

שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה

שגית מור¹

1	מבוא
4	א. רקע תיאורטי: הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט
5	1. מבוא כללי
7	2. ארבע תמות משלימות
7	א. משוני אינהרנטי להבניה חברתית
7	ב. מפתולוגיה רפואית למגוון אנשי
7	ג. מתיקון הפרט לתיקון החברה
8	ד. "שום דבר עלינו – בלעדינו"
8	3. מחברה למשפט
10	ב. אחריות המדינה והחברה
11	א. אחריות מעסיקים
12	ב. אחריות המדינה
14	ב. פרק התעסוקה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות
14	ב.1. אפליה על בסיס מוגבלות בתעסוקה – הרחבת הקיים או מקרה ייחודי
17	ב.2. הוראות פרק התעסוקה שבחוק השוויון
18	1. איסור אפליה בתעסוקה
19	2. הגדרת אדם עם מוגבלות
20	3. איסור האפליה כולל חובת התאמות
22	5. אין זו אפליה אם האדם אינו כשיר לתפקיד
24	6. יש לפעול לקידום הייצוג ההולם של אנשים עם מוגבלויות במקומות העבודה
25	ג. תיחום המחקר וממצאים מרכזיים
25	ג.1. תיחום המחקר
26	ג.2. ממצאים מרכזיים
27	ד. מיפוי ואפיון פסיקת התעסוקה
28	1. איסור אפליה
29	2. הגדרת אדם עם מוגבלות
31	3. חובת התאמות
35	4. נטל כבד מדי
36	5. כשירות ודרישות מהותיות לתפקיד
39	6. ייצוג הולם
40	ה. דיון מסכם: הצורך בשינוי תפיסתי ובגיבוש דוקטרינה
41	ה.1. לקראת מתן תוכן מהותי לחובת ההתאמות
42	ה.2. לקראת הרחבת השימוש בהתאמות כמושג מארגן של הדיון באפליה
42	א. העלמת או צמצום מושג הכשירות
43	ב. הרחבת הגדרת אדם עם מוגבלות
43	ו. סיכום

מבוא

תמונת המצב של תעסוקת אנשים עם מוגבלויות בישראל ובעולם היא עגומה למדי. הערכת שיעור האנשים עם מוגבלויות באוכלוסיה נעה בדרך כלל בסביבות 10%-15%. שיעורי האבטלה ואי

¹ מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. מאמר זה נכתב בסיוע מענק מקרן מינרבה לזכויות האדם לשנת 2008.

התעסוקה בקרבם גבוהים ביותר.² מכלול הגורמים המשפיעים על מצב זה הוא מורכב ורב. אחד הגורמים המרכזיים הוא גורם האפליה הישירה, כלומר קיומן של דעות קדומות והנחות סמויות בדבר אי יכולתם של אנשים מוגבלויות להיות חלק משוק העבודה והיותן חסם מרכזי בדרכם של אנשים עם מוגבלויות לתעסוקה מלאה. על פי סקר משרד התמ"ת מעסיקים חושבים שאנשים עם מוגבלויות הינם פחות יעילים, פחות מתאימים לעבודה עם קהל, בעלי השפעות שליליות על יתר העובדים, זוכים ל"הגנות יתר" מפני פיטורין, וחשים שמוקד העסקתם נעוץ בחסד ולא בשיקול כלכלי. חלקם גם מאמינים כי שילובם של בעלי מוגבלויות באוכלוסיית המועסקים אינו תפקידו של השוק החופשי אלא של המדינה.³

בצד האפליה הישירה נמצאים עוד גורמים וחסמים רבים. כך, למשל, סביבת העבודה הפיזית ונהלי העבודה, המגדירים את דרישות התפקיד ואשר נחזים להיות נתונים נייטרלים ומובנים מאליהם, עוצבו והוגדרו מבלי לקחת בחשבון את צרכיהם של אנשים עם מוגבלויות. חסמים נוספים קשורים בגורמים רבים: אי הנגישות של מבנים, דרכים, מקומות, שירותים משפיעים על יכולתם להיות חלק מן המרחב הציבורי בכלל ובשוק העבודה בפרט;⁴ פערים בחינוך, בהשכלה ובאפשרויות ההכשרה המקצועית;⁵ אי-השתלבות בגופים כמו הצבא או שירות לאומי;⁶ וכן מערך הקצאות אשר כורך בין יציאה לעבודה לבין אובדן הקצבה וההטבות הנלוות לה.⁷

חקיקת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות נבעה מן השאיפה להביא לתיקון מבני כולל אשר יכל התייחסויות לכל תחומי האפליה וההדרה של אנשים עם מוגבלויות.⁸ יוזמת החקיקה נבעה מן ההבנה שדפוס ההדרה של אנשים עם מוגבלויות בתחומים שונים הינם דומים למדי וכי כולם כרוכים בהיסטוריה ארוכה של פטרונות ודיכוי, גם אם נבעו לעיתים מכוונות טובות ורצון להיטיב עימם.⁹ הגישה שעמדה בבסיס כל ההסדרים והמנגנונים בעבר ראתה במוגבלות תכונה אינדיבידואלית אינהרנטית המאפיינת את האדם ולא תוצר של אינטראקציה בין האדם לסביבתו; המוגבלות נתפסה

² אנשים עם מוגבלויות בישראל 2007 – דו"ח השוואתי (פלדמן וכן משה עורכים, 2007); [מוגבלות והשתלבות בחיי החברה בישראל](#) (בן משה, רופמן והבר עורכים, 2009); מיכל אלפסי "אנשים עם מוגבלויות בישראל - אומדן האוכלוסייה, מאפייניה וחסמים לתעסוקה" (מינהל מחקר וכלכלה במשרד התמ"ת, 2010).

³ אלפסי, לעיל הערה 2.

⁴ פלדמן דינה, דניאלי-להב יעל, וחיימוביץ' שמואל נגישות החברה הישראלית לאנשים עם מוגבלויות בפתח המאה ה-21 (2007). "הזכות לנגישות והסדרים להבטחתה" דוח מבקר המדינה 52ב', 141 (התשס"ב).

⁵ נגישות מערכת החינוך לתלמידים עם מוגבלויות (הכנסת, מרכז המחקר והמידע) (4.5.2009); אודי כתרילאל "הנגשה פיזית של בתי-ספר בישראל- תמונת מצב" עניין של גישה (8) 5 (2008); מיכל אלפסי "תעסוקת אנשים עם מוגבלויות" (מינהל מחקר וכלכלה במשרד התמ"ת, 2009).

⁶ אלפסי, לעיל הערה 2.

⁷ לאחרונה תוקן חוק הביטוח הלאומי והגמיש את דרישותיו, ראו: חוק הביטוח הלאומי (תיקון 109), התשס"ח-2008, וכן: דוח הוועדה הציבורית לבדיקת ענייני הנכים ולקידום שילובם בקהילה (2005), הקרוי גם דו"ח לרון.

⁸ דו"ח הוועדה לבדיקת חקיקה מקיפה בנושא: זכויות אנשים עם מוגבלויות (1997) (להלן: דוח הוועדה הציבורית).

⁹ על הקשר בין מוגבלות ועוני בהיסטוריה של מדינת הרווחה המערבית ראו: DEBORAH STONE, THE DISABLED STATE (1984). על הפוליטיקה של קצבאות הנוכות, ראו ג'וני גל "עקרונות הפיזיו במערכת הביטחון הסוציאלי לאנשים עם מוגבלויות בישראל והשלכותיו" עבודה, חברה ומשפט 115 ט (2002); Sagit Mor, "Privilege and Neglect in Israeli Disability Policy: Between Charity Welfare and Warfare" YALE J.L. HUM. 63 (2006). גם מסגרות ה"תעסוקה המוגנת" שהתפתחו מאוחר יותר אמנם אפשרו לאנשים עם מוגבלויות מסגרת חברתית בעלת תוכן, אך רובן ראו בתעסוקת אנשים עם מוגבלויות אמצעי שיקומי מתמשך ולא מסלול לקראת התפרנסות עצמאית בשוק העבודה הפתוח. אריק רימרמן ושירי כץ "מדיניות התעסוקה המוגנת כלפי אנשים עם מוגבלויות קשות בארצות המערב ובישראל: סקירה ודיון" בטחון סוציאלי 111 65 (2004). מצב זה נמשך עד היום ועוגן בחוק זכויות לאנשים עם מוגבלויות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ז-2007.

כבעייתו של הפרט ולא כתוצר של הבנייה חברתית.¹⁰ גישות אלו נמשכות גם כיום בדמות ההנחה ששוק העבודה הוא נתון וכי הנטל הוא על אנשים עם מוגבלויות להתאים עצמם אליו ולא להיפך. חקיקת שוויון הזכויות באה לתקן מציאות זו. הרקע לחקיקה הוא המאבקים החברתיים של אנשים עם מוגבלויות במדינות רבות בעולם, בעיקר בארצות הברית ובאירופה.¹¹ מאבקים אלו 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 האפליה וההדרה מהן סובלים אנשים עם מוגבלויות ואת השפעתן על יכולתם להשתלב בחברה, להשפיע עליה, לבטא את העדפותיהם ולעצב את מציאות חייהם כרצונם.

המחקר המוצג במאמר זה הינו מחקר ראשון בתחומו מבקש לבחון האם וכיצד השפיע חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, על פסיקות בתי המשפט בתחום האפליה בתעסוקה. באופן ספציפי יותר הוא מבקש לבחון האם התפתחה, בתחום התעסוקה, דוקטרינה המשקפת את העקרונות אותם ביקשו מנסחי החקיקה לקדם וכן האם חל שינוי בשיח המשפטי בתחום התעסוקה המשקף תפיסה ביקורתית של מוגבלות ונכות.

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 אינדיבידואלית ולהציג קריאה אלטרנטיבית הרואה במוגבלות תוצר של תהליכים חברתיים דינמיים. מתוך הגישה החברתית-ביקורתית עולה הצורך לרתום את המשפט לתהליכי השינוי החברתי כזירת שינוי חשובה, אם כי לא בהכרח החשובה ביותר, כמובן.

שאלת השפעת החקיקה על השיח המשפטי הינה רחבה מטבעה ולכן הוגבלה לבחינת הפסיקה שפורסמה ושזכרה את חוק השוויון. כמובן שראי הפסיקה הוא ראי מצומצם שאינו יכול לספר את הסיפור כולו. יחד עם זאת, איתור הפסיקה כולה, פריסתה ומיפוייה מאפשרים את שרטוט של תמונת-על המעלה תובנות ותהיות חשובות המצביעות על הצלחות וכישלונות, יתרונות וחסרונות, אפשרויות והחמצות, הטמונות בפרויקט החקיקה, כפי שהם באים לידי ביטוי בפעולת בתי המשפט עד כה.

מן המחקר עולה כי דווקא בתחום התעסוקה, שנכלל בחוק השוויון מראשיתו וזכה להתייחסות מקיפה וכוללת בחוק, ואשר ניתן היה לצפות שיהפוך לתחום הדגל של יישום החוק, לא חלה כל התפתחות דוקטרינרית משמעותית. אמנם, ניתן לאתר פסיקה אקראית של ערכאות נמוכות (בתי דין אזוריים לעבודה) המבקשת לפרש את הוראות חוק השוויון באופן המבטא את העקרונות המובאים בחוק, אך רוב הפסיקה אינה הולכת בדרך זו. כפי שאראה, רובה המכריע נעדר פיתוח שיטתי ובהירות ערכית-עקרונית. למרות שהחוק כולל מנגנונים חדשניים הנענים למצוקת התעסוקה של אנשים עם מוגבלויות, פסקי הדין, לרוב, אינם מבטאים הכרה במציאות מורכבת זו ונוטים לפרש את המנגנונים החדשים ברוח שמרנית ומצמצמת.

¹⁰ להרחבה, ראו פרק א.

¹¹ JAMES I. CHARLTON, NOTHING ABOUT US WITHOUT US – DISABILITY OPPRESSION AND EMPOWERMENT (2000).

המקרים הנדונים במאמר מדגימים את הקשיים הכרוכים ביישום החוק ובעיקר מעלים תהיות ביחס למתח הקיים בין המושגים השונים המופיעים בפרק התעסוקה שבחוק השוויון. על פי החוק, אין להפלות אדם עם מוגבלות אם הוא כשיר לעבודה. איסור האפליה כולל חובת התאמות ובצידו ישנו סייג במקרה שנטל ההתאמה הינו כבד מדי וכן פטור במקרה שהפעולה המפלה לכאורה היא בגדר הדרישות המהותיות של התפקיד. אני מבקשת להצביע על המתחים הפנימיים הקיימים בין המונחים השונים שבחוק: "אדם עם מוגבלות" "התאמות" "נטל כבד מדי" "כשירות" ו"דרישות מהותיות לתפקיד". כך, למשל, מתח מרכזי אליו יתייחס המאמר הוא המתח שבין "כשירות" ו"התאמות". מתח זה מעלה את השאלה האם יתכן שאדם יראה לא כשיר מראש, אך בהינתן התאמות ראויות ימצא כשיר לעבודה? החשש הוא שדעות קדומות וסטריאוטיפים יגרמו לכך שעובדת עם מוגבלות תיראה בלתי כשירה לתפקיד מלכתחילה בעוד שגישה חברתית-דינמית היתה מאפשרת למצוא את אותה עובדת כשירה אך זקוקה להתאמות. מתח נוסף הוא המתח בין סייג ה"כשירות" לבין הפטור הקשור ב"דרישות המהותיות של התפקיד". אבחן האם וכיצד ניתן להבחין בין השניים ומה כל אחד מהם בא לשרת. אטען כי קיימת כפילות בין מושגים אלה המייתרת את הצורך בסייג הכשירות. המאמר יבקש להראות כי המתחים בין המושגים שמניתי לעיל אינם תוצאה של אי הבנה מקומית, אלא מבטאים קושי בסיסי הטמון בשיח הזכויות של אנשים עם מוגבלויות. קושי זה קשור בהמשך השפעתה של הגישה המסורתית הרואה במוגבלות עניין של שוני מהותי המצדיק יחס שונה ולכן אינה רואה ביחס שונה זה ביטוי לאפליה או לחוסר צדק.

פרק א' למאמר מפרט את הבסיס התיאורטי של הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט ואת ההצדקות בדבר אחריות המדינה והחברה כלפי תעסוקתם של אנשים עם מוגבלויות. פרק ב' פותח בהסבר כללי על חוק השוויון וממשיך עם פירוט הוראותיו של פרק התעסוקה שבחוק, הרקע להן ותכליתן. החלק השני של המאמר מפרט את ממצאיו של המחקר האמפירי המוצג במאמר זה. פרק ג' מציג את תיחום המחקר וממצאיו המרכזיים ואילו פרק ד' ממפה ומאפיין את פסיקת האפליה בתעסוקה ומצביע על הקשיים העולים ממנה לאור עקרונות ותכלית החקיקה ולאור הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט. פרק ה' למאמר מתמקד בהצעות לשיפור וקורא לשינוי תפיסתי ברוח עקרונות החקיקה וביקורת המוגבלות ולגיבוש דוקטרינה משפטית שתשקף את השינוי המשפטי שהחוק ביקש לקדם.

א. רקע תיאורטי

1. הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט

המסגרת התיאורטית לבחינה ביקורתית של חקיקת השוויון ושל הפסיקה שבעקבותיה, אותה אני מבקשת להציג ולפתח במאמר זה, הינה הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט (disability legal studies). גישה זו מחברת בין הגישה הביקורתית למוגבלות (disability studies) לבין הגישה הביקורתית למשפט (critical legal theory) ובוחנת את הנחות היסוד של השיח המשפטי ביחס למוגבלות ואת תפקידו של המשפט בתהליכי ההבניה החברתית של מוגבלות.¹² פירוט עיקריה של הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט ויישום עיקרים אלו על חוק השוויון נדרשים משום שטבעה של חקיקה שאינה מספקת תמונה מלאה של המקורות והביקורות שהזינו אותה, או של התהליכים

¹² Mor, לעיל הערה 9, בעמ' 135.

החברתיים שהביאו לחקיקתה. אדגיש כי בסיס תיאורטי זה לא עמד בהכרח לנגד עיני יוזמי החקיקה והמחוקק עצמו, אך אני מבקשת לטעון שהוא מהווה השלמה חשובה לכוננת המחוקק, בבסס את התכלית הערכית והעקרונית של החקיקה. מקורות וביקורות אלו נדרשות על מנת למלא את סעיפי החוק בתוכן במיוחד כאשר נדרשת הכרעת מדיניות או הכרעה שיפוטית.

1. מבוא כללי

בבסיס הגישה הביקורתית למוגבלות השאיפה לחשוף את היסודות החברתיים, התרבותיים, הפוליטיים, הכלכליים וההיסטוריים אשר משתתפים בעיצוב המשמעויות השונות אשר מוקנות למושג "מוגבלות".¹³ ההנחה המרכזית היא שמוגבלות הינה תופעה חברתית-פוליטית, תלויה הקשר ומובנית חברתית, תוצר של תהליכים תרבותיים וסביבתיים המשפיעים על עיצוב תנאי החיים ועל היחסים החברתיים שבהם נטועה הפעילות האנושית.¹⁴

היסודות לגישה הביקורתית למוגבלות הונחו על ידי קבוצות פעילים מקרב אנשים עם מוגבלויות שפעלו בארצות הברית ובאנגליה בשנות השבעים. קבוצת הפעילים באנגליה, בשם UPIAS,¹⁵ היתה הראשונה לטעון בצורה סדורה כי "החברה שלנו היא זו שמגבילה אנשים בעלי לקויות פיזיות. מוגבלות היא דבר אשר נכפה על גבי הלקויות שלנו וכתוצאה מכך מבודד ומדיר אותנו מהשתתפות מלאה בחברה באופן שאיננו הכרחי. אנשים עם מוגבלויות הם לכן קבוצה מדוכאת בחברה."¹⁶ בהמשך לכך, פיתח מייקל אוליבר (Michael Oliver), אחד מחברי הקבוצה הבריטית, את ההנגדה בין "המודל האינדיבידואלי" ל"מודל החברתי" של מוגבלות. ביסוד ההבנה האינדיבידואלית – המסורתית – של מוגבלות נמצאות מספר הנחות מרכזיות:¹⁷ ראשית, שתחום הבעיה הוא האדם עצמו ושהמוגבלות היא תכונה ניטראלית, אובייקטיבית, הטבועה בו; שנית, שהפתרון לבעיה אף הוא פרטני – בריפוי, בשיקום, בשילוב הפרט והתאמתו למערכות הקיימות מבלי לשנותן, במתן קצבאות וסיוע אינדיבידואלי, ובהקמת שירותים ייחודיים הנבדלים ואף מבודדים מן השירותים הניתנים לאוכלוסיה הכללית. שלישיית, שלחברה, לרוב, אין יד ביצירת המוגבלות, אלא מוגבלות היא דבר שקורה באופן אקראי לאנשים בודדים, בבחינת גורל אכזר, או אסון טבע.¹⁸

¹³ סוזן וונדל היטיבה לסכם יסודות אלו: 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, & SOCIETY 5 (1987).

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

¹⁵ *Union of the Physically Impaired Against Segregation* בשנת 1976 פרסמה הקבוצה מסמך בשם [Fundamental Principles](#) בו נוסחו העקרונות הבסיסיים של ביקורת המוגבלות. המסמך מצוטט אצל: MICHAEL J. OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE 21-28 (1996).
¹⁶ שם, בעמ' 22. הלקות, על פי מסמך עקרונות היסוד של UPIAS, הינה האבחנה המדעית של התסמונת או הפגיעה באיבר או באורגניזם בגוף. המוגבלות, לעומת זאת, מבטאת את החסמים והמכשולים החברתיים והסביבתיים אשר מדירים אנשים עם מוגבלויות מהשתתפות בפעילויות החברתיות ואשר עימם הם נאלצים להתמודד. התרגום של מושגים אלו שנוי עדיין במחלוקת בקרב הפעילים בארץ, אך בהעדר הסכמה כאמור, אסתפק באלו, תוך נטילת הסיכון שתושמע ביקורת לגבי בחירה זו.

¹⁷ Oliver, לעיל הערה 15, בעמ' 19-29.

¹⁸ לדין באחריות החברה כלפי מוגבלות, ראו להלן פרק 4.א.

מודל מקביל נוסף, המוצג גם הוא בהנגדה למודל החברתי, הוא "המודל הרפואי" של מוגבלות, המתמקד בהתנגדות לדומיננטיות של הרפואה בהבנה של מוגבלות, בעיצוב מדיניות כללית ובקבלת החלטות פרטניות ביחס לחייהם של אנשים עם מוגבלויות.¹⁹ "המודל הרפואי" וה"מודל האינדיבידואלי" הינם שני מודלים משלימים, אך יש גם הבדלים ביניהם. בעקבות אוליבר, אני מציעה להדגיש את היסודות האינדיבידואליים של הגישה המסורתית למוגבלות, ולראות בביקורת הרפואה היבט דומיננטי במסגרתם. דגש רב מדי על הרפואה אינו מקיף את מכלול הביקורת ועלול ליצור אנטגוניזם יתר שמתכחש לתפקיד החיובי שיש לרפואה ולריפוי בחייהם של אנשים עם מוגבלויות. המודל הרפואי קורא לבחינה ביקורתית של תהליכי המדיקליזציה של מוגבלות: הוא מעשיר את הדיון בנורמאלי, בפתולוגי ובאנושי, תורם לדיון בפוליטיקה של הגוף המוגבל ובמקומו של הגוף ה"אחר" בתרבות, ומצביע על תפקידם של מקצועות הבריאות והטיפול בתהליכים אלו.²⁰ כך, למשל, כיוון חשיבה זה מוביל לביקורת הפרקטיקות המבקשות, פעמים רבות באמצעים רפואיים, לתקן את הגוף המוגבל ולהופכו דומה ככל הניתן לגוף הממוצע, אשר הפך לגוף האידיאלי.²¹

גישת ההבניה החברתית למוגבלות מובילה גם לגישה התרבותית למוגבלות, זו המדגישה את ההיבטים החיוביים שבחיים עם מוגבלות ואשר מבקשת גם לחזק את התפיסה של אנשים עם מוגבלויות כקבוצה חברתית או קהילה אשר יש לה סדר יום עצמאי.²² סדר יום זה אינו כולל רק את מיגור הדיכוי אותו חווים אנשים עם מוגבלויות, אלא גם בפיתוח סולידריות, טיפוח ההכרה שבערך החיים עם מוגבלות, ועידוד יצירה תרבותית ואמנותית שמבטאת את חווית החיים עם מוגבלות לא כדרך של "התגברות" או "התמודדות" אלא כביטוי יצירתי עצמאי בעל קול ייחודי וערך חברתי כללי. סימי לינטון, מעמודי התווך בתחום, טענה כי מה שחסר לתנועת האנשים עם מוגבלויות הוא קול שאינו דובר מתוך מקום של בושה, סבל ופאסיביות, אלא שמבטא עונג, מאבק, ויצירתיות.²³

אך המודל החברתי של מוגבלות, נתקל גם בביקורת רבה. חולשתו של המודל, בקצרה, היתה בפשטותו. כך, למשל, נוצר עם הזמן דגש רב מדי על ההבניה החברתית של מוגבלות אשר אינה מאפשרת דיון מעמיק בהשלכותיה של הלכות הפיזית על חייהם של אנשים עם מוגבלויות.²⁴ בהמשך לכך, נטען כי טמונות במודל החברתי הכחשה ואי נכונות להודות בקשיים הממשיים הכרוכים במוגבלות אשר לא ניתן לשייכם למבנה החברתי, ביניהם הכאבים, הקשיים, התסכולים, התופעות

¹⁹ לדיונים בנושא, ראו המקורות לעיל, הערה 13, ולהלן, הערות 24-26. השימוש בטרמינולוגיה של "מודלים" הינו מקובל מאוד במסגרת הגישה הביקורתית למוגבלות, אך לטעמי המושג "מודל" עשוי להיות מצומצם וקשיח מדי. לכן, כאשר אפנה לצורות חשיבה אלו אכנה אותן גישות ולא מודלים.

²⁰ ROSEMARIE GARLAND THOMSON, FREAKERY: CULTURAL SPECTACLES OF THE EXTRAORDINARY BODY (1996).

²¹ LENNARD J. DAVIS, ENFORCING NORMALCY: DISABILITY, שם, Garland Thomson, בעמ' 63-66; DEAFNESS, AND THE BODY, Ch. 2 (1995).

²² Sally French and John Swaine, *Towards an Affirmation Model of Disability*, 15 Dis. & Soc., Carol J. Gill, *A Psychological View of Disability Culture*, 15(4) Dis. Stud. Quart. ;569 (2000) 16 (1995).

²³ Linton, לעיל הערה 14, בעמ' 110-115.

²⁴ [The Social Model of Disability: An Outdated](#) Tom Shakespeare & Nicholas Watson, JENNY MORRIS, PRIDE AGAINST PREJUDICE ;?, 2 Res. Soc. Sci. & Disability 9 (2002) [Ideology](#) Bill Hughes & Kevin Paterson, *The Social Model of Disability and the Disappearing* ;(1991) *Body: Towards a Sociology of Impairment*, 12 Disability and Society 325 (1997).

הפיזיולוגיות הנלוות לתסמונות השונות, תחושות הבדידות, ויחסי התלות.²⁵ התעלמות זו עלולה להוביל להכחשת הגוף עצמו, כלומר הכחשת עצם החוויה של חיים עם גוף שאינו תואם את הנורמות החברתיות ואשר מציב אתגרים בפני בעליו.²⁶ אוליבר ענה בתגובה לביקורות אלו כי תפקידה של התנועה החברתית של אנשים עם מוגבלויות הוא לעסוק בסבל החברתי ולא בסבל האישי שכן אין לסבל האישי פיתרון ברמת התנועה החברתית.²⁷ אך נראה שהאתגר הוא במציאת המינון הנכון בין הדגשת הסבל החברתי, מחד, ואי הכחשת הקושי והאתגר האישי, מאידך.

2. ארבע תמות משלימות

את עיקריה של הגישה הביקורתית למוגבלות, אני מציעה לפרוט לארבע תמות משלימות:

א. משוני אינהרנטי להבניה חברתית

העיקר הראשון המנחה את הגישה הביקורתית למוגבלות כרוך במעבר מהנחה הרואה במוגבלות שוני טבעי בסיסי, שקיים באופן אובייקטיבי בעולם, ואשר ניתן לייחסו באופן נייטרלי לאדם ולפיכך הוא גם מצדיק מתן יחס שונה כלפיו – אל תפיסת המוגבלות כתוצר של אינטראקציות דינמיות המושפעות מיחסי הכוחות החברתיים. הגישה הביקורתית למוגבלות מבקשת להראות כיצד האופן בו החברה מאורגנת ומעוצבת איננו הכרחי וכי החברה היא שמייצרת מכשולים חברתיים וסביבתיים באופן שמונע מאנשים עם מוגבלויות השתתפות, שייכות, בחירה, ומימוש זכויות. על פי גישה זו חיים עם מוגבלות אינם חיי טרגדיה וסבל בשל המוגבלות, אלא בעיקר בשל המשמעות השלילית שהחברה מייחסת למוגבלות ובשל המקום השולי והנחות שהיא מעניקה לאנשים עם מוגבלויות בתוכה.²⁸

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 עוד ביטוי למגוון ולריבוי הקיימים בחברה ואשר כלפיהם היא נדרשת לנהוג באורח שוויוני.²⁹ גישה זו מבקשת לקעקע את מקומו של "הנורמלי" כאמת המידה החברתית ולהראות שהצבתם של אנשים עם מוגבלויות במקומו של הפתולוגי היא תוצר של יחסי כוחות ולא של פעולת הטבע.³⁰

ג. מתיקון הפרט לתיקון החברה

²⁵ ראו, למשל: Liz Crow, *Renewing the Social Model of Disability, Including all of Our Lives* (Carol Thomas, Eds., 1996); EXPLORING THE DIVIDE 55 (Colin Barnes & Geof Mercer Eds., 1996); *A Theoretical Agenda, Developing the Social Relational in the Social Model of Disability* (Colin Barnes & Geof Mercer Eds., 2004); IMPLEMENTING THE SOCIAL MODEL OF DISABILITY: THEORY AND RESEARCH 32 (Colin Barnes & Geof Mercer Eds., 2004).

²⁶ לעיל, הערות 24-25; Wendell, לעיל הערה 13; נילי ברויאר, סטיגמה ואי הכרה מהראי של לימודי נח"ת (עבודת גמר, הוגשה במסגרת התוכנית ללימודי תרבות, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2008).

²⁷ Oliver, לעיל הערה 15.

²⁸ Linton, שם; MICHAEL OLIVER, THE POLITICS OF DISABLEMENT (1990).

²⁹ PAUL ABBERLEY, DISABLING IDEOLOGY IN HEALTH AND WELFARE – THE CASE OF OCCUPATIONAL

WENDELL; THERAPY, 10 Dis. & Soc. 221 (1995), לעיל הערה 13.

³⁰ Davis, לעיל הערה 21, בפרק 2.

העיקר השלישי המנחה את הגישה הביקורתית למוגבלות כרוך במעבר מתפיסה שהפרט הוא שצריך להתאים עצמו לנורמות החברתיות המקובלות – אל דרישה מן החברה להתאים עצמה למי שעד כה התעלמה מקולם ומצרכיהם, 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-תרבותית של מוגבלות לעקרון של פעולה ובסיס לאקטיביזם.

ד. "שום דבר עלינו – בלעדינו"

מקור הסיסמא שבכותרת הוא באנגלית – Nothing About Us Without Us, והיא משמשת נקודת חיבור בין התנועות לזכויות אנשים עם מוגבלויות ברחבי העולם.³¹ הרעיון ביסוד סיסמא זו הוא שיש לתת לאנשים עם מוגבלויות להחליט, לקבוע ולהשפיע בכל דבר הנוגע להם, כולל החלטות בנוגע לחייהם האישיים, קביעת מדיניות, ארגון מחקר, ועוד. הרקע לכך הוא ההיסטוריה של אנשים עם מוגבלויות במהלכה לא רק שהתעלמו מהעדפותיהם אלא הם נתפסו כמי שאינם מסוגלים להביע העדפות, או שאין לתת לעמדתם משקל משום שהם משוללי רציונליות. עקרון זה מעניק תוכן נוסף לעקרון של תיקון החברה כי הוא נותן ביטוי לקולם של אנשים עם מוגבלויות ורואה בהם את בעלי הידע והניסיון הרלוונטי על מנת לקדם שינוי.

3. מחברה למשפט

הגישה הביקורתית למוגבלות שהחלה להתפתח בקרב פעילים פוליטיים בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים תורגמה במהרה גם לעשייה משפטית. העשייה המשפטית ביקשה לבסס את הקטגוריה של מוגבלות בשיח השוויון וליצור שפת זכויות שהיא רלוונטית לניסיון החיים של אנשים עם מוגבלויות (גישה זו מכונה "מודל הזכויות").³² הבסיס הפוליטי של שפת זכויות זו הינו ההתייחסות לאנשים עם מוגבלויות כקבוצת מיעוט בעלת מאפיינים משותפים ובעלת שאיפות משותפות, כמו נשים ומיעוטים גזעיים, דתיים, או אתניים (גישה זו מכונה "מודל קבוצת המיעוט").³³ שאלת היכולת של אנשים עם מוגבלויות להתגבש כקבוצה או קהילה טומנת בחובה אתגרים הקשורים במגוון האינטרסים והזהויות הרב הקיים בקרב אנשים עם מוגבלויות, וביכולת לזהות את הקבוצה כבעלת מאפיינים תרבותיים משותפים.³⁴ אך גם אם אין הסכמה לגבי מוגבלות כתרבות (disability culture), ישנה הסכמה רחבה על כך שאנשים בעלי כל סוגי המוגבלויות חווים דפוסים דומים של דיכוי

³¹ CHARLTON, לעיל הערה 11.

³² RICHARD K. SCOTCH, FROM GOOD WILL TO CIVIL RIGHTS: TRANSFORMING FEDERAL 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 MOVEMENT (2003) פוליטית להכרה משפטית: חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות "נגישות לצדק חברתי בישראל" 79 (ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009). על מודל הזכויות ביחס למוגבלות ראו Michael Ashley Stein & Penelope J.S. Stein, *Beyond Disability Civil Rights*, 58 HAST. L.J. 1203 (2006-2007).

³³ על אנשים עם מוגבלויות כקבוצת מיעוט, ראו: Harlan Hahn, *Antidiscrimination Laws and Social Research on Disability: The Minority Group Perspective*, 14 BEHAV. SCI. & L. 41, 53 (1996); Adrienne Asch and Michelle Fine, *Women with Disabilities: Essays in Psychology, Culture, and Politics* (1988).

³⁴ לדעות שונות בנושא, ראו: Gill, לעיל הערה 22, בעמ' 16-19; Susan Peters, *Is There a Disability Culture? A Syncretisation of Three Possible World Views*, DISABILITY & SOCIETY 15(4) 583, 583-601 (2000).

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) ביחס למוגבלות תרמה לכך שניסיונות שינוי המצב הקיים וקריאת התגר על ההסדרים החברתיים והמשפטיים הרווחים באמצעות שיח זכויות וטענות שוויון נדחו לרוב.³⁵

ניסוחה של שפת זכויות ייעודית עבור 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 אוניברסאלי. זירה מרכזית ורבת השפעה בה התרחש תהליך תרגום זה הינה ארצות הברית, אשר היתה הראשונה שעיגנה את שוויון הזכויות של אנשים עם מוגבלויות בחוק,³⁶ ואשר החקיקה בתחומה היוותה מודל עבור חקיקת זכויות במדינות רבות נוספות.

ביטוייה של ההבניה החברתית-משפטית של מוגבלות הינם רבים. לצורך יישום ביקורת המוגבלות על עולם המשפט והמדיניות החברתית אני מבקשת להציע שלושה מישורים שונים בהם היא באה לידי ביטוי:³⁷

מישור ראשון הוא מישור הסטריאוטיפים, הסטיגמה והדעות הקדומות. הבט זה מצביע על כך שאנשים עם מוגבלויות נתקלים ביחס 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, בשל החשש שהם זקוקים להגנה או יחס מיוחד, או בשל תפיסות שגויות ביחס ליכולותיהם למלא תפקידים מסוימים. איסור האפליה הוא המנגנון העיקרי באמצעותו מתמודד המשפט עם תופעה זו.

המישור השני קשור בעיצוב הסביבה. בהקשר זה ביקורת המוגבלות מצביעה על כך שאנשים עם מוגבלויות אינם חלק משוק העבודה לא משום שאינם יכולים לעבוד אלא משום שהסביבה הפיזית ותנאי השוק הוגדרו ועוצבו באופן שמדיר אותם מקרבם. הקשר בין המישור הראשון למישור השני ברור: בהיות ארגון ועיצוב הסביבה הפיזית והארגונית מבוססים על אמת המידה הסמויה של האדם הלא מוגבל³⁸ הרי הם משפיעים על תפיסת האדם המוגבל כמי שאינו מתאים לתפקיד שממילא נתפר למידות לא לו. בהקשר של אפליה בתעסוקה הביאה ההכרה בהיבט זה להכללת חובת התאמות במסגרת איסור האפליה, חובה המחייבת שינויים מבניים בהגדרת התפקיד ודרישותיו על מנת לאפשר את חשיפת הנורמה הסמויה וקריאת תגר עליה.

שלישית, ההבניה החברתית של מוגבלות קשורה באופן הדוק גם לשאלות של חלוקת משאבים והיא מתבטאת בקיומם (או העדרם) של שירותים חברתיים מתאימים, המאפשרים מתן מענה לצרכיהם

³⁵ Martha Minow, *When Difference Has Its Home: Group Homes for the Mentally Retarded*, 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 111 (1987).

³⁶ על ה- ADA והשפעתו הגלובלית, ראו למשל: Katharina C. Heyer, *The ADA on the Road: Disability Rights in Germany*, 27 LAW & SOC. INQUIRY 723 (2002).

³⁷ ראו דיון מקביל בדבר 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, 822-820 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

³⁸ על אמת המידה הסמויה, ראו: MARTHA MINOW, *MAKING ALL THE DIFFERENCE* 19-23 (1990); קתרין מקינון *פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה* 23-34 (2005).

של אנשים עם מוגבלויות, מקדמים את השינוי המבני הנדרש ומבטאים את אחריות המדינה כלפי אנשים עם מוגבלויות. בהקשר של תעסוקה מדובר, למשל, בתוכניות הכשרה וייעוץ למעסיקים ולמועסקים המקדמות השתלבות בעבודה בשוק הפתוח, וכן קיום מערכי תמריצים, הנגשה והשתתפות במימון התאמות.³⁹

ככל גישה ביקורתית למשפט, גם יחסה של הגישה הביקורתית למוגבלות ומשפט כלפי המשפט הינו רב-ערכי. המשפט כאן איננו רק אמצעי לשחרור הקבוצה המופלית והמודרת אשר חווה דיכוי, אלא הוא גם חלק מאמצעי הדיכוי וגם הפלטפורמה על גביה מתקיים ומתאפשר חלק מן המאבק.⁴⁰ חשיפת האופן בו המשפט משתתף בתהליכי הבנייה חברתית והיותו חלק ממערכת יחסי הכוחות החברתיים מסירה את מעטה הניטראליות מעל גבי המשפט ובו בזמן מבקשת לרתום אותו לקידום השינוי המיוחל. תרומתו של המשפט לתהליכי ההבניה החברתית של מוגבלות באים לידי ביטוי בכל תחום משפטי, החל מן הדינים המובנים מאליהם העוסקים ישירות באנשים עם מוגבלויות, כגון קצבאות נכות,⁴¹ אשפוז כפוי,⁴² דיור בקהילה,⁴³ חינוך מיוחד,⁴⁴ נגישות ואיסור אפליה; דרך סוגיות אשר המוגבלות עומדת במרכזן, אך תפקידה סמוי מן העין, כגון כשרות משפטית ואפוטרופוסות,⁴⁵ הפלת עוברים עם מומים,⁴⁶ ועילת ההולדה בעוולה;⁴⁷ ועד לסוגיות כלליות הפועלות על בסיס הנחות נפרדות לגבי אנשים עם מוגבלויות, כגון אזרחות והגירה,⁴⁸ הורות ומשפחה, וכן חוזים ונזיקין.⁴⁹

2.א. אחריות המדינה והחברה

תמונת מצב זו מבהירה מה רב תפקידן של המדינה והחברה ביצירת הנחיתות ההיסטורית ממנה סובלים אנשים עם מוגבלויות בשוק העבודה. רבים מן המכשולים והחסמים העומדים בפני אנשים עם מוגבלויות בבקשם למצוא עבודה קשורים בבעיות עומק מבניות ומתמשכות המבוססות על משולש יחסים מורכב בין מעסיקים, מועסקים והמדינה. כל עוד אין שינוי חברתי משפטי, ברור שהנטל כולו נופל על כתפי אנשים עם מוגבלויות: הם אלו שאפשרויות רבות בתחום הפרנסה והמימוש העצמי

³⁹ להרחבה ראו דו"ח הועדה הציבורית, לעיל הערה 8, בעמ' 3, 40-38; Neta Ziv, *Disability Law in Israel and the United States – A Comparative Perspective*, 1999 ISR. Y.B. HUM. RTS. 171.

⁴⁰ MICHAEL W. MCCANN, *RIGHTS AT WORK: PAY EQUITY REFORM AND THE POLITICS OF POLITICAL MOBILIZATION* (1994); JOHN BRIGHAM, *THE CONSTITUTION OF INTERESTS* (1996).

⁴¹ שגית מור "לקראת רדיקליזציה של קצבת נכות כללית – דילמות של מאבק לשינוי חברתי" **העצמה במשפט** 91 (משפט חברה ותרבות, מ' אייזנשטדט וג' מונדלק עורכים, 2008).

⁴² Michael Perlin, *Things Have Changed: Looking at Non-Institutional Mental Disability Law Through the Sanism Filter*, 46 N.Y.L.S. L. REV. 535 (2002-2003).

⁴³ סילביה טסלר-לזוביק "בית כלא של זהב" **פנים** 26 (2003); "ארץ האפשרויות המוגבלות", דוח ארגון בזכות (2008).

⁴⁴ בג"ץ 2599/00 ית"ד עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, נ"ו(5) 834 (2002); בג"ץ **מרציאנו ואח' נ' שר האוצר** (24.12.2003).

⁴⁵ מור, לעיל הערה 41, בעמוד 100.

⁴⁶ ERIK PARENS & ADRIANNE ASCH EDS., *PRENATAL TESTING AND DISABILITY RIGHTS* (2000); Saxton Marsha, *Disability Rights and Selective Abortion*, in: *THE DISABILITY STUDIES READER* (2nd Ed., Lennard Davis ed., 2003).

⁴⁷ Wendy F. Hensel, *Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, 40 HARV. L. REV. 141 (2005); C.R.-C.L. L. REV. 141 (2005); נילי קרקו-אייל "מי ילד מושלם של אימא" **המשפט** 24, 81 (2007).

⁴⁸ Weber Mark C. *Opening the Golden Door: Disability and the Law of Immigration*, 8 *Journal of Gender, Race and Justice* 153 (2004); Arlene Kanter, *The Right To Asylum for People with Disabilities* 73 *TEMPLE U. L. REV.* 1117 (2000).

⁴⁹ Samuel R. Bagenstos & Margo Schlanger, *Hedonic Damages, Hedonic Adaptation, and Disability*, 60 *VAND. L. REV.* 743 (2007).

בתחום העבודה חסומות בפניהם; הם אלו שרבים מקרבם חיים חיי אבטלה ועוני, שורדים בעזרתן של קצבאות נכות וקצבאות הבטחת הכנסה בלתי מספקות; והם אשר מקבלים שכר נמוך, עובדים במשרות חלקיות, ועוד.⁵⁰ בנוסף, ואולי החשוב ביותר: עצם התמשכותו של המצב הנוכחי מחזק ומנציח את הדעות הקודמות והסטיגמות החברתיות כלפי תעסוקת אנשים עם מוגבלויות; המשך אי-העסקתם נתפס כמוצדק, מבנה שוק העבודה החסום בפניהם נתפס כמובן מאליו, והקצבאות אשר מאפשרות את הישרדותם נתפסות כנטל כלכלי על החברה.

א. אחריות מעסיקים

כללי איסור האפליה וחובת ההתאמות מעבירים את הנטל אל כתפי המעסיקים. כך קורה בכל הקשר של מאבק לשוויון בתעסוקה. למעשה, תחום התעסוקה הוא התחום הקלאסי בו אסורה האפליה במישור הפרטי.⁵¹ חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, 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 תפקיד מרכזי בשינוי מצב התעסוקה של אנשים עם מוגבלויות שכן הם העומדים בשער הכניסה לעולם התעסוקה והפרנסה. מנקודת מבט ליברלית, כפיית סטנדרטים של שוויון על מעסיקים במחיר הפגיעה בחירותם מוצדקת בשל הערך הגבוה המיוחס לעבודה ופרנסה הן מנקודת מבט אישית של העובד/ת והן כסוגיה כלכלית-חברתית כללית.⁵² ההתערבות הוצדקה, בהקשר זה, גם בעקבות ההכרה באי-השוויון הקיים ביחסי הכוחות בין עובדים ומעבידים.⁵³ בנוסף, ככל שהתרחבה עם השנים תחולתן של זכויות היסוד לתחום הפרטי, התבססה גם החובה של כל פרט לכבד את זכויותיו של כל אדם אחר.⁵⁴ התערבות מדינתית בדמות חוקי אי-אפליה באה לתקן כשל תפיסתי, אשר מבוסס על עמדות שגויות וגורם להדרה לא מוצדקת (ואף לא יעילה) של קבוצות מוחלשות אל מחוץ לספרה הציבורית.⁵⁵ השוויון בהקשר זה אינו רק מטרה מוסרית ראויה בפני עצמה אלא גם מטרה 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 הבנייה חברתית שאפשרו להם להתפתח ואשר הדירו אחרים ומנעו מהם אזרחות שוויונית ופעילה וכעת עליהם לתרום את

⁵⁰ דוח הנציבות 2009, לעיל הערה 2, בעמ' 46; טל ארטן-ברגמן ואריק רימרמן "דפוסי מעורבות חברתית בקרב אנשים עם וללא מוגבלות בישראל" **בטחון סוציאלי** 79, 49 (2009).

⁵¹ ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית" **עלי משפט** ג 37 (תשס"ג).
⁵² רות בן ישראל **שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה** כרך א' 256 (1998). בצד החובה לנהוג בשוויון נהנה המעביד כמובן מזכויות יתר המעגנות את זכותו לשכור ולפטר עובדים כרצונו וכן לנהל את העסק כראות עיניו. בן ישראל, שם בעמ' 310-312.

המתנגדים להחלת סטנדרטים של שוויון בתחום העבודה מצביעים על כך שחובה עבודה אינו שונה מכל חוזה אחר וכי על המדינה למלא תפקיד נייטרלי בלבד במערכת יחסי העבודה. על פי גישה זו, שוק העבודה, ככל שוק, צריך להתנהל על פי כללי היצע וביקוש בלבד. לתומכי גישה זו, ראו R.A. EPSTEIN FORBIDDEN (1992) MILTON FRIEDMAN, ;GROUNDS: THE CASE AGAINST EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAWS (1962) CAPITALISM AND FREEDOM (1962).

⁵³ נילי כהן "השוויון מול חופש החוזים" **המשפט** א 131 (1993).

⁵⁴ ברק בע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992). בן ישראל, לעיל, הערה 52, בעמ' 271.
⁵⁵ מדינה, לעיל הערה 51, בעמ' 59-57, 67-70.

חלקם בתהליכי התיקון של הפרקטיקות והמוסדות החברתיים.⁵⁶ מנקודת מבט זו, אחריות 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 מחויבות זו של המעסיקים עוד יותר משום שהיא מבליטה את המחיר הכלכלי של כניסת אנשים עם מוגבלויות לשוק העבודה ואת הנטל הישיר המוטל על המעסיקים לא רק בדמות שינוי עמדות אלא גם בדמות שינויים מבניים ופיזיים, כאמור. ההצדקות לכך הן אותן הצדקות שנזכרו לעיל, אך המחיר הגלוי והמפורש גבוה יותר מאשר בתחומים אחרים.

ב. אחריות המדינה

כניסת אנשים עם מוגבלויות לשוק העבודה תלויה במידה רבה בעיגון ובאכיפה של כללי אי-אפליה כלפי מעסיקים פרטיים, אך היא תלויה במידה רבה עוד יותר במעורבותה של המדינה ובהשקעתה הכספית בנושא. על אף הציפייה הברורה ממעסיקים שלא להפלות אין לתלות את הציפייה לשינוי באותם מעסיקים אקראיים הפועלים פעמים רבות במסגרת תחרותית קשה. לא ניתן גם לצפות ממועסקים פוטנציאליים לשבור לבדם את מעגל אי התעסוקה בו הם לכודים. אחריות המדינה לקידום השוויון וזכויות האדם בכלל קשורה במעמדה כריבון וכסמכות המתאמת בין כלל אזרחיה ותושביה. הגישה הליברלית המצמצמת רואה במדינה "לוויתן" שתפקידו לספק תשתית בסיסית מאוד של בטחון ושיתוף פעולה. הגישה הליברלית המרחיבה רואה בה גם אחראית למימוש הזכויות של כלל אזרחיה באורח שוויוני, הן כפרטים והן כחברי קבוצות, אם הן הוכחו כקבוצות שחבריהן סובלים מאפליה שיטתית. הגישה הסוציאל-דמוקרטית בנויה על יסודות של אחריות חברתית וסולידריות התומכות במעורבות מסיבית יותר של המדינה ביחסים בין הפרטים ובקידום שוויון חברתי וכלכלי. היא מחויבת לא רק להבטחת זכויות וחירויות הפרט, אלא גם להבטחת תנאים נאותים להתפתחותם של הפרטים בחברה. גישה ביקורתית תוסיף על יסודות אלו את אחריות המדינה לתקן את עוולות העבר שנגרמו לפרטים שבה במישרין או בעקיפין, וכן את עמדתה המועדפת בקידום שינויי עומק מבניים.

אשר לאחריותה של המדינה כלפי אנשים עם מוגבלויות, הגישה הליברלית-אינדיבידואלית למוגבלות מניחה שמקומם השולי והנחות של אנשים עם מוגבלויות בחברה איננו תוצאה של אפליה, אלא של הבחנה מותרת, המבוססת על שוני של ממש,⁵⁷ והיא אינה מכירה בתפקיד החברה ביצירת המוגבלות. במסגרת גישה זו המדינה תיטה לקחת אחריות כאשר מדובר במוגבלות שנוצרה עקב פעילות הקשורה במדינה או באינטרסים שהמדינה מבקשת לקדם. כך, למשל, מאז ראשית המדינה תוכניות הרווחה מעניקות הגנה יתרה והטבות למי שנפגעו במסגרת שירות בטחון או עקב פעולת איבה,⁵⁸ או למי שנפגעו במהלך תאונת עבודה.⁵⁹ בעשורים האחרונים נוצרו תוכניות רווחה עבור

⁵⁶ פרנסו רדאי "תיאוריה משפטית, חקיקה והתדיינות פמיניסטיות בישראל: רטרופקטיבה" **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם** 19 (דפנה ברק-ארז ושלומית יניסקי-רביד ויפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007); מקינון, לעיל הערה 38.

⁵⁷ ראו את דבריה של Minow, לעיל הערה 35, לעניין גישת האבנורמליות, כמו כן ראו את עבודתה של קתרין מקינון בתחום הפמיניסטית על נוסחת השוויון האריסטוטלית: מקינון, שם.

⁵⁸ חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 (גרסה מוקדמת: חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תש"ט-1949); חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970. ראו אוריאל פרוקצ'יה ואריה ל. מילר **זכויות הנכים בישראל: בעיות יסוד** (1974).

⁵⁹ פרק ה' לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; פרוקצ'יה ומילר, שם.

קבוצות נוספות של אנשים שנפגעו כתוצאה מכשל כלשהו בפעולת המדינה. זהו הרקע לחקיקה הספציפית שנוצרה עבור נפגעי הפוליו, נפגעי הגזזת, נפגעי חיסונים ונפגעי עירוניים.⁶⁰ בכל המקרים הללו למדינה קשר ישיר או עקיף להיווצרות המוגבלות, או שהיא בעלת אינטרס בעידוד הפעילות הרלוונטית כבעלת ערך חברתי גבוה.⁶¹ 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 ששויכו להם.⁶² קבוצה זו גם נהנתה באופן היסטורי מתוכניות תעסוקה ייחודיות ואף העדפה ברורה בתפקידים כגון כרטיסנים בבתי קולנוע, רישיונות למוניות, או זיכיונות לתחנות דלק.⁶³ החזרתם למעגל העבודה היתה עקרון מרכזי במדיניות השיקום ולשם כך ננקטו צעדים אפירמטיביים שכיום היו מוגדרים כמדיניות העדפה מתקנת אגרסיבית.

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 אותן המדינה 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 ובעוד מחלות העשויות להוביל למוגבלות.⁶⁴ בהמשך לכך, פעילויות חברתיות מזיקות רבות הן בתחום אחריות המדינה, אך היא אינה מפקחת עליהן כראוי, או שאינה מונעת אותן כנדרש, ביניהן: זיהום אוויר, פשיעה, תברואה ושירותי רפואה ציבורית מטפלת ומונעת.⁶⁵ לסיום, גם מידת השוויון החברתי-כלכלי ושיעור העוני במדינה הנם חלק ממדיניות מכוונת שתוצאתה העקיפה היא חשיפה בלתי שוויונית למחלות ולמוגבלויות הן בשל הפערים בנגישות לשירותי בריאות בסיסיים והן בשל הפערים בנגישות לשירותי שיקום מתקדמים וביכולת לרכוש טיפולים ואביזרים חדשניים.⁶⁶ גישה זו תצביע גם על עלויות ההתדיינות היקרות בהן נושאת המדינה דרך מערכת בתי המשפט בניסיונם של אנשים למצוא אשם קונקרטי על מנת שיתאפשר מימון הטיפולים והוצאות הנדרשות עקב אותן פגיעות. בהקשר זה ניתן להזכיר קבוצות נפגעים אשר זכו למעין נטילת אחריות של המדינה כלפיהן על ידי הסדרת תביעותיהן, בהן קבוצת נפגעי תאונות הדרכים והנפגעים ממוצרים פגומים.⁶⁷

לעומת זאת, גישה ביקורתית למוגבלות תסיט את הדגש ממועד היווצרות המוגבלות אל התשתית החברתית הכוללת (תרבותית, סביבתית, כלכלית, פוליטית) המייצרת ומנציחה את המוגבלות תחת

⁶⁰ חוק לפיצוי נפגעי גזזת, התשנ"ד-1994; חוק פיצוי לנפגעי פוליו, התשס"ז-2007; חוק לפיצוי נפגעי עירוני דם (נגיף האיידס), התשנ"ג-1992; תקנות ביטוח נפגעי חיסון, התשנ"ג-1992. לביקורת חקיקת הגזזת, ראו Nadav Davidovich & Avital Margalit, *Public Health, Law, and Traumatic Collective Experience: The Case of Mass Ringworm Irradiation*, in TRAUMA AND MEMORY 119 (Sarat, Davidovich & Alberstein Eds., 2008). לביקורת ההסדר לנפגעי הפוליו, ראו בג"ץ 10771/07 **שמואל גוירצמן נ' המוסד לביטוח לאומי** (01.02.2010).

⁶¹ גל, לעיל הערה 9; אורי ינאי "הסיוע לאזרחים נפגעי פעולות איבה" **בטחון סוציאלי** 40, 35 (1993); Mor, לעיל הערה 9, בעמ' 92-89, 127-125.

⁶² חשוב לציין כי מסגרת הטבות הינה ברובה תוצר של מאבק עיקש ומתמשך המנוהל על ידי נכי צה"ל עצמם וכן כי מסגרת הטבות נדיבה זו נמצאת לאחרונה תחת מתקפה ומתמודדת עם קיצוצים וצמצומים רבים.

⁶³ תקנות העסקת נכי מלחמה, התשי"א-1951.

⁶⁴ WENDELL, לעיל הערה 13, בעמ' 37-36.

⁶⁵ WENDELL, שם.

⁶⁶ WENDELL, שם. כך, בג"ץ 1207/07 **קר"ן – עמותת קטועי רגלים נלחמים נ' מדינת ישראל** (10.7.2008).

⁶⁷ עסק בפערים באיכות הפרוטזות שמקבלים נכי צה"ל לעומת נכים אחרים (העתירה נדחתה).

⁶⁷ חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975; חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980.

מעטה של ניטרליות. אחריות המדינה לפי גישה זו איננה רק בשל תרומתה להתרחשות הלקות מבחינה ביולוגית, אלא בשל הכשל הנמשך מליצור חברה נגישה, מכלילה, ונטולת דעות קדומות, המאפשרת השתתפות מלאה ומספקת שירותים חברתיים ראויים. למדינה, אם כן, לא רק אחריות ישירה ועקיפה לנסיבות היווצרות המוגבלות, ולא רק עמדה עדיפה בקידום שינוי עומק מבני, אלא גם אחריות חברתית כוללת לאזרחיה, ויותר מכך – אחריות לתקון עוולות העבר להם היתה, ועודנה, שותפה.

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

ב. פרק התעסוקה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

ב.1. אפליה על בסיס מוגבלות בתעסוקה – 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. מי שפרץ לכך את הדרך היה החוק האמריקאי הפדרלי, Americans With Disabilities Act (1990) (להלן ה-ADA).⁶⁸ מדינות רבות פנו בעקבות ארצות הברית וחוקו חוקי זכויות דומים במהלך שנות התשעים של המאה העשרים.⁶⁹ אי אפליה בתעסוקה היה מלכתחילה אחד הנושאים המובילים בחקיקת הזכויות החדשה (יחד עם נגישות). סיבה אחת לכך היא שהמדובר באחת הזכויות הבסיסיות ביותר ממנה נהנות כל קבוצות המיעוט שהצליחו להוכיח ולשכנע שהן סובלות מאפליה ומהדרה שיטתיות בשוק העבודה. סיבה אחרת שהיתה כרוכה במהלך זה היא השאיפה להפוך את האנשים עם מוגבלויות מקבוצה שנתפסת כנטל, החיה על רווחה וקצבאות, לקבוצה יצרנית ותורמת.⁷⁰

בעת חקיקת חוק השוויון כבר היה קיים חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.⁷¹ חוק זה כלל בתחילתו רק איסור אפליה על רקע מין, מעמד אישי והיות הורים, אך הורחב בתיקונים מאוחרים יותר וכיום הוא כולל גם איסור אפליה מטעמי נטייה מינית, גיל, גזע, דת, לאום, ועוד. עם זאת, על אף ההרחבות הרבות, מוגבלות לא היתה בין עילות האפליה המנויות בחוק. למעשה עד שנת 1998, לא היה קיים איסור על אפליה מטעמי מוגבלות באף דבר חקיקה ישראלי. מוגבלות היתה בסיס לקבלת שירותים חברתיים וקצבאות אך לא עילה מוכרת לתביעת שוויון.⁷² חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות היה הכלי המשפטי הראשון שיצר מסגרת דיון מותאמת לתביעות אפליה בתעסוקה של

⁶⁸ Pub. L. No. 101-336, 104 Stat. 327-33 (codified at 42 U.S.C. §§ 12101-13 (1990)).

⁶⁹ ראו רשימה בדו"ח הועדה הציבורית הכוללת את קנדה, בריטניה, אוסטרליה, ויפן. לעיל הערה 8, בעמ' 12.
⁷⁰ Samuel R. Bagenstos, *The Americans with Disabilities Act as Welfare Reform*, 44 Wm. & MARY L. REV. 921 (2003). ראו גם מור, בין המשגה להכרה, לעיל הערה 32, בעמ' 110-114.

⁷¹ חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

⁷² בין היתר: חוק הפיקוח על מעונות, התשכ"ה-1965; חוק ההגנה על חוסים, התשכ"ו-1966; חוק הסעד (טיפול במפגרים), התשכ"ט-1969.

אנשים עם מוגבלויות ולתביעות אפליה בכלל.⁷³ התוצאה הינה שמוגבלות היא הקטגוריה היחידה שהגנתה מצויה בחוק נפרד מחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

הוצאתה של מוגבלות מתחולת החוק הכללי ויצירת הסדר נפרד עבורה מבטאה את המורכבות שבהשגת שוויון זכויות עבור אנשים עם מוגבלויות. מצד אחד, עצם קיומו של חוק נפרד עלול לבסס ולהנציח את התפיסה של מוגבלות כדבר "שונה", ולא כחלק מדפוסי האפליה שקבוצות חברתיות אחרות חוות. מצד שני, יש בהפרדה ביטוי לצורה השונה של אפליה שאנשים עם מוגבלויות חווים לעומת קבוצות אחרות ומתן מקום ליצירת מנגנונים ייחודיים בהתאם.

דילמה זו אינה ייחודית לישראל. גם בארצות הברית, האיסור על אפליית אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה מופיע ב- ADA ולא ב- Civil Rights Act משנת 1964 הכולל את פרק שבע (Title VII) אשר אוסר על אפליה בתעסוקה על בסיס גזע, צבע, מין או מוצא לאומי.⁷⁴ וכך 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 גזע בהקשר התעסוקתי היא כמעט תמיד תוצר של אפליה.⁷⁵ בהמשך לכך, העסקת נשים או מיעוטים גזעיים לא נתפסת במסגרתו האידיאל הליברלי כגוררת שינויים בארגון מקום העבודה, אלא בעיקר כדורשת מהפך תפיסתי נטול עלויות כלכליות מוחשיות, הנחה הנתונה לביקורת, כמובן. זאת משום שעילת האפליה הליברלית הקלאסית באה להגן מפני דעות קדומות מוטעות המונעות מקבוצות חברתיות מופלות להשתלב במרחב הציבורי במסגרת התנאים הנתונים, אך לא לקדם שינוי מבני במקום העבודה.

יחד עם זאת, ההיסטוריה, וגם ההווה, של מאבקי השוויון מראה שישנם קווים מקבילים רבים בין מאבקם של אנשים עם מוגבלויות למאבקהן של קבוצות מודרות אחרות. כך, למשל, כשרותן המשפטית של נשים נשללה או הוגבלה בעבר והן נתפסו כמי שאינן יכולות למלא את דרישותיהם של מקצועות שונים, כולל מקצוע עריכת הדין.⁷⁶ עמדות סטריאוטיפיות מסורתיות כלפי נשים ראו בהן בעלות יכולות פיזיות ואינטלקטואליות נחותות מגברים ואף השתמשו לשם כך בדימויים מתחום המוגבלות.⁷⁷ עם השנים נשים הצליחו להרחיק עצמן מדימויים אלו ולהראות שהשוני הפיזי אינו רלוונטי לעניין יכולותיהן לבצע תפקידים רבים וכי ההנחה בדבר נחיתותן האינטלקטואלית מופרכת.⁷⁸ עם זאת, המסר המשתמע ממאבקן של הנשים הוא ש"הן לא נכות" (פיזית או אינטלקטואלית) ומכאן

⁷³ אריאלה אופיר ודן אורנשטיין "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998: אמנסיפציה בסוף המאה ה-20" ספר מנחם גולדברג 42, 46-47 (אהרון ברק ואח' עורכים, 2002).

⁷⁴ Civil Rights Act, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241 (1964)
⁷⁵ לבד ממקרים מועטים שניתן להגן עליהם במסגרת הסייג המצוי בחוק בדבר תנאי הנובע מהדרישות המהותיות של התפקיד. ראו להלן חלק ד.4.

⁷⁶ BRADWELL v. STATE OF ILLINOIS, 83 U.S. 130 (1872). באותו פס"ד קבע השופט ברדלי שלאישה אין זכות חוקתית להיות עורכת דין שכן מבנה התא המשפחתי אינו מתיישב עם הרעיון שאישה תאמץ קריירה עצמאית משלה. ראו גם: נויה רימלט "בין סגרגציה לאינטגרציה: קריאה לחשיבה פמיניסטית מחודשת על שוויון ומגדר בשוק העבודה" מחקרי משפט כד (1) (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).

⁷⁷ Douglas Baynton, *Disability and the Justification of Inequality in American History* (Longmore, P. and L. Umansky Eds., 2001).

⁷⁸ רדאי, לעיל, הערה 56.

שעלול להיות מובלע בו המסר שהבחנה המבוססת על נכות היא דווקא מוצדקת.⁷⁹ מישור מקביל נוסף, עכשווי יותר, מצוי במאבק לשינוי ארגון מקום העבודה באופן שיאפשר לשלב משפחה וקריירה, עבור גברים ונשים כאחד, כחלק מן השאיפה לקידום שוויון מגדרי בחברה.⁸⁰ ביקורת זו אף נשענת לעיתים על המנגנונים המושגיים שפותחו במסגרת המאבק לשוויון אנשים עם מוגבלויות ועושה שימוש במושג ההתאמות, למשל, על מנת לקדם את השינויים הנדרשים בשוק העבודה.⁸¹ קווים מקבילים אלו רבים וחשובים. יחד עם זאת, יש להודות (בזהירות ועם כל הסתייגויות הנדרשות) שפתיחת שוק העבודה לנשים "כמו שהוא", במסגרת האתוס הליברלי, עדיין מאפשרת לקבוצה משמעותית של נשים להצטרף לשוק העבודה, בעיקר אם היא מוכנה לקבל על עצמה את התנאים והדרישות, גם אם הם גבריים במהותם.

אפליית אנשים עם מוגבלויות מציבה אתגר ראשוני מורכב יותר לשוק העבודה. אידיאל הניטרליות הליברלי איננו אפשרי בהקשר של מוגבלות של 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", שמעוגן בהבדלים טבעיים, "פיזיים", "אמיתיים". וכך ההבחנה על בסיס מוגבלות לא נתפסת כחשודה מלכתחילה אלא כביטוי לשוני רלוונטי – טבעי ואובייקטיבי. לפיכך, למרות שגם בהקשר של מוגבלות השינוי הנדרש הוא בראש ובראשונה תפיסתי, השתלבותם של אנשים עם מוגבלויות בשוק העבודה (ובכלל) דורשת בהכרח התייחסות לשוני ולא התעלמות ממנו. לשם כך נוספו המנגנונים של התאמות ונגישות שתכליתם היא הסרת חסמים שמקורם באופן בו 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 (חישוב למשל על פקיד קבלה עם לקות שמיעה או ראייה) ולכן להידחות מבלי שיישקלו ההתאמות הרלוונטיות לגביו (תוכנת הקראה, מגבירי שמע, תוכנת תרגום קול לכתב ולהיפך, חלוקת תפקידים בין מספר פקידים, ועוד).⁸² קושי נוסף הוא שכניסת אנשים עם מוגבלויות לשוק העבודה נתפסת כיקרה וככרוכה בעלויות גבוהות, למרות שבפועל פעמים רבות התאמות אינן כרוכות בהשקעת גבוהה.⁸³

יחד עם זאת, למרות ייחודיותם של מנגנונים אלו, עקרון פעולתם רלוונטי לקבוצות מיעוט רבות, המוטרות אף הן, כל אחת בדרכה, מסוגיית ההתייחסות לשוני.⁸⁴ אמת המידה הסמויה, התפורה למידותיו של רוב מדומיין, עיצבה את פני החברה כולה ובכללה את פני שוק העבודה באופן שמדיר

⁷⁹ Baynton, לעיל הערה 77.

⁸⁰ ראו מאמריה של ניה רימלט, לעיל הערה 76.

⁸¹ יורם מרגליות ושרון רבין-מרגליות "עבודה ורווחה: על הקשר בין דפוסי ההעסקה המשתנים לבין זכויות הרווחה של העובדים" עיוני משפט כ"ה 601 (2002).

⁸² ראו את מסמך הנציבות בנושא: "התאמות בתעסוקה בשוק החופשי לאנשים עם מוגבלות ולבני משפחה" (עמדת נציבות שוויון לאנשים עם מוגבלות, 2004). תיאור ההתאמות שלעיל מצוטט מן המסמך כלשונו.

⁸³ השוו למשל, בין התקנת מעלית לבין הגמשת שעות העבודה. למחקר אמפירי בנושא, ראו: D.J. Hendricks, Linda C. Batiste, Anne Hirsh, Helen A. Scharz, & Peter Blanck, *Cost and Effectiveness of Accommodations in the Workplace: Preliminary Results of a Nationwide Study*, 25(4) Dis. STUD. QUART. (2005).

⁸⁴ Minow, לעיל הערה 38.

פרטים וקבוצות שאינם מצייתים לה. א/נשים החיים בעוני, מבוגרים, שמנים, בעלי העדפות מיניות מגוונות, בעלי משפחות שהרכבן אינו מסורתי, מהגרים, נשים ומיעוטים גזעיים, לאומיים, אתניים ודתיים; כל אלו, שותפים ושותפות לשאיפה לחשוף ולערער את מבנהו המדיר של שוק העבודה וגם לרצון לארגנו מחדש.

למעשה, החסמים הפיזיים, הממשיים, העומדים בפני כניסת אנשים עם מוגבלויות לשוק העבודה מדגימים וממחישים את החסמים המצויים בפני קבוצות רבות נוספות. במובן זה, חסרונם של אנשים עם מוגבלויות הוא גם יתרונם – מוחשיות החסמים מאפשרת לגייס את החברה להסרתם. וכך, באופן אירוני, הגישה החברתית חוברת לגישה האינדיבידואלית ושתיהן שותפות למסר לפיו "אין זו אשמתם" של אנשים עם מוגבלויות שהם מוגבלים: הגישה האינדיבידואלית-רפואית מטילה את האשמה על "הגורל האכזר" ואילו הגישה החברתית-ביקורתית מטילה את האחריות על החברה. מי שעלול להפסיד ממסר זה, הפעם, הם אלו שנתפסים על ידי החברה כמי שאי השתלבותם היא כן "אשמתם" – העניים "סתם", משפחות חד הוריות, אנשים חסרי השכלה תיכונית, מהגרים וכן הלאה; כל אלו שאבטלתם או שכרם הנמוך נתפסים כמוצדקים על ידי מנגנוני השוק.

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

2.2. הוראות פרק התעסוקה שבחוק השוויון

על מנת להבין את מלוא משמעותו של פרק התעסוקה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות יש למקם אותו במסגרת החקיקה כולה. חוק השוויון פותח בשני פרקים העוסקים בעקרונות היסוד של 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 אשר הסדירו שני תחומים: תעסוקה ונגישות לתחבורה ציבורית.⁸⁵ בשנת 2005 תוקן החוק ונוסף לו פרק נגישות מקיף המתייחס לנגישות למבנים ולמקומות ציבוריים וכן לנגישות לשירותים ולמידע.⁸⁶ החוק חותם בפרק ייחודי המקים נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, שתפקידה לקדם את המודעות לעקרונות שבחוק, לייעץ לממשלה בהליכי תקינה וחקיקה בנושא ואף לייצג אנשים עם מוגבלויות בתביעות אפליה בתעסוקה.⁸⁷

⁸⁵ פרקים ד' ה' לחוק, בהתאמה.

⁸⁶ פרק 1 לחוק. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון מס' 2), התשס"ה-2005, ס"ח 288.

⁸⁷ פרק ו' לחוק. יש לציין כי תפקידיה של הנציבות על פי החוק צרים מאלו שיועדו לגוף זה בדוח הועדה הציבורית, לעיל הערה 8, בעמ' 17. מאז הוקמה גם נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה (סעיף 18א' לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה).

פרק התעסוקה בחוק השוויון כולל אחד עשר סעיפים. רוב הסעיפים מקבילים בעיקרם לסעיפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.⁸⁸ בצידם, ישנם מספר סעיפים ייחודיים, ביניהם הסעיף העוסק בקידום הייצוג ההולם של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה (סעיף 9), ועוד סעיף שעניינו פיתוח תוכניות לקידום תעסוקת אנשים עם מוגבלויות (סעיף 16), המבטא הכרה באחריות המדינה לנושא וכן הכרה בצורך בשירותים חברתיים מתקדמים בצד הסרת סטריאוטיפים והסדרת נגישות. המשך המאמר יתמקד בסעיפים 8-9 לחוק העוסקים באי אפליה ובייצוג הולם. להלן אציג את עיקריהם של סעיפים אלו ואת העקרונות העומדים ביסודם.

1. איסור אפליה בתעסוקה

סעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות קובע כי אין להפלות אנשים עם מוגבלויות בכל אחד מהפרמטרים המוכרים מחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, ביניהם קבלה לעבודה, תנאים, קידום, הכשרה, פיטורין, הטבות ותשלומים. חוק השוויון מרחיב את האיסור על אפליה בקבלה לעבודה וקובע כי היא כוללת גם אפליה במבדקי קבלה. הרחבה זו נוצרה לאור ניסיון העבר המראה כי אנשים עם מוגבלויות נתונים למבדקים בריאותיים ולמבדקים נוספים, יותר ממועמדים אחרים לעבודה, פעמים רבות ללא הצדקה, ובאופן שמוטה לרעתם.⁸⁹

סעיף איסור האפליה אינו מובן מאליו. כאמור, עד לחקיקת חוק השוויון לא זכה הנושא להתייחסות בחקיקה או לפיתוח בפסיקה. ככל הידוע, עד לחקיקת החוק גם לא הוגשה כל תביעת אפליה בתעסוקה על בסיס מוגבלות. החוק אפשר להמשיג את חוויותיהם של אנשים עם מוגבלויות כאפליה אסורה ולפעול כנגד אפליה זו במישור המשפטי, גם אם ישנם עדיין חסמים לא מעטים העומדים בפני מימוש זכויות אלו.⁹⁰

האפליה אותה אוסר החוק הינה בראש ובראשונה אפליה המבוססת על סטריאוטיפים שגויים, דעות קדומות וסטיגמה אשר מונעים תעסוקה מאנשים עם מוגבלות. המדובר בחסמים תפיסתיים הפועלים באותם מקרים בהם ניתן היה להעסיק אדם מסוים (גם בלא התאמות) אך הוא לא התקבל לעבודה, לא קודם, או שפוטר בשל דעה קדומה מפורשת או הנחות שגויות סמויות ביחס ליכולותיו. הסיבות לכך הן מגוונות: אנשים עם מוגבלויות נתפסים כחסרי יכולות פיזיות או אינטלקטואליות ולכן כבלתי כשירים לתפקידים או משרות גם כאשר יש להם את היכולות והכישורים הנדרשים. בנוסף, הם נתפסים כמי שזקוקים לטיפול, הגנה והשגחה, וכן מעוררים אי נוחות בקרב אנשים רבים אשר מעדיפים שלא להיות בסביבתם.⁹¹ יש המייחסים אי נוחות זו לקושי פסיכולוגי שנכוחתם של אנשים עם מוגבלויות מעוררת שכן הם משמשים תזכורת לשבריריות הקיום האנושי.⁹² התוצאה היא שגם

⁸⁸ סעיפים 8, 10, 11-12, 14-15 לחוק. בנוסף, סעיף 13 לחוק השוויון מחיל את הוראות סעיפים 5, 9(א), 11, 13, 14, 16, 17, 18, 21 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה על חוק השוויון.

⁸⁹ הצעת החוק המקורית כללה סעיף מיוחד העוסק בבדיקות רפואיות.
⁹⁰ שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד 529 (תש"ס).

⁹¹ טיעונים מעין אלה הועלו על ידי הנתבעים בת"א 15/97 שמיאן נ' מסעדת גני רוזמרי, דינים שלום יד 402 (1999) (מועדון אשר סירב להכניס לתחומיו אישה המתניידת בכיסא גלגלים).

⁹² Susan Wendell, Towards a Feminist Theory of Disability, The Disability Studies Reader
Jill Lessing, Denial and Disability, 11(5) OFF (מצטטת את Lennard Davis Ed., 1997) 260, 268 (Our BACKS 21 (1981)).

במקרים בהם אין צורך בשינוי מבני, עמדות קודמות בלתי מבוססות מונעות ממעסיקים לקבל אנשים עם מוגבלויות לעבודה.

2. הגדרת אדם עם מוגבלות

איסור האפליה חל כאמור על אדם עם מוגבלות. אדם עם מוגבלות, על פי סעיף 5 לחוק 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 שלא להגביל את תחולת החוק באמצעות מבחנים רפואיים, סייגים של חומרת המוגבלות, או רשימה סגורה של מקרים. בנוסף, הסעיף אינו מוגבל לתחום מסוים מתחומי החיים ובכך הוא שונה למשל מן התנאים לקצבת נכות כללית בביטוח הלאומי המתמקדים בכושר העבודה.⁹³ כל אחד מתחומי החיים – משמעו גם תחומים שאינם קשורים בעבודה בהכרח.⁹⁴

ניסוח פתוח זה עולה בקנה אחד עם הגישה המבקשת להתמקד בהבניה החברתית ולא בלקות ובהגדרת הרפואית. יחד עם זאת, לשונו של הסעיף חשופה לביקורת שכן ההגדרה מניחה שהמוגבלות היא הסיבה "בשלה מוגבל" האדם בתפקודו (ובשל כך מבטאה גישה אינדיבידואלית למוגבלות), בעוד שעל פי הגישה הביקורתית לאופן ארגון מקום העבודה ולדרך עיצוב המשרה יש תפקיד לא מבטל ביצירת המוגבלות.

אחד הקשיים עימם צריכה להתמודד החקיקה הוא הנטייה לתחום את מעגל הנהנים מן החוק ולכלול ביניהם בעיקר אנשים בעלי מוגבלויות ניראות, מאובחנות, ובעיקר – כאלו שנתפסות כ"חמורות": כלומר, כמגבילות ביותר מבחינת תפקוד יומיומי, חריגות מבחינת שכיחותן באוכלוסיה, שהשפעתן קבועה ולא זמנית, ואשר רמת סטייתן מהגוף הסטנדרטי, ה"נורמלי", הממוצע, רבה מאוד.⁹⁵ עוד משותפת להם סטיגמה חמורה המשויכת להם בשל מוגבלותם. הקושי הוא שאנשים שדרגת מוגבלותם נחשבת "קלה" עשויים למצוא עצמם מחוץ לטווח ההגנה של החקיקה משום שהם "לא מוגבלים מספיק".⁹⁶ אך גם אם האחרונים סובלים פחות מן הסטיגמה הכרוכה במוגבלות, הגישה המצפה מהם להתאים עצמם לתנאי השוק והסביבה פועלת לרעתם באופן דומה לפעולתה ביחס לאנשים עם מוגבלויות "חמורות".

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

⁹³ אופיר ואורנשטיין, לעיל הערה 73, בעמ' 59-62.

⁹⁴ עד כה לא זכה המושג לפיתוח על ידי גוף רשמי בארץ (כגון הנציבות או משרד התמ"ת). בעת הצורך ניתן ללמוד מן ההנחיות שפורסמו על ידי נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה של ארה"ב שם נקבע, למשל, כי "תחומי החיים העיקריים" כוללים, בין השאר את "יכולת האדם לדאוג לענייניו, הליכה, ראייה, שמיעה, דיבור, נשימה, למידה, עבודה, עמידה, נשיאה, חשיבה, יכולת ריכוז, ואינטראקציה עם אחרים." "EEOC Compliance Manual § 902.3(b), הציטוט מובא אצל אופיר ואורנשטיין, שם, בעמ' 61-62.

⁹⁵ Scott O'Connor A., *The Severity Regulation - A de minimis Threshold or a More Formidable*

Obstacle for Disability Claimants? 34 LOYOLA L. REV. 196 (1988).

⁹⁶ ראו את ממצאי המחקר בחלק ד.2.

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

3. איסור האפליה כולל חובת התאמות

החידוש המרכזי בחוק, הלקוח מניסיון החקיקה האמריקאית (ה-ADA), הוא ש"אפליה", על פי סעיף 8 לחוק, כוללת גם "אי-ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו." הוראה זו עוסקת בעיקר בחסמים הפיזיים והמבניים הנלווים לחסמים התפיסתיים ואשר למעשה כרוכים האחד בשני. כלומר: בצד היסוד השלילי של איסור אפליה נוסף יסוד חיובי של יצירת תנאים המאפשרים לאנשים עם מוגבלויות כניסה לשוק העבודה, אשר עוצב ואורגן מבלי לקחת את הצרכים וניסיון החיים שלהם בחשבון.⁹⁷ רעיון ההתאמות משקף את ההבנה שאין די לדרוש מאדם עם מוגבלות להתאים עצמו לדרישות התפקיד, אלא יש להתאים את מקום העבודה לצרכיו.⁹⁸ גישה זו תואמת את התפיסה הביקורתית למוגבלות השואפת, כאמור, לתיקון החברה במקום תיקון הפרט. יחד עם זאת, גם כאן לשון החוק חשופה לביקורת שכן ההתאמה מתוארת כנדרשת "בשל צרכיו המיוחדים" של האדם ולא בשל האופן המדיר בו עוצבו הסביבה והנורמות של מקום העבודה. נוסח זה שוב משקף במידת מה את המשכה של גישה אינדיבידואלית למוגבלות שאינה מאתגרת את הנורמה הסמויה, אלא רואה את צרכיו של אדם עם מוגבלות כייחודיים לו, הנובעים 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: לא מדובר רק על התאמה פיזית כגון התקנת רמפה, מעלית, תוכנת הקראה, או מגבר קול, אלא גם שינויים בדרישות התפקיד, הגמשת שעות העבודה (על ידי פיצול או אפשרות משרה חלקית) וכן יצירת מערכי הדרכה ועזרים נלווים מותאמים, למשל, עבור אנשים עם לקויות למידה או בעלי מוגבלויות שכליות. במסמך אשר ניסחה נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות בישראל נמנו מספר התאמות אשר משותפות לכל בעלי המוגבלויות, ביניהן: הסברה ויצירת אקלים ארגוני משלב; עיצוב סביבת עבודה מותאמת לעובד הספציפי; ליווי וייעוץ למועסק ולמעסיק; וכן עקביות ובהירות המסרים, היעדים, המשוב ודרכי הפעולה.⁹⁹

שלב איתור ההתאמות, שקילתן ויישומן הוא השלב הטרנספורמטיבי המכריע של החוק. זהו השלב בו אדם שנחזה להיות בלתי מתאים לתפקיד הופך מתאים ואילו מקום העבודה ודרישות התפקיד, שנתפסו כנתונים ומובנים מאליהם, מוטלים בספק והופכים מותגים – תלויי היסטוריה והקשר. זהו הרגע בו גבולות הדמיון של המעסיקה הממוצעת (וגם של השופטת המצויה) מאתגרים ונפרצים. אך פריצת הדמיון עצמה כרוכה בהתגברות על חסמים תפיסתיים אשר מקשים על ראייה אלטרנטיבית של המציאות. לפיכך, במקרים רבים, המעסיקה, כמו גם בית הדין, עלולה כלל לא להגיע לשלב

⁹⁷ אופיר ואורנשטיין, לעיל הערה 73, בעמ' 65-68; זיו, לעיל הערה 39, בעמ' 821-820, 845-860.
⁹⁸ R.L. Burgdorf, *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).
⁹⁹ עמדת הנציבות, לעיל הערה 82.

שקילת ההתאמות, אלא להסתפק בהנחה לפיה שלב שקילת ההתאמות כלל איננו רלוונטי ולפטור את המקרה כמקרה של אי-התאמה (או אי כשירות בלשון החוק) לתפקיד.¹⁰⁰

הפעלת ויישום סעיף ההתאמות כרוכה, אם כן, במספר קשיים משמעותיים: כיצד תיקבע שאלת ההתאמה הראויה? על מי הנטל להציע התאמות? וכיצד ידע מעסיק כי שקל את כל האפשרויות הקיימות או את כל האפשרויות שמצופה ממנו לשקול? כפי שהדיון בהמשך מראה, הפסיקה מטילה את הנטל לעיתים על המעסיק ופעמים רבות על העובד.¹⁰¹ אטען כי נדרשת הכרעה ברורה בעניין וכן נדרשת מעורבות אקטיבית של המדינה ביצירת מנגנון של ייעוץ להתאמות ולא רק של השתתפות במימון.

4. 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 שלא להיות מופלים לבין הנטל המוטל על מעסיקים להתאים את מקום עבודתם על מנת שלא להביא לפגיעה כלכלית חמורה בעסק. על מנת להבהיר את אופן השימוש במושג זה מפרט הסעיף כי *נטל כבד מדי* הינו "נטל בלתי סביר בנסיבות העניין, 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 הינו פרי ההקשר בו הוא נעשה ותלוי במאפייניו הספציפיים של מקום העבודה הפוטנציאלי. ככלל, ככל שהעסק גדול יותר וככל שמשאביו מרובים כך תגבר הציפייה ממנו על פי החוק לבצע את ההתאמות הנדרשות.

המבחן הוא מבחן סבירות ההתאמה והחישוב הינו חישוב כלכלי בעיקרו. חישוב זה מבוסס על הערכת מכלול המשאבים המצויים בידי המעסיק בו מדובר, והוא בוחן האם זכאי המעסיק לפטור מחובת ההתאמה הנדרשת עבור האדם הספציפי (המועמד לקבלה לתפקיד, לקידום או לפיטורין), בשל המשאבים המוגבלים המצויים בידיו.¹⁰² מבחן מכלול המשאבים מבקש למנוע מצב בו עסקים, קטנים בעיקר, לא יוכלו לעמוד בהתאמות שעלותן יקרה מדי ביחס לגודל העסק ומבנהו, באופן שיפגע ביכולת ההישרדות הכלכלית שלהם. חישוב כלכלי זה נערך על רקע תכלית החקיקה המבקשת לקדם את תעסוקתם של אנשים עם מוגבלויות ולשנות את עמדות המעסיקים ביחס להעסקתם. לפיכך, ברור שהמעסיקים כן נדרשים לשאת בנטל כלכלי מסוים וכי לא כל "אי נוחות" כלכלית גרידא תפעיל את פטור הנטל הכבד מדי. המושג "נטל כבד מדי" בעצמו, מכיל בתוכו את ההנחה שהטלת "נטל" מסוים הינה לגיטימית ואף נדרשת, ואפילו הטלת "נטל כבד". קריאה מדויקת של החוק מעלה שהוא פוטר מעסיקים אך ורק מן הנטל הכבד מדי. האתגר כאן הוא בהפניית האמירה ש"זכויות אדם עולות כסף"¹⁰³ לא רק כלפי המדינה אלא גם כלפי גופים פרטיים.¹⁰⁴ טענה נגדית מרכזית בהקשר זה היא

¹⁰⁰ לדיון באופן היישום של סוגיית אי-הכשירות, ראו חלק ד.2.

¹⁰¹ להלן חלק ד.3.

¹⁰² ראו גם: Mark Weber, *Unreasonable Accommodations and Due Hardship*, FL. L. REV. (forthcoming: 2010).

¹⁰³ בג"ץ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית מכבים רעות**, פ"ד נ' (1) 19 (1996); בג"צ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94, (1995) (ראו מצא, פסקה 19, וכן שטרסברג-כהן, פסקה 15).

הפגיעה האפשרית ביכולת התחרות של מעסיקים (בינוניים בעיקר) בשל חלוקת נטל שרירותית.¹⁰⁵ המענה לטענה זו אינו פשוט. בטווח הקצר ניתן לבסס את ההצדקות לפגיעה הנטענת במעסיקים אקראיים על הדיון שנערך בדבר אחריות מעסיקים.¹⁰⁶ בטווח הארוך, השאיפה היא, כמובן, שככל שיותר אנשים עם מוגבלויות ייכנסו לשוק העבודה וידרשו את ההתאמות המגיעות להם, יותר מעסיקים יידרשו לעלויות אלו וכך שאלת הפגיעה במעסיק האקראי תהפוך ללא רלוונטית.¹⁰⁷

רכיב חשוב נוסף בנוסחת האיזון מבטא ציפייה מן המדינה להשתתף במימון ההתאמות וזאת, כחלק מן האחריות החברתית הכוללת להכללת אנשים עם מוגבלויות בשוק העבודה וכמנגנון תמיכה במעסיקים. משמעות רכיב זה היא שאין ציפייה מן המעסיק לשאת לבדו בנטל ההתאמה, אם עלותה גבוהה. ואמנם, בשנת 2006, הותקנו כאמור תקנות העוסקות בהשתתפות המדינה במימון התאמות המסדירות את חלקה של המדינה במימון כתלות בגודל העסק ועלות ההתאמה. יחד עם זאת, קיומם של מקורות מימון ממשלתיים הינו רק שיקול אחד מבין מספר שיקולים שהחוק מונה ואינו שיקול מרכזי או מכריע ביניהם. המעסיקים, כאמור, מצופים לממן לפחות חלק מן ההתאמה מכיסם.

מושג הנטל הכבד מדי מעלה סוגיות פרקטיות ונורמטיביות נכבדות. השאלה הפרקטית המרכזית היא מי יקבע, או מי יסייע למעסיק לקבוע, שהמדובר בנטל כבד מדי. השאלות הנורמטיביות עוסקות בדבר מהותו ומשמעותו של הפטור מהתאמה. כך, ניתן לראות במקרים הנכנסים בגדר המושג, במקרים של "אפליה מוצדקת" – כלומר אבחנה שהיא אסורה ככלל, אך מוצדקת על רקע העלויות הכלכליות בהן כרוך תיקון האפליה באותו מקרה, ולפיכך מזכות אותו ב"פטור". מאידך, ניתן לראות בהם מקרים של אי-אפליה כלל, שכן אפליה מתרחשת רק כאשר נענים כל תנאי הסעיף, כולל נטל שאינו כבד מדי. ההכרעה בין המשמעויות חשובה מבחינת המסר הטמון בה.

5. אין זו אפליה אם האדם אינו כשיר לתפקיד

כלל איסור האפליה קובע כי אין זו אפליה אם האדם המועמד לתפקיד או לקידום או לפיטורין 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, נראה סייג הכשירות מובן מאליו ולכן ברור ואף מוצדק ביותר. אך ככל שנעמיק נמצא שהמדובר בכלל בעייתי שתכליתו אינה ברורה ושאופן יישומו פועל לרעת אנשים עם מוגבלויות.

משמעותו ותכליתו של הכלל קשות לבירור. ייתכן שתכליתו הינה לאזן את חובת ההתאמות ולסנן פניות בלתי מוצדקות, כאשר החשש האפשרי הוא מפני דרישות להתאמות גם היכן שאין כשירות מלכתחילה, אך אין לכך כל תמיכה מפורשת. ראשית, נוסח החוק עצמו, הצעת החוק, דו"ח הוועדה הציבורית והפרוטוקולים והמסמכים השונים שנלוו לחקיקה אינם מספקים הסבר כלשהו בדבר

¹⁰⁴ זוהי כמובן חריגה ממסגרת הניתוח הליברלית הקלאסית, ראו הדיון לעיל בפרק א.4.ב הדן באחריות המדינה. וכן משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" **עלי משפט** 3(1) 15 (2003).

¹⁰⁵ ניתן גם לראות בכך טענה מסוג NIMBY (Not in My Back Yard).

¹⁰⁶ לעיל בחלק א.4.א.

¹⁰⁷ ראו דיון משלים אצל מדינה, לעיל הערה 51, בעמ' 69-70.

משמעותו של הביטוי.¹⁰⁸ שנית, בחינת חקיקת השוויון הישראלית מעלה שהמדובר בכלל ייחודי לאנשים עם מוגבלויות אשר אין לו מקבילה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה או בחוק אחר (שהרי ברור לכל שאין לחייב מעסיק לקבל אדם שאיננו כשיר לתפקיד). שלישית, בחינת חוק השוויון עצמו מגלה כפילות מתמיהה עם סעיף 8(ג) לחוק, על פיו "אין רואים כהפליה ... פעולה ... המתחייבת מהדרישות המהותיות של התפקיד או של המשרה." להוראה זו דווקא יש מקבילה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה¹⁰⁹ ושיתהן מתייחסות לאותם מקרים בהם מין, גזע, מוצא לאומי או יכולת פיזית, מנטלית או שכלית מסוימת הינם חלק מהותי ורלוונטי בביצוע התפקיד.¹¹⁰

לטענתי, שאלת היחס בין כלל הכשירות לסעיף 8(ג) עומדת בלב הדיון הנוכחי. מיקומן השונה של הוראות אלו מייחס להן תפקיד שונה בחקיקה: בעוד שסעיף 8(ג) מצוי בלב בירור שאלת האפליה לגופה, כלל הכשירות מצוי בסיפא של הסעיף האוסר אפליה ולכן עלול להתפרש ולתפקד כהוראה המסייגת את חובת אי האפליה מלכתחילה. אם המדובר בשני מבחנים שונים, הרי שיש לפתח את האבחנה המושגית ביניהם ולסייע בברירת המקרים בהם חל כלל. אם המדובר במבחן זהה, הרי שאחד מן הכללים מיותר ונראה שיש להעדיף את זה שנמצא בהרמוניה עם מכלול חקיקת השוויון בתעסוקה, שיקדם את תכלית החוק הספציפי ושיגרום פחות נזק לקבוצה אותה מבקשים לקדם.

פיתוח אבחנה בין שני הכללים שתצדיק את הימצאותם המשותפת בחוק השוויון הינה בעייתית ומוגבלת. יתכן שניתן לפתח אבחנה לפיה "כשירות" כוללת דרישות מקדמיות לתפקיד שאין בינן ובין המוגבלות עצמה דבר (כגון השכלה, הכשרה וניסיון), ואילו סעיף 8(ג) 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). אבחנה שכזו היא קוהרנטית עם החקיקה משום שהיא מכפיפה לביקורת החוק ולחובת ההתאמות את אותן דרישות התפקיד הקשורות במוגבלות. אך היא גם ממחישה עד כמה מיותר כלל הכשירות ועד כמה האמור בו מובן מאליו ואינו דורש התייחסות מפורשת בחקיקה. יחד עם זאת, פסק הדין שניתן לאחרונה בעניין רכבת ישראל,¹¹¹ הראה כי גם דרישות ניסיון מקדמיות אובייקטיביות לכאורה עשויות לכלול הטיית לא ראויות. באותו מקרה נפסלה הדרישה המקדמית של שירות צבאי במסגרת הדיון בס' 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, המקביל לסעיף 8(ג). דרך הדיון בסוגיה מראה, ראשית, כי ההוראה העוסקת ב"דרישות מהותיות לתפקיד", כוללת גם דרישות מקדמיות (ומכאן שסוגיית הכשירות, כפי שתוחמה לעיל, חופפת לה או נבלעת בתוכה), ושנית, שיש חשיבות לדרישת ה"מהותיות", הנמצאת רק בס' 8(ג), המשמשת אמת מידה מהותית לדיון ומאפשרת חקירה לעומק של הגדרת התפקיד ודרישותיו.

¹⁰⁸ סייג הכשירות מופיע כבר בהצעת החוק הפרטית שהוכנה על ידי ארגון בזכות (הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ו-1996), אך תכליתו לא נדונה כלל בדיונים שהתקיימו לאחר מכן.

¹⁰⁹ סעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע כי אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה. "סעיף 2(ב) עשוי להיות רלוונטי גם הוא, באוסרו גם על "קביעת תנאים שלא ממין הענין", כלומר תנאים העלולים לאפשר אפליה סמויה או עקיפה.

¹¹⁰ בן-ישראל, לעיל הערה 52, בעמ' 207.

¹¹¹ בש"א (אזורי ת"א) 3863/09 עבדול כרים קאדי – רכבת ישראל (06.09.2009).

ההשוואה בין שני הכללים מחייבת גם התייחסות לנטל ההוכחה ולהשפעתו על מהלך הדין.¹¹² בעוד סעיף 8(ג) מצוי בליבו של סעיף 8 ולכן הינו מוכפף להוראה הקובעת שחובת ההוכחה היא על המעביד להראות שלא נקט באפליה,¹¹³ מיקומו של כלל הכשירות חושף אותו לפרשנויות סותרות. לפי נוסח הסעיף אין להפלות אדם ובלבד שהוא כשיר לתפקיד. מכאן שניתן לפרש את סוגית הכשירות כסוגיה מקדמית המצויה מחוץ לתחולת ההוראה בדבר היפוך נטל הוכחה. פרשנות זו מציבה את העובד עם המוגבלות בעמדת נחיתות לעומת עובדים אחרים הטוענים לאפליה עליהם חלות הוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, שכן הנטל להוכיח את כשירותו לתפקיד יוטל עליו. פרשנות אחרת, לפיה היפוך נטל ההוכחה חל גם על סייג הכשירות היא עקבית יותר עם תכלית החקיקה, אך מצריכה מהלך מורכב יותר הנדרש לתכלית החוק ואשר קרוב לוודאי יסתמך ממילא על הדמיון הקיים בין סייג הכשירות להוראת סעיף 8(ג).

לטענתי, בחינה מהותית של שני הכללים מעלה שהמדובר בשני נוסחים העוסקים בשאלה זהה והיא: מתי תנאי מסוים או דרישה מסוימת הנם הכרחיים לתפקיד המדובר ומתי תנאי או דרישה ניתנים לביטול או התאמה. למעשה, שני הכללים מעוררים קשיים דומים בדבר התוויית גבולות הכשירות או 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 שנתפסו לגיטימיות וענייניות בעבר הופכות לא ענייניות ולכן לא לגיטימיות כתוצאה מתהליכי שינוי חברתי מעמיקים ומהתפתחויות טכנולוגיות. מצד שני, ישנן דרישות תפקיד שעל אף האבחנות עליהן הן מבוססות, עשויות להימצא רלוונטיות ולכן מותרות.¹¹⁴ יחד עם זאת, העובדה שכלל הכשירות הוא כלל ייחודי לאנשים עם מוגבלויות מעמידה אותו באור ספקני יותר. יצירת כללים ייחודיים לאנשים עם מוגבלויות היא מבורכת כל עוד מטרתה לקדם תעסוקה, השתתפות והכללה. אך כאשר תפקידו של הכלל הייחודי לסייג את הוראת האפליה מלכתחילה, ולהגביל את היקף תחולתה, הוא מעורר חשד וחשש ויש לוודא שהפעלתו לא תגרום נזק שתוצאתו הצדקת הקיים והנצחתו.

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

6. 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 (מ- 25 עובדים ומעלה), ולא רק על גופים ציבוריים

¹¹² סעיף 13 לחוק השוויון החיל את הוראתם של מספר סעיפים שבחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, בשינויים המחוייבים, ביניהם סעיף 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 לסעיף 8.
¹¹³ על פי רות בן-ישראל, "היות שאנו דנים בחריג לעקרון השוויון בעבודה, מקובל בנסיות 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." רות בן ישראל, לעיל, הערה 52 בעמ' 208; רבין-מרגליות, לעיל הערה 90, בעמ' 539-543; וראו גם את עניין קאדי, לעיל, הערה 111.

¹¹⁴ רות בן ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה כרך ב' 415-419 (1998).

ליצור העדפה מתקנת כלפי העסקת אנשים עם מוגבלויות.¹¹⁵ בעקבות המלצות הועדה הציבורית, המחוקק השתמש כאן בלשון כללית ומעורפלת ובחר שלא לפעול בשיטה של מכסות או של התווית יעדים ברורים אחרים למעסיקים.¹¹⁶ לשון המחוקק המקורית היתה מעורפלת גם ביחס לשאלה האם מדובר בחובה מפורשת או הנחייה כללית.¹¹⁷ לאחרונה תוקן החוק באופן שמבהיר כי המדובר בחובה ולא בהנחייה בלבד. הסעיף המלא מבהיר כי הכלל משמש לא רק בקבלה לעבודה אלא גם בקידום בעבודה. זאת על מנת להבטיח שאנשים עם מוגבלויות לא יותרו במשרות כניסה זוטרות בלבד, אלא יקודמו וימלאו תפקידים בכירים בארגון. סעיף זה זכה לפרשנות מרחיבה באחד מפסקי הדין שהחיל את הפעולה למען ייצוג הולם גם על שלב הפיטורין.¹¹⁸

אין תוכנית העדפה מתקנת מקבילה במשפט העבודה הישראלי, החלה על מעסיקים פרטיים. הסיבה להכללתה כאן היא נתוני התעסוקה הקשים של אנשים עם מוגבלויות וכן היות ההעדפה המתקנת רעיון מרכזי השזור לאורך כל הוראות חוק השוויון. על כך מעיד סעיף 3 לחוק הקובע כי "אין רואים כאפליה פסולה פעולה שנועדה לתקן אפליה קודמת או קיימת של אנשים עם מוגבלות או שנועדה לקדם את השוויון של אנשים עם מוגבלות." כמו התאמות ונגישות גם הייצוג ההולם הינו ביטוי לעקרונות על פיו לא די בזכויות בעלות אופי שלילי, האוסרות אפליה או פגיעה בזכויות, אלא יש צורך במנגנונים חיוביים שיאפשרו את מימושו;¹¹⁹ גם הוא מבטא את הרעיון שלא ניתן להתעלם מן השוני אלא יש להתייחס אליו בצורה מפורשת על מנת לקדם שוויון.

המשך הדין יבחן את יישומם של הרעיונות והעקרונות שהובאו עד כה בראי הפסיקה.

ג. תיחום המחקר וממצאים מרכזיים

ג.1. תיחום המחקר

מאמר זה בוחן את השפעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות על פסיקת בתי המשפט בראי הפסיקה שפורסמה ואשר אזכרה את חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות באופן מפורש. תיחום זה של גבולות המחקר הכרחי על מנת להבין את היקפו כמו גם את מגבלותיו. ראשית, המחקר כולל את כל הפסיקה שפורסמה. אין זו דגימה חלקית אלא בחינה של כל פסקי הדין של בתי הדין לעבודה ושל בג"ץ בנושא עבודה ותעסוקה בהם הוזכר חוק השוויון. הממצאים מבוססים של סקירה של כל מאגרי המידע המשפטיים הקיימים ולא רק פרסום רשמי ברשומות. גבולותיו של המחקר הם גבולות פרקטיקת הפרסום הנוכחית של פסקי דין על ידי מאגרי המידע השונים, שאינה עקבית, או שיטתית, ובוודאי שאיננה מקיפה את כל פסקי הדין וההחלטות הניתנים בבתי דין ובבתי משפט. היקף אי

¹¹⁵ על פי סעיף 9(ד) 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."

¹¹⁶ ראו גם אופיר ואורנשטיין, לעיל הערה 73, בעמ' 68-70.
¹¹⁷ בבש"א (י-ם) 2968/01 – ג'רוסלם פוסט פבליקיישנס בע"מ, פד"ע ל"ט, עט (2001), קבע בית המשפט שהמדובר בחובה ולא הנחייה כללית.

¹¹⁸ ש.ם.
¹¹⁹ לדיון כללי בהיבטים החיוביים-חברתיים של כל זכות, ראו: גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז' 65 (1999); לדיון בנושא זה בהקשר של זכויות אנשים עם מוגבלויות, ראו: Ziv, לעיל הערה 39; כמו כן ראו Neta 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).

הפרסום אינו ידוע, אך מחקר עכשווי של פסיקת בתי המשפט למשפחה מראה כי ייתכנו הטיות משמעותיות בפסיקה המפורסמת.¹²⁰ יחד עם זאת, מכיוון שהמחקר מתפרסם על כל הפסיקה שפורסמה ולא על מדגם חלקי ניתן להניח שהיא משקפת את המגמות הנוכחיות. הערכתי היא של ניתן היה להגיע לכלל הפסיקה תמונת המצב היתה מעידה על עומקן של הבעיות עליהן מצביע המאמר ולא גורעת מן האמור בו.

שנית, המחקר תחום לאותם מקרים שהסתיימו בפסק דין. כמובן שההתמקדות בפסיקה בלבד אינה משקפת את מכלול ההליכים המשפטיים שנפתחו וההתדיינויות שנערכו בנושא. זאת משום שתיקים רבים נסגרים בפשרה בשלבים שונים של ההליך, כאשר ההחלטה בעניינם אינה מפורסמת או שאינה חושפת את פרטי ההסכמה. בנוסף, סכסוכים רבים אף אינם מגיעים לכדי הגשת תביעה אם משום שלא הבשילו ואם משום שנסגרו בהליך חליפי מוקדם יותר כגון גישור. שלישית, המחקר מקיף רק את הפסיקה שמזכירה את חוק השוויון במפורש. בהחלט ייתכנו מקרים בהם מתאים היה להעלות טענת אפליה בשל מוגבלות אך זו לא הועלתה בשל העדר מודעות מספקת לחוק הן בקרב התובעים והן בקרב עורכי הדין המייצגים בתיקים אלו. יתכן גם שהטענה הועלתה אך לא נזכרה בפסק הדין. ישנם לא מעט פסקי דין בהם מציין בית המשפט כי טענת האפליה נטענה בלשון רפה, לא פותחה דיה או נטענה בשלב מאוחר מדי של הדין. דחייה זו של הטענה עשויה להיות מוצדקת מטעמים פורמאליים, אך יתכן שלו נטענה הטענה מלכתחילה היה ניתן לבססה ולהכריע את התיק על בסיסה.¹²¹

2.2. ממצאים מרכזיים

סקירה של נתוני הפסיקה בתחום התעסוקה מעלה כי סוגית האפליה בתעסוקה עלתה עד כה ב- 31 פסקי דין. רובם (27) עסקו בפיטורין. מתוך כלל המקרים שנדונו רק בארבעה מקרים זכו התובעים. בנוסף, כל הפסיקה המהותית, שהתקיימו במסגרתה דיונים על תוכנו של החוק, היתה פסיקה של ערכאות נמוכות, כלומר של בתי דין אזוריים לעבודה.

הממצא המשמעותי ביותר העולה מן הסקירה של תוכן הפסיקה הוא העדר קיומה של דוקטרינה ברורה המנחה את בתי הדין בבואם לפסוק במקרים של אפליה בתעסוקה. פסקי הדין אינם מגלים חשיבה עקבית ושיטתית בדבר האופן בו יש לגשת לתיקי אפליה בתעסוקה. רובם מעידים על העדר היכרות עם העקרונות שבבסיס חוק השוויון ועל העדר היכרות עם המושגים החדשים אותם הציג החוק ואשר דורשים פיתוח ייחודי שאינו יכול להישען על פסיקת האפליה הקיימת בתחומים אחרים.

אחת הסיבות המרכזיות לכך שפסיקת בתי הדין אינה מגלה שיטת פעולה עקבית במקרי אפליה היא שאין בנמצא פסיקה תקדימית מחייבת שיצאה מבית המשפט העליון, או פסיקה עקרונית מנחה שיצאה מבית הדין הארצי לעבודה בנושא ואשר הבהירה ופירשה את דרישות חוק השוויון. הפסיקה הקיימת היא פסיקה פזורה של בתי הדין האזוריים. בקרב פסיקה זו יש מיעוט קטן מאוד של פסקי דין אשר נענים לאתגר הטמון בחקיקה החדשה ומנסים לפרש אותה לאור העקרונות שבחוק השוויון. אך

¹²⁰ רינה בוגוש, רות הלפרין קדרי ואייל כתבן " פרסומים הסמויים מן העין: פסיקה ודינמיקת פרסום בבתי משפט לענייני משפחה בעידן מאגרי המידע." מחקר שהוצג בכנס האגודה הישראלית למשפט וחברה, 2009.
¹²¹ ראו למשל, עב' (אזורי ת"א) 10228/02 אורנבוך – דו קופ טכנולוגיות בע"מ (06.08.2007); עב' (אזורי ת"א) 2237/05 מרדכי – תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית (29.01.2006); עב' (ת"א) 003232/07 גולדין – אבי סופר עיצוב בע"מ (26.11.2008) (אי העלאת טענת ייצוג הולם). ראו גם רבין-מרגליות, לעיל הערה 90.

פסקי דין אלו, למרות חדשנותם, אינם מצוטטים על ידי פסקי דין אחרים וכמעט שלא מותירים את רישומם על פסיקה מאוחרת של בתי הדין האזוריים, על אף שיש בהם פוטנציאל לגיבוש ולפיתוח המושגים והעקרונות המופיעים בחוק.

הממצא בדבר העדרה של פסיקה תקדימית או עקרונית-מנחה מטעם ערכאות גבוהות מאפיין את מכלול הפסיקה מאז נחקק החוק. למעשה אין כלל פסיקה תקדימית של בית המשפט העליון המפרשת את חוק השוויון ונותנת לו תוקף מעין-חוקתי שמנסחיו ציפו לו.¹²² פסיקת התעסוקה הקיימת הייתה יכולה אמנם להפוך למקור השראה לפסיקות נוספות, על אף שהיא חסרת ערך תקדימי פורמאלי, אך הדבר לא קרה. יחד עם זאת, יתכן בהחלט שהפסיקה העקרונית הקיימת משפיעה על מהלכן של תביעות נוספות ומעודדת פשרות בקרב מתדיינים אשר חוששים מפסיקה דומה נגדם.¹²³

ממצא נוסף חשוב ביותר המאפיין את הפסיקה כולה הוא הדומיננטיות של טענות האפליה בהקשר של פיטורין והפסקת עבודה והעדרן של תביעות על בסיס אפליה בקבלה לעבודה. לא מצאתי הסבר מוצק לממצא זה. יתכן שקשה יותר לאתר אפליה בקבלה לעבודה שכן דפוסי ההפליה סמויים יותר ובמקרים רבים קשה להוכיח את טענת האפליה.¹²⁴ בנוסף, ישנם חסמים חברתיים ותרבותיים רבים בפני הגשת תביעה שכזו הקשורים בזיהוי האפליה וכן חסמים הקשורים במשאבים האישיים והכלכליים הנדרשים על מנת להגיש תביעה שכזו.¹²⁵ לעומת זאת, העלאת טענת אפליה בתביעת פיטורין נעשית פעמים רבות במסגרת תביעת פיטורין רחבה יותר שמוגשת ממילא על מנת לזכות בפיצוי. במקרים אלו, הרווח הצפוי שבצידה הוא רב שכן טענת האפליה מבססת את טענת אי חוקיות הפיטורין ועשויה אף לזכות בפיצוי עצמאי נוסף בגין עצם האפליה.¹²⁶

ניתוח הפסיקה שלהלן יתבסס, אם כן, בעיקר על טענות אפליה שהועלו בהקשר של פיטורין אך יבקש ללמוד מהן על מצב הדוקטרינה בכללותה, על האופן בו פורש חוק השוויון ועל האופן בו שופטים מבינים את חוק השוויון.

ד. מיפוי ואפיון פסיקת התעסוקה

מתוך כלל התביעות בנושא אפליה בתעסוקה שהוגשו מאז חקיקת חוק השוויון ועד היום התקבלו שלוש תביעות שהוגשו על-ידי אנשים עם מוגבלויות עצמם: **בלילתי – ג'רוסלם פוסט פבליקיישנס בע"מ**,¹²⁷ **שטיינברג – חברת החשמל לישראל בע"מ**¹²⁸ ו**דה-קסטרו – מ.ב.א הזרוע**.¹²⁹ שלושת

¹²² חריג בהקשר זה הוא בג"ץ 6790/98 אברץ נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים, פ"ד נב(5) 323 (1998), בו קבע השופט חשין כי: "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 ... דובר אלינו בלשון נאצלה כמוהו כחוקי-יסוד". אמירה זו אף היא לא צוטטה בפסיקת התעסוקה שנבדקה במסגרת המחקר.

¹²³ בשיחות כלליות שקיימתי עם הנציבות נאמר לי שאכן נעשה שימוש בפסיקה זו על מנת להאיץ במעסיקים להגיע להבנה במקרים שטופלו על ידה.

¹²⁴ רבין מרגליות, לעיל הערה 90.

¹²⁵ Felstiner, Able and Sarat, *The Emergence and the Transformation of Disputes: Naming Blaming, Claiming...* 15 LAW AND SOCIETY REV. 631 (1980); מיכל שטראי ורון שמיר "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" **שנתון משפט העבודה** ו 287 (1996).

¹²⁶ ראו, למשל עב' (אזורי נצ') דה-קסטרו- מ.ב.א הזרוע (טרם פורסם, 10.7.2005).

¹²⁷ עניין **בלילתי**, לעיל, הערה 117.

¹²⁸ בש"א (ת"א) 5712/03 **שטיינברג – חברת החשמל לישראל בע"מ** (טרם פורסם, 30.12.2003).

¹²⁹ עניין **דה-קסטרו**, לעיל, הערה 126.

פסקי הדין יוצרים ביחד תשתית מקיפה שהיא גם בעלת פוטנציאל להנחות מקרים אחרים באותו נושא. תביעה נוספת שהתקבלה הוגשה על ידי קרוב משפחה בהתאם לסעיף 8(ד) לחוק לפיו הוראות החוק יחולו בשינויים המחויבים גם "על בני משפחתו של אדם עם מוגבלות המטפלים בו".¹³⁰ בצד תביעות אלו, כאמור, רוב הפסיקות דחו את טענת האפליה והן דלות מבחינת הניתוח של החוק ודרישותיו. ברוב הפעמים בית הדין קובע כי אין בסיס לטענת האפליה על פי חוק השוויון מבלי שנכנס כלל לעובי הקורה. יחד עם זאת, מבין השיטין ומתוך האופן בו נדחו אותן תביעות עולה תמונה מטרידה המעידה על העדר מודעות לרעיונות העומדים מאחרי החקיקה וכן על המשך פעולתן של עמדות מסורתיות ביחס לאפליית אנשים עם מוגבלויות. יוצא דופן בהקשר זה הוא פסק הדין בעניין **גולדין – אבי סופר עיצוב בע"מ**. למרות 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.¹³¹

חשוב להבהיר כי התמודדות מעמיקה עם סעיפי החוק והעקרונות שמזינים אותם לא בהכרח היתה מביאה לזכייה של התובע/ת. הצלחת התביעה היא גם לא האינדיקציה החשובה ביותר לצורך בחינת הפסיקה. מה שחשוב הוא שאופן הטיפול בסוגיית האפליה יראה 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 ידחו כלאחר יד, אך אין משמעותו שכל תביעת אפליה תתקבל, כמובן.

הדיון שלהלן ימפה את פסיקת האפליה על פי תתי הסוגיות העולות מן החוק ויצג את אופן הטיפול של בתי הדין בתביעות אלו תוך השוואה בין תוכן של הפסיקות השונות.

1. איסור אפליה

הכלל בדבר איסור אפליה בתעסוקה על בסיס מוגבלות אינו שנוי במחלוקת בפסיקה, אך אופן פיתוח לוקה בחסר. בעניין **שטיינברג** מרחיבה השופטת נטע רות את הדיון באפליה ומשמעותה ומציינת את "מידת ההשפלה והפגיעה בדימוי העצמי הכרוכים בפיטורים 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".¹³² כך גם בעניין **ביליתי** מהלל השופט אברהמי את עקרון השוויון ומצטט מאמירותיו של השופט חשין בפסיקה קודמת, לפיהן עיקרון השוויון "... הוא היה בראשיתו, בו תחילת התחילות, ואיך אינו אלא פירוש והארה".¹³³ השופט מוסיף כי "למען השגת שוויון יש להילחם בהפליה"¹³⁴ שכן "בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה ... והמלחמה היא מלחמה מתמדת, מלחמת יום-יום. משולה היא להדיפת גלי הים, שאם תנוח לרגע ישטפוך ויכסוך".¹³⁵

¹³⁰ עב (ת"א) 5111/08 נ.ש. – רשות שדות התעופה (טרם פורסם, 19.1.2010).

¹³¹ עניין **גולדין**, לעיל הערה 121, ראו דיון נוסף בפסק הדין, להלן, טקסט להערה 163.

¹³² עניין **שטיינברג**, לעיל הערה 128, פסקה 44 לפסה"ד (הדגשות במקור הורדו).

¹³³ בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630 (1998); בג"ץ 7111/95

מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485 (1996).

¹³⁴ עניין **ביליתי**, לעיל, הערה 117.

¹³⁵ עניין **שדולת הנשים**, לעיל, הערה 133.

אמירה חשובה לעניין יישום עקרון אי האפליה מופיעה בעניין **דה קסטרו**, שם קובעת השופטת איצקוביץ' כי אפליה 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 לכנותו **אובייקטיבית כמעשה אפליה**".¹³⁶ קביעה זו מוכרת מתחומים אחרים של אפליה. עוד בבג"ץ 104/87 **נבו נ' ביה"ד הארצי לעבודה** נקבע כי "המבחן לבדיקת קיומה או אי-קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית".¹³⁷ לאמירה זו חשיבות מיוחדת בהקשר של מוגבלות, והיא באה לידי ביטוי בהקשרים שונים, ביניהם עצם הקביעה שמדובר באדם עם מוגבלות ובסוגיית ההתאמות.

יחד עם זאת, פסיקות אלו מסתפקות באמירות כלליות לגבי אפליה המיובאות מפסיקה בתחומים אחרים ואינן מרחיבות את הדיבור ביחס לאפליית אנשים עם מוגבלויות באופן ספציפי – מאפייניה ומופיעה. דבר זה חשוב הן מבחינה הצהרתית-סימבולית, והן מבחינה פרקטית, 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 לפיו המדובר באדם עם לקות "אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי" באחד מתחומי החיים העיקריים. לשון החוק נותרה פתוחה והאתגר הטל לפתחם של בתי הדין אשר לא זכו להכונה מספקת וניזונים מתפיסות מסורתיות ביחס למוגבלות.

ראשית, ניתן לזהות בפסיקה את המשך השפעתה של גישה רפואית למוגבלות המתבטאת בהסתמכות יתרה על מסמכים רפואיים על מנת לקבוע שאכן מדובר באדם עם מוגבלות. כך, בעניין **סולודקי**,¹³⁸ חלתה התובעת בסרטן השד ועברה ניתוח וטיפולים בתקופה שבין נובמבר 2004 ועד יוני 2005. לצורך הכרעה בטענותיה בית הדין נסמך על אישור שקיבלה מרופא תעסוקתי ולפיו היא מסוגלת להמשיך בעבודתה ביום עבודה מקוצר בן ארבע שעות. האישור ניתן לתקופה מוגדרת, עד לאפריל 2005. התובעת פוטר מעט לאחר תקופת האישור הרפואי, באוגוסט 2005. בית הדין קבע כי "באין מסמך רפואי המאריך את תוקף ההגבלה ..., לא הביאה התובעת ראיה לכך שבמועד פיטוריה (07/08/05) היא היתה "אדם עם מוגבלות" כהגדרתו בחוק ומטעם זה, כשלעצמו, דין התביעה להידחות". **בעניין אברמוב**¹³⁹ דובר בעובד שקיבל מכתב מרופאה תעסוקתית לפיו: "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 שיפיעו תלונות של קוצר נשימה או החמרה במצבו – יחזור לבדיקה." בהתבסס על מכתב זה בית הדין קובע כי "התובע לא השכיל להוכיח כי הוא 'אדם עם מוגבלות' כהגדרת המונח בסעיף 5

¹³⁶ עניין דה-קסטרו, לעיל, הערה 126, הדגשה במקור.

¹³⁷ בג"צ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מד(4) 749, 759 (1990).

¹³⁸ עב' (אזורי ת"א) 9080/05 **סולודקי – אל.אקס. מובייל סיסטמס בע"מ** (24.7.2008).

¹³⁹ עב' (אזורי חי') 1990/03 **אברמוב – התעשייה הצבאית לישראל בע"מ** (3.9.2008).

לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות תשנ"ח-1998, "כנראה משום שנקבע שהוא יכול לחזור לעבודה.

שנית, ניתן למצוא אי הבנה בקשר לרכיב ההגדרה העוסק ב"תפקוד המוגבל באופן מהותי". בעניין **בן-דוד**¹⁴⁰ דובר בתובעת החולה במחלת הלופוס אשר נקבעה לה נכות בשיעור של 68% על פי תקנות הביטוח הלאומי, דרגת נכות גבוהה לכל הדעות שמתבססת גם על היבטים תפקודיים. בית הדין קובע כי "משלא הוכיחה... ולו לכאורה, כי הינה בעלת מוגבלות תפקודית, אין היא נכנסת לגדר 'אדם עם מוגבלות'". הביטוי "מוגבלות תפקודית" מרמז לכללי הביטוח הלאומי בדבר זכאות לקצבת נכות. אך חוק השוויון במתכוון אינו עוסק במוגבלות תפקודית אלא בהגבלה מהותית בתפקוד. האירוניה כאן היא שכן דוד כן מוכרת כבעלת מוגבלות תפקודית לצורך קצבת נכות, אך לא לצורך הגנת חוק השוויון.

קשיים אחרים מתעוררים כאשר מדובר במחלות ולא בנכות פיזית ברורה. עניין **בן דוד** שלעיל ממחיש זאת, כאשר בית הדין אינו יודע כיצד לסווג את מחלת הלופוס במסגרת ההגדרה של מוגבלות. מחלת הסרטן עוררה תגובות שונות מצד בתי הדין. בעניין **סולודקי**¹⁴¹ שלעיל לא מצא בית הדין לנכון להכיר בתובעת כבעלת מוגבלות למרות שהיה זה 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".

עניין **קופרשטיין – קו צינור אילת אשקלון בע"מ**¹⁴² מדגים היטב את חשיבות ומרכזיות ההכרעה בשאלת הגדרת התובע כאדם עם מוגבלות לצורך הקביעה האם הופלה. באותו מקרה דובר בצוללן שנפגע בתאונת עבודה במהלכה נחבל בבטנו ובגב התחתון. עם הזמן פיתח גם תסמונת בתר-חבלתית (PTSD). לאחר תקופת חיפוש עבודה חלופית עברו 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 טוענת ש"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 אם כן ידעה על מגבלות גופניות, אך טענה שהוא אינו עונה על דרישות הסעיף. בית הדין נמנע מלהכריע בשאלת המוגבלות של התובע ואומר: "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 לבד מצוללן וימאי." הימנעות בית הדין מהכרעה בנושא היות התובע אדם עם מוגבלות יחד עם ההכרה בכך שיש לו מגבלות והקביעה כי לא

¹⁴⁰ עב' (אזורי ב"ש) 1304/06 בן דוד – מתן סיעוד וכח אדם 1988 בע"מ (5.3.2006).

¹⁴¹ עניין **סולודקי**, לעיל הערה 138.

¹⁴² עניין **קופרשטיין – קו צינור אילת אשקלון בע"מ**.

היתה אפליה על רקע מוגבלות יוצרות קושי משמעותי. לו היה נדרש בית הדין לשאלת ההגדרה ולו היה מוצא שאכן מדובר באדם עם מוגבלות סיכוי רב יותר שהיה ממשיך את חקירתו ובוחן את שאלת ההתאמות כעניין של דרישה חוקית ולא של רצון טוב בלבד. באותו מקרה הסתפק בית הדין בהתרשמות ממאמצי הנתבעת למצוא מקום עבודה חלופי כדי לקבוע שלא היתה אפליה ולא נדרש מפורשות לשאלת ההתאמות. כפי שאראה בהמשך, מקום עבודה חלופי הינו ההתאמה הרווחת ביותר בדיוני בית הדין בדבר התאמות, אך בעניין **קופרשטיין** עצם החיפוש של מקום עבודה חלופי לא הומשג כעניין של חיפוש התאמה. ניתן אם כן לומר שבית הדין קבע שלא היתה אפליה מבלי להידרש הן לשאלת הגדרת התובע כאדם עם מוגבלות והן לשאלת ההתאמות והשפעתה האפשרית על ניתוח המקרה.

פסקי הדין המוזכרים בחלק זה של הדיון מעלים חשש של סף כניסה גבוה לתחומי ההגדרה של אדם עם מוגבלות; סף המתבסס על גישה אינדיבידואלית רפואית ולא על גישה חברתית-תוצאתית. התוצאה הינה שהתובעים נמצאים "לא מוגבלים מספיק" על מנת ליהנות מהגנתו של החוק.

הקושי המתגלה כאן הוא צמצום טווח הנהנים והנהנות מההגנה המצויה בחוק. כפי שצינתי קודם לכן, חוק השוויון במודע הגדיר בצורה רחבה מיהו אדם עם מוגבלות, ובכך מיקד את העיקר בשאלת דפוס האפליה שאנשים עם מוגבלויות חווים ואת הצורך בהתאמות. התוצאה האפשרית של צמצום תחומי ההגדרה היא יצירת חלוקה פנימית בין "המוגבלים הראויים", אשר נהנים מהגנת איסור האפליה שבחוק, ובין המוגבלים "סתם", הנמצאים מחוץ לטווח תחולתו. המוגבלים הראויים, ימוקמו בתחום "תיקון החברה", המחייב את החברה לספק להם התאמות ואילו המוגבלים "סתם" ימצאו את עצמם בתחום "תיקון הפרט", במסגרתו עליהם להתאים עצמם לסטנדרטים החברתיים. לטענתי, אבחנה מעין זו סותרת את מטרת החוק ואת החשיבה הביקורתית אשר לאורה יש לפרשו.

למעשה, דווקא המקרים בהם 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" ההגנה עליה קשה וחמקמקה יותר. זאת על 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 שלו התאמצו יותר, או לו היו מוכשרים או חרוצים דיים היו יכולים להשתלב בשוק העבודה. זהו מרחב התפר שבין "לא יכולים", בו מצויים אנשים עם מוגבלויות, לבין "לא רוצים", בו מצויים המובטלים ה"לא ראויים", או העניים "סתם". התוצאה היא שעצם ההגדרה של אדם עם מוגבלות הופכת לרף כניסה המונע הגעה לשלב המהותי של הדיון, בעל הפוטנציאל הטורנספורמטיבי, והוא בחינת ההתאמות הנדרשות לגופן.

3. חובת התאמות

חובת ההתאמות היא לב ליבו של פרק התעסוקה. טענה מרכזית במאמר זה היא שלא מספיק מקרים הנידונים בבתי הדין מגיעים לכלל דיון בשאלת ההתאמות. בשלב זה אראה כי האופן בו מתייחסים בתי הדין לסוגיית ההתאמות, במקרים בהם סוגיית ההתאמות עולה ואף נדונה, מכריע את גורל התביעה. רוב השאלות העולות בהקשר זה מתמקדות בתהליך חיפוש ההתאמה וחלוקת הנטל בתהליך זה. ישנה התייחסות מעטה לשאלת ההתאמה הספציפית הנדרשת.

* תביעות שהתקבלו

ניתן להדגים את סוגיית ההתאמות באמצעות שתי התביעות המרכזיות בהן התקבלה טענה מסוג זה. בשתי התביעות התקיים דיון כללי בסוגיה ונדונו במסגרתן שני סוגים של התאמות: עבודה חלופית ו"התאמה כלכלית". בעניין **דה-קסטרו** דובר בטכנאי בכיר במעבדת אלקטרוניקה שחלה בסרטן. לאחר תקופת החלמה קיבל אישור רפואי לעבוד יום עבודה מקוצר, בן ארבע שעות, לתקופת ניסיון. האישור כלל מספר הגבלות לעניין טיפול בחפצים כבדים ויציאה לעבודה בשטח אצל לקוחות. במכתב הפיטורין שקיבל נאמר כי "לא נמצאה משרה העונה למגבלות שקבע הרופא התעסוקתי ולכן הוא מפוטר". בכתבי הטענות נאמר שנעשו שינויים ארגוניים כלליים אצל הנתבע וכי התובע דרש תנאים ושכר בלתי סבירים.

בעניין **שטיינברג** דובר במכונאי שעבד בחברת החשמל, באגף העוסק בהקמת תחנות כוח ברחבי הארץ. לאחר כשתיים עשרה שנים ארעה לשטיינברג תאונת עבודה. כעבור חצי שנה של שיקום והחלמה הוא חזר לעבודתו. אך בחלוף כחודשיים זומן לשיחה בה נאמר לו כי לאור מצבו הבריאותי לא ניתן להשיבו לתפקידו כמכונאי באותו אגף בו עבד וכי אין בנמצא תפקיד פנוי אותו הוא יכול למלא. הנוהל הפנימי בחברת החשמל היה שיש להוציא לפרישת נכות רק את מי ש"אינו מסוגל לעבוד בכל עבודה שהיא בחברה".

בשני המקרים קבע בית הדין כי נטל ההוכחה החל על המעסיק להראות שלא הפלה בניגוד לחוק כולל גם את הנטל להוכיח שביצע את ההתאמות הנדרשות. כך, בעניין **דה-קסטרו** הבהיר בית הדין כי אמנם הנתבע "ציין כי עשה ניסיונות למצוא לתובע עבודה חלופית, אולם, טענות אלה לא הוכחו ולא הובאו הצעות קונקרטיות". יתרה מכך, "לא הוכח שנעשתה בדיקה יסודית של העלות אשר כרוכה בהמשך העסקתו של התובע בהתאם למגבלותיו".¹⁴³

בשני המקרים פירש בית הדין את חובת ההתאמות ככוללת גם מציאת תפקיד אחר בתוך מקום העבודה. ובשני המקרים לא קיבל בית הדין את טענת העדר העבודה החלופית, שהועלתה על ידי המעסיק, אלא הציב סטנדרט בדיקה מהותי על פיו על המעסיק להוכיח שעשה מאמץ כן ואקטיבי למציאת עבודה חלופית לתובע. 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".¹⁴⁴

בעניין **שטיינברג** נאמר כי "המשיבה אומנם חזרה וציינה כי היא עשתה ניסיונות למצוא למבקש עבודה חלופית אולם, טענות אלה לא נתמכו בדוגמאות קונקרטיות. המשיבה לא פרטה כלל במה

¹⁴³ 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." עניין **דה קסטרו**, לעיל, הערה 121, פסקה 11.
¹⁴⁴ עניין **דה קסטרו**, שם.

התבטאו מאמצים אלה, אילו עבודות חלופיות נשקלו, באילו אגפים או מחלקות, עם אילו אנשים נערכה בדיקה זו ומתי ומדוע נכשלו מאמצים נטענים אלה.¹⁴⁵ באותו עניין נמתחה גם ביקורת על תפקוד הועדה הרפואית ש"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."

פסק הדין בעניין **שטיינברג** מדגיש גם את החשיבות שבשיתוף העובד בתהליך איתור העבודה החלופית ובביצוע ההתאמות הנוגעות לו. בית הדין ציין 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."

על אף שהדיון בעניין זה מתמקד במציאת עבודה חלופית בתוך מקום העבודה עולים ממנו עקרונות כלליים הקשורים באיתור התאמות עבור אנשים עם מוגבלויות, ביניהם: מאמץ כן ואקטיבי למציאת התאמה, הטלת הנטל על המעסיק למציאתה, וכן שיתוף העובד בתהליך איתורה וביצועה.

בעניין **דה-קסטרו** עלתה גם שאלת ההתאמה הכלכלית, כלומר תשלום שכר גבוה יותר מהתפוקה בפועל. בית הדין הדגיש כי במקרה הנדון "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."¹⁴⁶ שאלת ההתאמה הכלכלית טומנת בחובה אתגרים משמעותיים ביותר לחקיקה וההיגיון העומד מאחוריה מרחיב את היגיון סוגית ההתאמות בכלל. רעיון ההתאמה הכלכלית מבטא תפיסה לפיה הנטל הכרוך בהתאמות עשוי להתבטא ב"ספיגת שכר" על ידי המעסיק ולא רק בשינויים פיזיים או בשינוי נהלים במקום העבודה. הוא נוגעת בשורש שאלת הפרודוקטיביות אליה אתייחס בהמשך במסגרת שאלת הכשירות.¹⁴⁷ לטעמי, בית הדין ביצע בעניין **דה-קסטרו** מהלך פרוגרסיבי ראוי המצוי בתחומי החקיקה ואשר גבולותיו משורטטים, ככל התאמה, במסגרת מאזן המשאבים אשר בא לידי ביטוי בסייג ה"נטל הכבד מדי". כל עוד ההתאמה הכלכלית עומדת בנטל זה, הרי שהיא ראויה ועולה בקנה אחד עם החקיקה.

* תביעות שנדחו

¹⁴⁵ עניין **שטיינברג**, לעיל הערה 128, פסקה 22 לפסה"ד, 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."¹⁴⁶ 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 מגבלותו, מזו שהוא היה מקבל מעובד אחר (ללא מוגבלות)".¹⁴⁷ ראה חלק ד.4 הדן בכשירות ודרישות מהותיות לתפקיד; חלק מן השיקולים הכרוכים בדיון בדבר התאמה כלכלית קשורים הדוקות גם לדיון בדבר שכר מינימום מותאם, השלכותיו והמחלוקות שהוא מעורר: תקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), התשס"ב-2002, ק"ת 6154.

בצד הפסיקה המועטה שהפעילה סטנדרטים גבוהים של ביקורת ביחס לאיתור ההתאמות וביצוען, רוב פסקי הדין נוטים לכיוון השני: הם אינם שוקלים את שאלת ההתאמות כלל, ו/או מקבלים את טענת המעסיק בדבר שקילת התאמות אפשריות כפשוטה, ו/או מטילים על התובע את נטל איתור ההתאמה.

בעניין **פתפות – מועצה מקומית מג'אר**¹⁴⁸ דובר בעובד מחלקת התברואה שעסק באיסוף וביעור אשפה. בעקבות תאונת עבודה שעבר לא היה מסוגל לעבודה פיזית קשה עקב בעיות בברכיים 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. 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 מוצאים, אם כן, כי יש מקום לומר כי פיטורי התובע נוגדים את הוראות [חוק השוויון]". בית הדין פטר את הדיון בשאלת האפליה מבלי להידרש לאף אחת מן הסוגיות הנדרשות על ידי החוק, כולל סוגית ההתאמות. יתרה מכך, בית הדין הזכיר בהחלטתו את חוקת העבודה של הרשויות המקומיות לפיה ניתן להפסיק עבודתו של עובד אם "אין באפשרות הרשות להעסיקו בעבודה מתאימה אחרת." אך שלא כמו בעניין **שטיינברג** שם נאכף הנוהל הפנימי לעניין מציאת עבודה חלופית, כאן קיבל בית הדין את אמירות הנתבעת ללא עוררין ואישר את הפיטורין. גם בעניין **מלרן – הנהלת בתי המשפט**¹⁴⁹ לא נשקלה שאלת ההתאמות כלל. באותו מקרה דובר באישה שהתקבלה לעבודה בשירות המדינה כקלדנית שופטים. לאחר זמן מה הציגה אישור רופא לפיו יש להגביל את שעות עבודתה לשש בלבד וכי עליה לצאת להפסקות תקופות. במסגרת ההליכים המקובלים היא הופנתה לוועדה רפואית שקבעה כי קיימות סיבות רפואיות מספיקות להפסקת עבודתה כעובדת מדינה. עבודתה אכן הופסקה. היא טענה שלפי חובת ההתאמות שבחוק השוויון יש לשבצה בתפקיד אחר. אך בקשתה נדחתה מן הטעם שהתקבלה לעבודה כקלדנית בלבד. בית הדין קבע כי "לא הוכח ולו לכאורה, כי מדובר בהפליה מטעם המשיבה על רקע מוגבלותה של המבקשת." קביעת בית הדין מופרזת שכן אין ספק כי עבודת המבקשת הופסקה בשל מוגבלותה. מכיוון שכך היה מקום להיכנס לעובי הקורה ולבחון את שאלת ההתאמות מבחינת הגמשת שעות ודרישות העבודה, סוגיה שלא נשקלה ככל הנראה על ידי הוועדה הרפואית, ולמרבה הצער נראה שאף לא הועלתה על ידי התובעת עצמה.¹⁵⁰ בית המשפט אף לא בחן לעומק את סוגיית יכולת המעסיק לאפשר מעבר לתפקיד חלופי, בייחוד כאשר מדובר במדינה, שהיא גם המעסיק הגדול במשק וגם גוף ציבורי אשר דרישות החוק מופנות כלפיו ביתר דווקנות (גם אם באופן מסורתי מגבלות ההעסקה בו קשיחות).

בעניין **ארדזי – אמונה תנועת האישה הדתית לאומית**,¹⁵¹ הופסקה עבודתה של מטפלת ילדים לאחר שחוותה התקפי אפילפסיה בתכיפות גבוהה ונקבע על ידי רופא כי אינה יכולה לעבוד עם ילדים.

¹⁴⁸ עב' (אזורי נצ') 2116/02 פתפות – מועצה מקומית מג'אר (22.02.2004).

¹⁴⁹ בש"א (אזורי ת"א) 5476/07 מלרן – הנהלת בתי המשפט (27.05.2007).

¹⁵⁰ במהלך העבודה על מאמר זה סופר לי על מקרה דומה של קלדנית בית משפט אשר לאחר מאבק זכתה בהתאמה מעניינת: תפקידה היה להיות קלדנית מחליפה לפרקי זמן קצרים כאשר הקלדניות האחרות יצאו להפסקת התרעננות קצרה באמצע דיוני בית המשפט.

¹⁵¹ עב' (אזורי ת"א) 2001/03 ארדזי – אמונה תנועת האישה הדתית לאומית (21.12.2005).

עבודתה הופסקה באמצע שנת הלימודים. לטענת התובעת, היתה חובה לספק לה עבודה חלופית עד לתום שנת הלימודית על פי חוק השוויון. 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". התובעת, יש לציין, לא ביקשה עבודה חלופית קבועה, אלא רק לתקופת ביניים, ואילו הנתבעת, מצידה, היא ארגון גדול שיתכן ויכול היה לספק עבודה חלופית לתקופה זו לו נדרש לכך. גם כאן פטר בית הדין את הדיון בסוגיות אלו כלאחר יד.

במקרים רבים אחרים מוטל נטל חיפוש ההתאמה על התובעים לבדם. כך, בעניין **אהרון – תנובה**¹⁵² נאמר על-ידי בית הדין כי "התובע מצידו לא הצביע כאמור על תפקיד מתאים בו ניתן היה לשבצו לאור מגבלותיו ואשר בו לא שובץ". בעניין **אונה – חברת רזאל מערכות**, מעלה בית הדין ספק בדבר היות המבקשת כשירה לתפקיד הרלוונטי ומוסיף כי "המבקשת אף לא פרטה אילו התאמות היא סבורה כי המעביד יכול לבצע לאור האישור הרפואי שהביאה."¹⁵³ בעניין **קופרשטיין**¹⁵⁴ נקבע כי "עובד שהוא בעל מוגבלות רפואית כלשהי, עליו מוטל הנטל להראות שהוא עומד בתנאי הכשירות של התפקיד אותו הוא מבקש. התובע לא הרים נטל זה."

מכלול המקרים שהוצגו עד כה מציב בעיה שורשית ומהותית בפסיקה המשקפת – ואף מעצבת ומנציחה – את הפרקטיקה בתחום התעסוקה, לפיה ההתאמה העיקרית שנשקלת ונדונה עבור אנשים עם מוגבלויות היא התאמה מסוג של העברה לתפקיד חלופי. סוג התאמה זה בהחלט ראוי בחלק מן המקרים, אך הוא עלול להוות מפלט קל מדי לאותם מקרים בהם ראוי היה להתאים את סביבת העבודה או את הגדרת התפקיד המקורית. בנוסף, ניכר כי גם בעת איתור העבודה החלופית לא נשקלת התאמתו של התפקיד המוצע, אלא רק נבדקת התאמתו של האדם לתפקיד הנתון. העדר דיון מהותי בשאלת ההתאמות ויישומה שב ועולה במהלך סקירת הפסיקה ויחד עימו גוברת ההכרה בחשיבות הבהרת המושג ופיתוחו הן עבור אלו המבקשים להיכנס לתפקיד חדש, הן עבור אלו המבקשים לשמור על תפקידם הישן. המשך הדיון בנושא כשירות לתפקיד יעצים זאת עוד יותר וימחיש את הצורך בקידום החשיבה העקרונית בתחום. שאלת ההתאמות נמצאת בלב החקיקה משום הפוטנציאל הטורנספורמטיבי הטמון בה. אי התייחסות לחובת ההתאמות, או יישום מצומצם של חובה זו מביאים לאובדן הפוטנציאל ולשימור והנצחת דרך החשיבה הנוכחית השבויה בתפיסות של שוני אינהרנטי, פתולוגיה רפואית ותיקון הפרט.

4. נטל כבד מדי

שאלת הנטל הכבד מדי זכתה להתייחסות מועטה ביותר בפסיקה. בעניין **שטיינברג** מצייין בית המשפט כי הנתבעת הינה חברת החשמל המעסיקה כ- 13,000 עובדים באגפים שונים וכי "עובדה זו אמורה להקל עליה לגלות גמישות בביצוע ההתאמות הנדרשות במקרה שעובד נעשה מוגבל"¹⁵⁵ הן לאור גודלה, הן לאור המשאבים העומדים לרשותה. בעניין **דה-קסטרו** מצייין בית המשפט כי הנתבע מעסיק חמישים עובדים. בתגובה לטענת הקשיים הכלכליים בהם נמצא המעסיק, נקבע כי הקשיים

¹⁵² עניין **מרדכי**, לעיל הערה 121.

¹⁵³ עניין **אונה**, לעיל הערה 153.

¹⁵⁴ עניין **קופרשטיין**, לעיל הערה 142, פסקה 60 לפסה"ד.

¹⁵⁵ עניין **שטיינברג**, לעיל, הערה 128, פסקה 40 לפסה"ד.

הכלכליים שהצדיקו צמצומים לא הוכחו וכי הטענות שעובדים נוספים פוטרו הוכחו כלא נכונות. לכן, קבע בית הדין כי "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."¹⁵⁶

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, למקרים רבים שנדונו בפסיקה יש פוטנציאל לערב את סוגיית הנטל הכבד מדי לו יושמו התובנות הביקורתיות האלטרנטיביות במהלך הניתוח המשפטי. כך, במקרים רבים נדמה שההיגיון העומד מאחורי הקביעה, או ההנחה, לפיה אין התאמה ראויה, או שהאדם לא כשיר לתפקיד, הוא בעצם היגיון כלכלי לפיו השארת התובעת בתפקיד תהווה נטל כבד מדי עבור המעסיקה. אך בהעדר דיון של ממש בנושא שאלת הנטל לא עולות ולא נשקלות שאלות המשנה שצריכות להישאל ולהשפיע על הניתוח, כגון גודל העסק, היקף פעילות, מספר עובדים ומקורות מימון.

5. כשירות ודרישות מהותיות לתפקיד

האופן בו בית הדין מבין את נושא הכשירות עומד אף הוא בלב הדיון במאמר זה. לכאורה, הכשירות היא שולית בנוסחו של הסעיף ומהווה סף כמעט "טכני" ומובן מאליו לתחולת החוק. בפועל, היא הופכת למסוננת מורכבת, ואף למכשול. ראשית, הניתוח העקרוני של דרישת הכשירות, שנערך לעיל, הראה שתכליתה 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 בהם 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 פסיקות בתי הדין אינן נדרשות למתח שבין סייג הכשירות וסעיף 8(ג) העוסק בדרישות המהותיות של התפקיד או המשרה. למען הדיוק, הפסיקה אינה מזכירה כלל את סעיף 8(ג) וממילא מיותר לציין שאינה נדרשת לתוכנו. גם שאלת הכשירות כמעט שאינה נזכרת במפורש, אך השפעתה העקיפה, או הסמויה, ניכרת.

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

1) מניעה בריאותית

עניין **פתפות** הינו דוגמה מצוינת להיגיון המניעה הבריאותית. באותו עניין קבע בית הדין כי "אין מחלוקת בדבר מצבו הרפואי" של התובע, אשר בשלו אין התובע יכול לבצע עבודה פיזית שביצע

¹⁵⁶ עניין **דה-קסטרו**, לעיל, הערה 126, פסקה 11 לפסה"ד.

בעבר, ומסכם שלא ניתן לומר שפיטוריו נוגדים את החוק. העובדה שלא נדרש לשאלות כגון התאמות ונטל כבד מדי, כמו גם האופן המידי שבו פטר את טענת האפליה מעידים על כך שבית הדין רואה במצבו הרפואי של התובע סיבה לאי כשירות והצדקה להפסקת עבודתו של התובע.¹⁵⁷ גם עניין **מרדכי** מדגים היטב את אופן פעולת 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 שיוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות."¹⁵⁸ דוגמא נוספת מצויה בעניין **מלרן**, שם קיבל בית המשפט את החלטת הועדה הרפואית לפיה המגבלות הנוגעות לשעות העבודה והצורך בהפסקות יוצרות למעשה אי כשירות לתפקד כקלדנית. גם עניין **אונה** מדגים זאת, כאשר בית הדין מצוין: "ספק רב בעינינו האם המבקשת במצבה כשירה לתפקיד הרלוונטי לאור מהותו ולאור האישור הרפואי שהמציאה."¹⁵⁹ למרבה הצער, בית הדין הותיר את הספק על כנו ולא ביררו לאשורו.

ברקע הדברים נמצאת ההנחה שמניעה בריאותית היא סיבה רלוונטית להפסקת עבודה ולא ביטוי לאפליה. 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 ולועדות רפואיות שאינם מכירים את תחום ההתאמות; שיקול הדעת של בית הדין מוכפף (מרצון ובאופן טבעי) לאוטוריטה הרפואית המכריעה את גורל התביעה. וכך, במקום שבית הדין יהפוך למנוף לשינוי מבפנים של עולם התעסוקה, הוא נמנע מלבקר את פעולת הגופים הרפואיים ומקביעת דרישות משפטיות שימתנו את השפעתם ואת השפעת הגישות המסורתיות במסגרתן הם פועלים.

(2) 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 **שירי מיכל – כל-בי**,¹⁶⁰ שם דובר בתובעת בעלת "מוגבלות מוטורית של 100% ... המתבטאת בקשיים בדיבור, 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 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 הנוצרת במוגבלות ממנה סובלת התובעת." בית הדין מכיר בכך שישנו קשר בין המוגבלות ובין התפוקה הנמוכה, וכן בכך שהתפוקה הנמוכה משפיעה על השכר, אך אינו רואה את הקשר בין מוגבלות התובעת לבין רמת שכרה. ניתן להשוות מקרה זה לעניין **דה-**

¹⁵⁷ עניין **פתפות**, לעיל, הערה 148, פסקה 5 לפסה"ד.

¹⁵⁸ עניין **מרדכי**, לעיל, הערה 121, פסקה 16 לפסה"ד.

¹⁵⁹ עניין **אונה**, לעיל הערה 153, פסקה 8 לפסה"ד.

¹⁶⁰ עב' (אזורי ב"ש) 1830/99 **שירי מיכל - כל בי בע"מ** (25.06.2003).

קסטרו שכן שאלת התפוקה עמדה ביסוד מערכת העובדות בשני המקרים. שם פירש בית הדין את מושג ההתאמות 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 אחד נדרש לסעיפי החוק ולעקרונות המנחים אותו ובמקרה השני 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 כבד מדי, אי-כשירות והדרישות המהותיות של התפקיד: האם מי שתפוקתה נמוכה במיוחד נמצאת בתחום ההתאמות (התאמה כלכלית), אך עלולה במקרים מסוימים להוות נטל כבד מדי על מעסיקתה, או שהיא מצויה בתחום אי הכשירות ולכן איסור האפליה אינו חל עליה? נראה כי התשובה לשאלה זו אינה יכולה להיות חד משמעית ואחידה לכל מקרה, אלא היא תלויה נסיבות והקשר ומחייבת בחינה פרטנית של המשרה בה 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.

3) דיון

הביקורת, אם כן, היא כדלהלן: ככל שיש קשר הדוק יותר בין המוגבלות או המצב הרפואי לבין היכולת למלא את התפקיד נדרשת בחינה קפדנית יותר של רלוונטיות דרישות התפקיד עצמן ושל אפשרות יצירת התאמות במסגרתן. אך בית הדין נוטה לקבל את הגדרת התפקיד כנתון ולקבוע שהעובדת אינה כשירה לעבודה המדוברת. כך, סייג הכשירות משמש מעין אפיק פטור מקדמי במקום אפיק לבחינה ביקורתית של דרישות התפקיד. התוצאה היא שאם בסוגיית ההגדרה של אדם עם מוגבלות נמצא שישנה נטייה לראות בתובעים "לא מוגבלים מספיק", הרי שכאן מתגלה נטייה לראות בהם "מוגבלים מדי".

לדעתי, עצם הכנסת מושג הכשירות לחוק הוא במידה רבה טעות. היה זה ייבוא מהחקיקה בארה"ב, ה-ADA, המשתמשת במינוח זה (qualified individual). אך בחינה לעומק של תכלית המושג שם מראה שהוא-הוא המושג דרכו מתנהל הדיון בדבר הדרישות המהותיות של התפקיד וכי אין כפילות בינו לבין סעיפים נוספים בתוך החקיקה. אופן פעולת המושג בחוק השוויון הישראלי ובפסיקה המלווה אותו מביא לתוצאה שאנשים עם מוגבלויות הופכים תמיד חשודים באי כשירות לתפקיד אליו הם פונים, יותר מאשר קבוצות מופלות אחרות. בכך מייצר המושג ערוץ בתוך החקיקה המשמש להצדקת הקיים.

המסקנה המתבקשת היא כי הוראת הכשירות מיותרת. סעיף 8(ג) יכול לספק מענה בכל מקרה בו עולה החשש שמדובר בדרישת תפקיד מפלה, בין אם מדובר בדרישות תפקיד מקדמיות הקשורות לניסיון, הכשרה והשכלה ובין אם מדובר בדרישות הקשורות להגדרת התפקיד וביצוע המטלות הכרוכות בביצועו. דבריה של פרופסור רות בן-ישראל ביחס לסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, המקביל לסעיף 8(ג), 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.¹⁶¹

לסיכום, השימוש בסעיף 8(ג) הינו עדיף משום שהוא מצריך הוכחה שמדובר בדרישה מהותית של התפקיד או המשרה, משום שהוא כללי (בעל מקבילה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה), ומשום שמיקומו במבנה החקיקה מאפשר את היפוך הנטל ודרישה מן המעסיק שיוכיח כי אכן מדובר בדרישה מהותית.

6. ייצוג הולם

נושא הייצוג ההולם אינו עומד במרכז מאמר זה, אך חשוב לציין כחלק ממכלול החקיקה וכחלק מסקירת הפסיקה הקיימת והשלכותיה האפשריות על פסיקה עתידית. הנושא זכה לפיתוח והרחבה בעניין **בלילתי**. באותו מקרה דובר באדם מוגבל כתוצאה ממחלת פוליו, אשר עבד במחלקת קדם הדפוס של הג'רוסלם פוסט. בעקבות שינוי המערכות הממוחשבות אצל המעסיקה קטן הצורך בבעלי תפקיד כשלו והחברה עברה תהליך של צמצומים בתחום זה. המבקש פוטר יחד עם עוד שלושה עובדים. לטענתו החברה פעלה שלא על פי הנוהל "אחרון נכנס-ראשון יוצא" שכן אחרים בעלי ותק וכישורים פחותים משלו אוישו בתפקידים אחרים בחברה שגם הוא יכול היה לבצע. המשיבה טענה שדובר בפיטורי 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 מספר קביעות עקרוניות: ראשית, משמעות הביטוי "יפעל לקידום הייצוג ההולם" היא הטלת חובה במובן מעשי. שנית, אין די בהעדפה מתקנת בעת הקבלה לעבודה, אלא יש לדאוג שיישאר ייצוג הולם גם בשלב הפיטורין, ובמיוחד בפיטורי צמצומים. באמירה זו הרחיב בית הדין את תחולת הסעיף מעבר לקבלה וקידום שנמנו בו במפורש. שלישית, בעת שקילת הפיטורין יש לשקול בפועל 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 כתפי המעסיק.

בשני מקרים נוספים נדונה שאלת הייצוג ההולם לגופה. בעניין **עמר – עיריית קריית שמונה**¹⁶² דובר בתובע בעל 80% נכות אשר פוטר במסגרת תוכנית התייעלות של העירייה. באותו מקרה נציגת העירייה העידה על כך שתשעה 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. יחד עם זאת, בית הדין נמנע מההעמקה בשאלה מתי ייצוג הינו אכן הולם. לשם כך יש להידרש לשאלת הפער בין אחוז האנשים עם מוגבלויות בחברה לעומת הייצוג שלהם במפעל מסוים. אם שיעורם של אנשים עם מוגבלויות באוכלוסיה הינו לפחות 10%, כיצד נקבע ש- 2.6% הינו ייצוג ראוי? האם בשל כך שברוב מקומות העבודה הייצוג הוא נמוך בהרבה ניתן להסתפק כאן בייצוג חלקי? עמימותו של המושג "ייצוג הולם" תרמה ללא ספק למצב דברים זה.

¹⁶¹ בן ישראל, לעיל הערה 52, בע' 208.

¹⁶² עב' (אזורי נצ') 2032/07 עמר - עיריית קריית שמונה (14.11.2007).

בעניין **גולדין – אבי סופר עיצוב בע"מ**, דובר בתובעת שטענה כי פוטרה בשל היותה חירשת. באותו מקרה הנתבעת הייתה חברה לעיצוב תכשיטים שהעסיקה עובדים חירשים וכבדי שמיעה כעניין של מדיניות. טענת האפליה נדחתה לאחר שהשופטת שוכנעה כי הפיטורין היו בשל קשיי תקשורת שמקורם אינו במוגבלותה, אלא בעיקר בשל כך שהתובעת לא הפנימה את הביקורת העניינית שהופנתה כלפיה במהלך העבודה ולא תיקנה את טעויותיה כפי שנדרשה.¹⁶³ המעניין במקרה זה הוא טענת התובעת לפיה 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."¹⁶⁴ פסק הדין לא דן בטענה זו במובחן, אלא מאמץ במשתמע את טענות ההפרכה של הנתבעת מבלי להיכנס לעובי הקורה.¹⁶⁵ טענה חשובה זו מבהירה את מורכבות סוגית הייצוג ההולם והשלכותיה לעניין ייצוג במגוון תפקידים ובעיקר ברמות בכירות שונות במקום העבודה. כך, למשל, יש לבחון בקפידה האם עירייה מעסיקה עובדים עם מוגבלות רק בשמירה וניקיון, אך לא בתפקידי פקידות בכירה או במשרות מקצועיות כגון עובדים סוציאליים. לכן גם היה מקום לבחון האומנם אותו מפעל מעסיק אנשים בעלי לקויות שמיעה רק במשרות זוטרות של השחלה ושיבוץ או שמא גם בתפקידי פיקוח וניהול.

חשיבותו של עניין **בלילתי** היא בפוטנציאל ההשפעה הרב שיש לו. נכונות בית הדין להישמע לטענת ייצוג הולם, ועוד בעת פיטורין, על דרך פרשנות מרחיבה, יכולה הייתה להפוך את פסק הדין למתווה דרך עבור תובעים עתידיים, ופסיקה עתידית. בפועל, הדבר לא קרה. למרות שטענת הייצוג ההולם יכולה לעלות כמעט בכל אחד מפסקי הדין שלאחריו, ובעיקר במקרים של פיטורי צמצומים, הטענה כמעט שלא הועלתה ולא נדונה.

ה. דיון מסכם: הצורך בשינוי תפיסתי ובגיבוש דוקטרינה

ניתוח הפסיקה שהובאה עד כה, על רקע עקרונות חוק השוויון והתיאוריה הביקורתית-חברתית של מוגבלות ומשפט, מעלה שתי בעיות מטרידות עיקריות: האחת, שימור והנצחת עמדות הרואות במוגבלות שוני אינהרנטי; השנייה, היעדר הכרות עם חוק השוויון, סעיפיו, תכליתו, והעקרונות העומדים ביסודו. מסקנות הדיון המסכם הן 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 עצמם; כמו כן עולה הצורך בגיבוש הלכות מנחות ברורות שיצקו תוכן בחקיקה בהתאם לשינוי התפיסתי הנדרש ותיצורנה כללים וקווים מנחים שיסייעו לבתי הדין לפסוק ברוח החוק. כפי שצינתי בתחילת הדברים, אינני בטוחה שכל המקרים המוזכרים במאמר זה הם מקרים בהם אכן היתה אפליה. האינדיקציה לשימוש נכון בחוק, בעיני, איננה דווקא ניצחונה של התובעת, אלא דרך הדיון במושגים ובעקרונות המצויים בחוק ואופן היישום שלהם.

במרכז הדיון המסכם אבקש להעמיד את מושג ההתאמות. חובת ההתאמות היא לטענתי לב ליבו של חוק השוויון. זהו מרכז הכובד הן של השינוי התפיסתי והן של גיבוש הדוקטרינה. מרכזיותו של מושג ההתאמות ניכרת הן בחלק התיאורטי של המאמר והן בסקירת הפסיקה. בחלק התיאורטי של

¹⁶³ עניין **גולדין**, לעיל הערה 121, פסקה 27 לפסה"ד.

¹⁶⁴ שם, פסקה 4 לפסה"ד.

¹⁶⁵ שם, פסקאות 9, 12 לפסה"ד.

המאמר הצגתי את מושג ההתאמות ואת הפוטנציאל הטרנספורמטיבי הטמון בו בהיותו השלב בו גבולות הדמיון ביחס לתעסוקת אנשים עם מוגבלויות מתרחבים: מה שנראה כחוסר מזל וטרגדיה אישית ותורגם בעבר לאי התאמה לתפקיד, או להעדר כשירות, הופך למקרה של אפליה אשר חובת ההתאמות מסייעת בחשיפתו ובתיקונו. בחלק של סקירת הפסיקה הראיתי, ראשית, כי שלב שקילת ההתאמות לרוב מתמצה במציאת תפקיד חלופי ובכך מחמיץ את הפוטנציאל הטרנספורמטיבי הטמון בחוק, שכן לא נשקלות התאמות של ממש בתפקיד הקודם ואף לא בתפקיד המוצע, אלא בעיקר נבדקת השאלה האם העובד/ת כמות שהוא/היא מתאים/ה לתפקיד הנתון. שנית, הראיתי כי מרכזיות מושג ההתאמות איננה נבחנת רק בעומדו בנפרד, בפני עצמו, אלא גם בקשריו ההדדיים עם שאר המושגים בחקיקה, שכן בפועל, במקרים רבים בהם ראוי היה להגיע לשלב שקילת ההתאמות בית הדין נמנע ממנו אם משום שהתובעים נמצאים "מוגבלים מדי" ולכן לא כשירים (בעיקר בשל "מניעה רפואית") ואם משום שהתובעים נמצאים "לא מוגבלים מספיק" ואז אינם עונים על דרישת הסף של "אדם עם מוגבלות". מכלול הממצאים מראה כי נדרשת הבהרה מושגית בדבר היחס הראוי בין המונחים השונים בהם נוקט החוק.

כעת אבקש לפתח תובנות אלו ולהציע כיווני פעולה וחשיבה חלופיים ביחס אליהן:

ה.1. לקראת מתן תוכן מהותי לחובת ההתאמות

מושג ההתאמות משמעותו שהגדרת התפקיד, סביבת העבודה, הדרישות, התנאים והמטלות הכרוכות בו, הנחזים להיות ניטראליים, מכילים למעשה הנחות סמויות בדבר היות העובד/ת הרצוי/ה לתפקיד או למשרה – אדם ללא מוגבלות. סוגית ההתאמות באה לתת מענה למקרים בהם אפלייתם של אנשים עם מוגבלויות אינה נובעת מדעות קדומות גרידא, אלא מכך שהאופן בו עוצבו התפקיד או המשרה מדייר מגדרם אנשים עם מוגבלויות אשר היו יכולים למלא את אותו תפקיד לו עוצב אחרת מלכתחילה, או לו עבר תהליך של התאמה בדיעבד.

אני מציעה להבין את רעיון ההתאמות באופן התואם את ארבע התימות של חשיבה חברתית-ביקורתית על מוגבלות שהצגתי מוקדם יותר: ראשית, *משוני אינהרנטי להבנייה חברתית*: הבנה שהגדרת התפקיד ודרישותיו אינן נתון ניטראלי אלא תוצר של יחסי כוח בחברה, של תהליכים היסטוריים, תרבותיים, כלכליים ופוליטיים, אשר הביאו להדרתם 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 להיות לא מתאים הופך 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 שיצרה חסמים בפני הפרט ולכן עליה לתקן אותם. החברה כוללת גם גופים ציבוריים וגם גופים פרטיים מתוך הבנה שעצם השינוי תלוי בקיומו של מאמץ משותף. ורביעית, *"שום דבר עלינו – בלעדינו"*: ההתאמות מחייבות פנייה לאנשים עם מוגבלויות, שיתופם והקשבה לניסיונם האישי והקולקטיבי. הניסיון האישי הוא ניסיונו/ה של העובד/ת הספציפית/בו/ה מדובר וצרכיו הקשורים בחוויותיו והעדפותיו. הניסיון הקולקטיבי הוא הניסיון המצטבר של אנשים עם מוגבלויות

אשר מתוכו עולה קריאת התגר על הסדר החברתי הקיים וממנו גם צומחות אלטרנטיבות. רעיונות כלליים אלו צריכים להיות מתורגמים בפסיקה לידי קריטריונים וכללים מנחים לצורך בחינת עמידתו של מעסיק/ה מסוים/ת בחובת ההתאמות המוטלת עליו/ה בחוק כחלק מאיסור האפליה.

בנוסף, יש להדגיש שוב את תפקידה של המדינה בקידום ובמימוש חובת ההתאמות, שכן נטל מציאת ההתאמה לכל עובד/ת לא יכול ליפול על כתפי 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.

ה.2. לקראת הרחבת השימוש בהתאמות כמושג מארגן של הדיון באפליה

לאחר הבהרת מושג ההתאמות אבקש לשוב ולדון ביחסיו עם המושגים המצויים לצידו, בעיקר הגדרת אדם עם מוגבלות ומושג הכשירות לתפקיד. שימוש לא זהיר בשני מושגים אלו הופך אותם לבלמים המונעים את מיצוי של הפוטנציאל המצוי ברעיון ההתאמות. משום ששני המושגים פועלים כ"שומרי סף" המונעים כניסה לגדר סעיף 8, ככל שהשימוש בהם יתרחב כך יפחת מספר המקרים שיגיעו לכלל בחינת הסוגיות המהותיות העולות מן החקיקה: האם היתה אפליה, האם נשקלו ההתאמות הנדרשות, והאם הדרישה המפלה לכאורה היא דרישה מהותית של התפקיד. ולהפך: ככל שהשימוש במושגים אלו יצטמצם כך תתאפשר בחינת הטענות המהותיות לגופן.

א. העלמת או צמצום מושג הכשירות

צמצום השימוש במושג הכשירות בפסיקת אפליה בתעסוקה של אנשים עם מוגבלויות כרוך בשני מהלכים עיקריים: האחד, עניינו *נטישת סייג הכשירות*, המופיע בסעיף 8(א), אם באמצעות תיקון חקיקה ואם כעניין 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 בדרישות תפקיד שהן מפלות לכאורה. הוא גם יאפשר חלוקת נטל הוכחה דומה לזו שבמקרים אחרים של אפליה בעבודה. ברור כי גם העדפת סייג הדרישות המהותיות לתפקיד אינה נטולת קשיים שכן הפעלתו כרוכה אף היא בהכרות עם עקרונות החקיקה ותכליתה ובאימוץ עמדה חברתית-ביקורתית כלפי מוגבלות. יחד עם זאת, היא מאפשרת את הסטת מרכז הכובד של הדיון מן המועמד, יכולותיו, כישוריו ומגבלותיו, אל מאפייני התפקיד ומהותו.

המהלך השני, עניינו *הבהרת היחס בין דרישות התפקיד* (המחליפות את מושג הכשירות, כאמור) *לסוגיית הנטל הכבד מדי*. עד כה עסקתי במתח אחר, אך קרוב, בין כשירות/דרישות התפקיד ובין סוגיית ההתאמות בכלל. המתח הנוכחי אותו אבקש בו אבקש לעסוק הינו מאתגר עוד יותר ומהותי לחקיקה. זהו המתח בין אותם מקרים בהם אין התאמה רלוונטית לעובד מסוים משום שהוא אכן אינו מתאים למלא את התפקיד (כפי שיכול לקרות גם לאנשים ללא מוגבלויות) לבין אותם מקרים בהם ישנה התאמה שתאפשר לאותו אדם למלא את התפקיד, אך עלותה תהיה כה גבוהה עבור המעסיק עד שאין זה סביר לדרוש ממנו לשאת בעלותה (בהתחשב במקורות חיצוניים, כמובן וכו'). התשובה למתח זה היא תלוית הקשר וטמונה בנתונים הספציפיים לכל מקרה. אך חשוב להדגיש אותה משום שמקרים רבים *הנחזים* להיות מקרים של אי כשירות או של אי עמידה בדרישות המהותיות של התפקיד עשויים להיות *למעשה* מקרים של נטל כבד מדי, שההכרעה בהם תלויה בהיקף המשאבים

של המעסיק ולא בכשירות העובדת. משמעות האבחנה היא במסר הטמון בחוק המופנה הן כלפי החברה והן כלפי הפרט, והוא שאנשים עם מוגבלויות בכלל ואותו אדם בפרט, אכן יכולים לבצע את התפקיד ולהיות שותפים בכוח העבודה, אך מנועים מכך אך ורק בשל מכשולים כלכליים ולא בשל העדר מסוגלות אישית או קולקטיבית.

משמעות העלמת או צמצום מושג הכשירות הינה למעשה צמצום המקרים בהם אנשים עם מוגבלויות יימצאו "מוגבלים מדי" לתפקיד או למשרה. על ידי הפניית עיקר תשומת הלב לאופן שבו מוגדר התפקיד מוסב מוקד הדיון מתיקון הפרט לתיקון החברה.

ב. הרחבת הגדרת אדם עם מוגבלות

הרחבת מספר האנשים הנופלים תחת הגדרת אדם עם מוגבלות מעוררת חששות מפני הרחבת יתר ("הצפה" של תביעות), אך חששות אלו עשויים להוביל לצמצום יתר שאינו עולה בקנה אחד עם מטרות החקיקה. בנוסף, ריבוי התביעות הצפוי עשוי להיות טמון בדינאמיקה של השינוי החברתי והפער שנוצר בין תודעת הזכויות הגוברת בקרב אנשים עם מוגבלויות, והעדרו של שינוי תפיסתי מקביל בקרב מעסיקים. ככל שהחברה תהפוך שוויונית, מכלילה, נגישה ומותאמת יותר, כך ירבו האנשים שיוכלו לעבוד בשוק התעסוקה הפתוח. וככל שמתחזקת תודעת הזכויות, כך ירבו האנשים שיתבעו את קבלתם לעבודה. אך כל עוד החברה אינה משתנה בהתאם, כך תרבה צמיחתם של כסוכים משפטיים סביב סוגיות אלו.

הרחבת ההגדרה כרוכה גם בצמצום תפקידים של אישורים רפואיים וועדות רפואיות בהחלטות מסוג זה. הסתמכות מוחלטת של בית הדין על מסמכים רפואיים בדבר כשירות רפואית או אחוזי נכות מהווה הכפפת שיקול הדעת המשפטי להגדרות רפואיות צרות. זהו מקום קלאסי בו הכרעה ערכית חד משמעית של בית הדין תביא לשינוי בפרקטיקה הנוהגת של אותם גופים תעסוקתיים כאשר יתבקשו להתנתק מגישה הרואה במגבלות פתולוגיה רפואית ולאמץ גישה מכלילה הרואה במוגבלות חלק מן המגוון האנושי הקיים בכל חברה, ובהמשך לכך גם יתבקשו לכלול המלצות להתאמות במסמכים.

לסיום, כפי שהראיתי קודם לכן, הרחבת ההגדרה של אדם עם מוגבלות מתיישבת עם השאיפה להימנע מיצירת אבחנות משתמעות בין "המוגבלים הראויים" למוגבלים "סתם"; בין אלו ש"אינם יכולים" לאלו ש"אינם רוצים". להרחבה זו יש חשיבות דווקא בתחום התעסוקה שתכליתו לאפשר לכמה שיותר אנשים להיות חלק ממעגל העבודה, לפרנס את עצמם (ככל יכולתם), לחיות 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 יימצא שעלותן אינה גבוהה כפי שנדמה היה מלכתחילה, אם כי, כאמור, יש להכיר בכך שבמקרים רבים הן אינן נטולת עלויות.

משמעות הרחבת ההגדרה של אדם עם מוגבלות הינה למעשה צמצום המקרים בהם אנשים עם מוגבלויות יימצאו "לא מוגבלים מספיק" על מנת ליהנות מהגנת חוק השוויון. גם כאן תשומת הלב מופנית להבניה החברתית של מוגבלות ומוקד הדיון מוסב מתיקון הפרט לתיקון החברה.

זכויות אנשים עם מוגבלויות אינן מתקבלות לרוב באופן אינטואיטיבי ומיידי; הן דורשות את השעייתן 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 גבולות הדמיון של הפרטים הנרתמים למסע השינוי ואשר שיאו הוא הרחבת גבולות הדמיון החברתי, התרבותי, הפוליטי והמשפטי הכולל.

אינני חושבת שהתדיינות משפטית היא בהכרח הדרך הנכונה או העיקרית לקדם תהליך טרנספורמטיבי זה. יחד עם זאת, בהינתן קיומן של התדיינויות משפטיות הנובעות מכך שסכסוכים מתגבשים במהלך החיים החברתיים הרגילים ואינם תמיד מוצאים את פתרונם בדרכי הידברות ונועם, הרי שיש לבית המשפט, ובכלל זה לבית הדין, תפקיד בעיצובן של נורמות חברתיות שהשפעתו עשויה להגיע אל מעבר לכותלי בית המשפט. השפעה זו עשויה להתרחש על ידי העצמת אנשים עם מוגבלויות המוצאים עצמם מופלים ומבקשים לעמוד על תיקון הפגיעה שחוו, על ידי חיזוק ממשי וסימבולי לתנועה החברתית של אנשים עם מוגבלויות, על ידי הכוונת התנהגות עתידית של מעסיקים שיחשפו לפסיקה ויונחו לפעול אחרת וכן על ידי הדרכת עורכי דין, שופטים, מגשרים, בוררים ושאר גורמים מתווכים בסכסוכים משפטיים. "צילו של המשפט" מגיע לאזורים שונים בדרכים מגוונות.¹⁶⁶ אין זה אומר שהשינוי החברתי-משפטי הינו קל, ליניארי, או מובטח, אך מאמר זה מבקש לשמור על אופטימיות מתונה ולקדם עוד צעד אחד בכיוון מבין מגוון צעדים נדרשים.

Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case*¹⁶⁶
of Divorce, 88 YALE L.J. 950 (1978-1979)