

עשרים שנה לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – קווים לדמותה של מהפכה משפטית בהתהוות

שגית מור*

מאמר זה מבקש לפרוש את התשתית הנורמטיבית לזכויות אנשים עם מוגבלויות כיום, עשרים שנה לאחר חקיקת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998. בשלושת העשורים האחרונים חלה התקדמות ניכרת בתחום זה, אך בפועל מצב הזכויות של אנשים עם מוגבלויות בישראל עודנו רחוק מלהשביע רצון. התשתית הנורמטיבית הנפרשת במאמר זה אינה תיאור פוזיטיבי של המצב הקיים, אלא תיאור הפוטנציאל הקיים להרחבתה ולהעמקתה של מהפכת הזכויות של אנשים עם מוגבלויות, תוך אימוץ תובנות מן הגישה החברתית-הביקורתית למוגבלות. טענת המאמר היא שהיקף תחולתן של זכויות אנשים עם מוגבלויות הינו רחב משנדמה, ולמעשה חולש על המשפט כולו. לפיכך בכל סוגיה הקשורה לזכויות, למדיניות, לזכאויות או לשירותים בתחום המוגבלות, וכן בכל מקרה שבו אחד הצדדים לסכסוך הוא אדם עם מוגבלות והדבר רלוונטי לאותו סכסוך, יש לפנות לחוק השוויון ולסעיפי העקרונות הכלליים שבו וכן להסתייע באמנה על-מנת להבטיח תוצאה ראויה ההולמת את עידן הזכויות. עוד טוען המאמר כי ייצורם של תקדימים מכוונים בתחום המוגבלות הינו אפיק מרכזי בדרך ליצירת קוהרנטיות וחשיבה שיטתית במשפט ביחס למוגבלות, בהינתן חקיקת זכויות חלקית בלבד.

פתיחה: המשפט בספרים. א. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – רקע, מבנה, תכנים:
1. מקורות נורמטיביים כלליים – תשתית חוקתית; 2. רקע כללי: ביוגרפיה ומבנה; 3. ה"יש" – עיקריו של חוק השוויון: תעסוקה ונגישות; 4. ה"אין" – הרכיבים החסרים בחקיקה.
ב. השלמת חסרים ופיתוח המשפט: 1. השלמת החסרים באמצעות סעיפי העקרונות שבחוק השוויון; 2. האמנה – מסמך חזון מקיף; 3. חקיקה ספציפית – מביזור לחשיבה כוללת.
ג. תקדימים – יצירת דוקטרינה וגיבוש קוהרנטיות: 1. לפני החוק: בג"ץ בוצר; 2. העשור

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תחילתו של מאמר זה בדברים שנשאתי בכנס "עשרים שנה לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – בין חזון למציאות: דילמות של ייצוג" שנערך באוניברסיטת חיפה בתאריך 11.12.2018. תודתי העמוקה נתונה לרינה בודניצקי פיקל על עזרת-מחקר מצוינת; לרוני רוטלר, ליאיר שגיא ולוויקטור וינברגר על הערותיהם המועילות; ולמערכת כתב-העת על עבודת העריכה המוקפדת.

הראשון: בג"ץ יתד ובג"ץ לוי; 3. העשור השני: עניין המר ובג"ץ מחמלי. ה. סיכום: יציאה לפעולה.

פתיחה: המשפט בספרים

מאמר זה מבקש לפרוש את התשתית הנורמטיבית לזכויות אנשים עם מוגבלויות כיום, עשרים שנה לאחר חקיקת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק השוויון או החוק). בשלושת העשורים האחרונים חלה התקדמות ניכרת בתחום זה, הכוללת את חקיקת חוק השוויון, את החתימה על האמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות,¹ תיקוני חקיקה ספציפיים רבים, כמה תקדימים מרכזיים, פסקי-דין רבים בערכאות נמוכות, וכן תקנות רבות, בעיקר בתחומי החקיקה הראשית.² עם זאת, מטרתו של המאמר אינה רק לחגוג את ההישגים והנצחונות, שכן בפועל מצב הזכויות של אנשים עם מוגבלויות בישראל הינו מורכב למדי, ולעיתים אף מתסכל ומייאש, במיוחד לגבי מי שחווים את הפער בין ההבטחה לבין מימושה בחיי היומיום.

מטרתו במאמר זה היא אחרת: אני מבקשת לאפיין את המשאב המשפטי של ימינו הקרוי "זכויות אנשים עם מוגבלויות", לעמוד על טיבו, מאפייניו ופוטנציאל ההשפעה שלו, ולהראות כיצד ניתן להשתמש בו מעבר למה שנאמר במפורש בחוק השוויון. טענתי היא שהיקף תחולתן של זכויות אנשים עם מוגבלויות – ובכלל זה תחום פרישתו של חוק השוויון ותחום השפעתה של האמנה – הינו רחב משנדמה במבט ראשון, ולמעשה חולש על המשפט כולו. לפיכך, לטענתי, בכל סוגיה שקשורה לזכויות, למדיניות, לזכויות או לשירותים בתחום המוגבלות, וכן בכל מקרה שבו אחד הצדדים לסכסוך הוא אדם עם מוגבלות והדבר רלוונטי לאותו סכסוך, יש לפנות לחוק השוויון ולסעיפי העקרונות הכלליים שבו וכן להסתייע באמנה על-מנת להבטיח תוצאה ראויה ההולמת את עידן הזכויות.

התשתית הנורמטיבית הנפרשת במאמר זה אינה אם כן תיאור פוזיטיבי של המצב הקיים, אלא תיאור הפוטנציאל הקיים להרחבתה ולהעמקתה של מהפכת הזכויות של אנשים עם מוגבלויות, תוך אימוץ תובנות מן הגישה החברתית-הביקורתית למוגבלות.³ ניצניה של מהפכה זו הנצו בשנות השבעים של המאה העשרים, התפתחו בשנות השמונים וזכו בהישגים משפטיים מרשימים למן שנות התשעים. עם זאת, בפועל מצב הזכויות של אנשים עם מוגבלויות אינו משביע רצון – הן במישור הפורמלי, דהיינו להלכה, והן במישור המעשה.

1 אמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות, כ"א 63, 1 (נפתחה לחתימה ב-2007) (אושררה ב-2012) (להלן: האמנה או אמנת האו"ם); Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Dec. 13, 2006, 2515 U.N.T.S. 3.

2 לסקירת ההתפתחויות המשפטיות בתקופה שעד כעשור לאחר חקיקת החוק ראו שגית מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית: חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות" נגישות לצדק חברתי בישראל 79 (ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009) (להלן: מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית").

3 שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" עיוני משפט לה 97 (2012) (להלן: מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה").

תיאור המשאב המשפטי הקיים במאמר זה נמצא בתווך בין שני פערים שמאפיינים את המחקר המשפטי: הפער בין המשפט המצוי למשפט הרצוי והפער בין המשפט בספרים למשפט בפעולה. שאלת הפער בין המצב המשפטי הרצוי לבין זה המצוי נמצאת ביסוד רובו המכריע של המחקר המשפטי, שהוא מחקר נורמטיבי המבקש להתוות למשפט דרך פעולה נכונה יותר, כלומר, דרך שתהא צודקת יותר או מועילה יותר לחברה. אם נבחן את הפער בין המשפט המצוי למשפט הרצוי בהקשר של זכויות אנשים עם מוגבלויות, נמצא שהמצב הקיים אכן טוב מבעבר, אך אינו מיטבי, שכן הוא אינו עונה על האידיאל שזכויות אנשים עם מוגבלויות שואפות אליו, שעל-פיו אנשים עם מוגבלויות הם שווים-ערך ושווים-זכויות בחברה, חברים מלאים בקהילה הפוליטית שהם משתייכים אליה, ואינם סובלים מנחיתות חברתית וכלכלית בשל היותם אנשים עם מוגבלויות. הנחת התשתית הנורמטיבית לקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות במאמר זה נשענת על המצב משפטי הפוזיטיבי הקיים – המשפט המצוי – אך באותה עת היא מבקשת למתוח את גבולותיו ככל האפשר על-מנת להראות שהתשתית הקיימת רחבה מכפי שנדמה במבט ראשון. סקירה זו מבקשת אם כן לתת כלים לקידום המשפט אל עבר המצב הרצוי מההיבט של זכויות אנשים עם מוגבלויות, כלומר, לקדם הכרה פורמלית בכל הזכויות הרלוונטיות, לעצב דוקטרינה הולמת ולתת משקל גבוה לזכויות אלה בעת עריכת איזונים עם זכויות ואינטרסים מתנגשים.

פער שני שהמחקר המשפטי עוסק בו באופן תדיר הוא כאמור הפער בין המשפט בספרים למשפט בפעולה.⁴ זוהי תמה מרכזית הנובעת מהביקורת הריאליסטית על המשפט, המדגישה את הפערים בין מה שהמשפט מבקש לעשות ומתיימר לקיים לבין מה שהוא מצליח לעשות בפועל לנוכח הכוחות המשפיעים עליו ומעצבים את אופן פעולתו.⁵ בדבריי כאן אבקש לעמוד דווקא על המשפט בספרים, כדי לפרוש את התשתית שכנגדה ניתן לבחון את המשפט בפעולה. לשם כך אציג כאמור את המבנה הנורמטיבי הכולל של זכויות אנשים עם מוגבלויות – החולש כאמור על המשפט הישראלי כולו – כפי שהתגבש במהלך העשורים האחרונים, בעיקר מאז נחקק חוק השוויון. מבנה זה כולל שני מקורות משפטיים עיקריים: חקיקה ראשית ופסיקה תקדימית. בפועל גם החקיקה והתקדימים הקיימים אינם עונים בהכרח על האידיאל שזכויות אנשים עם מוגבלויות שואפות אליו, אך הקושי שהפער בין משפט בספרים למשפט בפעולה מצביע עליו הוא שאופן פעולתו של המשפט בפועל, בחיי היומיום ובהתדיינות בערכאות הנמוכות, אינו תואם בהכרח את הנורמות שהוכרו. בכל זירות הפעולה ניכרים פערים רבים עקב חוסר עקביות, חוסר קוהרנטיות, מחויבות נמוכה לזכויות אנשים עם מוגבלויות והיכרות מוגבלת עם התחום ועם הנחות היסוד שלו. אך הפער הניכר ביותר בין המשפט בספרים למשפט בפעולה מתרחש בעת היציאה לעולם הממשי, שכן כל אימת שאדם עם מוגבלות מגיע למקום לא-נגיש, הוא חווה את הפער בין ההבטחה לנגישות המצויה בחקיקה לבין מציאות היומיום של העדר נגישות. כך גם כאשר תלמידה עם מוגבלות מבקשת ללמוד בבית-הספר

4 Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910)

5 גד ברזילי "המלך אינו עירום – מדוע המשפט פוליטי" דין ודברים ד 55 (2008). ראו את אמירתו המפורסמת של השופט הולמס שלפיה "חיי המשפט אינם חיי היגיון, אלא חיים של ניסיון";
OLIVER WENDELL HOLMES, JR., *THE COMMON LAW* I (1881).

השכונתי אך הדבר נמנע ממנה בשל העדר נגישות או העדר שירותי תמיכה לימודיים בבית-הספר, או כאשר אישה עם מוגבלות מבקשת לגור בקהילה באופן עצמאי, לעבוד בעבודה מפרנסת לבחירתה או לקבל החלטה משמעותית הנוגעת בחייה אך הדבר נמנע ממנה בשל העדר מסגרות או שירותי תמיכה למגורים בקהילה, הפליה והעדר התאמות במקומות עבודה או התנגדות של האפוטרופוס שלה.

התשתית הנורמטיבית הנפרשת במאמר זה מבקשת לצמצם את הפער שבין המשפט המצוי למשפט הרצוי, ומצביעה על הצורך בביסוס המשפט שבספרים ועל הכלים הקיימים לגישור על הפער שבינו לבין המשפט בפעולה באמצעות אימוץ של גישת הזכויות והגישה החברתית למוגבלות. היא הפוטנציאל הטמון במשפט שבספרים אשר יהא, אין להסיק ממנו על חשיבותו או עליונותו של המשפט ככלי לשינוי חברתי, אלא יש למקם את המשפט ככלי אחד מני רבים בארגז הכלים של המאבקים לשינוי חברתי – הוא אינו החשוב ביותר, אך גם אינו חסר חשיבות; הוא אינו אשליה, אך גם אינו מציאות שאפשר להיאחז בה.

מהלך הדברים יהיה כדלקמן: בפרק א של המאמר אציג את חוק השוויון תוך התייחסות לרקע, למבנה ולתכנים של החוק, כולל בחינת ה"יש" וה"אין" בחקיקה – התכנים הקיימים בה ואלה שחסרים. בפרק ב אבחן את שאלת הכלים המשפטיים הקיימים לפיתוח המשפט בתחום המוגבלות, כולל סעיפי העקרונות שבחוק השוויון והוראות האמנה הבין-לאומית, ואקרא לגיבושה של חשיבה שיטתית כוללת בנושא. פרק ג יתמקד בשאלת קיומם של תקדימים מכוננים בתחום, ויפרוש את ההתפתחויות באמצעות סקירה של פסקי-דין מובילים. לסיכום אחזור להצעתי המרכזית שלפיה בכל מקרה שעולה סוגיה הקשורה למוגבלות או שאחד הצדדים לסכסוך הוא אדם עם מוגבלות יש לפנות לסעיפי העקרונות הכלליים שבחקיקה ולהסתייע באמנה.

א. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – רקע, מבנה, תכנים

העוגן המרכזי לזכויות של אנשים עם מוגבלויות במשפט הישראלי הוא חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. חוק זה זכה מתחילת דרכו במעמד מיוחד, בשל המימד החוקתי הגלום בו. השופט חשין קבע לגבי חוק זה כי הוא "דובר אלינו בלשון נאצלה – כמוהו כחוקי-יסוד"⁶. בפרק זה אבקש למקם את החוק בהקשר החוקתי והחוקי הישראלי, לתאר בקצרה את המהלכים שהובילו לחקיקתו, לתאר את מבנהו ולפרט לגבי הפרקים האופרטיביים שבו. בהמשך אציין גם את מה שנעדר ממנו ואת הדרכים להשלימו.

1. מקורות נורמטיביים כלליים – תשתית חוקתית

פרישת התשתית הנורמטיבית של התחום מחייבת התייחסות גם למקורות משפט כלליים אשר רלוונטיים להצגת התמונה המשפטית במלואה הן בשל תרומתם לשיח והן בשל מגבלותיהם, אשר מצביעות יחדיו על הצורך בחקיקת החוק. שני מקורות חשובים בהקשר זה הם הכרזת

6 בג"ץ 6790/98 אברץ נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים, פ"ד נב(5) 323, 335 (1998).

העצמאות משנת 1948⁷ וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992 (להלן: חוק-היסוד).⁸ למקורות אלה יש תפקיד היסטורי בהתגבשות שיח הזכויות במשפט הישראלי, וגם מעמד נורמטיבי מיוחד של נורמת-על או מעין נורמת-על, אך לא היה בהם כדי לקדם זכויות של אנשים עם מוגבלויות. הכרזת העצמאות אומנם לא הוכרה כנורמת-העל החוקתית של המשפט הישראלי, אך היה לה תפקיד בניסוח מגילת זכויות האזרח שיצר בית-המשפט העליון בפסיקתו במהלך השנים, ובראשה המחויבות לשוויון.⁹ לענייננו חשוב לציין כי הכרזת העצמאות הבטיחה "שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". כאשר מסתכלים על נוסח זה רואים כי ההבטחה הראשונה היא לשוויון חברתי, ורק לאחר-מכן מובטח שוויון מדיני, אך ברבות השנים נחלש חזון השוויון החברתי, ואילו השוויון האזרחי נטמע בזה המדיני ונהפך למרכזי. הסיבות לכך מגוונות. ראשית, יש לזכור כי הכרזת העצמאות נחתמה בטרם נוסח שיח הזכויות הבין-לאומי, כפי שאומץ כחצי שנה לאחר-מכן בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם,¹⁰ וכי גם בשיח זה התרחש לאחר-מכן פיצול ונוצר מדרג שלפיו הזכויות האזרחיות נהנות ממעמד גבוה יותר מזה של הזכויות החברתיות.¹¹ יתרה מזו, באותן שנים לא הייתה כלל מודעות לאנשים עם מוגבלויות כקבוצת מיעוט ולמוגבלות כקטגוריה חברתית החולקת קווים משותפים עם "דת, גזע ומין". נוסף על כך, במישור המקומי, ההבטחה לשוויון חברתי התמססה לאורך השנים, עם ירידת הציונות הסוציאליסטית במהלך שלושת העשורים הראשונים לקיומה של המדינה ועליית שיח זכויות האזרח למן שנות השבעים.¹² לירידה זו במעמדו של השוויון החברתי יש השפעה ניכרת על היכולת לקדם ולהטמיע זכויות של אנשים עם מוגבלויות, שכן זכויות אנשים עם מוגבלויות הן זכויות חברתיות במהותן, וקידום השוויון של אנשים עם מוגבלויות כולל בהכרח שוויון חברתי-כלכלי, ולא רק שוויון הזדמנויות ליברלי.¹³

7 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

8 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

9 מעמדה של הכרזת העצמאות נדון בשורת פסקי-דין של בית-המשפט העליון, דוגמת בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953). ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א – עקרונות יסוד 37–49 (מהדורה שישית, 2005).

10 G.A. Res. 217 (III) A, Universal Declaration of Human Rights (Dec. 10, 1948).

11 Farrokh Jhabvala, *On Human Rights and the Socio-Economic Context*, 31 NETH. INT'L L. REV. 149 (1984).

12 דפנה ברק-ארז "זכויות חברתיות במשפט הישראלי: הגנה ישירה, הגנה עקיפה ואתגרים להמשך הדרך" ספר אדמונד לוי 53, 57–58 (אוהד גורדון עורך, 2017).

13 נטע זיר "אנשים עם מוגבלויות – בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 813 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (להלן: זיר "בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים"); דפנה ברק-ארז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דליה דורנר 189 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009); שגית מור "משפט נגיש לכל: הזכות לנגישות ונגישות למשפט – ביקורת מוגבלות" חוקים ח 15 (2016) (להלן: מור "משפט נגיש לכל"); Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross, *Introduction: Do We Need Social Rights? Questions in the Era of Globalisation, Privatisation, and the Diminished Welfare State*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE 1, 5–7 (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2007).

החוק שמהווה נורמת-על ויסוד למגילת זכויות הפרט החוקתית הכתובה "עלי ספר" במדינת-ישראל הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה כולל כידוע רשימה חלקית של זכויות וחירויות שהיא תוצר של פשרה פוליטית, ובראשן הזכויות לכבוד ולחירות. חוק-היסוד היווה נקודת שיא בתהליך התבססותו של שיח הזכויות הליברלי במשפט הישראלי, ובכך אף היווה זרו להתרחבות השיח לתחומי משפט נוספים, כולל המשפט הפרטי, ולהגנה על קבוצות מיעוט שונות, כולל אנשים עם מוגבלויות. עם זאת, לא היה בו כדי לבסס את מעמדן של זכויות אנשים עם מוגבלויות. ראשית, הגנה על זכויות אלה מצריכה מודעות לחשיבותן ולמהותן, אולם הן היו רק בראשית דרכן בישראל בתקופה שבה נחקק חוק-היסוד. שנית, חוק-היסוד – באופן מודע ומפורש – לא כלל בין הוראותיו את הזכות לשוויון. שלישי, הפרשנות שניתנה לחוק-היסוד הייתה כזו שהעמיקה את הבכורה שניתנה ממילא לזכויות האזרחיות על הזכויות החברתיות.¹⁴ על רקע זה היה ברור שנדרשת חקיקה ספציפית שתיתן מענה כולל ומותאם לאנשים עם מוגבלויות. חשוב עם זאת לציין כי חותמו של חוק-היסוד ניכר בסעיפי העקרונות שבפתח חוק השוויון.¹⁵

שני חוקים כלליים רלוונטיים נוספים הם חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים). לחוקים אלה יש מעמד מעין-חוקתי, שכן הם עיגנו בחקיקה את הזכות הכללית לשוויון במשפט הישראלי. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה שימש מודל לפרק התעסוקה בחוק השוויון, יחד עם החקיקה האמריקאית, שהיוותה אף היא מקור השראה חשוב.¹⁶ חוק זה הורחב ותוקן פעמים מספר במהלך שנות התשעים, כך שבסופן הוא כלל רשימה רחבה של עילות בדבר הפליה אסורה, אך מוגבלות לא נכללה ביניהן, שכן איסור הפליה של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה הוסדר בחוק ייעודי נפרד.¹⁷ חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, לעומת זאת, נחקק כשנתיים לאחר חוק השוויון, וכלל בהתחלה איסור הפליה מטעמי מוגבלות, אך זה הוצא מהחוק כעבור חמש שנים ועבר לחלק העוסק באיסור הפליה בתוך פרק הנגישות שבחוק השוויון.¹⁸ מעניין אם כן שלשני חוקי השוויון המרכזיים במשפט הישראלי יש מקבילה בתוך פרקו האופרטיביים של חוק השוויון. עניין זה מעלה שאלות, שכן העדרה של קטגוריית המוגבלות מהחקיקה הכללית מנציחה את ההפרדה, אך מאידך גיסא, החקיקה הייעודית יוצרת כלים ייחודיים

14 להרחבה על היקף תחולתו של כבוד האדם ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 413 (1994); גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב 129 (1999). לביקורת על תפיסה זו ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65 (1999); אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי בישראל 79 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

15 ראו להלן ליד ה"ש 65-74.

16 Neta Ziv, *Civil*; (ADA: להלן: ADA) Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. § 12102 (1990) *Rights and Disability Law in Israel and the United States*, 28 ISR. Y.B. HUM. RTS. 171, 171-172 (1998).

17 מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 3.

18 מור "משפט נגיש לכל", לעיל ה"ש 13, בעמ' 43-45.

ואפקטיביים יותר במאבק לשוויון. החשוב בעיניי בשלב זה הוא להכיר בהשפעות ההדריות בין דברי החקיקה השונים וביכולת לשאוב גישות ערכיות ותפיסות דוקטרינריות זה מזה בעת הצורך.

2. רקע כללי: ביוגרפיה ומבנה

הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות¹⁹ נולדה והתגבשה במשרדיו של ארגון "בזכות – המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות" (להלן: ארגון "בזכות"). ארגון זה הוקם בשנת 1992, ועד-מהרה נוכח בצורך לייצר כלי חקיקתי מקיף לקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות.²⁰ ההכרה בצורך נוצרה מתוך הבנה – שהתבססה על הניסיון שצבר הארגון בשטח – שהכלים המשפטיים שהיו קיימים בראשית שנות התשעים אינם מספיקים לקידום של זכויות אלה. זאת, גם ברמה הפרטנית של טענות הפליה ופגיעה בזכויות המועלות על-ידי פרטים וגם ברמה הכללית של קידום מדיניות ויצירת שינוי-רוחב. כך, למשל, בבג"ץ בוצר²¹ נדרשה פרשנות תכליתית אקטיביסטית של בית-המשפט על-מנת לקבוע את הקביעה המינימלית כל-כך שחייב להיות "קשר אפקטיבי" בין קומת הכיתות הנגישה לבין השירותים הנגישים על-מנת שבית-ספר ייחשב נגיש.²² המציאות שכנגדה צמחה הצעת החוק הייתה מציאות חברתית, משפטית ופוליטית שבה מוגבלות לא היוותה קטגוריה של הפליה אסורה, אלא של הבחנה מותרת; המושג "נגישות" טרם התגבש וטרם התמלא בתוכן של ממש; זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בתחומי הרווחה, הדיור והחינוך היו תלויות בחקיקה בעלת אופי רפואי ושיקומי ובהגדרות מנהליות מצומצמות ופטרנליסטיות, והתבססו על תפיסות-עולם של הפרדה וחסד; ומעמד המשפטי של אנשים עם מוגבלויות רבים היה של חסויים ופסולי-דין. על רקע זה ניתן להבין את עומקה ורוחבה של המהפכה שחוק השוויון בא לקדם על-ידי פיתוח כלים משפטיים אפקטיביים במאבק לקידום זכויותיהם והשתתפותם של אנשים עם מוגבלויות בחברה. הביוגרפיה של חקיקת חוק השוויון קצרה ומרשימה, אך גם מעידה על הפשרה שבבסיסו.²³ הצעת חוק השוויון הוגשה כהצעת חוק פרטית על-ידי מספר רב של חברי כנסת בשנת 1995. הצעת החוק הייתה מקיפה, וכללה תחומים רבים, ביניהם תעסוקה, נגישות, חינוך, בריאות, דיור וסיוע אישי, תרבות פנאי וספורט, ועוד. החוק עבר בקריאה הראשונה בשנת 1996, ומייד לאחר-מכן הוקמה ועדה ציבורית אשר פרסמה דוח מקיף בנושא זכויותיהם של אנשים עם

19 הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ו–1996, ה"ח 628 (להלן: הצעת חוק השוויון).

20 Ziv, לעיל ה"ש 16, בעמ' 171–174; אריאלה אופיר ודן אורנשטיין "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998: אמנציפציה בסוף המאה ה-20" ספר מנחם גולדברג 41, 52–53 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2001).

21 בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19 (1996). להרחבה ראו להלן תת-פרק 11.

22 שם, בעמ' 27.

23 לפירוט הליכי החקיקה ראו Ziv, לעיל ה"ש 16, בעמ' 173–175; אופיר ואורנשטיין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 53–54.

מוגבלויות המפרט את מצבן בכל תחום נכון לאותה עת.²⁴ דוח זה היווה שלב חשוב בהתהוותו של שיח הזכויות של אנשים עם מוגבלויות, בהכרה בזכויות אלה ובהכרה באנשים עם מוגבלויות כקבוצת מיעוט החשופה להפליה ולהדרה.²⁵ בשנת 1998 נחקק החוק במעין פשרה שכללה חלק פותח של עקרונות כלליים, שני פרקים אופרטיביים של תעסוקה ונגישות לתחבורה ציבורית, ופרק סוגר שבמסגרתו הוקמה נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. בשנת 2005 נוסף לחוק פרק נגישות מקיף, אשר חותם את מבנהו הנוכחי של החוק. עם זאת, פרקים נוספים ממתינים לדיון ולהכרעה.

כיום מבנה החוק הוא כדלהלן: החלק הפותח של החוק עוסק כאמור בעקרונות כלליים, ועיקריו הם הכרה בערכי השוויון, החירות וכבוד האדם שנברא בצלם; זכותו של אדם עם מוגבלות להשתתפות שוויונית פעילה בכל התחומים ולקבלת מענה הולם לצרכיו המיוחדים; העדפה מתקנת; זכותו של אדם עם מוגבלות לקבל החלטות בנוגע לחייו; סעיף הגדרות; וכן סעיף כללי בדבר עקרונות במימוש זכויות ובמתן שירותים. סעיפים אלה חולשים למעשה על המשפט הישראלי כולו, כולל התחומים שלא זכו בעיגון בחקיקה. ליבו של החוק כולל שני פרקים משמעותיים: האחד עניינו תעסוקה, והאחר עניינו נגישות. לגבי שניהם אפרט מיד. לצידם קיימים עוד שני פרקים אופרטיביים – נגישות לתחבורה ציבורית והלוואה לדיור לאדם עם מוגבלות מקצרת חיים – שיש לקרוא אותם, בעיניי, יחד עם פרק הנגישות הכללי.²⁶ חלקו האחרון של החוק מוקדש להקמת הנציבות ולאפיונה. הוא אינו מתווה עקרונות וכללים משפטיים מהותיים, אך בהקימו את הנציבות הוא יצר מסגרת ממוסדת לקידום זכויות של אנשים עם מוגבלויות בהליכי חקיקה, לקביעת מדיניות בנושא ולהעלאת המודעות אליו. הנציבות מהווה גם אפיק ממוסד להשמעת קולם של אנשים עם מוגבלויות בתהליכים אלה על-ידי היוועצות עם ארגונים העוסקים בקידום זכויות של אנשים עם מוגבלויות ועם הוועדה המייעצת של הנציבות.²⁷ כיום הנציבות פועלת באופן נרחב להגשמת החוק ולאכיפתו, וכן מעורבת בהליכי ליטיגציה הן כצד להליך, כיוזמת ההליך או כמייצגת בו, והן במעמדה כמומחית המגישה חוות-דעת ועמדות כידרות בית-המשפט בהליכים השונים.

3. ה"יש" – עיקריו של חוק השוויון: תעסוקה ונגישות

חוק השוויון בנוסחו הנוכחי נועד אם כן לקדם שני תחומי משפט עיקריים: תעסוקה ונגישות. פרק התעסוקה שבחוק דומה במבנהו הבסיסי לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ומוסיף עליו

24 משרד המשפטים ומשרד העבודה והרווחה דוח הוועדה הציבורית לבדיקת חקיקה מקיפה בנושא: זכויות אנשים עם מוגבלות (1997) (להלן: דוח הוועדה הציבורית).

25 ראו שם, בעמ' 12: "זוהי קבוצת מיעוט אשר סבלה בעבר ועדיין סובלת מהפליה, קיפוח, סגרגאציה ונחיתות חברתית-כלכלית".

26 פרק ה לחוק עוסק בתחבורה ציבורית, והוא זכר לחוק השוויון בנוסחו הראשון. את הפרק הזה יש לקרוא בעיניי יחד עם פרק הנגישות הכללי – פרק ה1 – המתייחס למקום ציבורי ולשירות ציבורי. פרק ה2 לחוק נוסף בשנת 2018, ועניינו הלוואה לדיור לאדם עם מוגבלות מקצרת חיים. גם פרק זה יש לקרוא בעיניי יחד עם פרק הנגישות הכללי, ולראותו כפרק שמסדיר את נגישותו של שירות בענף מסוים, כשם שסי' ח בפרק הנגישות הכללי מסדיר את נושא הנגישות בתחום חוזי הביטוח.

27 ראו פרק ו לחוק השוויון וכן הוראות היוועצות לאורך החוק לעניין התקנת תקנות מכוח חוק השוויון.

רכיבים ייחודיים.²⁸ פרק זה כולל סעיף מרכזי של איסור הפליה בתעסוקה, על כל שלביה ורכיביה, החל בקבלה לעבודה, המשך בהכשרה, בקידום ובהטבות הסוציאליות, וכלה בפטורים. במובן זה, פרק התעסוקה הוא חלק ממורשת ותיקה של איסור הפליה בתעסוקה במשפט הישראלי (במישור החוקי-הפורמלי). עם זאת, יש לציין כי ככל הידוע לי לא נעשו נסיונות להגיש תביעות הפליה על בסיס מוגבלות לפני חקיקת החוק.

פרק התעסוקה בחוק השוויון כולל גם רכיב חדשני של חובת התאמות כחלק בלתי-נפרד מאיסור ההפליה, וזאת בהשראת המנגנונים שנוצרו בחקיקת ה-ADA בארצות-הברית.²⁹ בכך החוק מכיר בעובדה שמגיעת הפליה של אנשים עם מוגבלויות קשורה גם לעיצוב מחדש של הסביבה הפיזית וסביבת העבודה הרחבה – אין די במתן מענה לתיוג השלילי (לסטיגמה), אלא חובה לשנות את דרישות התפקיד (כל עוד אין מדובר בדרישות מהותיות) ואת סביבת העבודה (כל עוד ההתאמות אינן משיתות נטל כבד מדי) על-מנת לאפשר לאנשים עם מוגבלויות ליטול חלק בשוק העבודה.³⁰ זהו רכיב חיובי (אפירמטיבי) המטיל חובה פעילה לשנות את פניו של עולם העבודה. תקנות משלימות חשובות בהקשר זה הן תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (השתתפות המדינה במימון התאמות), התשס"ו–2006, הקובעות כללים והנחיות לעניין זה.

החוק כולל גם מנגנונים של העדפה מתקנת. עקרון ההעדפה המתקנת נקבע במפורש במסגרת העקרונות הכלליים של החוק,³¹ ובצידו נקבעו שני מנגנונים ספציפיים בפרק התעסוקה שבחוק.³² האחד קובע חובת ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלויות, החלה על כל מעסיק – גם במגזר הפרטי – המעסיק יותר מעשרים וחמישה עובדים.³³ המנגנון האחר, שהוא הרחבה משנת 2016 של ההוראה הרכה בדבר "ייצוג הולם", מחייב חברות המעסיקות יותר ממאה עובדים לעמוד במכסת ייצוג קשיחה שלפיה לפחות שלושה אחוזים מעובדיהן יהיו אנשים עם מוגבלויות העונים על ההגדרה שאומצה לצורך זה.³⁴ בשירות המדינה נקבעה מכסה של חמישה אחוזים.³⁵ רובד נוסף בחקיקה נמצא בסעיפים אשר מסמיכים את השר המתאים להתקין תקנות בכל הנוגע ביישום החוק, ומטילים עליו ליוזום, לפתח ולהכין תוכניות בקשר לתעסוקה ולשיקום, תוך העדפת השילוב "במקומות עבודה רגילים", וכן להקים מערך אבחון תעסוקתי ומערך ייעוץ למעסיקים.³⁶ מכות סעיף זה ומתוקף כוחה הכללי של הרשות המבצעת

28 לסקירה מקיפה של פרק התעסוקה ראו מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 115–127; אופיר ואורנשטיין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 63–72.

29 ADA, לעיל ה"ש 16.

30 להצדקות השונות לחובת ההתאמות ראו גדעון ספיר "הצדקות לחובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה בעבור אנשים עם מוגבלות" משפט וממשל יג 411 (2010).

31 ס' 3 לחוק השוויון.

32 לסקירה מקיפה ראו עינת אלבין ושגית מור "ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה בישראל" עבודה, חברה ומשפט טו 75, 78 (2018).

33 ס' 9 לחוק השוויון.

34 ס' 9 לחוק השוויון, וכן צו הרחבה לעידוד והגברת התעסוקה של אנשים עם מוגבלות לפי חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז–1957, י"פ התשע"ה 48 (להלן: צו הרחבה).

35 ס' 9 לחוק השוויון.

36 ס' 16 לחוק השוויון.

הותקנו כמה תקנות נוספות ונחקקו דברי חקיקה משלימים המושפעים מעידן הזכויות, אם כי הם נטועים עדיין בעולם הרווחה המסורתי ושנויים לפיכך במחלוקת, שכן תוכנם אינו עומד תמיד בסטנדרטים של שיח הזכויות. המרכזיים שביניהם הם תקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), התשס"ב–2002 (להלן: תקנות שכר-מינימום מותאם),³⁷ ותיקון מס' 109 לחוק הביטוח הלאומי, התשס"ח–2008, המכונה "חוק לרון".³⁸ הפרק הנוסף המסדיר תחום משפטי רחב הוא פרק הנגישות. מבנהו של פרק זה ייחודי, והוא אינו מוכר או מובן למשפטנים ופעילי זכויות רבים, גם כאלה העוסקים בתחום המוגבלות, בין היתר בשל אופיו הטכני. הזכות לנגישות הינה זכות חדשה במשפט הישראלי, והיא ייחודית במובן זה שהיא הוענקה עד כה רק לאנשים עם מוגבלויות. זאת, אף שמאבקי זכויות רבים כוללים רכיב של נגישות, בעיקר ככל שמדובר בנגישות למשפט או לזכויות סוציאליות ולשירותים חברתיים.³⁹ כמו תחום ההתאמות, גם תחום הנגישות מתאפיין ביסוד חיובי, המחייב את המדינה וגופים פרטיים לפעול ואף להשקיע משאבים בשינוי פני הסביבה. מבנהו הכללי של פרק הנגישות כולל שלושה רבדים: עקרונות רחבים והגדרות כלליות; כללים משפטיים קונקרטיים (חלקם כלליים וחלקם ייעודיים לתחום מסוים); ורובד שלישי העוסק ביישום, במניעה ובאכיפה.⁴⁰ ברובד היישום ניתן למצוא את החובה להתקין תקנות משלימות המוטלת על השרים הממונים, את הקמת הפרופסיה של מורשי-נגישות ואת סמכות ההוצאה של צווי נגישות שהוקנתה לנציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. הפרק כולו חל גם על מקום ציבורי וגם על שירות ציבורי, המוגדרים כציבוריים בצורה רחבה, במובן זה שהם משרתים את כלל הציבור.⁴¹ במאמר זה אתמקד ברובד השני, העוסק בכללים המשפטיים הקיימים בחקיקה. רובד זה כולל ארבעה רכיבים משלימים: איסור הפליה, זכות אישית לנגישות, חובת נגישות המוטלת על גופים ציבוריים וחובת התאמות.

החלק העוסק באיסור הפליה במקומות ושירותים ציבוריים זהה כמעט, למעשה, לחלק המקביל לו בחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים. בעברו היה איסור הפליה על בסיס מוגבלות חלק מרשימת העילות האסורות בחוק הכללי, אך משנחקק פרק הנגישות, הוא הוצא

37 לביקורת הסדר חוקי זה ראו נטע זיו ודבורית גלעד "שכר מינימום מותאם, כלכלת שוק והבניה חברתית של מוגבלות" לימודי מוגבלות: מקראה 82 (שגית מור, נטע זיו, ארלין קנטר, אדוה איכנגרין וניסים מזרחי עורכים, 2016).

38 חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 109), התשס"ח–2008, ס"ח 671 (להלן: חוק לרון). התיקון קרוי "חוק לרון" על-שם השופט אפרים לרון, שישב בראש הוועדה שהמליצה על חקיקתו. לדוח הוועדה ראו משרד ראש הממשלה דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת ענייני הנכים ולקידום שילובם בקהילה 10 (2005).

39 ג'וני גל ומימי אייזנשטדט "מבוא" נגישות לצדק חברתי בישראל 11, 17 (ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).

40 מור "משפט נגיש לכל", לעיל ה"ש 13, בעמ' 23–28; דן אורן ונטע דגן "המהפכה החקיקתית בתחום הנגישות" נגישות החברה הישראלית לאנשים עם מוגבלות בפתח המאה ה-21 135 (דינה פלדמן, יעל דניאלי להב ושמואל חיימוביץ' עורכים, 2007) (הספר להלן: נגישות החברה הישראלית); צביה אדמון "הזכות לנגישות בחקיקה הישראלית ובהקמה בעולם" נגישות החברה הישראלית, שם, 177.

41 ס' 119 ו-19 לחוק השוויון.

מהחוק הכללי ועבר לחוק השוויון. מחד גיסא, זהו הפסד וחסרון, שכן הנושא נהפך מאוניוורסלי לפרטיקולרי. מאידך גיסא, מיקומו בחוק השוויון הופך אותו לכלי רב עוצמה. אף שהוא לא קיבל מקום נפרד ומובחן בחוק, אלא מוקם במסגרת פרק הנגישות, יש לו תפקיד בעל פוטנציאל רב בקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. זהו למעשה רכיב השוויון הכללי בחוק, האוסר הפליה מטעמי מוגבלות גם במרחב הציבורי וגם במרחב הנחשב באופן מסורתי מרחב פרטי. הוא כולל סירוב לאפשר גישה למקום, לתת שירות, לספק מוצר או לאפשר שימוש בשירות ציבורי או הנאה משירות ציבורי. ניתן לעשות שימוש בסעיף זה גם בהקשרים של הפליה בחינוך, בדיור, בתרבות או בפנאי, באותו אופן שבו חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים משמש למטרות אלה. יש לציין כי הסירוב לאפשר גישה למקום הוא ייחודי לחוק זה. עם זאת, סעיף זה אינו כולל חובת התאמות; חובה זו מצויה בסעיפים העוסקים בזכות לנגישות. לפיכך יש לקרוא וליישם את שני הרכיבים יחדיו על-מנת לממש את מלוא הפוטנציאל הטמון בפרק זה.

כלב הפרק נמצאות הזכות לנגישות, חובת הנגישות וחובת ההתאמות. כל אלה יוצרות יחדיו מארג חוקי מורכב: ראשית, הזכות לנגישות הינה זכות אישית לכך שמקומות ושירותים יהיו נגישים, כנדרש בחוק ובתקנות. זכות זו הינה זכות פוליטית בעיקרה, שמהותה היא חירות התנועה והפעולה של אנשים עם מוגבלויות, והיא למעשה "הבסיס למימוש זכויות"⁴². בצידה נמצאת חובת נגישות כללית החלה על מקומות ושירותים ציבוריים, גם אם לא הועלתה דרישה קונקרטית מצד נפגע ספציפי, שתפקידה יצירת מרחב נגיש מלכתחילה, ללא צורך בבקשות נגישות פרטניות. משמעותה של חובה זו היא הסרה מראש של החסמים המונעים מאנשים עם מוגבלויות את האפשרות לממש ולמצות את זכויותיהם והעדפותיהם. משלימה אותן חובת ההתאמות, שהיא חובה פרטנית לתת מענה קונקרטי כאשר חובת הנגישות הכללית אינה עונה על צרכיו של אדם מסוים ונדרשת הסרתו של חסם קונקרטי. ככלל, ככל שחובת הנגישות מיושמת ונאכפת במלואה, הצורך בהתאמות פרטניות מתמעט.

על-אף החקיקה המקיפה, הגשתן של תביעות בנושא הנגישות כרוכה במכשולים רבים, הקשורים להגשת תביעות באופן כללי, כולל היבטים הקשורים לכדאיותה ולמורכבותה של התביעה.⁴³ בשל חסמים כלליים אלה ובשל אופיין של תביעות בנושאי נגישות, לעיתים קרובות האפיק המתאים להגשתן הוא זה של תביעות ייצוגיות. תביעות אלה מאחדות נפגעים רבים, מעלות את כדאיותה של התביעה, ומייצרות סנקציה אפקטיבית יותר כלפי בעלים, מפעילים וספקים של מקומות ושירותים.⁴⁴

42 בג"ץ 4267/16 בזכות המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות נ' משרד התחבורה, פס' 11 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 29.1.2019); מור "משפט נגיש לכל", לעיל ה"ש 13, בעמ' 28.

43 יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 497, 506–507 (2003); גד ברזילי "משפט" אי/שוויון 274 (אורי רם וניצה ברקוביץ עורכים, 2006).

44 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי מר') 29387-09-14 דבוסקין נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ (פורסם בנבו, 4.1.2017) (הסדר פשרה מיטיב בתביעה שהוגשה נגד אגד בגין העדר כריזה); ת"צ (מחוזי נצ') 44105-11-17 רזק נ' מועצה מקומית מגאר (פורסם בנבו, 16.7.2018) (תביעה בנוגע לבנייני ציבור לא-נגישים). תביעות שעניינן הפליה על רקע מוגבלות וזכות לעיתים

צר המקום מלהרחיב בסוגיות סבוכות אלה, אך אציין לסיום עוד כמה הערות לגבי רכיביו ומבנהו של פרק הנגישות. ראשית, לאחר הצגת הזכות לנגישות וחובת הנגישות הכלליות, החוק מסדיר את תחום הנגישות בהקשרים קונקרטיים רבים, ביניהם שירותי בריאות, מוסדות חינוך, מוסדות השכלה גבוהה, חוזי ביטוח ועוד.⁴⁵ שנית, בכל הקשור לנגישות פיזית, החוק מבחין בין מבנים ותשתיות קיימים לבין מבנים חדשים, ויוצר הסדרה שונה בהתאם: לגבי מבנים קיימים – אלה שנבנו לפני החקיקה החדשה – יש חובת הנגשה מדורגת ומנגנוני פטור; ואילו לגבי מבנים חדשים חלים במלואם ההסדרים החדשים המצויים כיום בפרק 1א לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה–1965.⁴⁶ שלישית, יש לשים לב למנגנונים המאזנים הקיימים בחקיקה, ביניהם פטור מטעמי אופיו המיוחד של המקום או מטעמי נטל כבד מדי.⁴⁷ רביעית, יש לשים לב לתקנות הנגישות הרבות שנחקקו מאז הוסף פרק הנגישות לחוק השוויון, אשר מסדירות תחומים ספציפיים רבים, כגון נגישות לבניין ציבורי קיים ונגישות לשירות (המתייחסת לתחום של מתן שירות לציבור ולתחום התקשורת והמידע).⁴⁸

במימון של הקרן למימון תובענות ייצוגיות במשרד המשפטים ובתמיכתה של נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. לפרטים ראו "דו"ח פעילות הקרן למימון תובענות ייצוגיות לשנת 2017", זמין בכתובת www.gov.il/he/Departments/General/representative_actions_fund.

45 פרק הנגישות (ה'–1) לחוק השוויון כולל חובת נגישות של שירותי תחבורה, שירותים ומקומות ציבוריים, בריאות, מוסדות השכלה, שירותי דת וביטוח.

46 ראו תיקון מס' 71 לחוק התכנון והבניה, שנעשה במסגרת ס' 7 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון מס' 2), התשס"ה–2005, ס"ח 288, 323.

47 ראו ס' 19 ט(ב)–(ג) ו-19 יב(ב)–(ג) לחוק השוויון.

48 כדאי להתעכב ולציין ברשימת התקנות המלאה שלהלן, שכן רבות מהן אינן מוכרות: תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (עדיפות במקומות חניה במקום העבודה), התשס"ב–2001; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (השתתפות המדינה במימון התאמות), התשס"ו–2006; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (הסדרת נגישות לשירותי תחבורה ציבורית), התשס"ג–2003; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (מורשים לנגישות מבנים, תשתיות וסביבה), התשס"ז–2007; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (מורשים לנגישות השירות), התשס"ז–2007; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לאתר), התשס"ח–2008; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (נגישות לשירותי בוק ולמתקני בוק), התשס"ט–2009; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות במוסד חינוך קיים), התשע"א–2011 (להלן: תקנות הנגישות למוסד חינוך קיים); תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות למקום ציבורי שהוא בניין קיים), התשע"ב–2011; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (מתן יחס שונה בחוזה ביטוח) (הקמת ועדת תלונות), התשע"ב–2012; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (נגישות רכב השכרה ואוטובוסים), התשע"ג–2012; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירות), התשע"ג–2013 (להלן: תקנות הנגישות לשירות); תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות למקום ציבורי שאינו בניין), התשע"ד–2013; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (הנחה מאגרת רישיון להפעלת מונית נגישה), התשע"ד–2014, ק"ת 681; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירותי הכשרה מקצועית), התשע"ה–2014; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירותי בריאות ולמקומות נתינתם), התשע"ו–2016 (להלן: תקנות הנגישות לשירותי בריאות); תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (הודעת מבטח בדבר מתן יחס שונה לאדם או בדבר סירוב לבטחון), התשע"ו–2016; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות למקומות ציבוריים קיימים שהם מוסדות להשכלה גבוהה ולשירותי השכלה גבוהה שהם נותנים), התשע"ז–2016 (להלן: תקנות הנגישות למוסדות

לסיום אבקש להדגיש כי אף שה"יש" המפורש בחוק עוסק בנגישות ובתעסוקה בלבד, לפרק הנגישות יש פוטנציאל השפעה רחב מאוד, המשליך על תחומים רבים נוספים. זאת, הודות לאיסור ההפליה הרחב המופיע בו ולחובת הנגישות המקיפה שבצידה הסדרים קונקרטיים לתחומי הפעולה השונים, יחד עם תקנות הנגישות לשירות, המשלימות את תחומי הכיסוי של החוק. כך, אף שאין בחוק פרק העוסק בזכות לחינוך, יש בו חלקים העוסקים בנגישות של בתי-ספר ומוסדות השכלה גבוהה, שבצידם תקנות בנושאים אלה.⁴⁹ באופן דומה, אף שאין בחוק זכות לבריאות, יש בו חובת נגישות של שירותי בריאות,⁵⁰ ואף שאין בחוק זכות לביטחון סוציאלי, יש בו חובה להנגיש את כל שירותי הממשל, ובכלל זה את תהליכי קביעת הזכאות להטבות ולגמלאות.⁵¹ נוסף על כך, אף שאין בחוק חלק מפורש העוסק בנגישותו של המשפט, החוק מחייב את הנגשת כל מערכת המשפט ומערכות הלוויין שלה וכן את הנגשת ההליך המשפטי.⁵² עם זאת, יש לשים לב שאין בזכות לנגישות כדי ליתר את ההכרה בזכויות היסוד המהותיות. כך, לדוגמה, אין בכוחה של הזכות לנגישות למוסדות חינוך להקיף את כלל היבטיה של הזכות לחינוך, וכך גם בשאר ההקשרים.

עד כה סקרתי את תחומי המשפט העיקריים המוסדרים בחוק השוויון ואת המנגנונים למימושם. כעת אעבור לבחון את מעמדם של אותם תחומים שלא הוסדרו בחקיקה.

4. ה"אין" – הרכיבים החסרים בחקיקה

מבנה החוק מספר גם את מה שאין בו. יש בו תעסוקה ונגישות, אך אין בו חינוך, דיור, בריאות, תרבות ופנאי, אף שכל אלה היו בהצעת חוק השוויון המקורית. למעשה, נוצרה הבחנה ברורה בין הזכויות שנחקקו, שהן חלק מעולם הזכויות האזרחיות שנהנות ממעמד גבוה יחסית במשפט הישראלי, לבין אלה שלא נחקקו, השייכות לעולם הזכויות החברתיות, הסובלות ממעמד נחות יחסית במערכת המשפט הישראלית.⁵³ במערכת משפט שאין בה חוק-יסוד: זכויות חברתיות, שהזכות החוקתית לכבוד האדם מפורשת בה בצמצום, ואשר אינה מכירה ברוב הזכויות החברתיות, אף לא בזכויות יצירות פסיקה,⁵⁴ כיצד ניתן להכיר בזכויות אלה

להשכלה גבוהה); תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (מסירת מידע ועיבודו לצורך עמידה ביעד הייצוג), התשע"ח-2017; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (נגישות חושית באוטובוסים בין-עירוניים), התשע"ח-2017; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות פרטנית לתלמיד ולהורה), התשע"ח-2018 (להלן: תקנות בדבר התאמות נגישות פרטנית לתלמיד ולהורה).

49 סי' ז (ס' 19-כז-19 לד3) בפרק ה1 לחוק השוויון; תקנות הנגישות למוסד חינוך קיים; תקנות בדבר התאמות נגישות פרטנית לתלמיד ולהורה; וכן תקנות הנגישות למוסדות להשכלה גבוהה.

50 סי' ו (ס' 19-טו-19 כו) בפרק ה1 לחוק השוויון וכן תקנות הנגישות לשירותי בריאות.

51 סי' ד-ה (ס' 19-יד1) בפרק ה1 לחוק השוויון וכן תקנות הנגישות לשירות.

52 סי' ד-ה בפרק ה1 לחוק השוויון, ס' 38-50 לתקנות הנגישות לשירות, וכן מור "משפט נגיש לכל", לעיל ה"ש 13.

53 אמיר פז-פוקס "מדוע זכויות על-ספר נשארות על-ספר? נגישות לזכויות חברתיות – רקע תיאורטי" נגישות לצדק חברתי בישראל 29 (גי'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).

54 הפסיקה הכירה בצורה מצומצמת וחלקית בזכות לדיור ברע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001); בזכות לשירותי בריאות (שאינה שווה בהיקפה לזכות לבריאות, כי אם

בהקשר של מוגבלות? במילים אחרות, אם שום אזרח בישראל אינו נהנה מהזכות לבריאות או מהזכות לדיוור כזכויות-יסוד, מדוע שדווקא אנשים עם מוגבלויות ייהנו מזכויות אלה? במובן זה, העדרן של הזכויות החברתיות מחוק השוויון הוא למעשה סיפורו של המשפט הישראלי כולו, אשר אינו יודע – ואולי אף אינו מעוניין – להמשיג את הזכויות החברתיות, להכיר בהן ולתת להן תוכן מהותי.⁵⁵ חריגה בהקשר זה היא הזכות לחינוך, שהיא היחידה מבין הזכויות החברתיות שהוכרה כזכות-יסוד בפסיקת בית-המשפט העליון – הכרה שהושגה במסגרת עתירה שעסקה בזכותם של תלמידים עם מוגבלויות לשוויון בחינוך.⁵⁶ חיבור זה בין זכויות אנשים עם מוגבלויות לבין זכויות חברתיות אינו מקרי, והצלחתו מעידה על הפוטנציאל הטמון במאבקהם של אנשים עם מוגבלויות לקידום זכויות חברתיות באופן כללי.

ההכרה בזכויות אנשים עם מוגבלויות נתקלת בחסמים ייחודיים נוספים הנובעים בראש ובראשונה מהמשך אחיזתן של הגישות האינדיבידואליות והרפואיות למוגבלות, מתפקידם המרכזי של אנשי-מקצוע (להבדיל מאנשים עם מוגבלויות) בהתוויית המדיניות בתחום המוגבלות וביישומה, וכן ממרכזיותם של שיקולים תקציביים וכלכליים בתחום המוגבלות.⁵⁷ הגישות האינדיבידואליות והרפואיות למוגבלות אינן מכירות בתפקידה של החברה ביצירתה של המוגבלות, ובמקום זאת מצייבות את המוגבלות כבעיה בתחומו של הפרט ואת הפתרון לה בריפוי ובשיקומו. באופן קונקרטי יותר, התחומים המשויכים לקטגוריה של זכויות חברתיות נשלטים עדיין ברובם על-ידי מומחים ממקצועות הבריאות, הרווחה והחינוך, אשר מחזיקים בעמדות אינדיבידואליות-מסורתיות למוגבלות, ואינם אצים לאמץ את גישת זכויות האדם לתוך הפרקטיקה המקצועית והטיפולית. על-אף שינויים ניכרים שחלו בעולם ובישראל בתחומי הדיוור בקהילה והשילוב בחינוך, נושאים אלה שנויים עדיין במחלוקת בקרב אנשי-המקצוע, ורבים מהם דוגלים בהפרדה, חוששים להעניק לאנשים עם מוגבלויות ולבני משפחותיהם חופש בחירה בתחומי החינוך והדיוור, ונרתעים מההשלכות המבניות של הרפורמות הנדרשות. על אלה נוספים החסמים התקציביים, שאינם מנותקים מהשפעתן של הגישות האינדיבידואליות והרפואיות ומתפקידם המרכזי של אנשי-מקצוע המחזיקים בעמדות מסורתיות, שכן הבעיה התקציבית אינה העדר תקציב בהכרח, שהרי זה יהיה חסר תמיד, אלא סדרי העדיפויות העומדים מאחורי התקציב ותפיסת-העולם החברתית המניעה אותם. שני תחומים חשובים נוספים נפקדים מן החוק: ביטחון סוציאלי וזכויות בתחום הבית והמשפחה. להבדיל מהנושאים שהזכרתי לעיל, נושאים אלה לא נכללו גם בהצעת החוק המקורית. כך, הצעת חוק השוויון הראשונית, שנתפסה כמקיפה וככזו שאינה מבחינה בין זכויות אזרחיות לזכויות חברתיות, לא כללה המשגה מוצעת לזכות לביטחון סוציאלי או לזכות לחיים בכבוד. מעמדה של זכות זו, כזכות אוניוורסלית, הינו נחות במיוחד במשפט הישראלי.⁵⁸

מצומצמת יותר) בבג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1 (2008); ובזכות מינימלית לביטחון סוציאלי בבג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004). להרחבה ראו אמיר פז-פוקס "נגישות יתר ונגישות חסר לזכויות חברתיות וכלכליות" דין ודברים ה' 307 (2010).

55 שם, בעמ' 308–309.

56 לפירוט ראו להלן תת-פרק 2ג.

57 לפירוט ראו מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 115–123.

58 פז-פוקס, לעיל ה"ש 54.

אילו נעשתה המשגה כזו, היא הייתה יכולה לחזק את המאבק לקצבת נכות ראויה ולקדם את הכללתו תחת קורת-גג אחת עם שאר המאבקים לקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, אך נראה שזו הייתה מחוץ לתחומי הדמיון של מנסחי החקיקה.⁵⁹ הצעת החוק כללה התייחסויות לתמיכה מסוג קצבה בתחומים כגון סיוע אישי במסגרת דיור בקהילה, אך גם אלה לא היוו חלק מנוסח החוק שהתקבל בסופו של דבר.

הנושא השני שלא נכלל כאמור בהצעת החוק הוא אגד הזכויות הקשורות לבית ולמשפחה. זאת, ככל הנראה, בשל המורכבות העמוקה הכרוכה בסוגיות של הורות, ילודה, זוגיות, נישואים, מיניות וכדומה. דווקא אגד זכויות זה זוכה במעמד איתן ורם במשפט הישראלי, כפי שמעידה הפסיקה בנושא.⁶⁰ אך כאשר מדובר באנשים עם מוגבלויות, יש בהענקת זכויות אלה איום על יסודות הפיריון והילודה בישראל, אשר מתאפיינים במרדף אחר "התינוק המושלם",⁶¹ וכן התנגשות פוטנציאלית עם עמדת המשפט ועם עמדותיהם של מומחים ואנשי-מקצוע לגבי יכולותיהם של אנשים עם מוגבלויות לשמש הורים.⁶² תהא הסיבה אשר תהא, יכולת ההגנה על תחום הבית והמשפחה של אנשים עם מוגבלויות חלשה במיוחד.

ב. השלמת חסרים ופיתוח המשפט

בפרק זה אעמוד על המשאבים המשלימים הקיימים במשפט לצורך פיתוח המשפט, בעיקר באותם תחומים שלא הוכרו בחקיקה, כגון חינוך, דיור וביטחון סוציאלי, אך גם באלה שהוכרו, דהיינו, תעסוקה ונגישות. עם משאבים אלה ניתן למנות את סעיפי העקרונות שבחוק השוויון, את אמנת האו"ם וכן דברי חקיקה ספציפיים, שהם גם משאב וגם מושא לפיתוח באמצעות הכלים המשפטיים השונים.

59 שגית מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית – דילמות של מאבק לשינוי חברתי" **העצמה במשפט** 91, 112 (מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008) (להלן: מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית").

60 בג"ץ 566/11 מגד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 18.9.2014); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).

61 שגית מור "ביקורת מוגבלות על ברירת עוברים בשל לקות: מבט אל ישראל" לימודי מוגבלות: מקראה, לעיל ה"ש 37, 395.

62 Doron Dorfman, *The Inaccessible Road to Motherhood – The Tragic Consequence of Not Having Reproductive Policies for Israelis with Disabilities*, 30.1 COLUM. J. GENDER & L. 49 (2015); רוני רוטלר "אימהות ישראלית וטכנולוגיות פריון בראי זכויותיהן של נשים עם מוגבלות" **ביטחון סוציאלי** 103, 67 (2018). כן ראו רוני רוטלר "הזכות להורות וזכויות הילד" לפרוץ את חומת הזכוכית – זוגיות ונישואין לאנשים עם מוגבלות 96 (רפאל ש' פוירשטיין עורך, 2019), המראה כי בחקיקת המוגבלות אין כמעט התייחסות למשפחה, ואילו בחקיקת המשפחה היחס למוגבלות הוא ברובו שלילי.

1. השלמת החסרים באמצעות סעיפי העקרונות שבחוק השוויון

על-אף העדרן של זכויות רבות מחוק השוויון, קידומן עודנו אפשרי בזכות סעיפי החוק העוסקים בעקרונות-היסוד של החקיקה. לסעיפי עקרונות אלה עשויה להיות חשיבות גדולה מאוד בקידום הזכויות שלא זכו בעיגון ובהכרה בחוק השוויון. ראשית, יש להם מימד חוקתי הניכר בשפה שהם נוקטים, שלגביה קבע השופט חשין, כאמור, כי היא נאצלה כלשונם של חוקי-היסוד.⁶³ שנית, לשונם הרחבה והמעין-חוקתית של סעיפי העקרונות מאפשרת להם לחלוש על המשפט הישראלי כולו ולהשפיע על פרשנות החקיקה והמשפט בעת הכרעה בסכסוכים שונים המתעוררים במגוון זירות באופן שהולם את שיח שוויון הזכויות לאנשים עם מוגבלויות. מכאן שסעיפי העקרונות רלוונטיים גם לזכויות שאינן מנויות וגם לתחומי משפט שאינם תחומי זכויות קלסיים; באמצעותם אפשר להשפיע על תחומי החינוך, הבריאות, הדיור, הביטחון הסוציאלי והבית והמשפחה, וכן על סוגיות בתחומי הנזיקין, החוזים, המשפט הפלילי ודיני הקניין, ככל שעולה בהם סוגיה שיש לה נגיעה בתחום המוגבלות או באנשים עם מוגבלויות כצדדים לסכסוך. להלן אתעכב על סעיפים אלה ועל הפוטנציאל הטמון בהם, שכן זהו הגרעין לפיתוח עתידי של דוקטרינה המקדמת זכויות אנשים עם מוגבלויות בכל תחומי המשפט.

סעיף 1 לחוק, הקרוי "עקרון יסוד", קובע כי "זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות". סעיף זה מעגן למעשה את עקרון השוויון לאנשים עם מוגבלויות כעקרון-יסוד במשפט הישראלי, החל בכל תחום והקשר. במובן זה הוא דומה לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, שעליו נאמר כבר בתחילת דרכו כי הוא חוק "אידיאולוגי, מהפכני, משנה-סדר-חברה", המבקש "לעקור מן השורש" כל "קיפוח משפטי" של האישה.⁶⁴ החוק ממשיך גם מסורת פסיקתית ענפה אשר ביססה את עקרון השוויון כעקרון-יסוד במשפט הישראלי. מעניין שחוק השוויון נחקק לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו נמנע המחוקק במפורש מלתת ביטוי חוקתי לעיקרון זה, אך דבריו של השופט חשין מעידים, לדעתי, כי החוק דווקא נישא על גלי "המהפכה החוקתית" ועל הפסיקה שלאחר חוק-היסוד אשר קראה לתוכו את עקרון השוויון.⁶⁵ עוד יש לציין את העקרונות המשלימים לעקרון השוויון, הלקוחים מן המשפט העברי: כבוד האדם שנברא בצלם ועקרון כבוד הבריות. אלה מגלמים את תפיסת השוויון ההלכתית, הרואה בכל בני-האנוש ברואים

63 עניין אברץ, לעיל ה"ש 6, בעמ' 335.

64 בג"ץ 202/57 סידס נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול, ירושלים, פ"ד יב 1528, 1537 (1958). ראו גם את האמירות בבג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 240 (1994), שלפיהן מדובר בחוק "מלכותי" אשר "מעגן בחקיקתה של המדינה את עקרון השוויון".

65 ראו ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז 63 (2016), וכן את פסיקת בית-המשפט העליון בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

שווים לפני האל, מעצם העובדה שהם נבראו בצלמו ומכוח היותם בריותיו של הבורא.⁶⁶ החיבור להלכה מעניין כאן מכמה פנים: ראשית, הוא מבקש לגשר על המתח בין ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית – מתח שלבש צורה חדשה לאחר חקיקת חוק-היסוד; שנית, הוא מעיד על החיבורים הפוליטיים שברקע החוק בין מגוון רחב של חברי כנסת, ביניהם חברי כנסת מסיעות דתיות, ובראשם שאול יהלום מסיעת המפד"ל, שהוביל את המהלך; שלישית, הוא מבטא את הקואליציה הערכית העומדת בבסיס התחום של זכויות אנשים עם מוגבלויות, אשר אינו מזוהה דווקא עם הצד ה"שמאלי" של המפה הפוליטית (המתאפיינת בתמיכה יחסית בזכויות אדם ובזכויות חברתיות), אלא מתחבר גם עם עקרונות של חסד וצדקה.⁶⁷

סעיף 2, סעיף המטרה של החוק, קובע כי "חוק זה 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 לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו". מבנה הסעיף כולל כמה חלקים. חלקו הראשון יוצר חיבור ישיר ומפורש לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכך הופך אותו לחוק שלשונו אכן חוקתית, ואשר תפקידו הוא לפרוט לפרטים את משמעותם של עקרונות כבוד האדם וחירותו לגבי אנשים עם מוגבלויות.

המשך הסעיף מרחיב את המצע הערכי של חוק-היסוד, וכולל גם "השתתפות שוויונית ופעילה" וכן "מענה הולם" לצורכיהם של אנשים עם מוגבלויות – שני רכיבים המעשירים את תפיסת שוויון הזכויות שבבסיס החוק. הזכות להשתתפות שוויונית ופעילה לא זכתה עד כה בהתייחסות מובחנת במשפט, אך יש להתעכב עליה שכן היא מכניסה בצורה עקיפה את עקרון השוויון אל תוך סעיף המטרה של החוק, תוך שהיא מעניקה לו תוכן מהותי שעיקרו הכרה בהדרה שאנשים עם מוגבלויות חווים בכל תחומי החיים.⁶⁸ המושג "השתתפות" מתכתב גם עם המושגים "שילוב" ו"הכללה", המהווים עקרונות חשובים במסגרת שיח הזכויות של אנשים עם מוגבלויות,⁶⁹ אך חיבורו עם התואר "פעיל" – "השתתפות פעילה" (אקטיבית) – הופך אותו לאפקטיבי יותר, שכן צירוף זה אינו מסתפק בשילוב או השתתפות לכאוריים או סבילים, אלא מקים חובה לייצר את התנאים שבהם תאפשר השתתפות פעילה.⁷⁰ לפיכך, לטענתי, ניתן לראות בביטוי זה גם עיגון לחובת ההתאמות, ואף ראשית עיגון לזכות לנגישות (ובהתאם – לחובת ההנגשה), שכן התאמות ונגישות הן תנאי הכרחי להשגת השתתפות פעילה כאמור.⁷¹

66 להרחבה ראו רחלי שולשטיין "שילובם של אנשים עם מוגבלות בחברה על פי ההלכה היהודית" פרלמנט 74 (2012). ראו גם מנחם אֶלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 253, 272 (1995); מנחם אֶלון "בצלם אלוהים ברא אותו: כבוד האדם וחירותו" פרשת השבוע 47 (התשס"ב).

67 מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 114–115.

68 זיו "בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים", לעיל ה"ש 13, בעמ' 820.

69 ש.ם.

70 ש.ם; אופיר ואורנשטיין, לעיל ה"ש 20.

71 זיו "בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים", לעיל ה"ש 13, בעמ' 820–821; מור "משפט נגיש לכל", לעיל ה"ש 13, בעמ' 29–31; ספיר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 430–432.

עקרון המענה ההולם מרחיב עוד יותר את תפיסת השוויון והזכויות שבבסיס החוק.⁷² הוא מהווה הכרה בחובות החיוביות המוטלות על המדינה בכל הנוגע בהגנה על זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ובמימושן, וכן בעקרון השוני בבסיס לשוויון מהותי.⁷³ רעיונות אלה נכונים לגבי כל פרט וכל קבוצה, אך רק אנשים עם מוגבלויות זכו לכך שהעיקרון המעגן חובות אלה יוכר בחקיקה ראשית מעין-חוקתית. על-פי עקרון המענה ההולם, על המדינה לספק מענה לצורכיהם של אנשים עם מוגבלויות, גם כאשר צרכים אלה הינם ייחודיים לקבוצה, כל עוד הם נדרשים על-מנת לאפשר לאדם עם מוגבלות "לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו", כמילות הסיפא של הסעיף. כאן מדובר במענים אשר יסווגו לרוב כזכויות חברתיות או כזכויות בתחום הרווחה והשירותים החברתיים, כגון תוכניות הכשרה בתעסוקה, הקמת מערכי דיור בקהילה, שירותי סיוע בחינוך, מתן קצבה או שירות של סיוע אישי או נידות, ועוד.⁷⁴

אף שהחקיקה נוקטת לשון "מענה הולם", המשכו של הסעיף מבהיר כי מדובר במענה הולם ל"צרכים מיוחדים" – נוסח שהוא זכר למושגים שאינם תואמים את שפת הזכויות. כך, למשל, חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988, עוסק ב"תלמידים עם צרכים מיוחדים", בעוד שהוא היה צריך למעשה לעסוק ב"תלמידים עם מוגבלויות", ואילו החלק בחוק התכנון והבניה שעוסק בנגישות נקרא בעבר "סידורים מיוחדים לנכים".⁷⁵ כעת, בחלוף השנים ועם השתכללות השיח, נראה שאפשר לתקן ולומר "מענה הולם לצרכיו", ללא תיאורם כ"מיוחדים", או לכל-הפחות לשנות זאת ל"צרכיו הייחודיים", שכן הצרכים אומנם ייחודיים, כשם שלכל קבוצה יש צרכים ייחודיים משלה, אך לא "מיוחדים" במובן התיוגי והמפלה.⁷⁶ לסיום הדיון בסעיף זה ראוי לציין כי יש לעשות שימוש זהיר בעקרון המענה ההולם, שכן המענה הניתן לאנשים עם מוגבלויות במסגרת מדינת הרווחה עלול להיות נטוע בתפיסה פטרונית, שיקומית וסגרגטיבית, שאינה הולמת עידן של זכויות. לפיכך יש לקרוא את הסיפא של הסעיף כמכלול המספק מסגרת ערכית למתן שירותים חברתיים: "בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו" של האדם.

סעיף 3 מעגן את עקרון ההעדפה המתקנת 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". הסעיף מבטא את ההכרה הגוברת בעקרון ההעדפה המתקנת

72 דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 24, בעמ' 19.

73 אופיר ואורנשטיין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 57.

74 ראו גם זיו "בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים", לעיל ה"ש 13, בעמ' 821. בעת החקיקה ביטא ס' 2 ניסיון לגשר בין גישת איסור הפליה האנגלו-אמריקאית לבין גישת השירותים החברתיים הסקנדינבית, וליצור סנתזה בין השתיים. ראו אופיר ואורנשטיין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 56–57.

75 ראו תקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות) (תיקון מס' 5), התשל"א-1971, ס"ח 1039, שם כונה חלק ה לחוק התכנון והבניה "התקנת סידורים מיוחדים לנכים בבנין ציבורי". כן ראו מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 2.

76 ראו גם שם, בעמ' 101, וכן נטע זיו, שגית מור ואדוה איכנגרין "מבוא: לימודי מוגבלות בעברית – שדה אקדמי בהתהוות" לימודי מוגבלות: מקראה, לעיל ה"ש 37, 11, בעמ' 31–37; נצן אלמוג ויובל גרבר "לקרוא את לינטון בעברית: תביעה מחדש של מוגבלות בישראל" לימודי מוגבלות: מקראה, לעיל ה"ש 37, 139.

בשנות התשעים, עת חקיקת החוק, כפי שיעיד גם התיקון משנת 2000 לחוק שוויון זכויות האשה, הנושא אופי דומה.⁷⁷ בצד זאת הוא מבטא גם הכרה בצורך העמוק בהעדפה מתקנת של אנשים עם מוגבלויות לשם תיקון עוולות העבר. ביטוי לצורך זה נמצא במנגנוני ההעדפה המתקנת המתקדמים הנמצאים בפרק התעסוקה שבחוק, אשר מחיל את עקרון הייצוג ההולם גם על מעסיקים פרטיים המעסיקים יותר מעשרים וחמישה עובדים, ואשר זכה בשנים האחרונות גם בפיתוח פסיקתי.⁷⁸ כפי שראינו, לאחרונה נוסף בחוק מנגנון של מכסות לייצוג הולם של אנשים עם מוגבלויות בגוף ציבורי גדול, ולצידו נקבע מנגנון מכסות נוסף החל על חברות המעסיקות יותר ממאה עובדים.⁷⁹

אך לעקרון ההעדפה המתקנת יש תפקיד גם מעבר לתחום התעסוקה. תפקיד זה מתחבר לחובות החיוביות של המדינה בקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, לשוויון המהותי שזכויות אלה נשענות עליו בהכרח ולאופיין כזכויות חברתיות. כל אימת שהמדינה מקצה משאבים ייחודיים לתחום המוגבלות, קידום השוויון בא לכאורה על-חשבון ציבור אחר או כלל הציבור. כאשר רשות מקומית מקצה משאבים להנגשת המרחב הציבורי, היא מייצרת העדפה לזכויות אנשים עם מוגבלויות על אינטרסים וצרכים אחרים. כאשר מעניקים לאדם עם מוגבלות עדיפות בקבלת שירות ללא תור או פטור מתשלום למלווה, יש בפעולה זו, על פניה, העדפה של אנשים עם מוגבלויות.⁸⁰ בכל אלה סעיף 3 יכול לסייע.

סעיף 4 לחוק עניינו הזכות לקבל החלטות, והוא מתחבר לאחד מעקרונות היסוד של התנועה לזכויות אנשים עם מוגבלויות, אשר נהפך גם לסיסמתה: "שום דבר עלינו בלעדינו" ("Nothing About Us Without Us"). את הסיסמה הזו אני מציעה לקרוא בשני רבדים: רובד אישי, העוסק בקבלת החלטות הנוגעות בגורלו של הפרט; ורובד קבוצתי, העוסק בקבלת החלטות בתחומי מדיניות, משפט וכיוצא באלה, שבהם מתבקש ייצוג קולקטיבי לקולם של אנשים עם מוגבלויות כקבוצה.⁸¹ סעיף 4 עוסק ברובד האישי, ולפיו "אדם עם מוגבלות זכאי לקבל החלטות הנוגעות לחייו, על פי רצונו והעדפותיו, והכל בהתאם להוראות כל דין". סעיף זה היווה את הסנונית שבישרה את המהפכה – הנמצאת כיום בעיצומה – בתחום הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. כבר בעת חקיקתו היה בו משום קריאת-תיגר על תפיסת הכשרות המשפטית הרווחת, ולכן נוסף לו הסיפא, שבא לסייג את עקרון קבלת ההחלטות ולהכפיפו לחוק הקיים, כלומר, לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962.⁸² דברי

77 ראו ס' 1ב(2) לחוק שוויון זכויות האישה.

78 בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 5.5.2014). לפסיקה מוקדמת יותר ראו עב' (אזורי נצ') 1732/04 דה-קסטרו – מ.ב.א הזורע (פורסם בנבו, 10.7.2005). עוד בנושא זה ראו מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 126, 144–146.

79 ראו ס' 9 לחוק שוויון זכויות אנשים עם מוגבלות וכן צו ההרחבה, לעיל ה"ש 34. ראו גם אלבין ומור, לעיל ה"ש 32, בעמ' 78.

80 ס' 13–14 לתקנות הנגישות לשירות.

81 להרחבה ראו Sagit Mor, *Nothing About Us Without Us: A Disability Challenge to Bioethics*, in *BIOETHICS AND BIOPOLITICS IN ISRAEL: SOCIO-LEGAL, POLITICAL, AND EMPIRICAL ANALYSIS* 97 (Hagai Boas et al. eds., 2018) (להלן: *Mor, Nothing About Us Without Us*).

82 ראו דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 24, בעמ' 26, המזכיר שני דברי חקיקה נוספים כחלק מהדין הקיים, והם חוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996, וחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א–1991.

החקיקה מעידים כי מטרת הסעיף הייתה לעגן את זכותם של אנשים עם מוגבלויות – ובפרט של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית – לאוטונומיה.⁸³ כאמור, סעיף 4 היווה סנונית בלבד. בשנת 2012 אשררה מדינת-ישראל את האמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות, ובמסגרת האשרור הכירה בצורך לשנות את חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, בהתאם לסעיף 12 לאמנה. אכן, בשנת 2016 תוקן החוק, ונוסף לו, בין היתר, פרק העוסק בקבלת החלטות נתמכת כחלופה לאפוטרופסות – חלופה שהיא הביטוי הרדיקלי ביותר כיום להכרה ביכולתם של אנשים עם מוגבלויות לקבל החלטות בעזרת מנגנוני תמיכה מותאמים אישית שמטרתם לבטא את רצון האדם, ולא להחליט עבורו מהי טובתו.⁸⁴ אך סעיף 4 עוסק בהכרה לא רק במעמד השווה של אנשים עם מוגבלויות לפני החוק, אלא גם במעמדם בכל תהליך קבלת החלטות בעניינם, בין בנוגע לחינוך, לדיוור, להתאמות בתעסוקה, לטיפול רפואי או למימוש חופש ההצבעה בבחירות. מימוש האוטונומיה של הפרט בכל אלה מצריך פעמים רבות מנגנונים של תמיכה בקבלת החלטות שיאפשרו לכל אדם לקבל את ההחלטה הנכונה מבחינתו.

לסיום חלק זה, סעיף 6, שעניינו עקרונות במימוש זכויות ובמתן שירותים לאדם עם מוגבלות, קובע כי אלה ייעשו "תוך הקפדה על כבוד האדם וחירותו והגנה על פרטיותו" ו"במסגרת השירותים הניתנים והמיועדים לכלל הציבור, תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות".⁸⁵ לגבי זכויות ושירותים הניתנים על-ידי גוף ציבורי, על גוף זה לתתם "באיכות נאותה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגוריו של האדם, והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשותו".⁸⁶ סעיף זה מחזק אף הוא את מעמדו של הפרט, הפעם בתהליכי המימוש של זכויות ושירותים, ומהווה משקל-נגד אל מול הסדרים מבוססי-הפרדה. יחד עם סעיף 4 הוא מבקש להבטיח אפשרות בחירה שאינה ריקה מתוכן, אלא כזו שבה האדם יכול לעמוד על כבודו, חירותו ופרטיותו, וכן על זכותו להיות חלק מהמרחב הציבורי ומהציבור הרחב.⁸⁷ זאת, תוך התנגדות להיגיון של "נפרד אבל שווה" ועמידה על סטנדרט של סבירות, בפרט ככל שמדובר בשירותים וטובין חברתיים הניתנים לכלל הציבור. בחירה בין שירות פטרנליסטי או סגרגטיבי לבין העדר שירות כלל אינה בחירה. בסעיף זה נעשה שימוש רב במסגרת תביעות ועתירות שונות אשר קידמו זכויות של אנשים עם מוגבלויות. כך, למשל, היה בבג"ץ יתד,⁸⁸ שם הזכירה השופטת דורנר את סעיף 6 על-מנת לחזק את עקרון השילוב בחינוך.

ראו גם את ההסתייגות שהציג ארגון "בזכות" לסיפא של הסעיף, המעידה על החשש מכך שהוא יחתור תחת רעיון האוטונומיה (שם). להרחבה ראו מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 95–98.

83 דוח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 24, בעמ' 26.

84 Arlene S. Kanter & Yotam Tolub, *The Fight for Personhood, Legal Capacity, and Equal Recognition Under Law for People with Disabilities in Israel and Beyond*, 39 CARDOZO L. REV. 557 (2017).

85 ס' 6(א)(1)–(2) לחוק השוויון. ראו גם אופיר ואורנשטיין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 59–61.

86 ס' 6(א)(3) לחוק השוויון.

87 Mor, *Nothing About Us Without Us*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 106–108.

88 בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 845 (2002).

סעיפי העקרונות שבחוק השוויון מהווים אם כן משאב משפטי חשוב בקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ובתמיכה בהגשת תביעות ועתירות. הם משלימים את הסעיפים האופרטיביים שבחוק ומסייעים בפיתוח המשפט כולו באופן התואם ומקדם זכויות אנשים עם מוגבלויות. זאת, לא רק בתחומי החינוך והדיור, אלא גם בתחומי משפט כלליים, כגון נזיקין ומשפחה. במסגרת דיני הנזיקין עשה בית-המשפט שימוש בסעיפים 1 ו-2 לחוק בפסק-הדין בעניין המר, אשר ביטל את עילת החיים בעולה וקבע כי "ערך חייהם של אנשים עם מוגבלות הוא מוחלט ולא יחסי".⁸⁹ במסגרת דיני המשפחה ניתן לפתח בעזרת סעיפים אלה דינים שוויוניים המכבדים את האוטונומיה של אנשים עם מוגבלויות כהורים שווים-ערך בשאלות הקשורות למשמורת, לאימוץ, לטכנולוגיות פריון ועוד, תוך הבטחת מענה הולם בדמות מתן שירותי רווחה התומכים בהורות ובזוגיות של אנשים עם מוגבלויות. סעיפי העקרונות מסמנים אם כן לא רק לאן החוק מגיע, אלא גם לאן הוא יכול להגיע, והוא יכול להגיע הרחק מעבר לתחומים שנקבעו בחקיקה הראשית.

2. האמנה – מסמך חזון מקיף

מסמך משלים לחוק השוויון נמצא באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות. האמנה – שנחתמה על-ידי מדינת-ישראל סמוך לאימוצה, בשנת 2006, ואף אושררה על-ידיה בשנת 2012 – אומנם אינה חוק ואינה מהווה חלק ממשפט המדינה הפנימי, אך מרגע שהיא אושררה המדינה מחויבת להתאים את המצב המשפטי להוראותיה.⁹⁰ להבדיל מחוק השוויון, שהיקפו מוגבל, האמנה מגלמת מסמך חזון שמתייחס כמעט לכל תחומי החיים. אמנה זו זכתה בשבחים רבים בהיותה אמנת זכויות האדם המקיפה ביותר, אשר מציגה תפיסת זכויות מתקדמת ומלווה מנגנוני מעקב ויישום חדשניים.⁹¹ האמנה כוללת הצהרת עקרונות רחבה ומפורטת, ומתייחסת למגוון הקיים בקרב אנשים עם מוגבלויות, ובכלל זה קבוצות שונות, כגון נשים עם מוגבלויות, ילדים עם מוגבלויות ויחסי מרכז-פריפריה.⁹² יתרה מזו, האמנה מגלמת את המעבר שהתרחש בתחום של זכויות אנשים עם מוגבלויות משיח של זכויות אזרח, שהובל על-ידי המודל האמריקאי המגולם ב-ADA,⁹³ אל עבר שיח של זכויות אדם, הכולל בתוכו את כל מכלול הזכויות הקיים, תוך שהוא מחבר בין זכויות אזרחיות לזכויות חברתיות כזכויות

89 ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פס' 27 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 28.5.2012).

90 תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 65 (רובי סִיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016).

91 להרחבה ראו Maya Sabatello & Marianne Human Rights and Disability Advocacy (Schulze eds., 2013); Arlene S. Kanter, The Development of Disability Rights Under International Law: From Charity to Human Rights (2014).

92 ס' 6 לאמנה, העוסק בנשים עם מוגבלות; ס' 7 לאמנה, העוסק בילדים עם מוגבלות; וס' 9, 25, 26 לאמנה, המתייחסים במפורש לנגישות בפריפריה.

93 ADA, לעיל ה"ש 16.

שוות-מעמד ושוות-חשיבות לכל דבר, ומכיר בהיבטים של כוח ועוני בהבניית המושג "מוגבלות" ובקביעת מעמדם של אנשים עם מוגבלויות בחברה.⁹⁴ סעיפי האמנה מתייחסים למגוון תחומי החיים, ורבים מהם מתמצתים את תפיסת-העולם העדכנית של זכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות בחדות, בבהירות ובפשטות יחסית. באמנה יש סעיפים קונקרטיים העוסקים בנגישות, בזכות לחיים, במצבי חירום, בשוויון לפני החוק, בגישה לצדק, בחופש מעינויים ומיחס אכזרי, בחופש תנועה, בחיים עצמאיים ושילוב בקהילה, בחופש הביטוי וגישה למידע, בכבוד לפרטיות, בכבוד לבית ולמשפחה (בכל הקשור לזוגיות, לנישואים, להורות ולפוריות), בחינוך, בבריאות, בהכשרה ושיקום, בעבודה ותעסוקה, ברמת חיים והגנה סוציאלית נאותות, בהשתתפות בחיים פוליטיים וציבוריים, וכן בהשתתפות בחיי תרבות, בילוי, פנאי וספורט. זאת, לעומת חוק השוויון, העוסק בעיקר בתעסוקה ובנגישות. סעיפי האמנה מקדמים תפיסת-עולם ביקורתית של מוגבלות, ומגלמים תפיסת זכויות ושוויון שמבקשת לקדם שינוי-עומק מבני ביחסים החברתיים שבהם נטועות ההפליה וההדרה של אנשים עם מוגבלויות. הם מחילים חובות חיוביות על המדינה במימוש הזכויות המנויות – דרך אימוץ תפיסת נגישות רחבה, חובת התאמות וקידום שירותים חברתיים מתקדמים, לרבות מנגנוני תמיכה – וכן מבקשים להעניק אוטונומיה וחופש בחירה לפרט בכל היבט בחייו.⁹⁵ לפיכך האמנה מהווה משאב חשוב נוסף בקידום השוויון והזכויות של אנשים עם מוגבלויות גם במשפט הישראלי המקומי. ראשית, התחייבותה של המדינה לאמנה, דרך אשרורה, מחזקת באופן עקיף את אותם תחומים שלא הוכרו בחקיקה המקומית אך הוכרו באמנה, כפי שעולה מהרשימה המפורטת שלעיל. שנית, האמנה מהווה מודל והשראה לניסוח שפת זכויות מקומית, בעיקר באותם הקשרים שלא טופלו עד כה בחוק השוויון. כך, למשל, הסעיף העוסק בחיים עצמאיים ושילוב בקהילה קובע כי "תהא לאנשים עם מוגבלויות הזדמנות לבחור את מקום מגוריהם והיכן ועם מי יגורו, בשוויון עם אחרים, וכי לא יחויבו להתגורר בהסדר מגורים מסוים".⁹⁶ אף שסעיף זה קצר, הוא רדיקלי ביותר, בהעניקו לאנשים עם מוגבלויות את החירות לקבל החלטות בתחום הדיור עבור עצמם. בצד זאת הסעיף קובע גם כי "תהא לאנשים עם מוגבלויות גישה למגוון שירותי תמיכה קהילתיים... לרבות סיוע אישי שנדרש כדי לתמוך בחיים בקהילה ובשילוב בה, וכדי למנוע בידוד או הפרדה מהקהילה".⁹⁷ בכך הוא מבקש להבטיח מעטפת של שירותים חברתיים המאפשרים את החיים בקהילה ומספקים מענה הולם לצורכיהם של מי שחיים בקהילה, ומבקר במפורש הסדרי מגורים המבוססים על בידוד והפרדה מהקהילה. בחותמה על אמנת האו"ם הכריזה מדינת-ישראל כי היא מאמצת עקרונות ורעיונות אלה, ושואפת לצמצם את הפער בין המצב בפועל לבין

94 האמנה מכירה בהיותה של המוגבלות תוצר של יחסי כוחות, ומתייחסת מפורשות להיבטים של עוני. ראו בעניין זה את הגדרת המוגבלות במבוא לאמנה, בפס' (ה), שלפיה "מוגבלות היא מושג מתפתח... [והיא] נובעת מיחסי גומלין בין אנשים עם לקויות לבין מחסומים של גישה ושל סביבה, המעכבים את השתתפותם המלאה וכת-התועלת בחברה בשוויון עם אחרים", וכן בס' 1 לאמנה. כן ראו את ההוראות לעניין עוני במבוא לאמנה, בפס' (יג) ו-(כ), וכן בס' 28 לאמנה.

95 HUMAN RIGHTS AND DISABILITY ADVOCACY, לעיל ה"ש 91; Kanter & Tolub, לעיל ה"ש 84.

96 ס' 19 (א) לאמנה.

97 ס' 19 (ב) לאמנה.

האידיאל המוכרז באמנה. אכן, הצעת חוק בנושא, המונחת על שולחן הכנסת, מבקשת לתקן את חוק השוויון ולהוסיף לו פרק ברוח זו.⁹⁸

תחום אחד ראוי לציון שבו התרחש שינוי כזה הוא תחום הכשרות המשפטית. בתהליך אשרור האמנה התבהר למשרד המשפטים כי זהו התחום שבו קיים הפער המשמעותי ביותר בין הקו שהאמנה מתווה לבין המצב המשפטי והמצב בפועל במדינת ישראל. סעיף 12 לאמנה, שעניינו "הכרה שווה בפני החוק", קובע כי "לאנשים עם מוגבלויות הזכות להכרה בכל מקום, כבני אדם בפני החוק", וכי הם "בעלי כשרות משפטית שווה לזו של אחרים, בכל היבטי החיים". הסעיף אף מרחיב ומחייב את המדינות לנקוט "אמצעים הולמים כדי להבטיח לאנשים עם מוגבלויות גישה לתמיכה שהם עשויים להזדקק לה, על מנת לממש את כשרותם המשפטית". לפיכך, ובמקביל לאקטיביזם נרחב של ארגוני חברה אזרחית בנושא, התחייבו משרד המשפטים ונציבות השוויון לשינוי חקיקתי, ובתוך ארבע שנים מאשרור האמנה תוקן חוק הכשרות המשפטית והאפורטרופוסות: המושג "חסוי" הוחלף ב"אדם שמונה לו אפורטרופוס", הושחו מגבלות נוספות על האפורטרופוס, ונוצרו מנגנונים מתקדמים של קבלת החלטות נתמכת ויפוי-כוח מתמשך כחלופות לאפורטרופוסות.⁹⁹

תחומים אחרים שבהם יש לאמנה פוטנציאל השפעה ניכר הם תחום הבית והמשפחה ותחום האשפוז הפסיכיאטרי – שני תחומים שהמצב המשפטי בעניינם טרם עבר שינוי ואינו מבטא תפיסה של זכויות אדם. סעיף 23 לאמנה מכונה "כבוד לבית ולמשפחה", וקורא "לביעור הפליה כנגד אנשים עם מוגבלויות בכל הקשור לנישואין, משפחה, הורות ומערכות יחסים, בשוויון עם אחרים", כולל הזכות להינשא ולהקים משפחה, הזכות לקבל החלטות בתחומי הילודה ותכנון המשפחה, וכן שימור פוריותם של אנשים עם מוגבלויות.¹⁰⁰ המאבק לשינוי פניו של הטיפול הפסיכיאטרי נשען על שורת סעיפים באמנה, ביניהם סעיף 14, העוסק באי-שלילת חירות; סעיף 15, העוסק בחופש מעינויים ומיחס או ענישה אכזריים; סעיף 17, העוסק בשלמות הגוף והנפש; וסעיף 25, העוסק בטיפול רפואי בהסכמה חופשית ומדעת.¹⁰¹ כיום, אם כן, האמנה אומנם אינה מסמך משפטי בעל תחולה אופרטיבית בארץ, אך היא מסמנת יעד ודרך לנסח את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בצורה הדוקה ופשוטה יחסית. האתגר הוא לגייס מקבלי החלטות וקובעי מדיניות לתמיכה בשינויים ברוח האמנה, שכן הניסוח קיים, אך תפיסת-העולם הערכית והמקצועית השלטת ביחס למוגבלות, כמו-גם התפיסות החברתיות-הכלכליות הרווחות, צריכות עדיין לעבור כברת-דרך.¹⁰²

98 הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון – דיור בקהילה וסיוע אישי), התשע"ו–2016, פ/3167/20.

99 חוק הכשרות המשפטית והאפורטרופוסות (תיקון מס' 18), התשע"ו–2016, ס"ח 798 (להלן: תיקון מס' 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפורטרופוסות).

100 ס' 23 לאמנה.

101 Tina Minkowitz, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to Be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions*, 34 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 405 (2007).

102 לפירוט ראו את המסמך הבא, הבוחן את הפער בין האמנה לבין המצב בפועל בארבעה תחומים מרכזיים – כשרות משפטית, דיור בקהילה, משפחה ותעסוקה: רון דרך, רוני רוטלר ויותם טולוב,

3. חקיקה ספציפית – מביזור לחשיבה כוללת

חוק השוויון הוא דבר החקיקה הראשי העוסק בזכויות אנשים עם מוגבלויות, אך אין הוא דבר החקיקה היחיד העוסק בכך. קיימת חקיקה ספציפית רבה המסדירה את חייהם של אנשים עם מוגבלויות, מקנה זכויות וזכויות או שוללת אותן, או מכתובה עקרונות במימושן. מדובר בחקיקה פזורה ומבוזרת, נטולת קוהרנטיות ושיטתיות מחשבתית, אשר טרם התאימה את עצמה לעידן הזכויות, אף שעברו עשרים שנה מאז נחקק חוק השוויון ויותר מעשור מאז חתמה ישראל על אמנת האו"ם.¹⁰³ לא אסקור כאן את כל החקיקה הקיימת בתחום, אך בדברים הבאים אבקש להציע מיפוי כללי של מגמות מרכזיות. לסיום אטען כי את החקיקה הקיימת באותם תחומים שלא הוסדרו במסגרת חוק השוויון יש לקרוא לאורו של חוק השוויון ותפיסת-העולם שהוא מציע בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות, וכן בעזרת אמנת האו"ם, המציעה חזון משלים כולל.

רוב דברי החקיקה בתחום המוגבלות שקדמו לחוק השוויון עסקו בהטבות וזכויות בתחום הקצבאות¹⁰⁴ או בהסדרת שירותים שהמדינה מעניקה בתחום הרווחה.¹⁰⁵ חוקים אלה, שהתקבלו במקורם בשלושת העשורים הראשונים של המדינה, היו נטועים בתפיסת-עולם מסורתית למוגבלות, ועל-אף התיקונים שנעשו בהם, הם המשיכו לשקף אותה תפיסה, אשר ביקשה להיטיב עם אנשים עם מוגבלויות אך בפועל פעלה בפטרונות וחיזקה את ההפרדה והתיגו השלילי שאפיינו את היחס כלפיהם.

במהלך השנים עד לחקיקת חוק השוויון החלו להתקבל חוקים בשני מישורים מרכזיים: נגישות וחינוך. בתחום הנגישות תוקנו התקנות והחוקים בתחום התכנון והבנייה שקבעו "סידורים מיוחדים לנכים" בבניינים ציבוריים.¹⁰⁶ כן נקבעו כללים בדבר הנמכת מדרכות ונגישות לקלפיות,¹⁰⁷ ובהמשך נוספו חוקים המבקשים להסדיר סוגיות כגון הוספת כתוביות לחירשים בשידורי הטלוויזיה, איסור הפליית עיוורים המלווים על-ידי כלבי-נחייה וקביעת

דוח צללים: יישום אמנת האו"ם בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בישראל (הפורום האזרחי ליישום האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, 2018).
 103 Arie Rimmerman et al., *Mapping the Terrain of Disability Legislation: The Case of Israel*, 30 DISABILITY & SOC'Y 46 (2015).
 104 בין חוקי הקצבאות בולטים חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 [נוסח משולב], ס"ח 295, המעניק הטבות לנכי צה"ל, וחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 1552, הכולל ביטוח נכות לנפגעי תאונות-עבודה (פרק ה לחוק) וכן ביטוח נכות כללי (פרק ט לחוק). בצד אלה יש חוקי קצבאות רבים נוספים (לפירוט ראו מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית", לעיל ה"ש 59, בעמ' 106-109), וקיים גם חוק שירותי הסעד, התשי"ח-1951, ס"ח 103, היוצר מסגרת חוקית להענקת סיוע כלכלי נוסף לנוקקים.
 105 חוק הסעד (טיפול במפגרים), התשכ"ט-1969, ס"ח 558 (אשר שמו שונה בהמשך לחוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית), התשכ"ט-1969, ס"ח 132); חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, ס"ח 58, אשר החליף חוק ישן משנת 1955 אך לא ביטא עדיין תפיסת זכויות, אלא רק ריכוך של המודל הרפואי שעמד בבסיס החוק הישן.
 106 תקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות) (תיקון מס' 5), התשל"א-1971, ק"ת 1039; חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 15), התשמ"א-1981, ס"ח 109.
 107 חוק הרשויות המקומיות (סידורים לנכים), התשמ"ח-1988, ס"ח 104; חוק לתיקון דיני הבחירות (מקום קלפי), התש"ן-1990, ס"ח 162 (העוסק בהצבעת אנשים המוגבלים בניידות).

חניות מסומנות לנכים.¹⁰⁸ בתחום החינוך היה זה חוק חינוך מיוחד שיצר לראשונה, בשנת 1988, חובה של המדינה לספק חינוך חובה לילדים עם מוגבלויות. חוקים אלה החלו אומנם לבשר שינוי, אך בכל הנוגע בהענקת זכויות ובמכוונות של זכויות הם היו מינימליים וחלקיים, ולרוב לא נאכפו.¹⁰⁹

לאחר חקיקת חוק השוויון, בשנת 1998, ניתן להיווכח בהליכי חקיקה מגוונים – חלקם חוקים חדשים וחלקם תיקונים של חקיקה קודמת – המעידים על השפעתם של חוק השוויון ושל עידן הזכויות (שהחוק הינו חלק ממנו) על החקיקה בכללותה. אזכיר את חלקם. מייד בתחילת שנות האלפיים תוקנו כמה דברי חקיקה המבקשים לקדם דיור בקהילה. חוק שיקום נכי נפש בקהילה, התש"ס–2000,¹¹⁰ ביקש לתת מענה כולל לשיקומם של אנשים עם מוגבלות נפשית בקהילה, במקום המענה הממוסד בדמות אשפוז פסיכיאטרי, ואילו לחוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית) (לשעבר חוק הסעד טיפול במפגרים) (להלן: חוק הסעד) הוסף סעיף 7א, הקובע עדיפות לשילוב בקהילה.¹¹¹ באותה שנה חוקקו ותוקנו חוקים חשובים הנוגעים בתחום החינוך, ביניהם חוק מעונות יום שיקומיים, שבא להבטיח מסגרת טיפולית שיקומית לפעוטות, וכן חוק חינוך מיוחד, שהוסף לו פרק השילוב.¹¹² בהמשך, בתחום הביטחון הסוציאלי, נקבעו תקנות הנוגעות במתן שכר-מינימום מופחת, נחקק חוק העוסק במעמדם של אנשים המועסקים כמשתקמים, ותוקן חוק הביטוח הלאומי כך שנקבעה הפחתת קצבה מדורגת, ולא גורפת, לאנשים המשתתפים במעגל העבודה.¹¹³ קבוצת חוקים נוספת, המתאפיינת במכוונות מוצהרת של זכויות, עוסקת בנגישותו של המשפט. בקבוצה זו כלולים החוק העוסק בהתאמת הליכי חקירה והעדה לאנשים עם מוגבלות נפשית, שכלית ואוטוטיזם¹¹⁴ וכן התיקון לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.¹¹⁵ לצד חוקים אלה ניתן למצוא עשרות הוראות חוק ותקנות הנוגעות בהנחות והטבות בשירותים שונים, כגון הנחה

-
- 108 חוק הקלות לחרש, התשנ"ב–1992, ס"ח 116; חוק איסור הפליית עיוורים המלווים בכלבי נחייה, התשנ"ג–1993, ס"ח 48; חוק חניה לנכים, התשנ"ד–1993, ס"ח 28.
- 109 אופיר ואורנשטיין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 48–51; זיו "בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים", לעיל ה"ש 13, בעמ' 25–31.
- 110 חוק שיקום נכי נפש בקהילה, התש"ס–2000, ס"ח 231.
- 111 לתיקון שבו הוסף הסעיף ראו חוק הסעד (טיפול במפגרים) (תיקון מס' 4), התש"ס–2000, ס"ח 212.
- 112 חוק מעונות יום שיקומיים, התש"ס–2000, ס"ח 169; חוק חינוך מיוחד (תיקון מס' 7), התשס"ג–2002, ס"ח 90.
- 113 ראו, בהתאמה, תקנות שכר-מינימום מותאם; חוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ז–2007, ס"ח 450 (החוק פקע בשנת 2017); חוק לרון.
- 114 חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו–2005, ס"ח 42. ראו גם את ההוראות המשלימות בס' 38–41 לתקנות הנגישות לשירות לעניין נגישות בחקירה לאנשים עם מוגבלות פיזית, מוגבלות חושית או מוגבלות בתקשורת. כן ראו את ההוראות לעניין התאמות הנגישות בערכאות שיפוטיות בס' ה לתקנות.
- 115 תיקון מס' 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

בחשבונות חשמל, טלפון, ארנונה ומים, זיכויי מס, פטורים מתשלומים, סיוע בשכר-דירה וברכישת ציוד ותרופות, וכן תקנות ונהלים נוספים בתחומי הבריאות, הדיור והחינוך.¹¹⁶ כל אלה נתפסים פעמים רבות כמצויים מחוץ לעולם הזכויות של אנשים עם מוגבלויות, וכמתנהלים בנפרדות מלאה. תפיסה הוליסטית של החקיקה תכיר בכך שזכויות אנשים עם מוגבלויות אינן נמצאות רק בחוק השוויון, אלא פזורות על-פני החקיקה כולה, לעיתים בצורה גלויה ולעיתים בצורה סמויה. ככל ששמו של החוק מעיד על תוכן שקרוב לנגישות, להתאמות, לשילוב ולקהילה, כן קל יותר לזהותו ככזה ולהחיל עליו את תפיסת-העולם של זכויות אנשים עם מוגבלויות. ככל שמדובר בהטבות, בתשלומים ובקצבאות, או בתחומים קלסיים של מדיניות רווחה, כן יקטן הסיכוי להחלה של תפיסת זכויות המזהה דפוסים של הדרה, הפליה ופטרונות ומבקשת לערער עליהם ולשנותם. הפיזור והעדר השיטתיות של חוקים אלה, בעיקר כאשר מדובר בתיקונים מקומיים לחקיקה אנכרוניסטית רחבה יותר, תורמים לכך שהם נבחנים במבודד משינויי-העומק המתרחשים בתחום.

לכן נדרשת חשיבה כוללת המזהה כל נושא הקשור למוגבלות ולנכות, וכל ליטיגציה שבה מעורב אדם עם מוגבלות פיזית, חושית, שכלית, נפשית או אחרת, כמקרה ששייך – בפועל או בכוח – לעולם הזכויות של אנשים עם מוגבלויות, ואשר מצריך שימוש בכלים מעולם הזכויות, יהיו אלה עקרונות-היסוד של חוק השוויון או סעיפי האמנה הבינ-לאומית. הראשונים מהווים כלי פרשני ממדרגה ראשונה שבעזרתו ניתן לזהות דפוסים והטיות שבבסיסם גישה שלילית למוגבלות או לאנשים עם מוגבלויות, דרך זכויות ועקרונות בדבר שוויון, כבוד האדם, השתתפות, מענה הולם וכן הלאה. האחרונים מהווים מודל וחזון חלופיים לכללים הקיימים, ומאפשרים לרמיין מציאות משפטית אחרת. בכך הם הופכים את המצב המשפטי הנתון, זה "שבספרים", למצב משפטי שאינו הכרחי ואולי אף בלתי-ראוי. הם מסייעים גם במתן משקל גבוה לשיקול של זכויות אנשים עם מוגבלויות – כולל זכויות חברתיות וזכויות מעולם הביטחון הסוציאלי – בעת עריכת איזונים בין אינטרסים וזכויות מתנגשים. כך, התנגדות של דיירי בית משותף להתאמות עבור שכנה עם מוגבלות בניידות או התנגדויות של שכנים לפתיחת דירה בקהילה לאנשים עם אוטיזם מגלמות התנגשות זכויות קלסית בין שוויון לקניין, שפתרונה עלול לנטות באופן שיטתי לטובת זכות הקניין של הפרט הנפגע בהעדר תפיסת שוויון מעמיקה המתאפיינת בשיטתיות מחשבתית ובהענקת משקל ראוי לזכויות אנשים עם מוגבלויות בכלל ולחיים בקהילה בפרט.¹¹⁷ באופן דומה, הכללתה של קצבת שירותים מיוחדים בגדר ההכנסות, במסגרת חישוב ההכנסה לצורכי קביעת זכאות לסיוע משפטי, מתעלמת ממציאות חייהם של אנשים המתקיימים מקצבות קיום,¹¹⁸ וכך גם יצירת כללים

116 לפירוט בהיר ומעודכן ראו אתר "כל זכות", תחת "אנשים עם מוגבלויות" – אנשים עם מוגבלויות/ www.kolzachut.org.il/he.

117 ראו, למשל, ת"א (שלום י-ם) 9582/99 ליבני נ' סלים (פורסם בנבו, 16.5.2005) (שבו דחה בית-המשפט תביעת מטרד בגין נסיעת רכביהם של נכים בשביל ציבורי, תוך אזכור חוק השוויון וחשיבותו); ת"א (שלום חי) 50900-01-12 דובינסקי נ' שחם (פורסם בנבו, 29.1.2012) (שבו נדחתה התנגדות שכנים לפתיחת בית שמיועד לשמש קבוצה של אנשים עם מוגבלויות שונות).

118 ע"ש (מחוזי י-ם) 1076/02 יהודה נ' ראש לשכת הסיוע המשפטי, מחוז ירושלים והדרום (פורסם בנבו, 2.3.2003).

שונים – ומפלים – לעניין הלוואה לרכישת רכב על-פי "הסכם הניידות" לנכים קרובי-משפחה הגרים יחד כאשר לשניהם יש רישיון נהיגה או כאשר רק לאחד מהם יש רישיון.¹¹⁹ לעיתים, כמו במקרים המאוזכרים לעיל, השכיל בית-המשפט למקם את הסוגיות השונות במסגרת חוק השוויון, ופסק בצורה חדשנית, שלא הייתה מובנת מאליה לזמנה. בחלק הבא אתמקד בתקדימים משפטיים ובתפקידם בחיזוק תשתית חשיבתית מעמיקה המעוגנת בתפיסת-עולם של זכויות אנשים עם מוגבלויות.

ג. תקדימים – יצירת דוקטרינה וגיבוש קוהרנטיות

תקדימים מכווננים בתחום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות הם מעטים מאוד, ולמעשה אינם קיימים כמעט. מאבקים לשינוי חברתי כמו מאבקים של אנשים עם מוגבלויות מבקשים לגייס את המשפט לשינוי פני החברה באמצעות חקיקה ותקדימים שיסייעו בהנעת נושא המאבק מהשוליים אל המרכז. חשיבותו של התקדים נובעת מהיותו מקור נורמטיבי מרכזי בשיטת המשפט הישראלית.¹²⁰ התקדים יוצר כלל שחל במקרים הבאים, בעיקר ככל שמדובר בערכאות נמוכות. לפיכך יש לו תפקיד גם ביצירת דוקטרינה ובפיתוח המשפט וגם בהשפעה על ההתנהגות האנושית ועל האופן שבו אנשים מכלכלים את מעשיהם. עם זאת, לא כל תקדים נהפך לתקדים מכוון. תקדים מכוון הוא אותו תקדים שזכה להיות בעל חשיבות מיוחדת משום שהוא צוטט ונהפך למשאב בהתדיינות מאוחרת.¹²¹ לתקדים כזה יש גם תפקיד סימבולי, שכן יש ביכולתו לרומם נושא מסוים ולסמנו כבעל חשיבות ערכית ומשפטית גבוהה, ובכך לחרוג בהשפעתו מעבר להקשר הספציפי שבו הוא ניתן. בה-בעת אין לשכוח את הביקורות על הנטייה להתפעם מתקדימים מעין אלה, שכן הם עלולים לייצר מראית-עין של שינוי בזמן שהמצב המשפטי והחברתי בפועל רחוק מזה המשתקף לכאורה מפסק-הדין,¹²² וכן בשל החסמים הרבים בדרך להגשת תביעה ולהצלחה בהתדיינות. עם זאת, להתדיינות המשפטית יש תפקיד חשוב בפתרון סכסוכים ובפיתוח המשפט, וככל שנעשה שימוש בכלי זה, עליו להיות מושכל ומיטבי.

בחלק זה אבקש לסמן תקדימים משפיעים אחדים בתחום המוגבלות, להצביע על תרומתם לתחום ולציין גם את מגבלותיהם.¹²³ הסקירה שלהלן תצביע על שינוי שהתרחש במהלך שני

119 בג"ץ 2021/11 ועקנין נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 6.6.2013).

120 ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה. לסקירה מקיפה של תולדות התקדים והלכותיו בשיטת המשפט הישראלית ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 387–446 (1987).

121 על תקדימים מובילים ראו יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית-המשפט העליון – ניתוח כמותי" משפט וממשל ז 243 (2004).

122 לביקורת סמינלית על "מיתוס הזכויות" ראו: STUART A. SCHEINGOLD, THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY, AND POLITICAL CHANGE (2nd ed. 2010) (1974). ביקורת זו היא כמובן ביטוי לפער שעליו הצביעו הריאליסטים בין "המשפט בספרים" לבין "המשפט בפעולה".

123 אבקש להבהיר כי הצגה זו אינה ממצה את הפסיקה כולה, אלא מתמקדת אך ורק בכמה תקדימים מובילים של בית-המשפט העליון. זוהי תמונה משפטית מוגבלת של מצב הפסיקה, שכן יש פסקי-

העשורים למן חקיקתו של חוק השוויון. בעוד שבעשור הראשון לא נמצאו הלכות שנהפכו לתקדימים מובילים בתחום, בעשור השני ניתן לזהות שני תקדימים מובילים שמבטאים גישת זכויות ומאמצים גישה חברתית למוגבלות, ואשר יש להם פוטנציאל ליהפך למכוננים. שני התקדימים הללו, עניין המר ובג"ץ מחמלי, מעידים גם על פוטנציאל ההשפעה הרחב של גישת הזכויות מעבר ליישום הפרקים האופרטיביים שבחוק השוויון ומעבר לתחומי הזכויות החברתיות אל עבר דיני הנזיקין וכלל תחומי המשפט. אבקש לטעון כי ייצורם של תקדימים מכוננים הוא אפשרי אך מצריך אסטרטגיה, וכי זהו אפיק מרכזי בדרך ליצירת קוהרנטיות וחשיבה שיטתית במשפט ביחס למוגבלות, בהינתן חקיקת זכויות חלקית בלבד.

1. לפני החוק: בג"ץ בוצר

התקדים המכונן הראשון והחשוב ביותר עד היום בתחום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות הוא בג"ץ בוצר.¹²⁴ אין זה פסק-הדין הראשון בתחום זה,¹²⁵ אך זהו פסק-הדין הראשון שמגלם הבנה מעמיקה של גישת הזכויות בהקשר של מוגבלות ושל דפוסי-העומק המשפיעים על הפלייתם של אנשים עם מוגבלויות ועל הדרתם מן החברה. בג"ץ בוצר עוסק בהנגשת בית-ספר יסודי לתלמיד המתנייד בכיסא-גלגלים באופן שיאפשר מעבר עצמאי שלו בין מפלס השירותים למפלס הכיתות. קביעה זו דרשה מהלך של פרשנות תכליתית של חוק התכנון והבניה, תוך היזקקות לערכים ולאיינטרסים שביסוד החקיקה. שיאו של פסק-הדין הוא הקביעה הבאה מפי הנשיא אהרן ברק:

תכלית החקיקה היא לאפשר את שילובו של הנכה בחברה. מטרתה לאפשר לנכה להשתתף באופן מלא בחיי החברה בכל תחומי החיים. היא נועדה להגשים את הערך המרכזי של השוויון בכל הנוגע לנכה. היא נועדה להעניק לנכה שוויון של הזדמנות. היא באה לאפשר לנכה עצמאות ואי-תלות. היא באה להגן על כבודו של הנכה וחירותו על-ידי הבטחת שוויון והשתתפות בחברה בכל תחומי החיים. אכן, בעבר שררה ההשקפה כי הנכה הוא שונה, ועל-כן יש לטפל בו תוך הפרדה מהחברה ("separate but equal"). כיום שוררת ההשקפה כי יש לשלב את הנכה בתוך החברה ולהבטיח לו שוויון של הזדמנות ("integrated and equal"). אכן, הגישה המודרנית הינה כי הפרדה מעמיקה את חוסר השוויון ומנציחה הפליה. הנכה הוא אדם שווה זכויות. אין הוא מצוי מחוץ לחברה או בשוליה. הוא חבר רגיל בחברה שבה הוא חי. מטרת ההסדרים

דין חשובים נוספים של בית-המשפט העליון שלא הוזכרו, ויש גם פסקי-דין רבים של ערכאות נמוכות שיש להם תרומה לפיתוח התחום.

124 בג"ץ בוצר, לעיל ה"ש 21, צוטט פעמים רבות, וצוין כמעט בכל דוח רשמי ובכל מאמר בנושא זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות.

125 פסק-הדין המוקדם ביותר שמצאתי בתחום זה הוא בג"ץ 162/89 פרקש נ' המפקח הארצי על הבחירות, פ"ד מב(4) 790 (1989), שעסק בנגישותן של הקלפיות. לדיון מפורט בפסק-דין זה ראו מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 101-104.

אינה להיטיב עמו בבדידותו, אלא לשלבו – בתוך שימוש לעתים בהעדפה מתקנת – במירקם הרגיל של חיי החברה.¹²⁶

קביעה זו ראויה לציטוט ארוך ומלא לא רק בשל עוצמתה, אלא גם משום שמאז לא יצאה מבית-המשפט העליון אמירה כה חדה, מדויקת ומרשימה בעומק ההבנה שלה ביחס לנושא. עם זאת, חשוב לציין שתי מגבלות בקשר לבג"ץ בוצר. ראשית, פסק-הדין לא ביקר את אופיו המינימלי של חוק התכנון והבניה שהיה קיים באותה עת, אלא קבע כי דרישות החקיקה המינימליות, לשיטתו, הן מספקות, וכי "בכך מושג האיזון בין צורכי הנכה לבין אפשרויות הציבור".¹²⁷ שנית, בשל היותו פסק-דין מוקדם, אין בו כדי לבסס את חשיבותו ומעמדו של חוק השוויון כחוק שפרישתו רחבה ומגיעה אל המשפט כולו וכעמוד-תווך בפסיקה הקשורה לאנשים עם מוגבלויות. עם זאת, בג"ץ בוצר, הודות לפרשנות התכליתית שנקט, יצר טקסט שהשלכותיו חורגות מעבר לעובדות המקרה שלפניו ומעבר לסוגיה הקונקרטית של "סידורים לנכים" במבנה בית-הספר, תוך שימוש במושגים של שילוב, השתתפות, שוויון, העדפה מתקנת ונגישות.

2. העשור הראשון: בג"ץ יתד ובג"ץ לוי

התקדים השני בתחום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות הוא פסק-הדין בבג"ץ יתד, משנת 2002, שעניינו הזכות לחינוך של ילדים עם מוגבלויות.¹²⁸ אותו מקרה עסק במתן עדיפות לשילובם של תלמידים עם מוגבלויות במערכת החינוך הכללית, בהקצאת המשאבים הנדרשים לכך ובמניעת ההפליה שאי-התקצוב יוצר למעשה בין תלמידים ממשפחות מבוססות לבין אלה שאינן יכולות לממן בעצמן את עלויות השילוב. בית-המשפט קבע כי "תכליתו הפרטיקולרית של חוק חינוך מיוחד היא להעניק חינוך מיוחד חננם לכל ילד בעל צרכים מיוחדים כדי להביא למימוש הפוטנציאל הטמון בו ולאפשר את שילובו בחברה", וכי על המדינה לממן את הסיוע הדרוש לצורך שילובו של ילד עם צרכים מיוחדים במוסד חינוכי רגיל.¹²⁹ לפיכך, כאשר מאלצים את ההורים לוותר על השילוב אך ורק בשל מצבם הכלכלי, הדבר פוגע ב"לב לבו של השוויון המהותי" ובמתן "הזדמנות שווה לכל ילדה וילד בישראל למצות את הפוטנציאל הטמון בהם".¹³⁰

לטענתי, בג"ץ יתד מהווה אומנם תקדים מכונן בתחום המשפט החוקתי הישראלי, ואף תקדים חשוב בפרשנות של חוק חינוך מיוחד, אך תקדים מפוספס מבחינת זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. חשיבותו החוקתית הכללית של פסק-דין זה נובעת מכך שבמסגרתו הכיר בית-המשפט העליון לראשונה בזכות לחינוך כזכות-יסוד חוקתית במשפט הישראלי, גם

126 בג"ץ בוצר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 26.

127 שם, בעמ' 27.

128 בג"ץ יתד, לעיל ה"ש 88.

129 שם, בעמ' 846–847.

130 שם, בעמ' 847.

אם הוא נמנע מלקבוע כי מדובר בזכות-יסוד הנגזרת מהזכות לכבוד.¹³¹ חשיבותו בתחום החינוך המיוחד נובעת מהפרשנות התכליתית שהופעלה בו על-ידי בית-המשפט, אשר קרא את הגיון השילוב אל תוך החקיקה. באופן זה תרם פסק-הדין לתיקונו של חוק חינוך מיוחד ולהוספת פרק השילוב לחוק זה בשנת 2002, והוביל לרצף של פסקי-דין שחייבו את משרדי האוצר והחינוך לתקצב את מדיניות השילוב, אם כי יש לציין כי יעד זה טרם הושג.¹³²

כאמור, למרות חשיבותו החוקתית הכללית של פסק-הדין וחשיבותו בתחום החינוך המיוחד, מבחינת זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, נמנע בית-המשפט בבג"ץ יתד מלעגן את החלטתו בחוק השוויון. הוא נמנע מלהשתמש בסעיפי העקרונות הרחבים של החוק, ולא השכיל לזהות את ההפליה המדוברת באותו מקרה כהפליה על בסיס מוגבלות. למעשה, בית-המשפט לא זיהה את ההפליה בחינוך באותו מקרה ספציפי כהפליה על בסיס קבוצתי בין תלמידים עם מוגבלות לבין תלמידים ללא מוגבלות, אלא כהפליה על בסיס תקציבי בין תלמידים מרקע מבוסס לבין תלמידים מרקע אמיד פחות שאינם יכולים לשאת בנטל הפרטי של עלויות השילוב. לכן גם יש קשר הדוק בין אי-זיהוי ההפליה על בסיס מוגבלות לבין אי-ההכרה בפגיעה בזכות לחינוך כפגיעה בליבת הכבוד, הגורמת להשפלה.

סוג אחר של תקדימים מפוספסים הם אותם מקרים שבהם הגשת העתירה הובילה לפתרון הסכסוך הספציפי או לשינוי מדיניות רחב אשר ייתרו את העתירה. התפתחויות מעין אלה מובילות על-פירוב למחיקת העתירה ולהעדר פסק-דין בעל ערך תקדימי. אומנם, אין להמעט בערך השינוי המעשי שהולידה העתירה, בדמות פתרון הסכסוך או שינוי המדיניות, שכן זו הייתה המטרה העיקרית בפתיחת ההליך המשפטי. אך מבחינת "המשפט בספרים", אותה עתירה – שהייתה כנראה מוצדקת שכן היא באה על פתרונה ולעיתים אף יצרה שינוי רוחבי – לא הניבה טקסט משפטי תקדימי שיוכל להשפיע על המקרים הבאים, לכוונן נורמות חוקיות או חוקתיות חדשות, וליהפך למשאב במאבקים עתידיים. סיפורו של בג"ץ לוי¹³³ מלמד על המורכבויות הכרוכות בעתירות מעין אלה. באותו מקרה דובר בעתירה שהוגשה על-ידי ארגון "בזכות" ואשר עניינה היה רצונם של העותרים, אנשים עם מוגבלות שכלית, לגור בקהילה, ולא במעון פנימייתי. העתירה תקפה את אמות-המידה שקבע משרד הרווחה לפרשנות של סעיף 7א לחוק הסעד, שעניינו דיור בקהילה, אשר היו מצומצמות ומנעו מהעותרים אפשרות זו. בעקבות העתירה שינה משרד הרווחה את מדיניותו במובן זה שהוא התיק את מרכז-הכובד ממוסדות

131 זאת, בהתאם למודל החוקתי שהוצע על-ידי אהרן ברק בכתיבתו האקדמית ואשר אומץ בפסיקה. להרחבה ראו את המקורות המצוינים לעיל בה"ש 13 וכן בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009). עם זאת, פסק-הדין שימש נקודת ציון בדרך להכרה בזכות לחינוך כנגזרת של הזכות לכבוד בבג"ץ 7426/08 טבקה, משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד(1) 820 (2010). ראו גם לטם פרייחזן "הזכות לחינוך: קווים לדמותה בעידן של מהפכה חוקתית" משפט ועסקים טז 151 (2013).

132 בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 270 (2003); דנג"ץ 247/04 שר האוצר נ' מרציאנו (פורסם בנבו, 10.5.2004). ראו גם בג"ץ יתד, לעיל ה"ש 88. לסקירה רחבה של הנושא ראו מבקר המדינה "שילוב תלמידים בעלי צרכים מיוחדים בחינוך הרגיל" דוח שנתי 52 ב – לשנת 2001 ולחשבונות שנת הכספים 2000 224 (2002).

133 בג"ץ 3304/07 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.2.2010).

להוסטלים וריכך את אמות-המידה לזכאות לדיוור בקהילה.¹³⁴ הקושי היה שמשרד הרווחה ראה בהוסטלים "דיוור בקהילה", מה שלא היה מספק מבחינת העותרים, אשר ביקשו דירה עצמאית. ארגון "זכות" והעותרים החליטו לא למשוך את העתירה, אלא להמשיך בהתדיינות. התוצאה המאכזבת הייתה פסק-דין שמאשר את מדיניות הממשלה. בית-המשפט נתן פסק-דין "מעורב", שבו הוא הכיר בשינוי שהגיע בעקבות חוק השוויון אך הסתפק בצעדים המינימליים שנקטה המדינה ובהצהרותיה בדבר מחויבותה לדיוור בקהילה, אשר לא תאמו את המצב בשטח:

אין עוד מחלוקת באשר לכברת הדרך שעשתה המדינה לצורך קידום התכלית החשובה של שילוב אנשים עם מוגבלות, דוגמת העותרים, בקהילה... אין ספק כי המהלכים הנעשים בתחום הדיוור בקהילה הם חלק מרכזי מתהליך רחב וחינוכי של קידום השוויון של אנשים עם מוגבלות וההגנה על זכותם לכבוד ולהשתתפות פעילה בחברה (ראו המסגרת החקיקתית הקבועה בחוק שוויון אנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998). יש לקוות כי תהליך זה, על היבטיו הרבים, יוכיח את עצמו כמהפכה של ממש בתחום זכויות אנשים עם מוגבלות...¹³⁵

למעשה, במשך יותר מעשור מאז נחקק חוק השוויון לא ניתן בבית-המשפט העליון תקדים מכוון בתחום של זכויות אנשים עם מוגבלויות, אשר יצר דוקטרינה לאורו של החוק או התווה דרך לשימוש בחוק כמקור משפטי בעל מעמד נורמטיבי רם-מעלה. בג"ץ יתד ובג"ץ לוי, אשר ניתנו בתקופה זו, היו עדים לשינוי המתרחש אך לא נטלו בו חלק פעיל. השפיעה על כך בוודאי העובדה שמדובר בשני נושאים שלא הוכרו במפורש בחוק השוויון ואשר קידומם הצריך שימוש בסעיפי העקרונות הכלליים. אך מעבר לכך, ניכר שגישת הזכויות הרחבה למוגבלות והגישה החברתית המזינה אותה טרם חלחלו לבית-המשפט, מה שמנע אותו מלהזות הפליה על בסיס קבוצתי של מוגבלות בבג"ץ יתד ומלתבוע ממשרד הרווחה לממש את הזכות לדיוור בקהילה באופן שתואם את סעיפי העקרונות שבחוק השוויון בבג"ץ לוי. עוד בלטו בחסרונם בתקופה זו תקדימים העוסקים בתחומי-הליכה של החוק – תעסוקה ונגישות.

3. העשור השני: עניין המר ובג"ץ מחמלי

בעשור השני של שנות האלפיים חל מפנה מסוים, ובית-המשפט העליון הפיק שני תקדימים מובילים: הראשון, עניין המר,¹³⁶ עסק בביטולה של עילת החיים בעוולה בדיני הנזיקין; והשני, עניין מחמלי,¹³⁷ התווה לראשונה תפיסה דוקטרינרית שלמה ומגובשת ביחס לפרק התעסוקה בחוק השוויון.

134 ש.ם.

135 ש.ם, בעמ' 3–4.

136 עניין המר, לעיל ה"ש 89.

137 בג"ץ מחמלי, לעיל ה"ש 78.

עניין המר נפסק בשנת 2012. היה זה פסק-דין מהפכני שטלטל את דיני הנזיקין ואשר הדיו נמשכו עוד שנים רבות בשל חוסר היציבות שהוא יצר. באותו עניין ביטל בית-המשפט העליון את הלכת זייצוב¹³⁸ – הלכה בת עשרים ושש שנים שאפשרה הגשת תביעות בגין חיים בעוולה, שעיקרן הוא טענת התובעת כי "היה עדיף אילולא נולדתי". מדובר בתביעת רשלנות רפואית בשם מי שנולד עם מוגבלות נגד מי שבגלל התרשלותו לא זוהתה הלקות בזמן ההיריון ובשל כך נמנעה האפשרות לא להביא את התובע לעולם על-דרך הפסקת היריון. תביעת החיים בעוולה עוררה קשיים במישורים רבים – דוקטרינריים, לוגיים, מוסריים ועוד.¹³⁹ עם השנים הלך והתרחב השימוש בעילה זו, והקשיים המעשיים והערכיים הכרוכים בה גברו.¹⁴⁰ מהכיוון של ביקורת המוגבלות הקושי העיקרי היה המסר שחיים עם מוגבלות אינם חיים ראויים. הדיון בעניין המר, שהיה למעשה איחוד של חמישה תיקים, נועד לעשות סדר בתחום ולתת מענה לקשיים המעשיים והערכיים כאחד. בשל מורכבותה של הבעיה קמה ועדה ציבורית בנושא "הולדה בעוולה".¹⁴¹ אחד החברים בוועדה היה אחיה קמארה, נציב שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, אשר דאג לייצוג של אנשים עם מוגבלויות ושל חוקרים ופעילים בתחום לפני הוועדה. התוצאה הייתה שדוח הוועדה הציבורית בנושא ביטא לא רק קשיים מעשיים, משפטיים ואתיים, אלא גם את ביקורת המוגבלות בנוגע להשפעתן של תביעות הולדה בעוולה על ההבניה החברתית השלילית של מוגבלות. הדיו של דוח הוועדה הציבורית ניכרים בפסק-הדין. בית-המשפט מתייחס לשינויים שהתרחשו בשנים הרבות שחלפו מאז נפסק עניין זייצוב, ביניהם חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המקדש את ערך החיים, ושל חוק השוויון.¹⁴² בית-המשפט מצטט את סעיפים 1 ו-2 לחוק השוויון, וקובע כי "על פי תפיסתנו החברתית, במסגרת אמונתנו המוסרית ומכוח עקרונותינו המשפטיים – הגדרת חייו של אדם בעל מוגבלות כ'נזק' אינה ראויה, אינה מוסרית ואינה אפשרית... ערך חייהם של אנשים עם מוגבלות הוא מוחלט ולא יחסי".¹⁴³

תרומתו העיקרית של פסק-דין המר נעוצה אם כן בהתייבותו החד-משמעית נגד התיוג השלילי שלפיו חייו של אדם עם מוגבלות הם בעלי ערך נמוך עד כדי כך שהעדר חיים עדיף עליהם. אולם בצד זאת הותיר פסק-הדין את עילת ההולדה בעוולה על כנה, קרי את אפשרותם של הורים לתבוע בגין הנזק שבגידול ילד עם מוגבלות, ובכך הותיר על כנו גם את התיוג השלילי הטמון בתביעות מסוג זה, אף אם בשינוי אדרת. מאידך גיסא, על-אף הקושי הערכי, הותרת תביעות אלה על כנן מאפשרת לתובעים לקבל סכום שיאפשר להם לממן את עלויות

138 ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986).

139 רונן פרי "להיות או לא להיות: האם זו השאלה? תביעות נזיקין בגין 'חיים בעוולה' כטעות קונספטואלית" משפטים לג 507 (2003).

140 ראו, למשל, רועי גילבר "הצורך בהכרעות קשות בתביעות של חיים בעוולה והולדה בעוולה – הערות והארות בעקבות ת"א (מחוזי-חיפה) 259/02 פלוני נ' מדינת ישראל" מאזני משפט ז 441 (2010).

141 ראו הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעוולה" דין וחשבון (2012) (להלן: דוח הולדה בעוולה).

142 עניין המר, לעיל ה"ש 89, פס' 26 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

143 שם, פס' 27 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

החיים עם מוגבלות.¹⁴⁴ קושי אחר קשור לכך שפסק-דין המר התייחס להיבט של התיוג השלילי, בכך שביקר את התפיסה המייחסת ערך שלילי לחיים עם מוגבלות, אך נמנע מלהתייחס להיבטים החברתיים והסביבתיים של הפליה ונגישות המשפיעים על חייהם של אנשים עם מוגבלויות ועל מקומם השולי בחברה. בכך פספס פסק-הדין רובד חשוב המשפיע על התפיסות החברתיות השליליות ביחס למוגבלות ועל ההחלטה לא להביא לעולם ילד עם מוגבלות.¹⁴⁵ אולם בכל אלה אין כדי לבטל את חשיבותו של פסק-דין המר, המתבטאת גם במסר החיובי לגבי חיים עם מוגבלות וגם בהדגמת פוטנציאל ההשפעה של גישת הזכויות ושל חוק השוויון גם בתחומי המשפט הפרטי הקלסי שמחוץ לנושאים של הפליה ונגישות. רק בשנת 2014, שש-עשרה שנים לאחר חקיקת חוק השוויון, ניתן פסק-דין מכוון ומשמעותי ביחס לאחד מפרקיו האופרטיביים – פרק התעסוקה. עד לבג"ץ מחמלי התאפינה פסיקת התעסוקה בהעדר תשתית דוקטרינרית מגובשת ובהעדר תקדימים המתווים דרך לתחום כולו.¹⁴⁶ באותו מקרה דובר בקצין בדרגת כלאי בשירות בתי-הסוהר אשר בעקבות אירוע לב שבו לקה החל לעבוד רק שש שעות ביום (3/4 משרה). העותר טען להפליה שכן לטענתו הוא לא קודם בעבודה בשל מוגבלותו הרפואית. בית-המשפט העליון קיבל את העתירה וקבע כי העותר אכן הופלה. פסק-הדין פרש לראשונה תפיסת-עולם מלאה וכוללת בדבר חוק השוויון, מעמדו הנורמטיבי וחשיבותו החברתית, וקיים דיון מקיף במהותו של פרק התעסוקה ובהוראותיו. ראשית, בית-המשפט מיקם את חוק השוויון במסגרת ההקשר העולמי הרחב של גל חקיקה בנושא, תוך התייחסות ספציפית ל-ADA האמריקאי ובהמשך לאמנת האו"ם, ואף קבע כי "חוק השוויון העמיד, לראשונה בישראל, את ענייניהם של אנשים עם מוגבלות כנושא מובהק של זכויות אדם".¹⁴⁷ בהמשך פסק-הדין בחן בית-המשפט את חלקיות החקיקה בעין ביקורתית, ציין כי היא כוללת רק שניים מן התחומים שנכללו בהצעת החוק, והביע תקווה שהמשך החקיקה יקודם הודות לאשרורה של האמנה הבין-לאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות.¹⁴⁸ בית-המשפט התייחס גם לתפיסת-העולם שמאחורי החקיקה, וקבע כי –

הגישה החברתית למוגבלות, אשר דומה כי היא זו שצריכה להתוות עתה את הפרשנות לחוק השוויון, רואה במוגבלות – על מגוון מאפייניה והיבטיה – תוצר של הבניה חברתית. על פי גישה זו, המוגבלות איננה אלא ביטוי נוסף למגוון האנושי הקיים בחברה, אשר נדרשת, מצידה, לנהוג באורח שוויוני כלפי כל אחד מחבריה, ובכלל זה לנקוט בפעולה אקטיבית על מנת לתקן ולהתאים

144 הפתרון שהוצע על-ידי הוועדה הציבורית לעניין זה היה מתווה סוציאלי של מתן פיצוי על בסיס אחריות ללא אשם במקרים שבהם נולד וולד עם מוגבלות. דוח הולדה בעוולה, לעיל ה"ש 141.

145 Sagit Mor, *The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth Claims in Israel: A Disability Critique*, 63 STUD. L. POL. & SOC'Y 113 (2014).

146 מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 3.

147 בג"ץ מחמלי, לעיל ה"ש 78, פס' 21 לפסק-דינו של השופט מלצר.

148 שם, פס' 23 לפסק-דינו של השופט מלצר.

את עצמה לאנשים עם מוגבלות, באופן שיאפשר את שילובם ואת קידומם בכל תחומי החיים, לרבות בתחום התעסוקה...¹⁴⁹

עיקר פסק־הדין הוקדש להעמקה בהוראותיהם של סעיף 8 לחוק, העוסק באיסור הפליה ובחובת התאמות, וסעיף 9 לחוק, העוסק בייצוג הולם. בית־המשפט בחן כיצד מוכיחים קיומה של הפליה בתעסוקה, הפנה לשם כך לאמנת האו"ם ולדרך שבה היא מגדירה את המושג "הפליה", ויצר תשתית ערכית ודוקטרינרית לסעיפים האמורים. בית־המשפט עמד על יסוד ההבניה החברתית שבחובת ההתאמות, שלפיה "אין די בדרישה שאדם עם מוגבלות יתאים את עצמו לדרישות התפקיד, אלא שיש גם להתאים את מקום העבודה לצרכיו", וכן על הצורך "ליצוק למושג השוויון משמעות המחייבת פעולות אקטיביות של: שילוב, הכללה והשתתפות, על מנת להביא ל'שוויון מהותי וממשי'" וזאת, בין היתר, על־ידי מתן "מענה הולם" לצורכיהם של אנשים עם מוגבלות.¹⁵⁰

בהקשר של ייצוג הולם קבע בית־המשפט קביעות המעידות על מחויבותו לנושא. ראשית, הוא הבהיר כי חובת הייצוג ההולם חלה "גם על התעלמות של המעביד ממוגבלותו של האדם והיעדר נקיטה באמצעים אקטיביים למימוש זכותו של האדם עם המוגבלות להשתלב במקום העבודה ולהתקדם בו".¹⁵¹ שנית, הוא קבע כי יש להעדיף את העובד עם המוגבלות "גם במקום שבו כישוריהם של מועמדים אחרים לתפקיד עולים, באופן יחסי, על כישוריו... ובלבד שהעובד עם המוגבלות יהיה כשיר לבצע את התפקיד באופן סביר, לאחר ביצוע ההתאמות הנדרשות, וכישוריו אינם נחותים באופן משמעותי מכישוריהם של המועמדים האחרים לתפקיד".¹⁵²

לאחר פרישת התשתית הנורמטיבית במלואה, חזר בית־המשפט להכרעה במקרה שלפניו, וקבע כי היה על שירות בתי־הסוהר "לבצע התאמות נדרשות לצורך קידומם של אנשים עם מוגבלות בארגון... וזאת גם במחיר של 'ספיגת' העלות הכספית הנלווית לכך (אשר בוודאי לא ניתן לומר כי היא מטילה נטל כבד מדי על שב"ס), שכן: 'הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית'... [ו]כבר בעניין בוצר נפסק כי: 'הבטחת שוויון ההזדמנויות לנכה עולה כסף. חברה האמונה על ערכי כבוד האדם, החירות והשוויון, מוכנה לשלם את המחיר הנדרש'".¹⁵³

למן בג"ץ מחמלי יצאו מתחת ידיו של בית־הדין הארצי לעבודה כמה פסקי־דין חשובים בתחום התעסוקה אשר תרמו להמשך השתכללותה של הדוקטרינה בתחום. אין ספק שבג"ץ מחמלי נהפך לתקדים מוביל המתווה דרך לפסיקות שאחריו. יתר על כן, אף־על־פי שהוא נטוע בעולם הפליה בתעסוקה, יש בו יסודות שהופכים אותו לתקדים חשוב באופן כללי, התורם להעמקת האחיזה של זכויות אנשים עם מוגבלויות במשפט ולא־ימוץ הגישה החברתית למוגבלות.

149 שם, פס' 26 לפסק־דינו של השופט מלצר.

150 שם.

151 שם, פס' 37 לפסק־דינו של השופט מלצר.

152 שם, פס' 38 לפסק־דינו של השופט מלצר.

153 שם, פס' 59 לפסק־דינו של השופט מלצר (ההפניות הוסרו).

סיכום : יציאה לפעולה

עשרים שנה לאחר חקיקת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ניכר שהמהפכה הטמונה בו טרם התממשה. במאמר זה ביקשתי לעמוד דווקא על המשפט בספרים, כדי לפרוש את התשתית שבעזרתה ניתן להיאבק למען צמצום הפער בין המשפט בספרים למשפט בפעולה ולמען פיתוח המשפט המצוי באופן שיצמצם את הפער בינו לבין המשפט הרצוי בתחום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. יש להביא עם זאת בחשבון שפערים אלה הינם אינהרנטיים למשפט וליחסי הכוחות אשר משפיעים עליו ופועלים במסגרתו, כך שהעלמת הפערים כליל אינה אפשרית, מהגם שיש כמוכן חילוקי-דעות ביחס למשפט הרצוי.

מטרתו של המאמר הייתה לסייע ביצירת תשתית נורמטיבית מגובשת וקוהרנטית שתקדם זכויות אנשים עם מוגבלויות ותתאם גישה חברתית וביקורתית למוגבלות – הן בחקיקה, הן בפסיקה והן בעבודה השוטפת לקידום שינוי חברתי באמצעות מכתבי פנייה, ניירות עמדה, הליכים מנהליים ושינוי נהלים פנימיים. לטענתי, הדרך לרתום את המשפט למטרה זו היא להכיר בכך שכל דיון ציבורי או פרטני שנושא זכויות, הטבות, זכאויות או מתן שירותים לאדם עם מוגבלות, וכן כל התדיינות שבה אחד הצדדים הוא אדם עם מוגבלות, עשויים לעורר שאלות מתחום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. לכן נדרשות מודעות, ערנות וכן נכונות ליישם בכל אותם דיונים והתדיינויות, כפי הצורך, את תפיסת הזכויות ואת העקרונות הכלליים שלה, כפי שנוסחו בחוק השוויון ובאמנת האו"ם. ארגז הכלים המשפטי מגוון, ולכל אחד מהכלים בארגז זה יש תפקיד משלו בקידום שינוי חברתי. אני תקווה כי מאמר זה אכן יסייע בשכלול ארגז הכלים המשפטי, בחיזוק התשתית הנורמטיבית לדיונים ולהתדיינות בתחום המוגבלות, ובפיתוח דוקטרינה שהולמת את עידן הזכויות של אנשים עם מוגבלויות בכל תחומי המשפט.