

שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה

מאת
שגית מור*

תקציר

המחקר המוצג במאמר זה, מבקש לבחון אם וכיצד השפיע חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998, על פסיקתם של בתי-המשפט בתחום ההפליה בתעסוקה. באופן ספציפי יותר הוא מבקש לבחון אם התפתחה בתחום התעסוקה דוקטרינה המשקפת את העקרונות שאותם ביקשו מנסחי החקיקה לקדם, וכן אם חל שינוי בשיח המשפטי בתחום התעסוקה המשקף תפיסה ביקורתית של מוגבלויות ונכות. המאמר מבקש להציג את הגישה הביקורתית למוגבלויות ומשפט (disability legal studies) ואת תרומתה המקורית והייחודית למחקר המשפטי. גישה זו מבקשת לחשוף את תפקידו של המשפט בהבניה החברתית של מוגבלויות כנחיתות וכטרגדיה אישית, ולהציג קריאה חלופית הרואה במוגבלויות תוצר של תהליכים חברתיים דינמיים. היא מבקשת גם לבסס את אחריותה של המדינה ואת אחריותם של הפרטים בה כלפי אנשים עם מוגבלויות.

המאמר מתבסס על מחקר אמפירי של מכלול הפסיקה העוסקת בהפליה של אנשים עם מוגבלויות בין השנים 1998 ו-2009, ומחבר בצורה אינטגרטיבית מחקר תיאורטי עם ביקורת מפורטת של הדוקטרינה המשפטית הקיימת. מן המחקר עולה כי דווקא בתחום התעסוקה, אשר היה אפשר לצפות שיהפך לספינת-הדגל של יישום החוק, לא חלה כל התפתחות דוקטרינרית משמעותית. אומנם, ניתן לאתר פסיקה אקראית של ערכאות נמוכות (בתי-דין אזוריים לעבודה) המבקשת לפרש את הוראות חוק השוויון באופן שמבטא את העקרונות המובאים בחוק, אך רוב הפסיקה נעדרת פיתוח שיטתי ובהירות ערכית-עקרונית. יתרה מזו, רוב פסקי-הדין נוטים לפרש ברוח שמרנית ומצמצמת את המנגנונים החדשניים המופיעים בחוק.

המאמר מבקש להציג את המונחים השונים הקיימים בחוק: "אדם עם מוגבלויות", "התאמות", "נטל כבד מדי", "כשירות", "דרישות מהותיות של התפקיד" ו"ייצוג הולם",

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. מאמר זה נכתב בסיוע מענק מקרן מינרבה לזכויות האדם.

** אני רוצה להודות לכל מי שתרמו לפיתוח הטיועונים במאמר זה בשיחות, קריאת טיוטות מוקדמות ובהצגת העבודה בפורומים שונים. אני מודה במיוחד לאילן סבן, ארלין קנטר, ארנה רבינוביץ'-עיני, יאיר שגיא וויקטור וינברגר, וכן לתלמידי הסדנא בעבודה וחברה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב ולתלמידיי בסמינר מוגבלויות במשפט. תודה גם לחברי המערכת של עיוני משפט על הערותיהם המצוינות ועבודתם היסודית.

להצביע על המתחים הפנימיים הקיימים ביניהם, ולהציע דרכים לפתרון מתחים אלה. מסקנת המאמר היא שהן עקרונות החקיקה והן הגישה הביקורתית למוגבלות טרם התבססו בפסיקה, וכי נדרשת היכרות מעמיקה יותר עימם על-מנת למצות את השינוי שחוק השוויון ביקש ליצור.

מבוא

א. רקע תיאורטי: הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט

1. מבוא כללי

2. ארבע תמות משלימות

(א) משוני אינהרנטי להבניה חברתית

(ב) מפתולוגיה רפואית למגוון אנושי

(ג) מתיקון הפרט לתיקון החברה

(ד) "שום דבר עלינו בלעדיו"

3. מביקורת החברה לביקורת המשפט

4. אחריות המדינה והחברה

(א) אחריות מעסיקים

(ב) אחריות המדינה

ב. פרק התעסוקה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

1. הפליה בתעסוקה על בסיס מוגבלות – הרחבת הקיים או מקרה ייחודי?

2. הוראות פרק התעסוקה שבחוק השוויון

(א) איסור הפליה בתעסוקה

(ב) הגדרת "אדם עם מוגבלות"

(ג) איסור ההפליה כולל חובת התאמות

(ד) הסייג לחובת ההתאמה: נטל כבד מדי

(ה) אין זו הפליה אם האדם אינו כשיר לתפקיד

(ו) יש לפעול לקידום הייצוג ההולם של אנשים עם מוגבלויות במקומות

העבודה

ג. תיחום המחקר וממצאים כלליים

1. שיטת המחקר ותיחום המחקר

2. ממצאים כלליים

ד. מיפוי ואפיון של פסיקת התעסוקה

1. איסור הפליה

2. הגדרת "אדם עם מוגבלות"

3. חובת התאמות

(א) זיהוי המקרים המצריכים התייחסות לסוגיית ההתאמות

(ב) נטל מציאת ההתאמה

(ג) הליך איתור ההתאמה

- (ד) סוג ההתאמה הנדרשת
4. נטל כבד מדי
 5. כשירות ודרישות מהותיות של התפקיד
 - (א) מניעה בריאותית
 - (ב) תפוקה נמוכה
 - (ג) ניתוח אופן פעולתו של כלל הכשירות בפסיקה
 6. ייצוג הולם
- ה. דיון מסכם: הצורך בשינוי תפיסתי ובגיבוש דוקטרינה
1. לקראת מתן תוכן מהותי לחובת ההתאמות
 2. לקראת הרחבת השימוש בהתאמות כמושג מארגן של הדיון בהפליה
 - (א) ביטול או צמצום השימוש במושג "כשירות"
 - (ב) הרחבת ההגדרה של "אדם עם מוגבלות"
- סיכום

מבוא

מצב התעסוקה הנוכחי של אנשים עם מוגבלויות בישראל ובעולם הוא עגום למדי. ההערכה הכללית לגבי שיעור האנשים עם מוגבלויות באוכלוסייה נעה בדרך-כלל סביב 10%,¹ ושיעורי האבטלה ואי-התעסוקה בקרבם גבוהים ביותר.² סקר עדכני של משרד התמ"ת, המבוסס על דיווח עצמי, קובע כי 18.1% מאוכלוסייתתה של מדינת-ישראל הם אנשים עם מוגבלויות,³ כי שיעור התעסוקה בקרבם עומד על 43.2% בלבד, לעומת 70.9% בקרב

1 זו ההערכה המקובלת בעולם. ראו משרד המשפטים ומשרד העבודה והרווחה דוח הוועדה הציבורית לבדיקת חקיקה מקיפה בנושא: זכויות אנשים עם מוגבלות (1997) (להלן: דוח הוועדה לבדיקת חקיקה), נגיש בכתובת www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/D7E5FAAA-BBBF-4D6D-A02E-087815D71948/18643/VaadatKats.pdf; משרד ראש הממשלה דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת ענייני הנכים ולקידום שילובם בקהילה 10 (2005) (להלן: דוח הוועדה לבדיקת ענייני הנכים), נגיש בכתובת storage.cet.ac.il/SharvitNew/Storage/380862/192268.pdf.

2 לנתונים שונים בנושא ראו משרד המשפטים אנשים עם מוגבלות בישראל 2007 – דו"ח השוואתי: מבט רב שנתי והשוואה בינלאומית (דינה פלדמן ואליהו בן משה עורכים, 2007); משרד המשפטים אנשים עם מוגבלות בישראל 2009 – מוגבלות והשתלבות בחיי החברה בישראל: מבט השוואתי רב שנתי (אליהו בן משה, ליאורה רופמן וישראל הבר עורכים, 2009) (להלן: דוח הנציבות 2009); מיכל אלפסי "אנשים עם מוגבלות בישראל – אומדן האוכלוסייה, מאפייניה וחסמים לתעסוקה" (2010), נגיש בכתובת www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/9837B57E-0FE5-4D53-9730-3484BCB8A702/0/mugbalut080210.pdf.

3 הגדרת האוכלוסייה מבוססת על דיווח עצמי, הכולל את מי ש"דיווחו כי הם סובלים מבעיה רפואית או פיזית שנמשכת לפחות שישה חודשים, ושמפריעה להם או מפריעה להם מאוד בתפקודי היומיום". ראו משרד התמ"ת אנשים עם מוגבלות בישראל בעשור האחרון – דיוקן נתונים סטטיסטי: מאפיינים סוציו דמוגרפיים ותעסוקתיים 7 (2011), נגיש בכתובת

אנשים ללא מוגבלויות, וכי ממוצע שכרם נמוך בכ-1,200 ש"ח משכרם של עובדים ללא מוגבלויות.⁴ מכלול הגורמים המשפיעים על מצב זה הוא מורכב ורחב. אחד הגורמים המרכזיים הוא ההפליה הישירה, כלומר, קיומן של דעות קדומות והנחות סמויות בדבר אייכולתם של אנשים עם מוגבלויות להיות חלק משוק העבודה. על-פי סקר של משרד התמ"ת, מעסיקים חושבים שאנשים עם מוגבלויות הינם יעילים פחות, מתאימים פחות לעבודה עם קהל, יוצרים השפעות שליליות על יתר העובדים, וזוכים ב"הגנות יתר" מפני פיטורים. ככלל, מעסיקים חשים כי מוקד העסקתם של אנשים עם מוגבלויות נעוץ בחסד, ולא בשיקול כלכלי, וחלקם גם מאמינים כי שילובם של אנשים עם מוגבלויות באוכלוסיית המועסקים אינו תפקידו של השוק החופשי, אלא של המדינה.⁵

בצד ההפליה הישירה קיימים גורמים נוספים רבים. כך, למשל, סביבת העבודה הפיזית ונוהלי העבודה, אשר מגדירים את דרישות התפקיד ונחזים כנתונים ניטרליים ומובנים מאליהם, מעוצבים ומוגדרים מבלי להביא בחשבון את צורכיהם של אנשים עם מוגבלויות. חסמים נוספים קשורים לגורמים רבים: אי-הנגישות של דרכים, מקומות ושירותים, המשפיעה על יכולתם של אנשים עם מוגבלויות להיות חלק מן המרחב הציבורי, ובכלל זה להגיע אל מקום העבודה ואל אתרים אחרים שעשויים להידרש במסגרת התפקיד;⁶ פערים בחינוך, בהשכלה ובאפשרויות ההכשרה המקצועית;⁷ אי-השתלבות בגופים דוגמת הצבא או שירות לאומי;⁸ וכן מערך הקצבאות, אשר כורך בין יציאה לעבודה לבין אובדן הקצבה וההטבות הנלוות אליה.⁹

חקיקת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (להלן: חוק השוויון)¹⁰ נבעה מן השאיפה להביא לידי תיקון מבני כולל שיכיל התייחסויות לכל תחומי ההפליה וההדרה של אנשים

www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/60B31CE2-4466-4BE6-A66C-8AD32E1270AD/0/X10697.pdf

- 4 שם, בעמ' 20-21.
- 5 אלפסי, לעיל ה"ש 2.
- 6 דינה פלדמן, יעל דניאלי-להב ושמואל חיימוביץ' נגישות החברה הישראלית לאנשים עם מוגבלות בפתח המאה ה-21 (2007); "הזכות לנגישות והסדרים להבטחתה" דוח מבקר המדינה 352 141 (2002).
- 7 הכנסת – מרכז המחקר והמידע "נגישות מערכת החינוך לתלמידים עם מוגבלות" (4.5.2009), נגיש בכתובת www.aisrael.org/_Uploads/24855m02290.pdf; אודי כתריאל "הנגשה פיזית של בתי-ספר בישראל – תמונת מצב" עניין של גישה 8, 5 (2008); מיכל אלפסי תעסוקת אנשים עם מוגבלות (2009).
- 8 אלפסי, לעיל ה"ש 2.
- 9 לאחרונה תוקן חוק הביטוח הלאומי והגמיש את דרישותיו. ראו חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 109), התשס"ח-2008, ס"ח 2169. ראו גם דוח הוועדה לבריאות ענייני הנכים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 35-45.
- 10 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998. חוק השוויון משתמש בביטוי "אנשים עם מוגבלות", ומכווח הוקמה נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. לטעמי, ולדעת פעילים רבים בתחום, זוהי טעות היסטורית, שכן היה ראוי להשתמש בביטוי "אנשים עם מוגבלויות", אשר מעיד על ריבוי הפנים והמופעים של מוגבלות, ואינו מצמצם אותה

עם מוגבלויות.¹¹ יוזמת החקיקה נבעה מן ההבנה שדפוסי ההדרה של אנשים עם מוגבלויות בתחומים שונים הינם דומים למדי, וכי כולם כרוכים בהיסטוריה ארוכה של פטרונות ודיכוי, גם אם הם נבעו לעיתים מכוונות טובות ומרצון להיטיב עם אותם אנשים.¹² הגישה שעמדה בעבר בבסיס כל ההסדרים והמנגנונים ראתה במוגבלות תכונה אישית אינהרנטית המאפיינת את האדם, ולא תוצר של אינטראקציה בין האדם לסביבתו; המוגבלות נתפסה כבעייתו של הפרט, ולא כתוצר של הבניה חברתית.¹³ גישות אלה נמשכות גם כיום, בדמות ההנחה ששוק העבודה הוא בגדר נתון, וכי על אנשים עם מוגבלויות להתאים את עצמם אליו, ולא להפך. חקיקת שוויון הזכויות באה לתקן מציאות זו. הרקע לחקיקה הוא המאבקים החברתיים שניהלו אנשים עם מוגבלויות במדינות רבות בעולם, בעיקר בארצות-הברית ובאירופה.¹⁴ מאבקים אלה ביקשו לחשוף את היסודות החברתיים של המוגבלות, ולהראות כי היא תוצר של הנחות תרבותיות שגויות, פרקטיקות חברתיות מפלות, נורמות סמויות ואף דחייה גלויה. המעבר לשיח של זכויות ושוויון ביקש לחשוף את ההפליה וההדרה שאנשים עם מוגבלויות סובלים מהן, ואת השפעתן על יכולתם להשתלב בחברה, להשפיע עליה, לבטא את העדפותיהם ולעצב את מציאות חייהם כרצונם.

המאמר מבקש להציג את הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט (disability legal studies) ואת תרומתה המקורית והייחודית למחקר המשפטי. גישה זו הינה חדשנית בתחום התיאוריה הביקורתית של המשפט. היא מבקשת לחשוף את תפקידו של המשפט בהבניה החברתית של מוגבלות כנחיתות וכטרגדיה אישית, ולהציג קריאה חלופית הרואה במוגבלות תוצר של תהליכים חברתיים דינמיים. מתוך הגישה החברתית-הביקורתית עולה הצורך לרתום את המשפט לתהליכי השינוי החברתי כזירת שינוי חשובה, אם כי לא בהכרח החשובה ביותר, כמובן.

לכלל תופעה אחת אחידה. מעתה ואילך, כאשר אצטט את החוק או פסיקה או מקורות אחרים הנוקטים את לשון החוק, אשאיר את השימוש בלשון יחיד, אך כאשר אדון בנושא באופן עצמאי, אנקוט לשון רבים.

11 רוח הוועדה לבריקת חקיקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2-3.

12 על הקשר בין מוגבלות לבין עוני בהיסטוריה של מדינת הרווחה המערבית ראו DEBORAH A. STONE, THE DISABLED STATE (1984). על הפוליטיקה של קצבאות הנכות ראו ג'וני גל "עקרונות הפיזיו במערכת הביטחון הסוציאלי לאנשים עם מוגבלות בישראל והשלכותיו" עבודה, חברה ומשפט ט 115 (2002); Sagit Mor, *Between Charity Welfare and Warfare: Privilege and Neglect in Israeli Disability Policy*, 18 YALE J. L. HUM. 63 (2006). מסגרות "התעסוקה המוגנת", שהתפתחו מאוחר יותר, סיפקו אומנם לאנשים עם מוגבלויות מסגרת חברתית בעלת תוכן, אך רובן ראו בתעסוקתם של אנשים עם מוגבלויות אמצעי שיקומי מתמשך, ולא מסלול לקראת התפרנסות עצמאית בשוק העבודה הפתוח. ראו אריק רימרמן ושיירי כץ "מדיניות התעסוקה המוגנת כלפי אנשים עם מוגבלויות קשות בארצות המערב ובישראל: סקירה וריון" ביטחון סוציאלי 65, 111 (2004). מצב זה נמשך עד היום, ועוגן בחוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ז-2007.

13 להרחבה ראו להלן פרק א.

14 JAMES I. CHARLTON, NOTHING ABOUT US WITHOUT US – DISABILITY OPPRESSION AND EMPOWERMENT (2000).

המחקר המוצג במאמר זה, שהינו מחקר ראשון בתחומו, מבקש לבחון, ברוח הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט, אם וכיצד השפיע חוק השוויון על פסיקתם של בתי-המשפט בתחום ההפליה בתעסוקה. באופן ספציפי יותר הוא מבקש לבחון אם התפתחה בתחום התעסוקה דוקטרינה המשקפת את העקרונות שאותם ביקשו מנסחי החקיקה לקדם, וכן אם חל שינוי בשיח המשפטי בתחום התעסוקה המשקף תפיסה ביקורתית של מוגבלות ונכות. שאלת השפעתה של החקיקה על השיח המשפטי הינה רחבה מטבעה, ולכן הוגבלה לבחינת הפסיקה שאזכרה במפורש את חוק השוויון (מתוך הפסיקה שפורסמה). מובן שראי הפסיקה הוא ראי מצומצם שאינו יכול לספר את הסיפור כולו. עם זאת, איתור הפסיקה כולה, פרישתה ומיפוייה מאפשרים את שרטוטה של תמונת-על המעלה תובנות ותהיות חשובות המצביעות על הצלחות וכשלונות, אפשרויות והחמצות וכן יתרונות וחסרונות אשר טמונים בפרויקט החקיקה, כפי שהם באים לידי ביטוי בפעולתם של בתי-המשפט עד כה. מן המחקר עולה כי דווקא בתחום התעסוקה – שנכלל בחוק השוויון מראשיתו וזכה בהתייחסות מקיפה וכוללת בחוק, ואשר היה אפשר לצפות שייחפך לספינת-הדגל של יישום החוק – לא חלה כל התפתחות דוקטרינרית משמעותית. אומנם, ניתן לאתר פסיקה אקראית של ערכאות נמוכות (בתי-דין אזוריים לעבודה) המבקשת לפרש את הוראות חוק השוויון באופן שמבטא את העקרונות המובאים בחוק, אך רוב הפסיקה אינה הולכת בדרך זו. כפי שאראה, רובה המכריע נעדר פיתוח שיטתי ובהירות ערכית-עקרונית. אף שהחוק כולל מנגנונים חדשניים הנענים למצוקת התעסוקה של אנשים עם מוגבלויות, פסקי-הדין אינם מבטאים לרוב הכרה במציאות מורכבת זו, ונוטים לפרש את המנגנונים החדשים ברוח שמרנית ומצמצמת. מסקנת המאמר היא שהן עקרונות החקיקה והן הגישה הביקורתית למוגבלות טרם התבססו בפסיקה, וכי נדרשת היכרות מעמיקה יותר עימם על-מנת למצות את השינוי שחוק השוויון ביקש ליצור.

פרק א למאמר מפרט את הבסיס התיאורטי של הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט, ואת ההצדקות לאחריותן של המדינה והחברה לתעסוקתם של אנשים עם מוגבלויות. פרק ב ממשיך בפיתוח הבסיס העיוני של המאמר, תוך הצגת הסבר כללי על חוק השוויון והסבר מפורט לגבי הוראותיו של פרק התעסוקה שבחוק, הרקע להן ותכליתן. פרק ג עובר להצגת המחקר האמפירי שבבסיס המאמר, תיחומו וממצאיו הכלליים, ואילו פרק ד ממפה ומאפיין את פסיקת ההפליה בתעסוקה, ומצביע על הקשיים העולים ממנה לאור עקרונות החקיקה ותכליתה, ולאור הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט. פרק ה למאמר מתמקד בהצעות לשיפור, וקורא לשינוי תפיסתי ברוח עקרונות החקיקה והגישה הביקורתית למוגבלות, ולגיבוש דוקטרינה משפטית שתשקף את השינוי המשפטי שחוק השוויון ביקש לקדם.

א. רקע תיאורטי: הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט

המסגרת התיאורטית לבחינה ביקורתית של חקיקת השוויון ושל הפסיקה שבעקבותיה שאותה אני מבקשת להציג ולפתח במאמר זה היא הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט (disability legal studies). גישה זו מחברת בין הגישה הביקורתית למוגבלות (disability studies) לבין הגישה הביקורתית למשפט (critical legal theory), ובוחרת את הנחות-היסוד של השיח המשפטי ביחס למוגבלות ואת תפקידו של המשפט בתהליכי ההבניה החברתית של

מוגבלות.¹⁵ פירוט עיקריה של הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט, ויישום עיקרים אלה על חוק השוויון, נדרשים משום שדבר חקיקה, מעצם טבעו, אינו מספק תמונה מלאה של המקורות והביקורות שהזינו אותו או של התהליכים החברתיים שהובילו לחקיקתו. ארגיש כי בסיס תיאורטי זה לא עמד בהכרח לנגד עיניהם של יוזמי החקיקה והמחוקק עצמו, אך אני מבקשת לטעון כי הוא מהווה השלמה חשובה לכוונת המחוקק, בבססו את התכלית הערכית והעקרונית של החקיקה. מקורות וביקורות אלה נדרשים על-מנת למלא את סעיפי החוק בתוכן, במיוחד כאשר נדרשות הכרעת מדיניות או הכרעה שיפוטית.

1. מבוא כללי

בבסיסה של הגישה הביקורתית למוגבלות קיימת השאיפה לחשוף את היסודות החברתיים, התרבותיים, הפוליטיים, הכלכליים וההיסטוריים אשר משתתפים בעיצוב המשמעויות השונות המוקנות למושג "מוגבלות".¹⁶ ההנחה המרכזית היא שמוגבלות הינה תופעה חברתית-פוליטית תלויה-הקשר ומוכנית חברתית, תוצר של תהליכים תרבותיים וסביבתיים המשפיעים על עיצוב תנאי החיים ועל היחסים החברתיים שהפעילות האנושית נטועה בהם.¹⁷ יסודותיה של הגישה הביקורתית למוגבלות הונחו על-ידי קבוצות של פעילים עם מוגבלויות, שפעלו בארצות-הברית ובאנגליה בשנות השבעים. קבוצת הפעילים באנגליה, בשם UPIAS,¹⁸ הייתה הראשונה שטענה בצורה סדורה כי "החברה שלנו היא שמגבילה אנשים עם לקויות פיזיות. מוגבלות היא דבר שנכפה על-גבי הלקויות שלנו, וכתוצאה מכך מבודד ומדיר אותנו מהשתתפות מלאה בחברה באופן שאינו הכרחי. אנשים עם מוגבלויות הם לכן קבוצה מדוכאת בחברה".¹⁹ בהמשך לכך פיתח מייקל אוליבר (Michael Oliver) - אחד מחברי הקבוצה הבריטית - את ההנגדה בין "המודל האינדיווידואלי" ו"המודל החברתי"

15 Mor, לעיל ה"ש 12, בעמ' 135. ראו גם Arlene S. Kanter, *The Law: What's Disability Studies Got to Do With It or An Introduction to Disability Legal Studies*, 42 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 403 (2011).

16 סוזן ונדל היטיבה לסכם יסודות אלה. ראו SUSAN WENDELL, *THE REJECTED BODY: FEMINIST PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON DISABILITY* (1996) Paul Abberley, *The Concept of Oppression and the Development of a Social Theory of Disability*, 2(1) DISABILITY, HANDICAP & Soc'y 5 (1987).

17 SIMI LINTON, *CLAIMING DISABILITY: KNOWLEDGE AND IDENTITY* 134-142 (1998); Rosemarie Garland Thomson, *Integrating Disability, Transforming Feminist Theory*, 14 NWSA J. 1, 5 (2002).

18 Union of the Physically Impaired Against Segregation, *Fundamental Principles of Disability*, 1976 פרסמה הקבוצה מסמך בשם Fundamental Principles of Disability, שבו נוסחו העקרונות הבסיסיים של הגישה הביקורתית למוגבלות. המסמך מצוטט אצל: MICHAEL J. OLIVER, *UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE* 21-28 (1996).

19 שם, בעמ' 22. הלקות, על-פי מסמך עקרונות-היסוד של UPIAS, היא ההבחנה המדעית של התסמונת או הפגיעה באיבר או באורגניזם בגוף. המוגבלות, לעומת זאת, מבטאת את החסמים והמכשולים החברתיים והסביבתיים אשר מדירים אנשים עם לקויות מהשתתפות בפעילויות החברתיות. תרגומם של מושגים אלה שנוי עדיין במחלוקת בקרב הפעילים בארץ,

של מוגבלות. ביסוד ההבנה האינדיווידואלית-המסורתית של מוגבלות נמצאות כמה הנחות מרכזיות:²⁰ ראשית, שתחום הבעיה הוא האדם עצמו, ושהמוגבלות היא תכונה ניטרלית, אובייקטיבית, הטבועה בו; שנית, שהפתרון לבעיה נעוץ אף הוא בפרט – בריפוי, בשיקומו, בשילובו ובהתאמתו למערכות הקיימות מבלי לשנותן, במתן קצבאות וסיוע פרטני, ובהקמת שירותים ייחודיים למענם אשר נבדלים ואף מבודדים מן השירותים הניתנים לאוכלוסייה הכללית; ושלישית, שמוגבלות היא דבר שקורה באופן אקראי לאנשים יחידים, בבחינת גורל אכזר או אסון-טבע, ולחברה אין על-פירוב יד ביצירתה.²¹

מודל מקביל נוסף שפותח על-מנת לאפיין את הגישה המסורתית למוגבלות הוא "המודל הרפואי" של מוגבלות.²² מודל זה מוצג גם הוא בהנגדה למודל החברתי, תוך הבעת ביקורת כלפי מרכזיותם של מקצועות הרפואה, הבריאות והרווחה במסגרת התהליכים הקשורים למוגבלות, ביניהם עיצוב ההבנה החברתית-התרבותית ביחס למוגבלות, עיצוב המדיניות הכללית ביחס אליה וקבלת החלטות פרטניות ביחס לחייהם של אנשים עם מוגבלויות. ביקורת המודל הרפואי קוראת לבחינה ביקורתית של תהליכי המדיקליזציה של מוגבלות: היא מעשירה את הדיון בנורמלי, בפתולוגי ובאנושי, תורמת לדיון בפוליטיקה של הגוף המוגבל ובמקומו של הגוף ה"אחר" בתרבות, ומצביעה על תפקידם של מקצועות הבריאות והטיפול בתהליכים אלה.²³ כך, למשל, כיוון חשיבה זה מוביל לביקורת על פרקטיקות המבקשות – פעמים רבות באמצעים רפואיים – לתקן את הגוף המוגבל ולהופכו לדומה ככל האפשר לגוף הממוצע, אשר נהפך לגוף האידיאלי.²⁴ "המודל הרפואי" וה"מודל האינדיווידואלי" חולקים קווים משותפים, אך יש גם הבדלים ביניהם. בעקבות אוליבר אני מציעה להדגיש את היסודות האינדיווידואליים של הגישה המסורתית למוגבלות, ולראות בביקורת הרפואה היבט מרכזי במסגרתם.²⁵ דגש רב מדי ברפואה אינו מקיף את מכלול הביקורת, ועלול ליצור אנטגוניזם עודף שמתכחש לתפקיד החיובי שיש לרפואה ולריפוי בחייהם של אנשים עם מוגבלויות.

גישת ההבניה החברתית למוגבלות מובילה גם לגישה התרבותית למוגבלות – זו המדגישה את ההיבטים החיוביים שבחיים עם מוגבלות, ואשר מבקשת גם לחזק את התפיסה

אך בהעדר הסכמה כאמור, אסתפק באלה, תוך נטילת הסיכון שתושמע ביקורת לגבי בחירה זו.

20 שם, בעמ' 19-29.

21 לדיון באחריותה של החברה למוגבלות ראו להלן חלק א.4.

22 לדיונים בנושא ראו את המקורות לעיל בה"ש 16 ולהלן בה"ש 28-30. השימוש במינוח של "מודלים" הינו מקובל מאוד במסגרת הגישה הביקורתית למוגבלות, אך לטעמי המושג "מודל" עלול להיות מצומצם וקשיח מדי. לכן, כאשר אפנה לצורות חשיבה אלה, אכנה אותן "גישות", ולא "מודלים".

23 ROSEMARIE GARLAND THOMSON, FREAKERY: CULTURAL SPECTACLES OF THE EXTRAORDINARY BODY (1996).

24 שם, בעמ' 63-66; LENNARD J. DAVIS, ENFORCING NORMALCY: DISABILITY, DEAFNESS, AND THE BODY 23-49 (1995).

25 OLIVER, לעיל ה"ש 18, בעמ' 31.

של אנשים עם מוגבלויות כקבוצה חברתית או כקהילה שיש לה סדר-יום עצמאי.²⁶ סדר-יום זה כולל לא רק את מיגור הדיכוי שאנשים עם מוגבלויות חווים, אלא גם פיתוח סולידריות, טיפוח הכרה בערך החיים עם מוגבלות, ועידוד יצירה תרבותית ואומנותית שמבטאת את חוויית החיים עם מוגבלות לא כדרך של "התגברות" או "התמודדות", אלא כביטוי יצירתי עצמאי בעל קול ייחודי וערך חברתי כללי. סימי לינטון, מעמודי-התווך בתחום, טוענת כי מה שחסר לתנועת האנשים עם מוגבלויות הוא קול שאינו דובר מתוך מקום של בושה, סבל וסבילות, אלא מבטא עונג, מאבק ויצירתיות.²⁷

אך המודל החברתי של מוגבלות נתקל גם בכיקורת רבה. חולשתו של המודל, בקצרה, הייתה בפשטותו. כך, למשל, נוצר עם הזמן דגש רב מדי בהבניה החברתית של מוגבלות, אשר אינה מאפשרת דיון מעמיק בהשלכותיה של הלכות הפיזית על חייהם של אנשים עם מוגבלויות.²⁸ בהמשך לכך נטען כי במודל החברתי טמונות הכחשה ואי-נכונות להודות בקשיים הממשיים הכרוכים במוגבלות אשר אי-אפשר לשייכם למבנה החברתי, ביניהם הכאבים, התסכולים, התופעות הפיזיולוגיות הנלוות לתסמונות השונות, תחושות הבדידות ויחסי התלות.²⁹ התעלמות זו עלולה להוביל להכחשת הגוף עצמו, כלומר, להכחשת עצם החוויה של חיים עם גוף שאינו תואם את הנורמות החברתיות ואשר מציב אתגרים לבעליו.³⁰ אוליבר ענה בתגובה על ביקורות אלה כי תפקידה של התנועה החברתית של אנשים עם מוגבלויות הוא לעסוק בסבל החברתי, ולא בסבל האישי, שכן אין לסבל האישי פתרון ברמת התנועה החברתית.³¹ אך האתגר, לטעמי, הוא מציאת המינון הנכון של הדגשת הסבל החברתי, מחד גיסא, ושל אי-הכחשת הקושי והאתגר האישי, מאידך גיסא.³²

-
- John Swaine & Sally French, *Towards an Affirmation Model of Disability*, 15(4) 26
 DISABILITY & Soc'y 569 (2000); Carol J. Gill, *A Psychological View of Disability*
Culture, 15(4) Dis. Stud. Q. 16 (1995)
- LINTON, לעיל ה"ש 17, בעמ' 115-110. 27
- Tom Shakespeare & Nicholas Watson, *The Social Model of Disability: An Outdated* 28
Ideology? 2 Res. Soc. Sci. & Dis. 9 (2002); JENNY MORRIS, PRIDE AGAINST PREJUDICE:
 TRANSFORMING ATTITUDES TO DISABILITY (1991); Bill Hughes & Kevin Paterson, *The*
Social Model of Disability and the Disappearing Body: Towards a Sociology of
Impairment, 12(3) DISABILITY & Soc'y 325 (1997)
- Liz Crow, *Including All of Our Lives: Renewing the Social Model of Disability* 29
Disability, in EXPLORING THE DIVIDE: DISABILITY AND ILLNESS 55 (Colin Barnes & Geof
 Mercer eds., 1996); Carol Thomas, *Developing the Social Relational in the Social*
Model of Disability: A Theoretical Agenda, in IMPLEMENTING THE SOCIAL MODEL OF
 DISABILITY: THEORY AND RESEARCH 32 (Colin Barnes & Geof Mercer eds., 2004)
- ראו את כל האסמכתות לעיל בה"ש 28-29; WENDELL, לעיל ה"ש 16; נילי ברויאר סטיגמה 30
 ואי הכרה מהראי של לימודי נחומ" (עבודת-גמר לתואר מוסמך, האוניברסיטה העברית
 בירושלים - התוכנית ללימודי תרבות, 2008).
- OLIVER, לעיל ה"ש 18, בעמ' 38. 31
- בסיס אפשרי ליישום גישה מעין זו הוא מודל ההכרה, אשר פותח על-ידי Swaine & French, 32
 לעיל ה"ש 26.

2. ארבע תמות משלימות

את עיקריה של הגישה הביקורתית למוגבלות אני מציעה לפרוט לארבע תמות משלימות, כמפורט להלן.

(א) משוני אינהרנטי להבניה חברתית

העיקר הראשון המנחה את הגישה הביקורתית למוגבלות כרוך במעבר מן ההנחה הרואה במוגבלות שוני טבעי בסיסי שקיים באופן אובייקטיבי בעולם, ואשר ניתן לייחסו באופן ניטרלי לאדם ולפיכך הוא גם מצדיק נקיטת יחס שונה כלפיו, אל תפיסת המוגבלות כתוצר של אינטראקציות דינמיות המושפעות מיחסי הכוחות החברתיים. הגישה הביקורתית למוגבלות מבקשת להראות כי האופן שבו החברה מאורגנת ומעוצבת אינו הכרחי, וכי החברה היא שמייצרת מכשולים חברתיים וסביבתיים באופן שמונע מאנשים עם מוגבלויות השתתפות, השתייכות, בחירה ומימוש זכויות.³³ על-פי גישה זו, חיים עם מוגבלות הם פעמים רבות חיים של טרגדיה וסבל לא בשל המוגבלות, אלא בעיקר בשל המשמעות השלילית שהחברה מייחסת למוגבלות ובשל המקום השולי והנחות שהיא מעניקה לאנשים עם מוגבלויות בתוכה.

(ב) מפתולוגיה רפואית למגוון אנושי

העיקר השני המנחה את הגישה הביקורתית למוגבלות כרוך במעבר מתפיסת המוגבלות כסטייה מן הנורמה – אשר מוגדרת בעיקר על-ידי מקצועות הרפואה, השיקום והמקצועות הטיפוליים האחרים הממונים על מציאת הסבר פיזיולוגי לשוני – אל גישה הרואה במוגבלות ביטוי נוסף למגוון ולריבוי הקיימים בחברה, אשר נדרשת לנהוג כלפיהם באורח שוויוני.³⁴ גישה זו מבקשת לקעקע את מקומו של "הנורמלי" כאמת-המידה החברתית, ולהראות כי ההתייחסות למוגבלות כאל "פתולוגיה" היא תוצר של יחסי כוחות, ולא של פעולת הטבע.³⁵

(ג) מתיקון הפרט לתיקון החברה

העיקר השלישי המנחה את הגישה הביקורתית למוגבלות כרוך במעבר מן התפיסה שהפרט הוא שצריך להתאים את עצמו לנורמות החברתיות המקובלות אל דרישה מן החברה להתאים את עצמה לאלה שעד כה היא התעלמה מקולם ומצורכיהם, ובהתאם לכך לשנות את הסטנדרטים החברתיים, התפיסות התרבותיות, ארגון הסביבה, מבנה שוק העבודה וכן הלאה. תמה זו עומדת ביסוד המאבקים לשינוי חברתי בתחום המוגבלות. היא מתרגמת את הגישה הביקורתית המופשטת העוסקת במשמעות החברתית-התרבותית של מוגבלות לעיקרון של פעולה ולבסיס לאקטיביזם.

33 LINTON, לעיל ה"ש 17; MICHAEL OLIVER, THE POLITICS OF DISABLEMENT (1990).

34 Paul Abberley, *Disabling Ideology in Health and Welfare – The Case of Occupational* Therapy, 10(2) DISABILITY & Soc'y 221 (1995); WENDELL, לעיל ה"ש 16, פרק 3.

35 DAVIS, לעיל ה"ש 24, פרק 2.

(ד) "שום דבר עלינו בלעדיו"

הכותרת שלעיל מקורה בסיסמה האנגלית "Nothing About Us Without Us", המשמשת נקודת חיבור בין התנועות השונות ברחבי העולם לזכויות של אנשים עם מוגבלויות.³⁶ הרעיון ביסודה של סיסמה זו הוא שיש לתת לאנשים עם מוגבלויות להחליט, לקבוע ולהשפיע בכל דבר הנוגע בהם, וזאת לא רק במישור של חיייהם האישיים, אלא גם במישורים של קביעת מדיניות, ארגון מחקר ועוד. הרקע לכך הוא ההתעלמות ההיסטורית מהעדפותיהם של אנשים עם מוגבלויות, שבמסגרתה הם נתפסו כמי שאינם מסוגלים להביע העדפות או כמי שאין לתת לעמדתם משקל משום שהם משוללי רציונליות. עיקרון זה מעניק תוכן נוסף לעיקרון של תיקון החברה, כי הוא נותן ביטוי לקולם של אנשים עם מוגבלויות, ורואה בהם את בעלי הידע והניסיון הרלוונטיים לקידום שינוי.

3. מביקורת החברה לביקורת המשפט

הגישה הביקורתית למוגבלות, שהחלה להתפתח בקרב פעילים פוליטיים בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים, הועתקה במהרה גם לזירה המשפטית. ככל גישה ביקורתית למשפט, גם יחסה למשפט של הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט הינו רב-ערכי: המשפט הינו מנגנון דיכוי אשר משקף, מכונן ומנציח את העמדות המסורתיות כלפי מוגבלות, אך בה-בעת הוא משמש גם אמצעי לשהרור הקבוצה המופלית והמודרת אשר חווה דיכוי, והוא גם הזירה שבה מתקיים ומתאפשר חלק מן המאבק.³⁷ תרומתו של המשפט לתהליכי ההבניה החברתית של מוגבלות באה לידי ביטוי בכל תחום משפטי - החל, כמובן, בדינים העוסקים ישירות באנשים עם מוגבלויות, כגון קצבאות נכות,³⁸ אשפוז כפוי,³⁹ דיור בקהילה,⁴⁰ חינוך מיוחד,⁴¹ נגישות ואיסור הפליה; המשך בסוגיות שהמוגבלות עומדת במרכזן אך תפקידה סמוי מן העין, כגון כשרות משפטית ואפוטרופסות,⁴² הפלת עוברים עם מומים⁴³ ועילת

36 CHARLTON, לעיל ה"ש 14, בעמ' 16-17.

37 MICHAEL W. McCANN, RIGHTS AT WORK: PAY EQUITY REFORM AND THE POLITICS OF .POLITICAL MOBILIZATION (1994); JOHN BRIGHAM, THE CONSTITUTION OF INTERESTS (1996)

38 שגית מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית - דילמות של מאבק לשינוי חברתי" סדרת חברה משפט ותרבות - העצמה במשפט 91 (מימי אייזנשטרט וגיא מונדלק עורכים, 2008).

39 Michael L. Perlin, "Things Have Changed": Looking at Non-Institutional Mental .Disability Law Through the Sanism Filter, 46 N.Y. L. SCH. L. REV. 535 (2003)

40 סילביה טסלר-לזוביק "בית כלא של זהב" פנים 26, 85 (2003); נעמה לרנר ארץ האפשרויות המוגבלות - זכותם של אנשים עם מוגבלות שכלית לחיות בקהילה (2008).

41 בג"ץ 2599/00 ית"ד עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד (נו) 834 (2002); בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 270 (2003).

42 מור, לעיל ה"ש 38, בעמ' 100.

43 PRENATAL TESTING AND DISABILITY RIGHTS (Erik Parens & Adrienne Asch eds., 2000); Ruth Hubbard, Who Should and Who Should Not Inhabit the World? in THE DISABILITY .STUDIES READER 187 (Lennard Davis ed., 1997)

ההולדה בעוולה;⁴⁴ וכלה בסוגיות כלליות הפועלות על בסיס הנחות נפרדות לגבי אנשים עם מוגבלויות, כגון אזרחות והגירה,⁴⁵ הורות ומשפחה וכן חוזים ונזיקין.⁴⁶ על-פי הגישה הביקורתית למשפט ומוגבלות, המשפט לא רק משקף גישות חברתיות-תרבותיות ביחס למוגבלות, אלא גם שותף פעיל בעיצובן ובכינון.⁴⁷ חשיפת האופן שבו המשפט משתתף בתהליכים של הבניה חברתית ומהווה חלק ממערכת יחסי הכוחות החברתיים מסירה מעליו את מעטה הניטרליות ובר-בזמן מבקשת לרתום אותו לקידום השינוי המיוחל.

זירה מרכזית של העשייה המשפטית בתחום היא זירת הזכויות. הפעילות בזירה זו ביקשה לבסס את הקטגוריה של מוגבלות בשיח השוויון, וליצור שפת זכויות אשר רלוונטית לנסיון החיים של אנשים עם מוגבלויות (גישה זו מכונה "מודל הזכויות").⁴⁸ הבסיס הפוליטי של שפת זכויות זו הוא ההתייחסות לאנשים עם מוגבלויות כאל קבוצה מודרת בעלת מאפיינים משותפים ובעלת שאיפות משותפות, כמו נשים וכמו מיעוטים גזעיים, דתיים או אתניים (גישה זו מכונה "מודל קבוצת המיעוט").⁴⁹ שאלת יכולתם של אנשים עם מוגבלויות להתגבש כקבוצה או כקהילה טומנת בחובה אתגרים הקשורים למגוון הרחב של אינטרסים וזהויות הקיים בקרב אנשים עם מוגבלויות, ול יכולת לזהות את הקבוצה כבעלת מאפיינים תרבותיים משותפים.⁵⁰ אך גם אם אין הסכמה לגבי מוגבלות כתרבות

- Wendy F. Hensel, *Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, 40 44
 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 141 (2005); נילי קרקו-אייל "מי ילד מושלם של אימא" המשפט
 81, 24 (2007).
- Mark C. Weber, *Opening the Golden Door: Disability and the Law of Immigration*, 8 45
 J. GENDER, RACE & JUST. 153 (2004); Arlene Kanter, *The Right to Asylum for People
 with Disabilities*, 73 TEMP. L. REV. 1117 (2000).
- Samuel R. Bagenstos & Margo Schlanger, *Hedonic Damages, Hedonic Adaptation,
 and Disability*, 60 VAND. L. REV. 745 (2007) 46
 Mor, לעיל ה"ש 12. 47
- RICHARD K. SCOTCH, FROM GOOD WILL TO CIVIL RIGHTS: TRANSFORMING FEDERAL 48
 DISABILITY POLICY (2nd ed. 2001); JOSEPH P. SHAPIRO, NO PITY: PEOPLE WITH DISABILITIES
 FORGING A NEW CIVIL RIGHTS MOVEMENT (1993); DORIS ZAMES FLEISCHER & FRIEDA
 ZAMES, THE DISABILITY RIGHTS MOVEMENT: FROM CHARITY TO CONFRONTATION (2003)
 ראו גם שגיית מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית: חסמים במימוש זכויות אנשים עם
 מוגבלויות" נגישות לצדק חברתי בישראל 79 (ג'וני גל ומימי אייזנשטרט עורכים, 2009).
 על מודל הזכויות ביחס למוגבלות ראו, Michael Ashley Stein & Penelope J.S. Stein,
Beyond Disability Civil Rights, 58 HASTINGS L.J. 1203 (2006)
- Harlan Hahn, *Antidiscrimination Laws and עם מוגבלויות קבוצת מיעוט ראו* 49
Social Research on Disability: The Minority Group Perspective, 14 BEHAV. SCI. & L.
 41, 53 (1996); WOMEN WITH DISABILITIES: ESSAYS IN PSYCHOLOGY, CULTURE, AND POLITICS
 (Adrienne Asch & Michelle Fine eds., 1988)
- לדעות שונות בשאלה אם יש מאפיינים תרבותיים משותפים לקבוצת האנשים עם מוגבלויות 50
 Susan Peters, *Is There a Disability Culture? A* ;19-16 בעמ' 26, לעיל ה"ש 26,
Syncretisation of Three Possible World Views, 15(4) DISABILITY & SOC'Y 583, 583-601
 (2000). ראו גם דיון לעיל בטקסט שליד ה"ש 26-27.

(disability culture), קיימת הסכמה רחבה שאנשים עם מוגבלויות מכל סוג שהוא חווים דפוסים דומים של דיכוי, המתבטאים בהפרדתם מכלל האוכלוסייה ואף בהרחקתם הפיזית אל מחוץ לחברה (באמצעות דיור מוסדי, חינוך נפרד, העדר נגישות ועוד). עוד מוסכם כי הנחת השוני הרלוונטי (והאינהרנטי) הטמון במוגבלות תרמה לכך שנסיבות לשנות את המצב הקיים ולקרוא תיגר על ההסדרים החברתיים והמשפטיים הרווחים, באמצעות שיח זכויות וטענות שוויון, נדחו על-פידורב.⁵¹

ניסוחה של שפת זכויות ייעודית בעבור אנשים עם מוגבלויות הייתה כרוכה ביצירת כלים משפטיים מתאימים. סוגיות ההבניה החברתית, המגוון האנושי, תיקון החברה והענקת מקום מרכזי לקולם של אנשים עם מוגבלויות תורגמו במהלך זה לזכויות אדם מוכרות בעלות גוון אוניוורסלי. ארצות-הברית הייתה הראשונה שעיינה בחוק את שוויון הזכויות של אנשים עם מוגבלויות, והחקיקה שלה בתחום זה היוותה מודל לחקיקת זכויות במדינות רבות נוספות.⁵² ביטוייה של ההבניה החברתית-המשפטית של מוגבלות הינם רבים. יישום הגישה הביקורתית למוגבלות על עולם המשפט והמדיניות החברתית מחייב פיתוח של כלים ייחודיים אשר יסייעו בבחינה ביקורתית של ההסדרים הקיימים וגם יציעו במקביל אפיקי פעולה אפשריים לעיצוב מדיניות חלופית. לצורך זה אני מבקשת להציע שלושה מישורים שונים של ביקורת החושפים את האופן שבו המשפט תורם להדרה ולדיכוי, אשר בצידם מנגנונים לרתימת המשפט לקידום השינוי הדרוש:⁵³

המישור הראשון הוא מישור הסטריאוטיפים, הסטיגמה והדעות הקדומות. היבט זה מצביע על כך שאנשים עם מוגבלויות נתקלים ביחס מכליל, לרוב שלילי ולא-ענייני, המבוסס על תפיסות מוטעות ביחס אליהם. בהקשר של שוק העבודה, דעות קדומות מסוג זה גורמות לכך שאנשים עם מוגבלויות הינם עובדים לא-רצויים, משום שנכוחותם גורמת אי-נוחות ותחושות שליליות. זאת, בשל החשש שהם זקוקים להגנה או ליחס מיוחד, או בשל תפיסות שגויות ביחס ליכולותיהם למלא תפקידים מסוימים. העדרו של איסור הפליה תורם להנצחת מצב זה. ההכרה באיסור ההפליה, וביסוסה באמצעות פיתוח דוקטרינרי תואם, מהווים מנגנון מרכזי שבאמצעותו המשפט מתמודד עם תופעה זו.

המישור השני קשור לעיצוב הסביבה. בהקשר זה הגישה הביקורתית למוגבלות מצביעה על כך שאנשים עם מוגבלויות אינם חלק משוק העבודה לא משום שהם אינם יכולים לעבוד, אלא משום שהסביבה הפיזית ותנאי השוק הוגדרו ועוצבו באופן שמדיר אותם מקרבם. הקשר בין המישור הראשון לבין המישור השני ברור: מכיוון שארגונה ועיצובה של הסביבה

Martha Minow, *When Difference Has Its Home: Group Homes for the Mentally Retarded, Equal Protection and Legal Treatment of Difference*, 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 111 (1987).

על ה-ADA והשפעתה הגלובלית ראו, למשל: Katharina C. Heyer, *The ADA on the Road: Disability Rights in Germany*, 27 L. & Soc. INQ. 723 (2002).

ראו דיון מקביל ברבר הרבדים השונים של אסטרטגיות המאבק לשוויון של אנשים עם מוגבלויות אצל נטע זיו "אנשים עם מוגבלויות - בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים" זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות בישראל 813, 820-822 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

הפיזית והארגונית מבוססים על אמת-המידה הסמויה של האדם הלא-מוגבל,⁵⁴ הם משפיעים על תפיסת האדם המוגבל כמי שאינו מתאים לתפקיד שמלכתחילה נתפר למידות לא לו. התגובה המשפטית לתיקון מישור זה של הדרה והבניה חברתית היא ההכרה בזכות לנגישות ובחובת ההתאמות של צידה. בהקשר של הפליה בתעסוקה הביאה ההכרה בהיבט זה לידי הכללת חובת התאמות במסגרת איסור ההפליה. חובה זו מחייבת שינויים מבניים בהגדרת התפקיד ודרישותיו על-מנת לאפשר חשיפה של הנורמה הסמויה וקריאת-תיגר עליה.

המישור השלישי של ההבניה החברתית של מוגבלות קשור באופן הדוק גם לשאלות של חלוקת משאבים, ומתבטא בקיומם (או בהעדרם) של שידותים חברתיים מתאימים, אשר מאפשרים מתן מענה לצורכיהם של אנשים עם מוגבלויות, מקדמים את השינוי המבני הנדרש ומבטאים את אחריותה של המדינה כלפיהם. הירתמות המשפט לתיקון מישור זה מצריכה נכונות רבה יותר לקבוע הוראות בחקיקה ראשית ובחקיקת-משנה שמשמען הקצאת משאבים לשיפור מעמדם של אנשים עם מוגבלויות בתחומים השונים, הקמת תוכניות ושירותים חברתיים נדרשים, וכן נכונות של בתי-משפט להתערב בהחלטות שיש להן היבטים תקציביים. בהקשר של תעסוקה מדובר, למשל, בתוכניות הכשרה וייעוץ למעסיקים ולמועסקים המקדמות השתלבות בעבודה בשוק הפתוח, וכן קיום מערכי תמריצים, הנגשה והשתתפות במימון התאמות.⁵⁵

4. אחריות המדינה והחברה

הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט ממחישה מה רב תפקידן של המדינה והחברה ביצירת הנחיתות ההיסטורית שאנשים עם מוגבלויות סובלים ממנה בשוק העבודה. רבים מן המכשולים והחסמים הניצבים בדרכם של אנשים עם מוגבלויות בבקשם למצוא עבודה קשורים לבעיות-עומק מבניות ומתמשכות המבוססות על משולש יחסים מורכב בין מעסיקים, מועסקים והמדינה. כל עוד אין שינוי חברתי-משפטי, ברור שהנטל כולו נופל על כתפיהם של אותם אנשים עם מוגבלויות: הם אלה שאפשרויות רבות בתחום הפרנסה ובתחום המימוש העצמי במישור העבודה חסומות בפניהם; הם אלה שרבים מקרבם חיים חיי אבטלה ועוני, ושורדים רק בעזרתן של קצבאות נכות וקצבאות הבטחת הכנסה בלתי-מספקות; והם אלה שמקבלים שכר נמוך, עובדים במשרות חלקיות, ועוד.⁵⁶ נוסף על כך, ואולי החשוב מכל – עצם התמשכותו של המצב הנוכחי מחזקת ומנציחה את הדעות הקדומות והסטיגמות החברתיות בנוגע לתעסוקה של אנשים עם מוגבלויות. המשך אי-העסקתם נתפס כמוצדק,

54 על אמת-המידה הסמויה ראו (1990) 19–23 *MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE* קתרין מקינון פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה 23–34 (דפנה ברק-ארו עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005).

55 להרחבה ראו דוח הוועדה לבדיקת חקיקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3, 38–40; Neta Ziv, *Disability Law in Israel and the United States – A Comparative Perspective*, ISR. Y.B. Hum. Rts. 171 (Yoram Dinstein ed., 1999).

56 דוח הנציבות 2009, לעיל ה"ש 2, בעמ' 45–47; טל ארטן-ברגמן ואריק רימרן "דפוסי מעורבות חברתית בקרב אנשים עם וללא מוגבלות בישראל" ביטחון סוציאלי 79, 49 (2009).

מבנה שוק העבודה החסום בפניהם נתפס כמובן מאליו, והקצבאות אשר מאפשרות את הישרדותם נתפסות כנטל כלכלי על החברה.

(א) אחריות המעסיקים

כללי איסור ההפליה וחובת ההתאמות מעבירים את הנטל אל כתפי המעסיקים. כך קורה בכל הקשר של מאבק לשוויון בתעסוקה. למעשה, תחום התעסוקה הוא התחום הקלטי שבו ההפליה אסורה במישור הפרטי.⁵⁷ חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה,⁵⁸ למשל, מבטא הכרה בכך ששדה הפעולה החברתי מבוסס על אי־שוויון בנקודות המוצא של קבוצות שונות, ומבקש לייצב את כולם על קו התחלה שווה. למעסיקים יש תפקיד מרכזי בשינוי מצב התעסוקה של אנשים עם מוגבלויות, שכן הם העומדים בשער הכניסה אל עולם התעסוקה והפרנסה. מנקודת־מבט ליברלית, כפיית סטנדרטים של שוויון על מעסיקים במחיר של פגיעה בחירותם מוצדקת בשל הערך הגבוה המיוחס לעבודה ולפרנסה הן מנקודת־מבט אישית של העובד/ת והן כסוגיה כלכלית־חברתית כללית.⁵⁹ ההתערבות הוצדקה בהקשר זה גם בעקבות ההכרה באי־השוויון הקיים ביחסי הכוחות בין עובדים ומעבידים.⁶⁰ נוסף על כך, ככל שהתרחבה עם השנים תחולתן של זכויות־היסוד לתחום הפרטי, התבססה גם החובה של כל פרט לכבד את זכויותיו של כל אדם אחר.⁶¹

התערבות מדינתית בדמות חוקי אי־הפליה באה לתקן כשל תפיסתי, אשר מבוסס על עמדות שגויות וגורם להדרה לא־מוצדקת (ואף לא־יעילה) של קבוצות מוחלשות אל מחוץ לספֶרה הציבורית.⁶² השוויון בהקשר זה אינו רק מטרה מוסרית ראויה בפני עצמה, אלא גם מטרה מכשירנית (אינסטרומנטלית) חברתית של הרחבת מעגל הקבוצות היצרניות. גישה ביקורתית יותר תצביע גם על כך שהמעסיקים, כחלק מקבוצת הרוב בחברה, בנו את שוק העבודה בדמותם, היא דמותו של הרוב שאינו בעל מוגבלות. לפיכך הם נהנו לאורך ההיסטוריה מתהליכי הבניה חברתית שאפשרו להם להתפתח, ואשר הדירו אחרים ומנעו מהם אזרחות שוויונית ופעילה, ולכן עליהם לתרום כעת את חלקם בתהליכי התיקון של

57 ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37 (2003).

58 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

59 רות בן־ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה כרך א 256 (1998). בצד החובה לנהוג בשוויון, המעביד נהנה כמובן מזכויות־יתר המעגנות את זכותו לשכור ולפטר עובדים כרצונו וכן לנהל את העסק כראות־עיניו. שם, בעמ' 310-312. המתנגדים להחלת סטנדרטים של שוויון בתחום העבודה מצביעים על כך שחווה עבודה אינו שונה מכל חווה אחר, וכי על המדינה למלא תפקיד ניטרלי בלבד במערכת יחסי העבודה. עלי־פי גישה זו, שוק העבודה, ככל שוק, צריך להתנהל עלי־פי כללי היצע וביקוש בלבד. לתומכים בגישה זו ראו RICHARD A. EPSTEIN, FORBIDDEN GROUNDS: THE CASE AGAINST EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAWS (1992); MILTON FRIEDMAN, CAPITALISM AND FREEDOM (1962).

60 נילי כהן "השוויון מול חופש החוזים" המשפט א 131 (1993).

61 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, פסק־דינו של השופט ברק (1992). בן־ישראל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 271.

62 מדינה, לעיל ה"ש 57, בעמ' 57-59, 67-70.

הפרקטיקות והמוסדות החברתיים.⁶³ מנקודת־מבט זו, אחריותם של המעסיקים היא למעשה ביטוי לאחריות חברתית כוללת. הטלת אחריות על מעסיקים מתאימה גם לשאיפתה של הגישה הביקורתית לעבור מהתמקדות בתיקון הפרט להדגשת תיקון החברה. סוגיית ההתאמות מחדדת את המחויבות הזו של המעסיקים אף יותר מסוגיית אי־ההפליה גרידא, משום שהיא מבליטה את המחיר הכלכלי של כניסת אנשים עם מוגבלויות לשוק העבודה ואת הנטל הישיר המוטל על המעסיקים לא רק במישור של שינוי עמדות, אלא גם במישור של שינויים מבניים ופיזיים, כאמור. ההצדקות לכך הן אותן הצדקות שנזכרו לעיל, אך המחיר הגלוי והמפורש גבוה יותר.

(ב) אחריות המדינה

כניסתם של אנשים עם מוגבלויות לשוק העבודה תלויה במידה רבה בעיגון ובאכיפה של כללי אי־ההפליה כלפי מעסיקים פרטיים, אך היא תלויה במידה רבה אף יותר במעורבותה של המדינה ובהשקעתה הכספית בנושא. על־אף הציפייה הברורה שמעסיקים לא יִפְלוּ, אין לתלות את הציפייה לשינוי באותם מעסיקים אקראיים, הפועלים פעמים רבות במסגרת תחרותית קשה. אי־אפשר גם לצפות שמועסקים פוטנציאליים ישברו לבדם את מעגל אי־התעסוקה שבו הם לכודים. אחריותה של המדינה לקידום השוויון וזכויות האדם קשורה למעמדה כריבון וכסמכות המתאמת בין כלל אזרחיה ותושביה. הגישה הליברלית המצמצמת רואה במדינה "לווייתן" שתפקידו לספק תשתית בסיסית של ביטחון ושיתוף־פעולה.⁶⁴ הגישה הליברלית המרחיבה רואה בה גם אחראית למימוש הזכויות של כלל אזרחיה באורח שוויוני, הן כפרטים והן כחברי קבוצה (אם הוכח שמדובר בקבוצה שחבריה סובלים מהפליה שיטתית).⁶⁵ הגישה הסוציאלי־דמוקרטית בנויה על יסודות של אחריות חברתית וסולידריות, התומכות במעורבות מסיבית יותר של המדינה ביחסים בין הפרטים ובקידום שוויון חברתי וכלכלי. על־פי גישה זו, המדינה מחויבת לא רק להבטחת זכויותיו וחירויותיו של הפרט, אלא גם להבטחת תנאים נאותים להתפתחותם של הפרטים בחברה.⁶⁶ גישה ביקורתית תוסיף על יסודות אלה את אחריותה של המדינה לתקן עוולות שנגרמו בעבר לפרטים שבה, אם במישרין ואם בעקיפין, וכן את עמדתה העדיפה בכל הנוגע בקידום שינויי־עומק מבניים. באשר לאחריותה של המדינה כלפי אנשים עם מוגבלויות, הגישה הליברלית־האינדיבידואלית למוגבלות מניחה כי מקומם השולי והנחות של אנשים עם מוגבלויות

63 פרנסס רדאי "תיאוריה משפטית, חקיקה והתדיינות פמיניסטיות בישראל: רטרוספקטיבה" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 19 (דפנה ברק־ארוז, שלומית ניסקי־רביד, יפעת ביטון ודנה פוגין' עורכות, 2007); מקינון, לעיל ה"ש 54.

64 לדיון בשורשיה ההיסטוריים של גישה זו ראו גל גרוזן ליברליזם: קשרים, הקשרים, ביקורות 41-21 (2004). לגלגולה המודרני בדמות הניאו־ליברליזם ראו שם, בעמ' 106-126.

65 גם כאן ניתן לאתר גישות מוקדמות בצד גישות מאוחרות המקדמות תפיסת־עולם מעין זו. ראו שם, בעמ' 64-86, 127-151.

66 שם, בעמ' 87-107.

בחברה אינו תוצאה של הפליה, אלא של הבחנה מותרת, המבוססת על שוני של ממש,⁶⁷ והיא אינה מכירה בתפקידה של החברה ביצירת המוגבלות. במסגרת גישה זו טיטה המדינה ליטול אחריות רק כאשר מדובר במוגבלות שנוצרה עקב פעילות הקשורה למדינה או לאינטרסים שהמדינה מבקשת לקדם. כך, למשל, למן ראשית המדינה תוכניות הרווחה מעניקות הגנה יתרה והטבות רבות למי שנפגעו במסגרת שירות ביטחון או עקב פעולת איבה,⁶⁸ וכן למי שנפגעו בתאונת-עבודה.⁶⁹ בעשורים האחרונים נוצרו תוכניות רווחה בעבור קבוצות נוספות של אנשים שנפגעו כתוצאה מכשל כלשהו בפעולת המדינה. זה הרקע לחקיקה הספציפית שנוצרה בעבור נפגעי הגזוזת, נפגעי הפוליו, נפגעי עירוים ונפגעי חיסונים.⁷⁰ בכל המקרים הללו למדינה יש קשר ישיר או עקיף להיווצרות המוגבלות, או אינטרס בעידוד הפעילות הרלוונטית לנוכח הערך החברתי הגבוה המיוחס לה.⁷¹ הדוגמה המובהקת ביותר היא כמובן קבוצת נכי צה"ל, אשר נהנית ממסגרת ההטבות המקיפה ביותר משום שהמדינה שלחה אותם למשימות במסגרת גיוס-חובה ומשום האתוס והיוקרה החברתית המשובחים להם.⁷² קבוצה זו גם נהנתה באופן היסטורי מתוכניות תעסוקה ייחודיות, ואף מהעדפה ברורה בתפקידים כגון כרטיסנים בבתי-קולנוע, רשיונות למוניות או זכינות לתחנות-דלק.⁷³ החזרתם למעגל העבודה הייתה עיקרון מרכזי במדיניות השיקום, ולשם כך ננקטו צעדים אפירמטיביים שכיום היו מוגדרים כמדיניות של העדפה מתקנת אגרסיבית.

- 67 ראו את דבריה של Minow, לעיל ה"ש 51, בעמ' 107-105, 145-131, לעניין גישת האבנורמליות. כן ראו את עבודתה של קתרין מקינן בתחום הפמיניסטי, המבקרת את הנחות הדמיון והשוני שעליהן מבוססת נוסחת השוויון האריסטוטלית: מקינן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 24-34; 224-225; 34-23 CATHARINE A. MacKINNON, TOWARDS A FEMINIST THEORY OF THE STATE (1989).
- 68 חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959 (גרסה מוקדמת: חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התש"ט-1949); חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970. ראו אוריאל פרוקצ'יה ואריה ל' מילר זכויות הנכים בישראל: בעיות יסוד (1974).
- 69 פרק ה לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; פרוקצ'יה ומילר, שם.
- 70 חוק לפיצוי נפגעי גזוזת, התשנ"ד-1994; חוק פיצוי לנפגעי פוליו, התשס"ז-2007; חוק לפיצוי נפגעי עירוים דם (נגיף האיידס), התשנ"ג-1992; תקנות ביטוח נפגעי חיסון, התשנ"ג-1992. לביקורת חקיקת הגזוזת ראו Nadav Davidovich & Avital Margalit, *Public Health, Law, and Traumatic Collective Experience: The Case of Mass Ringworm Irradiation*, in TRAUMA AND MEMORY 119 (Austin Sarat, Nadav Davidovich & Michal Alberstein eds., 2008). לביקורת ההסדר לנפגעי הפוליו ראו בג"ץ 10771/07 גוריצמן נ' המוסד לביטוח לאומי, תק-על 2010 (1) 2094 (2010).
- 71 גל, לעיל ה"ש 12; אורי ינאי "הסיוע לאזרחים נפגעי פעולות איבה" ביטחון סוציאלי 40, 35 (1993); Mor, לעיל ה"ש 12, בעמ' 89-92, 127-125.
- 72 חשוב לציין כי מסגרת הטבות נדיבה זו הינה ברובה תוצר של מאבק עיקש ומתמשך שניהלו נכי צה"ל עצמם, וכי לאחרונה מסגרת זו נתונה במתקפה ומתמודדת עם קיצוצים וצמצומים רבים.
- 73 תקנות העסקת נכי מלחמה, התשי"א-1951.

גישה של אחריות מוגברת למוגבלות, המושתתת על יסודות חזקים יותר של סולידריות חברתית, תצביע על הצורך בהרחבת התפיסה של תפקיד המדינה בהיווצרות המוגבלות. ראשית, פעילויות חברתיות רבות שהמדינה מעודדת גורמות למוגבלות כתוצר לוואי נמנע או בלתי נמנע של הפעילות. כך, תיעוש, מודרניזציה, טכנולוגיות חדישות ופיתוחים מדעיים עשויים להשפיע, למשל, על הסיכויים לחלות בסרטן, בסוכרת ובמחלות נוספות העלולות להוביל למוגבלות.⁷⁴ בהמשך לכך, פעילויות חברתיות רבות, מזיקות או מועילות, מצויות בתחום אחריותה של המדינה, אך היא אינה מונעת אותן כנדרש או אינה מפקחת עליהן כראוי, ביניהן זיהום אוויר ופשיעה, מצד אחד, ותברואה ושירותי רפואה ציבורית מטפלת ומונעת, מן הצד האחר.⁷⁵ לסיום, גם מידת השוויון החברתי הכלכלי ושיעור העוני במדינה הינם חלק ממדיניות מכוונת שתוצאתה העקיפה היא חשיפה בלתי שוויונית למחלות ולמוגבלויות – הן בשל פערים בגישה לשירותי בריאות בסיסיים והן בשל פערים בגישה לשירותי שיקום מתקדמים וביכולת לרכוש טיפולים ואביזרים חדשניים.⁷⁶ גישה זו תצביע גם על עלויות ההתדיינות היקרות שהמדינה נושאת בהן דרך מערכת בתי המשפט עקב נסיונם של אנשים למצוא אשם קונקרטי בפגיעה בהם על מנת שיתאפשר מימון של הטיפולים וההוצאות הנדרשות בשל אותה פגיעה. בהקשר זה ניתן להזכיר קבוצות נפגעים אשר זכו במעין נטילת אחריות של המדינה כלפיהן על ידי הסדרת תביעותיהן, ביניהן נפגעי תאונות הרכבים והנפגעים ממוצרים פגומים.⁷⁷

לעומת זאת, גישה ביקורתית למוגבלות תסיט את הדגש ממועד היווצרותה של המוגבלות אל התשתית החברתית הכוללת (תרבותית, סביבתית, כלכלית, פוליטית) אשר מייצרת ומנציחה את המוגבלות תחת מעטה של ניטרליות. אחריותה של המדינה לפי גישה זו אינה רק בשל תרומתה להתרחשות הלקות מבחינה ביולוגית, אלא בשל הכשל הנמשך ביצירת חברה נגישה, מכלילה ונטולת דעות קדומות, אשר מאפשרת השתתפות מלאה ומספקת שירותים חברתיים ראויים. למדינה, אם כן, יש לא רק אחריות ישירה ועקיפה לנסיבות היווצרותה של המוגבלות, ולא רק עמדה עדיפה בכל הנוגע בקידום שינוי עומק מבני, אלא גם אחריות חברתית כוללת לאזרחיה, ויותר מכך – אחריות לתיקון עוולות העבר שהיא הייתה ועודנה שותפה להן.

מתוך גישה מרחיבה זו לאחריותה של המדינה נגזרים היבטים מעשיים ויישומיים רבים. חוק השוויון עצמו יוצר את המסגרת החוקית והעקרונית לכך. חוק זה מהווה גם דוגמה לאחריות שהמדינה נטלה על עצמה וגם כלי מרכזי להפעלת לחץ על המדינה לפעול לקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות.

74 Wendell, לעיל ה"ש 16, בעמ' 36-37.

75 שם.

76 שם. כך, בג"ץ 1207/07 קר"ן – עמותת קטועי רגלים נלחמים נ' מדינת ישראל-משרד הבריאות, תק-על 2008(3) 1672 (2008), עסק בפערי איכות בין התותבות שנכי צה"ל מקבלים לבין אלה שנכים אחרים מקבלים (העתירה נדחתה).

77 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975; חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980.

ב. פרק התעסוקה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

1. הפליה בתעסוקה על בסיס מוגבלות – הרחבת הקיים או מקרה ייחודי?
 בשנת 1998 נחקק בישראל חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. החוק היה חלק מגל חקיקה עולמי שעסק בקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. פורץ-הדרך היה החוק האמריקני הפדרלי – Americans with Disabilities Act (1990) (להלן: ה-ADA).⁷⁸ מדינות רבות התעוררו בעקבות ארצות-הברית וחוקקו חוקי זכויות דומים במהלך שנות התשעים של המאה העשרים.⁷⁹ אי-הפליה בתעסוקה הייתה מלכתחילה אחד הנושאים המובילים בחקיקת הזכויות החדשה (יחד עם נגישות). סיבה אחת לכך היא שמדובר באחת הזכויות הבסיסיות ביותר שממנה נהנות כל קבוצות המיעוט שהצליחו להוכיח ולשכנע כי הן סובלות מהפליה ומהדרה שיטתיות בשוק העבודה. סיבה אחרת למהלך זה היא השאיפה להפוך את האנשים עם מוגבלויות מקבוצה אשר נתפסת כנטל וחיה על רוחה וקצבאות לקבוצה יצרנית ותורמת.⁸⁰ בעת חקיקת חוק השוויון כבר היה קיים חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. חוק זה כלל בתחילתו רק איסור הפליה על רקע מין, מעמד אישי והורות, אך הורחב בתיקונים מאוחרים יותר, וכיום הוא כולל גם איסור הפליה מטעמים של נטייה מינית, גיל, גזע, דת, לאום ועוד. עם זאת, על-אף ההרחבות הרבות, מוגבלות לא הייתה בין עילות ההפליה המנויות בחוק. למעשה, עד שנת 1998 לא נקבע איסור הפליה מטעמי מוגבלות בכל דבר חקיקה ישראלי שהוא. מוגבלות הייתה בסיס לקבלת שירותים חברתיים וקצבאות,⁸¹ אך לא עילה מוכרת לתביעת שוויון. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות היה הכלי המשפטי הראשון שיצר מסגרת דיון מותאמת לתביעות הפליה בתעסוקה של אנשים עם מוגבלויות ולתביעות הפליה בכלל.⁸² התוצאה היא שמוגבלות היא הקטגוריה היחידה שהגנתה מצויה בחוק נפרד מחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

הוצאת המוגבלות מתחולת החוק הכללי ויצירת הסדר נפרד בעבורה מבטאת את המורכבות שבהשגת שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. מצד אחד, עצם קיומו של חוק נפרד עלול לבסס ולהנציח את התפיסה של מוגבלות כדבר "שונה", ולא כחלק מדפוסי ההפליה שקבוצות חברתיות אחרות חוות. מצד אחר, יש בהפרדה זו ביטוי לצורה השונה של

78 Pub. L. No. 101-336, § 2, 104 Stat. 328 (codified at 42 U.S.C. §§ 12101–12113 (1990)).

79 ראו רשימה ברוח הוועדה לבדיקת חקיקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 12, הכוללת, בין היתר, את קנדה, בריטניה, אוסטרליה ויפן.

80 Samuel R. Bagenstos, *The Americans with Disabilities Act as Welfare Reform*, 44 WM. & MARY L. REV. 921 (2003). ראו גם מור, לעיל ה"ש 48, בעמ' 110–114.

81 ראו, בין היתר, חוק הפיקוח על מעונות, התשכ"ה–1965; חוק ההגנה על חוסים, התשכ"ו–1966; חוק הסעד (טיפול במפגרים), התשכ"ט–1969.

82 אריאלה אופיר ודן אורנשטיין "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998: אמנסיפציה בסוף המאה ה-20" ספר מנחם גולדברג 42, 46–47 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2002).

הפליה שאנשים עם מוגבלויות חווים לעומת קבוצות אחרות, ומתן מקום ליצירת מנגנונים ייחודיים בהתאם.

דילמה זו אינה ייחודית לישראל. גם בארצות־הברית איסור ההפליה של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה מופיע ב־ADA, ולא ב־Civil Rights Act משנת 1964, אשר כולל את פרק 7 (Title VII), האוסר הפליה בתעסוקה על בסיס גזע, צבע, מין או מוצא לאומי.⁸³ כך גם במדינות אחרות. הסיבה העיקרית לכך היא שכיום גזע, מין ומוצא נתפסים כנתונים אשר אינם משפיעים על היכולת לבצע עבודה מסוימת. האידיאל הליברלי של ניטרליות מגדרית או גזעית מניח שהתייחסות למגדר או לגזע בהקשר התעסוקתי היא כמעט תמיד תוצר של הפליה.⁸⁴ בהמשך לכך, העסקת נשים או מיעוטים גזעיים אינה נתפסת, במסגרת האידיאל הליברלי, כגוררת שינויים בארגון מקום העבודה, אלא בעיקר כדורשת מהפך תפיסתי נטול עלויות כלכליות מוחשיות – הנחה שניתן לבקרה, כמובן. זאת, משום שעילת ההפליה הליברלית הקלאסית באה להגן מפני דעות קדומות מוטעות המונעות קבוצות חברתיות מופלות מלהשתלב במרחב הציבורי במסגרת התנאים הנתונים, אך לא לקדם שינוי מבני במקום העבודה.⁸⁵

הפליית אנשים עם מוגבלויות מציבה אתגר ראשוני מורכב ביותר לשוק העבודה. אידיאל הניטרליות הליברלי אינו אפשרי בהקשר של מוגבלות בשל המכשולים הפיזיים הנלווים אל המכשולים התפיסתיים המונעים את כניסתם של אנשים עם מוגבלויות לשוק התעסוקה. המכשולים הפיזיים והסביבתיים מחזקים את תפיסת המוגבלות כ"שוני האולטימטיבי" – כזה המעוגן בהבדלים טבעיים, "פיזיים", "אמיתיים". כך ההבחנה על בסיס מוגבלות אינה נתפסת כחשודה מלכתחילה, אלא כביטוי לשוני רלוונטי – טבעי ואובייקטיבי. לפיכך, אף שגם בהקשר של מוגבלות השינוי הנדרש הוא בראש ובראשונה תפיסתי, השתלבותם של אנשים עם מוגבלויות בשוק העבודה (ובכלל) מחייבת התייחסות לשוני, ולא התעלמות ממנו.

83 Civil Rights Act, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241 (1964).

84 לבד ממקרים מועטים שניתן להגן עליהם במסגרת הסייג המצוי בחוק בדבר תנאי הנובע מהדרישות המהותיות של התפקיד. ראו להלן חלק ד4.

85 ההיסטוריה, וגם ההווה, של מאבקי השוויון מראים שיש קווים מקבילים רבים בין מאבקים של אנשים עם מוגבלויות לבין מאבקייהן של קבוצות מודרות אחרות. כך, למשל, עמדות סטריאוטיפיות מסורתיות כלפי נשים ראו אותן כבעלות יכולות פיזיות ואינטלקטואליות נחותות בהשוואה לגברים, ואף השתמשו לשם כך בדימויים מתחום המוגבלות. ראו Douglas Baynton, *Disability and the Justification of Inequality in American History, in THE NEW DISABILITY HISTORY: AMERICAN PERSPECTIVE* (Paul K. Longmore & Lauri Umansy eds., 2001). עם השנים הצליחו נשים להרחיק את עצמן מדימויים אלה ולהראות את מופרכותן של עמדות אלה, אך המסר העלול להשתמע ממאבקן הוא שהבחנה על בסיס נכות היא דווקא מוצדקת. מישור מקביל, עכשווי יותר, מצוי במאבק לשינוי מבני של ארגון מקום העבודה באופן שיאפשר – לגברים ולנשים כאחד – לשלב משפחה וקריירה, כחלק מן השאיפה לקידום שוויון מגדרי בחברה. ראו נויה רימלט "בין סגרגציה לאינטגרציה: קריאה לחשיבה פמיניסטית מחודשת על שוויון ומגדר בשוק העבודה" מחקרי משפט כד 81 (2008); נויה רימלט "הפמיניזם בישראל – מניין ולאן? הרהורים על שונות, שעבוד ושוויון בין המינים בעקבות ספרה של אורית קמיר 'פמיניזם זכויות ומשפט' עיוני משפט כז 857 (2004).

לשם כך נוספו המנגנונים של התאמות ונגישות שתכליתם להסיר חסמים שמקורם באופן שבו עוצבה סביבת העבודה הן מבחינה פיזית והן מבחינת נהלים, דרישות והגדרות תפקיד. עיקר הקושי הוא שהתאמות רבות נמצאות מחוץ לגבולות הדמיון של המעסיקה הממוצעת, וכך אדם שכשיר למשרה מסוימת עלול להיתפס בעיני מעסיקה פוטנציאלית כבלתי־כשיר – ולכן להידחות – מבלי שיישקלו ההתאמות הרלוונטיות לגביו. חשבו, למשל, על פקיד קבלה עם לקות שמיעה או ראייה שלא נשקלו לגביו אפשרויות התאמה, כגון תוכנת הקראה, מגבירי שמע, תוכנת תרגום קול לכתב ולהפך, חלוקת תפקידים בין כמה פקידים ועוד.⁸⁶ קושי נוסף הוא שכניסת אנשים עם מוגבלויות לשוק העבודה נתפסת כיקרה וככרוכה בעלויות גבוהות, אף שבפועל התאמות רבות אינן כרוכות בהשקעה גבוהה.⁸⁷ עם זאת, למרות ייחודיותם של מנגנונים אלה, עקרון פעולתם רלוונטי לקבוצות מודרות רבות.⁸⁸ אמות־מידה סמויות, התפורות לפי מידותיו של רוב מדומיין, עיצבו את פני החברה כולה, ובכלל זה את התנאים בשוק העבודה, באופן שמדיר פרטים וקבוצות שאינם עומדים בהן. אנשים שחיים בעוני, מבוגרים, שמנים, בעלי העדפות מיניות מגוונות, בעלי משפחות שהרכבן אינו מסורתי, מהגרים, נשים וכן מיעוטים גזעיים, לאומיים, אתניים ודתיים – כל אלה שותפים ושותפות לשאיפה לחשוף ולערער את מבנהו המדיר של שוק העבודה וגם לרצון לארגנו מחדש. למעשה, החסמים הפיזיים, הממשיים, המונעים את כניסתם של אנשים עם מוגבלויות לשוק העבודה מדגימים וממחישים את החסמים הניצבים בדרך של קבוצות רבות נוספות. במובן זה, חסרונם של אנשים עם מוגבלויות הוא גם יתרונם – מוחשיותם של החסמים מאפשרת לגייס את החברה להסרתם, תוך שכנועה כי "אין זו אשמתם" של אנשים עם מוגבלויות שהם מוגבלים. מי שעלול להפסיד ממסר זה הם אלה שנתפסים על־ידי החברה כמי שאי־השתלבותם היא אכן "אשמתם": העניים "סתם", משפחות חד־הוריות, אנשים חסרי השכלה תיכונית, מהגרים וכיוצא בהם – כל אלה שאבטלתם או שכרם הנמוך נתפסים כמוצדקים על־ידי מנגנוני השוק.

החלק הבא יפרט את מנגנוניו של פרק התעסוקה שבחוק השוויון. כאמור, למרות ייחודיותם של מנגנונים אלה, הרחבת ההיגיון המנחה אותם לקבוצות אוכלוסייה נוספות תוכל להעשיר את שיח השוויון כולו. הישגו הגדול של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות יהיה אולי כאשר פרק התעסוקה כולו, על מנגנוניו הייחודיים, יעבור אל חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ויחל על כל הקבוצות והפרטים המופלים, ולא רק על אנשים עם מוגבלויות.

86 ראו את המסמך של נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בנוגע לעמדתה בנושא "התאמות בתעסוקה בשוק החופשי לאנשים עם מוגבלויות ולבני משפחה" (יוני 2004) (להלן: עמדת הנציבות). תיאור ההתאמות שלעיל מצוטט מן המסמך כלשונו.

87 השוו, למשל, בין התקנת מעלית לבין הגמשת שעות העבודה. למחקר אמפירי בנושא ראו D.J. Hendricks, Linda C. Batiste, Anne Hirsh, Helen A. Schartz & Peter Blanck, *Cost and Effectiveness of Accommodations in the Workplace: Preliminary Results of a Nationwide Study*, 25(4) DIS. STUD. QUART. 175 (2005).

88 MINOW, לעיל ה"ש 54, בעמ' 60-56, 87-90.

2. הוראות פרק התעסוקה שבחוק השוויון

על-מנת להבין את מלוא משמעותו של פרק התעסוקה בחוק השוויון, יש למקם אותו במסגרת החקיקה כולה. חוק השוויון פותח בשלושה פרקים העוסקים בעקרונות כלליים העומדים ביסוד החקיקה, ובהם הוראות היוצרות מסגרת פרשנית עקרונית לחקיקה כולה. כך, למשל, סעיף 2 לחוק 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". החוק המקורי כלל שני פרקים שהסדירו שני תחומים: תעסוקה ונגישות של תחבורה ציבורית.⁸⁹ בשנת 2005 תוקן החוק, ונוסף לו פרק נגישות מקיף המתייחס לנגישותם של מבנים ומקומות ציבוריים וכן לנגישותם של שירותים ומידע.⁹⁰ נוסף על כך החוק כולל פרק ייחודי המקים נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, שתפקידה לקדם את המודעות לעקרונות שבחוק, ליעץ לממשלה בהליכי תקינה וחקיקה בנושא, ואף לייצג אנשים עם מוגבלויות בתביעות הפליה בתעסוקה.⁹¹

פרק התעסוקה בחוק השוויון כולל עשרה סעיפים. רוב הסעיפים מקבילים בעיקרם לסעיפיו של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.⁹² בצידם יש כמה סעיפים ייחודיים, ביניהם הסעיף העוסק בקידום הייצוג ההולם של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה (סעיף 9), וסעיף נוסף שעניינו פיתוח תוכניות לקידום תעסוקתם של אנשים עם מוגבלויות (סעיף 16), המבטא הכרה באחריותה של המדינה לנושא וכן הכרה בצורך בשירותים חברתיים מתקדמים בצד הסרת סטריאוטיפים והסדרת נגישות. המשך המאמר יתמקד בסעיפים 8-9 לחוק, העוסקים באי-הפליה, בחובת ההתאמות ובייצוג הולם. להלן אציג את עיקריהם של סעיפים אלה ואת העקרונות העומדים ביסודם.

(א) איסור הפליה בתעסוקה

סעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות קובע כי אין להפלות אנשים עם מוגבלויות בכל אחד מהפרמטרים המוכרים מחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ביניהם קבלה לעבודה, תנאים, קידום, הכשרה, פיטורים, הטבות ותשלומים. חוק השוויון מרחיב את איסור הפליה בקבלה לעבודה, וקובע כי היא כוללת גם הפליה במבדקי קבלה. הרחבה זו נוצרה בעקבות נסיון העבר המראה כי אנשים עם מוגבלויות נשלחים למבדקים בריאותיים ולמבדקים נוספים יותר ממועמדים אחרים לעבודה, פעמים רבות ללא הצדקה ובאופן שמוטה לרעתם.⁹³

89 פרקים ד ו-ה לחוק, בהתאמה.

90 ראו חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון מס' 2), התשס"ה-2005, ס"ח 288, שהוסיף את פרק 11 לחוק.

91 פרק ו לחוק. יש לציין כי תפקידיה של הנציבות על-פי החוק צרים מאלה שיועדו לגוף זה בדוח הוועדה לבדיקת חקיקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17.

92 ראו ס' 8, 10, 11-12, 14-15 לחוק. נוסף על כך, ס' 13 מחיל על החוק את הוראות ס' 5, 9(א), 11, 13, 14, 16, 17, 18, 21 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

93 הצעת החוק המקורית כללה סעיף מיוחד העוסק בבדיקות רפואיות. ראו דוח הוועדה לבדיקת חקיקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 35-36, וכן הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות,

סעיף איסור ההפליה אינו מובן מאליו. כאמור, עד לחקיקת חוק השוויון לא זכה נושא זה בהתייחסות חקיקתית או בפיתוח פסיקטי. ככל הידוע, עד לחקיקת החוק גם לא הוגשה כל תביעה בגין הפליה בתעסוקה על בסיס מוגבלות. החוק הוא שאפשר להמשיג את חוויותיהם של אנשים עם מוגבלויות כהפליה אסורה ולפעול נגד הפליה זו במישור המשפטי, גם אם קיימים עדיין חסמים לא-מעטים בדרך למימושן של זכויות אלה.⁹⁴

ההפליה שהחוק אוסר היא בראש ובראשונה הפליה המבוססת על סטריאוטיפים שגויים, דעות קדומות וסטיגמה המונעים תעסוקה מאנשים עם מוגבלויות. מדובר בחסמים תפיסתיים הפועלים באותם מקרים שבהם היה אפשר להעסיק אדם מסוים (גם בלא התאמות) אך הוא לא התקבל לעבודה, לא קודם או פוטר בשל דעה קדומה מפורשת או הנחות שגויות סמויות ביחס ליכולותיו. הסיבות לכך מגוונות: אנשים עם מוגבלויות נתפסים כחסרי יכולות פיזיות או אינטלקטואליות ולכן כבלתי-כשירים לתפקידים או למשרות גם כאשר יש להם היכולות והכישורים הנדרשים. נוסף על כך הם נתפסים כזקוקים לטיפול, להגנה ולהשגחה, וכן כמעוררים אי-נוחות בקרב אנשים רבים, המעדיפים לא להיות בסביבתם.⁹⁵

יש המייחסים אי-נוחות זו לקושי פסיכולוגי שנוכחותם של אנשים עם מוגבלויות מעוררת, שכן הם מהווים תזכורת לשבריריותו של הקיום האנושי.⁹⁶ התוצאה היא שגם במקרים שבהם אין צורך בשינוי מבני, עמדות קדומות בלתי-מבוססות מונעות מעסיקים מלקבל אנשים עם מוגבלויות לעבודה.

(ב) הגדרת "אדם עם מוגבלות"

איסור ההפליה חל כאמור על אדם עם מוגבלות. אדם עם מוגבלות, על-פי סעיף 5 לחוק השוויון הוא "אדם עם לקות פיסית, נפשית או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים". לשון החוק נותרה פתוחה במכוון, על-מנת לא להגביל את תחולת החוק באמצעות מבחנים רפואיים, סייגים לגבי חומרת המוגבלות או רשימה סגורה של מקרים. נוסף על כך, הסעיף אינו מוגבל לתחום מסוים מתחומי החיים, ובכך הוא שונה, למשל, מן התנאים לקבלת קצבת נכות כללית מן הביטוח הלאומי, המתמקדים בכושר העבודה.⁹⁷ "תחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים" משמעו גם תחומים שאינם קשורים לעבודה בהכרח.⁹⁸

התשנ"ו-1996, ה"ח 2525 (להלן: הצעת חוק השוויון).

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

95 טיעונים מעין אלה הועלו על-ידי הנתבעים בת"א (שלום ת"א) 15/97 שמיסאן נ' מסעדת גני רוזמרי, דינים שלום יד 402 (1999) (מועדון אשר סירב להכניס לתחומיו אישה המתניידת בכיסא-גלגלים).

96 Susan Wendell, *Towards a Feminist Theory of Disability*, in THE DISABILITY STUDIES READER 260, 268 (Lennard J. Davis ed., 1997) (המצטטת את: Jill Lessing, *Denial and* (1981) 21 OFF OUR BACKS 11(5) *Disability*).

97 אופיר ואורנשטיין, לעיל ה"ש 82, בעמ' 59-62.

98 המושג "תחומי החיים העיקריים" לא זכה עד כה בפיתוח על-ידי גוף רשמי בארץ (כגון נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות או משרד התמ"ת). בעת הצורך ניתן ללמוד מן

ניסוח פתוח זה עולה בקנה אחד עם הגישה המבקשת להתמקד בהבניה החברתית, ולא בלקות ובהגדרתה הרפואית. עם זאת, לשונו של הסעיף חשופה לביקורת, שכן ההגדרה מניחה כי הלקות היא הסיבה אשר "בשלה מוגבל" האדם בתפקודו (ולפיכך מבטאה גישה אינדיבידואלית למוגבלות), בעוד על-פי הגישה הביקורתית, לאופן ארגונו של מקום העבודה ולדרך עיצובה של המשרה יש תפקיד לא-מבוטל ביצירת המוגבלות.

אחד הקשיים שהחקיקה צריכה להתמודד עימם הוא הנטייה לתחום את מעגל הנהנים מן החוק ולכלול ביניהם בעיקר אנשים עם לקויות נראות לעין, לקויות שמשויות להן סטיגמה חמורה, לקויות שמגובות במסמך של אבחון רפואי ובעיקר לקויות שנתפסות כ"חמורות", כלומר: כמגבילות ביותר מבחינת התפקוד היומיומי; כחריגות מבחינת שכיחותן באוכלוסייה; כבעלות השפעה קבועה, ולא זמנית; וככאלה שרמת סטייתן מן הסטנדרטי, מן ה"נורמלי", מן הממוצע, רבה מאוד.⁹⁹ הקושי הוא שאנשים שדרגת מוגבלותם נחשבת "קלה" עלולים למצוא את עצמם מחוץ לטווח ההגנה של החקיקה משום שהם "אינם מוגבלים מספיק".¹⁰⁰ אך גם אם האחרונים סובלים פחות מן הסטיגמה הכרוכה במוגבלות, הגישה המצפה שהם יתאימו את עצמם לתנאי השוק והסביבה פועלת לרעתם באופן דומה לפעולתה ביחס לאנשים עם מוגבלויות "חמורות".

נוסף על כך, לשונו הפתוחה של החוק מתיישבת עם הגישה החברתית-הביקורתית למוגבלות, אשר אינה מדגישה את הלקות וחומרתה, אלא את ההבניה החברתית של המוגבלות. על-פי גישה זו, כל מי שחונה מוגבלות בשל אופן ארגונו הסביבה זכאית להתאמות ולסידורי נגישות אשר יאפשרו לה השתתפות שוויונית ומלאה. למעשה, העיסוק בסיווגים ובהבחנות מסיט את הדיון מן העיקר, שהוא בחינת ההתאמות לגופן והכרעה על-פי מאפייניהן של ההתאמות הנדרשות, ולא על-פי מאפייני המוגבלות.

שאלת ההגדרה של "אדם עם מוגבלות" חשובה משום שהיות "אדם עם מוגבלות" מהווה סף כניסה, תנאי מקדמי, להנאה מהזכויות ומההגנות המצויות בחוק. משמעות הסוגיה, לפיכך, אינה טכנית בלבד, אלא שלובות בה סוגיות מהותיות העשויות להכריע את גורל התביעה.

(ג) איסור ההפליה כולל חובת התאמות

החידוש המרכזי בחוק, הלקוח מן החקיקה האמריקנית (ה-ADA), הוא ש"הפליה", על-פי סעיף 8 לחוק, כוללת גם "אי-ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם

ההנחיות שפורסמו על-ידי נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה של ארצות-הברית, שם נקבע, למשל, כי "תחומי החיים העיקריים" כוללים, בין היתר, את "יכולת האדם לדאוג לענייניו, הליכה, ראייה, שמיעה, דיבור, נשימה, למידה, עבודה, עמידה, נשיאה, חשיכה, יכולת ריכוז, ואינטראקציה עם אחרים". EEOC Compliance Manual § 902.3(b) (הציטוט מובא אצל אופיר ואורנשטיין, לעיל ה"ש 82, בעמ' 61-62).

99 Scott A. O'Connor, *Bowen v. Yuckert: The Severity Regulation – A De Minimis Threshold or a More Formidable Obstacle for Disability Claimants?* 34 *Lox. L. Rev.* 196 (1988).

100 ראו את ממצאי המחקר בחלק 2 ד להלן.

מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו". הוראה זו עוסקת בעיקר בחסמים הפיזיים והמבניים אשר נלווים לחסמים התפיסתיים ולמעשה כרוכים זה בזה. כלומר, בצד היסוד השלילי של איסור הפליה נוסף יסוד חיובי של יצירת תנאים שיאפשרו לאנשים עם מוגבלויות כניסה לשוק העבודה, אשר עוצב ואורגן מבלי להביא בחשבון את הצרכים ונסיון החיים שלהם.¹⁰¹ רעיון ההתאמות משקף את ההבנה שאין די בדרישה שאדם עם מוגבלות יתאים את עצמו לדרישות התפקיד, אלא יש גם להתאים את מקום העבודה לצרכיו.¹⁰² גישה זו תואמת את התפיסה הביקורתית למוגבלות, אשר שואפת לתיקון החברה, כאמור, ולא לתיקון הפרט. עם זאת, גם כאן לשון החוק חשופה לביקורת, שכן ההתאמה מתוארת כנדרשת "מחמת צרכיו המיוחדים" של האדם, ולא בשל האופן המדיר שבו עוצבו הסביבה והנורמות של מקום העבודה. נוסח זה משקף שוב במידת-מה את המשכה של גישה אינדיווידואלית למוגבלות, אשר אינה מאתגרת את הנורמה הסמויה, אלא רואה את צרכיו של אדם עם מוגבלות כייחודיים לו, כנובעים מן השוני הטבוע בו.

החוק מסביר כי התאמה כוללת את "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". כלומר, אין מדובר רק בהתאמה פיזית - כגון התקנת רמפה, מעלית, תוכנת הקראה או מגבר קול - אלא גם שינויים בדרישות התפקיד, הגמשה של שעות העבודה (על-ידי פיצולן או על-ידי אפשרור משרה חלקית) וכן יצירת מערכי הדרכה ועזרים נלווים מותאמים (למשל, בעבור אנשים עם לקויות למידה או מוגבלויות שכליות). במסמך שניסחה נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות בישראל נמנו כמה התאמות אשר משותפות לאנשים עם מוגבלויות באשר הם, ביניהן הסברה ויצירת אקלים ארגוני משלב; עיצוב סביבת עבודה המותאמת לעובד הספציפי; ליווי ויעוץ למועסק ולמעסיק; וכן עקביות ובהירות של המסרים, היעדים, המשוב ודרכי הפעולה.¹⁰³

שלב איתור ההתאמות, שקילתן ויישומן הוא השלב הטרנספורמטיבי המכריע של החוק. זהו השלב שבו אדם שנחזה כבלתי-מתאים לתפקיד נעשה מתאים, ואילו מקום העבודה ודרישות התפקיד, שנתפסו כנתונים וכמובנים מאליהם, מוטלים בספק ונהפכים למותגים, קרי, לתלויי-היסטוריה ולתלויי-הקשר. זה הרגע שבו גבולות הדמיון של המעסיקה הממוצעת (וגם של השופטת המצויה) מאתגרים ונפרצים. אך פריצת הדמיון עצמה כרוכה בהתגברות על חסמים תפיסתיים אשר מקשים ראייה חלופית של המציאות. לפיכך, במקרים רבים, המעסיקה, כמו-גם בית-הדין, עלולים לא להגיע כלל לשלב של שקילת ההתאמות, אלא להניח כי שלב זה אינו רלוונטי כלל, ולפטור את המקרה כמקרה פשוט של מועמד שאינו מתאים (או אינו "כשיר" בלשון החוק) לתפקיד.¹⁰⁴

101 אופיר ואורנשטיין, לעיל ה"ש 82, בעמ' 65-68; זיו, לעיל ה"ש 53, בעמ' 820-821, 845-860.

102 Robert L. Burgdorf, Jr., *The Americans with Disabilities Act: Analysis and Implications of a Second-Generation Civil Rights Statute*, 26 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 413 (1991).

103 עמדת הנציבות, לעיל ה"ש 86.

104 לדיון באופן היישום של סוגיית אי-הכשירות ראו להלן חלק ד.

הפעלה ויישום של סעיף ההתאמות כרוכים, אם כן, בכמה קשיים משמעותיים: כיצד תיקבע שאלת ההתאמה הראויה? על מי רובץ הנטל להציע התאמות? וכיצד ידע מעסיק כי שקל את כל האפשרויות הקיימות או את כל האפשרויות שמצופה כי ישקול? כפי שהדיון בהמשך מראה, הפסיקה מטילה את הנטל לעיתים על המעסיק ופעמים רבות על העובד.¹⁰⁵ אטען כי נדרשת הכרעה ברורה בעניין, וכן שנדרשת מעורבות פעילה של המדינה ביצירת מנגנון של ייעוץ להתאמות, ולא רק של השתתפות במימון.

(ד) הסייג לחובת ההתאמה: נטל כבד מדי

כבר בהגדרת המושג "התאמה" בסעיף 8 לחוק השוויון ניתן לראות כי הוא מסויג באמצעות המושג "נטל כבד מדי". מטרתו של מושג זה היא ליצור איזון בין זכותם של אנשים עם מוגבלויות לא להיות מופלים לבין הנטל המוטל על מעסיקים להתאים את מקום עבודתם, וזאת על-מנת לא להביא לידי פגיעה כלכלית חמורה בעסק. על-מנת להבהיר את אופן השימוש במושג זה, הסעיף מפרט כי "נטל כבד מדי" הוא "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". כלומר, האיזון הוא פרי ההקשר שבו הוא נעשה, ותלוי במאפייניו הספציפיים של מקום העבודה הפוטנציאלי. ככלל, ככל שהעסק גדול יותר וככל שמשאביו מרובים יותר כן תגבר הציפייה שהוא יבצע את ההתאמות הנדרשות.

המבחן הוא מבחן סבירות ההתאמה, והחישוב הוא חישוב כלכלי בעיקרו. חישוב זה מבוסס על הערכת מכלול המשאבים המצויים בידי המעסיק שבו מדובר. כמו-כן הוא בוחן אם המעסיק זכאי לפטור מחובת ההתאמה הנדרשת בעבור האדם הספציפי (המועמד לקבלה לתפקיד, לקידום או לפיטורים) בשל המשאבים המוגבלים המצויים בידיו.¹⁰⁶ מבחן מכלול המשאבים מבקש למנוע מצב שבו עסקים, קטנים בעיקר, לא יוכלו לעמוד בהתאמות שעלותן יקרה מדי ביחס לגודל העסק ומבנהו, במובן זה שביצוען עלול לפגוע ביכולת ההישרדות הכלכלית שלהם. חישוב כלכלי זה נערך על רקע תכלית החקיקה, המבקשת לקדם את תעסוקתם של אנשים עם מוגבלויות ולשנות את עמדותיהם של המעסיקים ביחס להעסקתם. לפיכך ברור שהמעסיקים אכן נדרשים לשאת בנטל כלכלי מסוים, וכי לא כל "אי-נוחות" כלכלית תפעיל את פטור הנטל הכבד מדי. למעשה, המושג "נטל כבד מדי" מכיל בתוכו את ההנחה שהטלת "נטל" מסוים, ואפילו "נטל כבד", הינה לגיטימית ואף נדרשת. קריאה מדויקת של החוק מעלה כי הוא פוטר מעסיקים אך ורק מן הנטל הכבד מדי. האתגר כאן הוא בהפניית האמירה ש"זכויות אדם עולות כסף"¹⁰⁷ לא רק כלפי המדינה, אלא גם כלפי

105 ראו להלן חלק ד3.

106 ראו גם Mark Weber, *Unreasonable Accommodations and Due Hardship*, 62 FL. L. REV. 1119 (2010).

107 בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית מכבים רעות, פ"ד נ(1) 19 (1996); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995) (ראו פס' 19 לפסק-דינו של השופט מצא ופס' 15 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן).

גופים פרטיים.¹⁰⁸ טענה נגדית מרכזית בהקשר זה היא הטענה בדבר פגיעה אפשרית ביכולת התחרות של מעסיקים (בינוניים בעיקר) בשל חלוקת נטל שרירותית.¹⁰⁹ המענה לטענה זו אינו פשוט. בטווח הקצר ניתן לבסס את ההצדקות לפגיעה הנטענת במעסיקים אקראיים על הדיון שנערך לעיל בדבר אחריותם של המעסיקים.¹¹⁰ בטווח הארוך השאיפה היא, כמובן, שיותר ויותר אנשים עם מוגבלויות ייכנסו לשוק העבודה וידרשו את ההתאמות המגיעות להם, וכך יגדל מספר המעסיקים שיידרשו לעלויות אלה, ושאלת הפגיעה במעסיק האקראי תיהפך אז ללא-רלוונטית.¹¹¹

רכיב חשוב נוסף בנוסחת האיזון מבטא ציפייה שהמדינה תשתתף במימון ההתאמות, וזאת כחלק מן האחריות החברתית הכוללת להכללת אנשים עם מוגבלויות בשוק העבודה וכמנגנון תמיכה במעסיקים. משמעותו של רכיב זה היא שאין ציפייה שהמעסיק יישא לבדו בנטל ההתאמה, אם עלותה גבוהה. אכן, בשנת 2006 הותקנו תקנות העוסקות בהשתתפות המדינה במימון התאמות, ואשר מסדירות את חלקה של המדינה במימון כוללות בגודל העסק ובעלות ההתאמה. עם זאת, קיומם של מקורות מימון ממשלתיים הינו רק שיקול אחד מבין כמה שיקולים שהחוק מונה, ואין הוא המרכזי או המכריע מביניהם. המעסיקים, כאמור, מצופים לממן לפחות חלק מן ההתאמה מכיסם.

המושג "נטל כבד מדי" מעלה סוגיות מעשיות ונורמטיביות נכבדות. השאלה המעשית המרכזית היא מי יקבע – או מי יסייע למעסיק לקבוע – כי מדובר בנטל כבד מדי. השאלות הנורמטיביות עוסקות במהותו ובמשמעותו של הפטור מהתאמה. כך, ניתן לראות את המקרים הנכנסים בגדר המושג כמקרים של "הפליה מוצדקת", כלומר, הבחנה שהיא אסורה ככלל אך מוצדקת בשל העלויות הכלכליות הכרוכות בתיקון ההפליה באותו מקרה, אשר מזכות את המעסיק ב"פטור" מחובת ההתאמה. מאידך גיסא, ניתן לראותם כמקרים של אי-הפליה כלל, שכן הפליה מתרחשת רק כאשר כל תנאי הסעיף נענים, כולל נטל שאינו כבד מדי. ההכרעה בין המשמעויות חשובה מבחינת המסר הטמון בה.

(ה) אין זו הפליה אם האדם אינו כשיר לתפקיד

כלל איסור ההפליה קובע כי אין זו הפליה אם האדם המועמד לתפקיד או לקידום או לפיטורים אינו כשיר לאותו תפקיד או למשרה, ובלשון החוק: "לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה, מחמת מוגבלותם, ובלבד שהם כשירים לתפקיד או למשרה הנדונים..." (סעיף 8(א)). על פניו סייג הכשירות נראה מובן מאליו ולכן ברור ואף מוצדק ביותר. אך ככל שנעמיק, נמצא כי מדובר בכלל בעייתי שתכליתו אינה ברורה ואשר אופן יישומו פועל לרעת אנשים עם מוגבלויות.

108 זוהי, כמובן, חריגה ממסגרת הניתוח הליברלית הקלסית. ראו את הדיון לעיל בחלק 4(ב), הן באחריותה של המדינה. כן ראו משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15 (2003).

109 ניתן גם לראות בכך טענה מסוג NIMBY (Not in My Back Yard).

110 ראו לעיל בחלק 4(א).

111 ראו דיון משלים אצל מדינה, לעיל ה"ש 57, בעמ' 69-70.

משמעותו ותכליתו של הכלל קשות לפענוח. ייתכן שתכליתו היא לאזן את חובת ההתאמות ולסנן פניות בלתי-מוצדקות, בשל חשש מפני דרישות להתאמות גם היכן שאין כשירות מלכתחילה, אך אין לכך כל תמיכה מפורשת. ראשית, נוסח החוק עצמו, הצעת החוק, דוח הוועדה הציבורית והפרוטוקולים והמסמכים השונים שנלוו לחקיקה אינם מספקים כל הסבר שהוא בדבר משמעותו של הביטוי.¹¹² שנית, בחינת חקיקת השוויון הישראלית מעלה כי מדובר בכלל ייחודי לאנשים עם מוגבלויות, אשר אין לו מקבילה בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה או בחוק אחר (שהרי ברור לכל שאין לחייב מעסיק לקבל אדם שאינו כשיר לתפקיד). שלישית, בחינת חוק השוויון עצמו מגלה כפילות מתמיהה עם סעיף 8(ג) לחוק, שעל-פיו "אין רואים כהפליה... פעולה... המתחייבת מהדרישות המהותיות של התפקיד או של המשרה". להוראה זו דווקא יש מקבילה בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה,¹¹³ ושתייהן מתייחסות לאותם מקרים שבהם מין, גזע, מוצא לאומי או יכולת פיזית, מנטלית או שכלית מסוימת הינם מרכיב מהותי ורלוונטי בביצוע התפקיד.¹¹⁴

לטענת, שאלת היחס בין כלל הכשירות שבסעיף 8(א) (להלן: כלל הכשירות) לבין כלל הדרישות המהותיות של התפקיד שבסעיף 8(ג) (להלן: כלל הדרישות המהותיות) עומדת בלב הדיון הנוכחי. מיקומן השונה של הוראות אלה מייחס להן תפקיד שונה בחקיקה: בעוד כלל הדרישות המהותיות מצוי בלבו בירורה של שאלת ההפליה לגופה, כלל הכשירות מצוי בסיפא של הסעיף האוסר הפליה, ולכן עלול להתפרש ולתפקד כהוראה המסייגת את חובת אי-ההפליה מלכתחילה. אם מדובר בשני מבחנים שונים, אזי יש לפתח את ההבחנה המושגית ביניהם ולסייע כברירת המקרים שבהם חל כלל. אם מדובר במבחן זהה, אזי אחד מן הכללים מיותר, ונראה שיש להעדיף את זה שנמצא בהרמוניה עם מכלול חקיקת השוויון בתעסוקה, שיקדם את תכלית החוק הספציפי ואשר יגרום פחות נזק לקבוצה שמבקשים לקדמה.

כל הבחנה אפשרית בין שני הכללים שתצדיק את הימצאותם המשותפת בחוק השוויון הינה בעייתית ומוגבלת. ייתכן שניתן לפתח הבחנה שלפיה "כשירות" כוללת דרישות מקדמיות לתפקיד שאין בינן לבין המוגבלות עצמה דבר (כגון השכלה, הכשרה וניסיון), ואילו כלל הדרישות המהותיות מתייחס לתיאור התפקיד והמטלות הכרוכות בו, אשר עשויים לעמוד במתח עם היותה של ממלאת המשרה בעלת מוגבלות (כגון מענה טלפוני, עבודה הכרוכה בנסיעות, ריכוז מאומץ לאורך שעות ועוד). הבחנה כזו מתיישבת עם החקיקה, משום שהיא מכפיפה לביקורת החוק ולחובת ההתאמות את דרישות התפקיד הקשורות למוגבלות. אך היא גם ממחישה עד כמה כלל הכשירות מיותר, ועד כמה האמור בו מובן מאליו ואינו מצריך התייחסות מפורשת בחקיקה. עם זאת, פסק-הדין שניתן לאחרונה בעניין קאדי –

112 סייג הכשירות מופיע כבר בהצעת החוק הפרטית שהוכנה על-ידי ארגון "בזכות" (הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ו-1996, ה"ח 2525), אך תכליתו לא נידונה כלל בדיונים שהתקיימו לאחר-מכן.

113 ס' 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה קובע כי "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". ס' 2(ב) עשוי להיות רלוונטי גם הוא, באוסרו גם "קביעת תנאים שלא ממין העניין", כלומר, תנאים העלולים לאפשר הפליה סמויה או עקיפה.

114 בן-ישראל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 207.

רכבת ישראל¹¹⁵ מראה כי גם דרישות ניסיון מקדמיות אובייקטיביות לכאורה עשויות לכלול הטיות לא־ראויות. באותו מקרה נפסלה הדרישה המקדמית של שירות צבאי במסגרת הדיון בס' 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, המקביל לכלל הדרישות המהותיות. אופן הדיון בסוגיה מראה, ראשית, כי ההוראה העוסקת ב"דרישות המהותיות של התפקיד" כוללת גם דרישות מקדמיות (ומכאן שסוגיית הכשירות, כפי שתוחמה לעיל, חופפת אותה או נבלעת בתוכה), ושנית, שיש חשיבות לדרישת ה"מהותיות", הנמצאת רק בס' 8(ג), באשר היא משמשת אמת־מידה מהותית לדיון ומאפשרת חקירה לעומק של הגדרת התפקיד ודרישותיו. ההשוואה בין שני הכללים מחייבת גם התייחסות לנטל ההוכחה ולהשפעתו על מהלך הדיון.¹¹⁶ בעוד כלל הדרישות המהותיות מצוי בליבו של סעיף 8 ולכן מוכפף להוראה הקובעת כי על המעביד מוטל הנטל להראות שלא נקט הפליה,¹¹⁷ מיקומו של כלל הכשירות חושף אותו לפרשנויות סותרות. לפי נוסח הסעיף, אין להפלות אדם ובלבד שהוא כשיר לתפקיד. מכאן שניתן לפרש את סוגיית הכשירות כסוגיה מקדמית המצויה מחוץ לתחולתה של ההוראה בדבר היפוך נטל ההוכחה. פרשנות זו מציבה את העובר עם המוגבלות בעמדת נחיתות לעומת עובדים אחרים הטוענים להפליה, שעליהם חלות הוראותיו של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שכן הנטל להוכיח את כשירותו לתפקיד יוטל עליו. הפרשנות האחרת, שלפיה היפוך נטל ההוכחה חל גם על סייג הכשירות, היא עקבית יותר ביחס לתכלית החקיקה, אך מצריכה מהלך מורכב יותר שנדרש לתכלית החוק ואשר יסתמך ממילא, קרוב לוודאי, על הרמיון הקיים בין כלל הכשירות לבין כלל הדרישות המהותיות.

לטענתי, בחינה מהותית של שני הכללים מעלה כי מדובר בשני נוסחים העוסקים בשאלה זהה, והיא מתי תנאי מסוים או דרישה מסוימת הינם הכרחיים לתפקיד המדובר, ומתי אותו תנאי או אותה דרישה ניתנים לביטול או להתאמה. למעשה, שני הכללים מעוררים קשיים דומים בנוגע להתוויית הגבולות של הכשירות או של הדרישות המהותיות, משום ששניהם פועלים באופן שעלול לשמש כסות להמשכן של פעולות מפלות בחסות החוק. אין ספק שאחת ההשלכות של חקיקת שוויון היא שדרישות תפקיד אשר נתפסו בעבר כלגיטימיות וכענייניות נהפכות ללא־ענייניות ולכן ללא־לגיטימיות כתוצאה מתהליכים מעמיקים של שינוי חברתי ומהתפתחויות טכנולוגיות. מצד אחר, יש דרישות תפקיד שעשויות להימצא רלוונטיות, ולכן מותרות, על־אף ההבחנות שבבסיסן.¹¹⁸ עם זאת, העובדה שכלל הכשירות הוא כלל ייחודי לאנשים עם מוגבלויות מעמידה אותו באור ספקני יותר. יצירת כללים

115 כש"א (אזורי ת"א) 3863/09 קאדי – רכבת ישראל, תק-עב 2009(3) 5297 (2009).

116 ס' 13 לחוק מחיל את הוראתם של כמה סעיפים שבחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, בשינויים המחויבים, ביניהם ס' 9(א), הקובע כי "בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעביד כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2". בעניינינו, הכוונה לס' 8.

117 על־פי רות בן־ישראל, "היות שאנו דנים בחריג לעקרון השוויון בעבודה, מקובל בנסיבות האלה כי נטל הראיה הוא על המעביד. הוא זה שצריך להוכיח שבנסיבות המיוחדות של העיסוק או של התפקיד המדובר, יחס לא שווה הוא מוצדק מסיבות אובייקטיביות, בהיותו מעוגן בדרישה הנובעת מאופיו או ממהותו של התפקיד". בן־ישראל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 208. ראו גם רבין־מרגליות, לעיל ה"ש 94, בעמ' 539-543; עניין קאדי, לעיל ה"ש 115.

118 רות בן־ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה כרך ב 415-419 (1998).

ייחודיים לאנשים עם מוגבלויות היא מבורכת כל עוד מטרתה לקדם תעסוקה, השתתפות והכללה. אך כאשר תפקידו של הכלל הייחודי הוא לסייג את הוראת אי-ההפליה מלכתחילה ולהגביל את היקף תחולתה, הוא מעורר חשד וחשש, ויש לוודא שהפעלתו לא תוביל להצדקת הקיים ולהנצחתו.

המשך המאמר וניתוח הממצאים העולים מסקירת הפסיקה עד כה מחזקים את החששות שהובעו לעיל. לטענתי, ככל שנעמיק, נגלה כי התועלת הטמונה בסייג הכשירות אינה רבה, ואילו נזקו עלול להיות רב. הרושם הוא שמדובר בכלל מיותר שיש להימנע מהשימוש בו, ואולי אף לתקן את החוק ולהסירו.

(ו) יש לפעול לקידום הייצוג ההולם של אנשים עם מוגבלויות במקומות העבודה

על-פי סעיף 9 לחוק השוויון, מעביד שאין בקרב עובדיו ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלויות "יפעל לקידום הייצוג ההולם, לרבות ביצוע התאמות". הוראה זו ייחודית בחקיקת התעסוקה הישראלית משום שהיא מטילה גם על מעסיקים פרטיים (המעסיקים 25 עובדים ומעלה) – ולא רק על גופים ציבוריים – את החובה לקדם העדפה מתקנת כלפי העסקת אנשים עם מוגבלויות.¹¹⁹ בעקבות המלצתה של הוועדה הציבורית, השתמש כאן המחוקק בלשון כללית ומעורפלת, ובחר לא לפעול בשיטה של מכסות או של התוויית יעדים ברורים אחרים למעסיקים.¹²⁰ לשון החוק המקורית הייתה מעורפלת גם ביחס לשאלה אם מדובר בחובה מפורשת או בהנחיה כללית,¹²¹ אולם לאחרונה תוקן החוק באופן שמבהיר כי מדובר בחובה, ולא בהנחיה בלבד. הסעיף המלא מבהיר כי הכלל משמש לא רק בקבלה לעבודה, אלא גם בקידום בעבודה. זאת, על-מנת להבטיח שאנשים עם מוגבלויות לא יישארו במשרות-כניסה זוטרות בלבד, אלא יקודמו וימלאו תפקידים בכירים בארגון. סעיף זה זכה בפרשנות מרחיבה באחד מפסקי-הדין שהחיל את החובה לפעול למען ייצוג הולם גם על שלב הפיתורים.¹²² אין במשפט העבודה הישראלי תוכנית העדפה מתקנת מקבילה החלה על מעסיקים פרטיים. הסיבה להכללתה כאן היא נתוני התעסוקה הקשים של אנשים עם מוגבלויות, וכן היות ההעדפה המתקנת רעיון מרכזי השזור לאורך כל הוראותיו של חוק השוויון. על כך מעיד סעיף 3 לחוק, הקובע כי "אין רואים כהפליה פסולה פעולה שנועדה לתקן הפליה קודמת או קיימת של אנשים עם מוגבלות או שנועדה לקדם את השוויון של אנשים עם מוגבלות". כמו ההתאמות והנגישות, גם הייצוג ההולם הינו ביטוי לעיקרון שעל-פיו אין די בזכויות בעלות אופי שלילי, האוסרות הפליה או פגיעה בזכויות, אלא יש צורך במנגנונים

119 על-פי ס' 9(ד) לחוק, החוק חל על "מעביד המעסיק יותר מ-25 עובדים, למעט המדינה או מעביד אחר שהוראות סעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, חלות עליו".

120 ראו גם אופיר ואורנשטיין, לעיל ה"ש 82, בעמ' 68-70.

121 ראו בש"א (אזורי י-ם) 2968/01 בלילתי – ג'רוסלם פוסט פבליקיישנס בע"מ, פד"ע לט, עט (2001), שם קבע בית-המשפט כי מדובר בחובה, ולא בהנחיה כללית.

122 שם.

חיוביים שיאפשרו את מימושן;¹²³ גם הוא מבטא את הרעיון שאי־אפשר להתעלם מן השוני, אלא יש להתייחס אליו בצורה מפורשת על־מנת לקדם שוויון. המשך הדיון יבחן את יישומם של הרעיונות והעקרונות שהובאו עד כה בראי הפסיקה.

ג. תיחום המחקר וממצאים כלליים

1. שיטת המחקר ותיחום המחקר

מאמר זה בוחן את השפעתו של פרק התעסוקה שבחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות על פסיקתם של בתי־המשפט, על־ידי בדיקת פסקי־הדין שאזכרו במפורש את חוק השוויון, מבין כלל פסקי־הדין שפורסמו במאגרי המידע המשפטיים הקיימים. תיחום זה של גבולות המחקר הכרחי על־מנת להבין את היקפו כמו־גם את מגבלותיו.

ראשית, אין המחקר כולל דגימה חלקית של הפסיקה, אלא בוחן את כל פסקי־הדין של בתי־הדין לעבודה ושל בג"ץ בנושא עבודה ותעסוקה שבהם הוזכר חוק השוויון בין השנים 1998 ו־2009.¹²⁴ הממצאים מבוססים על סקירה של מאגרי המידע המשפטיים המרכזיים הקיימים כיום.¹²⁵ גבולותיו של המחקר הם גבולותיה של פרקטיקת הפרסום הנוכחית של פסקי־דין על־ידי מאגרי המידע השונים, שאינה עקבית או שיטתית, ובוודאי אינה מקיפה את כל פסקי־הדין וההחלטות הניתנים בבתי־הדין ובבתי־המשפט. היקף אי־הפרסום אינו ידוע, אך מחקר עכשווי של פסיקת בתי־המשפט למשפחה מראה כי ייתכנו הטיות משמעותיות בפסיקה הזוכה בפרסום.¹²⁶ עם זאת, מכיוון שהמחקר מתפרש על כל הפסיקה שפורסמה, ולא על מדגם חלקי, ניתן להניח שהיא משקפת את המגמות הנוכחיות.¹²⁷

123 לדיון כללי בהיבטים החיוביים־החברתיים של כל זכות ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות" כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65 (1999). לדיון בנושא זה בהקשר של זכויות של אנשים עם מוגבלויות ראו Ziv, *The Social Rights of People with Disabilities: Reconciling Care and Justice*, in *EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE* 426 (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2007).

124 למן שנת 2009 לא ניתן פסקי־דין משמעותי בתחום ההפליה בתעסוקה, מלבד עב' (אזורי ת"א) 5111/08 נ.ש. – רשות שדות התעופה (טרם פורסם, 19.1.2010), שאליו אתייחס בהמשך – ראו להלן ליד ה"ש 141. פסקי־דין אחר שעורר תהודה הוא ע"ע (ארצי) 670/06 רוט – רם מבנים (טרם פורסם, 1.10.2009), שם קבע בית־הדין הארצי לעבודה כי לא מתקיימים יחסי עובד-מעביד בין עובד עם מוגבלות לבין מעסיקו משום שמעמדו של העובד הוגדר כ"משתקם". לפסקי־דין זה יש חשיבות רבה בתחום יחסי העבודה, אך הוא חורג ממסגרת הדיון הנוכחית, שהיא הפסיקה בתחום ההפליה בתעסוקה. בסמוך לפרסום מאמר זה ניתן פסק דין העוסק בהפליה בקבלה לעבודה, ראו: תע"א (אזורי ת"א) אמיר ציון – בזק (טרם פורסם, 5.1.2012).

125 המאגרים שנבדקו הם נבו, תקדין ופדאור.

126 רינה בוגוש, רות הלפרין־קדרי, אייל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין": השפעתם של המאגרים הממחשבים על יצירת גוף הידע של דיני המשפחה בישראל" עיוני משפט לד 603 (2011).

127 הערכתי היא כי אילו היה אפשר להגיע לכלל הפסיקה, הייתה תמונת המצב מעידה על עומקן של הבעיות שמאמר זה מצביע עליהן, ולא גורעת מן האמור בו.

שנית, המחקר תחום לאותם מקרים שהסתיימו בפסק־דין. מובן שההתמקדות בפסיקה בלבד אינה משקפת את מכלול ההליכים המשפטיים שנפתחו וההתדיינויות שנערכו בנושא. זאת, משום שתיקים רבים נסגרים בפשרה בשלבים שונים של ההליך, ואז ההחלטה בעניינם אינה מפורסמת או אינה חושפת את פרטי ההסכמה שהושגה. נוסף על כך, סכסוכים רבים אף אינם מגיעים לכלל הגשת תביעה – אם משום שהם לא הבשילו ואם משום שהם נסגרו מוקדם יותר בהליך חליפי, כגון גישור.

שלישית, המחקר מקיף רק את הפסיקה שמזכירה את חוק השוויון במפורש. ייתכנו בהחלט מקרים שבהם היה מתאים להעלות טענת הפליה בשל מוגבלות אך זו לא הועלתה בשל העדר מודעות מספקת לחוק הן בקרב התובעים והן בקרב עורכי־הדין המייצגים בתיקים אלה. ייתכן גם שהטענה הועלתה אך לא נזכרה בפסק־הדין. יש פסקי־דין לא־מעטים שבהם בית־המשפט מציין כי טענת ההפליה נטענה בלשון רפה, לא פותחה דייה או נטענה בשלב מאוחר מדי של הדיון. דחייה זו של הטענה עשויה להיות מוצדקת מטעמים פורמליים, אך ייתכן שאילו נטענה הטענה מלכתחילה, היה אפשר לבססה ולהכריע את התיק על בסיסה.¹²⁸ המאמר אינו כולל השוואה לפסיקה שקדמה לחוק, מכיוון שאי־אפשר לאתר פסיקה כזו במאגרים הקיימים. ככל הנראה לא הוגשו תביעות בגין הפליה בתעסוקה על בסיס מוגבלות בטרם נחקק חוק השוויון, ואם הוגשו, הן לא הבשילו לכלל פסק־דין. ניתן להזכיר שתי סיבות אפשריות לכך, הקשורות זו לזו. ראשית, אירועים אלה לא הומשגו באותה עת כעניין של הפליה.¹²⁹ שנית, הפסיקה שלאחר חקיקת החוק מעידה כי פיטורי עובדת מסיבות בריאותיות נחשבו בעבר – ולעיתים נחשבים עדיין – לפיטורים מוצדקים.¹³⁰ נראה כי לפני חוק השוויון נחשבה אי־התאמה לתפקיד מטעמי בריאות לשיקול ענייני, אשר לא אותגר בצורה משמעותית בפסיקה.

2. ממצאים כלליים

בטרם אעבור לבחינה פרטנית של יישום סעיפי החוק הרלוונטיים בפסיקה, אצביע על כמה ממצאים כלליים אשר עולים מן המחקר ומשמשים רקע כללי לדיון שיערך בהמשך. סקירה של נתוני הפסיקה בתחום התעסוקה מעלה כי סוגיית ההפליה בתעסוקה עלתה ב־30 פסקי־דין. רובם (27) עסקו בפיטורים. מתוך כלל המקרים שנידונו, רק בארבעה מקרים זכו

128 ראו, למשל, עב' (אזורי ת"א) 10228/02 אורנבוך – דו קופ טכנולוגיות בע"מ, תק-עב 2007 (3) 5235 (2007); עב' (אזורי ת"א) 2237/05 אהרון – תנובה מרכז שיתופי לשיוק תוצרת חקלאית, תק-עב 2006 (1) 2026 (2006); עב' (אזורי ת"א) 3232/07 גולדין – אבי סופר עיצוב בע"מ, תק-עב 2008 (4) 7814 (2008) (אי־העלאת טענה בדבר ייצוג הולם). ראו גם רבין־מרגליות, לעיל ה"ש 94.

129 מור, לעיל ה"ש 48. ראו גם ויליאם ל"פ פלסטינר, ריצ'רד ל' אייבל ואוסטין סאראט "היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות..." מעשי משפט ג 17 (זהר כוכבי מתרגם, 2010).

130 לדיון בסוגיית המניעה הבריאותית במסגרת שאלת הכשירות לתפקיד ראו להלן חלק ד5(א).

התובעים. נוסף על כך, כל הפסיקה המהותית שהתקיימו במסגרתה דיונים על תוכנו של החוק הייתה פסיקה של ערכאות נמוכות, כלומר, של בתי־דין אזוריים לעבודה.¹³¹ הממצא המשמעותי ביותר העולה מן הסקירה של תוכן הפסיקה הוא שעד כה לא יצאו פסקי־דין תקדימיים מחייבים מבית־המשפט העליון, וגם לא פסקי־דין עקרוניים מנחים מבית־הדין הארצי לעבודה, אשר הבהירו ופירשו את דרישות חוק השוויון.¹³² הפסיקה הקיימת היא פסיקה פזורה של בתי־הדין האזוריים. בקרב פסיקה זו יש פסקי־דין – אם כי מיעוט קטן מאוד – אשר נענים לאתגר הטמון בחקיקה החדשה ומנסים לפרשה לאור העקרונות שבחוק השוויון. אך פסקי־דין אלה, למרות חדשנותם, אינם מצוטטים על־ידי פסקי־דין אחרים, ואינם מותירים כמעט את רישומם על פסיקה מאוחרת יותר של בתי־הדין האזוריים, אף שיש בהם פוטנציאל לגיבושם ולפיתוחם של המושגים והעקרונות המופיעים בחוק. התוצאה היא, כפי שמאמר זה מראה בפירוט, העדר דוקטרינה ברורה המנחה את בתי־הדין בבואם לפסוק במקרים של הפליה בתעסוקה, והעדר חשיבה עקבית ושיטתית בדבר האופן שבו יש לגשת לתיקי הפליה בתעסוקה של אנשים עם מוגבלויות.

מעניין שהעדר פסיקה תקדימית או עקרונית־מנחה מטעם ערכאות גבוהות מאפיין את מכלול הפסיקה מאז נחקק החוק. למעשה, אין כלל פסיקה תקדימית של בית־המשפט העליון המבססת את מעמדו החוקתי של חוק השוויון ככלי פרשני במקרים שבהם מוגבלות משמשת ציר דיון מרכזי.¹³³ פסיקת התעסוקה הקיימת הייתה יכולה אומנם ליהפך למקור השראה לפסיקות נוספות, אף שאין לה ערך תקדימי פורמלי, אך הדבר לא קרה. עם זאת, ייתכן בהחלט שהפסיקה העקרונית הקיימת משפיעה על מהלכן של תביעות נוספות, ומעודדת פשרות בקרב מתדיינים אשר חוששים מפסיקה דומה נגדם.¹³⁴

ממצא נוסף חשוב ביותר המאפיין את הפסיקה כולה הוא הדומיננטיות של טענות ההפליה בהקשר של פיטורים והפסקת עבודה, והעדר תביעות על בסיס הפליה בקבלה לעבודה. לא מצאתי הסבר מוצק לממצא זה. ייתכן שקשה יותר לאתר הפליה בקבלה לעבודה, שכן דפוסי ההפליה סמויים יותר, ובמקרים רבים קשה להוכיח את טענת ההפליה.¹³⁵ נוסף על כך, יש חסמים חברתיים ותרבותיים רבים בפני הגשת תביעה כזו, הקשורים לזיהוי ההפליה, וכן

131 למעט עניין רוט, לעיל ה"ש 124.

132 מאמר זה אינו עוסק בסיבות להעדרה של פסיקה מנחה בתחום מאת הערכאות הגבוהות. ניתן לייחס זאת לכמה סיבות וגורמים, ביניהם משכם של הליכים משפטיים, העובדה שמדובר בחוק חדש יחסית (אם כי שתיים־עשרה שנה הן פרק־זמן משמעותי), אי־הגשת ערעורים והגעה לפשרות. בחינת סיבות אלה לעומקן חורגת מתחומי מאמר זה.

133 חריג בהקשר זה הוא בג"ץ 6790/98 אברץ נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים, פ"ד נב(5) 323, 334 (1998), שבו קבע השופט חשין כי "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998... דובר אלינו בלשון נאצלה כמוהו כחוקי־יסוד". גם אמירה זו לא צוטטה בפסיקת התעסוקה שנבדקה במסגרת המחקר.

134 בשיחות כלליות שקיימתי עם נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות נאמר לי כי אכן נעשה שימוש בפסיקה זו על־מנת להאיץ במעסיקים להגיע להבנה במקרים שטופלו על־ידיה.

135 תופעה זו אינה ייחודית לתחום המוגבלות. ראו רבין־מרגליות, לעיל ה"ש 94.

חסמים הקשורים למשאבים האישיים והכלכליים הנדרשים על-מנת להגיש תביעה כזו.¹³⁶ לעומת זאת, העלאת טענת הפליה בתביעת פיטורים נעשית פעמים רבות במסגרת תביעת פיטורים רחבה יותר שמוגשת ממילא על-מנת לזכות בפיצוי. במקרים אלה הרווח הצפוי שבצידה הוא רב, שכן טענת ההפליה מבססת את הטענה בדבר אי-חוקיותם של הפיטורים, ועשויה אף לזכות בפיצוי עצמאי נוסף בגין עצם ההפליה.¹³⁷ ניתוח הפסיקה שלהלן יתבסס, אם כן, בעיקר על טענות הפליה שהועלו בהקשר של פיטורים, אך יבקש ללמוד מהן על מצב הדוקטרינה בכללותה, על האופן שבו פורש חוק השוויון ועל האופן שבו שופטים מבינים את חוק השוויון.

ד. מיפוי ואפיון של פסיקת התעסוקה

מתוך כלל התביעות בנושא הפליה בתעסוקה של אנשים עם מוגבלויות שהוגשו מאז נחקק חוק השוויון התקבלו שלוש תביעות שהוגשו על-ידי אנשים עם מוגבלויות עצמם: בלית – ג'רוסלם פוסט פבליקיישנס בע"מ,¹³⁸ שטיינברג – חברת החשמל לישראל בע"מ¹³⁹ ודה-קסטרו – מ.ב.א. הזורע.¹⁴⁰ שלושת פסקי-הדין יוצרים יחדיו תשתית מקיפה שיש לה פוטנציאל להנחות מקרים אחרים באותו נושא. תביעה נוספת שהתקבלה הוגשה על-ידי קרוב-משפחה בהתאם לסעיף 8(ד) לחוק, שלפיו הוראות החוק יחולו, בשינויים המחויבים, גם "על בני משפחתו של אדם עם מוגבלות המטפלים בו".¹⁴¹ בצד תביעות אלה, כאמור, רוב הפסיקות דחו את טענת ההפליה, והן דלות מבחינת הניתוח של החוק ודרישותיו. ברוב הפעמים קבע בית-הדין כי אין בסיס לטענת ההפליה על-פי חוק השוויון מבלי שנכנס כלל לעובי הקורה. מן האופן שבו נדחו אותן תביעות עולה תמונה מטרידה המעידה על העדר מודעות לרעיונות העומדים מאחורי החקיקה וכן על המשך פעולתן של עמדות מסורתיות ביחס להפליית אנשים עם מוגבלויות. יוצא-דופן בהקשר זה הוא פסק-הדין בעניין גולדין – אבי סופר עיצוב בע"מ. אף שהתביעה נדחתה, פסק-הדין משקף הבנה כללית של עקרונות החוק וכולל בדיקה דקדקנית של פרטי המקרה. עם זאת, אין הוא יוצר מתווה-דרך עקרוני לפסיקות עתידיות.¹⁴²

חשוב להבהיר כי התמודדות מעמיקה עם סעיפי החוק ועם העקרונות שמזינים אותם לא הייתה מובילה בהכרח לזכייה של התובע/ת. הצלחת התביעה גם אינה האינדיקציה החשובה

William L.F. Felstiner, Richard L. Able & Austin Sarat, *The Emergence and the Transformation of Disputes: Naming Blaming, Claiming...* 15 L. & Soc'y REV. 631 (1980); מיכל שטראי ורונן שמיר "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" שנתון משפט העבודה ו 287 (1996).

137 ראו, למשל עב' (אזורי נצ') 1732/04 דה-קסטרו – מ.ב.א. הזורע, תק-עב 2005 (3) 39 (2005).

138 עניין בלית, לעיל ה"ש 121.

139 בש"א (אזורי ת"א) 5712/03 שטיינברג – חברת החשמל לישראל בע"מ, תק-עב 2003 (4) 550 (2003).

140 עניין דה-קסטרו, לעיל ה"ש 137, וראו גם עניין ציון, לעיל ה"ש 124, שנפסק לאחרונה.

141 עניין נ.ש., לעיל ה"ש 124.

142 עניין גולדין, לעיל ה"ש 128. לדין מפורט יותר בפסקי-הדין ראו להלן ליד ה"ש 193-196.

ביותר לצורך בחינת הפסיקה. מה שחשוב הוא שאופן הטיפול בסוגיית ההפליה יצביע על היכרות עם הסוגיות המרכזיות המצויות בלב החוק, עם מטרותיו ועם הרקע לחקיקתו. דיון מעמיק בסעיפי החוק ועקרונותיו יעלה את הסיכוי לכך שתביעות מוצדקות יתקבלו ולא יידחו כלאחר-ידי, אך אין משמעותו שכל תביעת הפליה תתקבל, כמובן.

הדיון שלהלן ימפה את פסיקת ההפליה על-פי התת-סוגיות העולות מן החוק, ויציג את אופן טיפולם של בתי-הדין בתביעות אלה, תוך השוואה בין תוכנן של הפסיקות השונות.

1. איסור הפליה

הכלל בדבר איסור הפליה בתעסוקה על בסיס מוגבלות אינו שנוי במחלוקת בפסיקה, אך אופן פיתוחו לוקה בחסר. בעניין שטיינברג מרחיבה השופטת נטע רות את הדיון בהפליה ובמשמעותה, ומציינת את "מידת ההשפלה והפגיעה בדימוי העצמי הכרוכים בפיתורים שהינם פועל יוצא של אפליה אסורה על פי חוק (ה)שוויון... קרי - אפליה שמקורה במוגבלות פיזית כמשמעה בחוק. אפליה זו הינה אפליה גנרית... 'הפליה הפוצעת אנושות את כבוד האדם'." ¹⁴³ גם בעניין בלילתי מהלל השופט אברהמי את עקרון השוויון, ומצטט מאמירותיו של השופט חשין בפסיקה קודמת, שלפיהן עקרון השוויון "...הוא היה בראשית, בו תחילת התחילות, ואידך אינו אלא פירושו והארה". ¹⁴⁴ השופט מוסיף כי "למען השגת שוויון יש להילחם בהפליה", ¹⁴⁵ שכן "בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה... והמלחמה היא מלחמה מתמדת, מלחמת יום-יום. משולה היא להדיפת גלי היס, שאם תנוח לרגע ישטוף ויכסוף". ¹⁴⁶

אמירה חשובה לעניין יישומו של עקרון אי-ההפליה מופיעה בעניין דה-קסטרו, שם קובעת השופטת איצקוביץ' כי הפליה היא עניין אובייקטיבי-תוצאתי, ולא סובייקטיבי-תלוי-כוונה: "השאלה אינה אם המעביד חושב (סובייקטיבית) כי הוא פעל באפליה כלפי העובד אלא אם מדובר במעשה שניתן לכוונו אובייקטיבית כמעשה אפליה". ¹⁴⁷ בחינה "אובייקטיבית" בהקשר זה משמעותה ש"יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית". ¹⁴⁸ לאמירה זו יש חשיבות מיוחדת בהקשר של מוגבלות, והיא באה לידי ביטוי בהקשרים שונים, ביניהם עצם הקביעה כי מדובר באדם עם מוגבלות וכן סוגיית ההתאמות.

עם זאת, פסיקות אלה מסתפקות באמירות כלליות לגבי הפליה, המיובאות מפסיקה בתחומים אחרים, ואינן מרחיבות את הדיבור ביחס להפליית אנשים עם מוגבלויות באופן

143 עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 139, פס' 44 לפסק-הדין (ההדגשות במקור הוסרו).

144 בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650 (1998);

בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503 (1996).

145 עניין בלילתי, לעיל ה"ש 121, פס' 7 לפסק-הדין.

146 עניין שדולת הנשים, לעיל ה"ש 144, בעמ' 651; עניין מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש

144, בעמ' 503.

147 עניין דה-קסטרו, לעיל ה"ש 137, פס' 11 לפסק-הדין (ההדגשה במקור).

148 בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מד(4) 749, 759 (1990).

ספציפי, על מאפייניה ומופעה. דבר זה חשוב הן מבחינה הצהרתית-סמלית, והן מבחינה מעשית, על-מנת לבסס גוף פסיקה מנחה רלוונטי.

2. הגדרת "אדם עם מוגבלות"

הקביעה כי אכן מדובר ב"אדם עם מוגבלות" המוגן על-ידי החוק נעשית על-פי ההגדרה המצויה בסעיף 5 לחוק השוויון, שלפיו מדובר באדם עם לקות "אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי" באחד מתחומי החיים העיקריים. לשון החוק נותרה פתוחה, והאתגר הוטל לפתחם של בתי-הדין לפרש את משמעותה של ההגדרה במקרים הקונקרטיים המובאים לפניהם. ניתוח הפסיקה מעלה שלושה היבטים הראויים לדיון בהקשר זה: המשך השפעתה של הגישה הרפואית למוגבלות, מקומה של הגישה התפקודית למוגבלות ושאלת היחס בין מחלה לבין נכות.

ראשית, ניתן לזהות בפסיקה את המשך השפעתה של הגישה הרפואית למוגבלות, המתבטאת בהסתמכות יתרה על מסמכים רפואיים על-מנת לקבוע כי אכן מדובר באדם עם מוגבלות. כך, בעניין סולודקי נידון מקרה שבו חלתה התובעת בסרטן השד ועברה ניתוח וטיפולים בתקופה שבין נובמבר 2004 לבין יוני 2005. לצורך הכרעה בטענותיה, נסמך בית-הדין על אישור שקיבלה מרופא תעסוקתי שלפיו היא מסוגלת להמשיך בעבודתה ביום עבודה מקוצר בן ארבע שעות. האישור ניתן לתקופה מוגדרת, עד לאפריל 2005. התובעת פוטרה מעט לאחר תקופת האישור הרפואי, באוגוסט 2005. בית-הדין קבע כי "באין מסמך רפואי המאריך את תוקף ההגבלה... לא הביאה התובעת ראיה לכך שבמועד פטוריה... היא היתה 'אדם עם מוגבלות' כהגדרתו בחוק ומטעם זה, כשלעצמו, דין התביעה להידחות".¹⁴⁹ בעניין אברמוב דובר בעובד שקיבל מכתב מרופאה תעסוקתית שלפיו "לאור מצב בריאותו הנוכחי העובד מסוגל להתחיל לעבוד... ביום עבודה מלא בהגבלה לגבי עמידה והליכה ממושכים. יכול לעבוד בחישול בעמדה שביקרנו... אשר העבודה בה היא בישיבה רוב שעות היום. במידה שיופיעו תלונות של קוצר נשימה או החמרה במצבו – יחזור לבדיקה". בהתבסס על מכתב זה קבע בית-הדין כי "התובע לא השכיל להוכיח כי הוא 'אדם עם מוגבלות' כהגדרת המונח בסעיף 5 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות תשנ"ח-1998", כנראה משום שנקבע כי הוא יכול לחזור לעבודה.¹⁵⁰

שנית, ניתן למצוא אי-הבנה בקשר לרכיב ההגדרה העוסק בתפקוד המוגבל "באופן מהותי". בעניין בן דוד דובר בתובעת החולה במחלת זאבת (לופוס) אשר נקבעה לה נכות בשיעור של 68% על-פי תקנות הביטוח הלאומי – דרגת נכות גבוהה לכל הדעות, שמתבססת גם על היבטים תפקודיים. בית-הדין קבע כי "משלא הוכיחה התובעת ולו לכאורה, כי הינה בעלת מוגבלות תפקודית, אין היא נכנסת לגדר 'אדם עם מוגבלות'".¹⁵¹ הביטוי "מוגבלות

149 עב' (אזורי ת"א) 9080/05 סולודקי – אל.אקס. מובייל סיסטמס בע"מ, תק-עב 2008) 4032, פס' 4 (א) לפסק-הדין (2008).

150 עב' (אזורי חי') 1990/03 אברמוב – התעשייה הצבאית לישראל בע"מ, תק-עב 2008) 6524, פס' 20 ו' 34 לפסק-הדין (2008).

151 כש"א (אזורי ב"ש) 1280/06 בן דוד – מתן סיעוד וכח אדם (1988) בע"מ, תק-עב 2006) 4925, פס' 18 לפסק-הדין (2006).

תפקודית" מרמזו לכללי הביטוח הלאומי בדבר זכאות לקצבת נכות. אך חוק השוויון במתכונן אינו עוסק במוגבלות תפקודית, אלא בהגבלה מהותית בתפקוד. האירוניה כאן היא שבן דוד מוכרת כבעלת מוגבלות תפקודית לצורך קצבת נכות, אך לא לצורך הגנת חוק השוויון. קשיים מסוג שלישי מתעוררים כאשר מדובר במחלות, ולא בנכות פיזית ברורה. עניין בן דוד שלעיל ממחיש זאת, כאשר בית־הדין אינו יודע באותו מקרה כיצד לסווג את מחלת הזאבת במסגרת ההגדרה של "מוגבלות". מחלת הסרטן עוררה תגובות שונות מצד בתי־הדין. בעניין סולודקי¹⁵² שלעיל לא מצא בית־הדין לנכון להכיר בתובעת כבעלת מוגבלות, אף שפטיוריה, שבעטיים הגישה את תביעתה, התרחשו סמוך לתקופת טיפולים אינטנסיביים. לעומת זאת, יחסו של בית־הדין בעניין דה־קסטרו למחלת הסרטן היה שונה בתכלית. באותו עניין נקבע כי התובע "היה תקופה ממושכת בטיפולים רפואיים, כולל ניתוחים, שבגינם ובגין מחלתו איבד את כושרו לעבוד. בעת הפיטורים, התובע היה עדיין בעל מוגבלות פיזית, זמנית לפחות, אשר הגבילה את תפקודו באופן מהותי במספר תחומים בחייו ובכללם בתחום העבודה. כתוצאה מכך הוא לא היה מסוגל לבצע את אותה עבודה שהוא עשה לפני מחלתו, הן בהיקף העבודה והן במהותה. לכן, ללא ספק התובע נכלל בהגדרה 'אדם עם מוגבלות' ועל כן, חוק שוויון זכויות חל עליו".¹⁵³

עניין קופרשטיין - חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ מדגים היטב את חשיבותה ומרכזיותה של ההכרעה בשאלת הגדרתו של התובע כ"אדם עם מוגבלות" לצורך הקביעה אם הופלה. באותו מקרה דובר בצוללן שנפגע בתאונת־עבודה שבמהלכה נחבל בבטנו ובגב התחתון. עם הזמן פיתח גם תסמונת בתר־חבלתית (PTSD). לאחר תקופת חיפוש של עבודה חלופית בעבורו במסגרת החברה, הופסקה עבודתו. לטענת התובע, "די בכך... כי התובע לא יכול היה לטפס על סולם כדי לקבוע כי הוא מוגבל בפעולות בסיסיות ביותר". הנתבעת טענה כי התובע "לא הוכיח לקות פיזית, נפשית או שכלית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי באחד או יותר מתחומי החיים העיקריים", וכי היא לא הפלתה אותו "שכן התחשבה במצבו וניסתה לשלבו בתפקידים שונים, תוך התחשבות במגבלותיו הרפואיות". הנתבעת ידעה אם כן על מגבלות גופניות, אך טענה בכל־זאת כי התובע אינו עונה על דרישות הסעיף. בית־הדין נמנע מלהכריע בשאלת המוגבלות של התובע ואמר: "אין אנו סבורים כי נדרשת הכרעתנו בעניין זה, שעה שלא מצאנו כי הנתבעת הפלתה את התובע בדרך כלשהיא. נהפוך הוא, בהתחשב במגבלות התובע, הנתבעת ניסתה לשלב את התובע בתפקידים אחרים לכד מצוללן וימאי".¹⁵⁴ הימנעותו של בית־הדין מהכרעה בשאלת היות התובע אדם עם מוגבלות, יחד עם ההכרה בכך שיש לו מגבלות והקביעה כי לא הייתה הפליה על רקע מוגבלות, יוצרות קושי משמעותי. אילו נדרש בית־הדין לשאלת ההגדרה, ואילו מצא כי אכן מדובר באדם עם מוגבלות, יש סיכוי רב יותר שהוא היה ממשיך את הקירתו ובוחר את שאלת ההתאמות כעניין של דרישה חוקית, ולא של רצון טוב בלבד.

152 עניין סולודקי, לעיל ה"ש 149.

153 עניין דה־קסטרו, לעיל ה"ש 137, פס' 10 לפסק־הדין.

154 עב' (אזורי ב"ש) 1704/06 קופרשטיין - חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ, תק-עב

2008(3) 6555, פס' 26, 35 ו־69 לפסק־הדין (2008).

פסקי־הדין המוזכרים בחלק זה של הדיון מעלים חשש של סף כניסה גבוה לתחומי ההגדרה של "אדם עם מוגבלות" – סף המתבסס על גישה אינדיווידואלית־רפואית, ולא על גישה חברתית־תוצאתית. התוצאה היא שבתי־הדין מוצאים כי התובעים "אינם מוגבלים מספיק" על־מנת ליהנות מהגנתו של החוק. פסקי־הדין החרג בעניין זה הוא עניין דה־קסטרו – המקרה היחיד שבו עלתה שאלת ההגדרה ואשר במסגרתו יושמה הגישה החברתית למוגבלות.

הקושי המתגלה כאן הוא צמצום טווח הנהנים והנהנות מההגנה המצויה בחוק. כפי שציינתי קודם לכן, חוק השוויון הגדיר במודע בצורה רחבה מיהו אדם עם מוגבלות, ובכך מיקד את העיקר בשאלת דפוס ההפליה שאנשים עם מוגבלויות חווים ואת הצורך בהתאמות. התוצאה האפשרית של צמצום תחומי ההגדרה היא יצירת חלוקה פנימית בין מוגבלים "ראויים", אשר נהנים מהגנת איסור ההפליה שבחוק, לבין המוגבלים "סתם", הנמצאים מחוץ לטווח תחולתו. המוגבלים ה"ראויים" ימוקמו בתחום "תיקון החברה", המחייב את החברה לספק להם התאמות, ואילו המוגבלים "סתם" ימצאו את עצמם בתחום "תיקון הפרט", שבמסגרתו עליהם להתאים את עצמם לסטנדרטים החברתיים. לטענתי, הבחנה מעין זו סותרת את מטרת החוק ואת החשיבה הביקורתית אשר לאורה יש לפרשו. למעשה, דווקא המקרים שבהם מדובר במוגבלויות "קלות" עשויים להיות כרוכים בהתאמות "זולות", אשר עלותן למעסיק נמוכה, אם כי הן דורשות פתיחות וגמישות מחשבתית. אך באופן פרדוקסלי, ככל שהלקות נתפסת כ"קלה" יותר כן ההגנה עליה קשה וחסמקמה יותר. זאת, אף שהאנשים החיים עימה זקוקים לה ביותר משום שהם מצויים בקו תפר הממקם אותם במרחב חברתי של סטיגמה כפולה – הן כאנשים אשר באופן אינהרנטי אינם מתאימים לעבודה והן כמי שהיו יכולים לכאורה להשתלב בשוק העבודה אילו רק התאמצו יותר או אילו רק היו מוכשרים או חרוצים דיים. זהו מרחב התפר שבין "לא יכולים", שבו מצויים אנשים עם מוגבלויות, לבין "לא רוצים", שבו מצויים המובטלים ה"לא־ראויים" או העניים "סתם". התוצאה היא שעצם ההגדרה של "אדם עם מוגבלות" נהפכת לדרך כניסה המונע הגעה לשלב המהותי של הדיון, בעל הפוטנציאל הטרנספורמטיבי, והוא בחינת ההתאמות הנדרשות לגופן.¹⁵⁵

3. חובת התאמות

חובת ההתאמות היא לבי־ליבו של פרק התעסוקה. טענה מרכזית במאמר זה היא ששיעור לא מספיק מקרב המקרים הנידונים בבתי־הדין מגיעים לכלל דיון בשאלת ההתאמות. בשלב זה אראה כי האופן שבו בתי־הדין מתייחסים לסוגיית ההתאמות מכריע את גורל התביעה. סקירת הפסיקה מעלה כי בצד פסיקה מועטה שהפעילה סטנדרטים גבוהים של ביקורת ביחס לאיתור ההתאמות ולביצוען, רוב פסקי־הדין נוטים לכיוון האחר, ונוקטים אחת או יותר מן הדרכים הבאות: הם אינם שוקלים את שאלת ההתאמות כלל, הם מקבלים את טענת המעסיק בדבר העדר התאמות אפשריות כפשוטה, או שהם מטילים על התובע את הנטל של איתור

155 בהמשך הדברים אראה כי נושא ההתאמות פורש אף הוא בצמצום, וכי נושא הכשירות לתפקיד פורש דווקא בהרחבה. אטען כי התוצאה המצטברת היא שתחולת החוק מצטמצמת מאוד. ראו את הדיון להלן בפרק ה.

ההתאמה. עוד נמצא כי רוב השאלות העולות בהקשר זה מתמקדות בתהליך חיפוש ההתאמה ובחלוקת הנטל בתהליך זה. יש התייחסויות מעטות בלבד לשאלות הקשורות למהותה של ההתאמה הנדרשת, ורובן עוסקות בהתאמה הרווחת ביותר, שעניינה מציאת תפקיד חלופי.

(א) זיהוי המקרים המצריכים התייחסות לסוגיית ההתאמות

זיהוי המקרים המצריכים התייחסות לסוגיית ההתאמות אינו משימה פשוטה או אינטואיטיבית. כאמור, שאלת ההתאמות עולה לא כאשר מדובר בהפליה המבוססת על דעות קדומות גרידא, אלא כאשר מדובר באדם אשר נחזה כלא־מתאים לתפקיד אך עשוי ליהפך למתאים לאחר תהליך של עיצוב מחדש של מקום העבודה או של דרישות התפקיד. הקושי המרכזי כאן הוא אי־ההתאמה הנחזית לתפקיד. התוצאה היא שבמקרים רבים שבהם היה ראוי לעסוק בסוגיית ההתאמות היא אינה עולה ואינה נידונה.

בעניין מלרן – הנהלת בתי המשפט דובר באישה שהתקבלה לעבודה בשירות המדינה כקלדנית שופטים. לאחר זמן־מה היא הציגה אישור רופא שלפיו יש להגביל את שעות עבודתה לשש בלבד, וכי עליה לצאת להפסקות תכופות. במסגרת ההליכים המקובלים היא הופנתה לוועדה רפואית, שקבעה כי קיימות סיבות רפואיות מספיקות להפסקת עבודתה כעובדת מדינה. עבודתה אכן הופסקה. האישה טענה כי לפי חובת ההתאמות שבחוק השוויון, יש לשבצה בתפקיד אחר, אך בקשתה נדחתה מן הטעם שהיא התקבלה לעבודה כקלדנית בלבד. בית־הדין קבע כי "לא הוכח ולו לכאורה, כי מדובר בהפליה מטעם המשיבה על רקע מוגבלותה של המבקשת"¹⁵⁶. קביעת בית־הדין מופרזת, שכן אין ספק שעבודת המבקשת הופסקה בשל מוגבלותה. מכיוון שכך, היה מקום להיכנס לעובי הקורה ולבחון את שאלת ההתאמות, קרי, את האפשרות להגמיש את שעות העבודה ודרישות העבודה – סוגיה שלא נשקלה ככל הנראה על־ידי הוועדה הרפואית, ולמרבית הצער נראה שלא הועלתה אף על־ידי התובעת עצמה.¹⁵⁷

גם בעניין פתפות – מועצה מקומית מג'אר לא נשקלה שאלת ההתאמות כלל. באותו מקרה דובר בעובד מחלקת התברואה במועצה מקומית שעסק באיסוף וביעור של אשפה. בעקבות תאונת־עבודה שעבר, הוא לא היה מסוגל לעבודה פיזית קשה עקב בעיות בכריכים ובגב. באישור הרופא שהמציא נאמר כי "מצבו של התובע היום מאפשר לו לעסוק בכל עבודה, אך ללא הרמת משאות כבדים". לאחר המצאת אישור זה פוטר העובד. בית־הדין קיבל את טענות הנתבעת, וקבע כי "בעניינו, אין, כאמור, מחלוקת בדבר מצבו הרפואי של התובע", וכן כי "אין מקום לספק שהתפקיד שאייש התובע כרוך (אם לא לומר מתמקד) בעבודה פיזית הכוללת הרמת משאות כבדים, פעולה שאין ביכולתו של התובע לבצע. איננו

156 בש"א (אזורי ת"א) 5476/07 מלרן – הנהלת בתי המשפט, תק-עב 2007(2) 5230, פס' 10 לפסק־הדין (2007).

157 במהלך העבודה על מאמר זה סופר לי על מקרה דומה של קלדנית בית־משפט אשר לאחר מאבק זכתה בהתאמה יצירתית: תפקידה היה להיות קלדנית מחליפה לפרקי־זמן קצרים כאשר הקלדניות האחרות יצאו להפסקות התרעננות באמצע הדיונים בבית־המשפט.

מוצאים, אם כן, כי יש מקום לומר כי פיתורי התובע נוגדים את הוראות [חוק השוויון].¹⁵⁸ בית־הדין פטר את הדיון בשאלת ההפליה מבלי להירשף אף לאחת מן הסוגיות הנדרשות על־ידי החוק, כולל סוגיית ההתאמות.

מעניין להשוות מקרים אלה לשני מקרים אחרים שבהם דיון מעמיק בסוגיית ההתאמות הוביל לקבלת התביעה. תמצית העובדות אינה מגלה שוני רב בין המקרים, אך הדיון שבית־הדין עורך חושף את כוחה של חובת ההתאמות. בעניין דה־קסטרו¹⁵⁹ דובר בטכנאי בכיר במעבדת אלקטרוניקה שחלה בסרטן. לאחר תקופת החלמה הוא קיבל אישור רפואי לעבוד יום עבודה מקוצר, בן ארבע שעות, לתקופת ניסיון. האישור כלל הגבלות אחרות לעניין טיפול בחפצים כבדים ויציאה לעבודה בשטח אצל לקוחות. במכתב הפיתורים שקיבל נאמר כי "לא נמצאה משרה העונה למגבלות שקבע הרופא התעסוקתי" ולכן הוא מפוטר. בכתבי הטענות נאמר כי נעשו שינויים ארגוניים כלליים אצל הנתבע, וכי התובע דרש תנאים ושכר בלתי־סבירים. בעניין שטיינברג¹⁶⁰ דובר במכונאי שעבד בחברת החשמל, באגף העוסק בהקמת תחנות־כוח ברחבי הארץ. לאחר כשתים־עשרה שנים אירעה לשטיינברג תאונת־עבודה. כעבור חצי שנה של שיקום והחלמה הוא חזר לעבודתו, אך בחלוף כחודשיים הוא זומן לשיחה שבה נאמר לו כי לנוכח מצבו הבריאותי אי־אפשר להשיבו לתפקידו כמכונאי באותו אגף שבו עבד, וכי אין בנמצא תפקיד פנוי שהוא יכול למלא. בשני המקרים הורה בית־הדין לנתבעים להשיב את התובע לעבודה ולערוך את ההתאמות הנדרשות. דרך ההנמקה של בית־הדין אשר אפשרה להגיע למסקנה זו מפורטת בסעיפים הבאים.

(ב) נטל מציאת ההתאמה

השאלה של נטל מציאת ההתאמה הינה שאלה משלימה לסוגיה של נטל הוכחת ההפליה. בשני המקרים שהוצגו לעיל, שבהם התקבלה טענת ההפליה, קבע בית־הדין כי הנטל המוטל על המעסיק להראות כי לא הפלה בניגוד לחוק כולל גם את הנטל להוכיח כי עשה את ההתאמות הנדרשות. כך בעניין שטיינברג¹⁶¹ וכך בעניין דה־קסטרו, שם הבהיר בית־הדין כי הנתבע אומנם "ציין כי עשה ניסיונות למצוא לתובע עבודה חלופית, אולם, טענות אלה לא הוכחו ולא הובאו הצעות קונקרטיות". יתרה מזו, "לא הוכח שנעשתה בדיקה יסודית של העלות אשר כרוכה בהמשך העסקתו של התובע בהתאם למגבלותיו".¹⁶² בעניין שטיינברג הודגשה חובתם המוסרית המיוחדת של מעסיקים כלפי מי שנפגעו במהלך העבודה, ונקבע

158 עב' (אזורי נצ') 2116/02 פתפות – מועצה מקומית מג'אר, תק-עב 2004(1) 2092, פס' 2, 5 ו־7 (2004).

159 עניין דה־קסטרו, לעיל ה"ש 137.

160 עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 139.

161 שם, פס' 35–39 לפסק־הדין.

162 עניין דה־קסטרו, לעיל ה"ש 137, פס' 11. וביתר פירוט: "על הנתבע היה להראות כי ערך בדיקה יסודית של עלות המשך העסקתו של התובע ולאחר ששקל אותה בהתחשב בנסיבות שהוגדרו בסעיף 8 לחוק שוויון זכויות גודל ומבנה העסק, היקף הפעילות, מספר העובדים, הרכב כוח האדם, קיומם של מקורות מימון וכו') הגיע למסקנה כי מדובר ב'נטל כבד מדי', כלשון אותו סעיף. שיקולים אלה לא נשקלו על ידי הנתבע." שם.

כי "העובדה שמוגבלותו של המבקש נגרמה עקב עבודתו במשיבה ובמהלכה מעצימה את חובתה המוסרית של המשיבה כלפי המבקש לביצוע ההתאמות כאמור".¹⁶³ במקרים רבים אחרים בית-הדין מטיל את נטל חיפוש ההתאמה על התובעים לברם. כך, בעניין אהרון אמר בית-הדין כי "התובע מצידו לא הצביע כאמור על תפקיד מתאים בו ניתן היה לשבצו לאור מגבלותיו ואשר בו לא שוכן".¹⁶⁴ בעניין אונה - חברת רזאל מערכות העלה בית-הדין ספק בדבר כשירותה של המבקשת לתפקיד הרלוונטי, והוסיף כי "המבקשת אף לא פרטה אילו התאמות היא סבורה כי המעביד יכול לבצע לאור האישור הרפואי שהביאה".¹⁶⁵ בעניין קופרשטיין נקבע כי "עובד שיוודע כי יש לו מגבלה רפואית כלשהיא, עליו הנטל להראות כי הוא עמד בתנאי הכשירות הרפואית של המשורה אליה הגיש מועמדות".¹⁶⁶ יש לציין כי גם בעניין קופרשטיין דובר כנפגע תאונת-עבודה, אך עובדה זו לא השפיעה על דרך ניתוחו של בית-המשפט.

(ג) הליך איתור ההתאמה

הליך איתור ההתאמה מעלה שאלות נוספות בדבר אמות-המידה לבחינת פעולתו של המעסיק. פסקי-הדין בעניין שטיינברג ובעניין דה'קסטרו הציבו סטנדרטים מהותיים לבחינתו של הליך איתור ההתאמה. שאר הפסיקה לא תרמה לפיתוח כללים מעין אלה. מאמץ כן ואקטיבי - בשני המקרים הציב בית-המשפט סטנדרט בדיקה מהותי שעל-פיו על המעסיק להוכיח כי עשה מאמץ כן ואקטיבי למציאת התאמה, כחלק מחובת אי-ההפליה של אנשים עם מוגבלויות. כך, בעניין דה'קסטרו הסביר בית-הדין כי "במקרה של אנשים עם מוגבלות השאיפה לשוויון מחייבת את המעביד לא רק להתנהגות פסיבית אלא גם אקטיבית, הדורשת ממנו לבצע התאמות במקום העבודה". בית-הדין ציין כי "המאמצים שנעשו על מנת לקלוט את התובע בחזרה היו כמו לגבי כל עובד אחר שיצא לחופשה ללא תשלום מכל סיבה שהיא... לא נעשה כל מאמץ לבצע התאמות כהגדרתן בחוק שוויון זכויות וכן, לא נבחנה העלות של ההתאמה הנדרשת".¹⁶⁷ בעניין שטיינברג נאמר כי "המשיבה אומנם חזרה וציינה כי היא עשתה נסיונות למצוא למבקש עבודה חלופית אולם, טענות אלה לא נתמכו בדוגמאות קונקרטיות. המשיבה לא פרטה כלל כמה התבטאו מאמצים אלה, אילו עבודות חלופיות נשקלו, באילו אגפים או מחלקות, עם אילו אנשים נערכה בדיקה זו ומתי ומדוע נכשלו מאמצים נטענים אלה".¹⁶⁸

163 עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 139, פס' 41 לפסק-הדין.

164 עניין אהרון, לעיל ה"ש 128, פס' 16 (ההדגשה במקור הוסרה).

165 בש"א (אזורי חי') 6534/07 אונה - חברת רזאל מערכות מחשבים צפון 1989 - ע"י מר גלעד בני, תק-עב 2007(4) 7788, פס' 8 לפסק-הדין (2007).

166 עניין קופרשטיין, לעיל ה"ש 154, פס' 60 לפסק-הדין.

167 עניין דה'קסטרו, לעיל ה"ש 137, פס' 11 לפסק-הדין.

168 עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 139, פס' 37 לפסק-הדין. פסק-הדין מציין כי "בהחלטתה של הועדה הרב מקצועית... נכתב, באופן סתמי וללא פירוט, כי 'נבדקו אפשרויות למציאת עבודה חלופית שלא נשאו פרי', וכי 'עובדה זו אף היא מעוררת ספק בדבר מידת רצינותם של נסיונות אלה'. שם, פס' 39 לפסק-הדין.

באותו עניין נמתחה גם ביקורת על תפקודה של הוועדה הרפואית, אשר "לא קבעה אילו מטלות ואילו תפקידים, אם בכלל, מסוגל המבקש לבצע ומכאן שגם לא היה ביכולתה של המשיבה לבחון באופן ראוי את מידת התאמתו של המבקש – מבחינה רפואית – לתפקידים אחרים".¹⁶⁹

בשאר הפסיקה ניכרה נטייה לקבל את טענות המעסיקים כמות שהן. כך, בעניין קופרשטיין הסתפק בית־הדין בהתרשמות כללית ממאמצי הנתבעת למצוא מקום עבודה חלופי כדי לקבוע שלא הייתה הפליה. בית־הדין לא נדרש מפורשות לשאלת ההתאמות, ולא בחן כלל את תהליכי קבלת ההחלטות בחברה שבה עבד התובע.¹⁷⁰ עצם החיפוש של עבודה חלופית במסגרת החברה אף לא הומשג באותו מקרה כעניין של איתור התאמה, ולכן חמק מביקורת ביתר קלות.

שיתוף העובד בתהליך איתור ההתאמות וביצוען – סוגיה נוספת שעלתה בהקשר של הליך איתור ההתאמה היא שיתוף העובד בתהליך של איתור ההתאמות הנוגעות בו וביצוען. בפסק־הדין בעניין שטיינברג ציין בית־הדין כי "איש מבין מנהלי כוח האדם במשיבה שעניינו של המבקש הועבר 'לבדיקתם היסודית' (כביכול)... לא מצא לנכון להיפגש עם המבקש על מנת להתרשם וללמוד על יכולותיו, על נסיונו, על רמת המוטיבציה שלו להשתלב בעבודה, על האופן בו הוא רואה את יכולתו להשתלב בעבודה חרף מגבלותיו ועל מנת לשמוע מפיו של המבקש על תפקידים אותם ראוי לבחון בעבורו. עובדה זו אף היא אומרת דרשני ומטילה ספק במידת הרצינות בה פעלה המשיבה בביצוען של ההתאמות המתחייבות על פי החוק".¹⁷¹

(ד) סוג ההתאמה הנדרשת

העברה לתפקיד חלופי – סקירת הפסיקה כולה מעלה ממצא מעניין שעל־פיו סוג ההתאמה הרווח ביותר הוא העברה לתפקיד חלופי. רוב־רובה של הפסיקה אינה עוסקת בהתאמות אחרות, כגון שינויים פיזיים בעמדת העבודה, שינוי הנהלים או הגמשת שעות העבודה. פסקי־הדין מעוררים בהקשר זה שאלות פוטנציאליות המעלות את הצורך לבחון בצורה דווקנית יותר אם ומתי ניתן לומר שמוצו המאמצים לאיתור תפקיד חלופי. עניין שטיינברג עסק בסוגיה זו בהרחבה, והתווה דרך לבחינה מעמיקה של שאלת איתורו של תפקיד חלופי, אך פסקי־הדין האחרים לא צעדו בדרך זו. חלק מפסקי־הדין לא המשיגו כלל את חיפוש העבודה החלופית כעניין של התאמה. כך היה בעניין קופרשטיין הנזכר לעיל, שם עבר התובע כמה תפקידים עד שהופסקה עבודתו. בית־הדין תיאר בהרחבה את התפקידים החלופיים שהוצעו לתובע, אך בסופו של דבר קבע כי לא הייתה הפליה מבלי להירשם הן לשאלת הגדרתו של התובע כ"אדם עם מוגבלות" והן לשאלת ההתאמות ולהשפעתה האפשרית על ניתוח המקרה.

כך היה גם בעניין ארדזי – אמונה תנועת האישה הרתית לאומית, שם הופסקה עבודתה של מטפלת ילדים לאחר שחוותה התקפי אפילפסייה בתכיפות גבוהה ונקבע על־ידי רופא כי היא אינה יכולה לעבוד עם ילדים. עבודתה הופסקה באמצע שנת הלימודים. לטענת

169 שם, פס' 36 לפסק־הדין.

170 עניין קופרשטיין, לעיל ה"ש 154.

171 עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 139, פס' 38 לפסק־הדין.

התובעת, על-פי חוק השוויון היה על המעסיקה לספק לה עבודה חלופית עד לתום שנת הלימודים. בית-הדין מצייין כי "התובעת לא הצביעה על מקור שבדין או בהסכם המחייב העסקתה עד לתום שנת הלימודים וזאת שעה שקיימת עילה מוצדקת להפסקת עבודתה", והיא "החרפת הסימפטומים של מחלתה"¹⁷². התובעת, יש לציין, לא ביקשה עבודה חלופית קבועה, אלא רק לתקופת-ביניים, ואילו הנתבעת, מצידה, היא ארגון גדול שייתכן שהיה יכול לספק עבודה חלופית לתקופה זו אילו נדרש לכך. גם כאן פטר בית-הדין את הדין בסוגיות אלה כלאחר-יד.

בעניין מלרן, שתואר לעיל, דובר בקלדנית אשר טענה כי על-פי חובת ההתאמות יש לשבצה בתפקיד חלופי.¹⁷³ בית-הדין דחה את התביעה מבלי לשקול את האפשרות לערוך התאמות במסגרת תפקידה הקודם של העובדת, ומבלי לבחון לעומק את יכולתו של המעסיק לאפשר לה לעבור לתפקיד חלופי. עמדה זו בעייתית במיוחד כאשר מדובר במדינה, שהיא גם המעסיק הגדול במשק וגם גוף ציבורי אשר דרישות החוק מופנות כלפיו ביתר דיוקנות (גם אם באופן מסורתי מגבלות ההעסקה בו קשיחות).

לעיתים החובה לאתר תפקיד חלופי מעוגנת בנוהל פנימי או בחוקת עבודה. אך גם עיגון זה אינו זוכה תמיד בתשומת-לב. בעניין שטיינברג הנוהל הפנימי בחברת החשמל היה שיש להוציא לפרישת נכות רק את מי ש"אינו מסוגל לעבוד בכל עבודה שהיא בחברה"¹⁷⁴ ובית-הדין אכן נאחז בעוגן זה והדגיש את החובות הנובעות מן הנוהל הפנימי במקביל ובהשלמה להוראות חוק השוויון.¹⁷⁵ לעומת זאת, בעניין פתפות הזכיר אומנם בית-הדין בהחלטתו את חוקת העבודה של הרשויות המקומיות, שלפיה ניתן להפסיק עבודתו של עובד רק אם "אין באפשרות הרשות להעסיקו בעבודה מתאימה אחרת"¹⁷⁶. אך לא כמו בעניין שטיינברג, שם נאכף הנוהל הפנימי לעניין מציאת עבודה חלופית, כאן קיבל בית-הדין את אמירותיה של הנתבעת ללא עוררין, ואישר את הפיטורים מבלי להתעמק בחוקת העבודה.

התאמה כלכלית - בעניין דה-קסטרו עלתה שאלת ההתאמה הכלכלית, כלומר, תשלום שכר גבוה יותר מהתפוקה בפועל. מקרה זה נמנה עם אותם מקרים שבהם עוצבה המשרה מחדש בעבור התובע, אך לא היה זה מוקד המחלוקת. בית-הדין הדגיש כי במקרה הנידון "אין מדובר בהתאמה של מבנה, ציוד או אביזרים, מאחר והתובע היה מסוגל לבצע את עבודתו כמו עובד אחר, תוך מגבלה של שעות, מאמצים פיזיים ויציאות מחוץ למעבדה. ההתאמה אשר נדרשה מהנתבע הייתה כלכלית, קרי, לשלם לתובע שכר על בסיס גבוה יחסית, לעומת תפוקתו, בהתחשב במוגבלותו"¹⁷⁷. שאלת ההתאמה הכלכלית טומנת בחובה

172 עב' (אזורי ת"א) 2001/03 ארדזי - אמונה תנועת האישה הדתית לאומית, תק-עב 2005(4) 9120, פס' 13 לפסק-הדין (2005).

173 עניין מלרן, לעיל ה"ש 156.

174 עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 139, פס' 7 לפסק-הדין.

175 שם, פס' 36-42 לפסק-הדין.

176 עניין פתפות, לעיל ה"ש 158, פס' 4 לפסק-הדין.

177 עניין דה-קסטרו, לעיל ה"ש 137, פס' 11 לפסק-הדין. בית-הדין קבע כי "התאמה הנדרשת על פי סעיף 8 לחוק שוויון זכויות, לא חייבת להיות פיזית. ייתכן שהעסקתו של עובד עם מוגבלות תהיה פחות משתלמת מבחינה כלכלית והתמורה שהמעסיק יקבל ממנה תהיה פחותה, עקב מוגבלותו, מזו שהוא היה מקבל מעובד אחר (ללא מוגבלות)". שם.

אתגרים משמעותיים ביותר לחקיקה, וההיגיון העומד מאחוריה מרחיב את ההיגיון של סוגיית ההתאמות בכללותה. רעיון ההתאמה הכלכלית מבטא תפיסה שלפיה הנטל הכרוך בהתאמות עשוי להתבטא ב"ספיגת שכר" על-ידי המעסיק, ולא רק בשינויים פיזיים או בשינוי נהלים במקום העבודה. הרעיון נוגע בשורשה של שאלת התפוקה, שאליה אתיחס בהמשך במסגרת שאלת הכשירות.¹⁷⁸

מכלול המקרים שהוצגו עד כה מציב בעיה שורשית ומהותית בפסיקה – אשר משקפת, ואף מעצבת ומנציחה, את הפרקטיקה בתחום התעסוקה – שלפיה ההתאמה העיקרית שנשקלת ונידונה בעבור אנשים עם מוגבלויות היא התאמה מסוג של העברה לתפקיד חלופי. סוג התאמה זה ראוי להחלט בחלק מן המקרים, אך הוא עלול להוות מפלט קל מדי באותם מקרים שבהם היה ראוי להתאים את סביבת העבודה או את הגדרת התפקיד המקורית. נוסף על כך, ניכר כי גם בעת איתור העבודה החלופית לא נשקלת התאמתו של התפקיד המוצע, אלא רק נבדקת התאמתו של האדם לתפקיד הנתון. העדר דיון מהותי בהתאמות האפשריות וביישומן שב ועולה במהלך סקירת הפסיקה, ויחד עימו גוברת ההכרה בחשיבות של הבהרת המושג ופיתוחו הן לגבי אלה המבקשים להיכנס לתפקיד חדש והן לגבי אלה המבקשים לשמור על תפקידם הישן. לעומת זאת, ההכרה בהתאמה הכלכלית בעניין דה־קסטרו מבטאת מהלך פרוגרסיבי ראוי המצוי בתחומי החקיקה. גבולותיה של ההתאמה הכלכלית משורטטים, כגבולותיה של כל התאמה, במסגרת מאזן המשאבים שבא לידי ביטוי בסייג "הנטל הכבד מדי" – כל עוד ההתאמה הכלכלית עומדת בנטל זה, היא ראויה ועולה בקנה אחד עם החקיקה.

המשך הדיון בנושא הכשירות לתפקיד יעצים וימחיש עוד יותר את הצורך בקידום החשיבה העקרונית בתחום. שאלת ההתאמות נמצאת בלב החקיקה משום הפוטנציאל הטרונספורמטיבי הטמון בה. אי־התייחסות לחובת ההתאמות או יישום מצומצם של חובה זו מובילים לאובדן הפוטנציאל ולשימור והנצחה של דרך החשיבה הנוכחית, השבויה בתפיסות של שוני אינהרנטי, פתולוגיה רפואית ותיקון הפרט.

4. נטל כבד מדי

שאלת הנטל הכבד מדי זכתה בהתייחסות מועטה ביותר בפסיקה. בעניין שטיינברג ציין בית־הדין כי הנתבעת הינה חברת החשמל, המעסיקה כשלושה־עשר אלף עובדים כאגפים שונים, וכי "עובדה זו אמורה להקל עליה לגלות גמישות בביצוע ההתאמות הנדרשות במקרה שעובד נעשה מוגבל".¹⁷⁹ זאת, הן לנוכח גודלה והן לנוכח המשאבים העומדים לרשותה. בעניין דה־קסטרו ציין בית־הדין כי הנתבע מעסיק חמישים עובדים. בתגובה על הטענה בדבר קשייו הכלכליים של המעסיק, נקבע כי הטענה בדבר קשיים כלכליים שהצדיקו צמצומים לא הוכחה, וכי הטענה שפוטר עובדים נוספים הוכחה כלא־נכונה. לכן קבע בית־הדין כי

178 ראו להלן חלק ד', הדין בכשירות ובדרישות המהותיות של התפקיד. חלק מן השיקולים הכרוכים בדיון בהתאמה כלכלית קשורים באופן הדוק גם לדיון בשכר־מינימום מותאם, על השלכותיו והמחלוקות שהוא מעורר. ראו תקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), התשס"ב-2002.

179 עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 139, פס' 40 לפסק־הדין.

"הוכח שהנטל הנדרש כתוצאה מהתאמת שכר העבודה למגבלות התובע, בהתאם להיקף עבודתו, לא היה 'נטל בלתי סביר'", וכי "בהתחשב בחובות המוטלות על הנתבע כמעביד באשר להמשך העסקה של התובע כאדם עם מוגבלות, לא הוכיח הנתבע כי החזרת התובע לעבודה היתה כרוכה ב'נטל כבד מדי' הפוטר את המעסיק מביצוע ההתאמה הנדרשת"¹⁸⁰. בשאר הפסיקה, בהעדר פיתוח של סוגיית ההתאמות, אין זה מפתיע שחסר דיון גם בסוגיית הנטל הכבד מדי, שכן הדיון בסוגיה זו נגזר מהדיון בהתאמות. עם זאת, במקרים רבים שנדונו בפסיקה היה מתהווה הפוטנציאל לערב את סוגיית הנטל הכבד מדי אילו יושמו תובנות ביקורתיות במהלך הניתוח המשפטי. כך, במקרים רבים נדמה כי ההיגיון שעמד מאחורי הקביעה - או ההנחה - שאין התאמה ראויה או שהאדם אינו כשיר לתפקיד היה למעשה היגיון כלכלי שלפיו השארת התובעת בתפקיד הייתה מטילה נטל כבד מדי על המעסיקה. אך בהעדר דיון של ממש בשאלת הנטל, לא עלו ולא נשקלו שאלות המשנה שצריכות להישאל ולהשפיע על הניתוח, כגון גודל העסק, היקף פעילותו, מספר העובדים ומקורות המימון.

5. כשירות ודרישות מהותיות של התפקיד

האופן שבו בית הדין מבין את נושא הכשירות עומד אף הוא בלב הדיון במאמר זה. לכאורה, הכשירות היא שולית בנוסחו של סעיף 8 לחוק השוויון, ומהווה סף כמעט "טכני" ומוכן מאליו לתחולת החוק. אולם בפועל היא נהפכת למסננת מורכבת, ואף למכשול. ראשית, הניתוח העקרוני של דרישת הכשירות, שנערך לעיל, הראה כי תכליתה ומשמעותה אינן ברורות. שנית, ובכך אעסוק מיד, בתי הדין נוטים להיתלות בה בפסיקתם ולבטא באמצעותה גישות מסורתיות למוגבלות, שאינן עולות בקנה אחד עם רוחו של חוק השוויון. למעשה, שאלת הכשירות עולה בהקשרים רבים שבהם מדובר ביכולת לבצע את המטלות הנדרשות במסגרת התפקיד (הרמת משאות כבדים, הקלדה רצופה, טיפול בילדים, תפוקה נמוכה ועוד), אשר מצריכים דיון עקרוני באופן הגדרת התפקיד. הניתוח שיערך להלן מראה גם כיצד פסיקותיהם של בתי הדין אינן נדרשות למתח שבין סייג הכשירות (סעיף 8(א)) לבין כלל הדרישות המהותיות של התפקיד או המשרה (סעיף 8(ג)). למען הדיוק, הפסיקה אינה מזכירה כלל את סעיף 8(ג), וממילא אינה נדרשת לתוכנו. גם שאלת הכשירות אינה נזכרת כמעט במפורש, אך השפעתה העקיפה, או הסמויה, ניכרת.

פסקי דין לא מעטים יוצרים את התחושה כי אילו השתמש בית הדין במושגים המצויים בחוק, הוא היה נדרש לשאלת הכשירות, אך מסיבות שאינן גלויות בטקסט הוא נמנע מלעשות כן. סקירת הפסיקה מעלה כי המקרים שבהם שימשה הכשירות ציר מארגן בדיון נחלקים לשני סוגים: מניעה בריאותית ותפוקה נמוכה.

(א) מניעה בריאותית

עניין פתפות הינו דוגמה מצוינת להיגיון של המניעה הבריאותית. באותו עניין קבע בית הדין כי "אין... מחלוקת בדבר מצבו הרפואי" של התובע, אשר בעטיו אין התובע יכול לבצע עבודה פיזית שביצע בעבר, ומסכם כי אי אפשר לומר שפיטוריו נוגדים את החוק.

180 עניין דהיקסטרן, לעיל ה"ש 137, פס' 11 לפסק הדין.

העובדה שבית־הדין לא נדרש לשאלות כגון התאמות ונטל כבד מדי, כמו־גם האופן המייד־י שבו הוא פטר את טענת ההפליה, מעידים כי הוא רואה במצבו הרפואי של התובע סיבה לאי־כשירות והצדקה להפסקת עבודתו של התובע.¹⁸¹ גם עניין מרדכי מדגים היטב את אופן פעולתו של ההיגיון הסמוי של אי־הכשירות. באותו מקרה קבע בית־הדין: "לא שוכנעתי כי הסיבות הבריאותיות היו רק תירוץ לפיטורי התובע וכי פיטורים אלו נבעו מסיבות אחרות בלתי לגיטימיות... מסקנתי היא כי התובע פוטר בשל סיבות רפואיות ובשל אי התאמה בריאותית להמשיך בעבודתו וכי אין להזקק לטענותיו בדבר הפרת חוק שיוויזן זכויות לאנשים עם מוגבלות."¹⁸² דוגמה נוספת מצויה בעניין מלרן,¹⁸³ שם קיבל בית־המשפט את החלטתה של הוועדה הרפואית שלפיה המגבלות הנוגעות בשעות העבודה ובצורך בהפסקות יוצרות למעשה אי־כשירות לתפקד כקלדנית. גם עניין אונה מדגים זאת, כאשר בית־הדין מציין כי "ספק רב בעינינו האם המבקשת במצבה כשירה לתפקיד הרלוונטי לאור מהותו ולאור האישור הרפואי שהמציאה".¹⁸⁴ למרבה הצער הותיר בית־הדין את הספק על כנו, ולא ביררו לאשורו.

ברקע הדברים נמצאת ההנחה כי מניעה בריאותית היא סיבה רלוונטית להפסקת עבודה, ולא ביטוי להפליה. גם כאן, כמו בפסיקה העוסקת בהגדרת "אדם עם מוגבלות", ניכר כוחה של הגישה הרפואית למוגבלות, הרואה בה פתולוגיה, ולא סוגיה חברתית. בשני ההקשרים ההכרעה בסוגיה המשפטית מוענקת לרופאים תעסוקתיים ולוועדות רפואיות, שאינם מכירים את תחום ההתאמות; שיקול־הדעת של בית־הדין מוכפף (מרצון ובאופן טבעי) לסמכות הרפואית, המכריעה את גורל התביעה. כך, במקום שבית־הדין ייהפך למנוף לשינוי מבפנים של עולם התעסוקה, הוא נמנע מלבקר את פעולתם של הגופים הרפואיים ומלקבוע דרישות משפטיות שימתנו את השפעתם ואת השפעתן של הגישות המסורתיות שבמסגרתן הם פועלים.¹⁸⁵

(ב) תפוקה נמוכה

עניין התפוקה הנמוכה אינו עולה בפסקי־דין רבים במפורש, אך זוהי ללא ספק סוגיה רלוונטית במקרים לא־מעטים של תעסוקת אנשים עם מוגבלויות. פסק־הדין שמדגים זאת בצורה הטובה ביותר ניתן בעניין מיכל – כל בי בע"מ, שם דובר בתובעת בעלת "מוגבלות מוטורית של 100%... המתבטאת בקשיים כדיבור, בקשיים בתנועות חלקי גוף שונים ובתנועות בלתי רצוניות". בהתייחסו לשאלת התפוקה של התובעת קבע בית־הדין כי "התובעת עצמה העידה כי לא יכלה לעמוד בקצב העבודה של העובדים האחרים במחלקת הגרפיקה... בכך למעשה מאשרת התובעת את גרסת הנתבעים לפיהם לא יכלה התובעת למלא את התפקיד אותו ביצעו עובדי הגרפיקה האחרים בנתבעת 1 ומכאן, האבחנה בתנאי

181 עניין פתפות, לעיל ה"ש 158, פס' 5 לפסק־הדין.

182 עניין אהרון, לעיל ה"ש 128, פס' 16-17 לפסק־הדין.

183 עניין מלרן, לעיל ה"ש 156.

184 עניין אונה, לעיל ה"ש 165, פס' 8 לפסק־הדין.

185 למקרה שבו נמתחה ביקורת ברוח זו ראו את הדיון בעניין שטיינברג לעיל בטקסט שליר ה"ש 143.

השכר... מכאן יוצא כי אבחנה בתנאי השכר אשר שולמו לתובעת בהשוואה לתנאי השכר אשר שולמו לעובדים אחרים במחלקת הגרפיקה, אליבא התובעת עצמה, היא אבחנה מטעמים עניינים ואיננה אבחנה הנעוצה במוגבלות ממנה סובלת התובעת.¹⁸⁶ בית־הדין מכיר בכך שיש קשר בין המוגבלות לבין התפוקה הנמוכה, וכן בכך שהתפוקה הנמוכה משפיעה על השכר, אך אינו רואה את הקשר בין מוגבלותה של התובעת לבין רמת שכרה. ניתן להשוות מקרה זה לעניין דה־קסטרו, שכן שאלת התפוקה עמדה ביסודה של מערכת העובדות בשני המקרים. בעניין דה־קסטרו פירש בית־הדין את המושג "התאמות" ככולל גם התאמה כלכלית, שעיקרה ספיגת התפוקה הנמוכה של העובד. ההבדל בין המקרים יכול להיות מיוחס לרכיביהם העובדתיים השונים, אך מבחינתי, הפער העיקרי מצוי בדרך ההנמקה של בית־הדין, אשר במקרה האחרון נדרש לסעיפי החוק ולעקרונות המנחים אותו, ואילו במקרה הראשון פטר את הדיון בלא התייחסות מעמיקה לחוק ולדרישותיו, ובלא מאמץ ליישם את העקרונות שבבסיס החוק למקרה שלפניו.

נושא התפוקה הוא נושא מאתגר הנמצא בתפר שבין התאמות, נטל כבוד מדי, אי־כשירות והדרישות המהותיות של התפקיד: האם מי שתפוקתה נמוכה במיוחד נמצאת בתחום ההתאמות (התאמה כלכלית) אך עלולה במקרים מסוימים להוות נטל כבוד מדי על מעסיקתה, או שמא היא מצויה בתחום אי־הכשירות ולכן איסור ההפליה אינו חל עליה? נראה כי התשובה לשאלה זו אינה יכולה להיות חד־משמעית ואחידה לכל מקרה, אלא היא תלויה בנסיבות ובהקשר, ומחייבת בחינה פרטנית של המשרה שבה מדובר ושל דרישותיה. בכל מקרה, שאלת התפוקה מחדדת את הצורך בסטנדרט מהותי יותר מסטנדרט הכשירות הסתמי, ומצביעה על היתרונות הגלומים בסעיף 8(ג), הדורש בחינה של הדרישות המהותיות של התפקיד.

ג) ניתוח אופן פעולתו של כלל הכשירות בפסיקה

הביקורת, אם כן, היא כדלהלן: ככל שיש קשר הדוק יותר בין המוגבלות או המצב הרפואי לבין היכולת למלא את התפקיד כן יש לבחון באופן קפדני יותר את הרלוונטיות של דרישות התפקיד עצמן ואת האפשרות ליצור התאמות במסגרתן. אך בית־הדין נוטה לקבל את הגדרת התפקיד כנתון ולקבוע כי העובדת אינה כשירה לעבודה המדוברת. כך, סייג הכשירות משמש מעין אפיק של פטור מקדמי במקום אפיק לבחינה ביקורתית של דרישות התפקיד. התוצאה היא שאם בסוגיית ההגדרה של "אדם עם מוגבלות" נמצא כי יש נטייה לראות את התובעים כמי ש"אינם מוגבלים מספיק", כאן מתגלה נטייה לראות בהם "מוגבלים מדי". לדעתי, עצם הכנסת המושג "כשירות" לחוק הייתה טעות במידה רבה. היה זה יבוא מהחקיקה בארצות־הברית, ה־ADA, המשתמשת במונח זה (qualified individual).¹⁸⁷ אך בחינה לעומק של תכלית המושג שם מראה כי הוא־הוא המושג שדרכו מתנהל הדיון

186 עב' (אזורי ב"ש) 1830/99 מיכל – כל בי בע"מ, תק-עב 2003(2) 4965, פס' ג1, 13-ו-1 (2003).

187 סעיף החוק הרלוונטי מן ה־ADA קובע לגבי הפליה בתעסוקה כי "No covered entity shall discriminate against a qualified individual on the basis of disability in regard to..." (sec. 12112(a)).

בדבר הדרישות המהותיות של התפקיד, וכי אין כפילות בינו לבין סעיפים נוספים בתוך החקיקה. אופן פעולתו של המושג "כשירות" בחוק השוויון הישראלי ובפסיקה המלווה אותו מוביל לכך שאנשים עם מוגבלויות נהפכים תמיד לחשודים באי-כשירות לתפקיד שאליו הם פונים, יותר מאשר קבוצות מופלות אחרות. בכך המושג מייצר ערוץ בתוך החקיקה המשמש להצדקת הקיים.

המסקנה המתבקשת היא שהוראת הכשירות שבסעיף 8(א) הינה מיותרת. במקומה, הוראת הדרישות המהותיות של התפקיד (סעיף 8(ג)) יכולה לספק מענה בכל מקרה שבו עולה החשש כי מדובר בדרישת תפקיד מפלה – בין שמדובר בדרישות תפקיד מקדמיות הקשורות לניסיון, להכשרה ולהשכלה, ובין שמדובר בדרישות הקשורות להגדרת התפקיד ולביצוע המטלות הכרוכות בביצועו. דבריה של פרופ' רות בן-ישראל ביחס לסעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, המקביל לסעיף 8(ג) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, מחזקים זאת: "השאלה בדבר האופי או המהות של התפקיד היא שאלה אובייקטיבית. לכן, אין די בכך שהמעסיק מאמין, אפילו בכנות ובתום לב, שעל המועמד למלא דרישות מסוימות כדי להיות כשיר. בקביעת מבחנים אובייקטיביים יש להימנע מסטריאוטיפים, מאחר שאלה לעולם אינם אובייקטיביים, אלא נובעים מדעות קדומות שהשתרשו בחברה, מבלי שיהיה להן בסיס אובייקטיבי מוצק."¹⁸⁸

לסיכום, השימוש בכלל הדרישות המהותיות הינו עדיף משום שהוא מבטא סטנדרט מהותי לבחינת המאפיינים של התפקיד או המשרה הנידונים, משום שהוא כללי (יש לו מקבילה בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה), ומשום שמיקומו במבנה החקיקה מאפשר את היפוך הנטל ודרישה מן המעסיק שיוכיח כי אכן מדובר בדרישה מהותית של התפקיד.

6. ייצוג הולם

נושא הייצוג ההולם אינו עומד במרכזו של מאמר זה, אך חשוב לציין כחלק ממכלול החקיקה וכחלק מסקירת הפסיקה הקיימת והשלכותיה האפשריות על פסיקה עתידית. הנושא זכה בפיתוח ובהרחבה בעניין בלילתי. באותו מקרה דובר באדם מוגבל כתוצאה ממחלת פוליו, אשר עבד במחלקת קדם-הדפוס של העיתון Jerusalem Post. בעקבות שינוי המערכות הממוחשבות אצל המעסיקה קטן הצורך בעלי תפקיד כשלו, והחברה עברה תהליך של צמצומים בתחום זה. המבקש פוטר יחד עם עוד שלושה עובדים. לטענתו, החברה פעלה לא על-פי הנוהל "אחרון נכנס – ראשון יוצא", שכן אחרים בעלי ותק וכישורים פחותים משלו אוישו בתפקידים אחרים בחברה שגם הוא היה יכול למלא. המשיבה טענה כי דובר בפיטוריי-צמצום, וכי ההחלטה נעשתה על בסיס שיקולים מקצועיים בלבד. החברה הבהירה כי "עניין נכותו של המבקש כלל לא הובא בחשבון, לאור היותו בלתי רלוונטי". בית-הדין קבע באותו מקרה כמה קביעות עקרוניות. ראשית, משמעות הביטוי "יפעל לקידום הייצוג ההולם", המופיע בסעיף 9 לחוק השוויון, היא הטלת חובה במובן מעשי. שנית, אין די בהערפה מתקנת בעת הקבלה לעבודה, אלא יש לדאוג שיישאר ייצוג הולם גם בשלב הפיטורים, ובמיוחד בפיטוריי-צמצום. באמירה זו הרחיב בית-הדין את תחולת הסעיף מעבר לקבלה ולקידום, שנמנו בו במפורש. שלישי, בעת שקילת הפיטורים יש לשקול בפועל

188 בן-ישראל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 208.

ולכף זכות את עובדת היות העובד אדם עם מוגבלות. ורביעית, "הנטל להראות כי המבקש לא נמצא מתאים להמשיך בעבודה, למרות המשקל שיש לתת למוגבלותו מצוי על כתפיה של [המעסיקה]".¹⁸⁹

בשני מקרים נוספים נידונה שאלת הייצוג ההולם לגופה. בעניין עמר – עיריית קריית שמונה¹⁹⁰ דובר בתובע בעל 80% נכות אשר פוטר במסגרת תוכנית התייעלות של העירייה. באותו מקרה העידה נציגת העירייה כי תשעה מעובדי העירייה הם אנשים עם מוגבלויות, וכי הם מהווים 2.6% מכלל עובדי העירייה. בעקבות זאת קבע בית-הדין כי מתקיים הייצוג ההולם הנדרש באותו מקום. פסק-הדין מעורר ביקורת בשני מישורים. ראשית, הוא נמנע מלהתייחס לכך שהנתבעת הינה עירייה, כלומר גוף ציבורי, וכי ככזו נטל הייצוג ההולם המוטל עליה צריך להיות גבוה יותר – אם בשל גודלה, היקף פעילותה ומספר העובדים בה,¹⁹¹ ואם בשל אחריותה המוגברת מתוקף מעמדה כרשות ציבורית.¹⁹² שנית, בית-הדין נמנע מלהעמיק בשאלה מתי ייצוג הינו אכן הולם. לשם כך יש להידרש לשאלת הפער בין אחוז האנשים עם מוגבלויות בחברה לבין ייצוגם במפעל מסוים. שיעורם של האנשים עם מוגבלויות באוכלוסייה הוא בין 10% ל-15%. כיצד, אם כן, נקבע כי 2.6% הינו ייצוג הולם? נראה כי מכיוון שברוב מקומות העבודה הייצוג נמוך בהרבה, הסתפק בית-הדין בייצוג חלקי מבלי להעמיק במשמעותו של המושג ומבלי לרדת לעומקם של פרטי המקרה. עמימותו של המושג "ייצוג הולם" תרמה ללא ספק למצב דברים זה.

בעניין גולדין דובר בתובעת שטענה כי פוטרה בשל היותה חירשת. הנתבעת באותו מקרה הייתה חברה לעיצוב תכשיטים שהעסיקה עובדים חירשים וכבדי-שמיעה כעניין של מדיניות. טענת ההפליה נדחתה לאחר שהשופטת שוכנעה כי הפיטורים נבעו מקשיי תקשורת שמקורם אינו במוגבלותה, אלא בעיקר בכך שהתובעת לא הפנימה את הביקורת העניינית שהופנתה כלפיה במהלך העבודה ולא תיקנה את טעויותיה כפי שנדרשה.¹⁹³ המעניין במקרה זה הוא טענת התובעת שלפיה העובדים הנוספים במפעל שאינם שומעים מועסקים "רובם ככולם בתפקידי משחיל (תפקיד זוטרי), ואני החירשת הראשונה שקודמתי לתפקיד בכיר יותר, והיו כאלה שלא ראו את זה בעין יפה, והמוגבלות שלי הפריעה להם".¹⁹⁴ פסק-הדין לא דן בטענה זו במובחן, אלא אימץ במשתמע את טענות ההפרכה של הנתבעת מבלי להיכנס לעובי הקורה.¹⁹⁵ טענה חשובה זו מבהירה את מורכבותה של סוגיית הייצוג ההולם ואת השלכותיה לעניין הייצוג כמגוון תפקידים ובעיקר כרמות בכירות שונות במקום העבודה.¹⁹⁶ כך, למשל, יש לבחון בקפידה אם עירייה מעסיקה עובדים עם מוגבלות רק בשמירה ובניקיון,

189 עניין בלילתי, לעיל ה"ש 121, פס' 3, 4, 10, 11 ו-13 לפסק-הדין (ההדרגה במקור).

190 עב' (אזורי נצ') 2032/07 עמר – עיריית קריית שמונה (14.11.2007).

191 פרמטרים שניתן ללמוד עליהם מן ההגדרה של "נטל כבד מדי" בס' 8(ה) לחוק.

192 בהקשר זה ראוי להזכיר את כללי הייצוג ההולם בשירות המדינה ואת העובדה שהצעת החוק ליצור כללים מקבילים ברשויות מקומיות טרם צלחה.

193 עניין גולדין, לעיל ה"ש 128, פס' 27 לפסק-הדין.

194 שם, פס' 4 לפסק-הדין.

195 שם, פס' 9 ו-12 לפסק-הדין.

196 השוו, למשל, עם גישתו של בית-המשפט העליון בנושא בכג"ץ 5755/08 ארן נ' ממשלת ישראל, תק-על-2009(2) 331 (2009).

אך לא בתפקידי פקידות בכירה או במשרות מקצועיות, כגון עובדים סוציאליים. לכן היה מקום לבחון בעניין גולדין אם אותו מפעל אכן מעסיק אנשים בעלי לקויות שמיעה רק במשרות זוטרות של השחלה ושיבוץ, כטענת התובעת, או שמא גם בתפקידי פיקוח וניהול. חשיבותו של עניין בלילתי היא בפורטנציאל ההשפעה הרב שיש לו. היה מקום לצפות כי נכונותו של בית־הדין באותו מקרה להישמע לטענת ייצוג הולם, ועוד בעת פיתורים ועל־דרך פרשנות מרחיבה, תהפוך את פסק־הדין למתווה דרך בעבור תובעים עתידיים ופסיקה עתידית. אולם בפועל הדבר לא קרה. אף שטענת הייצוג ההולם יכלה לעלות כמעט בכל אחד מפסקי־הדין שלאחריו, ובעיקר במקרים של פיתורי־צמצום, הטענה לא הועלתה ולא נידונה כמעט.

ה. דיון מסכם: הצורך בשינוי תפיסתי ובגיבוש דוקטרינה

ניתוח הפסיקה שהובא עד כה, על רקע עקרונותיו של חוק השוויון והתיאוריה הביקורתית־החברתית של מוגבלות ומשפט, מעלה שתי בעיות מטרידות עיקריות שאבקש לעמוד עליהן בדיון המסכם: האחת, שימורן והנצחתן של עמדות הרואות במוגבלות שוני אינהרנטי; והאחרת, העדר היכרות עם חוק השוויון, על סעיפיו, תכליתו והעקרונות העומדים ביסודו. מסקנותיו של הדיון המסכם יהיו בהתאם: נדרש מהפך תפיסתי המבוסס על שינוי עמדות בקרב הציבור הרחב, כולל מעסיקים/ות, רופאים/ות, עורכי־ות־דין, שופטים/ות וגם אנשים עם מוגבלויות; כן עולה הצורך בגיבוש הלכות מנחות ברורות שייצקו תוכן בחקיקה בהתאם לשינוי התפיסתי הנדרש וייצרו כללים וקווים מנחים שיסייעו לבתי־הדין לפסוק ברוח החוק. נדרשת היכרות מעמיקה יותר עם המושגים החדשים שהציג החוק, ודרוש פיתוח ייחודי שאינו נשען על פסיקת ההפליה הקיימת בתחומים אחרים בלבד. כפי שציינתי בתחילת הדברים, איני בטוחה שבכל המקרים המוזכרים במאמר זה אכן הייתה הפליה. האינדיקציה לשימוש נכון בחוק אינה דווקא נצחונה של התובעת, אלא דרך הדיון במושגים ובעקרונות המצויים בחוק ואופן יישומם.

במרכז הדיון המסכם אבקש להעמיד את המושג "התאמות". חובת ההתאמות היא לטענתי לבי־ליבו של חוק השוויון. זהו מרכז־הכובד הן של השינוי התפיסתי והן של גיבוש הדוקטרינה. מרכזיותו של המושג "התאמות" ניכרת הן בחלק התיאורטי של המאמר והן בסקירת הפסיקה. בחלק התיאורטי של המאמר הצגתי את המושג "התאמות" ואת הפורטנציאל הטורנספורמטיבי הטמון בו, בהיותו השלב שבו גבולות הדמיון ביחס לתעסוקתם של אנשים עם מוגבלויות מתרחבים: מה שנראָה בעבר כחוסר מזל וכטרגדיה אישית, ותורגם לאי־התאמה לתפקיד או להעדר כשירות, נהפך למקרה של הפליה, אשר חובת ההתאמות מסייעת בחשיפתה ובתיקונה. בחלק של סקירת הפסיקה הראיתי, ראשית, כי השלב של שקילת ההתאמות מתמצה לרוב במציאת תפקיד חלופי, ובכך מחמיץ את הפורטנציאל הטורנספורמטיבי הטמון בחוק. ברוב המקרים לא נשקלות התאמות של ממש בתפקיד הקודם, ואף לא בתפקיד המוצע, אלא בעיקר נבדקת השאלה אם העובד כמות שהוא מתאים לתפקיד הנתון. שנית, הראיתי כי מרכזיותו של המושג "התאמות" נבחנת לא רק בעומדו בנפרד, בפני עצמו, אלא גם בקשריו ההדדיים עם שאר המושגים בחקיקה. בפועל, במקרים רבים שבהם היה ראוי להגיע לשלב שקילת ההתאמות, נמנע בית־הדין מלהגיע לשלב זה – אם משום

שהתובעים נמצאו "מוגבלים מדי" ולכן בלתי־כשירים (בעיקר בשל "מניעה רפואית"), ואם משום שנמצא כי התובעים "אינם מוגבלים מספיק" ולפיכך אינם עונים על דרישת־הסף של "אדם עם מוגבלות". מכלול הממצאים מראה כי נדרשת הבהרה מושגית בדבר היחס הראוי בין המונחים השונים שהחוק נוקט. כעת אבקש לפתח תוכנות אלה ולהציע כיווני פעולה וחשיבה חלופיים ביחס אליהן.

1. לקראת מתן תוכן מהותי לחובת ההתאמות

המושג "התאמות" משמעותו שהגדרת התפקיד, על הדרישות והמטלות הכרוכות בו, ועיצוב סביבת העבודה ותנאי העבודה, אשר נחזים כניטרליים, מכילים למעשה הנחות סמויות בדבר היות העובד/ת הרצוי/ה לתפקיד או למשרה אדם ללא מוגבלות. סוגיית ההתאמות באה לתת מענה למקרים שבהם הפלייתם של אנשים עם מוגבלויות אינה נובעת מדעות קדומות גרידא, אלא מכך שהאופן שבו עוצבו התפקיד או המשרה מדר מגדרם אנשים עם מוגבלויות אשר היו יכולים למלא את התפקיד אילו עוצב אחרת מלכתחילה או אילו עבר תהליך של התאמה בדיעבד.

אני מציעה להבין את רעיון ההתאמות באופן התואם את ארבע התמות של חשיבה חברתית־ביקורתית על מוגבלות שהצגתי לעיל בפרק א. ראשית, משוני אינהרנטי להבניה חברתית - יש להבין שהגדרת התפקיד ודרישותיו אינה נתון ניטרלי, אלא תוצר של יחסי כוח בחברה, של תהליכים היסטוריים, תרבותיים, כלכליים ופוליטיים אשר הביאו לידי הדרתם של אנשים עם מוגבלויות משוק העבודה. שנית, מפתולוגיה רפואית למגוון אנושי - ההתאמות מאתגרות את ההיגיון הרפואי המנחה את התפיסה הרווחת בדבר התאמה (כשירות) לתפקיד, ומערערות מבפנים את ההנחות הסמויות המכתיבות תפיסה זו (מי שנחזה כלא־מתאים נהפך למתאים בעזרת ההתאמות). לפיכך הן מאפשרות לפתוח תפקידים שהוגדרו לפני כן בצורה מדירה למגוון רחב יותר של אנשים. שלישית, מתיקון הפרט לתיקון החברה - התאמות מעבירות את נטל ההשתלבות מכתפי הפרט אל כתפי החברה; החברה היא שהציבה חסמים בפני הפרט, ולכן עליה לתקן את המצב. החברה כוללת גם גופים ציבוריים וגם גופים פרטיים, מתוך הבנה שעצם השינוי תלוי בקיומו של מאמץ משותף. רביעית, "שום דבר עלינו בלעדינו" - ההתאמות מחייבות פנייה לאנשים עם מוגבלויות, שיתוף שלהם והקשבה לנסיונם האישי והקולקטיבי. הניסיון האישי הוא נסיונה של העובדת הספציפית שבה מדובר וצרכיה הקשורים לחוויותיה ולהעדפותיה; הניסיון הקולקטיבי הוא הניסיון המצטבר של אנשים עם מוגבלויות, אשר מתוכו עולה קריאת־התיגר על הסדר החברתי הקיים וממנו גם צומחות חלופות. רעיונות כלליים אלה צריכים להיות מתורגמים בפסיקה לאמות־מידה ולכללים מנחים לצורך בחינת עמידתה של מעסיקה מסוימת בחובת ההתאמות המוטלת עליה בחוק כחלק מאיסור ההפליה.

נוסף על כך יש להדגיש שוב את תפקידה של המדינה בקידומה ובמימושה של חובת ההתאמות, שכן נטל מציאת ההתאמה לכל עובד/ת אינו יכול ליפול על כתפיהם של המעסיקים או המועסקים לבדם. ההסמכה לכך נמצאת בסעיף 16 לחוק, העוסק בהקמת תוכניות לקידום התעסוקה של אנשים עם מוגבלויות, ועל המדינה לעשות בו שימוש נרחב.

2. לקראת הרחבת השימוש בהתאמות כמושג מארגן של הדיון בהפליה

לאחר הבהרת המושג "התאמות" אבקש לשוב ולדון ביחסיו עם המושגים המצויים לצידו – בעיקר ההגדרה של "אדם עם מוגבלות" והמושג "כשירות לתפקיד". שימוש לא-זהיר בשני מושגים אלה הופך אותם לבלמים המונעים את מיצוי של הפוטנציאל המצוי ברעיון ההתאמות. מכיוון ששני המושגים פועלים כ"שומרי-סף" המונעים כניסה לגדר סעיף 8, ככל שיתרחב השימוש בהם כן יפחת מספר המקרים שיגיעו לכלל בחינת הסוגיות המהותיות העולות מן החקיקה, קרי, אם הייתה הפליה, אם נשקלו ההתאמות הנדרשות, ואם הדרישה המפלה לכאורה היא דרישה מהותית של התפקיד; ולהפך – ככל שיצטמצם השימוש במושגים אלה כן תתאפשר בחינת הטענות המהותיות לגופן.

(א) ביטול או צמצום השימוש במושג "כשירות"

צמצום השימוש במושג "כשירות" בפסיקה הנוגעת בהפליה בתעסוקה של אנשים עם מוגבלויות כרוך בשני מהלכים עיקריים. האחד עניינו נטישת סייג הכשירות המופיע בסעיף 8(א) – אם באמצעות תיקון חקיקה ואם בדרך של פרשנות שיפוטית – והתמקדות, במקרים המתאימים, בסייג הדרישות המהותיות המופיע בסעיף 8(ג). כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, מהלך זה ימנע כפילות מיותרת בחקיקה, ויאפשר דיון ענייני ומהותי בשאלות הקשורות לדרישות תפקיד שהן מפלות לכאורה. הוא גם יאפשר הטלת נטל הוכחה על המעביד, בדומה לנעשה במקרים אחרים של הפליה בעבודה. ברור שגם העדפת סייג הדרישות המהותיות של התפקיד אינה נטולת קשיים, שכן הפעלתו כרוכה אף היא בהיכרות עם עקרונות החקיקה ותכליתה ובאימוץ עמדה חברתית-ביקורתית כלפי מוגבלות. עם זאת, היא מאפשרת את הסטת מרכז-הכובד של הדיון מן המועמד, על יכולותיו, כישוריו ומוגבלותיו, אל מאפייני התפקיד ומהותו.

המהלך האחר עניינו הבהרת היחס בין דרישות התפקיד (המחליפות את המושג "כשירות", כאמור) לבין סוגיית ההתאמות וסוגיית הנטל הכבד מדי הנגזרת ממנה. מיצוי הפוטנציאל הטורנספורמטיבי הטמון בהתאמות מחייב הכרה בגבול החמקמק שבין דרישות התפקיד לבין סוגיית ההתאמות בכלל. זהו הגבול שבין אותם מקרים שבהם אין התאמה רלוונטית לעובד מסוים משום שהוא אכן אינו מתאים למלא את התפקיד (כפי שיכול לקרות גם לאנשים ללא מוגבלויות) לבין אותם מקרים שבהם יש התאמה שתאפשר לאותו אדם למלא את התפקיד אך עלותה למעסיק תהיה גבוהה עד כדי כך שאין זה סביר לדרוש ממנו לשאת בעלותה (בהתחשב, כמובן, במקורות מימון חיצוניים וכולי'). התשובה למתח זה היא תלוית-הקשר וטמונה בנתונים הספציפיים לכל מקרה, אך חשוב להדגישה, משום שמקרים רבים הנחזים כמקרים של אי-כשירות או של אי-עמידה בדרישות המהותיות של התפקיד עשויים להתברר כמקרים של נטל כבד מדי, אשר ההכרעה בהם תלויה בהיקף המשאבים של המעסיק, ולא בכשירותה של העובדת. משמעות ההבחנה היא במסר הטמון בחוק, המופנה הן כלפי החברה והן כלפי הפרט, והוא שאנשים עם מוגבלויות בכלל, ואותו אדם בפרט, אכן יכולים למלא את התפקיד ולהיות שותפים בכוח העבודה, אך מנועים מכך אך ורק בשל מכשולים כלכליים, ולא בשל העדר מסוגלות אישית או קולקטיבית.

משמעות העלמתו או צמצומו של השימוש במושג "כשירות" היא למעשה צמצום המקרים שבהם אנשים עם מוגבלויות ימצאו "מוגבלים מדי" לתפקיד או למשרה. על-ידי הפניית עיקר תשומת-הלב לאופן שבו התפקיד מוגדר, מוקד הדיון מוסב מתיקון הפרט לתיקון החברה.

(ב) הרחבת ההגדרה של "אדם עם מוגבלות"

הרחבת מספר האנשים הנופלים תחת ההגדרה של "אדם עם מוגבלות" מעוררת חששות מפני הרחבת-יתר ("הצפה" של תביעות), אך חששות אלה עלולים להוביל לצמצום-יתר, אשר אינו עולה בקנה אחד עם מטרות החקיקה. נוסף על כך, הסיבה לריבוי התביעות הצפוי עשויה להיות טמונה בדינמיקה של השינוי החברתי ובפער שנוצר בין תודעת הזכויות הגוברת בקרב אנשים עם מוגבלויות לבין העדר שינוי תפיסתי מקביל בקרב מעסיקים. ככל שתיעשה החברה שוויונית, מכלילה, נגישה ומתאמת יותר כן ירבו האנשים שיוכלו לעבוד בשוק התעסוקה הפתוח, וככל שתתחזק תודעת הזכויות כן ירבו האנשים שיתבעו את קבלתם לעבודה. אך כל עוד החברה לא תשתנה בהתאם, ירבו הסכסוכים המשפטיים סביב סוגיות אלה.

הרחבת ההגדרה מחייבת את צמצום תפקידם של אישורים רפואיים ושל ועדות רפואיות בהחלטות מסוג זה. הסתמכות מוחלטת של בית-הדין על מסמכים רפואיים בדבר כשירות רפואית או אחוזי נכות מהווה הכפפה של שיקול-הדעת השיפוטי להגדרות רפואיות צרות. זהו מקום קלסי שבו הכרעה ערכית חד-משמעית של בית-הדין תוביל לשינוי בפרקטיקה הנוהגת של אותם גופים תעסוקתיים, באשר הם יתבקשו להתנתק מהגישה הרואה במוגבלות פתולוגיה רפואית ולאמץ גישה מכלילה הרואה במוגבלות חלק מן המגוון האנושי הקיים בכל חברה, ובהמשך לכך הם יתבקשו גם לכלול במסמכיהם המלצות להתאמות.

לסיים, כפי שהראיתי קודם לכן, הרחבת ההגדרה של "אדם עם מוגבלות" מתיישבת עם השאיפה להימנע מיצירת הבחנות משתמעות בין מוגבלים "ראויים" לבין מוגבלים "סתם"; בין אלה ש"אינם יכולים" לבין אלה ש"אינם רוצים". להרחבה זו יש חשיבות דווקא בתחום התעסוקה, שתכליתו לאפשר לכמה שיותר אנשים להיות חלק ממעגל העבודה, לפרנס את עצמם (ככל יכולתם), להיות חיים בעלי משמעות ולתרום לחברה לפי דרכם. קביעה שעובדת מסוימת אכן עונה על הגדרת "אדם עם מוגבלות" תחייב את המעסיק לתור אחר התאמות, אשר במקרים רבים ימצא כי עלותן אינה גבוהה כפי שהיה נדמה מלכתחילה (אם כי יש להכיר בכך שבמקרים רבים אחרים הן אכן כרוכות בעלויות, כאמור).

המשמעות של הרחבת ההגדרה של "אדם עם מוגבלות" היא למעשה צמצום המקרים שבהם ייקבע לגבי אנשים עם מוגבלויות כי הם "אינם מוגבלים מספיק" על-מנת ליהנות מהגנת חוק השוויון. גם כאן תשומת-הלב מופנית להבניה החברתית של מוגבלות, ומוקד הדיון מוסב מתיקון הפרט לתיקון החברה.

סיכום

זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות אינן מתקבלות לרוב באופן אינטואיטיבי ומיידית; הכרה בהן מחייבת השעיה של דעות קדומות, סטריאוטיפים וסטיגמות, לטובת הקשבה לאחר,

פתיחות רגשית ומחשבתית, נכונות לשנות עמדות וויתור על עמדות כוח ועליונות. הצלחת המאבק לשוויון ולהכרה תלויה בתהליך טרנספורמטיבי זה, שבמהלכו נפרצים ומתרחבים גבולות הדמיון החברתי, התרבותי, הפוליטי והמשפטי של הפרטים הנרתמים למסע השינוי. איני חושבת שהתדיינות משפטית היא בהכרח הדרך הנכונה או העיקרית לקדם תהליך טרנספורמטיבי זה. עם זאת, יש להכיר בקיומן של התדיינויות משפטיות, הנובעות מכך שסכסוכים מתגבשים במהלך החיים החברתיים הרגילים ואינם מוצאים תמיד את פתרונם בדרכי הידברות ונועם. מכאן שלבית-המשפט, ובכלל זה לבית-הדין, יש תפקיד בעיצובן של נורמות חברתיות, אשר השפעתו עשויה להגיע אל מעבר לכותלי בית-המשפט. השפעה זו עשויה להתרחש בדרכים מגוונות: על-ידי העצמת אנשים עם מוגבלויות המוצאים את עצמם מופלים ומבקשים לעמוד על תיקון הפגיעה שחוו; על-ידי חיזוק ממשי וסמלי של התנועה החברתית של אנשים עם מוגבלויות; על-ידי הכוונת התנהגות עתידית של מעסיקים אשר ייחשפו לפסיקה ויונחו לפעול אחרת; וכן על-ידי הדרכה של עורכי-דין, שופטים, מגשרים, בוררים ושאר גורמים מתווכים בסכסוכים משפטיים. "צילו של המשפט" מגיע לאזורים שונים בדרכים מגוונות.¹⁹⁷ אין זה אומר שהשינוי החברתי-המשפטי הינו קל, ליניארי או מובטח, אך מאמר זה מבקש לשמור על אופטימיות מתונה, ולקדם צעד אחד נוסף בדרך לשינוי המיוחל מבין מגוון הצעדים הנדרשים.

Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979)