

ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה בישראל

מאת

עינת אלבין* ושגית מור**

מבוא. א. ייצוג הולם במשפט הישראלי: מוטיבציה רדיקלית ויישום שמרני; 1. ייצוג הולם במשפט הישראלי; 2. ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלויות. ב. תפיסה קולקטיבית מערכתית-מבנית של ייצוג הולם; 1. ביקורת מוגבלות וזכויות אנשים עם מוגבלויות; 2. שוויון מערכתית-מבנית וזכויות אנשים עם מוגבלויות; 3. היבטיה הקולקטיביים של הגישה המערכתית-מבנית לייצוג הולם. ג. קריאה מחדש של מדיניות הייצוג ההולם בישראל; 1. גישה מערכתית-מבנית למכסות; 2. גישה מערכתית-מבנית לתביעות אינדיווידואליות. סיכום.

מבוא

קידום השוויון של אנשים עם מוגבלויות בתחום התעסוקה הפך נושא מרכזי בעשורים האחרונים. מבין הקבוצות שחוות אפליה בעבודה, מצבם של אנשים עם מוגבלויות הינו בין החמורים, אם לא החמור ביותר. לפי נתונים מן העת האחרונה, שיעור תעסוקתם של אנשים עם מוגבלויות עמד על 57%, ביחס ל-78% בקרב האוכלוסייה ללא מוגבלות, ושיעור התעסוקה בקרב אנשים עם מוגבלות חמורה נמוך אף יותר, ועומד על 42% בלבד.¹ גם אלה העובדים מחזיקים במשרות שאינן בכירות ובשכר נמוך יחסית, ובהתאם לכך גם תנאים נלווים מופחתים. כך, למשל, 24% מהאנשים עם מוגבלות שמועסקים, מועסקים במשרה חלקית. אשר לאנשים עם מוגבלות חמורה הנתון חמור אף יותר ועומד על 30%, ביחס ל-16% מקרב האנשים ללא מוגבלות. נוסף על כך, 34% אנשים עם מוגבלות משתכרים פחות מ-4,000 ש"ח לחודש, 45% כאשר המדובר במוגבלות חמורה, לעומת 23% אנשים ללא מוגבלות.²

* מרצה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית.

** מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

1 אנשים עם מוגבלות בישראל 2015, 47 (ליטל ברלב, יוסף קרן-אברהם, ישראל הבר וגבי אדמון-ריק עורכים, 2015). זהו שיפור קטן ביחס לנתונים משנת 2011 כפי שהוצגו על ידי מבקר המדינה דוח שנתי 64 לשנת 2013 ולחשבונות שנת הכספים 2012, 133, 140 (2014).

2 אנשים עם מוגבלות בישראל 2015, לעיל ה"ש 1, בעמ' 50-51.

שילוב אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה הפך לאינטרס משותף של אנשים עם מוגבלויות ושל המדינה. תנועת הזכויות של אנשים עם מוגבלויות, שהופיעה בשנות השבעים והתחזקה מאוד מאז שנות התשעים, הציבה את נושא התעסוקה כאחד מיעדיה המרכזיים. הדבר נועד הן להשגת עצמאות וביטחון כלכליים לפרט והן כדרך וביטוי להשתלבותם והשתתפותם של אנשים עם מוגבלויות בחברה. בה בעת, מדינות רבות החלו מייחסות לנושא חשיבות רבה במטרה להגדיל את היצרנות של המשק, לצמצם את ההישענות על קצבאות ושירותי רווחה ולהתמודד עם אפליה מתמשכת בשוק.³ גם האמנה הבין-לאומית לזכויות אנשים עם מוגבלויות הדגישה את מחויבות השילוב בשוק העבודה כמחויבות מרכזית.⁴

בישראל עמד נושא התעסוקה במוקד הדיון והמדיניות מאז שנות התשעים של המאה העשרים, עת החל עידן הזכויות של אנשים עם מוגבלויות. ציון דרך מרכזי בהתפתחות זו הינו חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998, אשר כלל מראשיתו פרק תעסוקה ובו איסור הפליה בתעסוקה שמותנה בחובת התאמות (סעיף 8) וכן מנגנון של ייצוג הולם (סעיף 9).⁵ סעיף נוסף בפרק התעסוקה שבחוק מסמיך את שרי הכלכלה והרווחה ליצור תוכניות שיקדמו את מטרות החקיקה (סעיף 16). מאוחר יותר הותקנו גם תקנות שכר מינימום מותאם (2002)⁶ וכן תקנות השתתפות המדינה במימון התאמות (2006).⁷ בעקבות שביטות הנכים בין השנים 1999–2001 והמלצות הוועדה הציבורית לבדיקת ענייני הנכים וקידום שילובם בקהילה (ועדת לרון),⁸ שקמה לאחריהן, שונתה גם מדיניות הקצבאות וזו מאפשרת כעת לאנשים עם מוגבלויות לצאת לעבודה מבלי לאבד את קצבתם באופן מידי.⁹ נוסף על כך, הוקם המטה לשילוב אנשים עם מוגבלויות במשרד הכלכלה והתעשייה,¹⁰ והשתכללו תוכניות השיקום

-
- World Health Organization, *World Report on Disability* (2011) http://whqlibdoc.who.int/hq/2011/who_nmh_vip_11.01_eng.pdf 3
- ס' 27 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלות (נפתחה לחתימה ב-2007) (אושררה Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), Dec. 13, 2006, ; 2515 U.N.T.S. 3 Einat Albin, *Universalising the Right to Work of Persons with Disabilities: An Equality and Dignity Based Approach*, in *THE RIGHT TO WORK: LEGAL AND PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES* 61 (Virginia Mantouvalou ed., 2015). 4
- ס"ח 152 (להלן גם: חוק השוויון). לדיון מקיף ברקע לחוק ובפרק התעסוקה שבו ראו שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" עיוני משפט לה 97 (2012) (להלן: מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה"). 5
- תקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), התשס"ב–2002, ק"ת 460. 6
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (השתתפות המדינה במימון התאמות), התשס"ו–2006, ק"ת 754. 7
- דוח הוועדה הציבורית לבדיקת ענייני הנכים ולקידום שילובם בקהילה (2005) (להלן: דוח לרון (קרוי על שם השופט בדימוס אפרים לרון, שעמד בראש הוועדה)). 8
- חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 109), התשס"ח–2008, קבע מנגנון להפחתה הדרגתית בגובה הקצבה. 9
- <http://economy.gov.il/About/Units/Pages/DisabledEmploymentIntegration.aspx> 10

שמציע המוסד לביטוח לאומי.¹¹ כחלק ממהלך זה אימצה המדינה את רעיון הרצף התעסוקתי, שמטרתו להעביר אנשים ממסגרות מדירות של אנשים עם מוגבלות (כגון מפעלים מוגנים) לאורכו של הרצף עד לשילוב מלא בעבודה. ספקטרום זה כולל תעסוקה נתמכת,¹² משתקמים,¹³ שכר מינימום מותאם¹⁴ ושילוב מלא בשוק.¹⁵

על אף מאמצים רבים אלה, לא ניכר שינוי של ממש מבחינה סטטיסטית באחוזי התעסוקה של אנשים עם מוגבלויות,¹⁶ מה שהוביל לעלייתה של סוגיית הייצוג ההולם לחזית הדיון הציבורי. שורשי הדיון מצויים כאמור עוד בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. סעיף 3 לחוק השוויון עיגן את עקרון ההעדפה המתקנת כאחד מעקרונות היסוד בחקיקה, ולפיו: "אין רואים כהפליה פסולה פעולה שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של אנשים עם מוגבלות או שנועדה לקדם את השוויון של אנשים עם מוגבלות". סעיף 9 קובע באופן מיוחד ייצוג הולם בתעסוקה. על פי הסעיף, אם "ראה מעסיק כי בקרב עובדיו אין ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של אנשים עם מוגבלות [...] יפעל לקידום הייצוג ההולם, לרבות ביצוע התאמות". סעיף זה הינו ייחודי בנוף של חקיקת השוויון המקומית, שכן הוא חל גם על מעסיקים פרטיים המעסיקים מעל 25 עובדים. חוק השוויון כולל גם תיקון עקיף לסעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט–1959, העוסק בייצוג הולם של קבוצות שונות בשירות המדינה, המוסיף לרשימה זו גם אנשים עם מוגבלויות.¹⁷ סעיף 9(ג) קבע שהשר האחראי רשאי לקבוע נהלים והוראות משלימות לביצועו, אך עד כה לא נעשה דבר. שירות המדינה ערך מחקר מקיף והוקמה ועדה, וזו פרסמה דוח בשנת 2003 שכלל המלצות ליישום,¹⁸ אך ההמלצה העיקרית שיושמה הייתה הקמת מאגר נתונים ופרסום דוחות מעקב.¹⁹ דוח הלמ"ס ודוח מבקר המדינה משנת 2014 חשפו את האמת העגומה: נכון לשנת 2014, ייצוגם של אנשים עם מוגבלויות

-
- 11 לפירוט ראו www.btl.gov.il/benefits/Vocational_Rehabilitation/Vocational_Rehabilitation_disabeld/Pages/default.aspx
- 12 ראו הצעת חוק תעסוקה נתמכת, התשס"ו–2006, פ/1018/17.
- 13 חוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ז–2007, ס"ח 450.
- 14 תקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת).
- 15 יונה קסטל "מ'כלוב הזהב' של הביטחון הסוציאלי והסדנאות המוגנות לשילוב אנשים עם מוגבלות ברצף שירותי תעסוקה", עניין של גישה 10, 43 (2010). לביקורת על אי-יישום מדיניות זו ראו דוח מבקר המדינה 64ג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 136, 149–153.
- 16 שם, בעמ' 135. לאחרונה דיווחה הנציבות כי ניכרת מגמת שיפור מסוימת ברמת התעסוקה של אנשים עם מוגבלות מתונה. ראו מדינת ישראל, משרד המשפטים – נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות אנשים עם מוגבלות בישראל 2011 – מגבלות והשתלבות בחיי החברה בישראל – מבט השוואתי רב שנתי (אליהו בן משה, ליאורה רופמן וישראל הבר עורכים, 2012).
- 17 ס' 28 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.
- 18 דוח הוועדה הבין-משרדית לייצוג הולם של אנשים עם מוגבלות בשירות המדינה (2003).
- 19 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה – אגף דמוגרפיה ומפקד ייצוג אנשים עם מוגבלות בשירות המדינה – 2005 (2006); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה – אגף דמוגרפיה ומפקד ייצוג אנשים עם מוגבלות בשירות המדינה – 2010 (2012).

בשוק העובדה נותר נמוך כשהיה; בשירות הציבורי הוא עומד על 2.2%, שיעור נמוך לכל הדעות ביחס לכל קנה מידה ויעד שהוצב בתחום.²⁰

בעת חקיקתו של סעיף 9 לחוק השוויון התנהל ויכוח ער בדבר מהותה של חובת הייצוג ההולם בחוק – אם לאמץ חובה כללית לייצוג הולם או שיטה של מכסות.²¹ המחוקק בחר באפשרות הראשונה. ואולם, מאז שנת 2014 חלו התפתחויות חשובות בכיוון של קביעת מכסות לייצוג הולם לפי החוק. הצעד הראשון היה החתימה על הסכם קיבוצי בין הסתדרות העובדים הכללית החדשה לבין נשיאות הארגונים העסקיים ונשיא התאחדות התעשיינים.²² בעקבות ההסכם הקיבוצי חתם שר הכלכלה על צו הרחבה לעידוד והגברת התעסוקה של אנשים עם מוגבלות, הקובע כי בשנה הראשונה לפרסומו מי שמעסיקים 100 עובדים ויותר ו-2% מקרב עובדיהם הם אנשים עם מוגבלויות ייחשבו כמי שעומדים בחובת הייצוג ההולם לפי סעיף 9, וכי בשנה השנייה המכסה תעמוד על 3%. נוסף על כך התקבלה החלטת ממשלה הקובעת יעד של העסקת 3% אנשים עם מוגבלויות בשירות המדינה עד לשנת 2017, והעלאת שיעור זה ל-5% לאחר מכן.²³ בעקבות החתימה הוקמה ועדת מעקב ליישום ההסכם הקיבוצי (להלן: ועדת המעקב), וזו פרסמה הוראות שבהן נקבע מיהו אדם עם מוגבלות לצורך ייצוג הולם ומהן החובות החלות על מעסיק שאינו עומד במכסה שנקבעה.²⁴ לבסוף, לאחרונה התקבל תיקון לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות (להלן: התיקון),²⁵ הקובע כי הוראות סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים) יחולו רק על משרדים ממשלתיים ויחידות הסמך שלהם, ואילו סעיף 9 יחול על כל שאר הגופים הציבוריים. במסגרת התיקון הוספו סעיפים 9א–19, המחילים על מעסיקים ציבוריים גדולים (אלה המעסיקים מעל 100 עובדים) חובות הדומות לחובותיהם של מעסיקים פרטיים המעסיקים 100 עובדים ומעלה, כולל חובות בדבר מכסות. ההוראות חלות בשינויים מסוימים גם על משטרת ישראל, שירות בתי הסוהר ואגודת מגן דוד אדום.²⁶ התפתחויות אלו הפכו את האתגר שבעיצוב מדיניות ייצוג הולם ראוי אקטואלי מתמיד.²⁷

- 20 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה – אגף דמוגרפיה ומפקד ייצוג אנשים עם מוגבלות בשירות המדינה – 2014 (2014). הדוח מציין כי מספר זה נותר ללא שינוי לפי דוחות קודמים משנים 2005 ו-2010 (שם, בעמ' 2).
- 21 ראו להלן פרק 2א.
- 22 הסכם קיבוצי מס' 2014/7027 בין נשיאות הארגונים העסקיים לבין הסתדרות העובדים הכללית החדשה בעניין ייצוג הולם (25.6.2014) www.datafax.co.il/DataFaxDB/Pages/Hokim/450.html.
- 23 החלטה 2261 של הממשלה ה-33 "העסקת אנשים עם מוגבלות בשירות המדינה" (30.11.2014) www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2014/Pages/dec2261.aspx.
- 24 להחלטת ועדת המעקב מכוח ההסכם הקיבוצי, מיום 1.1.0.2015 ראו www.glima.info/agreements/1-10-2015.pdf. להרחבה ראו פרק 11ג (ג) להלן.
- 25 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון מס' 15), התשע"ו–2016.
- 26 ס' 9ה.
- 27 שתי הצעות חוק נוספות מצויות על שולחן הכנסת לקידום ייצוג הולם: הצעת חוק ייצוג הולם לעובדים עם מוגבלות בגופים ציבוריים (תיקוני חקיקה), התשע"ה–2015, פ/1206/20; הצעת

במאמר זה נבקש להציע מסגרת מושגית לחשיבה מעמיקה על מהותו, מימושו ויישומו של כלל הייצוג ההולם בתעסוקה בהקשר של אנשים עם מוגבלויות בישראל, ולהצביע על תרומתו לדיון של ייצוג הולם בכלל בדיני העבודה. טענתנו המרכזית הינה שחוק השוויון מאמץ תפיסה מערכתית-מבנית של שוויון, שהיא בעלת יסודות אינדיווידואליים וקולקטיביים גם יחד, השואבת את עיקריה משתי גישות תאורטיות משלימות: תאוריית ביקורת המוגבלות ותאוריית השוויון המערכתית-מבני. תפיסה זו היא שצריכה להנחות את יישומו ופירושו של עקרון הייצוג ההולם בחקיקה, בפסיקה ובקביעת מדיניות. כך גם צריכים לפעול השחקנים השונים בשדה, בין אם מדובר במעסיק המתמודד עם מקרה פרטני או עם יישום כללי של שיטת המכסות, בבית המשפט המתמודד עם תביעה אינדיווידואלית, במדינה, בין כרשות מבצעת ובין כמעסיקה, או בארגוני עובדים ומעסיקים הקובעים הסכמים קיבוציים ופועלים לאכיפתם.

המאמר בנוי באופן הבא: בפרק א נתמקד בדיון שנערך בישראל עד היום בנוגע לייצוג הולם ככלל ובהקשר של אנשים עם מוגבלויות בפרט. בפרק ב נציג את תאוריות ביקורת המוגבלות ותאוריות של שוויון מערכתית-מבני ועל בסיסן יתווה את מהותה של התפיסה הקולקטיבית מערכתית-מבנית. בפרק ג נראה כיצד אימוץ תפיסה זו צריך להשפיע על הדרך שבה שיטת המכסות ותביעות אינדיווידואליות צריכות להיות מיושמות בישראל, וכן נבחן את הכלים שנתקבלו לאחרונה בישראל – צו ההרחבה והחלטת הממשלה. לאור דיונים אלה, בפרק האחרון נסכם את הדברים.

א. ייצוג הולם במשפט הישראלי: מוטיבציה רדיקלית ויישום שמרני

1. ייצוג הולם במשפט הישראלי

ייצוג הולם כרעיון אינו ייחודי לשילובם של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה. זהו מונח שכיח בחקיקה הישראלית, המאפיין את הדרך שבה המחוקק הישראלי אימץ את מדיניות ההעדפה המתקנת.²⁸ כיום, חובת המדינה לייצוג הולם בתעסוקה מוטלת בנוגע לארבע קבוצות עיקריות – נשים, האוכלוסייה הערבית, האוכלוסייה האתיופית ואנשים עם מוגבלויות. שלא כמו בהקשר של מוגבלות, חובת הייצוג ההולם ביחס לקבוצות האחרות חלה על המדינה לבדה ולא על מעסיקים פרטיים.²⁹ סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים) קובע כי "בקרוב העובדים בשירות המדינה, בכלל הדרגות והמקצועות, בכל משרד ובכל יחידת סמך, יינתן ביטוי הולם,

28 חוק חובת מכרזים (תיקון – חובת ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות), התשע"ה–2015, פ'1381/20.

ראו למשל חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 6) (מינויים), התשנ"ג–1993, ס"ח 92; חוק שירות המדינה (מינויים) ועוד. בנוגע לנשים ראו גם חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א–1951, ס"ח 248. ס' 6א(א) לחוק קובע כי "בגוף ציבורי ובועדות המכרזים והמינויים של גוף ציבורי, יינתן ביטוי הולם בנסיבות הענין, לייצוגן של נשים בסוגי המשרות ובדירוגים השונים בקרב העובדים, ההנהלה, הדיקטוריון והמועצה". ס' 116(ב) מרחיב את חובת הייצוג ההולם גם לוועדת בדיקה ממשלתית, ועדה ציבורית וצוות שמונו על ידי הממשלה או אורגניה.

29 ס' 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות.

בנסיבות הענין, לייצוגם של בני שני המינים, של אנשים עם מוגבלות, של בני האוכלוסייה הערבית, לרבות הדרוזית והצ'רקסית, ושל מי שהוא או אחד מהוריו נולדו באתיופיה". הוראה זו פורשה כחלה גם על מוסדות ציבוריים שלא חלה עליהם הוראה מפורשת, כגון המוסד לביטוח לאומי³⁰ ומועצת מקרקעי ישראל.³¹ חובת ייצוג הולם לנשים ולאוכלוסייה הערבית קיימת גם במינויים לדירקטוריונים של חברות ממשלתיות,³² וכן קבועה בהוראות חוק נוספות, כגון חוק שיווי זכויות האישה,³³ חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה),³⁴ חוק חיילים משוחררים³⁵ וחוק להרחבת הייצוג ההולם של בני העדה האתיופית בשירות הציבורי (תיקוני חקיקה).³⁶ בשורה של דברי חקיקה ספציפיים נקבעה גם חובת הייצוג ההולם של נשים בהרכבן של מועצות ציבוריות.³⁷ בפרק זה נדון בקצרה במדיניות הייצוג ההולם כביטוי של העדפה מתקנת בישראל, הן מבחינה תאורטית והן ביישומה הלכה למעשה.

ככלל, מדיניות ההעדפה המתקנת נועדה לקדם בצורה פרו-אקטיבית ומערכתית את הזכות לשוויון.³⁸ היא נולדה מתוך הכרה בבעיות הטמונות בעקרון השוויון הפורמלי³⁹ ובצורך לנקוט צעדים משמעותיים יותר כדי להביא לייצוגן של אוכלוסיות אשר מבחינה היסטורית סבלו מתת-ייצוג בספֶרה הציבורית, בין השאר בשוק העבודה. המציאות מלמדת שאף על פי שנחקקו כמה חוקים שמקדמים שוויון במובנו האריסטוטלי ושבתי המשפט קיבלו החלטות חשובות בנוגע לזכות לשוויון, אלה לא השפיעו בצורה מספקת על השגת ייצוג שוויוני לאנשים עם מוגבלויות.⁴⁰ ממצאים דומים נתגלו בהקשר של אימוץ כללי שוויון מהותי, כמו אלה המעוגנים בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה,⁴¹ שמופעלים אף הם על בסיס תביעות אינדיווידואליות של פרטים אשר נפגעו כתוצאה של אפליה.⁴² הרעיון הינו שעל אף חקיקת שוויון ענפה ופסיקה נרחבת, שיעור האנשים מאוכלוסיות שייצוגן נמוך יותר בשוק העבודה לא השתנה באופן ממשי הן מבחינה מספרית והן במנעד הדרגות הקיים בתוך שוק זה. אף על פי שלחקיקה ולפסיקה השוויון הייתה השפעה שאין להמעט בערכה, הן לא הביאו לשינוי רדיקלי של המבנה הכלכלי-פוליטי של שוק העבודה.

- 30 בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998).
- 31 בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (2001).
- 32 ס' 18 ו-18א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ס"ח 132.
- 33 התשי"א-1951, ס"ח 248.
- 34 התש"ט-1949, ס"ח 13.
- 35 התשמ"ד-1984, ס"ח 188.
- 36 התשע"א-2011, ס"ח 734.
- 37 ראו פירוט ב"ייצוג הולם למגזרים מסוימים" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1503, 5 (התשס"ג) <http://index.justice.gov.il/Units/YoezMespasi/HanchayotNew/Seven/1.1503.pdf>.
- 38 ראו דבריו של השופט מצא בעניין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 30, בפס' 24.
- 39 ענת מאור "מבוא" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל (ענת מאור עורכת, 2004).
- 40 להרחבה ראו להלן פרקים 2 ו-2ב.
- 41 התשמ"ח-1988, ס"ח 38 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות).
- 42 Guy Mundlak, *The Law of Equal Opportunities in Employment: Between Equality and Polarization*, 30 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 213 (2009).

נתון זה אינו מפתיע, שכן הסיבות להיעדר ההתאמה בין ייצוג שוויוני מהותי לבין המציאות בשוק העבודה המפלה הן רבות ולרוב סמויות מן העין. הספרות מצביעה על כמה חסמים משמעותיים המונעים את כניסתן של אוכלוסיות שייצוגן נמוך לשוק העבודה, את שילובן בו ואת קידומן, בעיקר הפליה שנעוצה בטעמים, הפליה סטטיסטית והפליה מחוץ לשוק העבודה.⁴³ הספרות מדגישה את מורכבותם של חסמים אלה ואת הצורך שהם יוצרים למתן מענה מעמיק יותר מזה הניתן על ידי כלי השוויון שכבר אומצו. אפליה שנעוצה בטעמים, אפליה סטטיסטית ואפליה מחוץ לשוק העבודה הן לרוב בלתי-מודעות או לחלופין זוכות ללגיטימציה בשוק העבודה, ועל כן מאפשרות למעסיקים להעדיף בן או בת מהקבוצה האחת על פני הקבוצה האחרת. כך, למשל, היעדר הכשרה מסוימת משפיע על ההחלטה אם להעסיק מועמד או מועמדת רלוונטיים ובאיזה תפקיד. על כן, אפליה מחוץ לשוק העבודה שמקורה בכך שהכשרה שמאפשרת שילוב מיטבי בשוק אשר אינה בהישג יד של אוכלוסייה זו או אחרת נתפסת כלגיטימית, אף על פי שהיא מובילה לתוצאה מפלה. בדומה לכך, אי-עמידה בדרישות התפקיד הנובעת מהדרה היסטורית של קבוצות מאתרים מרכזיים בשוק העבודה או מחוצה לו (כגון הצבא) היא לעיתים שיקול לגיטימי לאי-קבלה לעבודה.

גם הנחות יסוד בלתי-מודעות בנוגע לקבוצות מסוימות, כמו מחויבותן של אימהות לבית ולמשפחה, קשות לאיתור ולאבחון. כזו גם ההנחה, למשל, שאנשים עם מוגבלויות אינם כשירים ועל כן אינם פרודוקטיביים ואינם מועילים למקום העבודה. מדיניות ההעדפה המתקנת נועדה להתמודד עם מצב דברים זה. היא מניחה שכדי להגדיל באופן ממשי את הייצוג לקבוצות שסובלות מתת-ייצוג, יש לתת מענה תוצאתי מובהק יותר בשוק העבודה, בהתערבות שיטתית מערכתית. זוהי דרך מרכזית שתאפשר להיאבק במבנה החברתי והפסיכולוגי שיוצר את האפליה.⁴⁴

העדפה מתקנת נולדה אפוא מתוך תפיסה רדיקלית כלפי השוק והמנגנונים המעצבים אותו. תפיסה זו היא שמבחינה בין העדפה מתקנת לבין כלים חקיקתיים אחרים הנוגעים לשוויון. יש כמה הבדלים מרכזיים בין העדפה מתקנת לבין כללי השוויון האחרים: בעוד חקיקת השוויון ואכיפתה נעשות בצורה מגיבה, ההעדפה המתקנת מאמצת מדיניות של התערבות יזומה; בעוד החקיקה מתמקדת ביחיד שנפגע, ההעדפה המתקנת מתמקדת במערכת בכללותה; בעוד חקיקת השוויון בעבודה מניחה כי העולם הוגן מיסודו, הרי שהעדפה מתקנת יוצאת מנקודת מוצא שיש קושי אמיתי, מוסדי ומובנה בעולם העבודה, שלו יש לתת מענה; בעוד חקיקת השוויון מבוססת על טענות של יחידים על בסיס אינדיווידואלי, מדיניות ההעדפה המתקנת נשענת על נתונים סטטיסטיים ועל הנחות קולקטיביות. לבסוף, בעוד חקיקת השוויון והפסיקה שבעקבותיה התמקדו בעבר בכוונה של המעסיק להפלות, ועדיין מתמודדות עם האתגרים

43 על אפליית טעמים ראו GARY S. BECKER, THE ECONOMICS OF DISCRIMINATION (1957); על הפלייה סטטיסטית ראו Edmund S. Phelps, *The Statistical Theory of Racism and Sexism*, 62 AM. ECON. REV. 659 (1972); Kenneth J. Arrow, *Models of Job Discrimination*, in RACIAL DISCRIMINATION IN ECONOMIC LIFE 83 (Anthony H. Pascal ed., 1972).

44 מאור, לעיל ה"ש 39, בעמ' 17.

ששאלת הכוונה מציבה, מדיניות ההעדפה המתקנת מסתכלת בצורה רחבה יותר על פרקטיקות מפלות.⁴⁵ רעיונות אלה הם שעמדו בבסיס הכלל שנקבע בחקיקה הישראלית למימוש העדפה מתקנת – כלל הייצוג ההולם.

אחד הביטויים לתפיסה הרדיקלית שביסוד ההעדפה המתקנת הינו היעדר דרישה להוכחת אפליה בסעיפי הייצוג ההולם הקבועים בחוק,⁴⁶ דבר המבטא את עמדת המחוקק שהעדפה מתקנת נועדה לתקן את האפליה הקיימת בשוק ללא צורך בהוכחתה. היא מקבלת אותה כנתון בסיסי שעמו החוק נועד להתמודד, זאת בניגוד לחקיקת שוויון אחרת, שבה אפליה צריכה להיות מוכחת. עמדה זו מתקשרת עם תפיסות הצדק העומדות בבסיס ההעדפה המתקנת. כפי שפרנסס רדאי טוענת,⁴⁷ הרעיון של העדפה מתקנת נשען על שלוש תפיסות של צדק: צדק מתקן, אשר נועד לתת מענה לאפליה ההיסטורית; צדק מחלק, שמבקש לחלק את המשאבים שיש בחברה, וביניהם מקומות עבודה, בצורה שווה בין קבוצות שונות; צדק תועלתני, שדואג למקסם את התועלת של השוק ויוצא מנקודת הנחה שהואיל ובשוק כיום יש הטיות לא רציונליות הפוגעות בתחרות חופשית ואמיתית בין המתמודדים, אזי יש צורך בהתערבות בצורה של העדפה מתקנת בחקיקה. התערבות זו מאמצת גישה חלוקתית שוויונית יותר של משאבים על בסיס קבוצתי ולא פרטני, המחייבת גם את המדינה עצמה לחלק מחדש את משאביה בצורה שוויונית יותר.⁴⁸ כאמור, בנוגע לאנשים עם מוגבלויות חלה חובת הייצוג ההולם גם על מעסיקים פרטיים על בסיס תפיסות דומות של צדק, שבהן נעסוק בהמשך המאמר.

אם כן, עקרון הייצוג ההולם, כפי שהוא מוצג בספרות, בחקיקה ובפסיקה,⁴⁹ לפחות ברמה ההצהרתית, שונה ממדיניות של איסור הפליה, כפי שזו באה לידי ביטוי בחקיקת השוויון הליברלית. ייצוג ההולם מחייב את השלטון לצמצם באופן אקטיבי את אי-השוויון בחברה⁵⁰ ונועד "לא רק להביא מזוור לעיוותי העבר, אלא גם ליצור מציאות חדשה 'סופה להעביר מן העולם גם את שורשיה הנסתרים של ההפליה ואת תוצאותיה הנלוות'".⁵¹ ואולם, על אף הרעיון הרדיקלי העומד בבסיסו, יישומו מתבסס לרוב על תפיסה ליברלית חזקה של שוויון תוך שימור המבנה החברתי הקיים. פעמים רבות בתי המשפט מעניקים לגיטימציה למצב של היעדר ייצוג

45 שם, בעמ' 16–17, וכן דפנה יזרעאלי "המיגדר בעולם העבודה" מין מיגדר פוליטיקה 176 (גיורא רוזן עורך, 1999).

46 ראו בעניין זה יופי תירוש "ייצוג ההולם לבני שני המינים בשירות המדינה – תיקון מס' 7 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט–1959 – פרשנותו וקווי יסוד ליישומו" משפטים ל 183, 200–201 (1999).

47 פרנסס רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג 145, 157–163 (1995).

48 תכלית זו הוכרה בישראל בבג"ץ שדולת הנשים, לעיל ה"ש 30.

49 שם; בג"ץ האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 31.

50 ראו ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז 1, 63, 123–134 (2016).

51 דברי השופט פוגלמן בבג"ץ 5660/10 עמותת איתך – משפטניות למען צדק חברתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סד(1) 501 (2010), המביא מדברי השופט מצא בבג"ץ שדולת הנשים, לעיל ה"ש 30.

הולם, בעיקר על בסיס קבלת הטענות שהייצוג ההולם אינו מתאים בנסיבות העניין⁵² או על רקע בחינתם של כישורי המועמדים או המועמדות.⁵³ בפרשת שדולת הנשים אומנם קבע השופט מצא כי בשל האפליה ההיסטורית בשוק, גם הדרישה לכישורים דומים צריך שתתפרש לאור רעיון ההעדפה המתקנת,⁵⁴ אך בפועל מעטים הם המקרים שבהם דרישת הכישורים נבחנה בצורה ביקורתית.⁵⁵

גישה זו מבטאת במידה מסוימת עמדה של שוויון פורמלי שאפיינה את דיני השוויון בישראל בעבר, שכן בסופו של דבר משווים בצורה אריסטוטלית בין שני המועמדים לתפקיד – אם הם בעלי כישורים דומים אם לאו. כך, ההסתכלות הקולקטיבית על הקבוצה המודרת מוסטת הצידה ומקשה את השגתו של שוויון תוצאתי. שימור המבנה החברתי הקיים מתאפשר גם נוכח החלטותיהם של בתי המשפט שחובה לייצוג הולם אין משמעה קביעת מכסות אלא מתן ייצוג יחסי, ששיעורו הראוי צריך להיקבע על פי אופיו, מטרותיו וצרכיו המיוחדים של הגוף שאישו עומד על הפרק, ובשים לב להתפלגות המועמדים המצויים המתאימים לכהונה הספציפית המבוקשת.⁵⁶ הדבר אף הוביל לכך שבשורה של החלטות נקבע כי שיעור יחסית נמוך של ייצוג האוכלוסייה המודרת מספיק לצורך קיום חובת הייצוג ההולם.⁵⁷

בשנים האחרונות מתחילה לחלחל תפיסה שונה של ייצוג הולם, תפיסה שאנו מבקשות לאפיין כתפיסה קולקטיבית מערכתית-מבנית של ייצוג הולם.⁵⁸ אחד הביטויים לכך הוא הפרשנות הרחבה שנתנו בית הדין לעבודה בתל אביב ובית המשפט העליון לדרישת הייצוג ההולם בתביעות אינדיווידואליות.⁵⁹ ביטוי נוסף לשינוי שמתחולל הוא אימוץ שיטת המכסות ליישום העיקרון של ייצוג הולם. בשורה של החלטות נקבעה בשנים האחרונות מכסה לכל אחת מן האוכלוסיות שהוגדרו ככאלה שיש לפעול למען ייצוגן ההולם.⁶⁰ מהלך זה הוכח כמוצלח

-
- 52 החקיקה מגמישה את יישומו של כלל הייצוג ההולם כאשר זה אינו מתאים "בנסיבות העניין", לדיון בחריג זה ראו תירוש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 203–204.
- 53 בכמה חוקים קיימת דרישה כי שני המועמדים יהיו בעלי "כישורים דומים", ובמקרים אחרים, המעסיק מצביע דרישות לכישורים מסוימים לתפקיד שמתקבלות כנתון על ידי בתי המשפט.
- 54 ראו פסק דינו של השופט מצא בפרשת שדולת הנשים, לעיל ה"ש 30, פס' 28–29.
- 55 דרישת הכישורים הדומים מופיעה בס' 6א) לחוק שווי זכויות האישה וכן בס' 15א)ב) (3) לחוק שירות המדינה (מינויים).
- 56 בג"ץ שדולת הנשים, לעיל ה"ש 30, בעמ' 528–529; בג"ץ האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 31, בעמ' 41.
- 57 דוגמה טובה לכך מהווה פסק הדין בעב' (אזורי נצ') 2032/07 עמר – עיריית קריית שמונה (פורסם בנבו, 14.11.2007). ראו גם מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 145, וכן למשל בג"ץ עמותת איתך, לעיל ה"ש 51.
- 58 ראו להלן פרק ב.
- 59 ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 99–103 וכן פרק ג2א).
- 60 החלטה 2043 (אשה/1) של הממשלה ה-33 "קידום נשים ושילובן בשירות המדינה" (7.10.2014) אימצה את המתווה שהוצע במסמך "קידום נשים בשירות המדינה – תוכנית עבודה לשנים 2014–2015". שבו נקבע יעד ממשלתי של 50% ייצוג נשים בתפקידים בכירים בשירות המדינה; החלטה 2579 של הממשלה ה-31 "ייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית, הדרוזית והצ'רקסית בשירות המדינה" (11.11.2007), הקובעת יעד לפי 10% מעובדי המדינה יהיו מן המיעוט הערבי. כן ראו החלטות נוספות שנועדו לתמוך בהשגת יעדים אלה: החלטה 4729 של הממשלה ה-30 "קידום

יחסית בהקשר של ייצוג נשים בדירקטוריונים, שעלה מ-6.7% בשנת 1993 ל-43% בשנת 2015.⁶¹ קביעת המכסות נעשתה בהחלטות ממשלה, ובהקשר של מוגבלות אף במסגרת הסכם קיבוצי שהורחב בצו הרחבה למשק בכללותו, וכן בתיקון האחרון לחוק שבו הוספו סעיפים 9א-19. בטרם ניגע בבסיס התאורטי של הגישה הקולקטיבית מערכתית-מבנית לשוויון, נבקש להציג בתת-הפרק הבא את התפתחותו של רעיון הייצוג ההולם לאנשים עם מוגבלויות בישראל עד להתפתחויות אחרונות אלה.

2. ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלויות

מצב התעסוקה הקשה במיוחד של אנשים עם מוגבלויות, ואותה אפליה סמויה מן העין שקיימת ביחס לאוכלוסיות אחרות, הצדיקו את החלתו של כלל הייצוג ההולם גם על קבוצה זו. סיבה מרכזית לאפליה של אנשים עם מוגבלויות בשוק העבודה קשורה בסטריאוטיפים והנחות מוקדמות בנוגע אליהם, ביניהם ההנחה שהם בעלי מוגבלויות ולא בעלי יכולות, שהם נטל ולא בעלי ערך, שאינם בעלי ההכשרה המתאימה או הסגולות האישיות המתאימות ועוד.⁶² נוסף על כך, היעדר תפיסה רחבה של ההתאמות שניתן לעשות כדי שאדם יוכל לבצע את התפקיד בצורה הטובה ביותר משפיעה גם היא על תיוגו כמי שחסר את היכולות והכישורים הנדרשים.⁶³ התוצאה היא שהמבנה החברתי והפסיכולוגי מוביל לקבלת החלטות מוטות, לא מודעות בחלקן, אשר קשה להתמודד איתן בשיטתיות.⁶⁴ כמו כן, הכשרתם הראשונית של אנשים עם מוגבלויות נעשית במערכות חינוך שהן לרוב נפרדות (חינוך מיוחד) ואשר מקנות לתלמידיהן תכנים שונים מאלה שמקבלים תלמידים בחינוך הממלכתי או הממלכתי-ידי. ⁶⁵ לרבים מהאנשים עם המוגבלויות אף אין תעודת בגרות,⁶⁶ ויש הסללה חריפה שלהם במערכת

השוויון ושילוב אזרחי ישראל מקרב בני המיעוטים בשירות המדינה" (12.3.2006); החלטה 414 (ערב/3) של הממשלה ה-31 "קידום השוויון ושילוב אזרחי ישראל הערבים בשירות המדינה" (31.8.2006); החלטה 4436 של הממשלה ה-31 "ייצוג הולם לבני האוכלוסייה הערבית, הדרוזית והצ'רקסית בשירות המדינה – אישור המלצות צוות בינמשרדי" (25.1.2009) – לגבי האוכלוסייה הערבית; וכן: החלטה 1665 של הממשלה ה-31 "קליטת עולים מאתיופיה בשירות המדינה" (13.5.2007); החלטה 2506 של הממשלה ה-32 "ייצוג הולם לבני קהילת יוצאי אתיופיה בשירות המדינה" (28.11.2010); והחלטה 4624 של הממשלה ה-32 "שיפור קליטת יוצאי אתיופיה" (13.5.2012), לעניין ייצוג של בני ובנות העדה האתיופית.

61 ס' 18א(א) לחוק החברות הממשלתיות קובע כי "בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים". כמובן שהחקיקה לבדה אינה מספיקה, ונדרשו עוד מאמצים לקידום היישום והאכיפה.

62 World Report on Disability, לעיל ה"ש 3; מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 5. מור, שם.

63 שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד 529 (1999).

65 הכנסת – מרכז המחקר והמידע "נגישות מערכת החינוך לתלמידים עם מוגבלות" (4.5.2009); אודי כתיאל "הנגשה פיזית של בתי-ספר בישראל – תמונת מצב" עניין של גישה 8, 5 (2008).

66 מיכל אלפסי "תעסוקת אנשים עם מוגבלות" (במשרד התמ"ת – המטה לשילוב אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה, 2009).

החינוך למקצועות מסוימים.⁶⁷ נוסף על כך, מערכת ההשכלה הגבוהה, קורסי הכשרה והשתלמויות מקצועיות אינם נגישים לרוב לאנשים עם מוגבלויות. כך, פעמים רבות אוכלוסייה זו אינה עומדת בדרישת הכישרים של מעסיקים, הזוכה ללגיטימציה שוקית ומשפטית. הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ו–1996, כללה כבר מתחילתה פרק תעסוקה המאמץ לתוכו את עקרון ההעדפה המתקנת.⁶⁸ בעקבות הגשתה של הצעת החוק הוקמה ועדה ציבורית, אשר במסגרתה נערכה סקירה השוואתית מקיפה, ובמהלך דיוניה הוחלט ליצור מנגנון של ייצוג הולם בתעסוקה.⁶⁹ קובעי המדיניות נמנעו במכוון מקביעת מכסות. בדוח הוועדה הציבורית הוסבר כי "לאור חומרת המצב בתחום [...] וגם לאור הקשיים הכרוכים בהגשת תביעות שעניינן הפליה" יש לקבוע "חובה לנקוט פעולות יזומות של העדפה מתקנת".⁷⁰ הוועדה המליצה שלא ללכת בדרך של שיטת מכסות, שאותה כינתה "העדפה מתקנת 'קשיחה'", אלא לצעוד בדרך של "ייצוג הולם", שאותה כינתה "העדפה מתקנת 'גמישה'".⁷¹ הוועדה ציינה כי במדינות שבהן נהוגה שיטת המכסות התרחשה נסיגה מהתמיכה בה,⁷² וכי ההשראה למתכונת הגמישה של ייצוג הולם שנבחרה הינה סעיף 15 א לחוק שירות המדינה (מינויים). בצד זאת הוצע לתקן את חוק שירות המדינה ולהוסיף אנשים עם מוגבלויות לקבוצות שהחוק קובע חובת ייצוג הולם ביחס אליהן. דוח הוועדה ציין את תמיכת ההסתדרות הכללית החדשה בהצעת החוק, מצד אחד, ואת התנגדות התאחדות התעשיינים לנושא, מצד אחר. התאחדות התעשיינים הביעה חשש מאנטגוניזם ותמכה בפעולה בדרכים של חינוך, מודעות ומתן תמריצים.⁷³

בעקבות דוח הוועדה הציבורית יצרה ההוראה שאומצה בחוק השוויון הסדר משפטי מפוצל, המבחין בין כלל המעסיקים במשק (המגזר הפרטי ומי שלא חל עליו חוק שירות המדינה) לבין המדינה (ומי שחל עליו חוק שירות המדינה). כך, עד לאחרונה היו שני מנגנונים נפרדים לקידום הייצוג הולם של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה. סעיף 9 חל על כלל המעסיקים במשק, תחולתו הוגבלה בתחילה בזמן, למשך שבע שנים, אך בשנת 2010 הגבלה זו בוטלה.⁷⁴ בצד זאת קבע חוק השוויון כי סעיף 9 לא יחול על המדינה, אלא הוראות סעיף 15 א

67 להשלכות ההסללה לחינוך עיוני לעומת חינוך מקצועי על בסיס הישגים לימודיים, ראו: הכנסת – מרכז המחקר והמידע "החינוך המקצועי והטכנולוגי בישראל ובעולם" (13.7.2008). הביקורת המקובלת עד כה התמקדה בתלמידים ערבים ומזרחים, אך מוגבלות הינה היבט נוסף שטרם ניתנה לו תשומת הלב הראויה.

68 ה"ח 628. ס' 10(ג) לה"ח הציע לקבוע כי "אין רואים כהפליה פעולה שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת או לקדם את השוויון של אנשים עם מוגבלות". נוסח זה הועתק בהמשך לס' 3 לחוק השוויון.

69 דוח הוועדה הציבורית לבדיקת חקיקה מקיפה בנושא: זכויות אנשים עם מוגבלות (1997). דוח הוועדה הציבורית נוסח כהצעת חוק מתוקנת והוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט.

70 שם, בעמ' 33.

71 שם, בעמ' 34.

72 שם, בעמ' 33–34, וכן נספח ב: מבט השוואתי – חקיקה ויישום.

73 שם, בעמ' 30, 34.

74 ס' 18 לחוק השוויון. בוטל במסגרת חוק שוויון מזכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון מס' 7), התש"ע–2010, ס"ח 438.

לחוק שירות המדינה (מינויים), אשר תוקן בהתאם.⁷⁵ לשון סעיף 15 א חזקה יותר מהוראת סעיף 9, שכן יש בה יסוד מפורש של חובה: "ינתן" ביטוי הולם, לעומת "יפעל לקידום" מתן ביטוי הולם, לייצוגם של אנשים עם מוגבלויות.⁷⁶ כמו כן יש בה התייחסות לחשיבות הייצוג ההולם במגוון דרגות ומקצועות ולפיזור בכל היחידות. עם זאת, פטורים מתחולתה כמה גופים וענפים.⁷⁷ לאחרונה כאמור התווסף מנגנון שלישי החל על מעסיקים ציבוריים, שאותו נפרט בהמשך המאמר.⁷⁸

ההסדר המשפטי המפוצל יצר שתי קבוצות של מעסיקים מהמגזר הציבורי המצויות במצב ביניים, שראוי לתת גם עליהן את הדעת: קבוצה אחת כוללת את השלטון המקומי, חברות ממשלתיות ותאגידים סטטוטוריים.⁷⁹ גופים אלה הינם חלק מהמגזר הציבורי, אולם אינם כפופים לחוק שירות המדינה ולפיכך היו נתונים להסדר חלש יותר על פי סעיף 9 לחוק השוויון. עיקר הביקורת בהקשר זה הופנתה כלפי היעדרה של חובת דיווח בקרב גופים אלה.⁸⁰ קבוצה שנייה כללה את המשטרה, שירות בתי הסוהר וצבא הגנה לישראל. אלה הוחרגו מתחולת סעיף 15 במפורש, אך בהיותם גופי מדינה מובהקים לא היה ברור מהו המשטר החל עליהם.⁸¹ סעיף 9 לחוק השוויון הסמיך את השר הממונה לקבוע הוראות משלימות שעניינן סוג המוגבלות או חומרת המוגבלות של אנשים שיש להעסיקם או לקדםם בעבודה, חובת דיווח של מעביד על ביצוע פעולות לפי סעיף זה וקביעת סייגים לחובות מעביד לפי סעיף זה. הוראות מעין אלו טרם הותקנו.⁸² עיקר המשאבים הופנו לעידוד תעסוקה דרך פעילות המטה לשילוב

75 ס' 9(ד) לחוק השוויון מוציא מגדר הגדרת מעביד לצורך אותו סעיף את המדינה או מי שס' 15 לחוק שירות המדינה חל עליו. ס' 28 כולל תיקון עקיף לחוק שירות המדינה.

76 הסעיף נוסח כהנחיה כללית לפעול לקידום הייצוג ההולם של אנשים עם מוגבלויות, אך לשון החוק פורשה בפסיקה בהרחבה כמטילה חובה של ממש על המעביד לקדם ייצוג הולם. לראשונה – בבש"א (אזורי י-ם) 2968/01 בלילתי – ג'רוסלם פוסט פבליקיישנס בע"מ, פד"ע לט, עט (2001); לאחרונה – בבג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנוב, 5.5.2014).

77 חוק שירות המדינה אינו חל על קבלה לעבודה למשרות שיפוטיות שונות וכן על קבלה למשרות בתחומים הקשורים לצבא וביטחון, ביניהם צה"ל, המשטרה, שירות בתי הסוהר ומפעלים ביטחוניים מסוימים (ס' 2 לחוק שירות המדינה). מכיוון שס' 9 פטר את המדינה מתחולתו, ניתן לטעון שעל גופים אלה לא חלה חובת ייצוג הולם, מה שעשוי להערים מכשולים נוספים על המשרתים בגופים אלה. השופט מלצר דן בשאלה זו בבג"ץ בעניין מחמלי, וקבע שאין בכך כדי לבסס בהכרח את טענת הפטור, אך לא הכריע בנושא (שם, פס' 44 לפסק דינו).

78 ראו דיון להלן בפרק 11(א).

79 ראו דוח מבקר המדינה 64, לעיל ה"ש 1, בעמ' 168–169.

80 שם.

81 לדין מפורט ראו להלן פרקים 11(3), 11(2)ג.

82 גם ועדת לרון ביקשה לקדם את הייצוג ההולם על דרך התניה של קבלת תמיכות ממשלתיות בכך שיהיה ייצוג הולם בגוף הנתמך ותנאי דומה כבסיס להשתתפות במכרזים המתפרסמים מטעם גופים ציבוריים (דוח לרון, לעיל ה"ש 8). הדבר מצוין בדוח מבקר המדינה 64, לעיל ה"ש 1, בעמ' 172. הממשלה אכן קיבלה החלטה בדבר מתן עדיפות במכרזים, אך עד למועד הוצאת דוח מבקר המדינה לשנת 2014 הן לא יושמו.

אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה ודרך מנגנוני הביטוח הלאומי.⁸³ פיתוח מסוים של הסעיף נעשה באמצעות מספר מועט של החלטות שקיבל בית הדין לעבודה.⁸⁴ סעיף 15 א לחוק שירות המדינה, החל על המגזר הציבורי, כולל מערך הטמעה נרחב יותר, שבו מנגנונים של ייעוד משרות ומתן עדיפות מפורשת למועמדים מקרב קבוצה זכאית, הגשת המלצות לממשלה בדבר יעדים להשגת המטרה של ייצוג הולם וכן פרוצדורות של פיקוח בדמות הגשת דין וחשבון שנתי מאת כל יחידת סמך לנציגי שירות המדינה והגשת דוח מאת הנציב לוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת באשר לפעולות שנקטו ונתונים עדכניים. בשנת 2003 התקבלה החלטת ממשלה ראשונה בנושא קידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בשירות המדינה.⁸⁵ ההחלטה התבססה על המלצותיו של צוות בין-משרדי שמונה לבחון את סוגיית יישומו של סעיף 15 א.⁸⁶ עיקר ההחלטה היה להתמקד בהעדפה מתקנת של אנשים עם מוגבלות חמורה לפי מבחנים והוראות מפורטות שנקבעו בתקשי"ר.⁸⁷ לשם כך נקבעו מבחנים לעניין "מוגבלות חמורה", הוקמה ועדת חריגים, נקבעו כללים לטיפול בהתאמות וסידורי נגישות ולביצוע התאמות במסגרת מבדקי קבלה לתפקיד.⁸⁸ המבחנים שנקבעו בתקשי"ר לעניין מוגבלות חמורה הציבו רף גבוה הדורש 70% נכות לפחות לפי תקנות הביטוח הלאומי או תקנות הנכים, 40% נכות לפחות בגין מחלת נפש או פיגור שכלי, ירידה בשמיעה של 50 דציבלים לפחות או קביעה של ועדה שהוקמה מכוח התקשי"ר שלפיה מדובר באדם עם מוגבלות לפי חוק השוויון שחומרת מוגבלותו מקבילה לנ"ל.⁸⁹

המלצות הצוות והחלטת הממשלה שהתקבלה בעקבותיהן יצרו פרוצדורות להעדפה מתקנת, והוחל בתהליך של איסוף נתונים בנוגע לשיעור האנשים עם מוגבלויות העובדים בשירות המדינה. מאגר הנתונים שנבנה על ידי הלמ"ס אפשר מעקב ופיקוח על דרך הפקתם של דוחות תקופתיים. דוחות אלו, שבחנו את השנים 2005, 2010 ו-2014, הראו בעקיבות כי אין עלייה בשיעורם של אנשים עם מוגבלויות בשירות המדינה וכי הוא נותר עומד על 2.2%—2.1%. הגדרת המוגבלות שאומצה לצורך דוחות הלמ"ס כוללת את מי שהוכר כבעל 20% נכות לפחות על ידי משרד הביטחון, מי שהוכר כבעל 40% נכות על ידי המוסד לביטוח לאומי ומי

83 כולל, למשל, תיקון 109 לחוק הביטוח הלאומי (הקרוי גם "חוק לרון", שכן נחקק בעקבות דוח לרון, לעיל ה"ש 8), אשר אפשר לראשונה למקבלי קצבת נכות לעבוד תוך ירידה הדרגתית בסכום הקצבה שלו הם זכאים, ולשמור על זכאותם לקצבה לפרק זמן של שלוש שנים.

84 ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 95–106.

85 החלטה 1073 של הממשלה ה-30 "קידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות" (30.11.2003).

86 דוח הוועדה הבין-משרדית, לעיל ה"ש 18 (מוזכר בדוח ועדת חוקה, שם). בהחלטה 1073 הוחלט כדלקמן: להקים ועדת שרים קבועה שתעקוב אחר ביצוע החלטות הממשלה וביצוע ויישום של חוק השוויון; למנות ממוני שוויון לאנשים עם מוגבלויות בכל משרדי הממשלה ויחידות הסמך, שיפעלו לקידום הנגישות והשילוב וידווחו למנכ"ל היחידה ולנציבות; לקבוע הוראות וכללים לעניין ייצוג הולם לפי סעיף 15 א, שבמסגרתם תינתן עדיפות להעדפה מתקנת לאנשים עם מוגבלות חמורה בכל הליכי הקבלה והקידום בשירות המדינה, ובלבד שהם כשירים לתפקיד וכישוריהם דומים לאלו של המועמדים האחרים לתפקיד.

87 פרק 35.2 לתקשי"ר.

88 שם.

89 ס' 35.25 לתקשי"ר "העדפת מועמדים בעלי מוגבלות חמורה".

שזכאי לתעודת עיוור או לסל תקשורת (הוכר כחירש/לקוי שמיעה).⁹⁰ יש לציין שהגדרת המוגבלות לצורך דוחות הלמ"ס הייתה רחבה יותר מאשר המבחנים שנקבעו בתקשי"ר לצורך קביעת זכאות להעדפה מתקנת בשירות המדינה,⁹¹ אך צרה יותר מההגדרה שבחוק השוויון.⁹² בשנת 2014 התפרסם דוח מבקר המדינה שקבע כי "נש"ם לא פעלה באופן יזום לקידום ייצוגם ההולם של אנשים עם מוגבלות בשירות המדינה, והיקף העסקתם בשירות המדינה נותר נמוך כשהיה".⁹³ למרות כישלונה של נציבות שירות המדינה בקידום תעסוקתם של אנשים עם מוגבלויות בקרבה, הדוחות שהופקו על ידי הלמ"ס בהזמנתה אפשרו לזהות את המגמות והחוסרים והביאו להעלאת המודעות לנושא, עד כדי הכרה והסכמה רחבה שנדרש אמצעי דרסטי יותר מאשר מנגנון הייצוג ההולם שבחוק. מסיבה זו קרא מבקר המדינה לשר הכלכלה ליוזם תקנות שתבססנה חובת דיווח בקרב הגופים שאינם כפופים להוראת סעיף 15א לחוק שירות המדינה ותקרבנה את החובות החלות עליהם לאלו שחלות על יחידות הממשל הכפופות לחוק.⁹⁴ הדבר מומש לאחרונה עם תיקון סעיף 9 והוספת סעיפים 9א–19, כמפורט בהמשך המאמר.

בתי המשפט הם שנדרשו לשאלת הייצוג ההולם והפכו לגוף מפקח בצד עבודתם של יחידות ומשרדי הממשלה השונים. מידת האפקטיביות של בתי המשפט בקידום שינוי חברתי ובהטמעת נורמות חדשות כבר זכתה לדיונים רבים.⁹⁵ תחום הייצוג ההולם ממחיש היטב את האמביוולנטיות ביחס לתפקידם זה: הסעד הינו אינדיווידואלי וצופה פני עבר, ולא נראה שהביא לשינוי בקרב מעסיקים. נוסף על כך, רק מספר מועט של פסקי דין מתייחסים לנושא;

-
- 90 דוח מבקר המדינה 64ג, לעיל ה"ש 1. הרכיב השלישי של זכאות לתעודת עיוור או סל תקשורת נוסף מאז סקר 2010. לפירוט הקשיים הכרוכים בבניית מאגר נתונים מסוג זה ביחס לעובדי שירות המדינה ראו שם, בעמ' 2–4.
- 91 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 89.
- 92 ס' 5 לחוק השוויון.
- 93 דוח מבקר המדינה 64ג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 137. לפירוט ראו שם, בעמ' 166–168. בין היתר התברר כי ב"החלטת ממשלה בינואר 2012 [הוחלט] ליעד משרות לאנשים עם מוגבלות – כלי שניתן לקדם באמצעותו ייצוג הולם בשירות המדינה – במועד סיום הביקורת עדיין לא פורסם מכרז למשרה ייעודית מעין זו". שם. דוח המבקר קובע כי "גם במגזר הציבורי, אשר אמור להיות 'החלוץ לפני המחנה' בהעסקת אנשים עם מוגבלות, תמונת המצב עגומה. בשירות המדינה, שעליו חלה חובה להעדפה מתקנת, שיעורם של האנשים עם מוגבלות מקרב עובדי המדינה נמוך כשהיה, ללא שיפור משמעותי, ונציבות שירות המדינה אינה עומדת בדרישות חוק המינויים". שם, בעמ' 175.
- 94 המבקר הדגיש כי "חובת הדיווח היא אמצעי משמעותי למימוש הוראת סעיף 9 בחוק השוויון, מאחר שהיא יכולה להקים תשתית מידע מפורטת בנוגע לייצוג אנשים עם מוגבלות במשק בכלל, ובמגזר הציבורי הרחב בפרט, ובמידת הצורך גם לאפשר פעולות לאכיפה של הוראת החוק. אף חובת הדיווח כשלעצמה עשויה להגביר את מילוי החובה לקידום ייצוג הולם" (שם, בעמ' 169). הדוח מזכיר כי שתי הצעות חוק הוגשו במטרה להסדיר את הייצוג ההולם בגופים אלה.
- 95 GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (1991); Karl E. Klare, *Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937–1941*, 62 MINN. L. REV. 265 (1978). לדיון בהקשר של תעסוקת אנשים עם מוגבלויות בישראל ראו מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 5.

חלקם עושים זאת באופן אגבי ואחרים באופן מעמיק יותר, אך ככלל לא התבססה דוקטרינה בתחום, והפוטנציאל הטמון בהוראת הייצוג ההולם לא מומש עד כה. בעיקר ניתן לטעון שהגישה המסורתית כלפי ייצוג הולם, כפי שהוחלה על אוכלוסיות מודרות אחרות, ניכרת גם ביישומו של כלל הייצוג ההולם לאנשים עם מוגבלויות.⁹⁶

סוגיית הייצוג ההולם הונחה לפתחו של בית הדין לעבודה כבר בסמוך לחקיקת חוק השוויון, ותחילתה הייתה מבטיחה. בשנת 2001 קבע בית הדין האזורי לעבודה כמה קביעות חשובות בעניין בלילתי,⁹⁷ שלפיהן: משמעותו של סעיף 9 איננה רק הנחיה כללית אלא חובה של ממש לקדם את הייצוג ההולם; חובת הייצוג ההולם אינה חלה רק על שלבי הקבלה לתפקיד והקידום, אלא גם על שלב הפיטורין (במיוחד בפיטורי צמצומים); מוגבלות הינה שיקול שיש לשקול באופן פוזיטיבי לזכותו של העובד בעת החלטה על פיטורים.⁹⁸ פסק הדין אומנם ניתן על ידי ערכאה נמוכה, אך ההיגיון שהוא מבטא יכול לשמש קריאת כיוון למתדיינים עתידיים ולפסיקה עתידית. לאמיתו של דבר, טענה בדבר הפרתה של חובת הייצוג ההולם יכולה הייתה לעלות כמעט בכל תביעה שהוגשה לבית הדין, אך נראה שלא הועלתה ובכל מקרה כמעט לא נדונה.⁹⁹ פסק הדין החשוב כמעט לא הותיר חותם על הפסיקה שלאחריו. לאחר שנים מספר עלה שוב הנושא בשני פסקי דין המעידים על מגבלת הדיון בנושא. בעניין עמר¹⁰⁰ נתבעה עיריית קרית שמונה על ידי עובד שפוטר במסגרת פיטורי התייעלות. בית המשפט קיבל את טענת העירייה, שלפיה 2.6% מעובדיה הם אנשים עם מוגבלויות, וקבע כי מתקיים הייצוג ההולם הנדרש באותו מקום, מבלי להסביר מדוע שיעור זה עומד בדרישה לייצוג הולם. בעניין גולדין דובר בעובדת שטענה שפוטרה משום שהינה חירשת.¹⁰¹ אותו מקום נהג להעסיק אנשים עם לקויות שמיעה, אך לטענת העותרת הם הועסקו רק במשרות זוטרות ואילו היא הראשונה שקודמה לתפקיד בכיר יותר. בית הדין העלה מיוזמתו את שיקול הייצוג ההולם, אך הטעים שמכיוון שלא הועלה בפניו לא ידון בו, ובכל מקרה שוכנע כי חירותה נשקלה לחיוב וקיבל את הטענה שלפיה היו אנשים חירשים נוספים שקודמו לעמדות בכירות. עניין עמר מבטא גישה מינימלית שלפיה די בייצוג כלשהו כדי לעמוד בדרישת סעיף 9. עניין גולדין החמיץ את האפשרות לבחון את שאלת הייצוג ההולם במגוון תפקידים ודרגות. הוא גם מעיד על חוסר המודעות לטענת הייצוג ההולם בקרב עורכי דין, על אף הפוטנציאל הרב הטמון בה.

96 ראו לעיל פרק א.
 97 עניין בלילתי, לעיל ה"ש 76.
 98 שם, פס' 3, 4, 10, 11, 13 לפסק הדין.
 99 מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 144-146.
 100 עניין עמר, לעיל ה"ש 57.
 101 עב' אזורי ת"א (3232/07 גולדין – אבי סופר עיצוב בע"מ, פס' 27 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.11.2008).

בשנים האחרונות (2013–2014) ניכרים ניצני שינוי. בעניין אפק¹⁰² קיבל בית הדין את תביעת העובדת כנגד הוצאתה לפרישה באופן חד-צדדי וקבע כי העובדה שלא נשקלו חובת הייצוג ההולם וחובת ההעדפה המתקנת מהווה פגם בהחלטת הרשות.¹⁰³ בבג"ץ מחמלי¹⁰⁴ נדרש לראשונה בית המשפט העליון לשאלת הייצוג ההולם של אנשים עם מוגבלויות וקבע שורת קביעות חשובות שיפורטו בהמשך המאמר, כולל אמירה מפורשת שלפיה יש להעדיף עובדים עם מוגבלויות על פני עובדים אחרים בעלי כישורים דומים,¹⁰⁵ ולעיתים אף יש להעדיף עובד עם מוגבלות גם אם כישורי המועמד האחר עולים על שלו.¹⁰⁶ מגמה זו משתלבת היטב עם השינויים הרגולטוריים במדיניות המכסות, שתוצג להלן.¹⁰⁷ שתי המגמות מבטאות כניסה של חשיבה מערכתית-מבנית בעלת היבטים קולקטיביים, שלא היה לה ביטוי שיטתי עד כה במשפט. עוד נבקש להראות כי יש לקשור בין ההתפתחויות הללו – ברגולציה ובפסיקה – ולא לראותן כהתפתחויות נפרדות. בפרק הבא נציג מצע תאורטי משותף שיוכל לסייע בפיתוח מדיניות הייצוג ההולם בשני מישורי הפעולה.

ב. תפיסה קולקטיבית מערכתית-מבנית של ייצוג הולם

עד כה הראינו שתפיסת הייצוג ההולם בפסיקה הישראלית ביטאה עד לאחרונה עמדה שמרנית למדי, אף על פי שבבסיסה יש יסודות של חשיבה מבנית ואף רדיקלית. בסופו של דבר, זוהי גישה הלכודה לרוב בהיגיון הליברלי של תביעות שמגיישים תובעים בודדים המבקשים לפלס לעצמם את מקומם בשוק העבודה, והיא משמרת מבנה מוסדי קיים והנחות יסוד חברתיות מוטמעות. אכן, בשנים האחרונות ניכר כאמור שינוי מגמה, אשר אנחנו מבקשות להמשיג כגישה מערכתית-מבנית בעלת היבטים קולקטיביים.

בפרק זה נבקש לעבות את יסודותיה התאורטיים של גישה זו כבסיס למדיניות ייצוג הולם ראויה. בשני חלקיו הראשונים של הפרק יוצגו הגישה הביקורתית למוגבלות והתאוריה של שוויון מערכתית-מבני. החלק השלישי יתבסס על שני ענפים תאורטיים אלה ונציג בו את הצורך בהמשגה של ההיבטים הקולקטיביים של מדיניות ייצוג הולם. בסיכום הפרק נטען כי גישה הוליסטית לייצוג הולם צריכה לאמץ תפיסה מערכתית-מבנית, שלה היבטים קולקטיביים לצד הכרה בפרט, ואשר יש בה כדי להמשיג מחדש את ההתמודדות עם תביעות אינדיווידואליות ועם שיטה של מכסות.

102 ס"ע (אזורי ת"א) 49588-11-11 אפק – המועצה המקומית קרני שומרון (פורסם בנבו, 16.7.2013).

103 שם, פס' 58 לפסק הדין.

104 עניין מחמלי, לעיל ה"ש 76.

105 שם, פס' 34 לפסק הדין.

106 שם, ובלבד ש"כישוריו אינם נחותים באופן משמעותי מכישוריהם של המועמדים האחרים לתפקיד (פס' 38).

107 ראו להלן פרק ג.

1. ביקורת מוגבלות וזכויות אנשים עם מוגבלויות

לביקורת המוגבלות תרומה משמעותית לפיתוחה של חשיבה מבנית-קולקטיבית בקידום זכויות האדם בכלל ובתחום התעסוקה והייצוג ההולם בפרט. עד לעשורים האחרונים שלטה הגישה האינדיבידואלית למוגבלות, הרואה במוגבלות עצמה את הסיבה למצבם הקשה של אנשים עם מוגבלויות בכל תחומי החיים וכן בתחום התעסוקה. תפיסה אינדיבידואלית זו של המוגבלות ראתה בה בעיה פרטנית של האדם, שהתגובה לה היא ריפוי, שיקום וטיפול פרטני שיביאו לכדי כשירות לעבודה.¹⁰⁸ אם נמצא שהאדם אינו כשיר לעבודה ואם ענה על דרישות המוגדרות בחקיקה, הופעלה רשת ביטחון כלכלית-חברתית בדמות קצבת נכות כללית והקצבות הנלוות לה.¹⁰⁹

הופעת התנועה לזכויות אנשים עם מוגבלויות והגישה הביקורתית למוגבלות הביאה ליצירתה של חלופה רעיונית מאתגרת. מעניין רפואי-אינדיבידואלי הפכה המוגבלות לסוגיה חברתית-מבנית שיש לבחון אותה מפרספקטיבה של צדק חברתי ושל זכויות אדם ואזרח. ביקורת המוגבלות, כמו תאוריות ביקורתיות מקבילות, רואה במוגבלות תוצר של הבניה חברתית. היא מבקשת להתחקות אחר התהליכים ההיסטוריים, הכלכליים, התרבותיים והפוליטיים אשר הביאו לכך שאנשים עם מוגבלויות מצויים בשולי החברה, מודרים מהספֶרה הציבורית, נטולי אפשרויות בחירה בספֶרה הפרטית, נטולי כוח פוליטי ונסמכים על מערכת רווחה שבבסיסה עקרונית של צדקה וחסד. ביקורת המוגבלות מפנה את תשומת הלב מתיקון הפרט לתיקון החברה ובוחנת את האופן שבו החברה מגבילה את האדם. לביקורת זו שני פנים משלימים: פן אחד הוא פן הדיכוי, שלפיו הקושי והסבל הכרוכים לעיתים בחיים עם מוגבלות אינם תוצאה של גורל אכזר ואסון מידי שמייים אלא הם תוצר של עוול, דיכוי, ניצול, הדרה ואפליה מעשה ידי אדם. מכאן התפתחה גם תפיסה הרואה באנשים עם מוגבלויות קבוצת מיעוט מדוכאת על דרך ההשוואה עם קבוצות מיעוט נוספות.¹¹⁰ הפן האחר הוא פן השחרור,

108 מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 104–105.

109 שגית מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית – דילמות של מאבק לשינוי חברתי" העצמה במשפט 91 (מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008). קביעת אי-הכשירות לעבודה והזכאות לקצבת נכות מבוססת על מערך אבחון רפואי באמצעות ועדות רפואיות ורופאים תעסוקתיים, שבידיהם הופקדה ההכרעה מי אינו יכול להשתלב בשוק העבודה ומי מבין אלו זכאי לרשת הביטחון המינימלית שמספקות קצבות הנכות.

110 Harlan Hahn, *Antidiscrimination Laws and Social Research on Disability: The Minority Group Perspective*, 14 BEHAV. SCI. & L. 41, 53 (1996); דוח הוועדה הציבורית קבע אנשים עם מוגבלויות הינם "קבוצת מיעוט אשר סבלה בעבר ועדיין סובלת מאפליה, קיפוח, סגרגציה ונחיתות חברתית-כלכלית" (לעיל ה"ש 69, בעמ' 12) ואילו במבוא לחוק השוויון האמריקני נקבע שאנשים עם מוגבלויות הם מיעוט מובחן ונפרד (discrete and insular minority) (Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. ch. 126).

המדגיש מאבק משותף, גאווה, הכרה במוגבלות כתרבות וכחלק מהמגוון האנושי והכרה בתרומה החיובית של אנשים עם מוגבלויות כפרטים וכקולקטיב לחברה.¹¹¹ התנועה החברתית והתנועה האקדמית שילבו כוחות לחשיפת מנגנוני ההדרה של אנשים עם מוגבלויות משוק העבודה המודרני, לביקורת הנחות היסוד העומדות בבסיסם ולפיתוח חלופות רעיוניות ומעשיות. התנועה לזכויות אנשים עם מוגבלויות, כמו תנועות שקדמו לה, זיהתה את המשפט כמשאב לשינוי. חוקי השוויון שנחקקו ברחבי העולם מאז שנות התשעים של המאה העשרים¹¹² וכן האמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות¹¹³ מבקשים לרתום את המשפט לשינוי המשמעות המיוחסת למוגבלות ולשינוי מעמדם של אנשים עם מוגבלויות בחברה ובשוק העבודה בכלל זה. תיקון החברה מצריך שינוי עומק בעמדות, במבנה שוק העבודה, בתרבות הארגונית במקומות העבודה ובהסדרים המשפטיים העוטפים אותם.

ההכרה במוגבלות כקטגוריה אסורה לאפליה וההבנה של מוגבלות כשוני וכחלק מהמגוון האנושי תרמו לשכלולה של התאוריה המזינה את מושג השוויון בשוק העבודה. בראש ובראשונה, הן העשירו את האתגר שהציבו קבוצות מיעוט אחרות לאידיאל השוויון הפורמלי בדמות קידום השוויון המהותי. עד אותה עת אנשים עם מוגבלויות נחשבו "שונים" באופן המצדיק יחס שונה כלפיהם, גם כאשר קבוצות אחרות כבר הצביעו על ההטיות שבבסיסה של נוסחת השוויון האריסטוטלי ועל יחסי הכוחות שעיצבו אותה. עתה הם הפכו ל"שוים" ואפלייתם הפכה לאסורה.¹¹⁴ אך בכך לא די. ביקורת המוגבלות העמיקה גם את הביקורת על נוסחת השוויון הפורמלי כאשר הצביעה על כך שההתעלמות מהשוני בניסיון החיים ובצרכים של אנשים עם מוגבלויות יוצר בעצמו אפליה ומונע את קידום השוויון.¹¹⁵ כפי שהפמיניזם חשף את האופן שבו כלל המוסדות החברתיים, ושוק העבודה בכללם, עוצבו בדמותו של אידיאל גברי, כך חושפת ביקורת המוגבלות את הנורמה הסמויה של שוק העבודה, המבוססת על אידיאל של נורמליות שעיקרו "תקינות גופנית" ותפיסה צרה של יצרנות (פרודוקטיביות). חקיקת השוויון צעדה צעד נוסף והוסיפה חידוש לתחום התעסוקה בדמות חובת ההתאמות. ההכרה בכך שאין די באיסור הפליה הביאה לכך שחקיקת השוויון על בסיס מוגבלות כוללת,

111 John Swain & Sally French, *Towards an Affirmation Model of Disability*, 15 *DISABILITY & Soc'y* 569 (2000); Paul K. Longmore, *The Second Phase: From Disability Rights to Disability Culture*, 16 *DISABILITY RAG* 4 (1995)

112 לאתר מקיף המפנה לרשימת החוקים העוסקים בזכויות אנשים עם מוגבלויות ראו <http://law2.syr.edu/library/electronic-resources/legal-research-guides/humanrights.aspx>.

113 האמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלות, לעיל ה"ש 4.

114 להנחת הדמיון העומדת בבסיס אידיאל השוויון הפורמלי חשיבות פוליטית ממעלה ראשונה, שכן היא מעמידה את האנשים עם מוגבלויות בשורה אחת עם שאר החברה. נוסף על כך, היא מסייעת במאבק כנגד אפליה המבוססת על סטיגמה, סטריאוטיפים שליליים ודעות קדומות המופנים כלפי אנשים עם מוגבלויות. ראו מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 107–108, 118–119.

115 נטע זיו "אנשים עם מוגבלויות – בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 813, 826–832 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

בצד איסור ההפליה, חובת התאמות המחייבת לעצב מחדש את שוק העבודה ולהתאימו למגוון האנושי הקיים.¹¹⁶ חובת ההתאמות היא החובה להתאים את מקום העבודה לאדם, ככל שהדבר אפשרי, במקום לדרוש מן האדם להתאים עצמו למקום העבודה.¹¹⁷ תפיסה זו נשענת על הרחבת מושג השוויון, משוויון מהותי לשוויון במשמעות של שילוב, הכללה והשתתפות.¹¹⁸ היא מחייבת הסרת חסמים ומכשולים המונעים מאנשים עם מוגבלויות להשתלב בשוק העבודה, הן בשל האופן המדיר שבו עוצב והן בשל הצרכים הספציפיים של העובדת או המועמדת לעבודה. על חשיבותה של חובת ההתאמות עמדו בתי המשפט שהכירו בכך שהיא הופכת אדם שנחזה לא כשיר לתפקיד או למשרה למי שמתאים ואסור להפלותו.¹¹⁹ חובת ההתאמות מטילה על כל מעסיק, ציבורי או פרטי, את הנשיאה בנטל שינוי של מקום העבודה (כל עוד אינו נטל כבד מדי ובהתחשב במקורות המימון העומדים לרשותו) כך שאנשים עם מוגבלויות יוכלו לעבוד, להתפרנס ולקחת חלק בשוק העבודה החופשי. סוגיית ההתאמות מחייבת את אימוץ נקודת המבט וניסיון החיים של אנשים עם מוגבלויות כקבוצה ושל הפונה הספציפית לעבודה כפרט. נוסף על כך, היא ממחישה את ההיבטים המבניים של האפליה, שכן היא מצריכה לא פעם שינוי של ממש, הן בהיבטים ארכיטקטוניים-סביבתיים והן בהגדרות תפקיד ונהלים.¹²⁰

לחקיקה בתחום המוגבלות יש תרומה משמעותית גם בתחום ההעדפה המתקנת. במדינות רבות נקבעו הוראות בדבר העדפה מתקנת, רובן כללו מנגנונים ייחודיים המתייחסים גם למגזר הפרטי ולא רק לציבורי.¹²¹ בישראל עוגן עקרון הייצוג ההולם בחקיקה הראשית בצד איסור ההפליה וחובת ההתאמות.¹²² זהו התחום הראשון והיחיד עד כה שבו נקבעה חובה כללית לפעול לקידום הייצוג ההולם גם במגזר הפרטי. יש בכך משום הכרה בעוצמת האפליה וההדרה שאנשים עם מוגבלויות חווים, המתבטאות בשיעורי אי-תעסוקה גבוהים, ולצד זאת גם הכרה בצורך במנגנון תיקון דרסטי שעיקרו חובה אפירמטיבית לשינוי פני שוק התעסוקה, אשר יכול גם לשמש מודל עבור קבוצות נוספות. במנגנון הייצוג ההולם טמון רכיב קולקטיבי, המכיר

116 בישראל: ס' 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. לפירוט ראו מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה" לעיל ה"ש 5, בעמ' 109-110, 120-122.

117 גם בהקשרים אחרים החילו בתי הדין לעבודה חובת התאמות. כך, למשל, ס' 9 לחוק שעות עבודה ומנוחה פורש בפסיקה כדורש התאמות למי שאינו יכול לעבוד בשבת בשל מצוות דתו (ראו לעניין זה ס"ע (אזורי ת"א) 41794-02-12 קורן – ניהול קניון הזהב (1991) בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.2014)).

118 זיר, לעיל ה"ש 115, בעמ' 818-819.

119 ראו ס"ע (אזורי ת"א) 23861-06-12 בן-עזרא – דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ, פס' 27 להחלטה (פורסם בנבו, 22.10.2012) (מצטט את מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 121).

120 ס' 8(ה) לחוק השוויון, הגדרת "התאמה".

121 לסקירה השוואתית ראו דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 69, נספח ב'. לסקירה עדכנית ראו גל זהר ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות בשוק החופשי: ישראל והעולם – מבט השוואתי (2016). ראו גם להלן פרק 11(א).

122 למעשה, ניתן להמשיג גם את חובת ההתאמות כמהלך של העדפה מתקנת הבאה לתקן אפליה והדרה היסטוריות.

בהיותם של אנשים עם מוגבלויות קבוצת מיעוט מופלית,¹²³ וכן בערך החיובי שבהשתתפותם בשוק העבודה ובהיותם חלק מהמגוון האנושי בחברה.¹²⁴ זוהי הכרה בעולות העבר ונכונות לתקנן באמצעות כלים החורגים מהמסגרת הליברלית הקלסית לשם חלוקה מחדש, שוויונית יותר, של הטובין הטמונים בהשתתפות בשוק העבודה. יש להדגיש בהקשר זה כי חובת הייצוג ההולם כוללת בחובה גם את חובת ההתאמות.¹²⁵ בכך החקיקה מצביעה על הצורך לחבר בין ההיבטים המבניים השונים שנועדו להתמודד עם אי־השוויון.

תרומה לתפיסת השוויון בדיני עבודה ניתן למצוא גם בחיבור בין פרק התעסוקה לשאר פרקי החוק. לטענתנו, לא ניתן לקרוא את פרק התעסוקה במנותק משאר חלקי החוק. פרקיו הראשונים של החוק קובעים עקרונות יסוד בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, כולל זכותם "להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים",¹²⁶ שתחום התעסוקה הוא בין המרכזיים שבהם. הפרקים העוסקים בנגישות יוצרים את התשתית לקיומו של שוק עבודה נגיש ונטול חסמים תוך הפחתה משמעותית של הצורך בבקשת התאמות פרטניות.¹²⁷ הזכות לנגישות וחובת הנגישות שבצידה מבקשות להבנות מחדש את המרחב הציבורי ולקעקע את ההדרה והאפליה המרחביות שלהן נתונים אנשים עם מוגבלויות.¹²⁸ תחבורה ציבורית נגישה, דרכים נגישות, מבנים ושירותים נגישים יאפשרו לאנשים עם מוגבלויות לעבוד במגוון רחב של עבודות ומקומות. הם הופכים לא רק את סביבת העבודה האישית לנגישה, אלא גם את מכלול הגורמים שעומדים בעובדת עשויה להיות בקשר במסגרת עבודתה.

חקיקת השוויון מציגה אם כן תפיסה מהותית-מבנית של שוויון הכוללת הוראות בדבר ייצוג הולם במישור הקולקטיבי התוצאתי ומתחברת לתאוריה של שוויון מערכת-מבני בדיני העבודה, שבה נבקש לדון כעת.

2. שוויון מערכת-מבני זכויות אנשים עם מוגבלויות

הנחת המוצא של חוק השוויון תואמת את הטענה המרכזית של הגישה הביקורתית למוגבלות, לפיה המבנה החברתי והכלכלי הוא המונע השתלבות של אנשים עם מוגבלויות בחברה ככלל ובמקום העבודה בפרט. גם הספרות בתחום תאוריית השוויון העכשווית מצביעה על כך

123 Hahn, לעיל ה"ש 110, בעמ' 53.

124 ראו לעיל ה"ש 111 והמקורות שם.

125 לשון ס' 9 לחוק השוויון קובעת כי המעסיק יפעל לקידום הייצוג ההולם "לרבות ביצוע התאמות".

126 ס' 1-4, 6-7 לחוק. ס' 2 לחוק קובע כי "מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו להיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו".

127 "התאמות נגישות", לפי פרק הנגישות, הינן "ההתאמות שיש לבצע כדי שתהיה נגישות" (ס' 19א), כלומר במקום שאין נגישות מלכתחילה, יש לבצע התאמות שיסירו את החסמים הקיימים המונעים נגישות.

128 שגית מור "משפט נגיש לכל: הזכות לנגישות ונגישות למשפט – ביקורת מוגבלות" חוקים ח 15 (2016) (להלן: מור "משפט נגיש לכל").

שהחוק מאמץ לאמיתו של דבר גישה שכונתה ה"דור הרביעי של דיני השוויון", והוא השוויון המערכתי-מבני.¹²⁹ סנדרה פרדמן הציגה ארבעה דורות של התפתחות מדיניות השוויון בדיני העבודה. הדור הראשון הוא של שוויון פורמלי, הדור השני הוא של שוויון מהותי, הדור השלישי עסק בשוויון רב-ממדי והדור הרביעי בשוויון מערכתי-מבני. הכוונה בתאוריה של שוויון מערכתי-מבני הינה הבניה מחודשת של המוסדות החברתיים במטרה להשיג תוצאה פרואקטיבית של שינוי מבני, תוך הכרה במבנה החברתי כסיבה לאפליה בשוק.¹³⁰ בבסיס תפיסה שוויונית זו נעוצה ההכרה בכך שמוסדות חברתיים ותרבות שלטת משפיעים על יכולתם של אנשים להשתתף בצורה משמעותית בחברה, כולל בשוק העבודה, וכן על יכולתם להגיע לתפקידים בכירים ולתנאי עבודה ראויים והוגנים. זרקור מושם על חלוקה בלתי מאוזנת של כוח בחברה, על מצבם המועדף של חלק מבני החברה ועל מצבם המוחלש של אחרים. בהקשר של עבודה, תאוריית השוויון המערכתי-מבני מחייבת לשים זרקור על כל ההיבטים בשוק שמובילים לאותה חלוקה בלתי מאוזנת של משאבים, ביניהם דרישות תפקיד, הערכה של יכולות וכישורים, ותפיסות חברתיות כלפי פרודוקטיביות בעבודה. היעדר בחינה של ההבניה החברתית של כל אחד מאלה מוביל לאותה תוצאה מפלה שעקרון השוויון מבקש להתמודד עימו. הבניה מחודשת מחייבת אפוא הסתכלות ביקורתית על המבנה של סביבת העבודה, דפוסי עבודה, דפוסי ניהול, הערכת כישורים ויכולות ובסופו של יום על חלוקת המשאב של עבודה בין קבוצות שונות באוכלוסייה, על מכלול דרגותיה והתנאים הנלווים. תפיסה פרוגרסיבית זו באה לידי ביטוי במדיניות ידידותית למשפחה, שאומצה בחלק ממדינות אירופה, וכן במדיניות העדפה מתקנת.

אם נשתמש במסגרת התאורטית שפרדמן מציעה, נמצא שחוק שוויון הזדמנויות בעבודה מבטא באופן עקרוני תאוריה של שוויון מהותי, ואילו חוק השוויון נועד להשיג שוויון מערכתי-מבני, שכן הוא מבקש להתמודד בצורה שורשית עם ההבניה החברתית שמייצרת את האפליה. גישה תאורטית זו נשענת על תובנות מלימודי המוגבלות ומתיישבת עימן היטב, ולפיכך יוצרת מושג חדש של שוויון.¹³¹ היא מאפשרת קריאה מורכבת יותר של חוק השוויון, המאמצת תפיסה קולקטיבית מערכתי-מבנית. נוסף על כך, היא מרחיבה את תפיסת השוויון המסורתית בתחום של עבודה ולכן תוכל להשפיע מאוחר יותר גם על תפיסת השוויון ביחס לקבוצות אחרות.¹³²

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות מבטא תפיסת שוויון מערכתי-מבני משום שהוא כולל מנגנונים מספר החוברים ביחד ליצירתו של שינוי עומק מבני בשוק העבודה: חובת התאמות וחובת ייצוג הולם, בצד פרק נגישות מקיף המשפיע בהכרח גם על זירת התעסוקה.

Sandra Fredman, *Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?*, in *DISABILITY RIGHTS IN EUROPE: FROM THEORY TO PRACTICE* 199, 212 (Anna Lawson & Caroline Gooding eds., 2005).

130 שם; Albin, לעיל ה"ש 4.

131 שם. ראו גם מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 5; גדעון ספיר "הצדקות לחובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה בעבור אנשים עם מוגבלות" *משפט וממשל* יג 411 (2010).

132 על ההשפעה האפשרית בכל הנוגע לקבוצות מודרות אחרות ראו Albin, לעיל ה"ש 4.

חובת ההתאמות היא עקרון מפתח בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ובפרק התעסוקה בפרט.¹³³ סעיף 8 לחוק קובע: "לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה", ו"הפליה" באותו הסעיף מוגדרת "לרבות אי-ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו". במילים אחרות, אי-ביצוע התאמות אשר יאפשרו את שילובו של אדם בעבודה עולה כדי אפליה. הוראה כזו אינה מצויה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. ביצוע ההתאמות מחייב מעסיקים לנקוט צעדים פרו-אקטיביים שישנו את מקום העבודה, מתוך הכרה בכך שהמבנה הקיים של מקום העבודה – לרבות הציוד שבו, דרישות התפקיד, שעות העבודה, נהלי העבודה ועוד¹³⁴ – אינו מאפשר שילוב אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה. זהו ביטוי מובהק לגישה המחייבת מעסיקים לשנות את המבנה של מקום העבודה, כדרישה מקדמית, כדי לאפשר תוצאה שוויונית. המדינה קיבלה על עצמה חובה מקבילה לסייע במימוש עיקרון זה על ידי מימון חלק ניכר של ההתאמות הנדרשות, כדי להקל על מעסיקים ולמנוע מהם נטל כבד מדי.¹³⁵

חובת ההתאמות קשורה קשר הדוק בחובת הנגישות, שהינה עקרון-על בחוק השוויון ומבקשת לשנות את מבנה המרחב הציבורי כולו מן היסוד.¹³⁶ התפיסה המצויה בבסיסו של רעיון הנגישות היא בדיוק זו של השוויון המערכתי-מבני, דהיינו שהדרך שבה עוצבה החברה מבחינה גאוגרפית, התנהגותית ושפתית היא חסם מהותי להשגת תוצאה שוויונית. החוק קובע חובת נגישות של מבנים ציבוריים, שירותים ציבוריים ותחבורה ציבורית, היוצרים תשתית ומעטפת שיאפשרו את השתתפותם של אנשים עם מוגבלויות בעולם התעסוקה בכמה מישורים.¹³⁷ ראשית, מעסיקים רבים שוכנים במבנים ציבוריים ומספקים שירותים ציבוריים. כאלה הם רוב המעסיקים הגדולים במשק. הדבר נכון בפרט עבור רשויות ציבוריות, שעליהן חלה חובה מוגברת גם לפי דיני העבודה וגם לפי חוק שירות המדינה. שנית, תחבורה ציבורית נגישה חיונית להשתלבות בשוק העבודה, שכן הגעה למקום העבודה הינה אחד המכשולים המרכזיים לתעסוקה. שלישית, הנגשת המרחב הציבורי בכללותו תשפיע אף היא על היכולת

133 מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 5; ספיר, לעיל ה"ש 131.

134 ס' 8(ה) לחוק השוויון, הגדרת "התאמות".

135 השתתפות המדינה ניתנת מכוח תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (השתתפות המדינה במימון התאמות), התשס"ו–2006, ק"ת 754. החובה לבצע התאמות על פי החוק היא כל עוד אין המדובר בנטל כבד מדי; "נטל כבד מדי" מוגדר "נטל בלתי סביר בנסיבות הענין, בהתחשב, בין היתר, בעלות ההתאמה וטיבה, בגודל העסק ובמבנהו, בהיקף הפעילות, במספר העובדים, בהרכב כוח האדם, ובקיומם של מקורות מימון חיצוניים או ממלכתיים לביצוע ההתאמה" (ס' 8(ה) לחוק השוויון). השתתפות המדינה בצורה משמעותית במימון ההתאמות מפחית נטל זה באופן ניכר. ברקע הדיון נמצאות דילמות הקשורות בשאלת חלוקת הנטל בין המעביד הפרטי לבין המדינה לעניין שילוב אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה. לעניין שאלה זו ראו ספיר, לעיל ה"ש 131.

136 מור "משפט נגיש לכל", לעיל ה"ש 128. נגישות מוגדרת בחוק כ"אפשרות הגעה למקום, תנועה והתמצאות בו, שימוש והנאה משירות, קבלת מידע הניתן או המופק במסגרת מקום או שירות או בקשר אליהם, שימוש במתקניהם והשתתפות בתכניות ובפעילויות המתקיימות בהם, והכל באופן שוויוני, מכובד, עצמאי ובטיחותי" (ס' 19א לחוק השוויון).

137 פרקים ה–ה1 לחוק השוויון.

לבצע את המטלות השונות הקשורות בתפקיד, כגון יציאה לדואר, לבית משפט או לפגישות וישיבות, השתתפות בפעילות חברתית, כגון ארוחת צהריים משותפת או ימי כיף וגיבוש וכן קשר עם גורמים שונים מחוץ למקום העבודה. ככל שמקומות עבודה ייבנו ויעוצבו באופן נגיש יותר מלכתחילה, וככל שהמרחב הציבורי יהיה נגיש יותר בכללותו, כך יוכלו אנשים רבים יותר עם מוגבלויות לעבוד בלא צורך בהתאמות פרטניות (אם כי הצורך בהן לא ייעלם). לכך מתווספת חובת ההתאמות, הדרושת ליצור התאמה פרטנית מקום שבו הנגישות הכללית, או היעדרה, אינה נותנת מענה.

גם עקרון הייצוג ההולם שבחוק מבטא תפיסה של שוויון מערכתי-מבני. כפי שצינו לעיל, רעיון הייצוג ההולם נועד להשיג שינוי רדיקלי במבנה הכלכלי-פוליטי של החברה. החלתו גם על מעסיקים פרטיים המעסיקים יותר מ-25 עובדים מדגיש את היקפו ועוצמתו של השינוי המבני שהמחוקק ביקש להשיג. השילוב בין סעיף 9 לחוק השוויון ובין סעיף 15א לחוק שירות המדינה יוצר מעטפת שחלה על רוב מקומות העבודה במשק. בהחלטת בית המשפט העליון בבג"ץ מחמלי הדגיש בית המשפט את חשיבותה של החלת החובה האמורה גם על הסקטור הפרטי ולא רק הציבורי.¹³⁸ אמנם החובה הקבועה בסעיף 9 מצומצמת מזו המופיעה בסעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), אך עצם החלת החובה על המגזר הפרטי הינה מהלך רדיקלי המעיד על תפיסה מתקדמת של המחוקק ועל מחויבותו לגישה שיטתית יותר להתמודדות עם אפליה של אנשים עם מוגבלויות לעומת קבוצות אחרות.

החקיקה הישראלית אינה ייחודית. תפיסת השוויון המערכתי-מבני אומצה בנוסחאות שונות גם במקומות אחרים בעולם.¹³⁹ לא פלא אפוא שבארצות הברית, למשל, אנחנו מוצאים נשים בהיריון המבקשות להיכלל בקטגוריה של אנשים עם מוגבלויות, שכן הכרה כזו מביאה לזכות להתאמות וזכויות נוספות שאינן מצויות בחקיקה השוויון האחרת.¹⁴⁰ תפיסה זו באה לידי ביטוי מרבי באמנה הבינ-לאומית לזכויות אנשים עם מוגבלויות.¹⁴¹ סעיף 27 לאמנה, שכותרתו "עבודה ותעסוקה", מציע חזון שיטתי ומפורט של שוויון מערכתי-מבני.¹⁴² זהו סעיף רחב המתייחס להיבטים רבים של הנושא, ביניהם הזכות לעבוד, הזכות לקבל הזדמנות להתפרנס,

138 בג"ץ מחמלי, לעיל ה"ש 76, פס' 37 לפסק הדין: "בכך מחיל חוק השוויון, באופן מפורש, על מעסיקים (לרבות מעסיקים פרטיים), את העיקרון שלפיו: 'הנכה זכאי לעיתים להעדפה מתקנת. זה חובה של החברה כלפיו'".

139 Fredman, לעיל ה"ש 129.

140 Brigid Schulte, *Pregnant Women Fight to Keep Jobs via 'Reasonable Accommodations'*, THE WASHINGTON POST (24.8.2014) www.washingtonpost.com/national/health-science/pregnant-women-fight-to-keep-jobs-via-reasonable-accommodations/2014/08/04/9eb13654-1408-11e4-8936-26932bcfd6ed_story.html. ראו גם את המידע שמציעה נציבות שוויון זכויות האמריקאית (EEOC) בעניין זה: www.eeoc.gov/laws/types/pregnancy.cfm, תחת הכותרת: "Pregnancy Discrimination & Temporary Disability".

141 לעיל, ה"ש 4.

142 ס' 27 מציע חזון המבוסס על ארבעה עקרונות משלימים: שוויון מבני-מערכתי, חירות אינדיווידואלית, הכללה ואחריות מדינה אשר נושא בשורה למשפט העבודה הבינ-לאומי בכללותו. ראו Albin, לעיל ה"ש 4.

עבודה בתנאים הוגנים וטובים, גישה להדרכה, השמה, הכשרה וקידום קריירה, קידום העסקה במגזר הציבורי והפרטי ועוד, היוצרים ביחד מודל מתקדם לחקיקת שוויון פרוגרסיבית.¹⁴³

3. היבטיה הקולקטיביים של הגישה המערכתית-מבנית לייצוג הולם

רעיון ההעדפה המתקנת, ובכללו הייצוג ההולם, נבע מלכתחילה מתפיסת עולם שאינה נשענת על יסודות אינדיווידואליסטיים בלבד.¹⁴⁴ ייצוג הולם מבקש לקדם ייצוג במישור הקבוצתי, ובכך חורג מגבולות החשיבה הליברלית הקלסית, המתמקדת באינדיווידואל.¹⁴⁵ לכן, לתפיסת השוויון המערכתית-מבנית המוצעת כאן יש יסוד קולקטיבי חזק, שאותו נפרט להלן. נבקש לשכנע כי יש להחיות את היסוד הקולקטיבי האמור ולהחזירו לחזית הדיון בייצוג הולם, תוך שימת לב לרבידיו השונים ולאופן שבו הוא מעשיר את הגישה המבנית-מערכתית בתחום התעסוקה. נבקש לטעון כי למדיניות של ייצוג הולם יש שלושה רבדים קולקטיביים שאליהם יש להתייחס: קולקטיב קבוצת הזהות, קולקטיב מקום העבודה וקולקטיב החברה בכללותה.

(א) קולקטיב קבוצת הזהות

קולקטיב קבוצת הזהות מתייחס לחברי קבוצת המיעוט שבה מדובר, במקרה הזה – אנשים עם מוגבלויות. ביקורת המוגבלות, כמו תאוריות קבוצתיות ביקורתיות שקדמו לה, מבקשת לבסס את ההכרה באנשים עם מוגבלויות כקבוצת מיעוט מופלית, אשר חבריה מודרים מהמרחב הציבורי ומאפשרויות התעסוקה במסגרתו בשל דעות קדומות ובשל האופן שבו החברה מעוצבת זה שנים. הפרספקטיבה הקבוצתית קשורה קשר הדוק להכרה בעולות העבר כלפי קבוצת המיעוט. ההכרה בעולות העבר משמעה קבלת אחריות חברתית-מדינית כלפי אנשים עם מוגבלויות כפרטים וכקבוצה בשל ההדרה והאפליה ההיסטוריות שהן מנת חלקם. עקרון הייצוג ההולם מאפשר להכיר בכך שבמישור הקבוצתי יש לאנשים עם מוגבלויות ת-ייצוג בשוק התעסוקה; אין זה קושי אינדיווידואלי של עמידה בדרישות המשרה או התפקיד, אלא מדובר בבעיה רוחבית מערכתית-מבנית, שניתן להכיר בה רק במבט על קבוצתי תוצאתי. ההכרה באנשים עם מוגבלויות כקבוצת מיעוט אינה נטולת קשיים כמוכן, הן בשל המגוון הרב שבתוך הקבוצה והן בשל התנגדויות שונות לפוליטיקת זהויות כפוליטיקה מפלגת ומחזקת חשיבה סטריאוטיפית.¹⁴⁶ עם זאת, הכתיבה בתחום לימודי המוגבלות מצביעה על כך שאנשים

143 Oddný Mjöll Arnardóttir, *A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?*, in שם; THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES: EUROPEAN AND SCANDINAVIAN PERSPECTIVES 41, 46 (Oddný Mjöll Arnardóttir & Gerard Quinn eds., 2009).

144 ראו לעיל פרק א.

145 פרנסס רדאי "תאוריה משפטית, חקיקה והתדיינות פמיניסטית בישראל: רטרופקטיבה" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 19, 45–46 (דפנה ברק-ארו עורכת ראשית, 2007). זו גם הייתה אחת הסיבות להתנגדות החריפה לתוכניות ההעדפה המתקנת בארצות הברית בשנות השבעים של המאה העשרים, שראו בהן שחזור של חשיבה קבוצתית אסורה הגוררת "אפליה הפוכה".

146 LENNARD J. DAVIS, BENDING OVER BACKWARDS: DISABILITY, DISMODERNISM AND OTHER DIFFICULT POSITIONS 9–32 (2002).

עם מוגבלויות חולקים דפוסי אפליה והדרה משותפים, ועל כך שאנשים רבים עם מוגבלויות חשים שותפות, גאווה ותחושת שייכות למוגבלות כרכיב חיובי בזהותם האישית והקבוצתית. מובן שיש להבטיח שמבט זה לא ישטיח את הקבוצה על המגוון האנושי שבתוכה ועל גווניה הרבים הקשורים בסוג המוגבלות, מידת המוגבלות, תת-קטגוריות (נכי צה"ל, נכי עבודה וכדומה) וכן בצומתי זהות נוספים (מגדר, מוצא, לאום, נטייה מינית), במעמד חברתי-כלכלי ועוד. נוסף על כך, יש להבטיח שהמבט הקבוצתי הקולקטיבי לא ייתר את נקודת המבט האינדיווידואלית ואת תשומת הלב לצרכים ולהעדפות של הפרטים המרכיבים את הקבוצה.

(ב) קולקטיב מקום העבודה

רובר קולקטיבי נוסף שעליו נבקש להצביע מתייחס למקום העבודה. נקודת המבט הקולקטיבית מצויה בלב ליבם של דיני העבודה, הכוללים ענף נרחב של משפט עבודה קיבוצי. ענף זה מכיר בחשיבות ההתייחסות לעובדים כקולקטיב ולא רק כבודדים, בין אם במסגרת ענפית או במפעל מסוים, הן בנוגע לעובדים שמועסקים כרגע במקום העבודה והן בנוגע לעובדים עתידיים. לעובדים במקום עבודה יש אינטרסים משותפים אל מול המעביד, הם חולקים חוויות ומטרות ואף תרבות ארגונית. גם למדיניות של ייצוג הולם יש היבטים קולקטיביים המתייחסים למקום העבודה בכללותו ולעובדים בו, הכוללים מבט ממוקד על ייצוגן של קבוצות שהודרו היסטורית מהקולקטיב של מקום העבודה הספציפי הנדון, וביניהם עובדים עם מוגבלויות.¹⁴⁷ קולקטיב מקום העבודה מצוי בליבו של טיעון הצדק התועלתני, המצביע על כך שמדיניות העדפה מתקנת את מקום העבודה, מקדמת ומשפרת אותו. מדיניות זו משכללת את תהליך קבלת ההחלטות הנערך בו ו"מנקה" אותו משיקולים לא ענייניים הנעוצים בחשיבה סטריאוטיפית, כך שאנשים טובים יותר מתקבלים למשרות השונות ומתקדמים במעלה התפקידים. כמו כן, היא מעודדת מגוון אנושי התורם לפיתוח מקום העבודה בכלל ולמיצוי הכישורים והיכולות של העובדים בו.¹⁴⁸ הוא אף מצוי בבסיס קו הטיעון של צדק מתקן המתמקד בקולקטיב מקום העבודה, אגב הדגשת חוסר הצדק ההיסטורי של מבנהו וייצוגם החסר של אנשים עם מוגבלויות בתוכו. לעומת תפיסה קניינית של מקום העבודה, שתראה את עיצוב הקולקטיב כדבר הנתון בידי המעסיק לבדו, תפיסת דיני העבודה הקיבוציים תדגיש את השתייכות הקולקטיב גם לעובדים הקיימים וגם לעובדים שעתידיים להצטרף למקום העבודה. נוסף על כך, תפיסה שוויונית כלפי מקום העבודה, הנשענת על עקרונות הצדק החלוקתי וההבנה שמקום העבודה הינו אתר מרכזי לשילוב חברתי, תראה את עיצוב הקולקטיב של מקום העבודה – גם זה של המעסיק הפרטי – כאינטרס של החברה בכללותה.

147 האמנה קוראת למשל להרחיב את ההכרה "בכישורי אנשים עם מוגבלויות, באיכויותיהם וביכולותיהם, ובתרומותיהם למקום העבודה ולשוק העבודה" (ס' 8.2(א)(iii) לאמנה).

148 ראו למשל Cedric Herring, *Does Diversity Pay?: Race, Gender, and the Business Case for Diversity* 74 AM. SOCI. REV. 208 (2009); Beryl Nelson, *The Data on Diversity*, 57(11) COMMUNICATIONS OF THE ACM 86 (2014).

קולקטיב מקום העבודה אינו עשוי מקשה אחת אחידה. מקום העבודה מייצג, כפי שציין ובר, מערכת שבה סמכות והיררכיה.¹⁴⁹ הוא מאופיין בדרגות, אגפים ותפקידים שונים הכוללים תפקידי ניהול ותפקידי ביצוע. תאוריית הסגמנטציה העמיקה את ההבנה של מבנה מקום העבודה והדגישה את חלוקתו לליבה ופריפריה ואת הימצאותן הלא-מקרית של קבוצות מסוימות דווקא בפריפריה של מקום העבודה.¹⁵⁰ כך, בשל אותן סיבות מורכבות של אפליה שצוינו בחלק א' של המאמר – אפליית טעמים, אפליה סטטיסטית ואפליה שמקורה מחוץ לשוק העבודה – קבוצות מסוימות מוצאות את עצמן פעמים רבות בתפקידי פריפריה המלווים בשכר נמוך ובתנאים נלווים פחותים מאלה שמקבלים אלה הנמצאים בליבו של מקום העבודה. לכן גם את קולקטיב מקום העבודה יש לבחון באופן מורכב, אגב התייחסות לדרך שבה נעשית החלוקה הפנימית של המגוון האנושי הקיים בו. מקום עבודה המאמץ נקודת מבט המחויבת לייצוג הולם ולזכויות אנשים עם מוגבלויות בכל הדרגות ובכל התפקידים הוא מקום שיוכל ליישם רעיונות אלו על כלל העובדים במסגרתו, על מכלול המגוון האנושי שהם מבטאים ומייצגים. אם אנשים עם מוגבלויות נהנים משינוי מבני-מערכתי, הנשען על הבנה שיש לשנות את מקום העבודה כדי להתאים אותו אליהם ולא לצפות מהם להשתנות בהתאם אליו, אזי קבוצות נוספות יכולות לדרוש שינוי מערכתי דומה, המותאם למאפייני ההפליה וההדרה שחבריהן חווים, וליהנות ממנו. זו העמדה המצויה במהות התאוריה של אוניברסליות בלימודי מוגבלות. על פי תאוריה זו, שהציגו זולא ואחרים,¹⁵¹ התפיסה הקולקטיבית של מקום העבודה אמורה להוביל ליצירתם של נהלים חדשים לייצוג בכל הדרגות ובכל התפקידים, שיאמצו את הרעיון של נגישות והתאמות, נהלים שניתן יהיה להחילם בעתיד על כל האוכלוסיות שייצוגן נמוך.

(ג) קולקטיב החברה בכללותה

הרובד הקולקטיבי האחרון מתייחס לחברה בכללותה: הוא מושתת על ההנחה שהחברה כקולקטיב מפסידה מכך שאנשים עם מוגבלויות אינם מביאים לידי ביטוי את מכלול הכישורים, היכולות והתרומות האפשריות שלהם, וכן שהחברה כקולקטיב חבה חוב לאנשים עם

149 על תפיסת הסמכות של ובר ראו MAX WEBER, *ECONOMY AND SOCIETY: AN OUTLINE OF INTERPRETIVE SOCIOLOGY* (Guenther Roth & Claus Wittich eds., 1978).

150 J. CHRISTINE CRAIG, JILL C. RUBERY, ROGER R. TARLING & S. FRANK WILKINSON, *LABOUR MARKET STRUCTURE, INDUSTRIAL ORGANISATION AND LOW PAY* (1982); Christine Craig, Elizabeth Garnsey & Jill Rubery, *Labour Market Segmentation and Women's Employment: A Case Study from the United Kingdom*, 124 INT'L LAB. REV. 267 (1985).

151 Irving Kenneth Zola, *Toward the Necessary Universalizing of a Disability Policy*, 67 MILBANK Q. 401 (1989); Jerome E. Bickenbach, Somnath Chatterji, E.M. Badley & T.B. Üstün, *Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps*, 48 J. SOC. SCI. & MED. 1173 (1999); Rosemary Kayess & Phillip French, *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 8 HUM. RTS. L. REV. 1 (2008).

מוגבלויות בשל עוולות העבר. אנו מבקשות לקדם תפיסה קולקטיבית המתיישבת עם העקרונות העומדים ביסוד הגישה הביקורתית למוגבלות והגישה המבנית-מערכתית בדיני העבודה, אגב עמידה על מקומו וערכו של הפרט. גישה כזו תכיר באנשים עם מוגבלויות כקבוצה תורמת, שלהשתתפותה יש ערך חברתי-פוליטי כללי. ברוח זו מצהירה, למשל, האמנה הבין-לאומית כי המדינות מכירות "בתרומות המוערכות, הן הקיימות והן האפשריות, מצד אנשים עם מוגבלויות" ובכך שעידוד זכויותיהם והשתתפותם "יקדמו משמעותית את התפתחות החברה מבחינה אנושית, חברתית, וכלכלית, ואת ביעור העוני".¹⁵²

התפיסה שהחברה חבה חוב לאנשים עם מוגבלויות מעבה את מחויבות המדינה להעדפה מתקנת הן כמעסיקה וכריבון והן כרשות מבצעת התומכת במעסיקים פרטיים הנדרשים להשתתף בעלויות הכניסה של אנשים עם מוגבלויות לשוק העבודה. היא טומנת בחובה הכרה בכך שעל המדינה לקבל אחריות משמעותית בתיקון העוול ההיסטורי, ושהאזרחים במדינה, כולל מעסיקים, נדרשים אף הם לתרום את חלקם; דרישה זו נשענת, בין השאר, על כך שנהנו עד כה מהדרך המפלה שאותה נקטו, אשר העניקה להם פריבילגיות ולא חייבה אותם לשאת בעלויות החברתיות של ההדרה שלה היו שותפים.¹⁵³ הנהנים מהכרה זו הם כלל הפרטים והקבוצות בחברה, שכן מדובר ברעיונות אוניברסליים. זהו הרעיון האוניברסלי שיש למדיניות בתחום המוגבלות להציע – אף על פי שהיא צומחת מתוך הניסיון הפרטיקולרי של אנשים עם מוגבלויות, היא נושאת בשורה חברתית-פוליטית כללית.

לסיכום, הדגשת היסוד הקולקטיבי בחשיבה מערכתית-מבנית על שוויון מאפשרת להסיט את מדיניות הייצוג ההולם מן הכיוון האינדיווידואליסטי-שמרני שאליו פנתה ולהשיב אותה אל מקורותיה הקבוצתיים המתמקדים בתמונת-העל של אי-השוויון. מדיניות ייצוג הולם ראויה תכלול, לטענתנו, גם מבט קולקטיבי וגם מבט אינדיווידואלי. אנו טוענות כי לאחר תהליך של דה-רדיקליזציה נפתח עתה פתח למדיניות שוויון מבנית-מערכתית, המשלבת יסודות אינדיווידואליים וקולקטיביים גם יחד, שיבואו לידי ביטוי הן ברגולציה של ייצוג הולם על דרך של מכסות והן ביחס לתביעות פרטניות.

ג. קריאה מחדש של מדיניות הייצוג ההולם בישראל

מן הדיון בפרק הקודם עולה שביקורת המוגבלות ותאוריית השוויון המערכתית מציעות פלטפורמה רעיונית חלופית לתפיסה האינדיווידואלית-שמרנית לייצוג הולם. תפיסה זו מבוססת על שלושה אדנים קולקטיביים – קולקטיב קבוצת הזהות, קולקטיב מקום העבודה, וקולקטיב החברה. שלושת האדנים הללו מתכנסים לכדי תפיסה מערכתית-מבנית משוכללת, שבאה לידי ביטוי במונחים "ייצוג הולם" "נגישות" ו"התאמות", שהינם עקרונות יסוד של חוק

152 ס' יג למבוא לאמנה, לעיל ה"ש 4. ס' 3 לאמנה מונה שורה של עקרונות יסוד הכוללים כבוד, אוטונומיה וחירות, אי-אפליה, השתתפות, שוויון הזדמנויות, נגישות וכן "כבוד לשונות וקבלת אנשים עם מוגבלויות כחלק מהמגוון האנושי וכחלק מהאנושות".

153 מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 111–114.

השוויון ככלל ושל פרק התעסוקה בפרט. בפרק זה נבקש להראות כיצד תפיסה זו, שאנו מכנות "תפיסה קולקטיבית מערכתית-מבנית", צריכה להשפיע על יישומו של עקרון הייצוג ההולם, הקבוע בסעיף 9 לחוק השוויון. עיקר הפרק יוקדש לשיטת המכסות, ההיסטוריה שלה ועיצובה המחודש לאור התשתית התאורטית שהוצגה. המשכו יוקדש לאופן ההתמודדות הראוי של בתי המשפט עם תביעות אינדיווידואליות בדבר ייצוג הולם ולהשפעות ההדדיות בין שני מישורי פעולה אלה.

1. גישה מערכתית-מבנית למכסות

התפיסה הקולקטיבית חשובה לעיצובה וליישומה של שיטת המכסות. שיטה זו הוחלה, כאמור, בשנה האחרונה כחלק ממדיניות הייצוג ההולם של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה הן על מעסיקים פרטיים, שמעסיקים מעל 100 עובדים, הן על המדינה והן על גופים ציבוריים. כפי שנראה להלן, מדיניות המכסות אינה חדשה, והדרך שבה היא אומצה במדינות אירופה בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה זכתה לביקורת רבה על בסיס הטענה שהיא מאמצת תפיסה של חסד ולא של שוויון. על בסיס ביקורת זו נבקש לחדד את הטענה שאימוץ שיטה של מכסות בעידן של שוויון זכויות ולאורו של חוק השוויון מחייב שיטת מכסות המבוססת על תפיסה קולקטיבית מערכתית-מבנית.

בחלק זה של הפרק נתחיל בתיאור שיטת המכסות שהייתה נהוגה בעבר בארצות אירופה והצפת הביקורת כנגדה ונמשיך בדיון על התנאים הנדרשים על מנת לממש בצורה המיטיבית את התפיסה המערכתית-מבנית כלפי ייצוג הולם.

(א) מכסות של חסד

בפרק א ציינו כי בחירתו הראשונית של המחוקק הישראלי שלא ליישם את שיטת המכסות עם אימוצו של חוק השוויון נשענה על טיעוני הוועדה נגד שיטה זו. אחד הטיעונים המרכזיים התבסס על העובדה שמדינות שבהן נקבעה שיטת מכסות בעבר נסוגו משיטה זו בשל הבעיות שהיו כרוכות ביישומה, ביניהן היעדר הצלחה להשיג את שיעורי ההעסקה שנקבעו וכן האפשרות לשלם "קנס" במקום לשלב אנשים עם מוגבלויות על פי מכסה. ואכן, גם במדינות שבהן אומצה שיטת המכסות עלו תהיות באשר לאפקטיביות שלה. שיטת המכסות רווחה במדינות אירופה עוד בתחילת המאה הקודמת, עם סיומה של מלחמת העולם הראשונה. עד סוף 1923 היא אומצה בגרמניה, אוסטריה, איטליה, פולין וצרפת.¹⁵⁴ הייתה זו מדיניות של רווחה חברתית, שביטאה אחריות של המדינה כלפי אזרחיה.¹⁵⁵ לאחר מלחמת העולם השנייה

154 Lisa Waddington, *Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: From Katharina Quotas to Anti-Discrimination Laws*, 18 COMP. LAB. L.J. 62 (1996) ראו גם Heyer, *Rights or Quotas? The ADA as a Model for Disability Rights*, in HANDBOOK OF EMPLOYMENT DISCRIMINATION RESEARCH 237 (Laura Beth Nielson & Robert L. Nelson eds., 2005).

התרחבה מדיניות זו הן מבחינת מספר המדינות שאימצו אותה והן מבחינת הגדרת האנשים שנכללו במסגרת התוכנית ושאת שילובם ביקשו המדינות להרחיב. אם לאחר מלחמת העולם הראשונה כללה הקבוצה המוגנת בעיקר חיילים שנפגעו במלחמה, הרי שאחרי מלחמת העולם השנייה הורחבה ההגדרה ונכללו בה גם אזרחים שנפגעו כתוצאה של פעולות האיבה. בסוף המאה העשרים, רבות מהמדינות החליפו מדיניות זו במדיניות של אי-אפליה או ריככו את הדרישות במסגרתה.¹⁵⁶ אחד ההסברים לכך היה הביקורת על השיטה האירופאית של מכסות כשיטה המבוססת על חסד ויצירת סטיגמה כלפי אנשים עם מוגבלויות; לעומת זאת, השיטה של איסור אפליה, כפי שהונהגה בארצות הברית (במסגרת ה־American With Disabilities Act) ובקנדה, נראתה כמממשת במלואה את הזכות לשוויון.¹⁵⁷

דוגמה מעניינת למהלך זה היא אנגליה. על פי ה־ Disabled Persons (Employment) Act, 1944¹⁵⁸, כל מעסיק פרטי שהעסיק מעל 20 עובדים היה צריך לעמוד במכסה של 3% העסקה של אנשים עם מוגבלויות (מבין אלה שהיו רשומים במרשם).¹⁵⁹ מעסיקים ציבוריים לא היו כפופים לחובה זו, אבל הסכימו גם הם לקבלה על עצמם.¹⁶⁰ עם זאת, מעסיקים שביקשו שלא למלא אחר דרישה זו יכלו לקבל אישור מיוחד המאפשר להם לחרוג מהכלל. הסנקציה שהוטלה על מי שלא פעל בצורה זו הייתה תשלום קנס עד לגובה של £ 500 או מאסר של עד שלושה חודשים. מבחינה מעשית לא הובילה השיטה להצלחה בהגברת ייצוגם של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה. בשנת 1984 עמדו בדרישה רק 30.4% מהמעסיקים, ובשנת 1993 רק 18.9% מהמעסיקים העסיקו 3% של עובדים עם מוגבלויות.¹⁶¹ שיטת המכסות זכתה לביקורת רבה ובוטלה בשנת 1995, עם חקיקת ה־Disability Discrimination Act 1995 (DDA).¹⁶² החוק אימץ את גישת השוויון האמריקנית והוא כולל איסור אפליה בתעסוקה של אנשים עם מוגבלויות, בדומה לסעיף 8 של חוק השוויון הישראלי.

גם בהולנד שונתה שיטת המכסות בסוף המאה העשרים. בתחילת אותה המאה אומצה בה מדיניות שלפיה מעסיקים ציבוריים ופרטיים של 20 עובדים ומעלה נדרשו להעסיק מכסה מסוימת של אנשים עם מוגבלות אשר היו רשומים ככאלה; בשנת 1986 שונתה מדיניות המכסות למדיניות רכה יותר, הקובעת הנחיה כללית למספר מועסקים עם מוגבלות במקום מכסה נוקשה.¹⁶³ שיטה של מדיניות מכסות רכה מצויה כיום גם בארצות הברית. כך, למשל, סעיף 503 של ה־Rehabilitation Act 1973 קובע כי קבלנים שלהם חוזים עם המדינה בסכום של

156 לסקירה עדכנית מקיפה ראו את המסמך שפרסמה לאחרונה נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות: זהר, לעיל ה"ש 121.

157 Waddington, לעיל ה"ש 154.

158 (Eng.) c. 10.

159 שם, ס' 19(1).

160 Waddington, לעיל ה"ש 154, בעמ' 66; Heyer, לעיל ה"ש 154, בעמ' 242.

161 Waddington, שם.

162 Ian Bynoe, Mike Oliver & Colin Barnes, *Equal Rights for Disabled People: The Case for a New Law* (1991) <http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/bynoe-equal-rights-for-disabled-people.pdf>

163 ראו שם, בעמ' 64–65.

מעל 10,000 דולר צריכים לשאוף להעסיק 7% של אנשים עם מוגבלויות.¹⁶⁴ גם לממשלה הפדרלית יש מטרות דומות, שנקבעו בשתי הוראות שניתנו על ידי הנשיא אובמה בשנת 2010.¹⁶⁵

לעומת זאת, בגרמניה עדיין נהוגה שיטת מכסות נוקשה יחסית, שלפיה כל המעסיק 20 עובדים או יותר מחויב למכסה של 5% של עובדים עם מוגבלויות.¹⁶⁶ הגדרת המוגבלות בחוק הגרמני לצורכי חובת מכסות חלה רק על אנשים עם מוגבלות חמורה.¹⁶⁷ המעסיקים אינם נדרשים להגדיל את מספר המשרות שיש להם או להחליף עובדים קיימים בעובדים עם מוגבלויות, אך כשיש משרה פנויה עליהם לבחון אם היא מתאימה לאנשים עם מוגבלויות ולפעול למלאה בהתאם.¹⁶⁸ מי שאינו עומד במכסה יכול לשלם קנס חודשי שנע בין 105 יורו ל-260 יורו, התלוי בעמידתו במכסה. בפועל, נמצא שרוב המעסיקים מעדיפים לשלם את הקנס המוטל עליהם מאשר לעמוד בדרישת המכסות הקבועה.¹⁶⁹

הביקורת על כישלונה של שיטת המכסות בהגברת התעסוקה של אנשים עם מוגבלויות הייתה אחת הסיבות לדחייתה על ידי המחוקק הישראלי עם חקיקת חוק השוויון ב-1998. ואולם, אנו סבורות כי אין לקבל ביקורת זו כפשוטה. אחד הכשלים העיקריים של שיטת המכסות, לדברי ליסה וודינגטון, הוא הקלות הרבה יחסית שניתן היה להימנע מהחובה שהוטלה בחוק, אם בשל קיומן של שיטות הימנעות, כגון תשלום קנס סמלי או קבלת פטור, או משום שלא נאכפו. אנו טוענות שכשל זה איננו אינהרנטי לשיטה, אלא נובע מכך שהגינה של השיטה היה מבוסס בעיקרו, ברוח אותה תקופה, על עקרונות של צדקה וחסד, כפי שמדגימה האפשרות "לקנות" בכסף את אי-שילובם של אנשים עם מוגבלויות במקום העבודה.¹⁷⁰ לא הייתה זו שיטה של העדפה מתקנת המעוגנת בהיגיון של שוויון זכויות, אלא מדיניות רווחה מינימליסטית ללא אכיפה בצידה.

(ב) אל עבר שיטת מכסות על פי תפיסה קולקטיבית מערכתית-מבנית

אנו טוענות במאמר זה שניתן לעצב ולאמץ שיטת מכסות שאיננה נשענת על גישה של חסד, אלא על תפיסה מערכתית-מבנית הנשענת על יסוד קולקטיבי רחב, אשר תאפשר את יישומה

164 www.dol.gov/ofccp/regs/compliance/faqs/503_faq.htm

165 הוראה 13163 והוראה 13548 שתייהן מה-26.7.2010, www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2010-07-26/pdf/2010-18988.pdf; www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2000-07-28/pdf/00-19322.pdf; [30/pdf/2010-18988.pdf](http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2000-07-28/pdf/00-19322.pdf)

166 שיטה זו נמשכה גם לאחר חקיקת השוויון בגרמניה ולאמיתו של דבר זכתה לעיגון כחלק ממנה, ראו גם Martin Kock, The Equal Opportunities for Disabled People Act (2002). ראו גם *Disability Law in Germany: An Overview of Employment, Education and Access Rights*, 5 Heyer; GERMAN L.J. 1373, 1379 (2004), לעיל ה"ש 154, בעמ' 243.

167 מוגבלות חמורה מוגדרת כ-50% מוגבלות, אך מי שנקבעו לו 30% מוגבלות יכול לפנות ולקבל אישור שהמוגבלות "נחשבת כמו מוגבלות חמורה". ראו Kock, לעיל ה"ש 166, בעמ' 1376.

168 שם, בעמ' 1379-1380.

169 שם. כן ראו Heyer, לעיל ה"ש 154, בעמ' 244, 249.

170 בדומה לגמילות חסדים באמצעות משרות "דחק" או חלוקת כספים.

הראוי של חוק השוויון. אנו מציעות ארבעה עקרונות שלאורם יש לבחון את המדיניות הקיימת ובעזרתם ניתן לעצבה מחדש. כפי שנטען להלן, מדיניות המכסות שאומצה בשנה האחרונה בישראל בנוגע לאנשים עם מוגבלויות על אף תרומתה לקידום ייצוג הולם, הינה צעד קטן למימוש העקרונות המוצעים כאן, ולפיכך נדרשת חשיבה מחודשת על עיצובה העתידית. ואלו הם ארבעת המאפיינים העיקריים של שיטת מכסות מערכתית-מבנית קולקטיבית שאנו מציעות:

המאפיין הראשון הינו תפיסה עשירה של ייצוג קבוצות מודרות. תפיסה זו מחויבת לשינוי מהותי בייצוגן של אוכלוסיות מודרות ולהתייחסות רב-ממדית לקולקטיב של קבוצת הזהות (במקרה זה של אנשים עם מוגבלויות).

המאפיין השני מתמקד בקולקטיב של מקום העבודה ומחדד את העובדה שבמסגרת התפיסה המערכתית-מבנית של ייצוג יש להקפיד על ייצוג הולם בכל הדרגות ובמגוון תפקידים במקום העבודה. הדבר נועד למנוע מצב שבו בני הקבוצה המודרת ישולבו רק במנעד הדרגות הנמוך, הכרוך לרוב בשכר נמוך ובתנאים נלווים הנופלים מאלה של העובדים בדרגות הגבוהות, וכן למנוע הסללה וסגרגציה לסוג מסוים של תפקידים, מטעמי נוחות ארגונית או סטיגמה.

המאפיין השלישי מדגיש את הקולקטיב של החברה בכללותה ואת המדינה כמייצגת קולקטיב זה, ועל כן את חשיבות תפקידה של המדינה בהובלת התוצאה של ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלויות הן כקובעת מדיניות, הן כמעסיקה והן כגוף שמסייע למעסיקים פרטיים להשיג מטרה זו.

המאפיין הרביעי נוגע להשגת התוצאה הקולקטיבית בכל המישורים ולפיו יש לנקוט אכיפה תקיפה ולצמצם את אפשרויות ההימנעות מעמידה במכסות הנדרשות בחקיקה (על ידי פטורים, קנסות או אי-אכיפה). נפרט מאפיינים אלה אחד לאחד.

תפיסה עשירה של ייצוג קבוצות מודרות: כאמור, רעיון ההעדפה המתקנת, ובכללה הייצוג ההולם, נשען מלכתחילה על תפיסת עולם קולקטיבית שחורגת מגבולות החשיבה הליברלית הקלסית המתמקדת באינדיווידואל. תפיסה זו היא שיכולה להניע שינוי מהותי בייצוגן של אוכלוסיות מודרות. לכאן מתחבר דיוננו בדבר קולקטיב קבוצת הזהות. קולקטיב קבוצת הזהות הוא אותו קולקטיב שכלל הייצוג ההולם מבקש לקדם. בהקשר של אנשים עם מוגבלויות עולות שלוש שאלות. שתיים מהן קשורות זו בזו: היקף המכסה והגדרת המוגבלות, ושלישית המתייחסת לרב-ממדיות של זהויות בתוך הקבוצה. שאלת המכסה מבקשת לאתר את שיעור הייצוג שיכול להוביל לשינוי משמעותי (לאור מכלול שיקולים עקרוניים ומעשיים). שאלת ההגדרה בוחנת מיהו אדם עם מוגבלות לצורך ייצוג הולם בכלל ולצורך קביעת מכסות בפרט. קביעת היחס בין רוחב ההגדרה להיקף הייצוג הינה דילמה יסודית בסוגיית הייצוג ההולם, בעיקר בהקשר של מוגבלות שגבולותיה והגדרתה נזילים ותלויים בהכרעת מדיניות. ככלל, על מנת להשיג שינוי מהותי בייצוגה של האוכלוסייה המודרת יש לקבוע אחוז ניכר של ייצוג הולם לאותה הקבוצה. מכסה נמוכה משקפת תפיסה של חסד, של "עשיית טובה" לקבוצה המודרת, ואינה מבטאת תפיסה של שוויון וצדק כלפי אותה הקבוצה. ואולם, אחוז ניכר של ייצוג לבדו אינו מספק, שכן יש לבחון גם מי נכנס בגדר המכסה.

בהקשר של מוגבלות, דווקא הגדרת מוגבלות נוקשה או צרה מבטאת רצון לקדם את תת-הקבוצות המתמודדות עם החסמים הקשים ביותר והמצויות, לפיכך, מחוץ לשוק העבודה או בשוליו. זוהי אחת הסיבות שהובילו את קובעי המדיניות בגרמניה למקד את מדיניות המכסות במוגבלות חמורה בלבד. ואולם, כאמור, ניסיון זה לא צלח. כפי שנראה להלן, גם בישראל אומצה לאחרונה גישה זו. להגדרה מצומצמת, המתמקדת במוגבלות חמורה בלבד, יש יתרונות וחסרונות. חסרונותיה בכך שהיא מחייבת התמודדות עם החסמים המורכבים ביותר ועשויה להגביר את חשש המעסיקים מפני שילובם של אנשים עם מוגבלויות ולהוביל אותם ביתר שאת לנסות לחרוג מהמכסה. נוסף על כך, יש לזכור כי אנשים רבים עם מוגבלויות שאינן ניכרות או אינן חמורות אינם מועסקים אף הם. יתרונותיה של הגדרה זו הם בכך שכלל שהגדרת המוגבלות רחבה יותר, עולה החשש שדווקא הקבוצות המודרות ביותר עם רמת המוגבלות הקשה ביותר לא ייהנו ממדיניות זו, שכן קל יותר לשלב אנשים עם מוגבלויות שהן קשות פחות. יש לזכור כי הנתונים הסטטיסטיים שהוצגו במבוא למאמר זה מראים כי אנשים עם מוגבלות קשה מודרים יותר משוק העבודה ותנאי העבודה שלהם ירודים. יש לעצב מדיניות אשר תוביל לשינוי מהותי בייצוגם של כלל האנשים עם המוגבלויות בשוק העבודה, ובכלל זאת את הקבוצות המודרות ביותר. לשם כך נדרשת גם מעורבותה האקטיבית של המדינה בצורת הנחיות מפורשות, התמודדות ישירה עם הסטריאוטיפים והחסמים בתחום ועוד.

מעורבות המדינה תידון בהמשך המאמר, אך נבקש להבהיר כי תפיסה עשירה של ייצוג קבוצות מודרות תבחן את קולקטיב הזהות בצורה רב-ממדית. במילים אחרות, אין די להתייחס לקבוצה כיחידה אחת. בהקשר של אנשים עם מוגבלויות המשמעות הנה הכרה בשלל המוגבלויות הקיימות וברב-ממדיות של זהויות בתוך הקבוצה, הכוללת אנשים עם מוגבלויות שונות (פיזיות, חושיות, נפשיות, שכליות, קוגניטיביות), עם רמות תפקוד ומוגבלות שונות, כולל מוגבלות משמעותית ומאתגרת לשילוב, וכן נשים וגברים, יהודים וערבים, סטרייטים ולהט"בים, שכולן ראויות לקחת חלק אקטיבי בשוק העבודה.

עקרון ההתאמות אף הוא תומך בהכרה ברב-ממדיות, שכן הוא מחדד את הצורך במגוון רחב של התאמות ומבטא הכרה בכך שלכל איש או אישה עם מוגבלות נדרשת התאמה בהתאם לצורכיהם. כך, אף על פי שהתנועה של אנשים עם מוגבלויות מבקשת לאחד את הקבוצה, על דרך הדגשת העובדה שהיא חולקת דפוסי הדרה ואפליה משותפים, היא מכירה במגוון הקיים בתוך הקבוצה ובקרב תת-קבוצות שבתוכה.¹⁷¹

ייצוג הולם בכל הדרגות והתפקידים במקום העבודה: גם את קולקטיב מקום העבודה יש לבחון בצורה מורכבת, תוך מתן תשומת לב מיוחדת לשני היבטים עיקריים: האחד נוגע למעורבות המדינה והעובדים בעיצוב הקולקטיב, והאחר לריבודיות הקיימת במקום העבודה. כאמור, מקום העבודה מאופיין בדרגות, אגפים ותפקידים שונים, הכוללים תפקידי ניהול ותפקידי ביצוע; תאוריית הסגמנטציה העמיקה את ההבנה של המבנה המרובד של מקום

Tom Shakespeare & Nicholas Watson, *The Social Model of Disability: An Outdated Ideology?*, 2 RESEARCH IN SOCIAL SCIENCE AND DISABILITY 9 (2002); TOM SHAKESPEARE, *Albin; DISABILITY RIGHTS AND WRONGS* 29–53 (2006). לעיל ה"ש 4.

העבודה ואת הימצאותן הלא־מקרית של קבוצות מודרות דווקא בשוליים של אותו המקום. תפיסה של חסד כלפי אנשים עם מוגבלויות תאפשר ייצוג כללי, מבלי לתת את הדעת לריבודיות במקום העבודה, בעוד גישה של שוויון מהותי־מבני תבקש דווקא לחשוף אותה. באותה מידה יש לציין גם את הצורך בייצוג הולם במגוון תפקידים, שכן נוחות ארגונית ותפיסות מבוססות סטיגמה עשויות להסליל אנשים עם מוגבלויות רק לתחומי עיסוק מסוימים בתוך הארגון ולמנוע כניסה לתחומים אחרים. זו הגישה שאימץ המחוקק בסעיף 15א לחוק שירות המדינה (מנויים), שבו נקבע כי ייצוג הולם במדינה יהיה "בכלל הדרגות והמקצועות, בכל משרד ובכל יחידת סמך". ראייה כזו של מקום העבודה נחוצה גם בעת הפעלת כלל הייצוג ההולם בשוק הפרטי וכן בכל הנוגע למעסיקים ציבוריים, זאת בעיקר כאשר כלל הייצוג ההולם חל על מקומות עבודה גדולים, שבהם מועסקים 25 עובדים ומעלה. החלת ראייה מורכבת זו גם על מעסיקים פרטיים נובעת מתפיסת הקולקטיב של מקום העבודה ככזה שצריך להיות מעוצב לא על ידי המעסיק לבדו, אלא על בסיס תפיסת הקולקטיב העולה מדיני העבודה הקיבוציים – כמייצג עובדים עכשוויים ועובדים עתידיים – ומעקרונות הצדק והשוויון.

המדינה כשחקן משמעותי בהובלת השינוי המהותי: למדינה, כמייצגת את הקולקטיב של החברה בכללותה, יש חשיבות מכרעת בהפיכתו של כלל הייצוג ההולם מכלל שנשען על רעיון החסד לכלל שנשען על תפיסה של צדק ושוויון. בהקשר זה יש למדינה חשיבות הן כמעסיקה הגדולה במשק והן כרשות מבצעת הקובעת מדיניות, מטמיעה ומיישמת אותה. כמעסיקה, על המדינה להגביר את המאמצים ליישום סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מנויים) והפעלתו. עד כה הוצאו דוחות ונערכו סקירות, כעת יש לנקוט צעדים מעשיים.¹⁷² החלטת הממשלה בדבר מכסות היא צעד ראשון אך לא מספק. כדי ליישם את ההחלטה על המדינה לעשות שימוש במגוון הכלים המנויים בסעיף 15א: ייעוד משרות, מתן עדיפות, פיקוח על יחידת הסמך והגשת דוחות לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. בכך גם תשמם דוגמה לשוק הפרטי ולמעסיקים ציבוריים שיוכלו ללמוד מניסיונה. תפקידה של המדינה כרשות מבצעת אף הוא מורכב וחשוב בקידום יישומו של הייצוג ההולם, אכיפתו והפיקוח עליו. במסגרת זו עליה להפעיל את סמכויותיה באמצעות סעיפים 9 ו-16 ל-17 לחוק השוויון, המסמיכים את השר לקבוע הוראות משלימות בנוגע לפרק התעסוקה בכלל וייצוג הולם בפרט.¹⁷³ פירוט כזה ייצור תוכנית פעולה ברורה וייתן כלים למעסיקים בבואם ליישם את הסעיף.¹⁷⁴ פעולה ראשונית בכיוון זה יכולה להיות הפעלת סעיף 9(ג) (2) לצורך קביעת כללי דיווח של מעסיקים בדבר פעולותיהם לפי סעיף 9, ובכך תקדם הטמעה פנים־ארגונית של הנושא. אחת הטענות המרכזיות שהעלתה ליסה וודינגטון כנגד שיטת המכסות האירופאית הייתה שהמדינה אינה פעילה דיה בהשגת התוצאה של ייצוג הולם. לדברי וודינגטון, הנציבויות

172 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 89–94.

173 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 82.

174 ס' 16(3) קובע כי השר ייזום ויפתח תוכניות "מתן ייעוץ והדרכה מקצועיים למעבידים ולעובדים בענין שילוב אנשים עם מוגבלות במעגל העבודה". ס' 17(א) מסמיך את השר "להתקין תקנות בכל הנוגע לביצוע פרק זה".

הקיימות בארצות הברית, בקנדה ובאנגליה משקפות תפיסה של שוויון. בישראל, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות הוקמה לשם מטרה זו, וצריך להיות לה תפקיד משמעותי ביישומה של כלל הייצוג ההולם בישראל. נוסף על כך, מדינת ישראל נקטה בשנים האחרונות כמה צעדים שנועדו לסייע למעסיקים פרטיים לשלב אנשים עם מוגבלויות בעבודה ואשר אמורים לסייע גם בקידום ייצוג הולם לאוכלוסייה זו. כך, למשל, הוקם ה"מטה לשילוב אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה" במשרד הכלכלה. המטה נותן תמיכה בידע למעסיקים פרטיים, מקיים ימי עיון והסברה, קובע השתתפות בביצוע התאמות ומממן אותן, משתתף בתשלום שכרו של עובד מלווה מטעם המעסיק ומעניק ייעוץ בנושא בטיחות בעבודה. כל אלו נועדו לסייע בהסרת חסמים המונעים את העסקתם של אנשים עם מוגבלויות. על מנת למצות את הפוטנציאל הטמון בעבודת הנציבות והמטה לשילוב על המדינה לדאוג שיוכלו למלא את תפקידם בצורה המיטבית, הן מבחינת סמכויות, תקציבים והתווית מדיניות.¹⁷⁵ המדינה צריכה אף לנקוט בכלים נוספים שיש לה ביישום חקיקת עבודה. כך, למשל, יש לדאוג כי אכיפת צו ההרחבה בדבר ייצוג הולם תעשה בידי מנהל ההסדרה והאכיפה שבמשרד הכלכלה, תוך תיקון החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשע"ב–2011, כך שיכלול סמכות זו.

אכיפת ההסדר, תקיפתו ונוקשותו: גם מידת נוקשותו של ההסדר המעוגן בכללי הייצוג ההולם היא גורם חשוב בעיצובה של מדיניות ייצוג הולם. הניסיון של יישום שיטת המכסות במדינות אירופה לימד על הקושי הרב הקיים בעמידה במכסות. ההסדרים הנוקשים שלווו בסנקציות בתחילת דרכה של גישת המכסות, כמו גם ההסדרים ה"רכים" שאומצו בהמשך, לא הובילו לשוויון מהותי בייצוג.¹⁷⁶ קשיים אלה קשורים, לדעתנו, בכך שאחד ממאפייניה הבולטים של שיטת המכסות הוותיקה היה העובדה שהיא התבססה על תפיסה של חסד ולא על תפיסה של צדק ושוויון. הכרה בשלושת מעגלי הקולקטיב שהצגנו מחייבת עמידה במכסה הקבועה והתעקשות עליה. קולקטיב קבוצת הזהות מבקש ייצוג הולם בחברה ובמשאביה, לרבות שוק העבודה. קולקטיב מקום העבודה מבקש להשיג מגוון במקום העבודה בכללותו, על כל רבדיו והתפקידים המצויים בו, וכן חלוקה שוויונית יותר של ההון בין העובדים השונים בקולקטיב. קולקטיב החברה בכללותה רואה את החברה ככזו שמפסידה מהיעדר שילוב אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה. משמעותה של אכיפת תקיפה היא אפוא הימנעות רבה ככל האפשר ממחילה על עמידה ביעדי המכסות שהוגדרו, על דרך הסתפקות בסנקציה כספית או קבלת טיעונים לנסיבות מיוחדות; שימוש בכל אמצעי האכיפה הרגולטוריים העומדים לרשות המדינה, כפי שפורטו לעיל, ויצירת מנגנוני אכיפה ייחודיים נוספים; פרשנות מרחיבה של החקיקה על ידי בתי המשפט, המשלבת עמידה על יעדי המכסות יחד עם פיתוח דוקטרינרי של תביעות פרטניות ואשר רואה במכסה הנקובה רף מינימלי לייצוג ולא יעד סופי.¹⁷⁷ צעדים מסוימים בכיוון זה נעשו בכלים החדשים שאומצו.

175 ראו ביקורתו החריפה של מבקר המדינה בעניין זה, רוח מבקר המדינה 64ג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 170–172.

176 ראו Waddington, לעיל ה"ש 154.

177 ראו להלן פרק 2ג.

הדגשת הממד הקולקטיבי העומד בבסיס התפיסה המערכתית-מבנית לצד ההיבט האינדיווידואלי תאפשר הסטה של מדיניות הייצוג ההולם מן הכיוון האינדיווידואליסטי-שמרני שאליו פנתה, ולהשיב אותה אל מקורותיה הקבוצתיים המתמקדים בתמונת-העל של אי-השוויון.

(ג) מדיניות המכסות הנוכחית בישראל – מבט ביקורתי

עד כה הצגנו תשתית תאורטית וביקורתית לתפיסת הייצוג ההולם כעיקרון משפטי ולבחינתה של שיטת המכסות כאחת הדרכים לקידום הייצוג ההולם. להלן נפנה לבחון את שיטת המכסות שהונהגה בישראל לאחרונה באופן ספציפי יותר באמצעות צו ההרחבה, החלטת הממשלה והתיקון לחוק. אנחנו סבורות שחלק מהצעדים שננקטו מאמצים את התפיסה המערכתית-מבנית שאנו מציעות, ועם זאת יש כמה נקודות מהותיות נוספות שיש לתת עליהן את הדעת. מצד אחד, מדובר בהעדפה מתקנת "קשיחה", בלשון דוח הוועדה הציבורית, המכתיבה יעד מספרי ברור. מדיניות מסוג זה מאפשרת ואף מעודדת רמת התערבות גבוהה מצד רשויות השלטון ובתי המשפט בבחירת עובדים ובקידומם הן בעסקים פרטיים והן בשירות המדינה, וכל זאת בהסכמת כל הגופים שהיו שותפים להליך קבלת ההחלטות בנושא. לכללים אלו חשיבות רבה, בעיקר בשל תרומתם להעלאת הנושא לסדר היום ולהנעת תהליך של חשיבה מסודרת בנושא. הם מעידים על מהלך של התגייסות הרשות המבצעת ושל תמיכה ציבורית רחבה מצד גופים חזקים נוספים, ביניהם הסתדרות העובדים והתאחדות תעשיינים. ייתכן שדווקא בשל כך הם אינם מעוררים אנטגוניזם ולכן לא יצרו תגובת-נגד, וגם בכך יש יתרון, שכן הדיון הציבורי בנושא כיום הינו פתוח ואיננו מגננתי.¹⁷⁸

מצד אחר, נוסח הצו, ההחלטה והתיקון, לצד החלטת ועדת המעקב ליישום ההסכם הקיבוצי,¹⁷⁹ מעידים על פשרות רבות, המעלות את הצורך לאמץ בעתיד צעדים משמעותיים יותר לקידום הייצוג ההולם. מכיוון שהן הצו והן החלטת הממשלה אומצו לפרק זמן מצומצם של השנים הקרובות, עומדת בפתח ההזדמנות לחשוב על עיצובם מחדש בתום תקופת היישום הקבועה בהם, ונראה כי אכן מן הראוי לעשות זאת. נפרט להלן את ביקורתנו. ראשית, רמת הייצוג ההולם שנקבעה הינה מינימלית ונמוכה מאוד ביחס לשיעור האנשים עם מוגבלויות בחברה. כזכור, צו ההרחבה קובע יעד של 2% ולאחר מכן (בתוך שנה) 3% עובדים עם מוגבלויות; החלטת הממשלה קובעת יעד של לפחות 3% ולאחר מכן (לאחר שיושג היעד) 5% עובדים עם מוגבלויות בשירות המדינה; התיקון לחוק, לעומת זאת, קובע כי מעסיק ציבורי גדול, המוגדר "גוף ציבורי המעסיק 100 עובדים לפחות, למעט משרד ממשלתי או יחידת סמך שלו", צריך לעמוד "עמידה מלאה" במכסה הקבועה, שמשמעה לפחות 5%

178 דבריו של גיא שמחי, הממונה על תעסוקת אנשים עם מוגבלויות בהסתדרות החדשה, בדיון בנושא "ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה", שהתקיים במסגרת הסדרה "כשפרקטיקה פוגשת אקדמיה" באוניברסיטה העברית, ביום 11.3.2015.

179 החלטת ועדת המעקב בעניין העסקת אנשים עם מוגבלות מיום 1.10.2015 (להלן: "ועדת המעקב").

עובדים עם מוגבלויות. אם אינו עומד במכסה זו, עליו לפרסם באתר האינטרנט שלו תוכנית שנתית לקידום העסקה משמעותית של עובדים עם מוגבלות, שאישרה הנהלת המעסיק (סעיף 9ג). שיעורם של אנשים עם מוגבלויות בחברה הינו נושא מעורר מחלוקת בפני עצמו, אך, כאמור, ההערכה המקובלת היום הינה שמדובר בכ-18% מכלל האוכלוסייה.¹⁸⁰ אם כן, מדוע נקבע כי 3%–2% מספיקים לצורך ייצוג הולם? ניתן לטעון, למשל, שמכיוון שסעיף 9 לחוק השוויון חל על 25 עובדים ומעלה, הרי שהרף המינימלי לאחוז הייצוג ההולם הנדרש על פי החוק הוא 4% (1 מתוך 25). יש לפתח כלים שלפיהם יחושב היחס הראוי בין שיעור האנשים עם מוגבלויות באוכלוסייה לבין רמת הייצוג ההולם הנדרשת. נציין כי בכללים דומים שנקבעו לאחרונה בנוגע לקבוצות נוספות נקבעו יעדי ייצוג הולם גבוהים יותר וקרובים יותר לשיעורם באוכלוסייה.¹⁸¹ מן הראוי לשקול אם וכיצד יש לאזן בין האידיאלי לאפשרי לצורך גיוס תמיכה רחבה במהלך, וכן לבחון איזה משקל יש לתת לשיקולים מעשיים מעין אלו. שאלות אלו צריכות להיות גלויות, וההכרעה בהן צריכה להתבסס על תהליך ציבורי ששותפים לו גם אנשים עם מוגבלויות וגם גופים המייצגים אותם, ובראשם הנציבות.

המענים שנמצאו לתהיות אלה מצויים בהחלטת ועדת המעקב בעניין העסקת אנשים עם מוגבלויות וכן בתיקון לחוק. בעקבות המלצותיה של ועדת המעקב נקבעה הגדרה מצמצמת של "אנשים עם מוגבלות" ביחס להגדרה הרחבה הקיימת בחוק, ולפיה חובת הייצוג ההולם היא לאנשים עם מוגבלות קשה בלבד. לצורך יישום ההסכם, אדם עם מוגבלות הוא, כמשמעותו בחוק, מי שמתקיימים בו אחד מאלה: (א) מוגבלותו הינה מוגבלות של ארבעים אחוזי (40%) נכות ומעלה המוכרת על ידי המוסד לביטוח לאומי, משרד הביטחון, מס הכנסה, או משרד הבריאות; (ב) עבר שיקום מקצועי לצורך השמה בעבודה על ידי המוסד לביטוח לאומי, משרד הרווחה או משרד הבריאות; (ג) הינו נכה צה"ל אשר עבר שיקום מקצועי לצורך השמה בעבודה על ידי משרד הביטחון. גם התיקון לחוק צמצם את הקבוצה שעליה חלה חובת הייצוג ההולם וקבע כי המכסה שנקבעה חלה רק על אנשים עם מוגבלות משמעותית, על פי רשימת קריטריונים שנוספה לחוק.¹⁸² יש לזכור, עם זאת, כי הן החלטתה של ועדת המעקב והן התיקון לחוק אומצו לאור המכסה הנמוכה שנקבעה מראש ובניסיון להתאים לה. כמו כן יש לתת את הדעת לכך שהתיקון לחוק אינו קובע מכסות בנוגע לאנשים עם מוגבלויות שאינם נכנסים להגדרה של מוגבלות משמעותית. חשיבה אינטגרטיבית מוקדמת על היקף המכסה, יחד עם

180 דוח הוועדה הציבורית קובע שלמעלה מ-10% הם אנשים עם מוגבלויות (לעיל ה"ש 69, בעמ' 11). ואילו משרד התמ"ת קבע כי 18.1% מאוכלוסיית המדינה הם אנשים עם מוגבלויות, על פי דיווח עצמי, ראו: משרד התמ"ת – מינהל המחקר והכלכלה "אנשים עם מוגבלות בישראל בעשור האחרון – דיוקן נתונים סטטיסטי: מאפיינים סוציו דמוגרפיים ותעסוקתיים" 7 (2011). הסקר החברתי של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2013 קבע כי ל-17% מהאוכלוסייה מעל גיל 20 יש מוגבלות תפקודית חמורה כלשהי. www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201411329. לדיון בקשיי הגדרה, בעיקר לצורכי מדיניות, ראו דוח מבקר המדינה 64, לעיל ה"ש 1, בעמ' 154–155.

181 ראו מכסות כפי שפורטו לעיל בה"ש 60.

182 הרשימה מופיעה בתוספת הרביעית לחוק, שנוספה כחלק מהתיקון האחרון.

הגדרת המוגבלות ועם מתן מענה כולל לכלל האנשים עם מוגבלויות, הייתה עשויה להניב תוצאות אחרות.

שנית, הן צו ההרחבה והן התיקון לחוק הוחלו רק על מקומות עבודה שבהם מועסקים 100 עובדים ומעלה. כך נותר "שטח אפור" ביחס לכללי הייצוג ההולם החלים על מעסיקים שלהם בין 25 ל-100 עובדים, שכן סעיף 9 חל על מקומות עבודה בני 25 עובדים ומעלה. מכיוון שסעיף 9 עדיין חל על מעסיקים אלו, המענה לסוגיות של ייצוג הולם במסגרתם יינתן בשלב זה רק במסגרת תביעות אינדיווידואליות, שיאפשרו פיתוח דוקטרינרי של הסוגיה.¹⁸³ שלישית, במכלול החקיקה הקיים חסרה התייחסות למגוון בייצוג – מגוון מוגבלויות, רב-ממדיות של זהויות, מגוון דרגות ומגוון תפקידים. הכללים הנוכחיים, כולל התיקון לחוק, מתמקדים במוגבלות משמעותית, אך למי שאינם כלולים בהגדרות המצמצמות אין מענה מוסדר. כמו כן, אין מענה להיבטים נוספים של מגוון, הגם שחשיבותם רבה מהסיבות שפורטו.¹⁸⁴ נוסף על כך, נדגיש שככל ששיעור הייצוג נמוך יותר, קשה יותר לתת במסגרתו ביטוי לריבוי ולמגוון אנושיים.

רביעית, עולה שאלה בדבר היחס בין אחוזי הייצוג שנקבעו בצו ההרחבה ובהחלטת הממשלה לבין נוסחי סעיפים 9 ו-15א. על פי נוסח הצו, מי שיעמדו באחוזים המפורטים בו ייחשבו כמי שעומדים בחובת הייצוג ההולם לפי סעיף 9. ואולם, סעיף 9 אינו קובע סף, וייתכן שהכרעה על בסיסו לא תראה ייצוג של 2% כפרשנות ראויה של החקיקה, בפרט שבעת סתירה ביניהם מעמדה הנורמטיבי של החקיקה הראשית עשוי לגבור על מעמדו הנורמטיבי הנמוך של הצו. שאלות אלו עשויות להגיע לפתחו של בית הדין, וזה יצטרך להידרש לשאלה אם צו ההרחבה הוא תנאי סף בלבד (לכל הפחות) או רף מעבר שאין אחריו ביקורת שיפוטית. אנו טוענות שהסתכלות קולקטיבית-אינדיווידואלית משולבת מחייבת בחינה פתוחה של תביעות פרטניות, שאינה תלויה בהוראות הצו או מוגבלת על פיו.¹⁸⁵

חמישית, יש לזכור כי סעיפים 9, 9א-15 ו-15א מעניקים סמכויות רחבות המאפשרות יצירת מנגנונים אפקטיביים של יישום, פיקוח ואכיפה. צו ההרחבה קובע כי בכל מקום עבודה ימונה אחראי לתעסוקת אנשים עם מוגבלויות שיהיה אחראי על יישום הצו, אך נעדר מן הצו מנגנון של אכיפה מדינתית, דוגמת חובת דיווח של מעסיקים על מספר העובדים עם מוגבלות שהם מעסיקים.¹⁸⁶ התיקון לחוק הכיר בחסר זה והחיל חובת דיווח על מעסיקים ציבוריים גדולים.¹⁸⁷

שישית, החלטת ועדת המעקב בעניין העסקת אנשים עם מוגבלות מקבלת מצב שבו מעסיק אינו עומד במכסה שנקבעה. על מעסיק כזה להראות כי נקט צעדים לשם העסקת אנשים עם

183 ראו פירוט להלן בפרק 2ג.

184 באשר לרב-ממדיות, ראו גם בג"ץ עמותת איתן, לעיל ה"ש 51.

185 ראו להלן פרק 2ג.

186 ס' 9 ו-15א מעניקים לממונים על יישום סמכויות רחבות מאלו שנקטו.

187 עד התיקון לחוק שררה אי-בהירות נורמטיבית ביחס למשטר החל על גופים ציבוריים שסעיף 15א אינו חל עליהם, כגון רשויות מקומיות, שירות בתי הסוהר, המשטרה או הצבא. כך, למשל, בעניין מחמלי, לעיל ה"ש 76, נקבע בצריך עיון שס' 9 חל על שירות בתי הסוהר.

מוגבלות במשרות פנויות או חדשות, וההחלטה מפרטת צעדים אלה (קיים ממונה, יש תוכנית שנתית, נעשתה פנייה לגורמים המתמחים בהשמת עובדים עם מוגבלות). פתח זה משפיע על נוקשות ההסדר תוך שהוא מאשרר גמישות ביישום הוראות הצו. אכן, יש להתמודד עם קושי צפוי למילוי המכסה הקבועה באנשים עם מוגבלות משמעותית, אך יש לתהות אם הצעדים שנקבעו אינם רכים מדי לשם השגת המטרה האמורה. הדברים נכונים בעיקר נוכח הניסיון במדינות אחרות, המלמד כי אי-עמידה על נוקשות ההסדר פגעה במימוש מטרותיו. יצוין כי התיקון החל על מעסיקים ציבוריים אימץ מדיניות קפדנית יותר כלפי אי-עמידה במכסות, הכוללת מעורבות של ממונה תעסוקה, נציבות השוויון, המוסד לביטוח לאומי וכן חובות החלות על המעסיק הציבורי.

2. גישה מערכתית-מבנית לתביעות אינדיווידואליות

עד לאחרונה הובררו שאלות של ייצוג הולם אך ורק בין כתליו של בית המשפט. מאז התיקון הוסטה מלוא תשומת הלב לאסדרה של התחום באמצעות מכסות. ואולם, לטענתנו, עדיין יש מקום לתביעות פרטניות במימוש כללי הייצוג ההולם, וזאת בשל שלוש סיבות:

הסיבה הראשונה – מדיניות ייצוג הולם ראויה תכלול גם מבט קולקטיבי וגם מבט אינדיווידואלי. לאמיתו של דבר, היא תחזק את הפרטים בתביעותיהם, שכן טיב להראות כיצד היחיד התובע ייצוג הולם מבטא את הדרישה הקולקטיבית לייצוג יחסי ראוי. הדבר ייעשה בתביעות פרטניות, שבמסגרתן תינתן פרשנות ראויה לסעיף 9 לאור התפיסה הקולקטיבית המערכתית-מבנית.

הסיבה השנייה – סעיף 9 כאמור מחיל על מעסיק חובה לתת ביטוי הולם לייצוגם של אנשים עם מוגבלויות, מבלי לקבוע מכסה לייצוג כזה. העיקרון שבבסיס הסעיף, שלפיו יש להגדיל בצורה משמעותית את הייצוג של אנשים עם מוגבלויות במקום העבודה, חל אפוא אף אם המעסיק מילא את המכסה הקבועה בצו ההרחבה או בהחלטת הממשלה.

הסיבה השלישית – כפי שצינו לעיל, יש לקונות בין לשון סעיף 9 לבין צו ההרחבה. כך, למשל, מעסיקים שלהם בין 25 ל-100 עובדים כפופים להוראות סעיף 9 וחבים בחובת הייצוג ההולם על פיו, אך אינם כפופים לצו ההרחבה. בפרק זה נבקש אפוא לעמוד על מאפייניהן של תביעות פרטניות לייצוג הולם לאור הגישה המערכתית-מבנית הקולקטיבית בעידן של כללי מכסות מוגדרים.

(א) תביעות פרטניות לייצוג הולם לאור התפיסה הקולקטיבית מערכתית-מבנית

בפרק הראשון של מאמר זה הראינו כיצד על אף המוטיבציה המבנית שיש לכללי הייצוג ההולם בדין הישראלי, יישומם בפועל נעשה באופן המשמר מבנים חברתיים ותפיסות עולם מושרשות. בחלק זה נבקש להתוות קווים לדיון בתביעות פרטניות לייצוג הולם לאור ארבעת המאפיינים של הגישה המערכתית-מבנית הקולקטיבית שהוצגו לעיל, אגב הידרשות לפסיקה

בנושא.¹⁸⁸ נדגיש כי דרישה אינדיווידואלית לייצוג הולם איננה מתרחשת רק בבית המשפט, אלא חלה גם על מעסיק פרטי המתבקש על ידי עובד מסוים ליישם את כללי הייצוג ההולם בקבלתו לעבודה, בקידומו וכיוצא באלו. נקודת המבט הקולקטיבית המערכתית-מבנית שאנו מציגות כאן מבקשת לסייע בקידום מדיניות ראויה של ייצוג הולם וביישומה הן ברמת הפעילות של המעסיק הבודד והן ברמת ההתדיינות המשפטית.

המאפיין הראשון מתייחס לתפיסה של הובלת שינוי מהותי בייצוגן של אוכלוסיות מודרות: כאן נדרשים המעסיק או הערכאה שאליה מגיעה התביעה לייצוג הולם לראות את האדם הטוען ליישום הכלל של ייצוג הולם כחלק מקבוצת הזהות הקולקטיבית של אנשים עם מוגבלויות. התביעה הפרטנית לייצוג הולם נעשית בהקשר רחב של אי-שוויון תוצאתי, שאיתו ביקשו כללי הייצוג ההולם להתמודד מלכתחילה. בהמשך לכך על בית המשפט למקם את תביעתו של הפרט הטוען לפגיעה בהקשר הרחב יותר של דפוסי ההדרה והאפליה של הקבוצה המודרת. בית המשפט צריך לאפשר וליזום דיון בייצוג הולם ככל שניתן (ולא לנקוט גישה הימנעותית), ואגב כך לקשר באופן אקטיבי בין שאלות של אפליה והתאמות לשאלות של ייצוג הולם ולרבגוניות הקיימת בתוך הקבוצה של אנשים עם מוגבלויות. דרך זו נקט בית הדין בפרשת אפק,¹⁸⁹ שם הוצאה העותרת, חירשת מלידה, לגמלאות באופן חד-צדדי לאחר 25 שנות עבודה אצל המשיבה. סיבת המהלך הייתה ירידה באיכות עבודתה, בין השאר לאחר הטמעת מערכת חדשה ולאור מתחים חברתיים במקום העבודה. לטענת העותרת, מקור הירידה בתפקודה קשור במוגבלותה, משום שהמעסיק התמודד עם המתחים החברתיים על ידי יצירת שינויים פיזיים בסביבת העבודה – הקמת מחיצה בינה לבין עובדת אחרת ולאחר מכן העברתה לאזור נפרד במועצה – אשר גרמו לבידודה החברתי והשפיעו על יכולת העבודה שלה. התובעת הדגישה את החשיבות שבהפעלת חובת ההתאמות הקבועה בחוק בהתחשב במוגבלותה האישית, טענה שהתקבלה על ידי בית הדין. בית הדין כרך במסגרת הדיון בין גישת ההתאמות הרחבה לבין חובת הייצוג ההולם וחיידד את חשיבותה כשיקול בעת הדיון אם לסיים את העסקתה של התובעת.¹⁹⁰

גם בבג"ץ מחמלי הדגיש בית המשפט את חשיבותה של העלאת הייצוג של אנשים עם מוגבלויות במקום העבודה, מתוך ראייה רחבה של קבוצת הזהות, והבהיר במפורש כי קידום הייצוג ההולם צריך שייעשה "גם 'במחיר' העדפתם של אלה [אנשים עם מוגבלויות] על פני עובדים אחרים בעלי כישורים דומים".¹⁹¹ בית המשפט אף הוסיף בהמשך פסק הדין כי ייתכן שיש להעדיף עובד עם מוגבלות גם אם כישורי המועמד האחר עולים על שלו, ובלבד שהעובד

188 נדגיש כי נקודת המבט הקולקטיבית המערכתית-מבנית מאפשרת יישום אחר של ייצוג הולם, הן על ידי מעסיקים פרטיים, המתבקשים על ידי עובדים אינדיווידואליים להחיל את כלל הייצוג ההולם, והן על ידי בתי המשפט, כאשר תביעה בנושא מגיעה לפתחם.

189 עניין אפק, לעיל ה"ש 102.

190 שם, פס' 58 לפסק הדין.

191 עניין מחמלי, לעיל ה"ש 76, פס' 34.

עם המוגבלות יהיה כשיר לבצע את התפקיד באופן סביר לאחר ביצוע ההתאמות הנדרשות.¹⁹² שימת דגש בקולקטיב קבוצת הזהות ובקשר בין התאמות לייצוג הולם היה מרכזי בשני דיונים אלה והביא לפרשנות שונה לדרישות הייצוג ההולם מזו שנתנו בתי המשפט בנוגע לאוכלוסיות אחרות שדן בהן. בבג"ץ מחמלי אמרתיו של בית המשפט העליון רחבות יותר; לא זו בלבד שהוא מדגיש את הצורך לבחון בצורה ביקורתית את שאלת הכשירות, אלא אף קובע כי לעיתים יש מקום להעדיף אדם עם מוגבלות, גם אם נראה כי הנו כשיר פחות לעבודה, כל עוד הוא יכול לבצע את התפקיד בצורה סבירה לאחר ביצוע התאמות. כך, גם במקרה שבו הכשירות אינה שווה, עדיין קיים רציונל בהעדפת המועמד עם המוגבלות ממועמד אחר. בעת הדיון על יישומה של דרישת הייצוג ההולם, על מעסיקים ובתי המשפט לתת את הדעת גם למאפייני השני, המתייחס לייצוג הולם בכל הדרגות והתפקידים במקום העבודה. הדבר נאמר במפורש בפרשת מחמלי, שם קבע בית המשפט כי המדובר ב"חובה לקדם, באופן אקטיבי, ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלות במגוון המשרות והתפקידים הקיימים בארגון" וכי המטרה הינה שאנשים עם מוגבלויות "לא יישארו במשרות זוטרות בלבד, אלא יקודמו וימלאו תפקידים בכירים בארגון".¹⁹³ בית המשפט אף קבע כי –

מוטל על המעסיק הנטל להוכיח כי הוא פעל לקידום הייצוג ההולם ועשה, בשקידה ראויה, מאמצים נמרצים על מנת לאתר עבור העובד עם המוגבלות תפקיד הולם את מצבו (לאחר ביצוע התאמות כנדרש) – וכי על אף המאמץ הכן והישר שעשה, העובד עם המוגבלות לא נמצא מתאים לקידום בשכר, במשרה או בדרגה במקום עבודתו, וזאת חרף המשקל העודף שיש לתת למוגבלותו במסגרת מכלול השיקולים הנוגעים למינויים ולשיבוצם של העובדים במקום העבודה.¹⁹⁴

לטענתנו, על בית המשפט לדרוש מהמעסיק, כחלק מנטל ההוכחה המוטל עליו, להגיש לבית המשפט דין וחשבון בדבר מספר האנשים עם מוגבלויות המועסקים במקום, דרגותיהם ותפקידיהם. התייחסות זו מרחיבה את ההקשר שבמסגרתו מתבררת התביעה ומאפשרת פיקוח ואכיפה שיפוטית עקיפים, העומדים על מימושו של עקרון הייצוג ההולם אגב מודעות לתופעות כגון ריבודיות, הסללה וסגרגציה בתוך מקום העבודה. דרישות אלה אומנם אינן מופיעות בסעיף 9, אולם בית המשפט יכול לצקת לסעיף תוכן ולקרוא אותן לתוכן, מתוך הבנה מעמיקה של תכלית ההסדר, וזאת לאור רוח הדיון בפרשת מחמלי והעקרונות שאותם פירטנו לעיל.

כדי לממש את העיקרון השלישי, לפיו המדינה הינה שחקן משמעותי בהובלת השינוי המהותי, על בית המשפט להציב רף דרישות גבוה מן המדינה כמעסיק ומרשויות השלטון

192 שם, פס' 38, ובלבד ש"כישוריו אינם נחותים באופן משמעותי מכישוריהם של המועמדים האחרים לתפקיד.

193 שם, פס' 37.

194 שם, פס' 38.

השונות הפועלות במסגרתה, כולל אלו שמצויות בתחום האפור שבין סעיף 9 לחוק השוויון לסעיף 15א לחוק שירות המדינה. המדינה הינה המעסיק הגדול במשק ובעלת המחויבות הגבוהה ביותר כלפי אנשים עם מוגבלויות, בהיותה גם הריבון. עליה לשמש דוגמה למעסיקים הפרטיים שמהם היא דורשת השתתפות מלאה בתיקון עוולות העבר. בבג"ץ מחמלי דן בית המשפט העליון לראשונה ביחס בין סעיף 9 לסעיף 15א¹⁹⁵ וקובע כי החובה לנקוט מדיניות של העדפה מתקנת מוטלת על המדינה ומוסדותיה, וכי למדינה אחריות מיוחדת לשלב אנשים עם מוגבלויות, הן בתפקידה כריבון והן בפעילותה כמעסיק הגדול במשק.¹⁹⁶ נוסף על כך, בתי המשפט יכולים להזמין באופן אקטיבי את נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות להיות צד להליך ולהביע את עמדתה, הן בתביעות שבהן המדינה היא המעסיקה והן בתביעות כנגד מעסיקים פרטיים. זימונה של הנציבות יסייע בחידוד התפיסה הקולקטיבית מערכתית-מבנית וביטוייה בהקשרים שונים. צירופה של הנציבות נעשה כבר בכמה הזדמנויות על ידי בתי הדין לעבודה.¹⁹⁷ יש לחזק פרקטיקה זו.

אכיפה תקיפה ונוקשות ההסדר: עד כה היה לבתי המשפט חלק במתן לגיטימציה למעסיקים להימנע מכללי הייצוג ההולם באמצעות צורת חשיבה אינדיווידואלית. התקופה האחרונה הראתה ראשיתו של שינוי מגמה חשוב, המעיד על נכונות להקפיד על כללי הייצוג ההולם. חשיבות זו רבה בעיקר בעידן המכסות, שעשוי לזמן דיונים בשאלות הקשורות ביחס בין כללי המכסות הנוקשים לבין כללי הייצוג ההולם הרכים יותר. בהקשר זה על בתי המשפט להיות מונחים על ידי אמירתו החשובה של בית המשפט העליון בפרשת מחמלי: "כאשר מעסיק לא מקבל לעבודה אדם עם מוגבלות, או לא מקדם אותו במקום עבודה – שבו אין בפועל ייצוג הולם לעובדים עם מוגבלות – הרי שהמסקנה המתבקשת, על פני הדברים, היא שאותו מעסיק פועל בניגוד לחוק השוויון ומפלה אנשים עם מוגבלות בתעסוקה".¹⁹⁸ אם כן, התפיסה המערכתית-מבנית משנה את הפרשנות שניתנת לדרישת הייצוג ההולם הקבועה בחוק. בית המשפט העליון בפרשת מחמלי כבר עשה צעד מהותי באימוץ תפיסה זו בפסיקתו החשובה, וכעת יש להמשיך ולפתח את הדוקטרינה בתחום בהתאם.

(ב) תביעות פרטניות לייצוג הולם בעידן של כללי מכסות

להלן נבקש לבחון מה מעמדו של הפרט המבקש עבודה או הטוען לאפליה, ומה דינן של תביעות פרטניות בעידן של כללי מכסות. ניתן לטעון כי מעסיק שעומד ביעדים שהוגדרו במכסות, אלה הקבועות בצו ההרחבה או אלה הקבועות בהחלטת הממשלה, יחשב כמי שעומד בדרישות סעיף 9. מצד אחד, הסדרה קונקרטיית זו גוברת לכאורה על הכללים שבחוק והינה פרשנות ויישום של הכלל על ידי הרשות המבצעת. מצד אחר, היא כפופה לתכלית

195 הדבר נדרש משום שס' 9 אינו חל על המדינה, ואילו ס' 15א אינו חל על השב"ס.

196 עניין מחמלי, לעיל ה"ש 76, פס' 44.

197 ראו למשל סע"ש (אזורי ת"א) 46240-06-13 חושאן – מדגם ייעוץ ומחקר בע"מ (פורסם בנבו, 21.3.2016).

198 עניין מחמלי, לעיל ה"ש 76, פס' 38.

החקיקה הראשית המסמיכה. על פי הגישה שאנו מציעות, הרעיון העומד בבסיסו של כלל הייצוג ההולם הינו שינוי רדיקלי במבנה הכלכלי-חברתי הקיים, שמטרתו לשלב באופן שוויוני אנשים עם מוגבלויות בשוק העבודה. לכן, נקודת המוצא לדיוננו היא שהמכסה שנקבעה אינה מייתרת את התביעה האינדיווידואלית, בעיקר כל עוד המכסות הנקבעות הן נמוכות, כפי שנקבעו בכללים של השנה האחרונה. ניתן לומר כי עד אשר הייצוג של אנשים עם מוגבלויות במקום העבודה לא יתקרב לשיעורה של קבוצה זו באוכלוסייה, אזי מטרת סעיף 9 של ייצוג הולם לא הושגה.

באופן קונקרטי נבקש לטעון כי גישה מערכתית-מבנית, המשלבת בין יסודות קולקטיביים לאינדיווידואליים, תבוא לידי ביטוי בכמה אופנים. בראש ובראשונה, על בתי המשפט לראות את תפקידם בהשלמת הכללים – על מה שנאמר ומה שלא נאמר בהם – ולא לראות את הכללים כמייתרים את תפקידו של בית המשפט. כך, למשל, עליהם למלא תפקיד אקטיבי הן בביורור תביעות הקשורות במקומות עבודה שבהם 25–100 עובדים, הן בתביעות הקשורות בגופים הציבוריים שהחקיקה והכללים החדשים אינם חלים עליהם, והן במקרים שבהם לכאורה מלאה מכסת הייצוג ההולם. נוסף על כך, כל עוד אין פירוט בדבר ייצוג המגוון הקיים בקרב קבוצת הזהות וייצוג במגוון דרגות ותפקידים, על בית המשפט להשלים זאת ולעמוד על כך שהכללים המינימליים הקיימים אינם מספקים. ככל שיהיה בכללים פירוט רב יותר, על בית המשפט לעמוד יותר על מימושם ולצקת בהם תוכן. פרשנות זו תתווה מדיניות, תחייב את קובעי המדיניות לפרט את עמדתם בנושא ותחייב מעסיקים נתבעים לפרט את מצב הייצוג ההולם במקום העבודה. כמו כן, לבית המשפט יהיה תפקיד של ביקורת על הנאמר בכללים. צו ההרחבה והחלטת הממשלה מצמצמים את הוראת החקיקה, ולכן נוצר מתח בין חקיקה ראשית לחקיקת משנה. בית המשפט יכול לנקוט קו של פרשנות מרחיבה של חקיקת המשנה לאור תכליתה של החקיקה הראשית, המחויבת לתפיסה עשירה ומורכבת של ייצוג הולם. לבסוף, על בית המשפט לוודא כי מילוי המכסה הקבועה בחוק אינה מונעת דיון והתעמקות בתביעה פרטנית של אדם עם מוגבלות הטוען ליישום חובת המעסיק לייצוג הולם. כאמור, כל עוד הייצוג אינו מגיע לפחות קרוב לשיעור האנשים עם מוגבלויות באוכלוסייה, נראה כי מטרת סעיף 9 טרם הושגה במלואה.

סיכום

במאמר זה הצגנו את התפיסה המערכתית-מבנית לייצוג הולם, המשלבת יסודות קולקטיביים ואינדיווידואליים, כתפיסה חלופית לגישה שאומצה עד כה על ידי המשפט, הן בכל הנוגע לתביעות אינדיווידואליות והן באשר לעיצובה ויישומה של שיטת המכסות. בשתי השיטות יש חשש מפני חזרה למודלים מסורתיים של מדיניות שוויון, שאינם תואמים את הגישה המערכתית-מבנית. באיסור אפליה החשש הוא מפני גישה ליברלית-אינדיווידואלית, הבנויה על משאבי הפרט לתבוע והרצון הטוב של המעסיק להעסיק; בשיטת המכסות החשש הוא מפני אימוץ מודל מינימליסטי של חסד, כמו זה שאפיין את מדינות אירופה בעבר, העלול לחזק סטיגמות כלפי עובדים עם מוגבלויות ולעורר אנטגוניזם בקרב מעסיקים. אנו סבורות כי על

מנת שניתן יהיה לממש את רעיון הייצוג ההולם במלואו נדרש אימוץ מודע של עקרונות השוויון המערכתית-מבני על בסיס האדנים הקולקטיביים שהוצגו במאמר זה. הדבר צריך להיות מלווה בחשיבה שיטתית, על פי ארבעת העקרונות שהצגנו: תפיסה עשירה של ייצוג קבוצות מודרות; ייצוג הולם בכל הדרגות והתפקידים במקום העבודה; ראיית המדינה כשחקן משמעותי בהובלת השינוי המהותי; הימנעות מאי-עמידה במכסות. נקודות המבט הקולקטיבית והאינדיווידואלית משלימות זו את זו ובאות לידי ביטוי בשתי הדרכים לקידום הייצוג ההולם – הן בתביעות אינדיווידואליות והן בהפעלת מכסות. לא מדובר בשתי דרכים נפרדות או סותרות, אלא בדרכים המעשירות את תפיסת הייצוג ההולם והמקדמות את השגתו.