

הצדקות לחובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה בעבור אנשים עם מוגבלות

גדעון ספיר*

בראשית שנת 1999 נכנס לתוקף בישראל חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. החוק מעיד על עצמו 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 לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו". לשם מימוש מטרות אלה, כלל המחוקק בחוק כמה חידושים, ביניהם החובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה. מאמר זה מציג כמה הצדקות לחובה זו, ובוחר את מערכת היחסים ביניהן.

מבוא. א. התאמות ושוויון: 1. התאמות – שוויון או העדפה? 2. באיזו הבנה תומכת הפסיקה הישראלית בנושא שוויון? ב. ממה נובע חוסר ההסכמה? 1. אופייה החיובי של החובה לערוך התאמות; 2. חולשת הטיעון מן השוויון האריסטוטלי. ג. מהי ההצדקה להתאמות? 1. יעילות; 2. הצדקות מן הצדק. ד. התאמות ותקנות שכר-מינימום מופחת. ה. סיכום.

מבוא

בראשית שנת 1999 נכנס לתוקף בישראל חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (להלן: חוק השוויון).¹ החוק מעיד על עצמו כי מטרתו "להגן על כבודו וחירותו של אדם עם

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי לקארין אלהרר, לאיציק בנבגי, לדפנה ברק-ארוז, לנטע דגן, לצילי דגן, לנטע זיו, לקובי נוסים, לאילן סבן, לדני סטטמן, ליובל פלדמן ולחברי מערכת משפט וממשל על הערותיהם המועילות.

1 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק השוויון). לסקירה של החוק והיקף יישומו ראו: Arie Rimmerman & Shirley Avrami, *Israel's Equal Rights for Persons with Disabilities Law: Legal Base, Process and Impact*, 8(3) INT'L J.

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.² לשם מימוש מטרות אלה, כלל המחוקק בחוק כמה חידושים, ביניהם החובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה, מתן הכשר להעדפה מתקנת והחלת החובות דלעיל גם על המגזר הפרטי. כל אחד מחידושים אלה קובע ברכה לעצמו, ומזמין דיון בפרטיו. במאמר זה אדון רק באחד החידושים: החובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה (להלן גם: חובת ההתאמות).

חרף הזמן הרב יחסית שחלף מאז נכנסה לתוקף החובה לערוך התאמות, טרם עסקה בה הפסיקה בישראל באופן מעמיק.³ מאמר קצר זה הינו ניסיון להרים תרומה צנועה לדיון האקדמי בנושא. הוא מתמקד בשאלה המרכזית שעניינה עצם ההצדקה להטלת חובת ההתאמות. המאמר נוגע – אך לא ממצה את הדיון – בשתי שאלות-משנה נוספות: שאלת היקפה של החובה לערוך התאמות והמשתנים המגבשים היקף זה, ושאלת חלוקת הנטל בין המדינה לבין מעבידים פרטיים בהקשרה של חובה זו.

משמו של חוק השוויון, ממבנהו ומניסוחו, ברור שיוזמיו סברו כי החובה לערוך התאמות נגזרת מן הזכות לשוויון.⁴ אולם דעה זו שנויה במחלוקת בשיח המקביל בארצות-הברית, אשר ההסדר החקיקתי בתחום המוגבלויות שאומץ בה שימש מודל לחיקוי למחוקק הישראלי. בין החוקרים האמריקאים יש הסבורים כי חובת ההתאמות נגזרת מן הזכות לשוויון,⁵ ולעומתם אחרים טוענים כי החובה חורגת ממה שמקובל לגזור מזכות זו.⁶

DISABILITY, COMMUNITY & REHABILITATION (2009), www.ijdc.ca/VOL08_03/articles/rimmerman.shtml; Arie Rimmerman, Tal Araten-Bergman, Shirley Avrami & Faisal Azaiza, *Israel's Equal Rights for Persons with Disabilities Law: Current Status and Future Directions*, 25(4) DISABILITY STUD. Q. (2005), www.dsqsds.org/article/view/626/803; נטע זיו "אנשים עם מוגבלויות – בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 813 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

2 ס' 2 לחוק השוויון.

3 ראו, למשל, בש"א 5712/03 שטיינברג – חברת החשמל לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 30.12.2003); עב' (אזורי נצ') 1732/04 דה-קסטרו דקל יצחק – מ.ב.א. הזורע (פורסם בנבו, 10.7.2005); עב' (אזורי ת"א-יפו) 10973/04 גולדשטיין – נעמת (פורסם בנבו, 19.11.2006); בש"א (אזורי י-ם) 2968/01 בלילתי – ג'רוסלם פוסט פבליקיישנס בע"מ, פד"ע לט, עט (2001).

4 אכן, סמוך לאחר כניסתו של חוק השוויון לתוקף פרסמו שניים מבין מנסחי החוק ומן הדוחפים לקבלתו מאמר ובו טענו כי החוק כולל "מכניזמים חדשים של שוויון". ראו אריאלה אופיר ודן אורנשטיין "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998: אמנציפציה בסוף המאה ה-20" ספר מנחם גולדברג 42, 56 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2001).

5 ראו, למשל: Michael Ashley Stein, *Same Struggle, Different Difference: ADA Accommodations as Antidiscrimination*, 153 U. PA. L. REV. 579 (2004); Samuel R. Bagenstos, "Rational Discrimination," *Accommodation, and the Politics of (Disability)*

בפרק א אנסה לברר אם החובה לערוך התאמות פורצת את גבולות ההבנה המקובלת של הזכות לשוויון במסגרת המשפט החוקתי הישראלי. אציג שני פסקי-דין מוכרים בתחום השוויון, ואראה כי בית-המשפט הציב בהם דרישות דומות לאלה שחובת ההתאמות מציבה. מסקנת הפרק תהיה אפוא כי חובה זו אומנם יוצרת מנגנון חדש, אך מנגנון זה עולה בקנה אחד עם ההבנה המקובלת בישראל של המתחייב מן הזכות הכללית לשוויון.

בפרק ב אציע שני הסברים למחלוקת בשאלת היחס בין החובה לערוך התאמות לבין הזכות לשוויון. הסבר אחד קושר את המחלוקת בעניין ההתאמות למחלוקת בשאלת מעמדן הראוי של הזכויות החברתיות. כידוע, יש המתנגדים להענקת מעמד חוקתי לזכויות חברתיות, ואחד מנימוקיהם קשור לאפיון הזכויות החברתיות כזכויות המטילות על המדינה חובות "חיוביות". החובה לערוך התאמות נושאת אף היא אופי "חיובי". ייתכן אם כן שהטענה כי חובה זו חורגת מגבולות הזכות לשוויון נובעת מהתנגדות להפיכת הזכות לשוויון לזכות "חיובית". הסבר שני לעמדת המצמצמים נעוץ בחוסר ההתאמה בין חובת ההתאמות לבין ההגדרה האריסטוטלית של הזכות לשוויון. כידוע, השוויון האריסטוטלי מחייב מתן יחס שווה לשווים, והשאלה אם מדובר ב"שווים" או ב"שווים" נבחנת במשקפי הרלוונטיות של השוני המוצע לעניין שעל הפרק. חוק השוויון כולל ב"התאמה" שיש לערוך גם חובה להתעלם מהבדלים מסוימים בתפוקה בין אדם "רגיל" לבין אדם עם מוגבלות, או ליצור התאמה פיזית הנחוצה לאדם עם מוגבלות אך לא לאדם רגיל. על פניו, הבדלים אלה רלוונטיים לתחום התעסוקה, מה שמקשה את ראיית החובה להתעלם מהם במקרה של אדם עם מוגבלות כמתחייבת מעקרון השוויון במובנו האריסטוטלי.

אם אי-אפשר לבסס את החובה לערוך התאמות על עקרון השוויון האריסטוטלי, האם ניתן להציע לה הצדקה אחרת? בפרק ג אבחן כמה הצדקות אפשריות לחובה: הצדקה מן היעילות וכן הצדקות אחדות מן הצדק – שוויון הזדמנויות, כבוד, השתתפות ואוטונומיה. בשנת 2002 עשה שר העבודה והרווחה שימוש בסמכות המוענקת לו בחוק שכר-מינימום,⁷ והתקין תקנות המאפשרות למעביד לשלם לעובדים עם מוגבלות שתפוקתם נמוכה ב-25% לפחות מיכולת העבודה הרגילה שכר הנמוך משכר-מינימום. בפרק ד אבחן

Civil Rights, 89 VA. L. REV. 825 (2003); Christine Jolls, *Antidiscrimination and Accommodation*, 115 HARV. L. REV. 643 (2001)

6 ראו, למשל: Stewart J. Schwab & Steven L. Wilborn, *Reasonable Accommodation of Workplace Disabilities*, 44 WM. & MARY L. REV. 1197 (2003); Samuel Issacharof & Justin Nelson, *Discrimination with a Difference: Can Employment Discrimination Law Accommodate the Americans with Disabilities Act?* 79 N.C. L. REV. 307 (2000); Pamela S. Karlen & George Rutherglen, *Disabilities, Discrimination and Reasonable Accommodation*, 46 DUKE L.J. 1 (1996)

7 חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987 (להלן: חוק שכר-מינימום).

אם תקנות אלה עולות בקנה אחד עם ההצדקות השונות לחובה לערוך התאמות שהוצגו בפרק ג.

א. התאמות ושוויון

1. התאמות – שוויון או העדפה?

סעיף 8 לחוק השוויון קובע כדלקמן:

(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה, מחמת מוגבלותם, ובלבד שהם כשירים לתפקיד או למשרה הנדונים...

...

(ה) לעניין סעיף זה –

...

"הפליה" – לרבות אי-ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו;
 "התאמה", "התאמות" – לרבות התאמת מקום העבודה, הציוד שבו, דרישות התפקיד, שעות העבודה, מבדקי קבלה לעבודה, הכשרה והדרכה, נוהלי עבודה, והכל מבלי שהדבר יטיל על המעביד נטל כבד מדי;
 "נטל כבד מדי" – נטל בלתי סביר בנסיבות 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.

חוק השוויון, והחובה לערוך התאמות הכלולה בו, נחקקו בהשראת החקיקה בארצות-הברית. בשיח האקדמי בארצות-הברית הדעות חלוקות בשאלת הבסיס לחובה. יש הסבורים כי אי-אפשר לבסס חובה זו על הזכות לשוויון. לדעתם, עקרון השוויון אוסר על מעביד להפלות בין עובדים או מועמדים לעבודה רק אם המעביד אינו יכול להצדיק את התנהגותו על יסוד שיקולים עסקיים, ולפיכך סירובו של מעסיק לקבל לעבודה אדם עם מוגבלות לא ייחשב הפליה אסורה אם יצליח המעסיק להוכיח כי תפוקתו של אותו אדם נופלת מזו של עובד נטול מוגבלות. לשון אחר, הטענה היא שחובת ההתאמות חורגת מעקרון השוויון משום שהיא מחייבת את המעסיק לחרוג מאמות-מידה של רווח והפסד ולשאת בעלויות נוספות או בהפסדים צפויים.

כותבים אחרים טוענים כי החובה לערוך התאמות אינה חורגת מן המקובל בתחום השוויון. לביסוס עמדתם הם מצביעים על שורה של פסקי-דין בתחום התעסוקה – שאינם נופלים במסגרת החוק המטפל באנשים עם מוגבלות וחובת ההתאמות הכלולה בו – שבהם קיבל בית-המשפט טענות להפליה אף שהמעביד הצליח לתת טעם עסקי למדיניותו. לטענתם, באותם מקרים, כאשר בחר בית-המשפט להתעלם משיקולים עסקיים, הוא חייב

למעשה את המעסיקים לשאת בעלויות כספיות שאינן שונות במהותן מאלה המוטלות במסגרת החובה לערוך התאמות.⁸
לפני שנים מספר צידד בית-המשפט העליון האמריקאי בדעת המצמצמים, כאשר קבע כי אי-אפשר לבסס חובה לערוך התאמות על עקרון השוויון, המעוגן בתיקון החמישי לחוקת ארצות-הברית:

A State's decision to act on the basis of those differences does not give rise to a constitutional violation... "Such a classification cannot run afoul of the Equal Protection Clause if there is a rational relationship between the disparity of treatment and some legitimate governmental purpose"... [hence, States] could quite hardheadedly – and perhaps hardheartedly – hold to job-qualification requirements which do not make allowance for the disabled. If special accommodations for the disabled are to be required, they have to come from positive law and not through the Equal Protection Clause.⁹

2. באיזו הבנה תומכת הפסיקה הישראלית בנושא שוויון?

נראה שההבנה המקובלת בישראל של עקרון השוויון מאפשרת לקרוא לתוכו את החובה לערוך התאמות. להלן אציג שני פסקי-דין של בית-המשפט העליון בישראל התומכים בקריאה המרחיבה: פסקי-הדין בפרשת מילר¹⁰ ובפרשת רקנט.¹¹

8 למשל, "פיצה דומינו" חויבה לבטל דרישה מעובדיה שיימנעו מגידול זקן, אף שהציגה לפני בית-המשפט נתונים המעידים כי חלק נכבד מצבור הלקוחות חש רתיעה מעובדים מגודלי-זקן. הכרעת בית-המשפט נשענה על עקרון השוויון, מן הטעם שהדבר פוגע באופן לא-שוויוני בגברים שחורים (בעיות עור שמחייבות גידול זקן שכיחות הרבה יותר אצל שחורים). ראו: *Bradley v. Pizzaco of Nebraska Inc.*, 926 F.2d 610 (8th Cir. 1991). במקרה אחר פסק בית-המשפט נגד מעביד שנהג לפטר עובדים אם ביקשו בשנת עבודתם הראשונה חופשות מחלה ארוכות, מהטעם שהדבר פוגע בזכותן של נשים (הנוזקות בגיל הפריור לחופשות מחלה בשכיחות רבה משל גברים) לשוויון, וזאת חרף הנוק הכלכלי שנגרם למעביד כתוצאה מהטלת האיסור. ראו: *EEOC v. Warshwsky & Co.*, 768 F. Supp. 647 (N.D. Ill. 1991). לדוגמאות נוספות ראו את המאמרים המאוזכרים בה"ש 5 לעיל.

9 *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 356, 366–368 (2001). לביקורת על הלכה זו ראו: *Aviam Soifer, Disabling the ADA: Essences, Better Angels, and Unprincipled Neutrality Claims*, 44 WM. & MARY L. REV. 1285, 1296–1297 (2003).

10 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995) (להלן: פרשת מילר).

11 בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289 (1997) (להלן: פרשת רקנט).

כידוע, המשפט החוקתי האמריקאי מבחין בין כמה סוגים של הפליה אסורה.¹² שניים מהם רלוונטיים לדיון שלנו: הפליה בשל הנחה מוצדקת של המעסיק כי התפוקה הממוצעת של חברי הקבוצה נמוכה מזו של אחרים, המכונה "הפליה סטטיסטית רציונלית";¹³ והפליה בשל העדפותיהם של הלקוחות¹⁴ או של עובדים אחרים במקום העבודה.¹⁵ שני סוגי הפליה אלה דומים אך שונים: בשניהם ההעדפה נובעת משיקול כלכלי-עסקי, אלא שבמקרה השני התועלת הכלכלית שבאיי-העסקתה של קבוצה מוגדרת אינה נובעת מיצרנות משוערת פחותה של חברי הקבוצה, אלא מהעדפותיהם של הלקוחות (או מחוסר נכונותם של עובדים אחרים במקום העבודה לפעול בצוותא עם מי שנמנה עם הקבוצה האמורה). כפי שנראה מייד, פרשות מילר ורקנט מהוות דוגמאות מצוינות לשני סוגי הפליה: פרשת מילר – להפליה סטטיסטית רציונלית; ופרשת רקנט – להפליה בשל העדפותיהם של הלקוחות.

(א) פרשת מילר

בפרשת מילר נדון סירובו של צה"ל לקלוט נשים בקורס טיס. הצבא נימק את סירובו בטענה שניתן להניח כי התפוקה הממוצעת של טייסות תהיה נמוכה מזו של טייסים. ההשקעה האדירה בהכשרת טייסים מבוססת על תחזית ארוכת-טווח. המועמדים לקורס טיס מתחייבים לשרת בצבא הסדיר במשך שנים מספר מיום הסמכתם כטייסים. נוסף על כך, הם מתחייבים לשירות מילואים (בהתנדבות). הצבא טען כי הסדרי החוק באשר להיקף חובת השירות של נשים אינם מאפשרים לשלבן במסגרת תכנונית זו. עיקר הקושי טמון בהעדר היכולת להסתמך על התחייבותה של טייסת (להבדיל מטייס) להתמיד בשירות מילואים, שכן אם תהרה או תלד, ותודיע כי היא חוזרת בה מהתנדבותה, שוב לא תהיה אפשרות חוקית לחייבה לשרת.

שניים משופטי ההרכב קיבלו את עמדת הצבא ודחו את העתירה, אך שלושת שופטי הרוב – השופטות דורנר ושטרסברג-כהן והשופט מצא – דחו את טענת הצבא וקיבלו את העתירה. השופט מצא היה מוכן להסכים שאם ימצא כי תרומתה הממוצעת הכוללת של

12 ראו: Sandra F. Sperino, *Disparate Impact or Negative Impact? The Future of Non-Intentional Discrimination Claims Brought by the Elderly*, 13 ELDER L.J. 339 (2005); Jessica Sturgeon, *Smith v. City of Jackson: Setting an Unreasonable Standard*, 56 DUKE L.J. 1377, 1377–1378 (2007).

13 ראו, למשל: Katherine V.W. Stone, *The New Psychological Contract: Implications of the Changing Workplace for Labor and Employment Law*, 48 UCLA L. REV. 519, 599 (2001).

14 ראו, למשל: George J. Borjas & Stephen G. Bronars, *Consumer Discrimination and Self-Employment*, 97 J. POL. ECON. 581 (1989).

15 ראו, למשל: Barry R. Chiswick, *Racial Discrimination in the Labor Market: A Test of Alternative Hypotheses*, 81 J. POL. ECON. 1330 (1973).

טייסת – מבחינת רצף השירות ומשכו – אכן פחותה משל טייסים גברים, יוכל הדבר להצדיק את עמדת הצבא, אלא שלדעתו התחזית הסטטיסטית מוטלת בספק. מצא שואל: "כלום יש יסוד להניח, שבכל הנוגע לתקינות השירות הסדיר ומימוש ההתנדבות לשירות מילואים, ההתפלגות בקרב נשים טייסות תהא שונה, במידה משמעותית, מאשר בקרב חיילות המשרתות במקצועות אחרים ובקרב טייסי מילואים גברים?"¹⁶ במילים אחרות, אילו השתכנע השופט מצא כי מדובר בהפליה סטטיסטית רציונלית, הוא היה מקבל את עמדת הצבא, אלא שלדעתו הצבא לא הצליח להרים את הנטל הדרוש לסיווגה של ההעדפה ככזו.¹⁷

השופטת שטרסברג-כהן צועדת צעד אחד נוסף מעבר לשופט מצא. היא קובעת שגם אם נסכים שהתפוקה הממוצעת של נשים טייסות תהיה נמוכה משל מקביליהן הגברים, הדבר אינו מצדיק את סגירת קורס הטיס בפניהן. לדעתה:

שונות הגורמת לקשיים ענייניים ואמיתיים ביישום ערך השוויון, כגון קשיים פיזיים, כלכליים, לוגיסטיים וכיוצא באלה, היא שונות רלוואנטית. אף-על-פי-כן, באותם מקרים שבהם היא ניתנת לניטרול במחיר סביר, ראוי לתקנה ולנטרלה על-מנת להשיג שוויון.¹⁸

שטרסברג-כהן סבורה כי ניתן לתבוע מן המדינה, בשם הזכות לשוויון, לשאת בעלויות נוספות הכרוכות בהעסקתן של נשים, אף שמבחינה כלכלית טהורה הדבר אינו כדאי. קשה לראות במה דרישה זו שונה מן החובה שחוק השוויון שמטיל על המעסיק לערוך התאמות על-מנת לאפשר למועמד עם מוגבלות להשתלב בעבודה. הדמיון בין שני המקרים אינו נעלם גם מעיניה של שטרסברג-כהן עצמה, המשתמשת להבהרת עמדתה בדוגמה מתחום המוגבלויות:

אם – לדוגמא – יבקש נכה על כיסא גלגלים להתקבל לעבודה במוסד ציבורי כשכישוריו עונים על דרישות התפקיד אלא שהגישה למשרד היא באמצעות מדרגות; המוגבלות בנתונים הפיזיים הבסיסיים המאפשרים גישה למקום העבודה יוצרת שונות רלוואנטית, אלא שהיא ניתנת לניטרול במחיר סביר וראויה היא לתיקון כדי להשיג שוויון הזדמנויות. לפיכך נדרוש

16 פרשת מילר, לעיל ה"ש 10, פס' 21 לחוות-דעתו של השופט מצא.

17 מנגנון ההעדפה הסטטיסטית הוא עצמו מכשיר שנועד למזער עלויות. במקום לבדוק את ביצועיו של כל מועמד לתפקיד, בעל העסק בוחר במנגנון חיזוי. אפשר שבכך הוא מוותר על עובד מוכשר במיוחד שהיה עשוי להניב תועלת רבה לעסק, אולם בסיכום הכולל מנגנון החיזוי משמש כלי לחיסכון כספי ולהתייעלות.

18 פרשת מילר, לעיל ה"ש 10, פס' 6 לחוות-דעתה של השופטת שטרסברג-כהן.

השקעת משאבים על-מנת לנטרל את השונות ולתקנה באמצעות מעלית או בדרך אחרת שתאפשר לנכה להגיע לאותו משרד.¹⁹

(ב) פרשת רקנט

בפרשת רקנט נבחן תוקפו של הסכם קיבוצי בין חברת אל-על לבין דיילי-האוויר שלה, המטיל על הדיילים חובת פרישה בהגיעם לגיל שישים. השופט זמיר הסביר כי החובה נובעת, בין היתר, מן הרצון של החברה לשדר מראה צעיר של דייליה, אך קבע כי מדובר בהפליה פסולה. בשלב הראשון זמיר מסביר כי ההעדפה נובעת מסטריאוטיפ שיש לשרשו:

המוסכמה החברתית היא הקרקע שעליה צומחת ההפליה החברתית: הפליה מחמת גזע, דת, ארץ מוצא, מין ועוד. הסטראוטיפ הוא אויב השוויון. הוא יוצר מעגל קסמים הפועל להנצחת הפליה... סעיף 2 לחוק השוויון נועד להתגבר על סטראוטיפים ולשרש מוסכמות הגורמים להפליה בעבודה, ללא הצדקה עניינית, ובהם גם המוסכמה בנוגע לגיל. המשוואה האומרת כי דייל אוויר הוא אדם צעיר היא, בעיקרה, מוסכמה כזאת. וכי מדוע נדרשת, מבחינה עניינית, הופעה צעירה דווקא מדייל אוויר, יותר מאשר מדייל קרקע, פקיד קבלה בבית מלון, עובד במשרד, נהג אוטובוס, סוכן מכירות, זבן בחנות?²⁰

אולם גינוי ההעדפה בשל מקורה הבעייתי אינו מיתר את ההתמודדות עם המציאות. הסטריאוטיפ קיים, והתעלמות ממנו תגבה מחיר עסקי. זמיר אינו מכחיש עובדה זו, אך טוען כי אין בה כדי להצדיק את עמדת החברה:

ייתכן כי הופעה צעירה של דייל אוויר, כמו הופעה כזאת של זבן בחנות, יש בה יתרון עסקי. יש חן בנעורים, ואפשר שהחן ישרת את העסק. כך בעסקים רבים המתחרים על לבו וכיסו של הלקוח. ייתכן שכך במיוחד בחברת תעופה המתחרה בחברות תעופה שהרשות נתונה להן להעסיק רק אנשים צעירים כדיילי אוויר. עם זאת, אין די בכך כדי לגבור על החוק האוסר הפליה מחמת גיל. ראשית, משום שזו תכליתו של החוק, להוות משקל, ככל שהחוק יכול, נגד היתרון הטבעי שיש לאנשים צעירים על פני אנשים מבוגרים. שנית, משום שהמאבק נגד ההפליה לסוגיה גובה בהכרח מחיר מן הפרט ומן הכלל. הוא עשוי לגבות מחיר גם מן המעביד כאשר הוא

19 שם. דבריה של השופטת שטרסברג-כהן נאמרו לפני שנחקק חוק השוויון.
20 פרשת רקנט, לעיל ה"ש 11, פס' 14 לחוות-דעתו של השופט זמיר.

נדרש, גם בניגוד לשיקולים עסקיים, להעסיק אישה ולא איש, שחור ולא לבן, מבוגר ולא צעיר.

...

המחוקק העמיס נטלים כלכליים על מיגזרי ציבור שונים כדי ליצור שוויון ובכללו שוויון הזדמנויות, לא משום שלא היה שוני רלוואנטי מלכתחילה, אלא משום שאף-על-פי שהיה כזה מצא המחוקק לראוי לתקנו תוך ביזור הנטל בין מיגזרים שונים במשק... חברה המכבדת את ערכי היסוד שלה ואת זכויות היסוד של חבריה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר על-מנת שערך השוויון לא יעמוד ככלי ריק מתוכן, אלא יקבל ביטוי ויישום הלכה למעשה.²¹

כמו בפרשת מילר (לפחות לגישתה של השופטת שטרסברג-כהן), גם בפרשת רקנט המעסיק נדרש לשאת בעלויות נוספות בשם עקרון השוויון. בשני המקרים הטעם להפליה הוא כלכלי. בשניהם השופטים מסכימים שהתנהגותם של המעסיקים מבוססת על שיקולים של רווח והפסד, ולמרות זאת הם מחייבים את המעסיק, בשם עקרון השוויון, לפעול בדרך שתסב לו הפסד כלכלי מסוים. קשה לראות במה התביעה מן המעסיק, בשם עקרון השוויון, לשאת בעלויות נוספות (בפרשת רקנט מדובר בעלויות הכרוכות באובדן עסקים הנובע מהעסקתם של דיילים קשישים) שונה מן התביעה המקבילה לעריכת התאמות במסגרת חוק השוויון. פרשות מילר ורקנט מלמדות אפוא כי לפחות בישראל ניתן לבסס את החובה לערוך התאמות על הזכות לשוויון.²²

ראיה נוספת לכך שלפחות בישראל ניתן לכלול את החובה לערוך התאמות במסגרת הזכות לשוויון ניתן למצוא בגישתו של בית-המשפט העליון להעדפה המתקנת. כידוע, בספרות קיימת מחלוקת בשאלה אם העדפה מתקנת, במקומות שבהם היא מתבקשת, מהווה נגזרת של עקרון השוויון או שמא היא מהווה חריג לעיקרון זה. מדברי השופטים מצא²³

21 שם, פס' 15 לחוות-דעתו של השופט זמיר (ההדגשות הוספו).

22 קלמן טוען כי הפליה בשל העדפת לקוחות הינה בכל-זאת הפליה במובנה הבסיסי. הזרקור צריך להיות מופנה לא למערכת יחסי עובד-מעסיק, אלא למערכת יחסי עובד-לקוח. לדעתו, על הלקוח מוטלת החובה להתייחס לאלה המשרתים אותו באמת-מידה עניינית קפיטליסטית, ולא לכלול במערכת היחסים מרכיב של העדפות אישיות ודעות קדומות. זכותו של העובד היא כלפי הלקוח, גם אם הדרך לאכוף זכות זו היא באמצעות הטלת חובה על המעסיק, הפועל כסוכן של הלקוחות. הטלת האיסור על המעסיק להתחשב בהעדפת לקוחות נועדה להבטיח ששיקול לא-רציונלי כזה של הלקוח לא יובא בחשבון. ראו: Mark Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 STAN. L. REV. 833, 848 (2001); MARK KELMAN & GILLIAN LESTER, *JUMPING THE QUEUE* 204 (1997).

23 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, פס' 2-3, 16-17, 24 ו-30 לחוות-דעתו של השופט מצא (1994) ('רעיון' ההעדפה המתקנת' (או:

וחשין²⁴ עולה בבירור כי לדעתם רעיון ההעדפה המתקנת נגזר מעקרון השוויון. גם העדפה מתקנת עלולה במקרים מסוימים לעמוד במתח עם רציונל כלכלי, ובכל-זאת בית-המשפט רואה בה יישום של עקרון השוויון, ולא חריגה ממנו.

ב. ממה נובע חוסר ההסכמה ?

הכותבים האמריקאים הטוענים כי החובה לערוך התאמות כלפי אנשים עם מוגבלות מבוססת על עקרון השוויון תומכים את יתדותיהם בשורה של פסקי-דין מתחום התעסוקה שבהם פורש עקרון השוויון בהרחבה ככולל דרישה מן המעסיק לשאת בהוצאות יתרות בשם עקרון השוויון. על רקע זה מעניין לברר מה מניע את המתנגדים לקריאה רחבה של עקרון השוויון. בפרק זה אציע שני הסברים אפשריים: לפי הראשון, ההתנגדות לקריאה המרחיבה נובעת מעמדה עקרונית נגד הכללתן של זכויות חיוביות במסגרת החוקה; לפי השני, ההתנגדות מבוססת על אי-התאמתה של החובה לערוך התאמות למסגרת האנליטית של השוויון האריסטוטלי.

1. אופייה החיובי של החובה לערוך התאמות

בשיח זכויות האדם הבין-לאומי מקובל להבחין בין שתי קבוצות של זכויות. קבוצה אחת כוללת זכויות אזרחיות ופוליטיות, כגון ביטוי, דת וקניין, וקבוצה אחרת כוללת זכויות חברתיות (או בהגדרה מוצלחת יותר – זכויות הנוגעות בענייני רווחה), כגון דיור, בריאות וחינוך. הזכויות שבקבוצה השנייה חדשות יחסית בשיח הזכויות. לא כל המדינות כוללות זכויות בענייני רווחה בחוקותיהן, וגם אלה שכוללות זכויות כאלה מבחינות בדרך-כלל בין לבין זכויות אזרחיות ופוליטיות. בעוד הזכויות האזרחיות והפוליטיות מנוסחות בחוקה באופן ברור, ומי שזכותו נפגעה רשאי לעתור לבית-המשפט ולבקש ממנו סעד, הזכויות החברתיות מנוסחות בדרך-כלל כשאיפה וכהנחיה כללית, ואינן ניתנות לאכיפה בדרך של תביעות פרטניות, אלא מיושמות על-ידי המחוקק או הרשות המבצעת, לאחר שעוגנו במסגרת תקציבית הולמת.²⁵ יש המערערים על מציאות זו, ומבקשים להשוות את מעמדן

²⁴ 'המקדמת' (affirmative action) נגזר מעקרון השוויון, ועיקרו הוא בהעמדת אמצעי של מדיניות משפטית להגשמת השוויון כנורמה חברתית תוצאתית... אך נטיית רוב השופטים [בארצות-הברית] הייתה להכיר בהעדפה מתקנת רק כבחריג מותר לעקרון השוויון".

²⁴ בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, פס' 20–25 ו-42 לחוות-דעתו של השופט חשין (1998).

²⁵ הבחנה דומה בין שתי הקבוצות קיימת גם במסמכי זכויות האדם הבין-לאומיים. הטיפול בהן מחולק לשתי אמנות שונות. האמנה העוסקת בזכויות אזרחיות ופוליטיות כוללת גם מנגנון

של הזכויות החברתיות לזה של הזכויות האזרחיות והפוליטיות. אחרים תומכים בהבחנה בין שתי הקבוצות, ומעלים נימוקים שונים להצדקת עמדתם.²⁶ אחד הנימוקים המוצגים על-ידי המתנגדים לחוקתיזציה של זכויות חברתיות מבוסס על ההבחנה בין "זכויות שליליות" לבין "זכויות חיוביות". זכות שלילית מורה לאחרים לסגת מתחומם של הפרט, בעוד זכות חיובית דורשת מהכפוף לה לפעול באופן אקטיבי לקידום זכותו של הפרט. הטענה היא שיש בעיה באכיפתן של זכויות חיוביות, אם משום שהיקפן עמום ואם משום שלבית-המשפט אין הכישורים והיכולת המוסדית לראות את התמונה הכללית הנחוצה לשם הכרעה בעניינן.²⁷ המתנגדים לשימוש בכלים חוקתיים כדי להגן על זכויות חברתיות טוענים כי זכויות אזרחיות ופוליטיות הן זכויות שליליות, ואילו זכויות חברתיות הן זכויות חיוביות, מה שמסביר מדוע אין להפקיד בידי בית-המשפט החוקתי את משימת אכיפתן.

דיון רציני בטענה מחייב התמודדות עם שתי שאלות: ראשית, האם יש בעיה מיוחדת בהגנה חוקתית על זכויות חיוביות? שנית, האם אכן זכויות חברתיות הן זכויות חיוביות ואילו זכויות אזרחיות ופוליטיות הן זכויות שליליות? תשובה שלילית לאחת משתי השאלות הללו די בה לשמוט את הבסיס להבחנה המוצעת בין זכויות אזרחיות ופוליטיות לבין זכויות חברתיות. אלה התומכים באכיפת הזכויות החברתיות באמצעות החוקה תוקפים כל אחת מן ההנחות. לצרכינו רלוונטית יותר המתקפה על ההנחה השנייה, קרי, על ההנחה שניתן להבחין (עובדתית) בין קבוצת הזכויות האזרחיות לבין קבוצת הזכויות החברתיות לפי אמת-המידה של זכויות חיוביות ושליליות. המתנגדים להבחנה טוענים כי לא רק זכויות חברתיות כוללות מרכיב פוזיטיבי, אלא גם זכויות אזרחיות ופוליטיות.²⁸

אכיפה. לעומת זאת, האמנה העוסקת בזכויות חברתיות נעדרת שיניים, וכוללת רק מנגנון דיווח לבחינת המצב במדינות החתומות עליה. ראו אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966); אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966).

26 לדיון ראו: Ruth Gavison, *On the Relationship between Civil and Political Rights and Social and Economic Rights*, in *THE GLOBALIZATION OF HUMAN RIGHTS* 23 (J.M. Coicaud et al. eds., 2003); DAVID BILCHITZ, *POVERTY AND FUNDAMENTAL RIGHTS: THE ENFORCEMENT AND JUSTIFICATION OF SOCIO-ECONOMIC RIGHTS* (2007); *EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE* (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2007).

27 לדיון ראו, למשל, גיא מונדלק "זכויות חברתיות" שנתון משפט העבודה ז 65 (1999).

28 למשל, כדי להבטיח חופש הפגנה, המדינה נדרשת לא אחת להפעיל כוחות שיטור ואבטחה, שעלותם גבוהה. לדיון ראו: STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, *THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES* (1999). נוסף על כך, יש הטוענים כי ההגנה על זכויות חברתיות כוללת לעיתים גם "היבטים שליליים", המתבטאים בהגבלת כוחה של המדינה לפגוע בחופש הפעולה של הפרטים. למשל, הזכות לדיור עשויה להטיל על המדינה איסור להרוס בית של אדם, גם אם יש לה צידוק כלשהו לכך. לדיון ראו: Frank I. Michelman, *The*

המחלוקת בשאלה אם זכויות אזרחיות ופוליטיות הן שליליות בלבד או שיש להן גם פן חיובי עשויה להסביר את המחלוקת בשאלה אם ניתן לבסס את החובה לערוך התאמות על הזכות לשוויון. ייתכן שהסוברים כי אי-אפשר לבסס חובה זו על השוויון גורסים שזכויות אזרחיות ופוליטיות הן לעולם זכויות שליליות. לדעתם, הזכות לשוויון הינה זכות אזרחית ופוליטית, ולכן החובה לערוך התאמות, המטילה על המעביד חובה פוזיטיבית, אינה יכולה להיכלל במסגרת הזכות לשוויון.

חולשתו של הסבר זה היא בהתבססותו על הנחה שנויה במחלוקת. אם צודקים הטוענים שכל הזכויות האזרחיות והפוליטיות כוללות גם מרכיב חיובי, אזי אין שום דבר חריג בהכללתו של מרכיב חיובי גם בזכות לשוויון. להפך, צמצומה של הזכות לשוויון למתחם השלילי בלבד יהפוך אותה לחריגה בנוף הזכויות, דבר שמחייב הצדקה.

2. חולשת הטיעון מן השוויון האריסטוטלי

טעם אפשרי אחר לעמדתם של המתנגדים לביסוס החובה לערוך התאמות על השוויון קשור למבנה האנליטי של הזכות לשוויון. הזכות לשוויון, בניסוחה האריסטוטלי המקובל, מחייבת את הכפופים לה להעניק יחס שווה לשווים.²⁹ אבל, כידוע, הגדרה זו אינה מספקת, שהרי בני-אדם שווים זה לזה בעניינים רבים ובוד בבד שונים זה מזה בעניינים רבים אחרים. איך נדע, למשל, אם שני מועמדים למשרה כלשהי הם שווים, ולכן יש לנהוג בהם בשוויון, או שונים, ולכן אין חובה לנהוג בהם באופן שווה? התשובה המקובלת היא ששאלת השוני או השוויון צריכה להיבחן לאור העניין העומד על הפרק. אנשים ייחשבו שונים רק אם השונות הנטענת רלוונטית לעניין. מאמר זה עוסק בשוויון בהקשר של יחסי עבודה: קבלה לעבודה, קידום וכיוצא בהם. כפי שצינינו לעיל, בהקשר זה שוני בין שני בני-אדם בתפוקה העסקית שכל אחד מהם מייצר נראה, על פניו, רלוונטי לעניין. מי שתפוקתו נמוכה שונה בעליל ממי שתפוקתו גבוהה. אך אם מדובר בשוני רלוונטי, אזי אי-אפשר לטעון כי מעסיק הבוחר בעובד ה"רגיל", בעל התפוקה הגבוהה, מפלה לרעה את העובד עם המוגבלות, שתפוקתו נמוכה יותר. במילים אחרות, ההבנה המקובלת של עקרון השוויון אינה מאפשרת לגזור ממנו את חובת המעסיק לערוך התאמות. ודוק, איני טוען כי אין בנמצא הסבר משכנע לחובה לערוך התאמות, אלא רק שאי-אפשר לבסס חובה זו על הזכות לשוויון במובנה האריסטוטלי.

Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification, 1 OXFORD INT'L. J. CONST. L. 13, 17 (2003) ("Social rights can sometimes be 'negatively protected' by comfortably kosher forms of judicial intervention")

29 פרשת מילר, לעיל ה"ש 10, פס' 6-7 לחוות-דעתה של השופטת שטרסברג-כהן. לניתוח מפורט של התפיסה האריסטוטלית ראו: WOLFGANG VON LEYDEN, ARISTOTLE ON EQUALITY AND JUSTICE: HIS POLITICAL ARGUMENT (1985).

הצד השווה להפליה סטטיסטית רציונלית, המודגמת בפרשת מילר, ולהפליה בשל העדפת לקוחות, המודגמת בפרשת רקנט, הוא שבשתייהן יש למעביד נימוק כלכלי להתנהגותו, המהווה שוני רלוונטי, וחרף זאת בית-המשפט מגדיר התנהגות זו הפליה פסולה, ואינו רואה בעיה מיוחדת בהטלת מעמסה כספית בשם הזכות לשוויון. כל זאת בחריגה ברורה מעקרון השוויון האריסטוטלי, המדגיש את קיומו או העדרו של שוני רלוונטי. אולם בית-המשפט אינו מסביר מהי בדיוק ההצדקה לחריגה מן המסגרת האנליטית של השוויון האריסטוטלי. ייתכן שכאן טמון ההסבר לסירובם של חלק מהכותבים לקשור את החובה לערוך התאמות אל הזכות לשוויון. הם סבורים כי מדובר בפריצה לא-מנומקת של המסגרת האנליטית של השוויון, ומעדיפים להתעלם מהעובדה שבית-המשפט חורגים ממילא ממסגרת זו גם במקרים אחרים. מבחינתם, עדיף להציג את החובה לערוך התאמות כמבוססת על טעם נפרד מעקרון השוויון, ולא להציגה כדוגמה נוספת לחוסר הקוהרנטיות של עיקרון זה.

ג. מהי ההצדקה להתאמות?

בפרק א טענתי כי לנוכח השימוש שעשה בית-המשפט העליון בעקרון השוויון בפרשות מילר ורקנט, אין כל דבר יוצא דופן בהצעה לתלות בעיקרון זה גם את החובה לערוך התאמות. אולם בפרק ב הבהרתי את הקושי בשימוש בעקרון השוויון במובנו האריסטוטלי. אם שוויון מחייב יחס שווה לשווים, כפי שנקבע בהגדרה הסטנדרטית שבית-המשפט מציב לעיקרון זה, ואם שיקולים של תועלת כלכלית רלוונטיים לתחום העבודה, אי-אפשר להשתמש בעקרון השוויון כטעם להתעלמות מהבדלים במונחי תועלת בין עובדים או בין מועמדים לעבודה. כשל זה רלוונטי גם ביחס לחובה לערוך התאמות. חוק השוויון מחייב את המעביד להתעלם מן השוני בתפוקה בין עובד רגיל לבין עובד עם מוגבלות, או להוציא כסף כדי להתאים את סביבת העבודה לצרכיו המיוחדים של עובד עם מוגבלות, אף שנתונים אלה מהווים שוני רלוונטי. השימוש בשוויון במובנו האריסטוטלי מספק אולי עוצמה רטורית לדרישה להתעלם מן השוני הרלוונטי, אך הוא אינו מספק הסבר לדרישה זו. בפרק זה אבחן כמה הצדקות חלופיות לחובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה. הצדקה אחת תנוסח במונחי יעילות, והאחרות – במונחי צדק.

1. יעילות

הטענה שבבסיס ההצדקה מן היעילות היא שעריכת התאמות תוביל בסופו של יום לחיסכון כספי ניכר. הדבר יאפשר לאנשים עם מוגבלות להשתלב בשוק העבודה, יוציא אותם ממעגל

מקבלי הקצבאות, וכך יפחית את העלויות הכרוכות בטיפול בהם.³⁰ כפי שמציין סמואל בגנסטוס, הצדקה זו תפסה מקום מרכזי ברטוריקה של התומכים בהטלת חובת ההתאמות בארצות-הברית:

In official reports, in congressional hearings, on the floor of Congress, and in the popular press, supporters of the proposed ADA argued that the status was necessary to reduce the high societal cost of dependency – that people with disabilities were drawing public assistance instead of working, and that a regime of “reasonable accommodations” could move people with disabilities off the public assistance rolls and into the workforce in a way that would ultimately save the nation money.³¹

גם בישראל ניתן למצוא שימוש בהצדקה מן היעילות בהקשר של חקיקה הנוגעת באנשים עם מוגבלות. למשל, לפני שנים מספר תיקנה הכנסת את חוק החינוך המיוחד, והוסיפה לו הסדרים שעייגנו את חובת המדינה להעדיף שילוב של ילדים בעלי צרכים מיוחדים במערכת החינוך הרגילה על השמתם במסגרות של חינוך מיוחד.³² אחד הנימוקים שהובאו להצדקת התיקון לחוק היה שהעלות הכוללת של השילוב נמוכה מזו של המשך לימודים במסגרות חינוך מיוחד. במילים אחרות, השילוב הוצג לא (או לא רק) כאינטרס של תלמידים בעלי צרכים מיוחדים, אלא כאינטרס של המדינה, בהיותו פדאיי מבחינה כלכלית.³³ להצדקה זו יש שתי חולשות. חולשה אחת נוגעת בפרטי החובה לערוך התאמות, כפי שנקבעו בחוק השוויון. החובה מוטלת על המעבידים, והם אמורים לשאת בכל העלות, בעוד התועלת – המתבטאת בהפחתת תמיכות הסעד הניתנות לאנשים עם מוגבלות שאינם מועסקים – מתחלקת בין כלל האזרחים. יוצא שגם אם התועלת המצרפית עולה על העלות הכללית, סביר להניח שהמעסיקים, או לפחות חלק מהם, יצאו נפסדים. תסריט אפשרי כזה יעמוד בסטנדרט היעילות שמציב מבחן קלדור-היקס, המתמקד בתועלת המצרפית בלבד, אך לא בזה של מבחן פרטו, הבוחן את שאלת התועלת מנקודת-מבטם של כל המעורבים, כולל זה שעליו הוטלה העלות הקונקרטית או נטל כבד יותר שלה.³⁴

30 לדיון ולהפניות נוספות ראו: Samuel R. Bagenstos, *The Americans with Disabilities Act as a Welfare Reform*, 44 WM. & MARY L. REV. 921, 957–975 (2003). למשל: RICHARD A. EPSTEIN, *FORBIDDEN GROUNDS: THE CASE AGAINST EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAWS* 490–491 (1992).
 31 Bagenstos, שם, בעמ' 926–927.
 32 ס' 7 (ב) לחוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988.
 33 ראו הצעת חוק חינוך מיוחד (תיקון מס' 6) (שילוב ילדים בעלי צרכים מיוחדים במסגרות רגילות), התשס"ב-2001, ה"ח 3057.
 34 ראו: RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (5th ed. 1998).

תשובה אחת לבעיה עשויה להיות שאם התועלת המצרפית עולה על העלות, גם המעסיקים ייהנו ממנה בסופו של יום, משום שהם יוכלו להחזין חלק מן העלות ולגלגלה על כתפי הלקוחות. אלא שלא ברור אם הנחה סטנדרטית זו תעבוד גם במקרה שלנו. יש להניח שחלק מן המעסיקים לא ימלאו אחר דרישות החוק. חובת ההתאמות תיאכף רק נגד מעסיק שתוגש נגדו תביעה מצד עובד או מועמד לעבודה שנפגעו מאי-מילוי החובה. שיטת אכיפה אקראית כזאת תקשה על המעביד היחיד להחזין עלויות, משום שהוא יאלץ להמשיך להתמודד עם מתחרים שאינם נושאים בעלויות דומות לשלו. זאת ועוד, גם אם נניח שבחלוף פרק-זמן מסוים ייאלצו כל המעסיקים לערוך התאמות, עדיין יקשה על חלק מהם להחזין את העלויות הכרוכות בכך, מפני שהעלויות שמעסיק אחד נאלץ לשאת בהן במסגרת מילוי חובתו אינן זהות לעלויות המושגות על חברו, שהרי אין התאמה אחת דומה לחברתה.

יהיה מי שיאמר כי העובדה שמנגנון ההתאמות אינו עומד במבחן פרטו, אלא רק במבחן קלדור-היקס, אינה צריכה להטרידנו. אם המדד הרלוונטי הוא התועלת המצרפית, ואם עריכת התאמות משפרת את התועלת המצרפית, אזי אין חשיבות לעובדה שמגזר המעסיקים ייפגע מן ההסדר. אלא שטענה זו בעייתית גם מנקודת-מבט של יעילות. מחקרים שנעשו בארצות-הברית טוענים כי בעקבות הטלת החובה לערוך התאמות, שיעור המועסקים מקרב קבוצת האנשים עם מוגבלות לא רק שלא עלה, אלא אף ירד.³⁵ ניתן כמובן לתלות נתון מפתיע זה במנגנון אכיפה לא-אפקטיבי או בהסברים אחרים ברוח זו, אולם ניתן לייחס את התופעה גם לכשל דלעיל. אם מנגנון ההתאמות פוגע בציבור המעסיקים, יש להניח שאלה ישתדלו ככל יכולתם להתחמק מציות לחוק. כדי להבטיח את הצלחתו של מנגנון ההתאמות, יש למצוא דרך לפזר את העלות, ולא להעמיסה על כתפי המעסיקים, כלומר, יש להבטיח שההסדר המשפטי יעמוד לא רק במבחן קלדור-היקס, אלא גם במבחן פרטו.

דרך אחת להשגת מטרה זו היא הכללתו בחוק של מנגנון פיזור כפוי. למעשה, כבר כיום קיים בחוק השוויון מנגנון חלקי לפיזור עלות. החוק יוצר תלות מסוימת בין החובה לערוך התאמות לבין קיומו של מנגנון השתתפות בעלותן. חובת המעביד לערוך התאמות מסויגת בכך שהטלתן לא תטיל על המעביד נטל כבד מדי. נטל כבד מדי מוגדר כ"נטל בלתי סביר בנסיבות הענין"; ובמסגרת נסיבות הענין מובאים בחשבון, בין היתר, קיומם של מקורות מימון חיצוניים או ממלכתיים לעריכת ההתאמה.³⁶ להשלמת התמונה יש להזכיר גם את סעיף 17(ב) לחוק, המחייב את שר העבודה והרווחה לקבוע בתקנות הוראות בדבר

35 ראו, למשל: Daron Acemoglu & Joshua D. Angrist, *Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act*, 109 J. POL. ECON. 915 (2001). לדעה שונה ראו: Susan Schwochau & Peter David Blanck, *The Economics of the Americans with Disabilities Act, Part III: Does the ADA Disable the Disabled?* 21 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 271 (2000).

36 ס' 8(ה) לחוק השוויון.

השתתפות המדינה במימון התאמות. מנגנון כזה הינו ייחודי לחוק הישראלי, ואין לו מקבילה בחוק האמריקאי ששימש לו השראה, שם המעביד נדרש לשאת בכל העלות הכרוכה בעריכת ההתאמה. תקנות כאלה אכן הותקנו, וכאמור, הוספתן פותרת במידה רבה את בעיית פיזור הנטל.³⁷

החולשה השנייה של ההצדקה מן היעילות היא שהצדקה זו מצמצמת את סוג ההתאמות שניתן להטיל ואת היקפן. נקודה זו מודגמת היטב בפסק-דין אמריקאי של השופט פוזנר, אשר דחה תביעה שהגישה עובדת בכיסא-גלגלים נגד המעסיק שלה בשל סירובו להתקין את הכיור במטבחון העסק בגובה נמוך דיו על-מנת שגם היא תוכל להשתמש בו.³⁸ פוזנר קבע כי מעסיק ממלא כראוי את חובתו לערוך התאמות אם הוא עושה את הדרוש על-מנת לאפשר לעובד לעבוד לעבוד ברמת נוחיות סבירה. על המעסיק לא מוטלת החובה "to expend even a modest amount of money to bring about an absolute identity in working conditions between disabled and nondisabled workers".³⁹ במקרה הנדון היה במקום העבודה כיור שמתאים לצורכי העובדת, אך הוא היה ממוקם בחדר השירותים. פוזנר קבע כי אין להטיל על המעסיק חובה להתקין כיור נוסף, אף שעלות ההתאמה הייתה 150 דולר בלבד. פסק-דינו של פוזנר הותקף בחריפות על-ידי אנשי אקדמיה ופעילי זכויות אדם, שטענו כי הוא מבטא חוסר הבנה עמוק של הרציונל מאחורי חוק השוויון. אולם כפי שבגנסטוס מציין, ההאשמה אינה מוצדקת.⁴⁰ פוזנר הינו אולי תומך נלהב של הפעלת שיקולי יעילות, אבל במקרה הנדון הוא לא יישם את גישתו שלו, אלא אימץ את הרציונל שבאמצעותו "נמכר" החוק לציבור ולמקבלי ההחלטות בארצות-הברית. אם חוק השוויון מבוסס על הצדקה מן היעילות, פסק-הדין דווקא עולה בקנה אחד עם תכלית החוק.⁴¹ פוזנר טען כך במפורש בפסק-דינו:

The preamble actually "markets" the Act as a cost saver, pointing to "billions of dollars in unnecessary expenses resulting from dependency and nonproductivity." The savings will be illusory if employers are

37 אף שהחוק נכנס לתוקף בשנת 1999, התקנות מכוח ס' 17(ב) התפרסמו רק בשנת 2006. ראו תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (השתתפות המדינה במימון התאמות), התשס"ו-2006, ק"ת 6480.

38 Vande Zande v. Wisconsin Department of Administration, 44 F.3d 538 (7th Cir. 1995) (להלן: עניין Vande Zande).

39 שם, בעמ' 546.

40 ראו Bagenstos, לעיל ה"ש 30, בעמ' 984-985.

41 לדעה שונה, המבקרת את פסק-הדין מזווית תועלתנית, ראו: Cass R. Sunstein, *Cost-Benefit Analysis Without Analyzing Costs or Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms*, 74 U. CHI. L. REV. 1895 (2007).

required to expend many more billions in accommodation than will be saved by enabling disabled people to work.⁴²

מעניין לבדוק מהו היקף הבעיה שפסק-דין זה מציף. אם מדובר בבעיה רחבת-היקף, כלומר, שבמקרים רבים עלות ההתאמות הנדרשות כדי לאפשר שילוב אנשים עם מוגבלות גבוהה מהתועלת שתצמח מעריכתן, אזי פירוש הדבר הוא שהחובה לערוך התאמות אינה יכולה לשמש מנוף משמעותי לקליטתם של אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה ובה-בעת לעמוד בדרישות-הסף של ההצדקה מן היעילות.⁴³ כפי שמציינים כותבים רבים, החוק האמריקאי – שהיווה כאמור השראה לחוק הישראלי – לא הוביל לפריצת-דרך בתחום התעסוקה.⁴⁴ מי שסבור כי החובה לערוך התאמות אינה יעילה במתכונתה הנוכחית יתלה את חוסר ההצלחה בחולשה זו. אין לי הכלים הנדרשים כדי לבחון אם יש קשר בין הדברים. לכן אסתפק בציון העובדה, המודגמת היטב בפסק-הדין של פוזנר, כי השתתה של החובה לערוך התאמות על שיקולי יעילות מצמצמת את היקפה הפוטנציאלי.

להלן אבחן כמה הצדקות נוספות לחובה שאינן מבוססות על שיקולי תועלת. עם זאת, חשוב לציין שגם אם נצליח לבסס את החובה לערוך התאמות על רציונלים אחרים, יהא זה לא-נכון ולא-נכון להתעלם משיקולי תועלת. התעלמות כזו תהיה לא-נכונה משום שככל שמגנון יעיל יותר, הסיכויים שהוא יצא אל הפועל גוברים, והיא תהיה לא-נכונה משום שהמשאבים הציבוריים אינם בלתי-מוגבלים. גם אם נימוקים מן הצדק תומכים בהטלת חובה לערוך התאמות, הוצאה גדולה לשם מימוש זכות זו תצמצם את המשאבים שיהיה אפשר להשקיע לשם הגנה על זכויות אחרות. מכאן שמידת יעילותו של מגנון הגנה על זכות היא שיקול שיש להביאו בחשבון, גם אם המדד שאנו משתמשים בו הוא מדד של צדק. חשוב לציין שגם חוק השוויון הביא שיקול זה בחשבון כאשר סייג את החובה לערוך התאמות במקרה שהדבר מטיל "נטל בלתי סביר בנסיבות הענין, בהתחשב, בין היתר, בעלות ההתאמה וטיבה".⁴⁵

42 ראו עניין *Vande Zande*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 543.

43 ראו, למשל: Sherwin Rosen, *Disability, Accommodation and the Labor Market*, in DISABILITY AND WORK: INCENTIVES, RIGHTS AND OPPORTUNITIES 18 (Carolyn Weaver J.H. Verkerke, *Is the ADA Efficient?* 50 UCLA L. REV. 903 (1991); ed., 1991) (2003); Helen A. Scharz, D.J. Hendricks & Peter Blanck, *Workplace Accommodations: Evidence Based Outcomes*, 27 WORK 345–354 (2006).

44 ראו, למשל: Ruth Colker, *The Americans with Disabilities Act: A Windfall for Defendants*, 58 VAND. L. REV. 1807, 1812–1813 (2005); Michael E. Waterstone, *The Untold Story of the Rest of the Americans with Disabilities Act*, 34 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 99 (1999); Sharon Hoffman, *Settling the Matter: Does Title I of the ADA Work?* 59 ALA. L. REV. 305 (2008).

45 ס' 8(ה) לחוק השוויון.

2. הצדקות מן הצדק

(א) שוויון הזדמנויות

נורמן דניאלס מציע להבין את מרכיביו של חוק השוויון האמריקאי העוסקים בתעסוקה כיישום של עקרון שוויון ההזדמנויות, שלפיו אי-שוויון סוציאלי וכלכלי ניתן להצדקה רק אם הוא מקושר לתפקיד ולמעמד אשר נגישים לכל על בסיס הוגן.⁴⁶ האינטואיציה הקושרת בין שוויון הזדמנויות לבין צדק היא שקיומו של הראשון מבטיח שגורלם של בני-האדם ייקבע על בסיס הכרעותיהם ומידת המאמץ שהשקיעו, ולא לפי נסיבות חייהם. בדרך זו הישגיו של האדם אינם שרירותיים, אלא מהווים את פירות עבודתו. מנקודת-מבט זו אין הבדל בין אנשים שנקודת הפתיחה שלהם אינה שווה לזו של אחרים בשל רקעם הסוציאלי לבין כאלה שמתחילים מעמדה נחותה בהשוואה לאחרים בשל מוגבלותם, ובשני המקרים יש לבטל את הנחיתות הזו. לדעת דניאלס, בעוד לרוב בני-האדם יש אפשרות גישה לחלק הוגן של מגוון ההזדמנויות הנורמלי בחברה, לאנשים עם מוגבלות אין אפשרות גישה למגוון כזה של הזדמנויות. חוק השוויון מתקן את המצב בכך שהוא פותח לפני אנשים עם מוגבלות מגוון של אפשרויות אשר אלמלא כן לא היו נגישות להם.⁴⁷

הקישור בין החובה לערוך התאמות לבין עקרון שוויון ההזדמנויות מופיע גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון הישראלי. בפרשת בוצר הידועה נדונה עתירתו של ילד המשתמש בכיסא-גלגלים נגד בית-הספר שבו הוא לומד, בטענה שחלק מבית-הספר אינו נגיש כנדרש על-פי החוק. בית-המשפט קיבל את טענת העותרים, וקבע כי "מטרת החקיקה היא לאפשר נגישות הנכה לשירותים במקומות ציבוריים... שאם לא כן ייפגע כבודו, ייפגע שוויון ההזדמנות שלו, וייפגע שילובו בחיי החברה..."⁴⁸ אומנם, בפרשה זו נדונה שאלת ההתאמות בהקשר של דיני תכנון ובנייה הקשורים לדיני חינוך, אולם אם ניתן לבסס את חובת ההתאמות בהקשר זה על עקרון שוויון ההזדמנויות, אזי ניתן להשתמש באותו רציונל גם להצדקת החובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה.

ברם, חרף החוזק האינטואיטיבי של רציונל זה, אי-אפשר לבסס עליו את החובה לערוך התאמות. הבעיה נעוצה בקשר הרופף שבין שוויון ההזדמנויות לבין חוסר הצדק הכרוך

46 על עקרון שוויון ההזדמנויות אצל רולס ראו: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 83-90 (1971); JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 6, 291 (1993).

47 Norman Daniels, *Mental Disabilities, Equal Opportunity, and the ADA*, in MENTAL DISORDER, WORK DISABILITY, AND THE LAW 281, 286 (Richard J. Bonnie & John Monahan eds., 1997) ("A commitment to equality of opportunity leads us to accept somewhat greater costs to protect the range of opportunities of those who are most impaired as compared to those who already enjoy more of their fair shares of opportunity").

48 בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית מכבים רעות, פ"ד נ(1) 19, פס' 9-10 לחוות-דעתו של הנשיא ברק (1996).

בשרירות בחלוקת הטובין. שרירות זו ניתנת אומנם לתיקון באמצעות הענקת שוויון הזדמנויות, אולם ניתן לתקנה גם באמצעות יצירת מנגנון לחלוקה "מפצה" של הטובין שנצברו לאחר שהשוק התנהג באופן "טבעי", כלומר, באמצעות תשלומי העברה בדמות קצבאות שונות. על-מנת לקשור באופן מספק בין מנגנון ההתאמות לבין מניעת שרירות בחלוקת טובין, עלינו לשנות את המיקוד, ולטעון כי הטובין שבהם מדובר, ואשר את השרירות בחלוקתם יש למנוע, אינם ההישגים הנצברים באמצעות התעסוקה, אלא עצם האפשרות להיות מועסקים, או באופן מדויק יותר – עצם האפשרות להיות מועסקים במקום עבודה "רגיל". רק אם נגדיר את הטובין כך, נבין מדוע יש הכרח להבטיח שוויון הזדמנויות בתחום התעסוקה. אולם שינוי המיקוד והגדרתם של הטובין העומדים לחלוקה כאפשרות להיות מועסקים מחייבים הצדקה משלהם.

(ב) כבוד

צידוק אחר להטלת החובה לערוך התאמות הוא הצידוק מן הכבוד. במושג "כבוד" נעשים שימושים רבים. אולם כפי שדני סטטמן מבהיר, מאותו מגוון של שימושים ניתן לחלץ שתי גישות בסיסיות: כבוד במובן הקנטיאני, של ראיית האדם כתכלית ולא כאמצעי בלבד, וכבוד כיחס לא-משפיל.⁴⁹ כדי לבחון את הטענה שהחובה לערוך התאמות מבוססת על ערך הכבוד, נדרש דיון קצר בשתי הגישות ובמתחייב מכל אחת מהן.

סטטמן מסביר כי ההנחיה המעשית היחידה שניתן לחלץ מן המשמעות הראשונה של המושג "כבוד" היא החובה לא לפגוע באוטונומיה האנושית.⁵⁰ לפי הגישה הקנטיאנית, ערכו המרוּם של האדם נובע מהיותו "יצור בעל תבונה המסוגל... להשתחרר מהדטרמיניזם הכובל בעולם הטבע".⁵¹ לשון אחר, "האדם הוא בעל כבוד (dignity) בזכות יכולתו לחיים אוטונומיים, ומכאן שכיבוד האדם פירושו אי-פגיעה באוטונומיה שלו, הימנעות מלהפריע לו לעצב את חייו כפי שיחפוץ".⁵² הזכות לאוטונומיה תידון בהמשך כהצדקה עצמאית לחובה לערוך התאמות, ולכן בסעיף זה אתמקד במובן השני של המושג "כבוד" – כבוד כיחס לא-משפיל.

סטטמן מסביר כי להשפלה, כמו לשאר הרגשות, יש מאפיינים אוניוורסליים שניתן לזהות, וכי החשוב ביותר מביניהם הוא "התחושה של הדרה חברתית".⁵³ נדמה שהבנה זו

49 דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001).
50 סטטמן מסביר כי התייחסות לאדם בכבוד, לפי מובנו הקנטיאני של המושג "כבוד", היא "התייחסות אליו באופן הראוי לו, דהיינו, באופן הנדרש מבחינה מוסרית. אבל כדי לדעת מהו האופן הראוי לו, עלינו לפנות לאמת-מידה שונה מכבוד, אחרת נימצא סובבים במעגל". שם, בעמ' 547 (ההדגשה במקור).

51 שם, בעמ' 546.

52 שם, בעמ' 573.

53 שם, בעמ' 559.

של המושג "כבוד" מאפשרת בהחלט לתלות בו את החובה לערוך התאמות. חוסר היכולת של אנשים עם מוגבלות להשתלב בשוק העבודה יוצר אצלם תחושה של הדרה חברתית. למעשה, חוסר יכולת זה יוצר לא רק תחושה של הדרה חברתית, אלא גם מציאות אובייקטיבית של הדרה, שכן עבודה וקריירה מהווים חלק נכבד מן הפעילות האנושית, ומהווים כלי לשילובו של אדם בחברה.

נדמה שהשתלבות במעגל העבודה חיונית לכבודו של אדם במונח נוסף. עיסוקו של אדם מהווה מקור חיצוני ופנימי לקביעת מעמדו החברתי. אדם נבחן על-ידי סביבתו (=חיצוני) ומגבש את הערכתו העצמית (=פנימי) בזיקה לעיסוקו ולמידת הצלחתו באותו עיסוק.⁵⁴ אדם שאפשרויות עבודה רבות או אפשרויות קידום רבות חסומות בפניו בשל מוגבלותו, וקל וחומר אדם שאינו מוצא מקום עבודה בשל מוגבלותו, נתפס בעיני הציבור, כמו-גם בעיני עצמו, כבעל ערך נמוך, ונדחק לשולי החברה.

הקשר בין השתלבות במעגל העבודה (כחלק מההשתלבות הכללית בחברה) לבין כבוד עמד לנגד עיניו של המחוקק. סעיף המטרה של חוק השוויון קובע כדלקמן: "חוק זה מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים..."⁵⁵ הוספתה של וי"ו-החיבור בין ההגנה על הכבוד לבין עיגון הזכות להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה עשויה להתפרש כמבקשת להבחין בין כבוד לבין השתתפות פעילה בחברה. אולם סביר יותר להבין את הסעיף כמנוסח בדרך של כלל ופרט. המחוקק הישראלי ביקש להדגיש את חשיבותה של השתתפות פעילה בחברה כאמצעי להבטחת כבודו של אדם.

לעיל הסברתי כי הניסיון לבסס את החובה לערוך התאמות על הערך של שוויון הזדמנויות אינו משכנע, משום שאם המטרה היא מיגור המימד השרירותי בחלוקת הטובין, אין הכרח להשיג זאת באמצעות מתן שוויון הזדמנויות, אלא ניתן לעשות זאת גם באמצעות חלוקה מחדש של העושר המצטבר באמצעות התעסוקה. ההצדקה מן הכבוד מתגברת על הבעיה, משום שגם אם נחלק מחדש את ההישגים שנצברו כתוצאה מן ההתעסקות לפי אמת-מידה לא-שרירותית, לא ימנע הדבר את הפגיעה בכבוד. הפגיעה בכבוד נובעת מחוסר היכולת לעשות שימוש בשוק העבודה ככלי להשתלבות חברתית ולרכישת מעמד. ניתן אולי לכמת במונחים כלכליים את הפגיעה בכבוד הנובעת מהקשיים במציאת תעסוקה, ולפצות אנשים עם מוגבלות בהתאם, אבל פיצוי לאחר מעשה אינו יכול למנוע את הפגיעה בכבוד. דאגה לכבודם של אנשים עם מוגבלות מחייבת אפוא לעשות את הדרוש כדי לאפשר להם להשתלב בשוק העבודה. ודוק, ההצדקה מן הכבוד לא תסתפק בהשתלבות "סתם" בשוק

54 ראו, למשל, פרשת רקנט, לעיל ה"ש 11, פס' 3 לחוות-דעתו של השופט זמיר; גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות, חברתיות

ותרבותיות בישראל 533, 544 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

55 ס' 2 לחוק השוויון (ההדגשה הוספה).

העבודה, אלא תחייב אינטגרציה מלאה של עובדים עם מוגבלות בתוך שוק העבודה ה"רגיל". רק אינטגרציה כזאת תבטיח שאנשים עם מוגבלות ייתפסו בעיני הסובבים אותם ובעיני עצמם כבעלי ערך שווה.

(ג) השתתפות בחברה ובפוליטיקה

כפי שציניתי זה עתה, השתלבות בשוק העבודה מהווה תנאי חשוב לרכישת מעמד וכבוד, הן בעיני החברה הסובבת והן בעיני האדם בעל המוגבלות עצמו, ומכאן שחברה הדואגת לכבוד אזרחיה חייבת לערוך התאמות שיאפשרו להם להשתלב. אולם הקשר בין תעסוקה לבין מעמד יכול לשמש בסיס לטעם נוסף להטלת חובת ההתאמות. מהלך הטיעון הוא כדלקמן: לכל אדם יש זכות להשתלב ולהשפיע במישור החברתי והפוליטי. מימוש הזכות תלוי במידה רבה במעמד החברתי של האדם, שכן אם דימויו העצמי ומעמדו החברתי של אדם נמוכים, לא יהיו לו כוחות הנפש או העוצמה הדרושים להשתלבות ולהשפעה במעגלים החברתיים והפוליטיים.⁵⁶ אם, כדברינו, דימוי עצמי ומעמד חברתי קשורים במידה רבה לתעסוקה, יוצא שחברה אשר מכירה בזכותו של כל אדם להשתלב ולהשפיע במישור החברתי והפוליטי צריכה לעשות את הנדרש כדי לאפשר לכל אזרח להשתלב בשוק העבודה.

טיעון זה עשוי להתפרש כמשתייך לשיח המרקסיסטי, התופס את המציאות החברתית כמונחים של כוח ומאבקי כוח. ייצוגה של הגישה המרקסיסטית במשפט הוא במסגרת אסכולת ה-CLS, המניחה כי הסדרים משפטיים נועדו לשמר או אפילו לחזק יחסי כוח מסוימים.⁵⁷ עם השנים נולדו לאסכולת ה-CLS כמה אסכולות-משנה, המשתמשות בהנחתה המרכזית לניתוח ההסדרים המשפטיים בעניינן של קבוצות ספציפיות.⁵⁸ הטענה החוזרת בכל אחד מן ההקשרים היא שההסדרים הנוהגים מכוונים לשימור יחסי הכוחות הקיימים

56 הטיעון הקושר בין תעסוקה, מעמד חברתי ויכולת להשתלב יכול לקבל סיוע מן הכתיבה הפילוסופית בנוגע לעקרון השוויון כעיקרון כללי. כותבים דוגמת אנדרסון ושפּלר מסבירים כי הרעה הטמונה ביחס לא-שוויוני היא שהדבר מנציח דפוס כופה של יחסי כוח. ראו, למשל: Elizabeth S. Anderson, *What Is the Point of Equality?* 109 ETHICS 287 (1999); Samuel Scheffler, *What Is Egalitarianism?* 31 PHIL. & PUB. AFF. 5 (2003). הטיעון בהקשר שלנו מצומצם יותר – שכן הוא מתמקד רק בקשר הסיבתי שבין תעסוקה, כבוד עצמי ומעמד חברתי לבין יכולת השפעה חברתית ופוליטית – אולם העיקרון דומה.

57 לרקע ראו: ROBERTO M. UNGER, *THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT* (1986).

58 העיקריות שביניהן הן Critical Race Theory (CRT) ו-Critical Feminist Studies (CFS). להרחבה בנושא זה ראו: Richard Delgado & Jean Stefancic, *CRITICAL RACE THEORY: AN INTRODUCTION* 3–5 (2001); Carrie Menkel-Meadow, *Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or "The Fem-Crits Go to Law School"*, 38 J. LEGAL EDUC. 61, 62–66 (1998).

ולהנצחת מעמדם הנחות של חברי הקבוצה המדוכאת. המרקסיסט טוען כי הקבוצות הנדונות אינן חלשות, אלא מוחלשות.

אולם ההצעה האחרונה – להסביר את החובה לערוך התאמות כאמצעי שנועד להקנות לחברים בקבוצת האנשים עם מוגבלות מעמד, אשר נחוץ לשם השתלבות והשפעה במישור החברתי והפוליטי – אינה חייבת לקבל את הנחת-היסוד של החלשה מכוונת.⁵⁹ לצרכינו, די בכך שנסיכים כי עריכת ההתאמות נחוצה כדי לאפשר לאנשים עם מוגבלות לחזק את מעמדם החברתי ולהשתלב במשחק הפוליטי והחברתי כמשתתפים שווים-מעמד. אין שום צורך שנניח כי ההסדר המשפטי ששרר עד להטלת החובה לערוך התאמות נועד להחליש אנשים עם מוגבלות.⁶⁰

(ד) אוטונומיה

אוטונומיה אישית היא אחד הערכים המרכזיים בחשיבה הליברלית, וכפועל יוצא מכך גם אחת הזכויות שהמדינה הליברלית מגינה עליהן.⁶¹ מה המדינה נדרשת לעשות כדי להבטיח

59 יש לציין כי החקיקה האמריקאית דווקא קיבלה את טענת ההחלשה המכוונת. המבוא לחוק השוויון האמריקאי מתאר אנשים עם מוגבלות כ- "discrete and insular minority who have been faced with restrictions and limitations, subjected to a history of *purposeful unequal treatment*, and relegated to a position of political powerlessness in our society, based on characteristics that are beyond the control of such individuals and resulting from stereotypic assumptions not truly indicative of the individual ability of such individuals to participate in, and contribute to, society" 42 U.S.C. 12101(a)(7) (2000). ראו: בס' (5)(a), מיוחס מצבם של אנשים עם מוגבלות, בין היתר, ל-"outright intentional exclusion". בדברים אלה איני נוקט עמדה ביחס לטענת ההחלשה המכוונת. שני מודלים אשר מתארים את סוגיית המוגבלויות כהסדרים חברתיים שכוונתם להדיר הם המודל הסוציו-פוליטי ומודל קבוצות המיעוט. לתיאור המודל הסוציו-פוליטי ראו, למשל: Laura L. Rovner, *Disability, Equality, and Identity*, 55 ALA. L. REV. 1043, 1051-1054 (2004) המיעוט ראו, למשל: Harlan Hahn, *Accommodations and the ADA: Unreasonable Bias or Biased Reasoning?* 21 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 166, 178 (2000) ("Social structures were designed to enhance the prestige and authority of the nondisabled, but they were not planned 'without any mind to' the needs and interests of people with disabilities. Persons with visible or labeled differences stemming from impairments have existed throughout history, and they have usually been the objects of ridicule or scorn. Instead of assuming that environmental barriers to this group occurred as a result of random influences, it would seem unreasonable to believe that, in constructing human habitats, the dominant nondisabled majority was not affected by the motivation to subordinate and separate itself from such people")

61 ראו, למשל: Stephen Gardbaum, *Liberalism, Autonomy, and Moral Conflict*, 48 STAN. L. REV. 385, 386 (1995-1996); GERALD DWORKIN, *THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY* 29-33 (1988).

אוטונומיה לאזרחיה? הזכות לאוטונומיה כוללת בוודאי מימד "שלילי", האוסר על המדינה להגביל ללא הצדקה את חופש הפעולה של האדם, אולם נראה שנכללים בה גם מרכיבים "חיוביים". יוסף רז מונה תנאים אחדים להגשמת האוטונומיה, ביניהם קיום מגוון הולם של אפשרויות בתחומי חיים שונים, שיאפשר לאדם להוציא לפועל את כישוריו השונים.⁶² אם קיומו של מגוון כזה מהווה תנאי הכרחי לחיים אוטונומיים, יוצא שמדינה המחויבת לאוטונומיה חייבת להבטיח מימוש תנאי זה ביחס לכל אזרח. ככל שמדובר בשוק העבודה ובאנשים עם מוגבלות, הבטחת זמינותו של מגוון אפשרויות תחייב את המדינה למאמץ מיוחד, אשר יכול, בין היתר, עריכת התאמות סבירות במקומות העבודה שבשליטת המדינה, והטלת חובה על מעסיקים פרטיים לערוך התאמות כאלה.⁶³

(ה) הקשר בין ההצדקות מן הצדק

עד כה הוצגו ארבע הצדקות "מן הצדק" להטלת חובה על המדינה ועל מעסיקים פרטיים לערוך התאמות. ההצדקה משוויון ההזדמנויות – שהצביעה על השרירותיות ולכן על חוסר הצדק שבחלוקת הטובין – נדחתה בטענה שהשרירות ניתנת אומנם לתיקון באמצעות הענקת שוויון הזדמנויות, אולם ניתן לתקנה גם באמצעות אימוץ מנגנונים לחלוקה של הטובין שנצברו לאחר שהשוק התנהג באופן "טבעי". שלוש ההצדקות האחרות (מן הכבוד, מן האפשרות להשתלב בחברה ומן האוטונומיה) התקבלו.

אולם במחשבה שנייה נדמה שיש לקרוא את ארבע ההצדקות יחד: צירוף הראשונה הכרחי כדי לבסס את האחרונות. ההצדקות מן הכבוד, מן ההשתלבות ומן האוטונומיה משלימות את החסר בהצדקה משוויון ההזדמנויות, בכך שהן מסבירות מדוע אין די בחלוקה מחדש של העושר לאחר שנצבר, אלא יש להבטיח שוויוניות בתחום התעסוקה דווקא. אולם הצדקות אלה אינן יכולות לעמוד בפני עצמן, אלא זקוקות להשלמה המצויה בהצדקה

62 JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 374–375 (1986) ("To be autonomous and to have an autonomous life, a person must have options which enable him to sustain throughout his life activities which, taken together, exercise all the capacities human (beings have an innate drive to exercise, as well as to decline to develop any of them)". שני כותבים בולטים נוספים המייחסים משקל מרכזי לאוטונומיה ומתארים את המחויבויות הציבוריות הנגזרות לדעתם מהחובה להבטיחה הם אמרטיה סן ומרתה נוסבאום. ראו: AMARTYA SEN, *INEQUALITY REEXAMINED* (1992); Martha Nussbaum, *Aristotelian Social Democracy, in LIBERALISM AND THE GOOD* 203 (R. Bruce Douglass et al. eds., 1990)

63 בדומה לשני הטענות הקודמים, גם הטענה מן האוטונומיה נחלץ מן החולשה שבה לוקה הטענה מן הצדק החלוקתי. בהנחה שאוטונומיה פירושה אפשרות לבחור בין מגוון אפשרויות בתחומי חיים שונים, ובהנחה שתעסוקה הינה תחום חיים מרכזי, מתן פיצוי לאדם בשל אי-יכולתו להשתלב בשוק העבודה אינו יכול להיחשב תחליף הולם לנקיטת צעדים שיאפשרו השתלבות כזאת. ראו ברוח זו: Carlos A. Ball, *Autonomy, Justice, and Disability*, 47 *UCLA L. REV.* 599 (2000).

משוויון ההזדמנויות. הדאגה לכבוד, לאפשרות להשתלב ולאוטונומיה מסבירה מה רע במצב של אנשים עם מוגבלות, אבל אינה מסבירה מדוע הצדק מחייב שאנחנו נוציא כסף מכיסנו כדי לשפר את מצבם. זה בוודאי יהיה יפה מצידנו לנהוג כך, וייחשב לנו כמעשה של גמילות חסדים, אבל על בסיס מה ניתן לומר שמדובר בחובה (או בחובה מן הצדק)? כאן נכנס לעבודה הטיעון של נטרול השרירות: אם יתרונות שיש לנו על אנשים עם מוגבלות הם תוצאה של brute luck, אזי איננו זכאים (entitled) ליתרונות אלה, ולא הוגן שניהנה מהם. במקרה שלנו היתרון הנעוץ במזל הוא האפשרות להיות מועסקים והתועלת הצומחת ממנה במונחים של כבוד, השתלבות ואוטונומיה, ומכאן נובעת חובתנו לפעול כדי לנטרל יתרון זה.

העמדה שלפיה יתרונות הנובעים ממזל אינם הוגנים ולכן יש לפעול כדי לנטרלם משותפת לזרם המכונה "שוויונות המזל" (Luck Egalitarianism).⁶⁴ בין החברים בזרם זה קיימת מחלוקת בשאלה אילו יתרונות תלויי-מזל מן הראוי לנטרל, אולם נדמה שלצרכינו אין הכרח להיכנס לעובי הקורה בוויכוח הפנימי, שכן עניינם של אנשים עם מוגבלות מצוי לא רק בתחומי הקונסנזוס בקרב חברי זרם זה, אלא משמש הדוגמה המובילה בשיח ליתרון תלוי-מזל שיש לנטרל.

(ו) ההצדקות מן הצדק ושאלת פיזור הנטל

לעיל, במסגרת הדיון בהצדקה מן היעילות, ציינתי כי כדי להבטיח את הצלחתו של מנגנון ההתאמות, יש למצוא דרך לפזר את העלות, ולא להעמיסה על כתפי המעסיקים בלבד. אולם חשוב לציין שיצירת מנגנון לפיזור העלות חיונית גם מנקודת-המבט של ההצדקות מן הצדק. ראינו כי התאמות נחוצות כדי שאנשים עם מוגבלות ייהנו מכבוד, ויוכלו להשתתף בחברה ובפוליטיקה ולממש את האוטונומיה שלהם. השרירות הכרוכה ביתרון שיש לאנשים "רגילים" על אנשים עם מוגבלות מבססת את חובתם של ה"רגילים" לערוך התאמות. אולם אין בה כדי להטיל את חובת ההתאמות דווקא על המעסיקים, הנמצאים שם "במקרה". אומנם, הם אלה שיצטרכו להעסיק את בעלי המוגבלות, אולם אין כל הצדקה להטיל דווקא עליהם את העלות הכרוכה בביטול השרירות הקיימת במצב העניינים ה"טבעיים", שהרי אין

64 בין הכותבים המרכזיים בזרם זה נמצאים פילוסופים דוגמת ג'רלד כהן, ריצ'רד ארנסון ורונלד דוורקין. כותב ישראלי בולט במסורת זו הוא שלומי סגל מהמחלקה למדעי המדינה באוניברסיטה העברית בירושלים. ראו: Gerald A. Cohen, *On the Currency of Egalitarianism*, 99 ETHICS 906 (1989); Richard Arneson, *Equality and Equal Opportunity for Welfare*, PHIL. STUD. 77 (1989); RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE ch. 7 (2000); Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue Revisited*, 113 ETHICS 106 (2002); SHLOMI SEGALL, HEALTH, LUCK, AND JUSTICE (2010).

להם כל אחריות מיוחדת ליצירתו של מצב עניינים זה. עלות זו צריכה להתחלק באופן שווה בין כל בני החברה.

עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם המצב המשפטי בארצות־הברית, שהרי שם, כפי שציינתי לעיל, הנטל מוטל על כתפי המעסיק בלבד,⁶⁵ אולם ניתן לדעתי ליישבה עם הוראות חוק השוויון הישראלי מבלי שיהיה צורך בתיקון החוק. זאת, בין היתר, משום שחוק השוויון הישראלי, כפי שציינתי לעיל, כולל ב"נסיבות העניין" שעל בסיסן נקבעת "סבירות" ההתאמה גם את השאלה אם קיימים מקורות מימון ממלכתיים לעריכת ההתאמה. ניתן בהחלט לקבוע שמקורות המימון הממלכתיים צריכים להיות כאלה שיפזרו באופן הולם את הנטל על כתפי הציבור כולו.

בחוק הישראלי יש לפחות מנגנון אחד נוסף שיכול לסייע בפיזור הנטל. לדיון במנגנון זה יוקדש הפרק הבא.

ד. התאמות ותקנות שכר־מינימום מופחת

חוק שכר־מינימום מחייב מעסיק לשלם לעובדיו לפחות את השכר הנקוב בחוק. סעיף 12 לחוק קובע כי מדובר בזכות קוגנטית שהעובד אינו רשאי לוותר עליה. עם זאת, סעיף 17(ב) לחוק מסמיך את השר לקבוע תקנות לגבי שכר־המינימום ל"עובדים שיש להם מגבלות גופניות, נפשיות או שכליות", שבהן יופחת שכר־המינימום לעובדים אלה. בשנת 2002 עשה השר שימוש בסמכותו והתקין את תקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), התשס"ב-2002 (להלן: תקנות שכר־מינימום מופחתת), המאפשרות הפחתה של שכר־המינימום, עד לשליש משיעור הרגיל, לעובד שמוגבלותו פוגעת ביכולת עבודתו.

האפשרות להפחית את השכר הניתן לעובד עם מוגבלות, במקרה המתאים, עד לשליש משכר־המינימום מנטרלת – או לכל־הפחות מצמצמת – את הנטל המוטל על כתפי המעסיק במקרה שבו ההתאמה שהוא נדרש לערוך הייתה קשורה ל"דרישות התפקיד" או ל"שעות העבודה", באופן שהשפיע על תפוקתו של העובד. כפי שרמזתי בסוף הפרק הקודם, ההסדר הקבוע בתקנות אלה עולה בקנה אחד עם העמדה שלפיה אין זה ראוי להטיל את מלוא הנטל הכרוך בעריכת ההתאמות על כתפי המעסיק. עם זאת, כדי להעריך נכונה את התקנות, יש לברר אם ובאיזו מידה הפתח שהן פותחות להפחתת שכר לבעלי מוגבלות עולה בקנה אחד גם עם הצדקות השונות שהוצגו לעיל לגבי החובה לערוך התאמות. לבירור שאלה זו נפנה כעת.

65 ראו בטקסט הסמוך לה"ש 37 לעיל.

הטיעון מן היעילות מבסס את חיוב המעסיקים לשלב אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה – גם במחיר של עריכת התאמות – על התועלת במונחים כלכליים שתצמח מן השילוב. כפי שצוין לעיל, לגישה זו יש שתי חולשות עיקריות: ראשית, מנגנון ההתאמות מטיל את העלות על כתפי המעסיקים, ולכן יש להניח שהללו יעשו ככל יכולתם להימנע מעריכתן; שנית, רציונל היעילות מצמצם את היקף ההתאמות למקרים שבהם עלות ההתאמה נמוכה מהתועלת שתצמח ממנה. כפי שהוסבר, על החולשה הראשונה ניתן להתגבר באמצעות יצירת מנגנון לפיזור עלויות, ואילו החולשה השנייה אינה מבטלת לחלוטין את ההצדקה להטלת חובת ההתאמות, אלא רק מחייבת את הגבלתה למקרים שבהם עריכת ההתאמות תוביל לתוצאה יעילה.

נדמה שתקנות שכר-מינימום מופחת לא רק שאינן מנוגדות להצדקה מן היעילות, אלא אף יכולות לסייע בהתגברות על שתי החולשות הנ"ל. תשלום שכר-מינימום מופחת יפתור את בעיית ריכוז הנטל על כתפי המעסיקים, לפחות במקרים שבהם ההתאמה הנדרשת נוגעת ב"דרישות התפקיד" או ב"שעות העבודה".⁶⁶ רוב הכלכלנים שעסקו בנושא שכר-המינימום טענו כי הוא סותר את המודל התחרותי המקובל בכלכלה ופוגע ביעילות הכלכלית. נדמה שהבעיה (מנקודת-מבט של יעילות) חמורה במיוחד בעניינם של אנשים עם מוגבלות באותם מקרים שבהם המוגבלות פוגעת באופן משמעותי בתפוקת העובד. במקרה כזה לבעייתיות ה"רגילה" – הכרוכה בחובת תשלום שכר-מינימום גם אם שכר זה אינו משקף את שווי השוק של העבודה – מצטרפת הבעייתיות הכרוכה בהטלת חובה על המעסיק לספוג מכיסו את ההפרש בין תפוקתו של עובד רגיל לבין תפוקתו של העובד עם המוגבלות. ההיתר לשלם פחות משכר-המינימום לעובד עם מוגבלות שתפוקתו נמוכה משל עובד רגיל מסיר את הנטל הנוסף מעל כתפי המעסיק.⁶⁷

מתן היתר לשלם שכר-מינימום מופחת לעובדים עם מוגבלות יסייע גם בצמצום היקפה של החולשה השנייה של ההצדקה מן היעילות. להבדיל מהחולשה הראשונה, החולשה השנייה אינה נעוצה בכך שהנטל הכרוך בעריכת ההתאמה נופל על כתפי המעסיק, אלא בעובדה שהעלות הכרוכה בהתאמות גבוהה מהתועלת הכלכלית הנובעת משילוב העובד במקום העבודה. האפשרות לשלם שכר-מינימום מופחת מאפשרת יצירת מתאם בין שני צידי המשוואה במקרה שבו חוסר המתאם נובע מתפוקתו הנמוכה של העובד. במילים אחרות, מתן אפשרות לשלם פחות משכר-מינימום לעובדים שתפוקתם נמוכה משכר-המינימום יכניס גם עובדים כאלה למעגל הזכאים להתאמה גם אם המבחן לזכאות להתאמה הוא מבחן של יעילות.

66 ס' 8(ה) לחוק השוויון.

67 ראו, למשל: Amy L. Wax, *Disability, Reciprocity, and "Real Efficiency": A Unified Approach*, 44 WM. & MARY L. REV. 1421, 1423–1424 (2003) (הטוען כי החקיקה בתחומים של שכר-מינימום ושכר שוויוני מניאה מעסיקים מלהעסיק עובדים עם מוגבלות).

באשר להצדקה מן הכבוד, לעיל נטען כי כבוד האדם, במונחו כמניעת השפלה, מחייב שילוב אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה, בשל מקומה המרכזי של התעסוקה בקביעת ערכו של אדם בעיני עצמו ובעיני הסובבים אותו. יטען הטוען שההצדקה מן הכבוד מחייבת לא רק לשלב אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה, אלא גם להימנע מהבחנה בתחום השכר בין עובד עם מוגבלות לבין עובד "רגיל", גם אם שווי עבודתו של הראשון נמוך מזה של חברו. הטיעון יהיה שהשכר שאנו מקבלים משמש לגבינו ולגבי הסובבים אותנו מעין מדד ל"שווי" שלנו, ולכן הפחתה בשכרו של עובד עם מוגבלות תפגע בדימויו העצמי כמו-גם ביחס שיקבל מעמיתיו העובדים. טענה זו אינה משכנעת. קבלתה תחייב לא רק להימנע מהפחתת שכרו של עובד עם מוגבלות אל מתחת לשכר המינימום, אלא למעשה להשוות את שכרו של עובד כזה לשכרו של עובד "רגיל". למעשה, בגרסה קיצונית שלה הטענה עשויה להצדיק תביעה להשוויית שכרם של כל העובדים, בלי קשר לתפקידם ולתפוקות שהם מייצרים. דרישה כזו אינה מתקבלת על הדעת מבחינה מעשית, אך נדמה שהיא אינה משכנעת גם במונחי כבוד. הסיבה לכך היא שהקשר בין השכר לבין התפוקה של העובד הוא מוצדק, ולכן אימוץ מנגנון שכר דיפרנציאלי, בהתאם לתפוקות השונות שכל עובד מייצר, אינו אמור לעורר תחושת הדרה או לפגוע בכבודם של המשתכרים פחות. אם יש עובדים המפתחים תחושות כאלה, מדובר בעלבון לא-מבוסס, שאין הצדקה להתחשב בו. כך בדרך-כלל, וכך גם ביחס לתקנות המאפשרות הפחתה משכר המינימום לעובדים שתפוקתם נמוכה מן התפוקה המקובלת.

ההצדקה מן ההשתלבות הניחה שתעסוקה הינה מפתח להשתלבות בתחומים נוספים. היא מחזקת את תדמיתו של האדם בעיני עצמו ובעיני החברה, ובכך מעניקה לו את הבסיס הנדרש להשתלבות בחברה ובפוליטיקה. אם מקבלים את טענתנו דלעיל, שלפיה שמירה על מתאם בין תפוקה לבין רמת השתכרות אינה פוגעת בכבודו של המועסק, אין סיבה להניח שהתאמת שכרו של המועסק לתפוקה שהוא מייצר תפגע באופן משמעותי ביכולתו להשתלב בחברה. אולם גם אם נסכים שלהתאמת השכר לתפוקה יש השפעה מסוימת על הדימוי העצמי של העובד, נדמה שהשפעה זו אינה פוגעת באופן קשה ביכולתו להשתלב. הקשר בין תעסוקה לבין כבוד עצמי קשור לא רק לגובה השכר שהעובד מקבל, אלא גם לתחושתו שעבודתו נחוצה ולהתייחסויות הגומלין החברתיות שיווצרו כתוצאה מן היציאה לעבודה במקום תעסוקה רגיל. מרכיבים אלה לא ייפגעו גם אם נאפשר למעסיק לשלם לעובד פחות משכר המינימום אם תפוקתו פחותה מן המקובל.

התקנות מתיישבות גם עם ההצדקה מן האוטונומיה. מדינה אשר מחויבת לאוטונומיה חייבת להבטיח לאזרחיה קיום מגוון של אפשרויות בתחומי החיים המרכזיים, ותעסוקה היא בוודאי אחד מהם. אולם הדגש כאן אינו בתגמול הכספי הניתן בעבודה זו או אחרת, אלא בעצם האפשרות לבחור בין תחומי עיסוק שונים. ודוק, מדינה המחויבת לאוטונומיה של אזרחיה תצטרך להבטיח לכל אחד מהם גם תנאי מחיה מינימליים, משום שאדם נטול אמצעים הדרושים לקיום מינימלי אינו פנוי כלל לבחור ולהגשים את עצמו. אולם גם אם הבטחת רמה מינימלית של הכנסה מהווה תנאי לאוטונומיה, אין כל הכרח לקשור בינה לבין התנאי האחר לאוטונומיה שבו אנו מתמקדים, הלוא הוא יצירת מגוון של אפשרויות תעסוקה. המדינה יכולה להבטיח תנאי מחיה מינימליים באמצעות תשלומי העברה שיינתנו

כתוספת לשכר עבודה. הפרדה בין שתי הפונקציות היא לא רק לגיטימית, אלא גם רצויה. כפי שהוסבר לעיל, גם מי שמבקש לבסס מדיניות על שיקולי צדק נדרש להשתמש בשיקולי יעילות ככלי-עזר. ולענייננו, הצלחתו של מנגנון המטיל חובה לערוך התאמות תלויה גם ביעילותו, וזו תתחזק אם נאפשר למעסיק לשלם לעובד עם מוגבלות שכר התואם את התפוקה שהוא מניב.

ה. סיכום

במאמר זה נבחן היחס בין החובה לערוך התאמות לבין עקרון השוויון במובנו האריסטוטלי; נדונה שורה של הצדקות נוספות לחובה ונבחנה מערכת היחסים ביניהן; ונדונה השאלה אם ההיתר שניתן למעבידים, במקרים מסוימים, לשלם לאנשים עם מוגבלות שכר נמוך משכר-המינימום עולה בקנה אחד עם ההצדקות השונות לחובה לערוך התאמות. לפני סיום אבקש לחדד את המסקנה העולה מן הדיון בשאלת ההצדקות לחובה לערוך התאמות. כזכור, הצעתי לחלק את ההצדקות לשני סוגים: הצדקה מן היעילות והצדקות מן הצדק. הסתייגתי מהסתמכות בלעדית על ההצדקה מן היעילות, מן הטעם שהדבר יוביל לצמצום משמעותי של היקף החובה לערוך התאמות, אך הסתייגתי גם מהסתמכות בלעדית על ההצדקות מן הצדק. טענתי שהתעלמות משיקולי יעילות תהיה לא-נבונה מפני שהטמעת שיקולי יעילות תשפר את הסיכוי שמנגנון ההתאמות ייושם הלכה למעשה; וכן שהתעלמות כזו תהיה לא-נכונה משום שנימוקים מן הצדק שוללים הוצאה גדולה מדי לשם מימוש חובת ההתאמות, שכן הוצאה כזאת תצמצם את המשאבים שיהיה אפשר להשקיע בהגנה על זכויות אחרות.

הצעתי היא אפוא להפעיל את החובה לערוך התאמות לאורה של מערכת שיקולים שתחבר יעילות עם צדק.⁶⁸ מהן ההשלכות של הפעלת מערכת שיקולים כזאת? תשובה מלאה לשאלה זו מחייבת דיון מפורט במשתנים המשפיעים על זיהוי גבולן של "התאמות סבירות". דיון זה חורג ממסגרת המאמר, אולם ההנחיה הכללית ברורה למדי: חיבור בין יעילות וצדק יחייב עריכת התאמה גם אם עלות ההתאמה עולה על התועלת הכלכלית שתנבע ממנה, אך הוא גם יפטור מעסיק מן החובה במקרים שבהם הפער בין העלות לתועלת יהיה גבוה באופן משמעותי. הצעה זו מתיישבת יפה עם לשונו המפורשת של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. החוק מטיל חובה לערוך התאמות ופותר ממנה במקרים שבהם הדבר "יטיל על המעביד נטל כבד מדי". זו בדיוק הנקודה שבה שיקולי צדק ושיקולי יעילות יכולים וצריכים להשתלב ולהתאזן.

68 לדיון מעמיק ביחס בין שיקולי יעילות לבין שיקולי צדק, המצדד בשילוב ביניהם בכלל, ובתחום התעסוקה בפרט, ראו, לאחרונה: Eyal Zamir & Barak Medina, Law, Economics and Morality esp. ch. 8 (2010).