולים:** ראשית, נקבע כי טענותיה של המערערת באשר להיפוך נטל ההוכחה ייבחנו ביחס לסעיף 9(א)(1) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח – 1988 (להלן – חוק השוויון), ולא על פי סעיף 9(א)(2) לחוק השוויון שעניינו פיטורים מעבודה. זאת, כיוון שסיום יחסי עבודה עקב הגיעו של העובד לגיל פרישה, בהתאם לסעיף 4 לחוק גיל פרישה, התשס"ד–2004, (להלן – חוק גיל פרישה) המסמיך את המעסיק לסיים את העסקתו של העובד עם הגיעו לגיל הפרישה אינו בגדר "פיטורים", אלא חלק מתנאי העבודה של העובד, שכן המעסיק מוסמך להוציא עובד לגמלאות גם אם לא היה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לסיום ההעסקה.

17. בית הדין האזורי הוסיף וקבע כי המערערת לא ביססה את התנאים להיפוך נטל ההוכחה. על המערערת מוטל הנטל הראשוני להוכיח התקיימות התנאים **שבסעיף 9(א)(1)** לחוק השוויון, קרי: שוויון בכישורים שתוצאתו היא העברת נטל ההוכחה למעסיק. טענתה של המערערת כי כישוריה אינם נופלים מכישוריו של ד"ר אשכנזי אשר המשיך לעבוד בבית החולים לאחר גיל הפרישה, היא **"טענה שבמומחיות. אין לבית הדין כלים לבחנה ללא עדות מומחה. לא הובאה על ידי התובעת עדות מומחה"**. כמו כן, לא נסתרו העדויות מטעם בית החולים בדבר היעדר בסיס להשוואה מלכתחילה בין המערערת לבין ד"ר אשכנזי, בשים לב לכך שד"ר אשכנזי היה מנהל בית חולים יום והמערערת הייתה רופאה קלינאית וחוקרת, וכי מדובר למעשה במהות מקצועית שונה ועל כן ב"קבוצת שוויון" שונה.

18. מעבר לכך, גם בהנחה שעל בית החולים הנטל להוכיח שלא נהג כלפי המערערת בהפליה מטעמי מין באי הארכת העסקתה לאחר דצמבר 2020, הרי שיש לדחות את התביעה על יסוד עדותו של פרופ' מרין, המקובלת על בית הדין, שלפיה החלטתו שלא להאריך את העסקתה של המערערת לאחר גיל הפרישה לא הייתה נגועה בכל שיקול מגדרי. עדות זו היא אמינה ומסתברת יותר מגרסת המערערת. כך, יש לקבל את עדותו של פרופ' מרין שלפי מיטב שיפוטו מקצועה של המערערת לא היה נדיר, לא היה חשש מאי מציאת מחליף למערערת ואין למקצוע ביקוש ברפואה הפרטית. עוד קבע בית הדין האזורי כי לא נסתרה עדותה של גבי' שפירא לגבי הנסיבות שבהן התקשר בית החולים עם פרופ' רואו כמנהל המחלקה והנסיבות שהביאו להמשך העסקתו של ד"ר אשכנזי כאשר הוא הגיע לגיל הפרישה. לפיכך, הגם שטענת המערערת בדבר "תוצאה מפלה" בעצם העסקתם של שני רופאים במחלקה ההמטולוגית לאחר גיל פרישה מובנת, היא אינה מוכיחה שבעת שהתקבלה החלטתו של פרופ' מרין שלא להאריך את העסקתה של המערערת לאחר גיל הפרישה עניין המגדר היווה שיקול בהחלטה או הכתים אותה.

19. בהתייחס לטענת המערערת בדבר המישור התוצאתי הכללי, הנתונים שהביא גבי' דגני שפירא בתצהירה מבססים את טענת בית החולים ש"דווקא מספרן היחסי של הנשים הממשיכות לעבוד **בנתבע לאחר גיל הפרישה, גבוה ממספר הגברים הממשיכים**". אמנם מבחינה היסטורית, בית החולים כמו בתי חולים אחרים וכמו כלל המשק סבל מאי שוויון מגדרי שתוצאתו הינה שבמספרים מוחלטים יש רוב גברי בפילוחים חשובים כמו מספר המנהלים. אולם, בהתייחס לטענת ההפליה של המערערת, הנתון המשמעותי הוא הנתון היחסי, אשר לפיו אחוז הפורשות נמוך יותר מאחוז הפורשים ביחס לרופאים ולרופאות, בהתאמה.

20. על יסוד כל האמור, המערערת לא הוכיחה כי הופלתה מחמת מינה בהחלטת בית החולים לכפות את פרישתה לגמלאות בגיל ששים ושבע ושמונה חודשים.

21. אשר לטענת המערערת על הפלייתה מחמת גיל, הרי שטענה זו אינה יכולה לעמוד, גם אם בית הדין מקבל את עדותה של המערערת בדבר אמירות של פרופ' מרין ופרופ' רואו לעניין הצורך לאפשר לרופאים הצעירים להתקדם. זאת, לנוכח הוראת [סעיף 4](#) לחוק גיל הפרישה, וכן ההכרה בפסיקה בחלוקת הזדמנויות בין דורית כתכלית ראויה לסיום יחסי העבודה של מי שהגיע לגיל פרישה.

### **תמצית טענות הצדדים בערעור:**

22. המערערות טענו כי בית הדין האזורי טעה בקביעתו בדבר אי העברת נטל הראייה לבית החולים; בהתייחס לקביעת בית הדין האזורי כי הוכח שהוצאתה הכפויה לגמלאות של המערערת לא הייתה נגועה בהפליה טענו המערערות כי בית הדין התעלם מכך שהפליה מגדרית היא לרוב סמויה ולא גלויה, וכשל בלאתר את ההפליה הסמויה מן העין, אשר מכלול הראיות שהוגשו מבסס אותה באופן מובהק, ומכל מקום בית החולים לא הרים את נטל הראייה המוטל עליו; כמו כן, התעלם בית הדין האזורי מכך שהנתונים העולים מהמסמכים שגילה בית החולים מצביעים במובהק על הפליה תוצאתית. זאת ועוד. בי לא קיים את חובתו בהתאם להלכת [וינברגר \[ע"ע \(ארצי\) 209-10 ליבי וינברגר – אוניברסיטת בר אילן \[נבו\] \(6.12.2021\)\]](#), דהיינו את החובה לשקול בתום לב ובאופן ענייני את המשך העסקתו של העובד לאחר גיל פרישה. אכן, אין למערערת זכות לשוויון בתנאי עבודה ובכלל זאת זכות להזדמנות שווה להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה, אולם למערערת זכות לשוויון בתנאי עבודה ובכלל זאת זכות להזדמנות שווה להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה; המערערת הופלתה לרעה מחמת מינה ומחמת גילה, ולא ניתנה לה הזדמנות שווה להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה, וזאת בניגוד לד"ר אשכנזי שעבד תשע שנים לאחר הגיעו לגיל פרישה; כפועל יוצא מכך, נגרם למערערת הן נזק ממוני משמעותי; מעבר לנזק הממוני, הפליית המערערת היא קשה ומקוממת, ויש בה אף יסוד של השפלה ופגיעה בכבוד האדם של המערערת.

23. **בית החולים טען** כי המערערות כשלו להוכיח את טענותיהן – עובדתית ומשפטית; לא מתקיימות הנסיבות החריגות המצדיקות התערבות בקביעותיו העובדתיות של בית הדין האזורי, אשר קיבל את עדותו של פרופ' מרין לעניין השיקולים שעמדו בבסיס ההחלטה שלא להמשיך את העסקתה של המערערת; בעוד שבכתב התביעה נטען כי המערערת הופלתה לרעה מטעמי מין וגיל, וכי בית החולים נוקט הפליה "בכל

רחבי בית החולים", הרי משטענת "ההפליה התוצאתית" לא הוכחה, הערעור מתמקד בכך שעמיתה של המערערת ד"ר אשכנזי המשיך בעבודתו.

24. בית החולים הוסיף וטען כי לא בוססו התנאים להיפוך נטל הראייה; שאלת כישוריה של המערערת אינה רלוונטית, כי השאלה הרלוונטית היא שאלת נחיצות תפקידה של המערערת לאחר הגיעה לגיל פרישה, שכן אין קשר בין כישורים לבין פרישה המתחייבת מהגעת העובד לגיל פרישה, ושאלת הנחיצות אינה מנויה [בסעיפים 9\(א\)\(1\)](#) ו- [9\(א\)\(2\)](#) [לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#); בהתייחס להמשך העסקתו של ד"ר אשכנזי לאחר גיל פרישה טענה זו היא בגדר הרחבת חזית (אסורה), לא הוכחה, והועלתה בסיכומים לנוכח הכישלון להוכיח את טענת ההפליה התוצאתית; ההחלטה בדבר סיום עבודתה של המערערת התקבלה לאחר שפרופ' מרין נועץ עם אנשי המקצוע הספציפיים הקשורים בעבודתה של המערערת ומתוך ראייה כי אין צורך רפואי בשירותיה לאחר הגיעה לגיל פרישה; למרות האמור, בית החולים אישר הארכת תקופת העסקתה של המערערת במשרה חלקית על מנת שתוכל להשלים את הליכי קבלת תואר פרופסור; זאת, לאחר שהתקיימו פגישות בין המערערת לבין פרופ' מרין, שבהן נשמעה והתאפשר לה לשטוח את טענותיה.

#### **עמדת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה:**

25. בהחלטת הנשיאה (בדימוס) וירט ליבנה נתבקשה נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה (להלן – **הנציבות**) להודיע אם היא מבקשת להשמיע את עמדתה בערעור.

26. בעמדתה, טענה הנציבות כי נפלו טעויות בפסק דינו של בית הדין האזורי הן בניתוח סוגיית העברת נטל ההוכחה לפי חוק השוויון, שכן המערערת עמדה בנטל המוטל עליה לצורך העברת נטל הראייה אל כתפי בית החולים, הן בהתייחס לטענת ההפליה התוצאתית והן בהתייחס להמשך העסקתו של ד"ר אשכנזי; אשר לאופן בחינת בקשת המערערת להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה טענה הנציבות כי התנהלות בית החולים אינה עולה בקנה אחד עם הכללים שנקבעו לעניין זה בעניין **וינברגר** ובעניין **גביש** [בג"ץ [9134/12](#) פרופ' משה גביש נ' הכנסת [נבו] (21.4.2016)].

#### **דיון והכרעה:**

27. לאחר בחינת טענות הצדדים והנציבות לפנינו בכתב ובעל פה וכלל חומר התיק, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל. כך, יש לקבוע כי נטל ההוכחה כי החלטת בית

החולים לא הייתה נגועה בהפליה מטעמי מין וגיל הועבר אל בית החולים; בית החולים לא הרים את נטל ההוכחה המוטל עליו ולא הוכיח כי החלטתו על פרישתה הכפויה של המערערת לגמלאות לא הייתה נגועה בהפליה פסולה; נפלו פגמים בהליך קבלת ההחלטה לכפות על המערערת את פרישתה לגמלאות, והתנהלות בית החולים אינה עולה בקנה אחד עם הנדרש ממנו בהתאם להלכת **וינברגר**. אשר לסעדים להם זכאית המערערת - בדיון לפנינו לא עמדה המערערת על סעד האכיפה אלא על סעד כספי בלבד, וכאמור בתביעה נתבעו פיצוי בגין נזק ממוני ופיצוי בגין נזק לא ממוני. משבית הדין האזורי לא דן כלל בעניין הסעדים ובשאלות הכרוכות בהם, ההליך מוחזר לבית הדין האזורי לדיון והכרעה בסעדים הכספיים להם זכאית המערערת עקב ההפליה, הפגיעה בזכותה לשוויון ואופן התנהלות בית החולים ביישום הלכת **וינברגר**.

28. וזה יהיה סדר הדיון: נפתח בסקירה תמציתית של התשתית הנורמטיבית להכרעה בהליך זה - סוגיית סיום העסקת העובד עקב הגיעו לגיל פרישה, חובת המעסיק לשקול את המשך העסקתו בהתאם להלכת **וינברגר** ותחולת חוק השוויון על החלטה זו. בהמשך נדון בשאלות האם נטל ההוכחה הועבר לבית החולים; האם בית החולים הרים את נטל ההוכחה המוטל עליו; והאם בית החולים פעל כדין בהתאם להלכת **וינברגר**.

29. בטרם נתייחס לנושאים כסדרם, נתייחס לטענה הדיונית שהעלה בית החולים, שלפיה מוקד התביעה של המערערות בבית הדין האזורי היה טענה להפליה רוחבית בבית החולים, והמשך העסקתו של ד"ר אשכנזי לאחר הגיעו לגיל פרישה לא היה בחזית הדיון בבית הדין האזורי, אלא הועלה רק במסגרת חקירתו הנגדית של פרופ' מרין. לעומת זאת, הערעור מתמקד בהמשך העסקתו של ד"ר אשכנזי לאחר גיל פרישה, והדבר מהווה הרחבת חזית אסורה.

אין בידינו לקבל טענה זו. עיון בכתבי הטענות ובתצהיר המערערת בהליך בבית הדין האזורי מעלה כי **מראשית ההליך** טענה מרכזית של המערערת הייתה כי בעוד שהיא נדרשה לפרוש לגמלאות כדי "לפנות מקום" לרופאים צעירים ממנה, בית החולים מעסיק הן את מנהל המחלקה פרופ' רואו והן את ד"ר אשכנזי (שכונה בכתב התביעה "רופא בכיר") שנים רבות לאחר הגיעם לגיל פרישה, ועובדה זו מעידה על הפליה ברורה של המערערת (סעיפים 3, 4 ו-9 לבקשה לסעד זמני; סעיפים 5, 13, 15, 16 ו-47 לכתב התביעה; תצהיר המערערת, סעיף 9).

גם המצהירים מטעם בית החולים התייחסו בתצהיריהם, בתמצית, להמשך העסקתו של ד"ר אשכנזי לאחר הגיעו לגיל פרישה (תצהיר גב' שפירא סעיפים 24, 31; תצהיר פרופ' מרין, סעיף 12).

לפיכך, עניין המשך עבודתו של ד"ר אשכנזי שנים רבות לאחר הגיעו לגיל פרישה היה בהחלט בחזית המחלוקת בהליך מראשיתו. בית החולים בחר כמעט שלא להתייחס לעניין זה במסגרת כתב ההגנה ותצהירי העדות מטעמו, וכפי שיפורט בהמשך אף לא הביא ראיות ממשיות בעניין זה. אולם, בחירה זו של בית החולים אינה מביאה לתוצאה שלפיה עניין המשך העסקתו של ד"ר אשכנזי אינו חלק מחזית המחלוקת בהליך. למשמעות בחירתו של בית החולים זה נתייחס בהמשך, עת נדון בשאלת העברת נטל ההוכחה ובשאלה אם בית החולים הרים את נטל ההוכחה.

### סיום העסקת עובד/ת עקב הגעה לגיל פרישת חובה:

30. סוגיית חיוב עובד או עובדת לפרוש מעבודה עקב הגיעם לגיל מסוים הוסדרה ב**חוק גיל פרישה**. בכל הנוגע לקביעת **גיל פרישת חובה**, דהיינו הגיל שבו ניתן לחייב עובד לפרוש מעבודתו, אומצה המלצת הוועדה הציבורית לבחינת גיל הפרישה מהעבודה בראשות השופט (בדימוס) שושנה נתניהו שלא לבטל כליל את גיל פרישת חובה, אלא להעלותו בהדרגה, להעמידו על 67 לגברים ולנשים כאחד, ולעגן אותו בחוק שיחול על כלל העובדות והעובדים במשק.

(על המצב החקיקתי עובר לחקיקת **חוק גיל פרישה** ראו סקירה בעניין **וינברגר**, סעיפים 29 – 30 לפסק הדין; סקירה בעניין **גביש**, סעיפים 1 – 3 לפסק הדין, וההפניות שם).

עוד נציין כי **חוק גיל פרישה** כולל הסדרים נוספים מעבר לקביעת גיל פרישת חובה, לרבות קביעת גיל הזכאות לפרוש מעבודה תוך קבלת גמלה בשל פרישה מעבודה והאפשרות לפרוש פרישה מוקדמת וכן הוראות לעניין גיל הפרישה לנשים – הסדרים שאינם רלוונטיים לענייננו.

31. בהתייחס לקביעת גיל פרישת חובה קובע **סעיף 4 לחוק גיל פרישה** כי "הגיל שבהגיעו אליו ניתן לחייב עובד לפרוש מעבודתו בשל גילו, הוא גיל 67 לגבר ולאישה (בחוק זה – גיל פרישת חובה)". **בסעיף 10(א) לחוק גיל פרישה** נקבע כי להוראת **סעיף 4 לחוק** עדיפות והיא גוברת על כל הסכם, והיא מאפשרת למעסיק לחייב עובד לפרוש מעבודה עם הגיעו לגיל פרישת חובה. עם זאת, **חוק גיל פרישה** אינו קובע

חובה קוגנטית לפרוש מעבודה בגיל 67, והמעסיק והעובד יכולים להסכים כי גיל הפרישה יהיה שונה מגיל פרישת חובה, ובין היתר לקבוע כי גיל פרישת חובה יהיה **גבוה יותר** מגיל פרישת חובה שנקבע בחוק ([סעיף 10\(ב\)\(1\)](#)) לחוק גיל פרישה).

32. בעניין **גביש** נדרש בית המשפט העליון להכריע בשאלת חוקתיות [סעיף 4 לחוק גיל פרישה](#), עת העותרים בהליך טענו כי פרישה כפויה מחמת גיל פוגעת שלא כדין בזכות לשוויון הנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד האדם. בסופו של יום, בפסק הדין בעניין **גביש** קיבל בית המשפט העליון את טענת העותרים כי חיוב עובד לפרוש מעבודתו עקב הגעה לגיל אחיד מהווה פגיעה בזכות לשוויון, המגיעה כדי פגיעה בזכות לכבוד האדם, אולם "הפגיעה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה ועל כן אין מקום לביטולה של הוראת החוק...." (סעיף 34 לפסק דינה של הנשיאה נאור).

33. לענייננו יש להדגיש כי בהכרעה בעניין **גביש** בדבר חוקתיות [סעיף 4 לחוק גיל פרישה](#) ניתן **משקל משמעותי** לפסיקתו של בית דין זה בעניין **וינברגר**, שלפיה החוק מקנה לעובד זכות לבקש ממעסיקו להמשיך ולעבוד גם לאחר הגיעו לגיל פרישת חובה, וכנגד זכות זו מוטלת חובה על המעסיק לבחון את הבקשה באופן ענייני ועל בסיס אינדיבידואלי, אם כי אינו חייב להיענות לבקשה. כך, בחוות דעתה של הנשיאה נאור נקבע כי "פרשנותו של סעיף 4 לחוק גיל פרישה משליכה גם היא על חוקתיותו"; "גישתו של בית הדין בעניין **וינברגר** נותנת .. ביטוי לצורך בגמישות בפרישה ו'מרככת' את המודל הקולקטיבי של הפרישה הכפויה, מבלי לבטלו לחלוטין", "היא מוסיפה לאיזון בין צרכיהם של 'שחקנים' שונים בשוק העבודה", ו"די בכך שגיל הפרישה אינו קוגנטי וכי על המעסיק לשקול את המשך העסקתו של העובד לאחר גיל פרישה כדי לצמצם את הפגיעה בעובד".

וראו גם: חוות דעתו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן, שלפיה חובתו של המעסיק לשקול את המשך העסקתו של עובד לאחר גיל פרישה היא "רכיב שיש לו משקל ניכר בבחינת האיזונים בגדרו של מבחן המידתיות השלישי"; סעיף 18 לחוות דעתה של השופטת דפנה ברק ארז; חוות דעתה של השופטת חיות (כתוארה דאז); סעיף 3 לחוות דעתו של השופט הנדל.

34. **כללו של דבר**: בהתאם לפסיקה בעניין **גביש**, על אף פגיעתו בזכות לשוויון המגיעה כדי פגיעה בכבוד האדם, [סעיף 4 לחוק גיל פרישה](#) עומד בדרישת פסקת ההגבלה, ועל כן נדחתה העתירה לביטולו.

נציין, כי פסק הדין בעניין **גביש** ניתן בשנת 2016, כמעט לפני עשור, וחלק מהשופטים סברו שיש מקום לבחינה מחודשת של הסוגיה עם חלוף הזמן, בשל העלייה

המשמעותית בתוחלת החיים ונימוקים נוספים (ראו בעניין זה חוות דעתו של המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין; חוות דעתו של השופט הנדל). מששאלה זו לא הועלתה בהליך לפנינו, נקודת המוצא לדין בהליך זה היא הלכת גביש.

### הלכת וינברגר – חובת המעסיק לשקול המשך העסקת העובד לאחר גיל פרישה:

35. בפסק הדין בעניין וינברגר עמד בית דין זה על המתח בין קביעת גיל פרישת חובה לבין עקרון השוויון הכללי וחוק השוויון האוסרים על הפליט עובד מחמת גילו. עוד הצביע בית הדין על השלכותיה השליליות של הוצאה כפויה לגמלאות בהיבטים שונים, במיוחד על רקע העלייה המשמעותית בתוחלת החיים: פגיעה בהיבטים חברתיים – נפשיים, לנוכח חשיבותה של העבודה לחיי הפרט והיותה "מקור מרכזי לסיפוק, משמעות, הגשמה, הגדרה עצמית, התפתחות אישית, קשרים בין אנושיים ומעורבות חברתית"; הפגיעה בכבוד ובחופש העיסוק של האדם המבוגר; פגיעה פוטנציאלית במצב הבריאותי; פגיעה כלכלית משמעותית, גם בנסיבות שבהן יש לעובד הסדר פנסיוני מקיף, ובוודאי בנסיבות שבהן לא היה לעובד הסדר פנסיוני בחלק ניכר מתקופת עבודתו.

36. גם בפסיקתו של בית המשפט העליון ניתן ביטוי להשלכות השליליות של פרישה כפויה לגמלאות. כך, עוד בעניין נעמי נבו [בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד (4) 794 (1990) נפסק כי:

"לפרישה מעבודה יש השלכות אישיות-נפשיות וחברתיות שליליות. במקרים רבים, אדם הפורש מעבודתו בשל גילו המתקדם מרגיש, כי אין הוא עוד שותף למערכת היצרנית של החברה. הוא חש, כי נשללים ממנו הסיפוק שבעשייה והסיפוק שבקבלת תגמול עבור עמלו. הרגשה זו מתחזקת גם בשל יחס החברה, אשר במקרים רבים מתייחסת אליו כאל 'זקן', שאין בו עוד תועלת. הדברים חריפים יותר בימינו, כאשר תוחלת החיים הממוצעת גדלה, ובריאותו של האדם נשמרת גם בגילאים מתקדמים. בשל כך גדל מספר השנים, שבהן אדם מבוגר, איתן בגופו ובנפשו, נאלץ, למרות סגולותיו, לפרוש מפעילותו בשוק העבודה ולהביט, לעתים קרובות בתיסכול, בזרם החיים הפעלתני שלא ניתן לו עוד ליטול בו חלק" (שם, בעמוד 755).

וראו גם:

בג"ץ 1268/09 זוזל נ' נציב שירות בתי הסוהר, [נבו] (27.8.2012) (להלן – עניין זוזל).

**עניין גביש.**

37. בעניין **וינברגר** התייחס בית הדין גם לשאלת חוקתיותו של **סעיף 4 לחוק גיל פרישה**, אולם בסופו של יום קבע כי היא תיוותר "בצריך עיון" ותוכרע על ידי בית המשפט העליון.

38. כאמור, בעניין **גביש** דחה בית המשפט העליון לבטל את הוראת **סעיף 4 לחוק גיל פרישה**, אולם בד בבד אימץ ואף הסתמך על פסיקתו של בית דין זה בעניין **וינברגר**, שלפיה לעובד זכות לבקש ממעסיקו להמשיך לעבוד גם לאחר גיל 67, וכי –

**"כנגד זכות זו קמה חובה על המעסיק להפעיל שיקול דעת ראוי ופרטני במענה לבקשה זו. חובה זו נובעת מחובות תום הלב וההגינות שחב בהן מעסיק כלפי עובדיו, בשילוב האיסור החוקתי והחוקי על הפליה מטעמי גיל. שילוב זה מחייב .. את המעסיק להקשיב בנפש חפצה, ולשקול בתום לב, בקשה עניינית של עובד להארכת תקופת עבודתו...".**

**אין משמעות הדבר כי המעסיק מחויב להיענות לבקשה, אלא רק לשקלה בכובד ראש בהתחשב בכלל הנסיבות הרלוונטיות".**

39. בית הדין פירט בעניין **וינברגר** את השיקולים הרלוונטיים להחלטת המעסיק, ובכלל זאת שיקולים הנוגעים ל**נסיבותיו האישיות של העובד**, לרבות מספר שנות עבודתו במקום העבודה, היקף זכאותו לגמלה ומצבו הכלכלי והמשפחתי; שיקולים הנוגעים ל**תרומתו של העובד למקום העבודה**, ובכלל זאת אופי התפקיד, מידת הצלחתו בביצועו, אפשרות להעבירו לתפקיד אחר וכו'; **שיקולים מערכתיים של מקום העבודה**, דוגמת צרכיו האובייקטיביים של מקום העבודה, עובדים הממתינים לקידום ועוד; **שיקולים פנסיוניים** הנוגעים להסדרי הפנסיה הנוהגים במקום העבודה. עוד נפסק כי על המעסיק לבחון אם קיימת אפשרות להמשך העסקתו של **העובד בדרך אחרת**, כגון בהיקף משרה חלקי או כיועץ, וכן רשאי הוא לבחון את השלכות רוחב של החלטתו.

40. אשר לתחולת חוק השוויון נפסק בעניין **וינברגר** כי הוצאה כפויה לגמלאות נופלת בגדרו של **סעיף 2 לחוק השוויון**, למרות שאינה מוזכרת בו במפורש, וזאת בהמשך לפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין **זוזל**. עוד נפסק כי **"ניתן לראות את גיל הפרישה הכפוי גם כחלק מ'תנאי העבודה' המנויים אף הם בסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות"**. כפועל יוצא מכך, מעבר לחובתו של המעסיק לבחון בתום לב ובאופן ענייני בקשת עובד/ת להמשיך לעבוד לאחר הגיעו לגיל פרישה, איסור ההפליה

מהטעמים השונים המנויים [בסעיף 2](#) לחוק השוויון חל על החלטתו, ובענייננו – איסור ההפליה מחמת מין.

41. **כללו של דבר** : על פי הלכת **וינברגר**, שאומצה בפסיקתו של בית המשפט בעניין **גביש**, על פי פרשנותו הנכונה של [סעיף 4 לחוק גיל פרישה](#), למערערת הייתה זכות לבקש מבית החולים להמשיך לעבוד לאחר הגיעה לגיל 67, ועל בית החולים היה לשקול את בקשתה בנפש חפצה ובתום לב, ולהחליט בה משיקולים ענייניים בלבד, תוך שמירה על עקרון השוויון והימנעות מכל הפליה, לרבות הפליה מחמת מין. נציין, כי בבית הדין האזורי טען בית החולים כי תביעתה של המערערת מנוגדת [לחוק גיל פרישה](#) ולפסיקה בעניין **גביש** ועל כן היא נעדרת עילה. כמוסבר בהרחבה לעיל תביעתה של המערערת מעוגנת [בחוק גיל פרישה](#) ובפסיקה בעניין **גביש**, אשר אימצה את הלכת **וינברגר**. אמנם, בדיון לפנינו לא חזר בית החולים על טענה זו, אולם לטעמנו אפשר שגישה זו בה אחז בית החולים בעת קבלת ההחלטה בעניינה של המערערת כמפורט בהרחבה בתצהירה של גבי שפירא דגני (סעיפים 9 עד 11 לתצהירה) השליכה על אופן בחינת בקשתה של המערערת, שכן כפי שיפורט בסעיף 80 להלן הגענו למסקנה כי התנהלות בית החולים לא עלתה בקנה אחד עם חובותיו על פי הלכת **וינברגר**.

#### **נטל ההוכחה – האם מוטל על המערערת או על בית החולים?**

42. כידוע, הכלל הבסיסי הוא - "המוציא מחברו עליו הראיה", וככלל הנטל להוכיח את התביעה מוטל על התובע. יחד עם זאת, הן בחקיקה והן בפסיקה נקבע כי בנסיבות מסוימות כלל זה לא יוחל במלואו, בין בדרך של היפוך נטל ההוכחה, ובין בדרך של יצירת חזקה עובדתית (באופן מוחלט או בהתקיים תנאים מסוימים), ובין בשילוב של שתי דרכים אלה – יצירת חזקה בהתקיים תנאים מסוימים, ההופכת את נטל ההוכחה. זאת, ממספר טעמים שלעתיים מתקיימים בו זמנית: חשיבות הערכים העומדים ביסוד עילת התביעה - עקרון השוויון, מניעת הטרדה מינית, הענקת הגנה לחושפי שחיתויות, הגנה על חופש ההתארגנות והבטחת קיום זכויות העובד מכוח חוקי המגן; הכרה בקושי האינהרנטי הכרוך בהוכחת סוגי תביעות מסוימים, כגון תביעות העוסקות בהפליה או תביעות שעילתן פיטורים מטעמים אסורים; התחשבות בפערי הכוחות ובפערי המידע המובנים שבין העובד לבין המעסיק; הרצון לתמרץ מעסיקים (לרבות מעסיקים בפועל של עובדי חברות כוח אדם או מזמיני שירות מקבלני שירותים) לנהוג בדרך מסוימת.

ראו בהרחבה על היפוך נטל הראייה בענפי משפט שונים ובמשפט העבודה בפרט [ע"ע \(ארצי\) 20880-07-20 zerezgi](#) - קפלן את לוי בע"מ [נבו] (20.6.2022).

43. אשר לחוק השוויון הרי ש"המחוקק היה ער לצורך בקביעת כללים ראייתיים מקלים המביאים בחשבון הן את החשיבות שבמיגור הצורות השונות והמגוונות של אפליה בעבודה והן את הקשיים הניצבים בפני העובד או המועמד לעבודה להוכיחה. בהתאם לכך, הותוו בסעיף 9 לחוק השוויון שורה של כללים ראייתיים, לרבות הכלל המעביר את חובת ההוכחה אל המעסיק להראות כי הוא לא הפר את איסור האפליה שבסעיף 2 לחוק ...".

[ע"ע \(ארצי\) 37078-11-13](#) חברת חשמל לישראל בע"מ – ליה נאידורף [נבו] (13.2.2018)

44. לענייננו נקבע בסעיף סעיף 9 לחוק השוויון כך:

(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 -

(1) לענין 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 הענין, הוכיחו כי נתקיימו בהם התנאים או הכישורים האמורים;

(2) לענין פיטורים מהעבודה - אם הוכיח העובד שלא היתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו.

...

45. אשר למידת הנטל המוטל על העובד על מנת שיוחל [סעיף 9](#) לחוק השוויון נפסק בעניין אורלי מורי [ע"ע \(ארצי\) 627/06](#) אורלי מורי - מ.ד.פ ילו בע"מ [נבו] (16.3.2008) כי "בשלב הראשוני, על העובד להביא ראשית ראיה בלבד" (ההדגשה במקור – ל.ג.).

בבג"צ גורן [בג"צ 1758/11](#) גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ [נבו] (17.5.2012) הרחיב בית המשפט העליון בעניין התנאים להעברת נטל הראייה:

"הנטל המוטל על העובד הוא נטל קל יחסית. קריאת הוראות סעיף 2 ו-9 לחוק שוויון הזדמנויות במשולב מובילה למסקנה כי די בכך שהעובד הטוען להפלייה בשל אחד ממאפייני הזהות שלו המנויים בסעיף 2 לחוק יוכיח כי התקיימו בו התנאים והכישורים שנקבעו על ידי המעביד לעניין מסוים כדי להעביר את הנטל למעביד להוכיח כי ההחלטה שנתקבלה על ידו באותו עניין לא התבססה על שיקול

אסור (ראו ר' בן-ישראל שווין הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה (כרך ב, 1998) 480).

הנסיבות הקבועות בסעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות הן רק דוגמה אחת למצב שבו יועבר נטל ההוכחה בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות לכתפי המעביד, ולעניין זה מקובלת עליי טענת הנציבות כי העברת הנטל אפשרית גם בנסיבות נוספות. סעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות אינו קובע, אם כן, הסדר ממצה ובלעדי באשר להעברת נטל ההוכחה, שכן השאלה האם המעביד נהג בהפלייה אינה קשורה בהכרח לעמידתו של העובד בתנאים או כישורים כאלה או אחרים. אכן, נוכח הקושי הטמון בהוכחת השיקולים שעמדו ביסוד החלטה זו או אחרת שהתקבלה בעניינו של העובד יש להעביר את נטל ההוכחה למעביד כאשר עלה בידי העובד להציג ראיות לכאורה לכך שהמעביד נהג כלפיו בהפלייה. זאת ועוד, על רקע פערי הכוחות והמידע המאפיינים את היחסים בין המעביד לעובד אין לקבוע רף גבוה במיוחד לעניין זה. על כן שאלת העמידה במבחן קיומן של ראיות לכאורה להפלייה תיקבע בהתאם לכלל נסיבות העניין, ואין לקבוע תנאי סף נוקשים לשם כך".

46. בהתאם, נפסק בענין קידר [ע"ע (ארצי) 1842-05-14 עיריית ירושלים – גלית קידר (נבו) [18.12.2016]] כי -

"העובד יוכל לפיכך לעמוד ברף הראייתי הנדרש לשם העברת נטל ההוכחה, גם אם לא מתקיימים תנאיו של סעיף 9 לחוק, אם יצביע - למשל וכדוגמאות בלבד - על מדיניות מפורשת של המעסיק המבוססת על אחד הקריטריונים המנויים בסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות; אם יוכיח כי להחלטת המעסיק יש בפועל תוצאה מפלה; אם יציג ראיות המלמדות על יחס שונה של המעסיק כלפי העובד לעומת עובדים אחרים שאינם משתייכים לאותה קבוצה; אם יוכיח יחס שונה כלפי עובדים מהקבוצה אליה משתייך העובד בהשוואה ליחסו של המעסיק לעובדים מקבוצות אחרות; וכיו"ב".

47. אשר למהות הנטל המועבר על פי הוראת סעיף 9 לחוק השוויון נפסק כי "הנטל המועבר על פי הוראת הסעיף הוא נטל השכנוע ולא נטל הבאת הראיות. על המעסיק מוטלת החובה לשכנע כי לא קיבל את החלטתו תוך התחשבות באחד מן הטעמים המנויים בסעיף 2(א) לחוק" [ע"ע (ארצי) 16136-05-15 מ. דיזנגוף ושות' (נציגות קלובים) – נעמי מושקוביץ סקורצקי (נבו) [18.1.2018]].

ראו לעניין ניתוח סעיף 9 לחוק השוויון ויישומו גם :

[ע"ע \(ארצי\) 30585-09-12](#) **חברת יישום פתרונות אנושיים בע"מ - בוסני [נבו]**  
; (4.8.13)

[ע"ע \(ארצי\) 16117-07-10](#) **ישראלה חסון - רביקוביץ - M3 ישראל בע"מ [נבו]**  
; (19.12.2013)

[ע"ע \(ארצי\) 11260-10-13](#) **מרכז הפורמיקה אברבוך בע"מ - יפית פרבר גאלי [נבו]**  
.(14.11.2016)

[ע"ע \(ארצי\) 22802-04-16](#) **הודיה שושנה לגאמי - בנק מזרחי טפחות בע"מ [נבו]**  
; (12.9.18)

שרון רבין-[מרגליות, המקרה התמקמק של אפליה](#) בעבודה - כיצד מוכיחים את  
קיומה? **הפרקליט מ"ד 529 (1998) 46.**

48. כאמור, בית הדין האזורי דחה את טענות המערערות כי בהתאם [לסעיף 9](#) לחוק השוויון על בית החולים מוטל נטל ההוכחה כי ההחלטה לדחות את בקשתה של המערערת להמשיך לעבוד לאחר גיל 67 ולסיים את העסקתה לא הייתה נגועה בהפליה, כמפורט להלן.

**ראשית**, יש לבחון את הטענה על יסוד הוראת [סעיף 9\(א\)\(1\)](#) לחוק השוויון, שעניינו קבלה לעבודה, קידום בעבודה, תנאי עבודה, שליחה להכשרה או השתלמות מקצועית ופיצויי פיטורים, ולא על פי [סעיף 9\(א\)\(2\)](#) לחוק השוויון שעניינו פיטורים מעבודה. זאת, כיוון שסיום יחסי עבודה עקב הגיעו של העובד לגיל פרישה, בהתאם [לסעיף 4 לחוק גיל פרישה](#), אינו בגדר "פיטורים", אלא חלק מתנאי העבודה של העובד. שכן, המעסיק מוסמך להוציא עובד לגמלאות גם אם לא היה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לסיום ההעסקה.

**שנית**, המערערות לא ביססו את התנאים להיפוך נטל ההוכחה. טענתה של המערערת כי כישוריה אינם נופלים מכישוריו של ד"ר אשכנזי אשר המשיך לעבוד בבית החולים לאחר גיל הפרישה, היא "טענה שבמומחיות. אין לבית הדין כלים לבחנה ללא עדות מומחה. לא הובאה על ידי התובעת עדות מומחה". בכל מקרה, העדויות מטעם המערערות של פרופ' אור וד"ר מליאר אינן עוסקות בהשוואת כישוריה של המערערת לאלה של ד"ר אשכנזי. בנוסף, בית הדין האזורי אימץ את עדותו של פרופ' מרין, כי לנוכח ההתמקצעות של תחומי הרפואה ויצירה של תתי התמחויות בתוך התחומים הרפואיים, יש קושי של ממש להעמיד להשוואה את כישוריהם של המערערות ושל ד"ר אשכנזי, ואין בעצם היותם רופאים המטולוגיים כדי לאפשר השוואה טכנית של

כישוריהם. על כן, "מדובר בעניין מקצועי וסבוך ביותר, שלבית הדין אין כלים להעריכו, והוא מצוי בליבת שיקול הדעת הניהולי של מנכ"ל הנתבע".

**שלישית**, על המערערת מוטל הנטל הראשוני להוכיח התקיימות התנאים [שבסעיף 9\(א\)\(1\)](#) לחוק השוויון, קרי: שוויון בכישורים שתוצאתו היא העברת נטל ההוכחה למעסיק. לעומת זאת, בית החולים לא נדרש להוכיח שכישוריו של ד"ר אשכנזי עולים על כישוריה של המערערת. לפיכך, למרות שהתקוממותה של המערערת בסיכומים כנגד עדותו של פרופ' מרין שלפיה משיחות עם רופאי המחלקה עלה שכישוריו של פרופ' אשכנזי עולים על כישוריה של המערערת מוצדקת, בהינתן שמדובר בעדות שלא פורטה בתצהירו של פרופ' מרין, הרי אי מתן משקל לעדות זו אינו מהווה תחליף להוכחה פוזיטיבית על ידי המערערת בדבר אי נפילת כישוריה מכישוריו של ד"ר אשכנזי. מעבר לנדרש, בעדותה של המערערת על דברים שאמר לה פרופ' רואו יש תמיכה בטענה שהעלה פרופ' מרין, שכן לפי עדותה פרופ' רואו אמר לה שלא ראה צורך רפואי מיוחד שבגינה היה נכון להמליץ למנכ"ל על הארכת תקופת עבודתה של המערערת.

**רביעית**, לא נסתרו העדויות מטעם בית החולים בדבר היעדר בסיס להשוואה מלכתחילה בין המערערת לבין ד"ר אשכנזי, בשים לב לכך שד"ר אשכנזי היה מנהל בית חולים יום והמערערת הייתה רופאה קלינאית וחוקרת, וכי מדובר למעשה במהות מקצועית שונה ועל כן ב"קבוצת שוויון" שונה.

49. **המערערות טענו** כי בית הדין האזורי טעה בקביעתו בדבר אי העברת נטל הראייה לבית החולים, כמפורט להלן. **ראשית**, טעה בית הדין האזורי בקביעתו כי על המערערות היה להציג עדות מומחה להשוואה בין המומחיות של המערערת לבין המומחיות של ד"ר אשכנזי, והתעלם מהעדויות ומהראיות הרבות שהביאה המערערת בנוגע לכישוריה, ניסיונה והישגיה המקצועיים, מהם עלו נתונים ברורים על מומחיות המערערת אשר בית החולים לא חלק עליה, שהן בגדר ראשית ראייה ואף מעבר לכך, המצדיקות העברת נטל ההוכחה אל בית החולים; הן המערערת והן ד"ר אשכנזי הועסקו כרופאים פנימאים, בדרגה +8 בדירוג רופאים. אמנם, לד"ר אשכנזי היה ניסיון ניהולי, אך למערערת הייתה מומחית נוספת בטיפול בחולי CLL, מומחיות שאין לד"ר אשכנזי, והיא גם ניהלה מעבדת מחקר משגשגת. **שנית**, בית הדין האזורי התעלם מכך שבית החולים לא זימן לעדות עדים רלוונטיים – פרופ' רואו (מנהל המחלקה במועד פרישתה) וד"ר אשכנזי, שהם העדים הרלוונטיים בהתייחס לשאלה מדוע למרות מומחיותה המערערת אולצה לסיים את עבודתה

בסמוך לגיל 67 ומדוע הועדף ד"ר אשכנזי על פניה, וגם מטעם זה נטל ההוכחה הועבר לכתפי בית החולים; **שלישית**, גם הנתונים העולים מהמסמכים שבית החולים גילה במסגרת הליך גילוי המסמכים מצביעים על הפליה תוצאתית ברורה של רופאות שהגיעו לגיל פרישה בבית החולים, וגם הם בגדר ראשית ראייה להפליה המעבירה את נטל ההוכחה לבית החולים.

50. **בית החולים טען** כי צדק בית הדין האזורי בקביעתו כי לא בוססו התנאים להיפוך נטל ההוכחה, שנקבעו לעניין זה בפסיקה, ואין מקום להתערבות בית הדין הארצי בקביעה זו; שאלת כישוריה של המערערת אינה רלוונטית, כי השאלה הרלוונטית היא שאלת נחיצות תפקידה של המערערת לאחר הגיעה לגיל פרישה, שכן אין קשר בין כישורים לבין פרישה המתחייבת מהגעת העובד לגיל פרישה, ושאלת הנחיצות אינה מנויה **בסעיפים 9(א)(1) ו- 9(א)(2)** לחוק השוויון; משלא הוצגה ראשית ראייה להפליה בכלל או כי יש מקום להשוואה של המערערת אל מול רופא אחר כלשהו, לא היה מקום להיפוך נטל הראייה; רק כאשר ההחלטה מבוססת על תכונה "מוגנת" מוטל על המעסיק להוכיח כי לא הייתה הפליה, ואילו לעניין הכישורים נטל ההוכחה מוטל על המערערת.

51. **הנציבות טענה** כי בפסיקה נקבע שעל מנת להעביר את נטל ההוכחה לכתפי המעסיק הנטל המוטל על העובד הוא נטל קל יחסית, וכי לנוכח חשיבות ההגנה על ערך השוויון, הקושי שבהוכחת הפליה ופערי הכוחות והמידע הקיימים בין עובד למעסיק אין לקבוע תנאי סף נוקשים להיפוך נטל הראייה. במקרה הנדון, בית הדין האזורי העלה דרישות כבדות להעברת נטל ההוכחה, כאשר סבר כי הנטל הנדרש לשם העברת הנטל הוא כבד וכמוהו כהוכחת התביעה גופה. לגישת הנציבות, המערערת עמדה בנטל המוטל עליה לצורך העברת נטל הראייה אל כתפי בית החולים בשל היעדר נוהל כתוב בתקופה הרלוונטית להליך בדבר השיקולים שישקלו במתן החלטה אם לאפשר המשך העסקה לאחר גיל פרישה; בשל העובדה שבית החולים ציין בכתבי הטענות כי אחד השיקולים הוא מילוי תפקיד ניהולי עובר לפרישה, ולפיכך משיותר גברים מועסקים בתפקידי ניהול עלולה להיווצר אפליה אינהרנטית; העדר נתונים מספריים רלוונטיים מטעם בית החולים לשנת פרישתה של המערערת (2020) בנוגע לרופאים ולרופאות שביקשו ואושר להם להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה; שאלות וסתירות לכאורה העולות מהנתונים שהוצגו על ידי בית החולים; אשר להשוואת המערערת לד"ר אשכנזי על פני הדברים נתוני הבסיס של שניהם דומים הן מבחינת דרגה והן מבחינת מומחיות, ודרישה להבאת עדות מומחה מהווה הטלת נטל כבד על המערערת לעניין העברת הנטל הראשוני ואינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה.

52. **לאחר בחינת טענות הצדדים והנציבות הגענו לכלל מסקנה כי דין טענת המערערות כי נטל ההוכחה הועבר לכתפי בית החולים להתקבל.** טעמנו לכך נפרט להלן.

53. כאמור, בית הדין האזורי דחה את טענת המערערות בנימוק כי על המערערות היה להוכיח את הטענה כי "כישוריה לא נפלו מכישוריו של ד"ר אשכנזי" וכי טענה זו היא "טענה שבמומחיות" שאין לבית הדין כלים לבחון אותה ללא עדות מומחה, ועל המערערות היה להציג עדות מומחה המשווה את כישוריה לכישוריו של ד"ר אשכנזי. קביעות אלה של בית הדין האזורי אינן עולות בקנה אחד עם החוק והפסיקה, וזאת בשני מישורים: האחד - **המישור המהותי**, דהיינו מה היה על המערערות להוכיח על מנת להעביר את נטל הראייה אל בית החולים; השני - **המישור הכמותי**, מידת ההוכחה או הרף הראייתי שעל המערערות היה לעמוד בו על מנת להעביר את נטל הראייה אל בית החולים.

54. **אשר לאופן הבחינה אם היה מקום להעביר את נטל ההוכחה לבית החולים:** בית הדין האזורי קבע כי יש לבחון את שאלת העברת נטל ההוכחה על יסוד הוראת [סעיף 9\(א\)\(1\)](#) לחוק השוויון ולא על יסוד הוראות [סעיף 9\(א\)\(2\)](#) לחוק השוויון, לנוכח העובדה שהמערערות לא פוטר אלא הוצאה לגמלאות בהתאם [לסעיף 4 לחוק גיל פרישה](#), וזו תהיה גם נקודת המוצא לדיון בערעור. עם זאת, בהתאם לפסיקה, [סעיף 9 לחוק השוויון](#) אינו קובע הסדר ממצה ובלעדי העברת נטל ההוכחה, והעובד יכול לעמוד ברף הראייתי הנדרש להעברת נטל ההוכחה גם אם יוכיח נסיבות רלוונטיות אחרות. בענייננו, בית הדין האזורי כלל לא בחן אם היה מקום להעביר את נטל ההוכחה לבית החולים בשל נסיבות אחרות, ואנו נבחן בהמשך גם אם היה מקום להעביר את נטל ההוכחה בשל נסיבות אחרות.

55. **אשר למישור המהותי:** ככל שחל [סעיף 9\(א\)\(1\)](#) לחוק השוויון, לא נדרש מהמערערות להוכיח כי כישוריה עלו על כישוריו של ד"ר אשכנזי או אפילו היו שווים לכישוריו. [סעיף 9\(א\)\(1\)](#) לחוק קובע כי על העובד להוכיח שהתקיימו בו התנאים או הכישורים שהמעסיק קבע לגבי קבלה לעבודה. משלא נקבעו על ידי בית החולים כישורים או תנאים לעבודה לאחר גיל פרישה, לכל היותר נדרשת המערערות להוכיח הוא כי מתקיימים בה הכישורים לביצוע התפקיד. המערערות בוודאי עמדה בתנאי זה לנוכח העובדה שביצעה תפקיד של רופאה במחלקה ההמטולוגית במשך 28 שנה. נציין, כי גם אם היה מדובר בהליך דומה להליך מכרז או קבלה לעבודה שלפיו על בית החולים לבחור בין המערערות לבין ד"ר אשכנזי כל אשר נדרש מהמערערות להוכיח הוא כי נתקיימו בה הכישורים לביצוע התפקיד, ולא כי כישוריה עולים או שווים לכישוריו

של ד"ר אשכנזי. זאת, גם מהטעם כי המידע על כישורי העובד האחר אינו נמצא בידיעתו של העובד אלא בידיעתו של המעסיק. הדברים נכונים מקל וחומר בעניינינו, עת לא נטען על ידי בית החולים כי בשל מגבלת תקנים ניתן להעסיק לאחר גיל פרישה רק אחד מהשניים – המערער או ד"ר אשכנזי, כך שהעסקת המערערת לאחר גיל פרישה תחייב את סיום העסקתו של ד"ר אשכנזי. בהקשר זה יש לציין כי בסיכומי בית החולים (סעיפים 10 ו-11) נטען כי העסקתו של ד"ר אשכנזי היא "ללא קשר לתקן שלה" [של המערערת – ל.ג.]. וכי טענת המערערת כי אולצה לפרוש בשל כך שד"ר אשכנזי מחזיק בתקן שלה היא "הטעיה רבתי" והאשמת שווא ללא בסיס. כאמור, נכון למועד פרישתה של המערערת לגמלאות, בית החולים לא פרסם נוהל כתוב שבו פירוט הקריטריונים או הדרישות או הכישורים שעל יסודם מחליט בית החולים אם לאשר המשך העסקה לאחר הגיע הרופא לגיל פרישת חובה. על כן, לא היו כישורים או תנאים אחרים או נוספים שהיה על המערערת להוכיח מעבר לכישורים למלא את התפקיד של רופאה במחלקה או ביחידה לאשפוז יום, כפי שעשתה שנים רבות. כפועל יוצא מכך, גם קביעותיו של בית הדין האזורי כי בית החולים לא היה צריך להוכיח את טענותיו בעניין הפער בין כישוריה של המערערת לבין כישוריו של ד"ר אשכנזי אלא על המערערת היה להוכיח פוזיטיבית כי כישוריה עדיפים, וכן קביעתו כי אין לייחס משקל לכך שבית החולים העלה גרסה כבושה בדבר חוות דעת של רופאי המחלקה על העדפתו של ד"ר אשכנזי על פני המערערת אינן מקובלות עלינו. בניגוד לקביעתו של בית הדין האזורי, משהוכח כי למערערת כישורים לביצוע התפקיד, היה על בית החולים להוכיח את הטעמים לכך שלא נענה לבקשתה להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה, ובין היתר מדוע התאפשר לד"ר אשכנזי לעבוד שנים רבות לאחר גיל פרישה בתפקיד רופא מן השורה. ככל שההנמקה לכך היא כי כישוריו של ד"ר אשכנזי עולים על כישוריה או כי היה מקום להעדפתו בשל נתונים אחרים, היה על בית החולים להעלות טענות אלה במפורש וכן להוכיח הן את כישוריו של ד"ר אשכנזי או את הנתונים האחרים שהצדיקו את המשך העסקתו, והן את הקשר ביניהם לבין ההחלטה לאפשר לו להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה. ככל שטענת בית החולים היא כי בשל כישוריה או ליקויים בתפקוד של המערערת לא היה מקום להיענות לבקשתה, היה על בית החולים להעלות טענה זו במפורש ולהוכיחה.

56. זאת ועוד. כאמור, בהתאם לפסיקה, אפשר שנטל ההוכחה יועבר למעסיק גם אם לא מתקיימים התנאים הקבועים [בסעיף 9](#) לחוק, עת יש לבחון את מכלול נסיבות המקרה. לפיכך, בכל מקרה, ובוודאי לנוכח העובדה שבית הדין האזורי קיבל את גרסת פרופ' מרין כי לא ניתן בכלל להשוות בין כישורי המערערת לבין כישורי ד"ר

אשכנזי, היה על בית הדין האזורי לבחון אם יש להעביר את נטל ההוכחה לנוכח נסיבות אחרות. ונפרט:

לגרסת גב' שפירא בתצהירה (סעיף 18 לתצהיר), השיקול אם להמשיך העסקת עובד לאחר גיל פרישה הוא צורכי בית החולים, ובעיקר אם ניתן למצוא לו מחליף או האם מומחיותו היא בתחום נדיר שקשה למצוא בו רופאים. כמו כן, לעתים, כאשר הרופא הוא רופא מבוקש מבחינת המקצוע או מבחינה אישית, נמשכת העסקתו במסגרת שר"פ או במסגרת אחרת "**כדי למקסם את היכולות הכלכליות של מקצוע זה**" (סעיף 19 לתצהיר). פרופ מרין העיד על אותם שיקולים. לטענת גב' שפירא ופרופי מרין בתצהיריהם בעניינה של המערערת לא התקיימו הקריטריונים המנחים להמשך העסקתה לאחר הגיעה לגיל פרישה.

בכל הנוגע להמשך העסקתו של ד"ר אשכנזי לאחר הגיעו לגיל פרישה היו לעדים מטעם בית החולים גרסאות שונות, שלא התיישבו זו עם זו. כך, גב' שפירא העידה בתצהירה (סעיף 24) כי ד"ר אשכנזי הפסיק להיות מנהל יחידה עם הגיעו לגיל פרישה והמשיך לעבוד כרופא מומחה כמקובל בבית החולים (סעיף 24 לתצהירה). לעומת זאת, בחקירתה בדיון בבקשה לסעד זמני ביום 11.1.2021 העידה כי ד"ר אשכנזי הסכים להמשיך לנהל את היחידה גם לאחר הגיעו לגיל פרישה תוך ויתור על התואר והשכר הכרוכים בתפקיד (ע' 7, ש' 4 – 7). בחקירתה הנגדית במסגרת הדיון בהליך העיקרי ביום 30.4.2023 העידה כי ד"ר אשכנזי המשיך לנהל את אשפוז יום מבוגרים **במשך הרבה שנים** כי לא נמצא לו מחליף, אולם כבר במועד הגשת התביעה על ידי המערערת (דצמבר 2020) הוא לא כיהן כמנהל אלא כרופא מן השורה (פרוטוקול ע' 24 ש' 8 – 13). פרופי מרין העיד כי בעת פרישתה של המערערת לא היה חסר במקצוע המטולוגיה, וכי בהתאם היקף משרתו של ד"ר אשכנזי הופחת לחצי משרה (סעיף 12 לתצהירו), ובחקירתו הנגדית העיד כי ד"ר אשכנזי הוסיף לעבוד כרופא מן השורה גם לאחר שמונה מנהל ליחידה לאשפוז יום במשרה חלקית בהתאם לצורך במחלקה (ע' 45 ש' 13 – 15). העולה מהאמור הוא כי על אף אי הבהירות בקשר למועד שבו מונה לד"ר אשכנזי מחליף בתפקידו כמנהל היחידה לאשפוז יום, מהעדויות עלה כי משלב מסוים ד"ר אשכנזי המשיך לעבוד במשרה חלקית כרופא מן השורה לאחר שמונה מנהל ליחידה לאשפוז יום, וכאמור לגרסת גב' שפירא זה היה מצב הדברים בעת סיום העסקתה של המערערת. בתצהירי העדות מטעם בית החולים **לא ניתן כל הסבר** מדוע המשיך בית החולים להעסיק את ד"ר אשכנזי במשרה חלקית גם לאחר שמונה מנהל מחליף ליחידה אותה ניהל ד"ר אשכנזי, ואיזה קריטריונים לאישור המשך העסקה לאחר גיל פרישה התקיימו בו. לנוכח העובדה כי

ד"ר אשכנזי הוסיף להיות מועסק כרופא מן השורה גם לאחר שמונה מנהל מחליף ליחידה ולא שימש בתפקיד מנהל היחידה, העובדה כי **בעבר** שימש כמנהל היחידה אינה רלוונטית שכן במועד פרישתה של המערערת מדובר היה בהעסקה באותו תפקיד – רופא מן השורה ביחידה לאשפוז יום (לשאלת השלכות מתן משקל להיותו של ד"ר אשכנזי מנהל בעבר בהחלטה לאפשר את המשך העסקתו לאחר גיל פרישה נתייחס בהמשך). בהקשר זה יש לציין כי אמנם למערערת היו תפקידים נוספים אולם אין מחלוקת כי היא עסקה גם בטיפול בחולים, כמו ד"ר אשכנזי. על כך שהן המערערת והן ד"ר אשכנזי מילאו אותו תפקיד ביחידה לאשפוז יום ניתן ללמוד אף מעדותו של פרופ' מרין שלגרסתו (שהועלתה לראשונה בחקירה נגדית) היה עליו להחליט אם לאייש את משרת הרופא מן השורה ביחידה לאשפוז יום על ידי המערערת או על ידי ד"ר אשכנזי (פרוטוקול 30.4.2023, ע' 45 ש' 13 עד 23). על כן, בנסיבות העניין, עצם המשך העסקתו של ד"ר אשכנזי כרופא מן השורה במשך שנים רבות לאחר גיל פרישה, לרבות בתקופה שבה לטענת בית החולים לא קיים מחסור ברופאים המטולוגים וניתן למצוא לרופאים שהגיעו לגיל פרישה מחליפים (תצהיר נילי שפירא סעיף 20), כך שלכאורה אין סיבה להמשיך את העסקתו לאחר גיל פרישת חובה לפי הקריטריונים שבית החולים הצהיר עליהם, מהווה נסיבה המעבירה את נטל ההוכחה לבית החולים. בהקשר זה יש לציין כי על פי עדותה של גב' שפירא רופאים לאחר גיל פרישה מועסקים בחוזה המתחדש מדי שנה, וכאמור לא ניתן הסבר מדוע הוארכה העסקתו של ד"ר אשכנזי גם לאחר שמונה מנהל ליחידה.

57. **אשר למישור הכמותי:** כאמור, בהתאם לפסיקה, לצורך העברת נטל ההוכחה למעסיק הנטל המוטל על העובד הוא "**נטל קל יחסית**", ועל רקע פערי הכוחות והמידע המאפיינים את יחסי עובד מעסיק "**אין לקבוע רף גבוה במיוחד**" ו"**אין לקבוע תנאי סף נוקשים**". בענייננו, מעבר לכך שלא נדרש שהמערערת תוכיח כישורים העולים על כישוריו של ד"ר אשכנזי, קביעה כי עליה להגיש חוות דעת מומחה להשוואה בין כישוריה לבין כישורי ד"ר אשכנזי קובעת רף ראייתי גבוה, החורג במידה משמעותית מהרף הנדרש בהתאם לפסיקה לצורך העברת נטל הראייה. בענייננו, מדובר בשני רופאים בעלי התמחות זהה – רופאים פנימאים המטולוגיים, באותה דרגה, וד"ר אשכנזי הועסק במועד פרישתה של המערערת כרופא מן השורה ביחידה לאשפוז יום ולא כמנהל, כך שעל פני הדברים כישורי הניהול שלו אינם רלוונטיים. כאמור, לצורך העברת נטל ההוכחה נדרש העובד ל"**ראשית ראייה בלבד**". לפיכך, בענייננו, די בנתונים שפורטו לעל על מנת להעביר אל בית החולים את נטל ההוכחה, ובכלל זאת הנטל להוכיח את השונות בין המערערת לבין ד"ר אשכנזי

לעניין המשך העסקה בבית החולים לאחר גיל פרישה. יודגש, כי מעבר לאמירה כללית בעדותו של פרופ' מרין על "התמקצעות של תחומי הרפואה ויצירתן של תתי התמחויות בתוך התחומים הרפואיים" בית החולים לא הצביע על נתון קונקרטי בנוגע לכישורים או אחר המתקיים בד"ר אשכנזי שיוצר שוני רלוונטי בינו לבין המערערות לעניין העברת נטל ההוכחה. אשר לשוני עליו הצביע פרופ' מרין בעדותו – העובדה כי ד"ר אשכנזי שימש בתפקיד ניהולי עובר לפרישתו – נתייחס בסעיף 72 להלן.

58. טענה נוספת שהעלתה המערערות היא כי מהנתונים במסמכים שצורפו לתצהירה של גב' נילי שפירא עולה כי הוכחה "הפליה תוצאתית" שבאה לידי ביטוי בכך ששיעור הרופאים הגברים בכלל ובתפקידי ניהול בפרט היה גבוה משמעותית משיעור הנשים. כך, בעוד שהיחס של רופאים מומחים בכירים עומד על 64% גברים ו- 36% נשים, 93% ממנהלי המחלקות הם גברים ורק 7% ממנהלי המחלקות הן נשים. נציין כי גם בתפקיד מנהל יחידה יש פער משמעותי אם כי נמוך יותר (76% גברים ו- 24% נשים). המערערות הוסיפו וטענו כי לא ניתן להסביר את הפער בין גברים לבין נשים בתפקידי ניהול בכך שמספר הרופאות בשנתונים הרלוונטיים נמוך משמעותית, שכן על פי מסמך רשמי של משרד הבריאות במועד שבו סיימה המערערות את לימודי הרפואה שיעור הנשים שסיים את לימודי הרפואה עמד על 36% מכלל הרופאים. מנגד, בית החולים טען כי בקבוצה הרלוונטית למילוי תפקיד מנהל מחלקה, שהיא הרופאים הוותיקים יותר והמבוגרים יותר, שיעור הרופאים הגברים הוא גבוה יותר, ועל כן אין להסיק מסקנות מנתון זה. עוד טען בית החולים כי באופן יחסי, שיעור הרופאות שממשיכות בעבודתן לאחר גיל פרישה גבוה משיעור הרופאים שממשיכים בעבודתם לאחר גיל פרישה, ואילו המערערות טענו כי יש להתייחס למספרים המוחלטים של רופאים ושל רופאות שהועסקו לאחר גיל פרישה, ו"אין לערוך השוואה המותירה את הנשים בתוך הגטו שלהם ואת הגברים בתוך הגטו שלהם", והפער בנתונים (57 רופאים לעומת 12 רופאות) מצביע גם הוא על הפליה. לטענת המערערות, גם לנוכח נתונים אלה, היה מקום להעביר את נטל ההוכחה לבית החולים.

לאחר בחינת טיעוני הצדדים וחומר הראיות אנו קובעים כמפורט להלן.

מקובלת עלינו טענת המערערות כי עת מנתונים רלוונטיים מצטיירת לכאורה תמונה המצביעה על הפליה או הטיה (בענייננו מגדרית) אצל המעסיק יש בכך כדי להוות נסיבות המעבירות את נטל ההוכחה אל המעסיק בהתאם [לסעיף 9](#) לחוק השוויון. אכן, כפי העולה מהנתונים, קיים פער משמעותי, וניתן לומר אף קיצוני, בין מספר

הגברים לבין מספר הנשים בתפקידי ניהול מחלקה, ופער משמעותי בתפקיד מנהל יחידה. לטעמנו, גם אם כטענת בית החולים בגילאים ובוותק של רופאים הממלאים תפקידי ניהול פוטנציאל הרופאות לתפקידי ניהול היה קטן מפוטנציאל הרופאים לתפקידי ניהול, הרי שלנוכח הפער הקיצוני בין רופאים לבין רופאות בתפקידי ניהול מתן העדפה לרופאים שמילאו תפקידי ניהול תוצאתו הנצחת מציאות הנגועה בהפליה או לכל הפחות הטיה מגדרית (גם אם יש לה הסבר הסטורי) ועל פני הדברים גם קביעת תנאי שאינו רלוונטי להמשך עבודה כרופא מן השורה שלא בתפקיד ניהולי. אולם, מעבר לעובדה שפרופ' מרין ציין כי לד"ר אשכנזי היה "תחום ידע" של מנהל קשה היה להסיק מהנתונים שהוגשו אם אכן ניתנה העדפה לרופאים בתפקידי ניהול בהמשך עבודה לאחר גיל פרישה, בשל חסר בנתונים רלוונטיים, כמפורט להלן. כי קשה היה להסיק מסקנות מטבלאות הנתונים שהוגשו לבית הדין, כיוון שעל פני הדברים חסרים נתונים כגון – איזה אחוז מרופאים שמילאו תפקידי ניהול המשיך לעבוד לאחר גיל פרישה; מספר הרופאים ומספר הרופאות שביקשו לעבוד לאחר גיל פרישה וסורבו וההתפלגות ביניהם, ונתונים רלוונטיים נוספים. לנוכח המסקנה אליה הגענו, כי היה מקום להעביר את נטל ההוכחה לבית החולים בשל המשך העסקתו של ד"ר אשכנזי לא ראינו צורך להכריע אם היה מקום להעביר אל בית החולים את נטל ההוכחה גם בשל הנתונים העולים מהמסמכים שצורפו לתצהירה של גב' שפירא. (להשלכות אי הבהירות בנוגע לנתונים על עמידת בית החולים בנטל ההוכחה נתייחס בסעיף 73 להלן).

59. בהתייחס לטענות בית החולים בנושא זה ככל שלא ניתן להן מענה באמור עד כה נוסף:

59.1. אשר לטענה כי שאלת הכישורים אינה רלוונטית לענייננו אלא שאלת "הנחיצות" של עבודתה של המערערת, הרי שטענה זו ממחישה מדוע יש להעביר את נטל ההוכחה מהמערערת לבית החולים. שכן, בשל פערי המידע בין עובד לבין המעסיק אין בידי העובד את הנתונים הרלוונטיים, לרבות נתונים על "נחיצות" עבודתו וככלל אין לו יכולת או יש לו יכולת חלקית ביותר להתמודד עם טענה זו. על כן, כמוסבר לעיל, בהינתן כי המידע והנתונים הם בידיעת המעסיק, על בית החולים היה להציג את הנתונים המוכיחים כי עבודתו של ד"ר אשכנזי לאחר גיל פרישה וגם לאחר שחדל להיות מנהל הייתה נחוצה ואילו עבודתה של המערערת לא הייתה נחוצה.

59.2. בהתייחס לטענה כי "רק כאשר ההחלטה מבוססת על תכונה 'מוגנת' מוטל על המעסיק להוכיח כי לא הייתה הפליה", הרי שטענה זו מתעלמת מכך שכיום, לאור המודעות לחוקי השוויון והפסיקה, הסבירות שמעסיק יקבל באופן גלוי החלטה על בסיס תכונה מוגנת היא נמוכה ביותר, ויש להניח כי ככל שההחלטה תתקבל משיקול פסול הוא יפעל להסוות שיקול זה [ראו בהקשר זה שרון רבין-מרגליות, שלושה דורות של אפליה תעסוקתית: הישגים ומגבלות של המאבק לקידום שוויון תעסוקתי, עבודה חברה ומשפט ט"ו (2016)]. לא בכדי נפסק כי "העברת הנטל בתובענות שענינן אפליה מתבקשת ממהותה של התובענה שנדרשת להוכחתן של צפונות הלב והמחשבה" [ע"ע (ארצי) 30585-09-12 חברת יישום פתרונות אנושיים בע"מ - אורית בוסי (נבו) (4.8.2013)], שכן בדרך כלל אין בידי העובד להוכיח את שיקוליו של המעסיק.

60. כללו של דבר: לאור כל האמור לעיל, אנו קובעים כי נטל ההוכחה כי הסירוב לבקשתה של המערערת להמשיך בעבודתה לאחר הגיעה לגיל פרישה לא היה נגוע בהפליה מוטל על בית החולים.

#### האם בית החולים הרים את נטל ההוכחה?

61. בית הדין האזורי קבע כי גם בהנחה שעל בית החולים הנטל להוכיח שלא נהג כלפי המערערת בהפליה מטעמי מין באי הארכת העסקתה לאחר דצמבר 2020, הרי שיש לדחות את התביעה על יסוד עדותו של פרופ' מרין, המקובלת על בית הדין, שלפיה החלטתו שלא להאריך את העסקתה של המערערת לאחר גיל הפרישה לא הייתה נגועה בכל שיקול מגדרי. עדות זו היא אמינה ומסתברת יותר מגרסת המערערת. כך, יש לקבל את עדותו של פרופ' מרין שלפי מיטב שיפוטו מקצועה של המערערת לא היה נדיר, לא היה חשש מאי מציאת מחליף למערערת ואין למקצוע ביקוש ברפואה הפרטית. ייתכן שמוטב היה כי בית החולים היה קובע נוהל כתוב המפרט את השיקולים עליהם העיד המנכ"ל לגבי תקופת כהונתו, ולגביהם העידה גב' שפירא דגני לגבי התקופה שקדמה למינויו של פרופ' מרין כמנכ"ל. אולם, אי קביעת נוהל כזה אינו מחייב את המסקנה שהמערערת טענה לה, לפיה מדובר בתבחינים "שהומצאו" להליך בעניינה. כמו כן, לא נסתרה עדותו של פרופ' מרין כי המחלקה הייתה מיועדת בעת פרישתה של המערערת לעבור שינויים בצרכים הרפואיים, ולהתמקד בהשתלות מח עצם ובשימוש ב-CART, נושאים שבהם לא היה למערערת ניסיון.

62. עוד קבע בית הדין האזורי כי לא נסתרה עדותה של גבי' שפירא לגבי הנסיבות שבהן התקשר בית החולים עם פרופ' רואו כמנהל המחלקה והנסיבות שהביאו להמשך העסקתו של ד"ר אשכנזי כאשר הוא הגיע לגיל פרישה. כפי שהעיד פרופ' מרין שאלת היותו של מקצוע במחסור או במצוקה אינה קבועה ונתונה לשינויים. לפיכך, הגם שטענת המערערת בדבר "תוצאה מפלה" בעצם העסקתם של שני רופאים גברים במחלקה ההמטולוגית לאחר גיל פרישה מובנת, היא אינה מוכיחה שבעת שהתקבלה החלטתו של פרופ' מרין שלא להאריך את העסקתה של המערערת לאחר גיל הפרישה עניין המגדר היווה שיקול בהחלטה או הכתים אותה. מסקנה זו אינה משתנה בשל כך שד"ר אשכנזי המשיך להיות מועסק גם לאחר שחדל להיות מנהל מחלקת אשפוז יום והמשיך להיות מועסק כרופא פנימי באשפוז יום, לאחר שהעסקתו מעבר לגיל פרישה הוארכה למשך תקופה ארוכה בשל כהונתו כמנהל.

63. **המערערות טענו** כי בית החולים לא הרים את נטל ההוכחה המוטל עליו. כך, לא ניתן כל הסבר המצדיק את המשך העסקתו של ד"ר אשכנזי שנים ארוכות לאחר גיל הפרישה, בעוד שהמערערת אולצה לפרוש בסמוך לאחר הגיעה לגיל 67. גם כיום, מועסק ד"ר אשכנזי כרופא מומחה בכיר בגיל 76, בחצי משרה, בתקן שהיה של המערערת, ובית החולים לא נתן כל הסבר מדוע הוא לא התבקש לפנות את מקומו לצעירים ממנו, כפי שנדרשה המערערת בגיל 67 ומספר חודשים; בית הדין האזורי לא נתן את המשקל הראוי לטעויות ולסתירות שנפלו בעדותו של פרופ' מרין בהתייחס לשאלת המומחיות של המערערת ושל ד"ר אשכנזי וההצדקות להמשך העסקתו וסיום העסקתה של המערערת; בניגוד לקביעתו של בית הדין האזורי לפיה המערערת וד"ר אשכנזי לא שייכים לאותה קבוצת שוויון, הרי שניהם הועסקו באותה דרגה – +8 בדירוג הרופאים – ופרופ' מרין עצמו השווה ביניהם עת העיד כי הוא שאל את צוות בית החולים את מי משניהם יש להמשיך להעסיק; בהעדר הסבר המצדיק את העדפת ד"ר אשכנזי, לא בכדי נמנע בית החולים מזימונו ומזימון פרופ' רואו לעדות, ובית הדין האזורי לא נתן לכך המשקל הראוי.

64. **המערערות הוסיפו וטענו** כי בית הדין התעלם מכך שהפליה מגדרית היא לרוב סמויה ולא גלויה, וכשל בלאתר את ההפליה הסמויה מן העין, אשר מכלול הראיות שהוגשו מבסס אותה באופן מובהק. כך, הוכחה הטיה ברורה לטובת גברים בבית החולים בנתונים שעלו מהמסמכים שגילה בית החולים במסגרת גילוי מסמכים, הן בפער העצום בין רופאים בתפקידי ניהול לבין רופאות בתפקידי ניהול והן במספר הרופאים שהמשיכו לעבוד לאחר גיל פרישה לעומת מספר הרופאות שהמשיכו לעבוד לאחר גיל פרישה. זאת ועוד. פרופ' מרין העיד כי המדיניות היא לאפשר למנהלים להמשיך

לעבוד לאחר גיל פרישה, ובהינתן היחס בין רופאים לבין רופאות הממלאות תפקידי ניהול, מדיניות זו יוצרת הטיה ברורה לטובת רופאים גברים בהעסקה לאחר גיל פרישה. עוד נטען לא היה מקום לקבל את טיעון בית החולים כי יש להשוות באופן יחסי את אחוז הנשים שהמשיכו לעבוד לאחר גיל פרישה מכלל הרופאות שהגיעו לגיל פרישה ואת אחוז הרופאים שהמשיכו לעבוד לאחר גיל פרישה מכלל הרופאים שהגיעו לגיל פרישה, שכן השוואה זו "מותירה את הנשים בתוך הגטו שלהם ואת הגברים בתוך הגטו שלהם"; יתר על כן. מהנתונים לשנת 2019 עלה כי 60% מהרופאים של בית החולים המשיכו לעבוד לאחר גיל פרישה, וגם נתון זה חייב את בית החולים לתת הסבר מדוע חויבה המערערת לפרוש מעבודתה, שכן בניגוד להתרשמות בית הדין המשך עבודה לאחר גיל פרישה אינו חריג, כפי שנטען על ידי בית החולים.

65. **בית החולים טען** כי לא מתקיימות הנסיבות החריגות המצדיקות התערבות בקביעותיו העובדתיות של בית הדין האזורי, אשר קיבל את עדותו של פרופ' מרין לעניין השיקולים שעמדו בבסיס ההחלטה שלא להמשיך את העסקתה של המערערת לאחר הגיעה לגיל פרישה וקבע כי היא אמינה ומסתברת יותר מגרסת המערערת, ולא נסתרה; אין לקבל את הטענות (בחלקן מכפישות) כנגד עדותו של פרופ' מרין.

66. **בית החולים הוסיף וטען** כי הוכח שד"ר אשכנזי היה מנהל בית חולים יום מבוגרים הרבה מאד לפני שהמערערת מונתה למנהלת תחום אחר והמשיך בחצי תקן כרופא ביחידה (ללא תפקיד ניהול) ללא קשר לתקן של המערערת; לד"ר אשכנזי הייתה מומחיות נדרשת וחשובה לבית החולים; כך גם העידה גב' שפירא כי לד"ר אשכנזי שהיה בתפקיד ניהולי לא היה מחליף, והיה צורך בהמשך העסקתו בניהול בית חולים יום, והמערערת לא יכלה למלא את תפקידו הניהולי של ד"ר אשכנזי; מנגד לא היה צורך במציאת מחליף למערערת ולא היה צורך בהמשך עבודתה של המערערת במחקר ובמעבדה לאחר הגיעה לגיל פרישה; זאת ועוד. לד"ר אשכנזי היו מטופלים רבים ואילו למערערת לא הייתה דרישה או ביקושים לטיפול שר"פ כלל, ולא בכדי סירבה המערערת להצעה להמשיך בשר"פ בבית החולים; השאלה הרלוונטית אינה כישוריה של המערערת או מצוינותה, אלא הנחיצות של התפקיד שלה, והאם המומחיות שלה מביאה מטופלים לבית החולים לעומת היכולות הללו של רופאים אחרים ובכללם ד"ר אשכנזי; כל העדויות מטעם המערערת אינן עוסקות בנחיצות תפקידה והטיפול שהעניקה בבית החולים אלא במקצועיותה וכישוריה, שאינן רלוונטיות להליך, ובית החולים בחר שלא לערער על עדויות אלה על מנת לשמור על כבודה של המערערת.

67. לאחר בחינת טענות הצדדים וכלל חומר התיק הגענו למסקנה כי בית החולים לא הרים את נטל ההוכחה המוטל עליו ולא הוכיח כי החלטתו לא הייתה נגועה בהפליה. בחלק זה של פסק הדין נתייחס לטענת הפליה מטעמי מין, ולטענת הפליה מטעמי גיל נתייחס לאחר הדין ביישום הלכת וינברגר.

68. כמוסבר בהרחבה לעיל, העסקתו של ד"ר אשכנזי כרופא מן השורה ולא בתפקיד מנהל היחידה אשפוז יום לאחר פרישתה של המערערת העבירה את נטל ההוכחה לבית החולים, והיה עליו להציג נימוקים או נתונים על השונות בין המערערת לבין ד"ר אשכנזי שהצדיקו החלטה שונה בעניין המשך העסקתם לאחר גיל פרישה.

69. ראשית יש להתייחס לקביעתו של בית הדין האזורי כי מקובלת עליו עדותו של פרופ' מרין לפיה החלטתו שלא להאריך את העסקתה של המערערת לאחר גיל פרישה מעבר להארכה שאושרה לה עד לסוף שנת 2020 לא הייתה נגועה בכל שיקול מגדרי, וכי עדות זו הייתה אמינה והיא מסתברת יותר מגרסת המערערת. כידוע, לצורך גיבושה של עילת תביעה מכוח חוק השוויון אין צורך להוכיח כוונה להפלות [ע"ע (ארצי) [1809-05-17 מדינת ישראל – אתי אלאשוילי \[נבו\]](#) (15.8.2019), סעיף 71 לפסק הדין והאסמכתאות שם]. אכן, פרופ' מרין העיד באופן נחרץ כי כל החלטותיו לרבות החלטתו לדחות את בקשת המערערת להמשך עבודה לאחר הגיעה לגיל פרישה מתקבלות משיקולים ענייניים וכדבריו "לא עולה על דעתי ולא היה בחיים שלי שיקול אם רופא הוא גבר או אישה" (פרוטוקול 30.4.2023, ע' 38, ש' 21 – 22). בית הדין האזורי התרשם מאמינותו של פרופ' מרין בהקשר זה, ואין מקום להתערב בממצא זה. אולם, אולם, בחינת השאלה אם המערערת הופלתה נעשית על פי מבחן אובייקטיבי ולא סובייקטיבי של מקבל ההחלטה, כפי שנפסק בעניין נעמי נבו:

**"... מבחן לבדיקת קיומה או אי-קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית."**

על כן, יש לבחון אם אובייקטיבית "התוצאה הסופית" של החלטות בית החולים משקפת קיומה של הפליה.

70. כאמור, הן גברת שפירא והן פרופ' מרין העידו כי השיקול המנחה בהחלטה אם לאפשר העסקת רופא לאחר גיל פרישה הוא צורך רפואי של בית החולים, משום העדר יכולת למצוא מחליף לרופא הפורש או שעיסוקו של הרופא הפורש הוא מקצוע במצוקה שקיים בו חסר ברופאים. כמו כן, מאושרת העסקה לאחר גיל פרישה

באותם מקרים שבהם צומחת לבית החולים תועלת כלכלית מהמשך עבודתו של הרופא לאחר הגיעו לגיל פרישה וזאת כאשר מדובר ברופא מבוקש מבחינת המקצוע שלו או מבחינה אישית. קריטריונים אלה לא התקיימו במערערת במועד פרישתה, שכן המקצוע שלה או הביקוש לשירותיה לא תאמו את צרכי בית החולים, מאחר שאין חסר במקצוע או בהתמחות של המערערת.

71. בית הדין האזורי קיבל את עדותו של פרופ' מרין כי החלטתו התבססה על שיקולים אלה, שאין בהם פסול. עוד קבע כי לא נסתרה עדותו של פרופ' מרין שהמחלקה הייתה מיועדת בעת פרישתה של המערערת לעבור שינויים בצרכים הרפואיים, ולהתמקד בתחומים שבהם אין למערערת ניסיון – השתלת מח עצם ושימוש ב-CART. עוד קיבל בית הדין את עדותו של פרופ' מרין כי שאלת היותו של מקצוע במחסור או במצוקה אינה קבועה ונתונה לשינויים, ולכן העסקת פרופ' רואו וד"ר אשכנזי לאחר גיל פרישה אינה מוכיחה שבהחלטה בעניינה של המערערת המגדר היווה שיקול בהחלטה או הכתים אותה. עוד קבע בית הדין האזורי כי מסקנה זו אינה משתנה בשל כך שד"ר אשכנזי המשיך להיות מועסק לאחר ששירותו מעל גיל פרישה הוארך למשך תקופה ארוכה בשל כהונתו כמנהל, גם לאחר שחדל להיות מנהל מחלקת אשפוז יום והמשיך להיות מועסק כרופא פנימי באשפוז יום. דעתנו שונה, ואנו סבורים כי ככל שנבחנת גרסתו של בית החולים **אובייקטיבית** לא עלה בידו להוכיחה, וכפועל יוצא מכך לא הורם הנטל להוכיח כי ההחלטה שלא לאפשר למערערת להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה אינה נגועה בהפליה.

72. נקדים ונאמר כי מקובלת עלינו קביעתו של בית הדין האזורי כי השיקולים שהציגו פרופ' מרין וגבי שפירא הם שיקולים רלוונטיים בהחלטה אם להמשיך בהעסקתו של עובד לאחר הגיעו לגיל פרישה. כמו כן, במסגרת הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק, הוא מוסמך לקבוע את הקריטריונים להמשך העסקה לאחר גיל פרישה, בכפוף לכך שהקריטריונים לא יצרו הפליה פסולה על פי חוק השוויון. אולם, השאלה אותה עלינו לבחון היא אם הוכח כי שיקולים אלה אכן הנחו פרופ' מרין בעת קבלת ההחלטה לדחות את בקשתה של המערערת להמשיך לעבוד בבית החולים לאחר הגיעה לגיל פרישה. בעניין זה, הגענו לכלל מסקנה כי בית החולים לא הרים את הנטל להוכיח שההחלטה התקבלה על יסוד השיקולים שהציג לבית הדין, וכפועל יוצא מכך לא הרים את הנטל להוכיח כי ההחלטה לא הייתה נגועה בהפליה.

**ראשית**, מעדותו של פרופ' מרין עלה חד משמעית כי השיקול שהנחה אותו היה חוות הדעת של פרופ' רואו ויתר רופאי המחלקה שהמליצו (או אף דרשו) שלא להאריך את

העסקתה של המערערת מעבר לגיל פרישה (פרוטוקול 30.4.2023, ע' 35, ש' 14 – 17 ; שם, ע' 37 ש' 1 – 3). כך, הן לדעתו על יסוד היכרותו רבת השנים עם ד"ר אשכנזי (שניהל אשפוז יום פנימי שהפך להיות אשפוז יום המטולוגי עוד בתקופה שבה פרופ' מרין היה סטודנט בבית החולים) והן לדעת הרופאים במחלקה היה מקום להעדיף את ד"ר אשכנזי על פני המערערת לטובת החולים ולטובת הצוות (ע' 45, ש' 13 – 36 ; ע' 47 ש' 11-14). בית הדין האזורי קבע כי **"התקוממותה של התובעת בסיכומיה"** כנגד הגרסה החדשה שהעלה פרופ' מרין בחקירה נגדית מוצדקת, שכן היא לא פורטה בתצהירו, אך אי מתן משקל לעדות זו אינו משנה את התוצאה, כיוון שעל המערערת להוכיח פוזיטיבית שכישוריה אינם נופלים מכישוריו של ד"ר אשכנזי. אכן, הן בשל כך שמדובר בשינוי חזית מוחלט מהטיעון של בית החולים בכתב ההגנה ובתצהירים והן בשל כך שלא זומנו להעיד פרופ' רואו וד"ר אשכנזי (או רופאים אחרים) אין לתת לגרסה זו משקל ולא ניתן לקבל גרסה זו כהסבר או הצדקה להחלטה לדחות את בקשתה של המערערת להמשיך לעבוד לאחר גיל 67. אולם, לטעמינו, עצם העלאת גרסה חדשה זו שומטת את הקרקע מתחת לגרסה שהעלו גב' שפירא ופרופ' מרין בתצהיריהם, דהיינו שלא היה צורך רפואי בהמשך עבודתה של המערערת. יש להדגיש, כי בית החולים שבידיו המידע ומלוא הנתונים על מצבת כוח האדם במחלקה, התקנים של רופאים המוקצים לכל תחום פעילות במחלקה וכיו"ב לא הציג נתונים אלה. כך למשל, לא הוצגו נתונים על מספר תקני רופאים ביחידה לאשפוז יום, כמה מהם היו מאוישים במועד פרישתה של המערערת, האם התקן של המערערת לאחר פרישתה אויש או נויד לתחום אחר במחלקה וכיו"ב. כך, האמירה סתמית שלא היה צורך רפואי בעבודתה של המערערת לא גובתה בראיות כלשהן. משמדובר בראיות שהן בשליטת בית החולים, הימנעות מהצגתן פועלת לחובתו.

**שנית**, המערערת הציגה ראיות המלמדות על שביעות רצון של מטופלים – פניות שנעשו הן לבית החולים והן למשרד הבריאות בבקשה לבטל את ההחלטה על סיום עבודתה, ונשמעו אף עדויות בעניין זה. ראיות אלה מצביעות על כך שהיה "ביקוש" למערערת בקרב מטופלים במחלקה, אחד הקריטריונים להמשך עבודתו של רופא לאחר גיל פרישה לפי הנטען בתצהירה של גב' שפירא. בית החולים לא התייחס כלל לראיות אלה וגם לא הציג ראיות הסותרות את גרסתה של המערערת בדבר תרומתה לעבודת המחלקה. בנוסף, לא התייחס בית החולים לצורך בעבודתה של המערערת בתחום המומחיות הנוסף שהיה לה – CLL וכן לתרומת עבודתה במעבדה, אשר לגרסת המערערת תרמה לבית החולים הכנסות רבות. גם בהקשר זה, אי הצגת ראיות

על ידי בית החולים פועל לחובתו, וגם מטעם זה בית החולים לא הרים את נטל ההוכחה המוטל עליו.

**שלישית**, קושי נוסף העולה מעדותו של פרופ' מרין הוא ניסיונו לטעון כי לא היה מקום להמשך עבודתה של המערערת לאחר גיל פרישה, כיוון שלא יכלה להשתלב בכיוונים החדשים של פעילות המחלקה – השתלת מח עצם ו-קרטיג. אולם, פרופ' מרין אישר כי גם ד"ר אשכנזי לא עוסק בשני תחומים אלה (פרוטוקול 30.4.2023 ע' 48 ש' 4), ועל כן ברור שאין בכך כדי להסביר את אי העסקתה של המערערת לאחר גיל פרישה, בתחומים שבהם עסקה בעבר. גם בהקשר זה, אי הצגת נתונים על מצבת כוח האדם במחלקה והתפלגות הרופאים על פי עיסוקם בתחומים השונים פועלת לחובת בית החולים.

**רביעית**, בית הדין האזורי קיבל את גרסתו של פרופ' מרין כי מצב של חסר או אפילו מצוקה במקצוע מסוים אינם קבועים וניתנים לשינוי, ולכן העובדה שפרופ' רואו וד"ר אשכנזי הועסקו לאחר הגיעם לגיל פרישה אינה מוכיחה שבעת שהתקבלה ההחלטה בעניינה של המערערת עניין המגדר היווה שיקול בהחלטה או הכתים אותה. עוד קבע בית הדין האזורי כי **"מסקנה זו אינה משתנה בשל כך שד"ר אשכנזי המשיך להיות מועסק לאחר ששירותו מעל גיל פרישה הוארך למשך תקופה ארוכה בשל כהונתו כמנהל, גם לאחר שחדל להיות מנהל מחלקת אשפוז יום והמשיך להיות מועסק כרופא פנימי באשפוז יום"**. אין בידינו לקבל את קביעתו האחרונה של בית הדין. האזורי. לדעתנו, משעה שד"ר אשכנזי חדל להיות מנהל היחידה לאשפוז יום, והוא מבצע תפקיד של רופא באשפוז יום אותו יכולה לבצע גם המערערת, על בית החולים להחיל אותן אמות מידה בהתייחס להמשך העסקתם של המערערת ושל ד"ר אשכנזי לאחר גיל פרישה. קביעה כי העסקתו של ד"ר אשכנזי כמנהל היחידה לאשפוז יום **כשלעצמה** מהווה נימוק להמשך העסקתו לאחר גיל פרישה מעוררת קושי. שכן, בהינתן הפער הקיצוני בין גברים לבין נשים בתפקידי ניהול בבית החולים, מתן עדיפות לרופא שכיהן כמנהל (בין לפני גיל פרישה ובין לאחריו) בהמשך העסקה לאחר הגיעו לגיל פרישה מנציחה מציאות של הפליה מגדרית, ומביאה להפליה תוצאתית. שכן, ברור כי כפועל יוצא ממתן העדפה לרופאים שכיהנו בתפקידי ניהול פחות נשים יועסקו לאחר גיל פרישה, כיוון שאין להן ניסיון קודם בתפקיד ניהולי. זאת, כשלא נטען ולא הוכח כי כישורי הניהול או הניסיון בתפקיד ניהולי נדרש לתפקיד רופא מן השורה.

73. זאת ועוד. עיון בטבלת הרופאים שהועסקו לאחר גיל פרישה בשנת 2020 (מוצג 7 למוצגי המערערת), השנה שבה הגיעה המערערת לגיל פרישה, מעלה כי מתוך 73 רופאים שהועסקו לאחר גיל פרישה, היו 14 רופאות בלבד, דהיינו פחות מ- 20%. 15 מתוכם, דהיינו מעט יותר מ- 20% היו בעלי תפקיד ניהולי (מנהל בית החולים, סגן מנהל בית החולים, מנהלי מחלקות, מנהלי יחידות ומנהל מכון) וחלקם הגדול של אלה אף הועסק במשרה מלאה ולא במשרה חלקית, בניגוד למדיניות המוצהרת כי מנהל שממשיך לעבוד מוותר על התואר ולא מועסק במשרה מלאה. נתונים אלה אכן מעוררים "חשד" למתן העדפה לרופאים בכלל ולרופאים בתפקידי ניהול בהמשך העסקה לאחר גיל פרישה. העדים מטעם בית החולים טענו בעדותם כי ההסבר לפערים אלה הוא בכך שבשנתונים הרלוונטיים מספר הרופאות שהועסקו בבית החולים בכלל וכפועל יוצא מכך גם בתפקידי ניהול היה נמוך ממספר הרופאים, אולם טענה כללית זו לא גובתה בראיות על היחס בין רופאים לרופאות בשנתונים הרלוונטיים; לא הובאו ראיות מדוע היה צורך בהמשך העסקתם לאחר גיל פרישה של הרופאים בתפקידי ניהול בתוארם ובהיקף משרה מלא, בניגוד למדיניות המוצהרת; כמו כן לא הובאו נתונים על היענות ודחייה של בקשות של רופאות ורופאים להמשך עבודה לאחר גיל פרישה בשנתונים הרלוונטיים. משנטל ההוכחה הועבר לבית החולים, ככל שקיים חסר בנתונים הרי שהוא פועל לחובתו של בית החולים.

74. יתר על כן. לנוכח הפער הקיצוני בין רופאים לבין רופאות בתפקידי ניהול; לנוכח העובדה כי על פי עדותה של גבי שפירא בשל סיבות שונות, כגון יציאה לחופשת לידה, הקידום המקצועי של רופאות הוא לעתים איטי יותר משל הרופאים (ע' 17 ש' 8 – 12), כך שהן מגיעות לדרגות בכירות בגיל מבוגר יותר; לנוכח חובתו של המעסיק לשקול בהחלטה אם להיענות לבקשת עובד להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה לשקול גם את מספר שנות עבודתו במקום העבודה והיקף זכאותו לגמלה – אפשר שיש מקום דווקא ליתן עדיפות להעסקת רופאות לאחר הגיען לגיל פרישה, ובכך לתרום לתיקון הפערים המגדריים שנוצרו בעבר, ולאפשר לרופאות שהגיעו בסופו של דבר לדרגות בכירות לממש את הישגן בהארכת תקופת עבודתן, ככל שהן מבקשות לעשות כן.

75. כללו של דבר – לאור האמור לעיל, משבית החולים לא הוכיח כי קיבל את ההחלטה בעניינה של המערערת מהשיקולים שהציג בתצהירים מטעמו, והוכח כי ההחלטה התקבלה מנימוקים אחרים, ומשבית החולים נמנע מלהציג ראיות ונתונים שבידיו, התוצאה היא כי בית החולים לא הרים את הנטל להוכיח כי החלטתו לדחות את

בקשתה של המערערת להמשיך בעבודה לאחר גיל פרישה לא הייתה נגועה בהפליה מחמת מין.

### האם בית החולים קיים את חובתו על פי הלכת וינברגר?

76. טענה נוספת שהעלו המערערות היא שבית החולים לא קיים את חובתו על פי הלכת וינברגר, דהיינו את החובה לשקול בתום לב את המשך העסקתו של העובד לאחר גיל פרישה. לטענת המערערת, אכן היו לה פגישות עם פרופ' מרין, אולם היא לא קיבלה זימון לשימוע מסודר בעניין המשך העסקתה לאחר הגיעה לגיל פרישה, ובכלל זאת לא ניתנה לה אפשרות להגיב לנימוקים להחלטה ולחוות הדעת של הממונים עליה, שעל פי הנטען לא תמכו בהמשך העסקתה לאחר גיל פרישה.

77. בית החולים טען כי למערערת היו פגישות עם מנכ"ל בית החולים שבהן נדונה בקשתה להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה, ופרישתה נדחתה לבקשתה להשלמת רישומה כפרופסור. לאור זאת, יש לדחות את טענתה בערעור כי לא נערך לה שימוע ולא נשמע קולה בעניין.

78. הנציבות טענה כי נראה שלבית החולים לא היה נוהל כתוב בתקופה הרלוונטית להליך, הקובע מה הם השיקולים שישקלו במתן החלטה אם לאפשר המשך העסקה לאחר גיל פרישה, וזאת כפי שמצופה ממעסיק דוגמת בית החולים. הנוהל היחיד שהוצג בכתבי הטענות הוא "נוהל ליווי עובד לקראת פרישה" שצורף לתצהיר עדות בית החולים, נושא תאריך 7.1.2021, מועד מאוחר להגשת התביעה, ומתייחס ל"ועדת חריגים" שלא נטען כי התקיימה לגבי המערערת.

79. לאחר בחינת טענות הצדדים והחומר שבתיק אנו קובעים כמפורט להלן.

80. מחומר הראיות עולה כי לא התקיים הליך ראוי בטרם התקבלה החלטתו של פרופ' מרין לדחות את בקשתה של המערערת להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה. ראשית, כפי שעולה מעדותו של פרופ' מרין, הוא ניהל שיחות בעניין עם מנהל המחלקה פרופ' רואו, עם ד"ר אשכנזי ועם רופאים אחרים המחלקה. תוכן של שיחות אלה, שבהן לטענתו הוא התבקש שלא להיענות לבקשתה של המערערת להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה לא הובא לידיעתה של המערערת, ולא התאפשר לה להתמודד עם הטענות שהועלו בהן (ככל שהועלו בהן טענות ונימוקים לדחיית בקשתה ולא רק "שורה תחתונה" של המלצה לדחיית בקשתה). כך, פרופ' מרין העיד כי לא שיתף את המערערת בשיקולים אלא רק "רמז בצורה יפה". נדגיש, כי לא נעלם מעינינו כי

מעדותו של פרופ' מרין עלה כי הוא ביקש לשמור על כבודה של המערערת, וגם בעדותו בבית הדין התבטא בריסון כדי לא להגיד דברים שעלולים לפגוע במערערת (ראו למשל פרוטוקול ע' 30.4.2023 ע' 47 ש' 14 – 15). עוד עלה מעדותו כי גם בשיח שהתקיים בינו לבין המערערת לעניין המשך עבודתה לאחר גיל פרישה נזהר בדבריו על מנת שלא לפגוע בכבודה של המערערת (פרוטוקול 30.4.2023 ע' 48 ש' 37 – 39 ; ע' 49, ש' 2 – 5 וכן ש' 15). אולם, התנהלות זו, גם אם נבעה מכוונה טובה שלא לפגוע במערערת, שללה ממנה את זכות הטיעון והאפשרות להתמודד עם טענות אלה. זאת ועוד. "ניתן להקיש לעניין זה מהפסיקה הקובעת כי "עצם הפיטורים של עובד בעילה נטענת מסוימת, כאשר לאמיתו של דבר הפיטורים הם בעילה אחרת, כפי שקבע בית הדין האזורי, מהווה פיטורים שלא כדין, באשר היא מהווה התנהלות בחוסר תום לב (דב"ע (ארצי) מא/39 – 3) אליהו חג'ג' – איתם מינהל אזורי אגודה שיתופית בע"מ, פד"ע יג 74 [נבו] (1981) ) ומרוקנת מתוכן את השימוע שנערך לעובד" [ע"ע (ארצי) 38077-09-15 אלומיניום קונסטרוקשן פרו בע"מ - סלימאן אלבאזאת [נבו] (25.9.2016)]."

השוו: ע"ע (ארצי) 43366-02-14 צ'רלי אוחנה - איגוד ערים אזור באר-שבע (שירותי כבאות) [נבו] (14.1.2018)

**שנית**, בעניין **וינברגר** פירט בית הדין את השיקולים שאותם על המעסיק לשקול בעת ההחלטה אם להיענות לבקשתו של העובד להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה. בית החולים לא הציג כל ראיה ממנה עולה כי נשקלו שיקולים אלה, וגם מעדותו של פרופ' מרין לא עולה כי הוא בחן שיקולים אלה.

81. **כללו של דבר**: אנו קובעים כי בית החולים לא קיים את חובתו על פי הלכת **וינברגר**, ולא קיים הליך ראוי לשקילת בקשתה של המערערת להמשיך לעבוד לאחר הגיעה לגיל פרישה.

#### **האם המערערת הופלתה מחמת גיל?**

82. בית הדין האזורי דחה את טענתה של המערערת כי הופלתה מחמת גיל. בית הדין האזורי קיבל את עדותה של המערערת כי פרופ' מרין התבטא בעניין הצורך לאפשר לרופאים צעירים להתקדם, ולא נסתרה טענתה כי דברים דומים נאמרו לה על ידי פרופ' רואו. אולם, טענת ההפליה מחמת גיל אינה יכולה לעמוד, לנוכח הוראת סעיף 4 לחוק גיל פרישה והעובדה כי בעניין **גביש** נפסק כי הוכרה כראויה תכלית של חלוקת הזדמנויות בינדורית.

83. כאמור, בעניין **גביש** נפסק כי **סעיף 4 לחוק גיל פרישה**, הקובע גיל פרישת חובה, עומד בפסקת ההגבלה בין היתר לנוכח הלכת **וינברגר**, המחייבת את המעסיק לשקול את בקשתו של העובד להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה, הליך המצמצם את הפגיעה בשוויון וההפליה מטעמי גיל, כתוצאה מקביעת גיל פרישת חובה. עשויה להתעורר שאלה אם מעסיק שאינו מקיים חובתו על פי הלכת **וינברגר**, בין אם אינו מקיימה בכלל ובין אם הוא מקיימה למראית עין בלבד, נוקט הפליה מטעמי גיל. בענייננו, עולה כי התקיים הליך שבו נשקלה בקשתה של המערערת, שבסופו החליט המנכ"ל להאריך את המשך העבודה בתקופה בת שמונה חודשים. אכן, כפי שקבענו לעיל, נפלו פגמים בהליך, ואפשר שהמערערת זכאית לפיצוי בגין הפגמים שנפלו בו, אולם לא ניתן לקבוע כי עצם דחית בקשתה של המערערת להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה מהווה הפליה מטעמי גיל, שכן בהתאם להלכת **וינברגר** המעסיק אינו מחויב להיענות לבקשתו של העובד.

84. **כללו של דבר**: על אף הפגמים שנפלו בהליך שנקט בית החולים בעניין **וינברגר**, לא ניתן לקבוע כי המערערת הופלתה מחמת גילה. שאלת זכאותה של המערערת לפיצוי בשל הפגמים שנפלו בהליך תידון על ידי בית הדין האזורי.

### סוף דבר

85. על יסוד כל האמור לעיל, הערעור מתקבל ואנו קובעים כי היה מקום להעביר את נטל ההוכחה לבית החולים; בית החולים לא הרים את הנטל המוטל עליו ולא הוכיח כי ההחלטה לדחות את בקשת המערערת להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה אינה נגועה בהפליה מחמת מין; בית החולים לא קיים הליך ראוי לשקילת בקשתה של המערערת להמשיך לעבוד לאחר הגיעה לגיל פרישה, אולם פגמים אלה אינם מגיעים לכי הפליה מחמת גיל. ההליך יוחזר לבית הדין האזורי לדיון בשאלת הסעדים הכספיים להם זכאית המערערת עקב ההפליה והפגיעה בזכותה לשוויון ובשל הפגמים שנפלו בהליך קבלת ההחלטה לדחות את בקשתה להמשיך לעבוד לאחר גיל פרישה.

בית החולים ישלם למערערת שכ"ט עו"ד בסך של 10,000 ₪, בתוך 30 יום מהיום, שאם לא כן יישא הסכום הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום עד למועד התשלום בפועל.

**ניתן היום, כ"ז סיוון תשפ"ה (23 יוני 2025), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.**

---

חני אופק גנדלר,  
שופטת  
מר יצחק רייף,  
נציג ציבור (מעסיקים)

---

לאה גליקסמן,  
שופטת

---

ורדה וירט-ליבנה,  
נשיאה (בדימוס), אב"ד  
גברת בל יוסף,  
נציגת ציבור (עובדים)

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

לאה גליקסמן 54678313-/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה