



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6069/10

לפני : כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר

העותר : רמי מחמלי

נ ג ד

המשיבים : 1. שרות בתי הסוהר
2. תג"ד נזים סבטי מפקד גוש מרכז
3. אגף משאבי אנוש גנ"מ מירי טולדנו רמ"ח סגל
4. תג"ד ישראל רום רמ"ל טכנולוגיות

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריכי הישיבות : כ"א בשבט התשע"א (26.01.11)
י"ט בסיון התשע"א (21.06.11)
י' בכסלו התשע"ב (06.12.11)
י"א בניסן התשע"ב (03.04.12)

בשם העותר : עו"ד גיא כהן

בשם המשיבים : עו"ד יאנה סימקין ; עו"ד אורית פודמסקי

יועץ משפטי שב"ס : עו"ד אהוד הלוי ; עו"ד נפתלי שמואלביץ

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. בעתירה שלפנינו הוצאנו צו-על-תנאי המופנה למשיבים ומורה להם להתייצב וליתן טעם מדוע לא יתמנה העותר, קצין טכנולוגיות בדרגת כלאי בשירות בתי הסוהר, לתפקיד קצין טכנולוגיות בבית סוהר "מגידו", וכן מדוע לא יקודם לדרגת רב-כלאי, בין היתר בהתאם להתחייבות שניתנה לו, לטענתו, על ידי מפקד גוש מרכז בשירות בתי הסוהר, קודמו של המשיב 2 הנוכחי בתפקידו. עוד הורינו למשיבים לאתר עבור העותר את כל התפקידים בתחום הקשר והטכנולוגיה, בשירות בתי הסוהר, הניתנים לאיוש על ידי קציני טכנולוגיה בדרגת רב-כלאי, ולבדוק מדוע לא יוכל העותר לבצעם.

לטענת העותר, המשיבים נמנעים מקידומו בתפקיד ובדרגה מחמת מוגבלותו הרפואית – וזאת בניגוד לדין ובניגוד להבטחה מינהלית שניתנה לו, לגירסתו, על ידי מפקד גוש מרכז בשירות בתי הסוהר דאז.

להלן אביא הנתונים הרלבנטיים להכרעה במכלול, שהם מורכבים וריכוזם חייב קיום מספר דיונים והגשת הודעות רבות – בין השאר מתוך ציפייה (שנכזבה) שיסתייע הסדר ללא צורך בהכרעה שיפוטית.

דברי רקע ועובדות בסיסיות

2. העותר, בן כ-42 שנים כיום, נשוי ואב ל-3 ילדים, אקדמאי, בוגר תואר B.SC במחשבים (משנת 2009), וטכנאי אלקטרוניקה – משרת בשירות בתי הסוהר (להלן גם: שב"ס) מאז שנת 1995, כאחראי קשר ובקרה. בשנת 2001 סיים העותר קורס קצינים וקיבל דרגת כלאי, שבה הוא נושא מתאריך 10.9.2001 ועד היום. החל מאותה שנה שימש העותר כקצין המקצועי בתחום הקשר והבקרה, שהיה אחראי על ארבעה מתקני כליאה: "ניצן", "מגן", "מר"ש", ו-"נווה תרצה".

אין חולק כי במשך כל שנות שירותו – העותר ביצע את התפקידים שבהם נשא לשביעות רצון הממונים עליו. בחוות-דעת שניתנה בשנת 2008, הוערכה רמת תפקודו של העותר כ"גבוהה מאוד", וצוין כי העותר הינו: "קצין מקצועי מאוד, רציני, חרוץ, מקדם את משימותיו בצורה מיטבית" ו-"מבצע את תפקידו ומשימות שנדרש בצורה מקצועית ואחראית, ראוי להערכה". דברים דומים צוינו גם בסיכומי-ראיון, בחוות דעת, במשובים ובהערכות נוספות בשנים שחלפו מאז שנת 2008 ועד היום.

3. בתאריך 12.8.2003 אושפז העותר ביחידה לטיפול נמרץ לב, בבית החולים "אסף הרופא", שם אובחן כחולה בדלקת קרום הלב. בחוות-דעת רפואית, מתאריך 25.8.2004, ציין פרופ' אליעזר קליינמן, קרדיולוג, כי: "קיימת סבירות גבוהה של קשר נסיבתי בין תנאי העבודה להדבקות במחלה, בעת העבודה, שגרמה להופעת דלקת קרום הלב בהמשך, תוך המשך עבודה בתנאי חוסר איוורור...".

בתאריך 14.11.2006 החליטה הוועדה הרפואית של שירות בתי הסוהר, כי העותר יעבוד 6 שעות ביום (בהיקף של 3/4 משרה), באופן קבוע, ומשכך גם יועבר עניינו לדיון בפני ועדת חריגים (אשר התכנסה לדון בעניינו רק לאחרונה).

4. החל משנת 2003 פנה העותר, לעיתים תכופות, למפקדיו ולממונים עליהם בבקשות חוזרות ונשנות להשתבץ בתפקיד חדש בשירות בתי הסוהר, על מנת שיוכל להתקדם בדרגתו. בתוך-כך הגיש העותר את מועמדותו ל-6 תפקידים שונים בדרגת תקן של רב-כלאי. חרף ההערכות המקצועיות החיוביות שקיבל העותר ממפקדיו ומהממונים עליו – פניותיו נדחו על-הסף, וזאת, לטענתו, על-רקע מוגבלותו הרפואית. תימוכין לגרסתו בדבר השיקול שהביא לדחיית מועמדותו לתפקידים השונים, שעליהם ביקש להתמודד – מוצא העותר בנימוקי הדחייה השונים שקיבל מאת גורמי שב"ס לפניותיו.

כך, למשל, מפנה העותר למזכר, שנשלח אליו בתאריך 18.3.2004 בעקבות בקשתו להתראיין במטרה לבדוק את אפשרות קידומו במערכת – בו ציינה קצינת סגל גוש מרכז, כי: "לאחר ש[העותר – ח"מ] יסיים את ההגבלה הרפואית ונדע שהוא כשיר לכל משימה נוכל לזמנו ולדון בבקשתו".

עוד מפנה העותר, כדוגמא, לסיכום ראיון שנערך לו עם תג"ד אלי גביון, מפקד גוש מרכז בשירות בתי הסוהר דאז, קודמו של המשיב 2 הנוכחי בתפקידו, מתאריך 25.10.2006, שבו נכתב, בין היתר: "לעניין ר/כ [דרגת רב כלאי – ח"מ] הסברתי לקצין שרק לאחר החלטה סופית של וע"ר [ועדה רפואית – ח"מ] ובמקביל אליה, תתקבל החלטה בקשר לדרגה" (ההדגשה שלי – ח"מ). סיכום הראיון האמור נחתם במילים הבאות: "הובטח לקצין שעד לבירור לגביו – לא ימונה ולא יקבל קצין אחר את דרגת הר/כ הגושת לקצין קש"א" (ההדגשה שלי – ח"מ). באמירה אחרונה זו רואה העותר הבטחה מינהלית, שאותה הפרו המשיבים, לטענתו (להלן: ההבטחה המינהלית).

5. לנוכח מצב הדברים הנ"ל, פנה העותר, באמצעות בא-כוחו, לנציבות קבילות שוטרים וסוהרים. בתשובה לקובלנה, שמוענה לב"כ העותר, נכתב, בין היתר, כך:

"בבא המערכת לשבץ את קציניה לתפקידים מקדמים נבחן, אל מול דרישות התפקיד, גם היקף משרתו של המועמד (...). כתוצאה מנכותו הרפואית של מרשך... הופחתו שעות העסקתו ועל כן היקף העסקתו בפועל אינו תואם להיקף משרות התפקידים לקידום. מדובר אם כן בשיקול ענייני ולגיטימי ולא באפליה. בתאריך 13.1.10 פרסמה מחלקת סגל מכרז לתפקיד ק. טכנולוגיות בביס"ר מגידו בדרגת תקן ר/כ אך מרשך לא הגיש מועמדותו לתפקיד קידום זה. בחלוף פרק הזמן שהוקצה לאיתור מועמד פנימי, נאלץ שב"ס לפרסם את המשרה למועמדים חיצוניים...". (ההדגשה שלי – ח"מ).

6. בעקבות תשובת הנציבות הנ"ל לקבילתו של העותר – הוא הגיש מועמדות לתפקיד קצין טכנולוגית בבית סוהר "מגידו", במכרז החיצוני שפורסם, ואולם גם פנייה זו נדחתה על הסף. בנימוקי הדחייה, שפורטו במכתבה של העוזרת לראש מינהל טכנולוגיה, נכתב, בין היתר, כך:

"...לצערנו, לא נוכל לבחון מועמדותך כמועמד פוטנציאלי לתפקיד. מדובר בתפקיד רחב היקף, המצריך עבודה במשרה מלאה. זו גם הסיבה שדרגת התקן לתפקיד היא רב כלאי, בשונה ממרבית תקני קציני הטכנולוגיה ביחידות. למרות שהינך עומד בקריטריונים הרלוונטיים ברמת ההשכלה הנדרשת, והינך מוערך מקצועית, הרי העסקתך במשרה חלקית, אינה מספקת לצורך ביצוע היקף המשימות הנדרש מקצין הטכנולוגיה בכיס"ר מגידו".
(ההדגשה שלי – ח"מ).

העתירה ותמצית טענות העותר בגדרה

7. נוכח השתלשלות העניינים שפורטה לעיל הוגשה העתירה שלפנינו, בגדרה טוען העותר כי החלטותיהם של גורמי שב"ס לדחות על הסף, פעם אחר פעם, את בקשותיו לקידום בדרגה שבה הוא נוסא, כאמור, מאז שנת 2001, ולשיבוצו בתפקיד מתאים – פוגעות בזכויותיו ומפלות אותו לרעה, בשל מוגבלותו, שבה לקה במהלך ועקב שירותו. בין היתר הוזכרו בעתירה שמותיהם של שלושה קציני טכנולוגיה בשב"ס, אשר גויסו, לטענתו של העותר, אחריו, אך "עקפו" אותו בסולם הדרגות וקיבלו, זה מכבר, דרגת רב-כלאי.

8. באשר לנימוק שלפיו היקף משרתו של העותר מגביל את אפשרויות קידומו – העותר טוען כי רוב חוות הדעת החיוביות שקיבל נכתבו על ידי הממונים עליו בתקופה שבה הוא עבד במגבלת שעות, ומעולם לא צוין בפניו כי שעות עבודתו יוצרות קושי כלשהו. בהקשר זה מפנה העותר גם למכתב "הערכת תודה", מתאריך 4.2.2010, אשר נכתב על ידי ראש מדור טכני במחלקת המודיעין ומוען למפקד בימ"ר "ניצן", שבו נכתבו, בין היתר, הדברים הבאים:

"...ברצוני, דרך, להודות ולציין לשבח את קצין הטכנולוגיה של ניצן, מגן מר"ש, על הרצון והמקצועיות ועל היענותו לסייע בכל זמן שנידרש בכדי שנוכל להצעיד את יעדי החטיבה. לא פעם נידרש להישאר מעבר לשעות העבודה ו/או להגיע מוקדם להצטרף לצוות בכדי שתהיה קרקע נוחה לביצוע המשימה וכיסוי מתאים.

יישר כוח לקצין כלאי מחמלי רמי".
(ההדגשה שלי – ח"מ).

לנוכח דברים אלה, העותר גורס כי אין ולא כלום בטענה שלפיה: "היקף העסקתו בפועל אינו תואם להיקף משרות התפקידים לקידום", וכי למעשה אין קשר בין מכסת שעות העבודה הפורמאליות לבין אופן ביצוע עבודתו בפועל. עוד טוען העותר כי נימוק הדחייה האחרון, שלפיו העסקתו במשרה חלקית "אינה מספקת לצורך ביצוע היקף המשימות הנדרש מקצין הטכנולוגיה בביס"ר מגידו" – איננו ממין העניין, הן מכיוון שהיקף המשרה לא נכלל כלל בדרישות התפקיד שפורטו בהודעה על התפנות המשרה האמורה, שבהן עמד העותר – והן, ובעיקר, מאחר שהוא ביצע, בפועל, תפקיד מקביל של קצין טכנולוגיות, בהיקף רחב עוד יותר מהתפקיד שעליו ביקש להתמודד.

9. נוכח כל האמור לעיל העותר טוען כי החלטותיהם של גורמי שב"ס בעניינו עומדות בניגוד להוראות חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, או חוק השוויון), להוראות התקשי"ר (סעיפים 35.214-35.216 וכן סעיף 35.221 לתקשי"ר), ואף בניגוד להבטחה מינהלית שניתנה לו על ידי קודמו של המשיב 2 הנוכחי בתפקידו.

צו ביניים האוסר על מינוי קצין טכנולוגיות בביס"ר "מגידו"

10. בד בבד עם הגשת העתירה הגיש העותר גם בקשה למתן צו ביניים שיאסור על המשיבים למנות קצין טכנולוגיות בבית סוהר "מגידו", וזאת עד לדיון בעתירה. בתגובתם של המשיבים לבקשה צוין כי לאחר בדיקה שנערכה על ידי המשיב 1 (בעקבות הגשת העתירה) בוטל מכתבה של העוזרת לראש מינהל טכנולוגיה והוחלט לזמן את העותר לראיון לצורך בחינת התאמתו לתפקיד. לנוכח תגובה זו הורינו לצדדים למסור הודעה בדבר תוצאותיו של הליך זה.

העותר הגיש הודעה מטעמו בדבר מיצויו של ההליך, שבסופו הודע לו כי לא יוכל להתמנות לתפקיד האמור, ושב וביקש כי נוציא צו ביניים בעניין. להודעתו של העותר צורף סיכום הראיון שנערך עימו, שבו נכתבו, בין היתר, הדברים הבאים:

"קיימת מסגרת תפקיד, ונהלי שב"ס המחייבים את מימוש המסגרת הזו... מדובר בתפקיד קצין טכנולוגיות בתקן של ר"כ, בשונה מהתקינה של מרבית הביס"רים בהם ד"ת [דרגת התקן – ח"מ] הינה של כלאי. הסיבה לכך נעוצה בהיקף הרחב של המשרה בביס"ר מגידו... ר'

מנ"ט מעריך את עבודתו של הקצין ומוקיר את עבודתו, כישוריו והשכלתו. יחד עם זאת, המשרה אליה מבקש להציג מועמדותו דורשת היקף עבודה במשרה מלאה – דבר שהקצין אינו מסוגל לעמוד בו, ומכאן שלצערנו אינו מתאים לביצוע התפקיד המוצע...". (ההגדשה שלי – ח"מ).

נוכח התפתחות זו הגישו המשיבים תגובה מפורטת לצו הביניים המבוקש, שבה פירטו את הנימוקים המקצועיים והמערכתיים, אשר לצד נתוניו האישיים של העותר, הובילו למסקנה כי הוא איננו מתאים לשרת בתפקיד ספציפי זה.

בהחלטה מתאריך 9.11.2010 נעתרנו, איפוא, לבקשת העותר והורינו על מתן צו ביניים האוסר על מינוי קצין טכנולוגיות בבית סוהר "מגידו", וזאת עד להכרעה בעתירה.

למען שלמות התמונה נציין כי בתאריך 1.12.2010 שובץ העותר בתפקיד קצין טכנולוגיה (בדרגת כלאי) בביס"ר "השרון".

תפקידים נוספים שעליהם ביקש העותר להתמודד – ונדחה

11. לאחר שהמשיבים הגישו את תגובתם המקדמית לעתירה, שבה צוין, בין היתר, כי העותר מצוי במאגר הקצינים המיועדים לקידום, קיימנו ארבעה דיונים, שבמהלכם ביקשנו הבהרות מסוימות מן המשיבים והפצרנו בהם לעשות כל מאמץ על מנת למצוא פתרון מוסכם שייתן מענה הולם למצבו של העותר. ביני לביני, הגיש העותר את מועמדותו לארבעה תפקידים נוספים – ונדחה. להלן יפורטו התפקידים שעליהם התמודד העותר, ותוצאות המכרזים הנוגעים לתפקידים אלה:

א. ראש צוות שירות לקוחות בדרגת רב כלאי – אף אחד מבין שלושת המועמדים שהגישו את מועמדותם (והעותר ביניהם) לא נבחר לתפקיד, ובעקבות כך פורסמה הודעה נוספת על התפנות משרה זו, שאליה העותר לא הגיש מועמדות פעם נוספת.

ב. קצין טכנולוגיות בבית סוהר "אשל" במחוז דרום, בדרגת רב כלאי – שני סוהרים הגישו את מועמדותם לתפקיד זה, ובהם העותר. העותר רואיין לתפקיד על ידי הגורם המקצועי המוסמך. בסיומו של דיון שיבוצים לתפקיד זה המליצה הועדה המקצועית לנציב שב"ס למנות את המועמד השני לתפקיד. התפקיד אויש החל מתאריך 22.8.2011, על ידי המועמד שנבחר לתפקיד.

ג. קצין טכנולוגיות מחוזי במחוז דרום, בדרגת רב כלאי – לתפקיד נבחר אחד המועמדים האחרים שהתמודדו על התפקיד. בסיכום ראיון לתפקיד זה, שערך משיב 4 לעותר, נכתב, בין היתר כך: "הקצין [העותר – ח"מ] עומד בקריטריונים הנדרשים להגשת מועמדותו לתפקיד קצין טכנולוגיות מחוזי, יחד עם זאת, לא ניתן להתעלם מהפיזור הרחב של היחידות הנמצאות תחת אחריות מחוז דרום (...). כמו כן – מדובר במחוז שתדירות המצבעים שנערכים בו הינה גבוהה ביותר, ומצריכה שעות עבודה רבות ובשעות לא שגרתיות (...).".

ד. קצין טכנולוגיה בבית סוהר "הדרים", בדרגת רב כלאי (תפקיד אשר קיים לצידו גם תקן של עוזר) – שלושה התמודדו על תפקיד זה, ובהם העותר. עם סיום הדיון בועדת השיבוטים (שבה נכח גם נציג מטעם היועץ המשפטי של שב"ס, וזאת בהמשך להצהרתם של המשיבים לפנינו), התגבשה המלצה לנציב שב"ס למנות את אחד המועמדים האחרים לתפקיד. בתאריך 21.4.2013 התקבלה החלטת הנציב המאמצת את המלצת הועדה.

צו ביניים האוסר על מינוי קצין טכנולוגיות בבית סוהר "הדרים"

12. בעקבות ההתפתחות האחרונה שתוארה לעיל, הגיש העותר בקשה למתן צו ביניים שיאסור על המשיבים למנות קצין טכנולוגיות בבית סוהר "הדרים". לטענת העותר, המועמד שנבחר לתפקיד זה היה תלמידו ופקודו, וכישוריו נחותים משלו. עוד צוין בבקשה, בין היתר, כי מפקד המחוז אמר לעותר, בראיון שערך עימו במסגרת הליכי המכרז לתפקיד, כי הוא "לא יכול להעלות על הדעת שקצין ב-3/4 משרה יזכה בדרגת רב כלאי, ולכן לא ימליץ עליו לתפקיד".

בעקבות הנטען בבקשה הורינו למשיבים להסביר את החלטת נציב שב"ס להעדיף את המועמד האחר על פני העותר, כאשר עד להחלטה אחרת ייאסר על המשיבים לאייש את התפקיד האמור.

בתגובה מטעם המשיבים, מתאריך 5.5.2013, נאמר כי המועמד, אשר נבחר לתפקיד קצין טכנולוגיות ביס"ר "הדרים", בהחלטת נציב שב"ס – הינו טכנאי חשמל ואלקטרוניקה (יועץ כי בדרישת ה"השכלה" בתנאי המכרז כפי שפורסמו ב"הודעה על התפנות משרה" נכתב כי על המועמד להיות "מהנדס/ת או הנדסאי בתחום המחשבים והאלקטרוניקה"), בעל תואר ראשון בקרימינולוגיה, אשר משמש החל מתאריך 2.6.2008 כקצין טכנולוגיות בבימ"ר מג"ן-ניצן. עוד צוין כי מועמד זה קיבל בשנה

שעברה תואר קצין מצטיין מטעם ראש מינהל טכנולוגיות, שהוא הסמכות המקצועית הגבוהה בתחום זה בשב"ס. בנוסף נטען כי בראיון שנערך למועמד זה התרשם מפקד ביס"ר "הדרים" כי הוא המועמד הבולט ביותר, מבין המועמדים שהתמודדו לתפקיד, הן מבחינה מקצועית, בהיותו המועמד המנוסה ביותר בהפעלת מערכות טכנולוגיות מורכבות דוגמת אלו המצויות בביס"ר, והן מהבחינה האישית. לגישת המשיבים, על פי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, עובד עם מוגבלות זכאי להעדפה מתקנת ככל שהוא כשיר לביצוע התפקיד וכישוריו דומים לכישורי יתר המועמדים. במכרז האמור, כישורי המועמד שנבחר עלו, להבנתם, על כישוריו של העותר ועל כן לא היה העותר זכאי להעדפה מתקנת, על פי טענת המשיבים.

מאז הגשת תגובתם של המשיבים, ובהיעדר החלטה אחרת – לא חל שינוי בצו-הביניים בעניין זה והוא נותר על כנו.

תשובת המשיבים לצו על תנאי

13. לאחר ששמענו את טיעוניהם של הצדדים במהלך שלוש ישיבות, וכן שמענו את דבריהם של המשיב 4 והמשנה ליועץ המשפטי לשב"ס – החלטנו, בתאריך 8.12.2011, להוציא צו-על-תנאי, כמבוקש בעתירה.

המשיבים הגישו תצהיר תשובה לצו-על-תנאי, והשלימו את טענותיהם בפנינו בדיון שקיימנו בהתנגדות לצו-על-תנאי (בתאריך 3.4.2012), וכן בהודעות נוספות שהוגשו מטעמם בעקבות הערותינו ובעקבות התפתחויות שאירעו לאחר מכן. להלן יפורטו עיקר טענותיהם של המשיבים.

14. המשיבים טוענים כי הם פעלו בהתאם להוראות הדין בעניינו של העותר ולא פגעו באיזו מזכויותיו. נטען כי שב"ס עושה את הניתן על מנת להשאיר בשירותו סוהרים שנפגעו, או חלו במהלך שירותם, בדרך של השמתם בתפקידים שיתאימו, במידת האפשר, למוגבלותם – וכך נעשה גם בעניינו של העותר.

המשיבים עמדו על כך שאין לעובד, ובפרט למי שעובד בגוף שבו קיימת היררכיה פיקודית, דוגמת שירות בתי הסוהר, זכות קנויה להתקדם במקום העבודה, או לזכות במשרה בכירה יותר. נטען כי הליכי קידום קצינים בשב"ס מעוגנים בנוהל מש"א 02-3010 "קידום קצינים" (להלן: נוהל קידום קצינים), שבו נקבעו, בין היתר, מסלולי

שירות וקידום מובנים, המבחינים בין המגזר הייעודי לבין המגזר המינהלי/טיפולי, שהוא הרלבנטי לעניינו של העותר. בהתאם לנוהל, הכלל הוא כי קידום בדרגת קצין בשב"ס מותנה בקיומו של תקן התואם לדרגת הכתף/מינוי של הקצין, אליה הוא מיועד להתקדם, וכן בקיומם של תנאים נוספים, לרבות: המלצת מפקד, השלמת פרק זמן מינמאלי בדרגה, חוות דעת חיוביות ושיבוץ במשרה הנושאת דרגת תקן הגבוהה מדרגת הקצין ומינוי מסוג רגיל או בפועל. יציין כי בהתאם לנוהל, תקופת פרק הזמן המינמאלי לשירות בדרגת כלאי, טרם קבלת דרגת רב-כלאי, הינה, ככלל, 4 שנים, ואולם מאחר שקבלת דרגה רב-כלאי מותנית, בין היתר, גם בקיומו של תקן פנוי, כאמור, הרי שקבלתה בתום פרק הזמן המינמאלי האמור – איננה אוטומטית.

המשיבים ציינו, כאמור, כי לאור נתוניו – העותר מצוי במאגר הקצינים המועמדים לקידום. יחד עם זאת, נטען כי אי-קידומו של העותר איננו נגוע בהפליה פסולה, אלא באפשרויות קידום מצומצמות יחסית בתחום שבו הוא משרת, וכן בכשירותו של העותר לתפקידים אליהם ניגש, אל מול כישוריהם של סוהרים אחרים בתחום שירותו. לטענת המשיבים, דחיית מועמדותו של העותר לתפקידים שעליהם הוא ביקש להתמודד נעשתה משיקולים ענייניים, בשים לב לאופיים של התפקידים ולכישוריהם של המועמדים הנוספים שהתמודדו לאותם תפקידים – שהיו עדיפים על כישוריו של העותר.

באשר להשגותיו של העותר בנוגע לדרישתם של המשיבים, שלפיה תפקידו של קצין טכנולוגיה בבית סוהר "מגידו" יבוצע בהיקף משרה מלא, ויחייב, כתנאי למילוי, גילוי גמישות בשעות העבודה וזמינות בכל שעות היממה – טענו המשיבים כי מדובר בדרישה שנקבעה על ידי הגורמים המקצועיים בשב"ס במסגרת הפרוגטיבה הניהולית הנתונה להם, וכי דרישה זו הינה סבירה ומידתית בנסיבות העניין, בשים לב לאופיו של התפקיד ולמהותו של המתקן, כפי שפורטו בתשובה לצו על תנאי, ובהתאם לצורכי המערכת. על כן נטען כי לעניין אי-שיבוצו של העותר בתפקיד זה חל הסייג הקבוע בסעיף 8(ג) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, הקובע כי: "אין רואים כהפליה, פעולה או הימנעות מפעולה, המתחייבת מהדרישות המהותיות של התפקיד או המשרה". עוד נטען כי הגורמים המקצועיים בשב"ס בדקו את בקשתו של העותר לבצע את התפקיד במשרה חלקית, תוך ביצוע השלמת שעות עבודה מהבית, ומצאו כי דרישה זו הינה בעייתית ובלתי ישימה לנוכח המגבלות שהוטלו על ידי הועדה הרפואית, וכי פיצול התפקיד כך שיבוצע על ידי מספר עובדים עלול לפגוע בתפקודה התקין של המערכת. לחילופין, נטען כי בהעסקתו של העותר בתפקיד האמור יש כדי להטיל על שב"ס נטל כבד מדי, במשמעות סעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

המשיבים ציינו עוד (כבר בתגובתם המקדמית לעתירה) כי הם מצאו לנכון לפנות לנציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, על מנת לקבל את עמדתה בנוגע לטענות המועלות על ידי העותר, ולאחר שפרשו בפניה, לדבריהם, את מלוא התמונה בעניינו, הסכימה הנציבות שאין ראיות לעמדה כי העותר הופלה במכרזים שפורטו בעתירה, בשל מוגבלותו. כן טענו המשיבים כי העסקתו של העותר בתפקיד קצין טכנולוגיות ביחידת "השרון", שבו הוא נושא כיום במשרה חלקית – איננו תואם לדרישות התפקיד המקוריות, ואולם המשיבים התאימו את התפקיד למגבלותיו של העותר.

באשר להשגתו של העותר, שלפיה שלושה קציני טכנולוגיה, אשר גויסו לשירות אחריו, "עקפו" אותו בסולם הדרגות – טענו המשיבים, בלאקוניות, כי לא נפל פגם בהליכי קידום של הקצינים האמורים, אשר נעשו בהתאם לנהלים הפנימיים של שב"ס, בשים לב לנתונייהם האישיים ולצרכי המערכת.

15. בנוגע לסוגיה שהתעוררה, בין היתר, במסגרת הדיונים בפנינו, והיא: מדוע לא יקודם העותר לדרגת רב-כלאי, על פי נוהל "דרגות אישיות", שאיננו מחייב שיבוץ בתקן פנוי לצורך קידום בדרגה – טענו המשיבים כי בהתאם להחלטותיהם של נציבי שב"ס, אשר התקבלו עקב שיקולים תקציביים וארגוניים, החל משנת 2004 מוקפא יישום נוהל דרגות אישיות, שמספרו הוא: 02-3018 (להלן: נוהל דרגות אישיות) וקידום הקצינים בדרגות נעשה אך ורק במסגרת הדרגות התקניות המאושרות לשירות – כך שלא ניתן לקדם את העותר בדרגה ללא שיבוץ בתקן מתאים. לאחר שביקשנו הבהרות בעניין הנסיבות שהובילו להקפאת יישומו של הנוהל האמור, נמסר לנו על ידי המשיבים, כי על רקע מצוקת תקני הקצונה שהייתה קיימת בעבר בשב"ס, ואשר בגינה נבלם קידום של קצינים רבים ו"נעצר" על תקן כלאי, בהעדר תקן פנוי מקדם בדרגת רב-כלאי – הוחל בשנת 1994 הסדר "רב-כלאי גמיש". הסדר זה, שעוגן במתכונתו הסופית בנוהל דרגות אישיות, איפשר לקדם קצין שב"ס מדרגת כלאי – למינוי ולדרגת רב-כלאי, ללא תקן רב-כלאי פנוי. משמעות מינוי זה היתה זיכויו של הקצין בשכר של רב-כלאי ובהמשך קידומו של הקצין לדרגת רב-כלאי, הגם שהוא מוצב בתקן כלאי. ברבות הזמן הסתבר כי החלתו של הסדר זה הכבידה באופן משמעותי על תקציב השכר של שב"ס וגרמה, בין היתר, לעיוות במדרג האירגוני, כפי שארע גם במשטרה בעקבות החלתו הסדר דומה ("רפ"ק גמיש"). בשנת 2000 הוחלט על ביטולו של הסדר "רב כלאי גמיש" ובהמשך נקבע כי עד לסוף שנת 2008 יבוטלו באופן מוחלט כל תקני ה"רב כלאי גמיש" הקיימים בשירות. על רקע החלטה זו הוקפא יישום נוהל דרגות אישיות, ובהתאם הדרגה האישית האחרונה בשב"ס הוענקה בחודש אפריל 2004.

בתוך-כך, נמסר לנו על ידי המשיבים, כי בשב"ס שירתו (נכון למועד מתן הודעתם של המשיבים בעניין) 681 קצינים בדרגת כלאי, כאשר: 152 מתוכם משרתים בדרגת כלאי בין 6 ל-8 שנים, 114 מתוכם משרתים בדרגה זו למעלה מ-8 שנים (כדוגמת העותר במועד הרלבנטי) ו-32 מתוכם משרתים מעל 10 שנים בדרגת כלאי. מהודעתם האמורה של המשיבים עלה עוד כי בשב"ס שירתו (נכון לאותו מועד) 25 קצינים בתחום הטכנולוגיה בדרגת כלאי (ו-13 קצינים בדרגת רב-כלאי), אך לא נמסר כמה מתוכם משרתים בדרגה זו למעלה מ-8 שנים, כדוגמת העותר במועד הרלבנטי. בהודעה משלימה שנמסרה על ידי המשיבים הוטעם כי לאור הערותינו בדיונים שקיימנו, ולנוכח ההחלטות שניתנו על ידינו במהלך ניהולו של ההליך, בדק נציב שירות בתי הסוהר, פעם נוספת, האם ניתן לאשר לעותר דרגה אישית בנסיבות העניין – ועם סיומה של הבדיקה הגיע למסקנה כי אין באפשרותו לעשות כן.

יחד עם זאת ציינו המשיבים כי לנוכח המחסור בתקני רב-כלאי בשב"ס אל מול הקצינים בדרגת כלאי, אשר שוהים בדרגה זו במהלך תקופות ממושכות ואשר מצויים במאגר הקצינים הראויים לקידום לאור נתונייהם – הוחלט בסיכומי של דיון בין משרדי להכשיר כלאים בשב"ס (ופקדים במשטרה) בקורס מתקדם שבסיומו יזכו המשתתפים בתוספת שכר קבועה ("תוספת כלאים"). בתאריך 1.1.2012 זומן העותר למחזור השני של קורס הכלאים, שמועד סיומו היה בתאריך 19.1.2012, ומאז זוכה העותר בתוספת שכר קבועה בסך של 900 ש"ח. תוספת שכר זו מצמצמת "באופן דרמטי", לטענת המשיבים, את ההבדל בין שכרו של העותר, לבין שכרו של קצין בדרגת רב-כלאי תחילית.

16. באשר לטענתו של העותר בדבר הפרת הבטחה מינהלית, אשר ניתנה לו, כביכול, ושלפיה עד לבירור עניינו לא ימונה קצין קש"א/טכני בגוש מרכז – טענו המשיבים כי תג"ד אלי גביון לא היה בעל סמכות לתת הבטחה מהסוג הנטען, שכן מינויו של קצין בשב"ס לתפקיד מקדם מתבצע בהליך רב שלבי שסופו בהחלטה של נציב השב"ס, שהוא הגורם המוסמך להורות על המינוי ולהעניק לקצין דרגת רב-כלאי. בנוסף טענו המשיבים כי קיים ספק באשר לקיומה של כוונה להקנות להבטחה הנטענת תוקף משפטי מחייב.

17. באשר לדרישת העותר להורות למשיבים לאתר את כל תפקידי רב-כלאי בתחום הקשר והטכנולוגיה העומדים על הפרק, טענו המשיבים כי התפקיד היחיד, אשר איננו מאויש (נכון למועד מסירת תגובתם לצו-על-תנאי) הינו התפקיד של ראש צוות תקשורת, שאליו הגיש העותר את מועמדותו במסגרת מכרז פנימי – ולא נבחר, בדומה

ליתר המועמדים שהגישו את מועמדותם לתפקיד זה. התפקיד נפתח למכרז חיצוני, שבמסגרתו לא הוגשו מועמדות נוספות – ועל כן הוחלט לאייש תפקיד זה בהליך של מינוי רוחבי על ידי קצין הנושא בדרגת כתף רב-כלאי.

נוסף על האמור לעיל, נטען כי הוראות התקשי"ר אינן חלות על שב"ס, וכי לנוכח תשובתם של המשיבים ובהתאם להלכה בדבר התערבות הערכאה השיפוטית בשיקול הדעת של ארגונים מסוגו של השב"ס, בניהולו הפנימי של כוח האדם, ובענייני קידום ושיבוץ – יש להורות על ביטולם של הצו-על-תנאי ושל צווי הביניים שהוצאו לבקשתו של העותר.

צו ביניים האוסר על המשיבים לפגוע בשכרו של העותר

18. למן ראשיתו של ההליך, הודיעו המשיבים כי ועדת הערכות צפויה להתכנס "בעת הקרובה" לדיון בעניין התאמת שכרו של העותר להיקף העסקתו בפועל, וכי העותר יזומן לשימוע בנדון. רק בתאריך 20.8.2013 נערך לעותר שימוע כאמור, ובמהלכו הודע לו על כוונתם של גורמי שב"ס לבצע "התאמה" בין היקף המשרה שבה הוא עובד החל מתאריך 14.11.2006, לבין שכרו, ולהחילה באופן רטרואקטיבי על התקופה האמורה. בעקבות כך הגיש העותר בקשה נוספת למתן צו ביניים שיאסור על פגיעה בשכרו ו/או על חיובו בהחזר הפרשים ו/או ניכוי כספים ממשכורתו.

בתגובה מתאריך 18.9.2013 טענו המשיבים כי בקשתו של העותר היא בקשה מוקדמת, שכן טרם התקבלה החלטה בהמשך לשימוע שנערך לו. לפיכך הורינו למשיבים, בתאריך 1.10.2013, להודיע בהקדם על ההחלטה שקיבלו בעקבות השימוע וכן לעדכן על שינוי כלשהו בנושאי הצו-על-תנאי, אם יחול. לצד זאת הוצאנו צו ביניים האוסר על המשיבים לעשות כל שינוי מסוג כלשהו בשכרו של העותר.

בתאריך 19.11.2013 עדכנו המשיבים כי התקבלה החלטה שלפיה שכרו של העותר והזכויות הנלוות לשכר ישולמו לו בהתאם להיקף שירותו בפועל, דהיינו: 0.67% משרה, וזאת החל ממועד קבלת ההחלטה (ובכפוף לצו הביניים הארעי שהוצא), כאשר נושא השבת הסכומים ששולמו לעותר ביתר במהלך התקופה החל מתאריך 14.11.2006 – יידון בנפרד לאחר שמיעת טענותיו בעניין.

בתגובה טען העותר כי הנוהל שלפיו התקבלה ההחלטה בעניין שכרו איננו הנוהל הרלבנטי לעובדים המועסקים במשרה חלקית, או על סוהרים שלגביהם קיים

"הסדר מיוחד" של סידור העבודה – אשר חל עליהם נוהל אחר. לטענת העותר יש למשיבים מגוון אפשרויות שבהן ניתן לנקוט על מנת שלא לפגוע בשכרו. החלטתם של המשיבים לבחור דווקא באופציה שלפיה יפגע שכרו של העותר (לרבות הזכויות הסוציאליות הנלוות לו), בעוד עתירה בעניין קידומו תלויה ועומדת בפני בית המשפט – נגועה, לגישתו, בשיקולים ובמניעים זרים ומכוונת לפגוע באפשרותו לפנות לערכאות למיצוי זכויותיו, וככזו היא פסולה.

הסוגיות העומדות להכרעה

19. שירות בתי הסוהר הינו הארגון הלאומי המופקד על הכליאה בישראל, ועיקר עיסוקו הוא הפיקוח על המשמורת החוקית של אסירים ועצורים. כמערכת ביטחונית (ראו: סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), פועל שב"ס באופן רציף והעבודה בו איננה כפופה לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (ראו: סעיף 30(א)(1) לחוק). שעות העבודה בו מוסדרות, איפוא, בנוהל "נוכחות בעבודה והיעדרות ממנה" מס' 02-2003, שבו נקבע כי שעות העבודה הרגילות של סוהרים עומדות על 9 שעות יומיות. עוד נקבע בנוהל זה כי הסוהרים נדרשים, באופן תדיר, לבצע תורנויות.

אין חולק כי שירות בתי הסוהר איננו רשאי להעסיק את העותר, כלאי רמי מחמלי, מעבר ל-6 שעות ביום – וזאת בהתאם להחלטה של ועדה רפואית בעניינו. בעקבות מצב דברים זה יש לברר במסגרת העתירה מספר שאלות: האם בשל מוגבלות זו, שנוצרה במהלך ועקב שירותו של העותר בשב"ס, נמנעת מהעותר האפשרות להתקדם בשירות? האם יש בהתנהלותם של גורמי שב"ס בעניינו של העותר משום הפרה של זכויות המוקנות לו על פי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות? האם הופרה הבטחה מינהלית שניתנה לעותר? ואם כן, מהו הסעד שראוי להעניק לעותר בנסיבות העניין?

לכך נפנה עתה.

דיון והכרעה

המסגרת הנורמטיבית

20. בהיותו ארגון הכליאה הלאומי, מהווה שב"ס זרוע של הרשות המבצעת (ראו: בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (19.11.2009)). בתי

הסוהר והסוהרים מצויים בפיקודו, בפיקוחו ובניהולו של נציב בתי הסוהר (להלן: הנציב), המתמנה בידי הממשלה, לפי המלצת שר המשטרה (ראו סעיפים: 78 ו-80(א) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר, או הפקודה)). הסמכות למנות סוהרים זוטרים (קרי: עד דרגת רב-כלאי, כולל), להעבירם מתפקידם ולהעלותם, או להורידם בדרגה – מסורה לנציב (ראו: סעיף 80(ג)(1) לפקודת בתי הסוהר וכן הגדרת "סוהר בכיר" בסעיף 1 לפקודה). שיקול הדעת של הנציב במינויים של סוהרים ובאיוש תפקידים בשירות הוא, אמנם, רחב. יחד עם זאת, לא מדובר בשיקול דעת מוחלט. הפעלת סמכותו של הנציב לפי סעיף 80(ג)(1) לפקודה, הינה מעשה מתחום המשפט הציבורי, הכפוף לעקרונותיו של המשפט הציבורי. הנציב, ככל רשות ציבורית, פועל כנאמן של הציבור והוא מחויב להפעיל את שיקול-דעתו בתום לב, בהגינות, בסבירות ובמידתיות, תוך בחינת מכלול השיקולים הרלבנטיים, מבלי לשיקול שיקולים זרים, ולהתנהל בשוויון וללא הפליה. בתוך-כך, כפופה גם הפעלתה של הסמכות האמורה, לרבות אי-הפעלתה, על ידי הנציב, או על ידי מי מגורמי שב"ס, שהנציב נעזר בהם לצורך כך – לביקורת שיפוטית של בית משפט זה. בחינת חוקיותה, סבירותה ומידתיותה של ההחלטה בנושאים אלה, תיעשה בהתאם לכללי המשפט המינהלי ולאור עקרונות היסוד של השיטה, כפי שהם משתקפים בחקיקה ובפסיקה, ובהתחשב בערכי היסוד והנורמות של החברה (ראו והשוו: בג"צ 651/86 סגן-גונדר שמעון מלכה נ' שר המשטרה, פ"ד מ(4) 645 (1986) (להלן: עניין מלכה); דברי השופט מ' חשין ב-בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998) (להלן: עניין שדולת הנשים), בפסקה 28; בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה כללי, פ"ד נג(2) 62, 68-69 (1999) (להלן: עניין פלונית)).

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

21. בתאריך 1.1.1999 נכנס לתוקפו חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998. חקיקתו של חוק זה היתה חלק מגל של חקיקה עולמית, שעסק בקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, אשר בא בעקבות חקיקתו של החוק האמריקני הפדראלי – Americans with Disabilities Act (1990) (להלן: ה-ADA), שהסדיר מאטריה זו.

חוק השוויון העמיד, לראשונה בישראל, את ענייניהם של אנשים עם מוגבלות כנושא מובהק של זכויות אדם, וקבע את עקרון היסוד שלפיו:

"זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות" (ראו: סעיף 1 לחוק).

22. "אדם עם מוגבלות", אשר החוק חל עליו, מוגדר בסעיף 5 לחוק כך:

"אדם בעל לקות פיזית, נפשית, או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים".

המושג "תחומי החיים העיקריים" לא זכה להגדרה, ונותר, במכוון, "פתוח". יחד עם זאת, ניתן ללמוד, במקרה הצורך, על היקף התפרשותו של מושג זה מההנחות שפורסמו על ידי נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה של ארצות הברית, בהן נקבע כי "תחומי החיים העיקריים" כוללים, בין היתר, את: "יכולת האדם לדאוג לענייניו, הליכה, ראייה, שמיעה, דיבור, נשימה, למידה, עבודה, עמידה, נשיאה, חשיבה, יכולת ריכוז, ואינטראקציה עם אחרים" (ראו: אריאלה אופיר ודן בורנשטיין "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998: אמנציפציה בסוף המאה ה-20" ספר מנחם גולדברג 42, 61-62 (אהרון ברק, סטיב אדלר, רות בן ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2002)). גישה דומה ניתן למצוא גם בספרות ההלכתית שהרחיבה את האיסור של: "לא תקלל חרש ולפני עיוור לא תתן מכשול" (ויקרא, י"ט, י"ד), והחילה אותו על כל אדם שהוא "סומא בדבר", דהיינו: על כזה שהוא כמו עיוור. יתר על כן, במשפט העברי פותח, במרוצת הדורות, לצד האיסור שלא להניח מכשול בפני עיוור (שגם הוא הורחב, כאמור), אף ציווי אקטיבי: לסייע לבעל המוגבלות (עיינו: רחלי שולשטין, שילובם של אנשים עם מוגבלות בחברה על פי ההלכה היהודית, פרלמנט, גיליון 74 (אנשים עם מוגבלות במדינה דמוקרטית, יהודית ונגישה), המכון הישראלי לדמוקרטיה; פרופ' אביעד הכהן "אנושיות בהלכה וכהלכה – פרק בתולדות כבוד האדם בעולמה של תורת ישראל" כמעין המתגבר – ספר היובל לכבוד הרב ד"ר נחום לאם 39 (2014)).

23. חוק השוויון מעיד על עצמו, בסעיף 2 לחוק, כי מטרתו היא:

"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". (ההדגשות הוספו – ח"מ).

חקיקתו של חוק השוויון שאפה, איפוא, להביא לידי תיקון מבני כולל שיכיל התייחסויות לכל תחומי הפליה וההדרה של אנשים עם מוגבלויות (ראו: דו"ח הועדה הציבורית לבדיקת חקיקה מקיפה בנושא: זכויות אנשים עם מוגבלויות (1997), בעמ' 2-3). בפועל נכללו בחוק השוויון, מראשיתו, רק שניים מתוך מגוון התחומים שאותם ביקשה הצעת החוק להסדיר (עיינו: הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ו-1996, ה"ח 2525, 628 (11.3.1996)), והם: תחום התעסוקה ותחום הנגישות של תחבורה ציבורית, שעוגנו בפרקים ד' ו-ה' לחוק, בהתאמה. בהמשך (בשנת 2005) תוקן החוק, ונוסף לו פרק נגישות מקיף (פרק ה' 1 לחוק), המתייחס לנגישותם של מבנים ומקומות ציבוריים וכן לנגישותם של שירותים ומידע (ראו: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות (תיקון מס' 2), התשס"ה-2005, ס"ח 288). תחומים נוספים שנמצאו על ידי הועדה לבדיקת חקיקה כטעונים הסדרה – עודם ממתינים להסדרה תחיקתית, אשר יש להניח ולקוות כי תקודם, בין היתר, בעקבות חתימתה של מדינת ישראל על האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, בחודש מרץ 2007, ואשרורה – בחודש ספטמבר 2012.

נושא השוויון בתעסוקה הוא העומד במרכז הדיון בעניין שבפנינו ובו נתמקד

כעת.

האיסור על הפליה בתחום התעסוקה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות

24. סעיף 8 לחוק השוויון מורה, בין היתר, כך:

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

- (1) קבלה לעבודה לרבות מבדקי קבלה;
- (2) תנאי עבודה;
- (3) קידום בעבודה;
- (4) הכשרה או השתלמות מקצועית;
- (5) פיטורין או פיצויי פיטורין;
- (6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מהעבודה.

(ב) לענין סעיף קטן (א), רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין הענין.

(ג) אין רואים כהפליה לפי סעיף זה, פעולה או הימנעות מפעולה, המתחייבת מהדרישות המהותיות של התפקיד או של המשרה.

(ד) ...

(ה) "...
(ההדגשות שלי – ח"מ).

סעיף 8 לחוק השוויון קובע, איפוא, כי אסור למעביד להפלות בין עובדיו, או בין דורשי עבודה – אנשים עם מוגבלות, מחמת מוגבלותם, וזאת בכל אחת מהקטגוריות המוכרות מסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה), אשר מטרתן לכסות את מירב ההיבטים של יחסי העבודה, לרבות: קידום בעבודה (מטעמי נוחות, אתיחס מכאן ואילך להפליה בקבלה לעבודה ובקידום בה, ואולם דברי נכונים, בשינויים המחויבים, גם ביחס להפליה בכל אחת מהקטגוריות האחרות המנויות בסעיף 8(א) לחוק).

איסור ההפליה לפי סעיף 8(א) לחוק השוויון חל על מעביד שמעסיק ששה עובדים ויותר (ראו: הוראת סעיף 21(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, המוחלת על הוראות פרק התעסוקה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – מכוח הוראת סעיף 13(א) לחוק השוויון).

הפליה – לרבות אי ביצוע התאמות נדרשות

25. החידוש המרכזי באיסור ההפליה הקבוע בסעיף 8 לחוק השוויון, נעוץ בהגדרת המונח "הפליה" בחוק, שתובא להלן:

"הפליה" - לרבות אי-ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו" (ההדגשה שלי – ח"מ).

בהמשך, מגדיר החוק את המונחים "התאמה" ו-"התאמות", כך:

"התאמה", "התאמות" - לרבות התאמת מקום העבודה, הציוד שבו, דרישות התפקיד, שעות העבודה, מבדקי קבלה לעבודה, הכשרה והדרכה, נוהלי עבודה, והכל מבלי שהדבר יטיל על המעביד נטל כבד מדי...".
(ההדגשה שלי – ח"מ).

הנה כי כן, בצד היסוד השלילי של איסור ההפליה מחמת מוגבלות בין עובדים, או בין דורשי עבודה – מטיל המחוקק בסעיף 8 לחוק השוויון, על מעבידים המעסיקים מעל 6 עובדים, חובה פוזיטיבית ליצור במקום העבודה תנאים שיאפשרו את העסקתם

של אנשים עם מוגבלות ואת קידומם במקום העבודה, וזאת, בין היתר, באמצעות עריכת שינויים בדרישות התפקיד, בשעות העבודה ובנוהלי העבודה.

26. תכליתן של ההוראות בפרק התעסוקה בחוק השוויון, ושל רעיון ה"התאמות" העומד במוקד פרק זה בפרט, היא "לתקן" את המציאות שנוצרה בעקבות התפיסה המסורתית, שלפיה שוק העבודה הוא בגדר נתון, ועל אנשים עם מוגבלות (=לקות, אשר נתפסה כבעיה של הפרט, בהיותה תכונה אישית אינהרנטית המאפיינת אותו) – להתאים את עצמם אליו (עיינו: שגית מור אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה עיוני משפט לה 97, 101 (התשע"ב) (להלן: מור); נטע זיו "אנשים עם מוגבלויות – בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים) 813, 816 (2004) (להלן: זיו)). הגישה החברתית למוגבלות, אשר דומה כי היא זו שצריכה להתוות עתה את הפרשנות לחוק השוויון, רואה במוגבלות – על מגוון מאפייניה והיבטיה – תוצר של הבניה חברתית. על פי גישה זו, המוגבלות איננה אלא ביטוי נוסף למגוון האנושי הקיים בחברה, אשר נדרשת, מצידה, לנהוג באורח שוויוני כלפי כל אחד מחבריה, ובכלל זה לנקוט בפעולה אקטיבית על מנת לתקן ולהתאים את עצמה לאנשים עם מוגבלות, באופן שיאפשר את שילובם ואת קידומם בכל תחומי החיים, לרבות בתחום התעסוקה (לדיון בהיבטים שונים של סוגיה זו – ראו: מור, 103-114). רעיון ה"התאמות" משקף, איפוא, את ההבנה שאין די בדרישה שאדם עם מוגבלות יתאים את עצמו לדרישות התפקיד, אלא שיש גם להתאים את מקום העבודה לצרכיו (עיינו גם: מור, 120-121). החוק מבקש, לפיכך, ליצוק למושג השוויון משמעות המחייבת פעולות אקטיביות של: שילוב, הכללה והשתתפות, על מנת להביא ל"שוויון מהותי וממשי" – ולא רק משמעות של מניעת הדרה. דבר זה אמור להיעשות באמצעות מתן "מענה הולם" לצורכיהם של אנשים עם מוגבלות (ראו: סעיף 2 לחוק השוויון), ובכלל זה: הטלת חובה פוזיטיבית על המעסיק לבצע התאמות שתאפשרנה את קבלתם וקידומם בעבודה של אנשים עם מוגבלות, וכן באמצעות הטלת חובה לקדם ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלות במקום העבודה – הכל כפי שיבואר להלן (עיינו: גדעון ספיר, הצדקות לחובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה בעבור אנשים עם מוגבלות משפט וממשל יג 411 (תשע"א) (להלן: ספיר)).

27. הרעיון שלפיו על מנת להשיג שוויון הזדמנויות, ניתן להטיל על מעסיק חובה לערוך התאמות, כדי לאפשר למועמד עם מוגבלות להשתלב בעבודה – הוכר, למעשה, על ידי בית משפט זה עוד טרם שנחקק חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. ראו בהקשר זה את דבריה של השופטת ט' שטרסברג-כהן בפיסקה 6 לפסק-דינה ב-בג"צ

4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995) (להלן: עניין אליס מילר) – שם כדי להמחיש את העמדה שלפיה עיקרון השוויון משמיע גם את החובה לנקוט באמצעים סבירים על מנת לנטרל שונות רלוונטית במטרה להשיג שוויון מהותי (באותו עניין: שוויון בין גברים לנשים, בקבלה לקורס טיס). נכתב כך:

"אם – לדוגמא – יבקש נכה על כיסא גלגלים להתקבל לעבודה במוסד ציבורי כשכישוריו עונים על דרישות התפקיד, אלא שהגישה למשרד היא באמצעות מדרגות; המוגבלות בנתונים הפיזיים הבסיסיים המאפשרים גישה למקום העבודה יוצרת שונות רלוואנטית, אלא שהיא ניתנת לניטרול במחיר סביר וראויה היא לתיקון כדי להשיג שוויון הזדמנויות. לפיכך נדרוש השקעת משאבים על-מנת לנטרל את השונות ולתקנה באמצעות מעלית או בדרך אחרת שתאפשר לנכה להגיע לאותו משרד".

עיינו גם: בג"צ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19 (1996) (להלן: עניין בוצר), שבו נקבע עוד קודם לחקיקתו של חוק השוויון, כי הזכות לשוויון של אנשים עם מוגבלות משמעה שילובו של האדם עם המוגבלות בחברה ובמוסדותיה, וזכות זו מטילה חובה על רשויות המדינה לנקוט צעדים אקטיביים כדי לממשה, אף אם צעדים אלה כרוכים בעלות כספית.

אופיין של ההתאמות הנדרשות לפי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

28. ההתאמות שאי-ביצוען עולה כדי הפלייתו של אדם עם מוגבלות, כאמור בסעיף 8 לחוק השוויון – אינן התאמות פיזיות גרידא, הנוגעות למבנה של מקום העבודה, או לעיצובו, כגון: התקנת רמפה, מעלון, או מעלית במקום העבודה; או לשימוש במכשירים, בעזרים, בהתקנים, באמצעי מחשוב של חומרה ותוכנה ייעודיים; או להספקת שירותי תרגום ותמלול, למשל, עבור עובדים עם מוגבלות בשמיעה (ראו: הגדרת המונחים "התאמה" ו"התאמות" בחוק השוויון וכן בתקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (השתתפות המדינה בהתאמות), התשס"ו-2006). החוק מגדיר "רשימה פתוחה" של התאמות אפשריות, אך איננו מתיימר למצות את מלוא קשת האפשרויות. ביצוען של ההתאמות הנדרשות על מנת לקיים את החובה המוטלת על המעסיק להימנע מאפלייתם של עובדים בעלי מוגבלות מצריכה גמישות ומעוף מחשבתי מצד המעסיק. החובה לבצע התאמות – חובה שהפרתה נתפסת כהפליה אסורה – מחייבת את המעסיק לראות את מקום העבודה דרך עיניו ומציאות חייו של האדם עם המוגבלות ולהביא בחשבון את צרכיו (עיינו: ז"ו, 846).

- ההתאמות הנדרשות, על פי חוק השוויון, משתנות, איפוא, ממקרה למקרה, על פי נסיבותיו, והן עשויות לכלול, בין היתר, גם:
- (א) שינויים בדרישות התפקיד ועיצובם מחדש;
 - (ב) הגמשה של שעות העבודה על ידי פיצול, או על ידי מתן אפשרות לעבודה במשרה חלקית;
 - (ג) שיבוץ בתפקיד חלופי;
 - (ד) יצירת משרה חדשה עבור העובד עם המוגבלות, אשר הולמת את מצבו;
 - (ה) חריגה אד-הוק מנוהלי העבודה הקבועים;
 - (ו) ואף "התאמה כלכלית", דהיינו: "ספיגת" עלות העסקתו של האדם עם המוגבלות ותשלום שכרו על בסיס גבוה יחסית, לעומת תפוקתו, בהתחשב במוגבלותו (ראו לעניין אחרון זה: ע"ב (נצ') 1732/04 דה-קסטרו דקל יצחק נ' מ.ב.א. הזורע (10.7.2005)); לעמדה שונה, שלפיה קיימת בעייתיות בהטלת חובה על המעסיק לספוג מכיסו את ההפרש בין תפוקתו של עובד רגיל לבין תפוקתו של העובד עם המוגבלות, עיינו: ספיר 436-438, וראו גם: תקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), התשס"ב-2002)).

ההצדקות לחובה לערוך התאמות שתאפשרנה את העסקתם של אנשים עם מוגבלות

29. חוק השוויון מחייב את המעביד להתעלם מן השוני בתפוקה בין עובד רגיל לבין עובד עם מוגבלות, או להוציא כסף כדי להתאים את סביבת העבודה (במובן הרחב של מושג זה) לצרכיו המיוחדים של העובד עם מוגבלות, אף שנתונים אלה מהווים שוני רלבנטי בינו לבין עובדים אחרים. חיובם של מעבידים (לרבות מהמגזר הפרטי), בביצוע התאמות שיאפשרו את: קליטתם, שילובם, קידומם והישארותם של אנשים עם מוגבלות, במקום העבודה – מגלם את הרעיון שלפיו: "הבטחת שוויון ההזדמנויות לנכה עולה כסף. חברה האמונה על ברכי כבוד האדם, החירות והשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש" (ראו: דברי הנשיא, א' ברק בעניין בוצר; השווה להלכה בעניין שדולת הנשים).

בכתיבה האקדמאית הוצעו מספר הצדקות חלופיות להטלת החובה האמורה,

ובהן:

- (א) שיקולי יעילות: הטענה היא כי עריכת ההתאמות תוביל להשתלבותם של אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה ואגב כך ליציאתם משוק מקבלי הקצבאות, וכפועל יוצא מכך לחיסכון כספי ניכר;

(ב) הרעיון שלפיו חובת עריכת ההתאמות היא יישום של עקרון שוויון ההזדמנויות, הגורס כי אי-שוויון סוציאלי וכלכלי ניתן להצדקה רק אם הוא מקושר לתפקיד ולמעמד, אשר נגשים לכל על בסיס הוגן. דהיינו: עריכת ההתאמות פותחת בפני אנשים עם מוגבלות מגוון של אפשרויות אשר אלמלא כן לא היו נגישות להם;

(ג) הטענה כי החובה לערוך התאמות מבוססת על ערך כבוד האדם ונועדה להבטיח כי אנשים עם מוגבלות יתפסו בעיני עצמם ובעיני הסובבים אותם כבעלי ערך שווה; אכן אין בנמצא בני אדם מושלמים. כל אחד מוגבל במידה כלשהי, והאתגר – לפרט ולחברה – הוא לבצע את ההתאמות המתחייבות כדי שכולם יוכלו למצות את מלוא יכולותיהם על אף מגבלותיהם.

(ד) החיוב לערוך התאמות בתחום התעסוקה, ובכך לאפשר לאנשים עם מוגבלות להשתלב בשוק העבודה – פותח בפני אנשים עם מוגבלות פתח להשתתפות ולהשפעה במישורי החברתיים והפוליטיים;

(ה) אחד התנאים להגשמת זכותם של אנשים עם מוגבלות לאוטונומיה הוא קיום מגוון הולם של אפשרויות בתחומי חיים שונים, אשר יאפשר לאדם להוציא לפועל את כישוריו השונים, ובין היתר בתחום התעסוקה.
(עיינו: ספיר, 423-433).

אין חובה לערוך התאמות שמטילות על המעסיק "נטל כבד מדי"

30. יחד עם זאת, החובה לערוך את ההתאמות הנדרשות לשם שילובם של אנשים עם מוגבלות במקום העבודה, וקידומם בו, כאמור לעיל – איננה מוחלטת, אלא חלה רק כל עוד אין בביצוע ההתאמות הנדרשות כדי להטיל על המעביד "נטל כבד מדי". מונח

זה מוגדר בסעיף 8 לחוק השוויון כך:

"נטל כבד מדי" - נטל בלתי סביר בנסיבות הענין, בהתחשב, בין היתר, בעלות ההתאמה וטיבה, בגודל העסק ובמבנהו, בהיקף הפעילות, במספר העובדים, בהרכב כוח האדם, ובקיומם של מקורות מימון חיצוניים או ממלכתיים לביצוע ההתאמה".
(ההדגשות שלי – מ"ח).

סייג זה נועד לאזן בין זכותם של אנשים עם מוגבלויות שלא להיות מופלים לרעה, לעומת עובדים, או דורשי עבודה אחרים, בעלי כישורים דומים, בעניינים המנויים בסעיף 8(א) לחוק השוויון – לבין הנטל המוטל על המעסיקים להתאים את

מקום עבודתם, וזאת כדי שלא להביא לידי פגיעה כלכלית חמורה בעסק. המבחן הוא של סבירות ההתאמה, כאשר רק נטל בלתי סביר – בהתחשב במכלול המשאבים המצויים בידי המעסיק – ייחשב כ"נטל כבד מדי", שיצדיק פטור מביצוע התאמות (עיינו: מור, 122; ספיר, 427).

סייגים נוספים: סייג ה"כשירות" וסייג "הדרישות המהותיות של התפקיד או המשרה":

31. כאן המקום להתייחס גם לשני סייגים נוספים לאיסור ההפליה, והם:
- (א) סייג ה"כשירות", המעוגן בסעיף 8(א) לחוק, הקובע כי: "לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה, מחמת מוגבלותם, ובלבד שהם כשירים לתפקיד או למשרה הנדונים...";
- (ב) וסייג "הדרישות המהותיות של התפקיד", הקבוע בסעיף 8(ג) לחוק, שלפיו: "אין רואים כהפליה לפי סעיף זה, פעולה או הימנעות מפעולה, המתחייבת מהדרישות המהותיות של התפקיד או של המשרה".

הסייג הראשון ("הכשירות") – הוא סייג ייחודי לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, אשר איננו מספק הסבר בדבר משמעותו של מונח זה, ש"יובא" מה-ADA האמריקאי, הנוקט, מצידו, במונח: "qualified individual". סייג זה נראה, לכאורה, מיותר לנוכח הוראת סעיף 8(ג) לחוק (סייג: הדרישות המהותיות של התפקיד) – המקבילה להוראה הקיימת בסעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (לביקורת על השימוש במונח ה"כשירות" בסעיף 8(א) לחוק השוויון – עיינו: מור בעמ' 143-144, 148-149).

הסייג השני (שלפיו: "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה"), המעוגן, כאמור, גם בסעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, יובא אף הוא מהמשפט האמריקאי, הקובע שאין לראות כהפליה – אבחנה המבוססת על הקטגוריות האסורות, כאשר זו היא Bona Fide Occupational Qualification (ראו: שרון רבין-מרגליות המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה? הפרקליט מד(ג) 529, 549 ואילך (להלן: רבין-מרגליות)). הוראה זו פורשה בדין הישראלי כך שהיא מתייחסת לאותם מקרים שבהם: מין, נטייה מינית, מעמד האישי, גזע, מוצא לאומי, גיל, וכן: יכולת פיזית, מנטלית, או שכלית מסוימת – הינם מרכיב רלבנטי ומהותי בביצוע התפקיד. היות שמדובר בחריג לעקרון השוויון בעבודה, מקובל לומר כי הנטל להוכיח שבנסיבות המיוחדות של העיסוק, או של התפקיד המדובר, יחס מפלה הוא מוצדק בהיותו מעוגן בדרישה

הנובעת מאופיו, או ממהותו של התפקיד – מוטל על המעביד (ראו: רות בן ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה כרך א 207-208 (1998)).

32. על מנת לקיים את תכליתו של חוק השוויון, תוך שמירה על "הרמוניה חקיקתית", הרי שאת סייג ה"דרישות המהותיות של התפקיד" יש לפרש, לטעמי, כך שהוא יחול רק אם המעביד יראה כי הפלייתו של האדם בעל המוגבלות, לרבות אי ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות העניין, מוצדקת מאחר שאין בכוחן של ההתאמות הנדרשות להתגבר על מוגבלות שבעטיה העובד איננו מסוגל לעמוד בדרישה שהיא מהותית לביצוע התפקיד או המשימה, הגם שמכל בחינה אחרת הוא כשיר לביצוע התפקיד. לגישתי, איפוא, המשמעות של תנאי ה"כשירות", שבו מדובר סעיף 8(א) לחוק השוויון, היא שכדי שתוכר הפליה בין אדם עם מוגבלות – לעובד, או לדורש עבודה אחר, בפרמטרים המנויים בסעיף 8(א) לחוק השוויון, על האדם בעל המוגבלות לעמוד בתנאי-סף מקדמיים לעיסוק בתפקיד, או במשרה שעליהם הוא מבקש להתמודד (כגון: השכלה, ניסיון מקצועי, רישיון וכיוב'), קרי: שתתקיים בו "כשירות פורמאלית" לתפקיד, וכן שתתקיים בו אותה "כשירות טבועה" החיונית לביצוע התפקיד (למשל: ראייה – לצורך עיסוק בתפקידי נהיגה). ככל שמתקיימים אצל העובד כל תנאי ה"כשירות הפורמאלית והטבועה" הנדרשת לתפקיד, זולת בתחום מוגבלותו (כשהיא איננה נוגעת לאותה "כשירות טבועה" החיונית לביצוע התפקיד) – אזי מוטלת על המעסיק החובה לבצע את ההתאמות הנדרשות בנסיבות העניין כדי להביא לשילובו ולקידומו של האדם בעל המוגבלות בעבודה, תוך "התאמת" דרישות התפקיד – שאינן חלק מהדרישות המהותיות לתפקיד – למוגבלותו של העובד, והכל כשאינן בביצוע ההתאמות כדי להטיל על המעסיק נטל כבד מדי בנסיבות העניין. מחדלו של המעסיק מביצוע התאמות כאמור – ייחשב להפליה, אלא אם כן יוכיח המעסיק כי הוא פטור מביצוע ההתאמות, מאחר שמוגבלותו של העובד נוגעת לדרישה שהיא מהותית לביצוע התפקיד ומתחייבת ממנו, ולא ניתן יהיה לעמוד באותה דרישה, גם לאחר שתבוצענה ההתאמות הנדרשות.

מהן אותן "הדרישות" המהותיות של התפקיד או של המשרה, אשר פעולה או הימנעות מפעולה המתחייבת מהן לא תיראה כהפליה לפי סעיף 8(ג) לחוק השוויון?

33. על שאלה דומה, שנשאלה בהקשר להוראת סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, השיב הנשיא א' ברק ב-דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000) (להלן: עניין רקנט), כי מדובר באותן דרישות המתחייבות באופן סביר ממהות תפקידו של העובד (ראו: שם, בפסקה 17). הנשיא ברק הפנה באותו עניין

ל"מבחן היכולת לבצע" שהוזכר אצל רבין-מרגליות במאמרה הנ"ל. מבחן זה מתקיים, לדעת המחברת המלומדת, כאשר התכונה, או היכולת הנדרשת קשורה בקשר הדוק למהות העסק הנדון, ואי-ההסתמכות של המעסיק על אבחנה הקשורה בתכונה, או ביכולת הנדרשת כאמור – תחתור תחת מהותו של העסק (ראו: שם, בעמ' 551). הנשיא ברק הוסיף וקבע בעניין רקנט כי מבחן זה הוא בעל אופי אובייקטיבי. ובלשונו:

"מבחן זה הוא בעל אופי אובייקטיבי. השאלה אינה אם המעביד חושב (סובייקטיבית) כי דרישות התפקיד מתחייבות ממהות התפקיד. השאלה הינה אם דרישות התפקיד מתחייבות באופן סביר ממהות התפקיד... כמובן, בקביעת המתחייב באופן סביר ממהות התפקיד יש להתחשב בהגדרת התפקיד על-ידי המעביד. בסופו של דבר, זהו עסק שלו. עם זאת המעביד אינו המכריע, ומילתו שלו אינה המילה האחרונה... כאשר המעביד פועל מתוך מניע של הפליה, לא ניתן לראות את דרישות התפקיד כמתחייבות באופן סביר ממהות התפקיד..." (שם, בפיסקאות 17-18).

עוד הוסיף הנשיא ברק וקבע באותו עניין כי בהקשר זה יש להתחשב גם בשאלת המידתיות, דהיינו:

"האם דרישות התפקיד שהמעביד בחר בהן... הן מידתיות (...). האם קיים קשר רציונלי בין דרישות התפקיד שהמעביד קבע לבין מהות התפקיד? ... האם קיים יחס חשוב מספיק בין האפקט המפלה לבין שיקולים של מהות התפקיד (...)?" (שם, בפיסקה 18 לחוות דעתו).

בתוך-כך, עמד הנשיא ברק על כך שמעביד ייכשל בדרישות תפקיד לא מידתיות "אם לא יצליח להראות מדוע אין אפשרות להעסיק את העובד בתפקיד אחר במסגרת העיסוק הכללי של המעביד" – שאין בו דרישה היוצרת אפקט מפלה (ראו: דבריו בסיפא לפיסקה 18 לחוות דעתו).

דברים אלה – שנאמרו בנוגע להפליה על בסיס הקריטריונים המנויים בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה – יפים, כמובן, גם לעניין הפליה מחמת מוגבלות.

הפליה מחמת מוגבלות בתעסוקה – כיצד מוכיחים את קיומה?

34. נטל הראיה (הראשוני) בתביעה לפי חוק השוויון מוטל על העובד הטוען כי המעביד הפלה אותו. השאלה הראשונה והעיקרית שיש לבחון בבוא בית משפט לדון

בטענותיו של אדם עם מוגבלות לאפליה בתעסוקה, על פי חוק השוויון, היא האם המעביד אכן הפלה את עובדו, לעומת עובדיו, או דורשי עבודה אחרים, "מחמת מוגבלותו". על מנת להיטיב ולהבין מהי הפליה על בסיס מוגבלות, ניתן להיעזר באופן שבו הגדירה האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות מושג זה, שם נאמר כדלקמן:

"הפליה על בסיס מוגבלות" פירושו כל הבחנה, הדרה, או הגבלה בשל מוגבלות, אשר מטרתה או תוצאתה היא פגיעה או ביטול של ההכרה, ההנאה, או המימוש, בשוויון עם אחרים, של כל זכויות האדם וחירויות היסוד בתחום הפוליטי, הכלכלי, החברתי, האזרחי, או כל תחום אחר. היא כוללת את כל צורות ההפליה, לרבות שלילת התאמה סבירה".
(ההדגשות הוספו – ח"מ).

ברי כי העובד ירים את נטל הראייה האמור, המוטל עליו לפי חוק השוויון, אם יוכיח שמוגבלותו היתה השיקול היחיד, או העיקרי, שנלקח בחשבון בהליך קבלת ההחלטה שלא לקבלו לעבודה, או שלא לקדמו בה, למרות שהוא כשיר, מכל בחינה אחרת, לבצעה (וכך גם בנוגע לקטגוריות האחרות, מושאי ההפליה, המנויות בסעיף 8(א) לחוק השוויון). העובד ירים נטל זה גם אם יוכיח כי השיקול של מוגבלותו היה אחד השיקולים – ולא דווקא השיקול היחיד, או העיקרי – שהוביל להחלטה שלא לקבלו לעבודה, או לא לקדמו בה, שכן: "מקום שבו שלובים שיקולים מפלים בשיקולים לגיטימיים, "תצבע" ההחלטה כולה בהפליה, ודינה יהיה בטלות" (דברי השופט ס' ג'ובראן בפסקה 44 לחוות דעתו ב-בג"צ 1268/09 זוזל נ' נציב שירות בתי הסוהר (27.8.2012) (להלן: עניין זוזל); תפיסה זו מכונה: "תפיסת ההכתמה").

דא עקא, שדרישה לפיה עובד עם מוגבלות יהיה חייב להראות כי מוגבלותו שימשה אחד השיקולים לקבלת החלטתו של המעסיק בעניינו – עלולה להציב בפני העובד מכשול ראייתי משמעותי, שכן מטבעה של אפליה שהיא איננה משאירה, על פי רוב, עקבות ברורים. לפיכך, התפתחו בפסיקה מנגנונים חלופיים להוכחת קיומה של אפליה בתעסוקה. כך נפסק כי הפליה הינה גם עניין אובייקטיבי-תוצאתי, ולא רק סובייקטיבי תלוי-כוונה. שאלת קיומה של הפליה נבחנת גם על פי תוצאת הדברים בפועל, ולא רק על פי השאלה אם המעסיק התכוון להפלות. השאלה, אם כן, איננה בהכרח אם פעולותיו של המעסיק, או מחדליו, נעשו מתוך כוונה, או במטרה להפלות את האדם בעל המוגבלות, אלא אם מבחינה אובייקטיבית-תוצאתית נמצא העובד בעל המוגבלות, במקום העבודה, בנחיתות לעומת מועמדים, או עובדים אחרים, בעלי

כישורים דומים לשלו. במסגרת זו תיבחן גם השאלה האם הדרישה ה"ניטרלית", לכאורה, שאותה הציב המעסיק כתנאי לקבלה לעבודה, או לקידום בה, גרמה, הלכה למעשה, לכך שהתוצאה ("האימפקט") של אותה דרישה הינה הפלייתו של העובד עם המוגבלות (ראו והשוו בהקשר זה: עניין רקנט, בפסקה 21 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; עניין שדולת הנשים בפסקה 34 והאסמכתאות הנזכרות שם; וכן: בג"צ 10076/02 רוננבאום נ' נציב שירות בתי הסוהר, פ"ד סא(3) 857 (2006), בפסקאות 16 ו-27 (להלן: עניין רוננבאום)).

בנוסף, כאמור, חוק השוויון מגדיר "הפליה" כך: "לרבות אי-ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו", ואף מטיל על המעסיק חובה לפעול לקידום הייצוג ההולם של אנשים עם מוגבלות במקום העבודה, גם "במחיר" העדפתם של אלה על פני עובדים אחרים בעלי כישורים דומים (וזאת בכפוף לתנאים מסוימים, כפי שיפורט בהמשך). במצב דברים זה – די לעובד, למעשה, להוכיח כי המעסיק לא קיים את החובות המוטלות עליו מכוח חוק השוויון, במטרה לשלבו בעבודה ולקדמו במסגרתה, כדי להרים את הנטל הנדרש בתביעתו לפי חוק השוויון. בכך מקל חוק השוויון על אנשים עם מוגבלות להוכיח קיומה של אפליה בתעסוקה, לעומת תובעים המבקשים לבסס את תביעתם על חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

בהקשר זה יצוין עוד כי על מנת לסייע בידי מועמדים לעבודה ולעובדים שמצאו את עצמם נפגעים מהחלטות שיש חשש שהיו נגועות באפליה פסולה – התפתח בארה"ב מנגנון שנועד להקל, מהבחינה הראייתית, על הנפגע להביא את תביעתו בפני בית המשפט. זאת במסגרת תבנית של הוכחה לכאורה, המכונה: "prima facie case", אשר מורכבת מארבעה תנאים מצטברים שעל התובע להוכיחם – אותם אפרט להלן בזיקה לענייננו:

- א. התובע נמנה על הקבוצה המוגנת על פי חוק, שבגינה הוא טוען כי הופלה (ובענייננו – כי הוא "אדם עם מוגבלות" במשמעות סעיף 5 לחוק השוויון).
- ב. התובע ניחן בכישורים הנדרשים לקבלה לעבודה, או לקידום בה, והוא הציג את מועמדותו לעבודה, או למשרה שתאפשר את קידומו.
- ג. מועמדותו של התובע נדחתה – קרי: הוא לא התקבל לעבודה, או לא קודם במקום העבודה.
- ד. המעביד היה מעוניין לאייש את המשרה, דהיינו: המשיך לחפש אחר מועמדים אחרים לתפקיד.

משהוכיח התובע קיומם של ארבעה תנאים מצטברים אלה, על פי המודל האמריקאי – עובר נטל הבאת הראיות אל כתפי המעביד ועליו להציג סיבה חוקית לאי-קבלתו של התובע לעבודה, לאי-קידומו בה, או לקיומם של סייגים אחרים הקבועים בחוק המעניקים למעביד פטור מאחריות (עיינו: רבין-מרגליות, 538). מנגנון זה נקלט (בשינוי מסוים) בחוק הישראלי, בסעיף 9(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, אשר דן בנטל ההוכחה, וקובע כך:

9. (א) בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעביד כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2 –
 (1) לעניין קבלה לעבודה, קידום בעבודה, תנאי עבודה, שליחה להכשרה או השתלמות מקצועית, או תשלום פיצויי פיטורים – אם קבע המעביד לגביהם תנאים או כישורים, ודורש העבודה או העובד, לפי העניין, הוכיחו כי נתקיימו בהם התנאים או הכישורים האמורים;
 (2) לעניין פיטורים מהעבודה – אם הוכיח העובד שלא היתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו.
 (ההדגשות שלי – ח"מ).

השינוי מהמודל האמריקאי אצלנו נעוץ בכך שבהתאם להוראות סעיף 9(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה הנ"ל, משהראה העובד, או דורש העבודה, כי התקיימו בו התנאים, או הכישורים, שהמעביד קבע לעניין קבלה לעבודה, או לקידום בה – עובר לכתפי המעביד נטל השכנוע (ולא רק נטל הבאת הראיה), ועליו לשכנע, למצער במאזן ההסתברויות הנהוג במשפט האזרחי, כי הוא לא קיבל את החלטותיו תוך התחשבות באחד הטעמים המנויים בסעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (ראו: עניין רקנט, 351-352; רבין-מרגליות, 539-540).

סעיף 13 לחוק השוויון, שכותרתו: "החלת הוראות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה", קובע כי הוראות סעיפים: 5, 9(א), 11, 13, 14, 16, 17, 18 ו-21 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה יחולו על הוראות הפרק העוסק בשוויון זכויות של אנשים עם מוגבלות בתחום התעסוקה, בשינויים המחויבים לפי העניין. מכוח הוראה זו מוחל, איפוא, מנגנון העברת נטל השכנוע המתואר לעיל גם על תביעות מכוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

35. העולה מן המקובץ מלמד כי משעה שמובא בפני בית המשפט עניין של אדם בעל מוגבלות, במשמעות סעיף 5 לחוק השוויון, ובית המשפט מוצא כי מתקיימים בו תנאי הכשירות הבסיסיים לתפקיד, או למשרה שעליה התמודד, ומשהעובד הראה,

לכאורה, כי המעביד הפלה אותו ביחס לעובדים אחרים, מחמת מוגבלותו (על פי התנאים הנזכרים לעיל) – הרי שעל מנת להדוף את טענת ההפליה מוטל על המעסיק הנטל להוכיח את היסודות הבאים, למצער על פי מידת ההוכחה הנדרשת בעניינים אזרחיים:

(א) היעדר קיומה של הפליה בניגוד לחוק (לרבות אי-ביצוע התאמות) מחמת מוגבלותו של העובד; בכלל זה מוטל על המעסיק הנטל להראות ולשכנע כי הוא עשה מאמצים אקטיביים כנים וישרים, על מנת לאתר עבור העובד תפקיד מתאים ולבצע את ההתאמות הנדרשות לשם שילובו, או קידומו של האדם בעל המוגבלות בעבודה. לא די לשם הרמת הנטל האמור בנקיטה במדיניות סבילה, אלא נדרשת פעולה אקטיבית מצד המעסיק, ובלשונו הציורית של השופט מ' חשין בעניין קרוב:

”אין די בשב-ואל-תעשה. החובה היא חובה פוזיטיבית: לעלות על העץ, להיכנס אל-בין הענפים, לשלוח יד לפנים ולחפש אחר הפרי; לא אך לעמוד על הקרקע ולהמתין שהפרי יפול בשל אל חיקך”.
(ראו: עניין שדולת הנשים, בפסקה 53).

במסגרת זו, על המעסיק גם לשתף את העובד בעל המוגבלות בתהליך איתורן של ההתאמות הנדרשות ובביצוען, ולהתרשם ממנו על יכולותיו, ועל האופן שבו הוא רואה את יכולתו להשתלב בעבודה חרף מוגבלותו.

(ב) להראות – לאחר בחינה של עלויות ההתאמה הנדרשת – כי ביצוען של ההתאמות הנדרשות על מנת לשלב את העובד עם המוגבלות, או לקדמו במקום העבודה, יטיל על המעביד נטל כבד מדי, במשמעות סעיף 8 לחוק השוויון;

ו/או:

(ג) להראות כי ההפליה (לרבות אי ביצוע ההתאמות הנדרשות) מוצדקת לנוכח הדרישות המהותיות של התפקיד או המשרה, קרי: הפעולה הנדרשת מן המעסיק בנסיבות העניין (כגון: שינוי דרישות התפקיד) נוגעת לדרישה שהיא מהותית לתפקיד, ועל כן הוא איננו חייב לבצעה. בהקשר זה יש חשיבות לכך ש”הדרישות המהותיות” לתפקיד אכן תהיינה רלבנטיות לאותו תפקיד ומהותיות לביצועו – בבחינת תנאי-בלעדיו-אין לביצוע התפקיד – ולא תשמשנה ככלי עקיף להכשרת הפליה פסולה (ראו והשוו: דברי השופט ט' גובראן בפסקה 23 לחוות דעתו בעניין זוזל).

בהקשר אחרון זה ראוי להזכיר את ”מודל ההשפעה השונה” (או ”מודל האפליה העקיפה”), אשר מעוגן בסעיף 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, הקובע כי:

"לעניין סעיף קטן (א) רואים אפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין". על פי מודל זה, הבוחן את התוצאה של קביעת תנאי התפקיד על ידי המעסיק ואת האפקט שלהם על העובד, או על דורש העבודה – גם שימוש בקריטריונים שהם, לכאורה, אובייקטיביים וניטראליים, כגון: דרישות של השכלה, ניסיון קודם, או נכונות לעבוד שעות ארוכות – עשוי להוביל לתוצאה של אפליה מחמת מוגבלות, אף שלא נעשה במסגרת ההחלטה בעניינו של העובד שימוש בקריטריון פסול. על פי המודל האמריקאי, כאשר התובע מוכיח כי לקריטריון ניטראלי לכאורה (כגון: דרישה לעבוד במשרה מלאה), היתה השפעה מפלה על קבוצה מוגנת על פי חוק (למשל, בענייננו: אנשים אם מוגבלות) – עובר הנטל למעביד להוכיח כי מתקיים "מבחן הצורך העסקי". היה ועולה בידי המעביד להוכיח קיומו של צורך עסקי – שמורה לתובע הזכות להוכיח כי קיימת אלטרנטיבה לשימוש בקריטריון הבעייתי, המקדמת את מטרות המעביד, ואיננה גוררת השפעה מפלה. אם המעביד מסרב לאמץ אלטרנטיבה זו, הרי שיש בכך משום הפרה של החוק (עיינו: רבין-מרגליות, בעמ' 565).

36. הוראה מקבילה להוראת סעיף 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מצויה בסעיף 8(ב) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (הקובע, אף הוא, כי: "לענין סעיף קטן (א), רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין"). מכאן, ובעיקר לנוכח העובדה שחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות מוסיף על איסור ההפליה המעוגן בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, במובן זה שלצד האיסור להפלות, הוא מטיל על המעביד גם חובות פוזיטיביות לנקוט בפעולות אקטיביות, כדי לאפשר את שילובם של עובדים עם מוגבלות ואת קידומם במקום העבודה – דומני כי אין קושי להחיל על חוק השוויון גם את "מודל ההשפעה השונה" במתכונתו המתוארת לעיל (לעניין החלת המודל המתואר בפסיקה האמריקאית שדנה בתביעותיהם של אנשים עם מוגבלות מכוח ה-ADA, עיינו למשל: *Monette v. Electronic Data*; *Pushkin v. Regents of Colorado*, 658 F.2d 1372; *Systems Corp.*, 90 F.3d 1173).

החובה לפעול לקידום ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות במקום העבודה

37. סעיף 9 לחוק השוויון, שכותרתו: "ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות", משלים את ההוראות שנזכרו לעיל, וקובע כך:

9. (א) ראה מעביד כי בקרב עובדיו אין ביטוי הולם, בנסיבות העניין, לייצוגם של אנשים עם מוגבלות (להלן – ייצוג הולם), יפעל לקידום הייצוג ההולם, לרבות ביצוע התאמות.

(ב) פעולות מעביד לפי סעיף זה, יכול שייעשו בתכנית אשר תכלול הוראות בדבר העדפת העסקתם או קידומם של אנשים עם מוגבלות שהם כשירים לתפקיד או למשרה ושהם בעלי כישורים דומים לכישוריהם של מועמדים אחרים לתפקיד או למשרה.

(ג) ...

(ד) בסעיף זה –

"מעביד" – מעביד המעסיק יותר מ-25 עובדים, למעט המדינה או מעביד אחר שהוראות סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, חלות עליו; "התאמות" – כהגדרתן בסעיף 8(ה); "ההדגשות שלי – ח"מ".

הוראה זו נקראת יחד עם סעיף 3 לחוק השוויון, אשר קובע, תחת הכותרת: "העדפה מתקנת", כך:

3. אין רואים כהפליה פסולה פעולה שנועדה לתקן הפליה קודמת, או קיימת של אנשים עם מוגבלות, או שנועדה לקדם את השוויון של אנשים עם מוגבלות."

סעיף 9 לחוק השוויון הנ"ל מחיל על מעביד המעסיק יותר מ-25 עובדים, חובה לקדם, באופן אקטיבי, ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלות במגוון המשרות והתפקידים הקיימים בארגון, תוך נקיטה במדיניות של העדפה מתקנת כלפי העסקתם של אנשים עם מוגבלות וקידומם בעבודה – והכל כשהם כשירים לתפקיד (במובן של "כשירות סף" ומסוגלות לבצע את התפקיד לאחר ביצוע ההתאמות הנדרשות), ובעלי כישורים דומים לכישוריהם של מועמדים אחרים לתפקיד, או למשרה. הוראה זו נועדה להבטיח, בין היתר, כי אנשים עם מוגבלויות – לא יישארו במשרות זוטות בלבד, אלא יקודמו וימלאו תפקידים בכירים בארגון.

בכך מחיל חוק השוויון, באופן מפורש, על מעסיקים (לרבות מעסיקים פרטיים), את העיקרון שלפיו: "הנכה זכאי לעיתים להעדפה מתקנת. זה חובה של החברה כלפיו" (ראו: דברי השופט מ' חשין ב-בג"ץ 6790/98 אברך נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים, פ"ד נב(5) 323 (1998) (להלן: עניין אברך)). החובה לקדם ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות במקום העבודה, גם במחיר של העדפתם של אלה על פני אחרים בעלי כישורים דומים – מבטאת את הרעיון שלפיו האיסור בדבר אפלייתם של אנשים עם מוגבלות איננו חל רק על מתן יחס שונה לאדם עם המוגבלות, לעומת עובדים אחרים, או על פגיעה בזכויותיו של האדם עם המוגבלות, אלא גם על התעלמות של המעביד

מוגבלותו של האדם והיעדר נקיטה באמצעים אקטיביים למימוש זכותו של האדם עם המוגבלות להשתלב במקום העבודה ולהתקדם בו.

חובה זו, המוטלת על המעביד בכל שלבי העבודה (החל מהקבלה לעבודה, עבור דרך הכשרתו של העובד וקידומו במקום העבודה, וכלה בהליכים הקשורים לסיום עבודתו) – מתעצמת כשמדובר במוגבלות שנגרמה עקב העבודה ובמהלכה.

38. חוק השוויון איננו מפרט מהו שיעורם של האנשים עם מוגבלות, מתוך כלל העובדים במקום העבודה, שייחשב ל"ייצוג הולם". ההכרעה בשאלה האם מתקיים ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות במקום עבודה שסעיף 9 לחוק השוויון חל עליו, היא, איפוא, תלויה הקשר ונסיבות.

גם כאן – מוטל על המעסיק הנטל להוכיח כי הוא פעל לקידום הייצוג ההולם ועשה, בשקידה ראויה, מאמצים נמרצים על מנת לאתר עבור העובד עם המוגבלות תפקיד ההולם את מצבו (לאחר ביצוע התאמות כנדרש) – וכי על אף המאמץ הכן והישר שעשה, העובד עם המוגבלות לא נמצא מתאים לקידום בשכר, במשרה או בדרגה במקום עבודתו, וזאת חרף המשקל העודף שיש לתת למוגבלותו במסגרת מכלול השיקולים הנוגעים למינויים ולשיבוצם של העובדים במקום העבודה (ראו והשוו: עניין שדולת הנשים, בפסקאות 46-53). לנוכח חובה זו, ניתן לומר עוד כי כאשר מעסיק לא מקבל לעבודה אדם עם מוגבלות, או לא מקדם אותו במקום עבודה – שבו אין בפועל ייצוג הולם לעובדים עם מוגבלות – הרי שהמסקנה המתבקשת, על פני הדברים, היא שאותו מעסיק פועל בניגוד לחוק השוויון ומפלה אנשים עם מוגבלות בתעסוקה.

לעניין זה אוסיף ואומר כי את ההיגד: "...שהם בעלי כישורים דומים לכישוריהם של מועמדים אחרים לתפקיד או למשרה", בסעיף 9(ב) לחוק השוויון הנ"ל – יש לפרש באופן שיקיים את תכלית חוק השוויון. לגישתי פרשנות תכליתית של היגד זה צריכה להוביל למסקנה כי העדפתו של העובד בעל המוגבלות בקידום בעבודה צריכה להיעשות גם במקום שבו כישוריהם של מועמדים אחרים לתפקיד עולים, באופן יחסי, על כישוריו של העובד עם המוגבלות – ובלבד שהעובד עם המוגבלות יהיה כשיר לבצע את התפקיד באופן סביר, לאחר ביצוע ההתאמות הנדרשות, וכישוריו אינם נחותים באופן משמעותי מכישוריהם של המועמדים האחרים לתפקיד.

39. העקרונות המונחים בבסיס פרק התעסוקה בחוק השוויון מבטאים לפיכך את ההכרה החברתית בכך שמקום עבודתו של אדם איננו רק רובד בסיסי של מקור פרנסה, כי אם, פעמים רבות, אמצעי לסיפוק, להגשמה עצמית ולכבוד. זכותם של אזרחי המדינה ותושביה לעסוק בכל עיסוק, מקצוע, או משלח יד (חוקיים) – הוכרה כזכות חוקתית בחוק יסוד: חופש העיסוק. עיסוקו של אדם מהווה מקור "חיצוני" ו"פנימי" לקביעת מעמדו החברתי. אדם נבחן על ידי סביבתו, וכן מגבש את הערכתו העצמית בזיקה לעיסוקו ולמידת הצלחתו באותו עיסוק. אדם שאיננו מצליח להשתלב במקום עבודה בשל מוגבלותו, או שאפשרויות הקידום שלו בעבודה חסומות בפניו בשל מוגבלותו – נתפס בעיני עצמו, כמו גם בעיני הציבור, כבעל ערך נחות (עיינו: ספיר, 430).

40. אמנם, למי שעובד, או משרת (להלן: העובד) בארגון היררכי (ולצורך הדיון כאן – מי שמשרת בארגונים בטחוניים דוגמת: צה"ל, שב"ס, המשטרה) – אין זכות קנויה להתקדם במקום עבודתו, או לקבל דרגה – ואולם הציפייה של כל אדם שכזה להיות מקודם במקום עבודתו, בשכר, בדרגה, או בתפקיד, היא ציפייה סבירה. שאיפתו של העובד (במשמעות הרחבה של מונח זה) כי כך אכן יקרה, לאחר שיצבור וותק וניסיון בארגון – היא טבעית ומובנת. אדרבה, ככל שמדובר בארגונים היררכיים – ציפייה זו היא שמהווה, על פי רוב, את עיקר ההניעה (המוטיבציה) להמשך השירות בארגון. ציפייה טבועה זו לגיטימית בפרט כאשר מדובר בעובד בעל וותק, אשר ממלא את תפקידו בארגון, לאורך שנים, לשביעות רצונם של הממונים עליו.

41. אפלייתו של עובד בקידום במקום עבודתו, בשכר, בדרגה, או בתפקיד, מחמת מוגבלותו – יש בה, איפוא, מידה של השפלה ופגיעה בדימוי העצמי. הפליה שכזו היא אפליה גנרית, אשר ביחס אליה נפסק כבר בעניין שדולת הנשים, כך:

"הפליה גנרית, כפי שכבר נאמר, הינה הפליה הפועלת אנושות את כבוד האדם. אין לו לאדם שליטה על מינו (נקבה או זכר), על צבע עורו (שחור, צהוב או לבן), על שלמות גופו (נכה או שלם בגופו). האדם עשה בחייו את כל שביכולתו כדי לרכוש חוכמה ודעת, להיות אדם טוב ומיטיב, נוח לבריות וישר-דעת. והנה נדחה הוא מפני אחרים כך בשל אותו מאפיין שאין לו שליטה עליו, מאפיין גנטי, או אחר".
(ההדגשה שלי – ח"מ).

הנה כי כן, הפלייתו של עובד עם מוגבלות בקבלה לתפקיד או למשרה, או בקידומו במקום עבודתו פוגעת בליבת כבודו של האדם – המזוהה, בשל מוגבלותו, כפחות-ערך (ראו והשוו: דברי השופט ט' ג'ובראן בפסקה 26 לחוות דעתו בעניין זוזל). במיוחד קשה השפלה זו ותחושות אי-הצדק והפגיעה בכבוד-האדם שבצידה, כאשר ההפליה נעשית על ידי מעסיק, אשר מוגבלותו של העובד נוצרה במהלך עבודתו אצלו ובעקבותיה, ולאחר שנות עבודה ארוכות שבהם מבצע העובד את עבודתו לשביעות רצונו של המעסיק (ראו: בש"א 5712/03 בתיק ע"ב (ארצי) 3706/03 שטיינברג נ' חברת החשמל לישראל (30.12.2003) (להלן: עניין שטיינברג), בפסקה 44).

אחריותה של המדינה לשילובם של אנשים עם מוגבלות בתעסוקה

42. אחריותה של המדינה לשילובם של אנשים עם מוגבלות בעבודה באה לידי ביטוי בשני מישורים:

האחד – בתפקידה כריבון המחויב לספק תשתית בסיסית של תנאים נאותים לתיקון עוולות שנגרמו לפרטים בה, להבטחת זכויותיהם ולקידום שוויון חברתי וכלכלי (אחריות זו באה לידי ביטוי בתחום התעסוקה, בין היתר, בהוראות סעיפים 16-17 לחוק השוויון; וראו גם: תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (השתתפות המדינה במימון התאמות), התשס"ו-2006);

והשני – בפעילותה של המדינה כמעסיק הגדול במשק – ראו: סעיף 26 לחוק השוויון המורה כי: "לעניין חוק זה דין המדינה כדין כל אדם", וכן: סעיף 17 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (המוחל גם על פרק התעסוקה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, מכוח סעיף 13 לו), אשר מורה, אף הוא, כי: "לעניין חוק זה דין המדינה כמעביד כדין כל מעביד אחר".

43. זאת ועוד – אחרת. מכוח עקרונות בסיסיים של: מוסר, צדק, יושר והגינות ביחסים שבין המדינה לבין הפרט, נובע גם כי על המדינה חלה אחריות מוגברת למניעת אפלייתם לרעה של אנשים עם מוגבלות, וביתר-שאת כאשר מוגבלותם נוצרה באופן ישיר עקב פעילותם בשירות המדינה ובמהלכה, או עקב פעילות הקשורה לאינטרסים שהמדינה מבקשת לקדם. בכלל זה מוטלת על המדינה, כמעסיק, חובה מוגברת לאתר ולבצע את ההתאמות הנדרשות על פי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות כדי לאפשר את המשך העסקתו, או את קידומו של העובד עם המוגבלות (ככל שמתקיימים בו תנאי הכשירות הבסיסיים לעבודה בארגון). העובדה שמוגבלותו של העובד נגרמה עקב עבודתו ובמהלכה – מעצימה את חובתו המוסרית של המעסיק כלפי העובד, לביצוע ההתאמות ולקידומו במקום העבודה, גם במחיר של העדפתו על פני עובדים

אחרים בעלי כישורים דומים. בפרט אמורים הדברים ביחס לעובד שמועסק בארגון במשך שנים ארוכות (ראו והשוו: עניין שטיינברג בפסקאות 40-41).

44. כאן המקום להעיר כי סעיף 9(ד) לחוק השוויון מגדיר, אמנם, "מעביד" לצרכי חובת הייצוג ההולם לאנשים עם מוגבלות כך: "מעביד המעסיק יותר מ-25 עובדים, למעט המדינה או מעביד אחר שהוראות סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, חלות עליו", אלא שאין בהגדרה זו כדי להוציא בהכרח את שב"ס מכלל המעבידים שעליהם מוטלת החובה לקדם ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות. שני טעמים לדבר:

(א) חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (להלן: חוק שירות המדינה מינויים) איננו חל על קבלת אדם לשירות המדינה ועל שירותו בה בשירות בתי הסוהר (ראו: סעיף 2(4) לחוק האמור; עניין מלכה הנ"ל), ולכן ההחרגה שבסיפא, לכאורה, איננה תופסת כאן.

(ב) החובה לנקוט במדיניות של העדפה מתקנת ולקדם ייצוג הולם של אנשים המשתייכים לקבוצות שנחשבות באופן מסורתי ל"מוחלשות" – מוטלת על המדינה ומוסדותיה (ראו: עניין זוזל, בפסקה 13; עיינו גם: מיטל פינטו והלל סומר "מחקיקה נקודתית לדוקטרינה כללית – תפקידה של הרשות השופטת בביצור ההעדפה המתקנת בישראל" העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 195 (ענת מאור עורכת, 2004) (להלן: פינטו וסומר)). הסיפא להגדרת "מעביד" בסעיף 9(ד) לחוק השוויון לא נועדה, איפוא, להוציא לחלוטין את הגופים האמורים מגדרי המעסיקים שעליהם חל הסעיף. יתר על כן – סעיף 15א לחוק שירות המדינה מינויים, הנזכר בסעיף 9(ד) סיפא לחוק השוויון, מפנה מצידו להוראותיו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

לבסוף ובשולי הדברים פה, יש להעיר כי אפילו לא נחיל את חובת הייצוג ההולם הישירה שמכוח סעיף 9 לחוק השוויון על ענייננו כאן – התוצאה המוצעת על ידנו מתחייבת מהוראות סעיף 8 לחוק השוויון.

תחולתו של חוק השוויון ועקרונותיו על שירות בתי הסוהר

45. הנה כי כן, הוראותיו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, ועקרונותיו – חלים על שירות בתי הסוהר, וגורמי שב"ס מחויבים לקבל החלטות הנוגעות להמשך שירותם של אנשים עם מוגבלות בשירות ולקידומם בארגון, בכפוף להוראות חוק השוויון (המשיבים לא חלקו על כך ואף הצהירו בפנינו, כאמור, כי כך אכן נעשה גם

בעניינו של העותר). ואכן, כבר נפסק בהקשר קרוב כי: "כל שוטר וכל סוהר הינם 'עובדים' והמדינה היא 'מעבידתם'" (ראו: בג"צ 1214/97 חלמיש נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(2) 647, 653 (1999)), ובעניין רונבאום הוסיף בית המשפט וקבע, בין היתר, כדלקמן:

"ציפיתם הסבירה של העובדים ביחידות השונות [בשירות המדינה] היא ליחס שוויוני, בהיותם עובדיה של מדינת ישראל. המדינה חבה חובות כלליות של סבירות, הגינות ושוויוניות כלפי כל אזרח... קל וחומר שהיא חבה חובות אלה כלפי כלל עובדיה. אכן, לעניין איסור ההפליה שלפנינו, המדינה היא גוף אחד. היא ה"מעביד" על-פי סעיף 2 [לחוק שוויון ההזדמנויות] (שם, בעמ' 872-873).

באותו עניין עמד בית משפט זה על כך שהחובה לנהוג בשוויון כלפי הסוהרים המשרתים בשירות בתי הסוהר (והשוטרים המשרתים במשטרת ישראל) חלה על ארגונים אלה, חרף המאפיינים השונים המייחדים את המשרתים בהם, לעומת כלל העובדים בשירות המדינה. וכך נפסק, בין היתר, שם:

"אמת, השב"ס והמשטרה הם גופים מיוחדים בקרב שירות המדינה. משימותיהם מורכבות ולא אחת חריגות באופיין ובדרישות שהן מטילות על המשרתים בשירותיהם. הן עשויות לחייב כושר גופני מוגבר, עירנות מיטבית, שעות עבודה רבות ובלתי-סדירות, ויכולת עמידה בלחץ ובמתח. יתר על כן, מרבית המשרתים בשב"ס ובמשטרה – ובכלל זה בתפקידי מטה או בתפקידים של מומחיות מקצועית ייחודית (דוגמת רופאים או מהנדסים) – נדרשים לעיתים להפעיל את סמכויות האכיפה שלהם או לספק תגבור לכוחות המבצעיים. מאפיינים אלה אמנם מבטאים את ייחודם של השב"ס והמשטרה (ואפשר של גופים ציבוריים נוספים שאינם נדונים בענייננו), אך אין בהם כדי לחסן את הגופים הללו - שמעל לכל הינם זרועות של המדינה - מן החובה לנהוג שוויון בעובדיהם, ביחס ליתר עובדי המדינה. המאפיינים הייחודיים לשב"ס ולמשטרה יבואו לידי ביטוי בבחינת "אופיים או מהותם של התפקיד או המשרה" לצורך סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות, כלומר בשלב בדיקת חוקיות ההפליה..." (שם, בפיסקה 13).

דברים אלה שנפסקו בהרכב מורחב של בית משפט זה, ביחס להפליה על פי סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה – יפים גם לעניין תחולתן של הוראות חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות על שירות בתי הסוהר. ודוק: לחוק השוויון מעמד

מעין-חוקתי. "החוק דובר אלינו בלשון נאצלה, כמוהו כחוקי יסוד" (דברי השופט מ' חשין בעניין אברק).

הוראותיו של חוק השוויון ועקרונותיו – הם שינחו אותנו, איפוא, בבחינת החוקיות, הסבירות והמידתיות של התנהלות המשיבים בעניינו של העותר. לבחינה זו אעבור, אם כן, כעת.

מן הכלל אל הפרט

46. אקדים תוצאה להנמקה ואציין כי לאחר עיון בחומר הרב המצוי בתיק ובהודעות הצדדים, ושמיעת טענות הצדדים בפנינו, הגעתי למסקנה כי דין העתירה להתקבל באופן חלקי, כמבואר בפיסקה 61 שלהלן, וכך אציע לחברי ולחברתי שנעשה. אביא להלן את הנימוקים למסקנתי זו.

47. המשיבים לא חלקו על כך שהעותר (אשר יקרא להלן גם: כלאי מחמלי) הינו "אדם עם מוגבלות" במשמעות סעיף 5 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. למעלה מן הדרוש אעיר כי תכליתו של חוק השוויון – המכיר בכך שמוגבלות איננה רק בעייתו של הפרט, אלא תוצר של ההתייחסות החברתית אליה, מאפשרת, לטעמי, לכלול בגדר "אדם עם מוגבלות", במשמעות סעיף 5 לחוק, גם אדם שתפקודו איננו מוגבל "באופן מהותי" בשל לקותו, אך בפועל הוא נחשב ככזה על ידי המעסיק (ראו והשוו: זיו, 848).

48. אין גם חולק כי מתקיימים בכלאי מחמלי תנאי הכשירות הבסיסיים הנדרשים להמשך שירותו בשב"ס, חרף מוגבלותו. מאז שנת 2003 ממשיך העותר לשרת בתפקידים בשב"ס, ומכאן שגם לגישתו של שירות בתי הסוהר – לא ניתן לומר כי כלאי מחמלי איננו כשיר לביצוע תפקידיו בשירות, חרף מוגבלותו. גם החלטת ועדת ההערכות בעניינו של העותר, מהעת האחרונה, אשר לא המליצה על פיטוריו של כלאי מחמלי מהשירות – מחזקת מסקנה זו.

49. זאת ועוד. סבורני כי כלאי מחמלי ניחן גם בכל הכישורים הנדרשים לצורך שיבוצו לכל (ולמצער – לרוב) התפקידים המקדמים, לדרגת רב-כלאי, שעליהם הוא התמודד. מסקנה זו מתבקשת לנוכח השוואת דרישות התפקידים האמורים לנתוני השכלתו, הכשרתו המקצועית וניסיונו המקצועי של העותר. יתרה מכך – הדבר בא לידי ביטוי מפורש גם במשובים ובסיכומי ראיונות שנערכו לעותר על ידי מפקדיו והממונים

עליהם. ראו, למשל: מכתב הדחייה שנמסר לעותר בעקבות הגשת מועמדותו לתפקיד קצין טכנולוגיות בבית סוהר "מגידו" (שבוטל לאחר הגשת העתירה), שבו צוין, בין היתר: "...למרות שהינך עומד בקריטריונים הרלוונטיים ברמת ההשכלה הנדרשת, והינך מוערך מקצועית, הרי העסקתך במשרה חלקית, אינה מספקת לצורך ביצוע היקף המשימות הנדרש..." (ההדגשה שלי – ח"מ); סיכום ראיון שערך המשיב 4 לעותר, בתאריך 27.3.2012, שבו נכתב, בין היתר, כך: "הקצין עומד בקריטריונים הנדרשים להגשת מועמדותו לתפקיד קצין טכנולוגיות מחוזי..." (ההדגשה שלי – ח"מ); סיכום ראיון שערך המשיב 4 לעותר, בתאריך 6.6.2012, שבו צוין, בין היתר: "...לעניין מועמדותו לתפקיד קצין טכנולוגיות בביס"ר אשל, הרי שמדובר בביס"ר לאסירים פליליים, ללא ייחודיות על פני ביס"רים אחרים, וראש מנ"ט מוצא את הנ"ל כמועמד ראוי לתפקיד" (ההדגשה שלי – ח"מ); סיכום ראיון לתפקיד קצין טכנולוגיה בביס"ר "הדרים", מתאריך 3.2.2013, שבו צוין, כי: "הקצין מעלה ידע רב ומקצועיות בתחומו, מגבלת עבודה של 6 שעות עקב בעיה רפואית..." (ההדגשה שלי – ח"מ).

50. חרף כישוריו, הכשרתו המקצועית, ניסיונו, וחווה הדעת המקצועית החיוביות ביותר לגביו – נדחתה מועמדותו של כלאי מחמלי לתפקידים המקדמים שעליהם ביקש להתמודד, פעם אחר פעם, אחר פעם. בסופו של יום, העותר משרת באותו תפקיד (קצין טכנולוגיות), בדרגת כלאי, מזה למעלה מ-12 שנים – פי 3 מפרק הזמן המינימאלי למעבר בין דרגת כלאי ל-רב-כלאי, בהתאם לנוהל קידום קצינים (בצד כ-5 שנים נוספות בתפקיד אחראי קשר ומחשוב), וזאת מבלי שקודם בתפקיד, בדרגה, או בשכר (למעט "תוספת כלאים", בסך של 900 ש"ח, שהוא מקבל החל מחודש ינואר שנת 2012).

51. האם שירות בתי הסוהר הפלה את כלאי מחמלי בקידומו בתפקיד ובדרגה, במובן חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות? – מהחומר המונח בפנינו עולה, לגישתי, באופן מובהק, כי יש להשיב לשאלה זו בחיוב. מספר טעמים מובילים אותי למסקנה זו, ואפרטם מיד בסמוך.

52. ניתן למצוא בחומר המונח לפנינו "הודאות בעל דין" מטעם המשיבים, בכך שמוגבלותו של העותר, אשר משפיעה על היקף שעות העבודה שלו, היתה אחד השיקולים, אם לא העיקרי שבהם, שנלקח בחשבון בהליכי קבלת ההחלטות שלא לאפשר לעותר להשתבץ בתפקידים מקדמים לדרגת רב-כלאי. הדברים באו לידי ביטוי מפורש בסיכומי ראיון שנערכו עם העותר, בנימוקי הדחייה שנמסרו לו, ואף בטיעוני המשיבים במסגרת ההליכים בפנינו. ראו למשל: תשובת נציבות קבילות שוטרים

וסוהרים לקובלנה שהגיש העותר, בה נכתב בין היתר, כך: "בבא המערכת לשבץ את קציניה לתפקידים מקדמים, נבחן אל מול דרישות התפקיד גם היקף משרתו של המועמד (...). כתוצאה מנכותו הרפואית של מרשך... הופחתו שעות העסקתו ועל כן היקף העסקתו בפועל אינו תואם להיקף משרות התפקידים לקידום"; תשובתה של קצינת סגל גוש מרכז לבקשתו של העותר להתראיין אצל רמ"ל ביטחון, מתאריך 18.3.2004: "...לאחר שיסיים את ההגבלה הרפואית ונדע שהוא כשיר לכל משימה – נוכל לזמנו ולדון בבקשתו"; מכתב הדחייה שנמסר לעותר בעקבות הגשת מועמדותו לתפקיד קצין טכנולוגיות בבית סוהר "מגידו" (שבוטל לאחר הגשת העתירה) (ראו לעיל); סיכום הראיון שנערך עם העותר לתפקיד קצין טכנולוגיה בביס"ר "הדרים" (ראו לעיל); סיכום ראיון שערך תג"ד אלי גביוזן עם העותר, בתאריך 25.10.2006, שבו נכתב, בין היתר: "הסברתי לקצין שרק לאחר החלטה סופית של וע"ר ובמקביל אליה, תתקבל החלטה בקשר לדרגה".

53. ודוק: הלכה למעשה, המשיבים אינם חולקים על כך שמוגבלותו של העותר היוותה שיקול בהחלטות לדחות את מועמדותו לתפקידים המקדמים שעליהם התמודד, – אלא שלשיטתם, מדובר בנימוק לגיטימי, שכן עבודה בהיקף משרה מלא וגמישות בשעות העבודה הן חלק מ"הדרישות המהותיות של התפקידים, או המשרות" הנ"ל.

סבורני כי המשיבים לא הרימו את נטל השכנוע המוטל עליהם בנסיבות העניין להוכיח כי אכן כך הדבר.

כפי שהוסבר לנו, התפקיד של קצין טכנולוגיות – איננו אחד מתפקידי הליבה של המערך. כיום ממלא העותר תפקיד זה בבית סוהר "השרון", במשרה חלקית, וזאת לאחר שהמשיבים "התאימו", לטענתם, את התפקיד לצרכיו – והדבר מעיד, לגישתי, על כך שאכן ניתן לבצע תפקידים מהסוג האמור בהיקף משרה שכוה.

יתרה מכך: מהחומר המונח בפנינו עולה כי התפקיד של קצין טכנולוגיות (כמו גם יתר התפקידים שעליהם התמודד העותר) הוא תפקיד מקצועי-ניהולי, שעיקרו בתכנון, במתן ייעוץ מקצועי, בהדרכה ובארגון של מערך התקשוב היחידתי, וכן בפיקוח על אופן ביצוע עבודות האחזקה והטיפול הטכני השוטף בתחום המחשוב, אשר מבוצעות על ידי ספקים חיצוניים (ראו, לשם המחשה, חלק מתחומי האחריות של קצין טכנולוגיות בביס"ר הדרים, כפי שפורטו על ידי המשיבים בתגובתם מתאריך 5.5.2013: "אחראי על מערכות מתח נמוך בכל היחידה ועל הגדר שמקיפה את המתחם"; "מייעץ למפקדו בנושאי הטכנולוגיה ומציג פתרונות טכנולוגיות"; "מזהה

תקלות במערכות הטכנולוגיות ובהתאם לסוג התקלה מזמין את הטכנאים הרלוונטיים מהחברות המתחזקות ומלווה אותם בזמן הטיפול; "מוביל ומנהל פרויקטים, תוך ייזום פרויקטים ייחודיים בהתאם ליעדים שייקבעו על ידי מפקדו ופיקוד היחידה"; "מרכז עבודת מטה בתיאום עם כלל הגורמים הרלוונטיים בתחום תחזוקת אמצעים ומערכות תקשוב"; "אחראי על עבודת חברות חיצוניות המתחזקות ציוד ומערכות תקשוב. במסגרת זו מפקח ומבקר על עבודת חברות חיצוניות"; "מדריך את סוהרי היחידה בתחום הטכנולוגיה".

לא ניתן לומר כי מבחינה אובייקטיבית מדובר בתפקיד, אשר מחייב, בהכרח, נוכחות רציפה בשטח, בהיקף של משרה מלאה (או מעבר לכך). סביר להניח, אמנם, כי איוש משרה מעין זו (ככל משרה אחרת) בהיקף של משרה מלאה, עדיף מבחינת צרכי המערכת וצרכיו של המעסיק, על פני איושה במשרה חלקית, ואולם הדבר נכון, ככלל, ביחס לכל משרה. לא מצאתי כי מאפייניו הייחודיים של התפקיד מחייבים, על פי אמת מידה אובייקטיבית (בבחינת "תנאי בלעדיו אין"), את ביצועו באופן סביר, אך ורק במשרה מלאה. בהקשר זה אני מוצא לנכון לציין עוד כי המשיבים טענו אמנם, כי קצין הטכנולוגיות ב-ביס"ר "הדרים" אחראי, בין היתר, על ניהול תחום תחזוקת מערכות התקשוב והתשתיות הטכנולוגיות "במשך כל שעות היממה". דא עקא, שדווקא אמירה זו ממחישה, לטעמי, את פריכות הטענה שלפיה זמינות לעבודה בהיקף של משרה מלאה הינה "תנאי בלעדיו אין" לאיוש התפקיד. ברי כי האחריות הנדרשת במסגרת התפקיד "במשך כל שעות היממה", הינה אחריות-על, מעין אדמיניסטרטיבית, ולא דווקא אחריות המחייבת נוכחות פיזית. לא יעלה על הדעת כי גורמי שב"ס אכן מצפים מקצין הטכנולוגיות להיות נוכח בשטח "במשך כל שעות היממה", באופן רצוף, 365 ימים בשנה. מדובר בדרישה בלתי-ריאלית, שלא ניתן לדרוש אותה – אף לא ממי שעובד בהיקף של משרה מלאה.

54. טענתם של המשיבים, שלפיה לא ניתן להתגבר על "הבעיה" שיוצרת מוגבלותו של העותר באמצעות מינוי סוהר נוסף שישמש כעוזרו של קצין הטכנולוגיה בביס"ר "מגידו" וישלים את משימותיו – בכל הכבוד איננה משכנעת, בפרט לנוכח העובדה שלצד התקן של קצין טכנולוגיות בביס"ר "הדרים" קיים בפועל גם תקן נוסף, לסוהר אשר משמש לו לעזר. מציאות זו מלמדת כי "חלוקת התפקיד" בדרך זו (או בדרכים אחרות) – אכן אפשרית, וניתן ליישמה גם במקומות אחרים בארגון.

55. זאת ועוד – אחרת. המסקנה שלפיה העותר מופלה לרעה בקידומו בשירות מתבקשת גם (ואולי בעיקר) לנוכח "מבחן התוצאה". קיים פער של ממש בין חוות הדעת וההערכות החיוביות ביותר שכלאי מחמלי קיבל לאורך השנים – וממשיך לקבל אף היום – מאת הממונים עליו ומקצינים אחרים שעומדים ניהל ממשקי עבודה, וזאת חרף עבודתו במשרה חלקית, נוכח מוגבלותו הרפואית (ראו למשל: מכתב "הערכת התודה" הנזכר בפיסקה 8 שלעיל, וכן: סיכום ראיון שנערך לעותר בתאריך 4.12.2013, על ידי מפקדו הישיר כיום, שבו צוין כי: "הקצין מועסק כקצין טכנולוגיה יחידתי, עובד תחת פיקודי מזה כשנה וארבעה חודשים. הקצין מבצע את העבודה בצורה טובה מאוד, ער לשינויים הטכנולוגיים ברמה היחידתית וברמה הארצית... הקצין ימשיך בתפקידו כאמור לשביעות רצוני") – לבין העובדה שכלאי מחמלי איננו מצליח להשתבץ בתפקיד שיאפשר לו קידום בדרגה. קשה ליישב בין חוות-הדעת החיוביות ביותר שהעותר מקבל לכל אורך תקופת שירותו בשב"ס, לבין העובדה שכל ניסיונותיו, מאז שנת 2003 (בסך הכול – 13 במספר!) להתמודד על תפקידים ששיבוצו בהם יאפשר גם את העלאתו לדרגת רב-כלאי – לא צלחו. בעוד "ימין מקרבת" וטוענת כי העותר מצוי במאגר הקצינים המיועדים לקידום, וכי בהתפנה תקן מקדם מתאים יוכל העותר להתמודד עליו ולא מן הנמנע כי יזכה בקידום המיוחל – "שמאל דוחה" וטוענת, פעם אחר פעם, כי העותר איננו מתאים לתפקידים שעליהם הוא מתמודד. בנסיבות אלה, כמעט ואין מנוס מלהגיע למסקנה כי מה שמפריד בין כלאי מחמלי לבין קידומו במערכת הוא, אכן, מוגבלותו.

יתרה מכך – מבחינה תוצאתית-אובייקטיבית, כלאי מחמלי מצוי כיום (ולמעשה, מאז שנת 2003) במצב נחות, מבחינת ההזדמנויות ואופק הקידום שלו בשירות, לעומת מצבם של סוהרים אחרים, בדרגת כלאי, המשמשים בתפקידי קצונה בתחום הטכנולוגיה והמחשוב בשירות בתי הסוהר (שהם חברי "קבוצת השוויון" הרלבנטית, לשיטתי, בנסיבות העניין), אשר חלקם "עקפו אותו בתור", שובצו בתפקידי תקן, וקיבלו דרגת רב-כלאי לפניו, על אף שהוותק שלהם בשירות קצר משלו. בהקשר זה יוער כי טענתו של העותר שלפיה הוא קצין הטכנולוגיות היחיד בדרגת כלאי שמעוכב דרגה (בפועל) מזה למעלה מ-10 שנים, בעוד שיתר קציני הטכנולוגיות בבתי הסוהר קודמו לאחר שנה, עד ארבע שנים, מהמועד שבו קיבלו דרגת כלאי (למעט שני קצינים נוספים בוותק של העותר שלא קודמו, אך מקבלים, הלכה למעשה, תנאים של "רב כלאי גמיש") – לא נסתרה על ידי המשיבים (ראו: תגובה והודעה מטעם העותר, מתאריך 31.5.2012, ותגובת המשיבים לה, מתאריך 6.7.2012). לשיא מסוים של אבסורד, הגיעו הדברים כאשר בעוד עתירה זו תלויה ועומדת, שובץ לתפקיד קצין טכנולוגיות בביס"ר הדרים (תפקיד שעליו התמודד, כאמור, גם העותר) קצין ששירת,

למצער למשך תקופה מסוימת, תחת פיקוחו וחניכתו המקצועית של העותר, והותק שלו בשירות קצר באופן משמעותי מהותק של כלאי מחמלי בשירות.

56. נוסף על האמור לעיל, נוכח מוגבלותו של כלאי מחמלי, הרי שדי באי-ביצוע של ההתאמות הנדרשות על פי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, על מנת לאפשר את קידומו של כלאי מחמלי בתפקיד, או בדרגה – כדי להוכיח קיומה של אפליה בעניינו. חובת ביצוע ההתאמות כוללת כאמור, בנסיבות העניין, גם את החובה למצוא עבור כלאי רמי מחמלי – שמוגבלותו נוצרה במהלך עבודתו בשירות בתי הסוהר ובעקבותיו – תקן שבו הוא יוכל למצוא את מלוא היכולת המקצועית שלו ולזכות בקידום המיוחל. מאחר שמטיעוני המשיבים בפנינו עולה כי גישת שירות בתי הסוהר היא כי למעשה אין בנמצא תקן שכזה – היה על גורמי שב"ס "להתאים" עבור העותר תפקיד, או משרה, ההולמים את כישוריו, חרף מוגבלותו, תוך גילוי גמישות בדרישות התפקיד, או בשעות העבודה, או למצער לקדמו בדרגה, ללא תקן.

57. גם לאחר עיון מחודש בחומר העצום והרב שהוגש לנו מטעם המשיבים במסגרת העתירה דנא ובטיעוני המשיבים שנשמעו בפנינו בעל פה, במהלך 4 דיונים בה – לא מצאתי תשובה לשאלה אילו מאמצים ממשיים נעשו, מצד המשיבים, על מנת לאפשר באמת את קידומו של העותר בתפקיד, או בדרגה (שבה הוא נושא, כאמור, מאז חודש ספטמבר 2001). דומני כי לא אחטא אם אומר שלא ננקטה על ידי המשיבים כל פעולה אקטיבית, על מנת לקדם את כלאי מחמלי בתפקיד, או בדרגה, מאז שנת 2003. לכל אורך הדרך, מאז שהעותר פנה לראשונה בבקשה לשבצו בתפקיד מקדם (בשנת 2003) – התנהלותם של המשיבים נשאה אופי סביל בלבד. בסיכומי הראיון שנערכו לעותר ואף בטענותיהם של נציגי המשיבים בפנינו, היתה שזורה, כחוט השני, האמירה שלפיה: העותר איננו מתאים לתפקיד שעליו התמודד, ואולם ככל שיפתחו מכרזים חדשים בהמשך הוא יוכל להגיש את מועמדותו אליהם וזו תיבחן מחדש (ראו, למשל: עת/ט', עת/יב', עת/יד', עת/יז', עת/כו', סעיף 20 לתגובת המדינה לעתירה; דברי המשיב 4 בדיון מתאריך 6.12.2011; סעיף 8 להודעה משלימה מטעם המשיבים, מתאריך 10.5.2012). אלא שגם לאחר שהתפנו תקנים חדשים במסגרת "שדרוג" ענף קש"א למעמד של מחלקה, ואף לאחר שהערנו למשיבים במהלך הדיונים בפנינו כי אנו סבורים שיש לעשות את שניתן על מנת להביא לפתרון העניין בהתחשב בנסיבותיו המיוחדות של המקרה – המשיכו המשיבים לנקוט במדיניות של "שב ואל תעשה", בעוד העותר ממשיך, ללא לאות, במאמציו לאתר עבור עצמו תפקידים מקדמים פוטנציאליים ולהתמודד עליהם. כאן המקום להעיר כי בבקשה למתן צו ביניים, שהגיש העותר בתאריך 20.2.2012, נטען, בין היתר, שהמשיב 4 ציין בפני העותר (לקראת סוף

שנת 2011) כי משהוגשה העתירה, המשיבים לא יעשו דבר לקידומו של העותר, אלא בהנחיית בית המשפט (ראו: שם, בסעיף 17.3). טענה זו לא הוכחה על ידי המשיבים בתגובתם מתאריך 1.3.2012. עמדה זו איננה עומדת לכאורה בהוראת סעיף 10(א) לחוק השוויון, הקובע כדלקמן: "לא יפגע מעביד בעובד בעניינים המנויים בסעיף 8 מחמת תלונה או תביעה של העובד לעניין הוראות פרק זה, או מחמת שסייע לעובד אחר בקשר לתלונה או לתביעה לפי פרק זה."

58. לנוכח הדברים הללו קשה להשתחרר מן הרושם כי המשיבים גמרו בדעתם שלא לעשות דבר על מנת לאפשר את קידומו של העותר בתפקיד, או בדרגה. רושם זה מתחזק לנוכח העובדה שחרף דבריו המפורשים של תג"ד אלי גביוון, מפקד גוש מרכז דאז, בסיכום הראיון שערך עם העותר בתאריך 25.10.2006, שלפיהם: "הובטח לקצין שעד לבירור לגביו לא ימונה ולא יקבל קצין אחר את דרגת הר/כ הגושית לקצין קש"א" (עת/יט) – הדרגה האמורה הוענקה לקצין אחר. גם אם מבחינת תוכנה לא ניתן "לקרוא" לאמירה הנ"ל "הבטחה" לנקוט בפעולה של הענקת דרגת רב-כלאי לעותר, אלא לכל היותר "הבטחה" שלילית להימנע מלהעניק לקצין אחר את הדרגה הגושית (וכזה הוא המצב לדעתי), ואף אם אמירה זו איננה עולה בהכרח לכדי "הבטחה מינהלית", כמשמעותה בפסיקה (לנוכח התוצאה שאליה הגעתי, סבורני כי אין צורך להידרש כאן לסוגיה זו וניתן להותירה בצריך עיון), עדיין, מן הראוי כי אמירות מסוג זה, של מפקדים, במסגרת סיכום ראיון רשמי עם פקודיהם – תצאנה מן הכוח אל הפועל, תקבלנה ביטוי ממשי, ולא תיוותרנה בגדר אמירות בעלמא גרידא (השוו לפסק דינו של חברי, השופט א' רוזנשטיין ב-בבג"צ 714/06 רב סרן אמיר זיו נ' ראש אגף תקשוב בצה"ל (30.12.2007)). לא כל שכן כאשר הדברים נאמרים על רקע בקשתו של עובד עם מוגבלות (שמוגבלותו נוצרה במהלך עבודתו אצל המעסיק ובעקבותיה), להיות מקודם בעבודה, ולנוכח החובה המוטלת על המעסיק, על פי חוק, לבצע את ההתאמות הנדרשות, על מנת לאפשר את קידומו בעבודה.

59. הרושם האמור מתחזק שבעתיים לנוכח עמידתם העיקשת של גורמי שב"ס על עמדתם, שלפיה לא ניתן לקדם את כלאי מחמלי בדרגה (ללא תקן), מכוח נוהל "דרגות אישיות" – על אף שמדובר בפתרון סביר ומידתי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה וחרף המלצותינו – וזאת, לטענתם, בשל ביטול ההסדר של "רב כלאי גמיש" והקפאת יישומו של "נוהל דרגות אישיות" בשירות.

כפי שצוין לעיל, נוהל דרגות אישיות (נוהל מש"א 02-3018) עיגן את ההסדר של "רב כלאי גמיש", אשר נוצר בשב"ס על רקע מצוקת תקני הקצונה ואיפשר את

קידומם של קצינים בדרגת כלאי, לדרגה של רב-כלאי, על אף היותו של הקצין מוצב בתקן של כלאי, וזאת אם עמד בקריטריונים שנקבעו לצורך כך (ראו: נוהל דרגות אישיות, וכן: עניין זחל, בפסקה 4). לשירות בתי הסוהר נתונה, אמנם, הסמכות לבטל הסדרים, דוגמת ההסדר של "רב כלאי גמיש", ולהורות על "הקפאת" יישומו של נוהל מסוים, כגון: נוהל דרגות אישיות. שיקולים הקשורים בחריגה מהחלטה בדבר "הקפאתו" (להבדיל מ"ביטולו") של נוהל המאפשר הענקת דרגה אישית לקצין בשירותים, בוודאי, שיקולים לגיטימיים בקבלת החלטה כאמור. יחד עם זאת, נשאלת כאן השאלה מהו המשקל, אם בכלל, אשר ראוי ליתן לשיקול מסוג זה בהחלטה הנוגעת לשאלת קידומו של קצין בעל מוגבלות בשירות. לנוכח מעמדו ה"מעין-חוקתי" של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, עקרונותיו והחובות שהוא מטיל על המעסיק – דומני כי אין לייחס לשיקול האחרון משקל משמעותי. גם השיקולים הנוגעים ל"השלכות הרוחב", כביכול, העשויות להיות לחריגה אד-הוק מההחלטה על הקפאת הנוהל (שלא בוטל) – צריכים לסגת מפני העיקרון של מתן "מענה הולם" לצרכיו המיוחדים של האדם עם מוגבלות, באופן שיאפשר לו לעבוד בכבוד, ומפני החובה לבצע את ההתאמות הנדרשות, על מנת לאפשר את קידומו בעבודה. בהקשר זה יש לזכור כי: "דרגה מסמלת סטטוס והעלאה בדרגה היא בבחינת אות הוקרה" (ראו: עניין פלונית). עיכוב בדרגה פוגע בסמל הסטטוס שהקצין נושא על כתפיו. כך בפרט כאשר הדבר נעשה מחמת שיקולים שאינם קשורים באופן ענייני לטיב שירותו של הקצין ולאיכותו המקצועית, אלא למוגבלותו, שנוצרה במהלך שירותו ובקשר אליו.

ודוק: כל החלטה בדבר קליטה, הוצאה, או קידום של עובד בארגון רב מימדים ובעל מבנה היררכי, כדוגמת שירות בתי הסוהר, ראוי, אמנם, שתביא בחשבון שיקולים מערכתיים ויעדים של הארגון כמכלול. ואולם, המשמעות של מתן משקל מרכזי לשיקול מסוג זה בבחינת בקשתו האישית של קצין בעל מוגבלות להיות מקודם בשירות, בדרגה, או בתפקיד, עשויה להוביל ל"מחיקת" כל השיקולים האחרים, ולתוצאה שאיננה מתיישבת עם עקרונות חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – והמקרה שבפנינו יעיד. במקרה דנן עולה כי השיקול של הקפאת נוהל דרגות אישיות, היה שיקול מכריע בהחלטה של שירות בתי הסוהר שלא לקדם את העותר לדרגת רב-כלאי, חרף העובדה שלכאורה, על פי גישתו של שב"ס – על אף כישוריו של העותר, אין בנמצא תקן רב-כלאי שבו הוא יוכל לשרת בהינתן מוגבלותו. שיקול זה, עם כל חשיבותו, איננו יכול לעמוד כנגד החובה המוטלת על שב"ס, על פי חוק השוויון, לבצע התאמות נדרשות לצורך קידומם של אנשים עם מוגבלות בארגון (ובפרט כאשר מוגבלותם נוצרה עקב עבודתם בשירות ובמהלכה), תוך מתן עדיפות לקידומם של אלה, על פני אחרים בעלי כישורים דומים (ראו והשוו: דברי השופטת א' חיות,

בפיסקאות 30-31 לפסק דינה בעניין זוזל, היפים בשינויים המחויבים גם לענייננו), וזאת גם במחיר של "ספיגת" העלות הכספית הנלווית לכך (אשר בוודאי לא ניתן לומר כי היא מטילה נטל כבד מדי על שב"ס), שכן: "הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית" (ראו: ברק, פרשנות במשפט, כרך ג', פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד) 528; עניין אליס מילר). ולא מיותר להזכיר כאן שוב, שכבר בעניין בוצר נפסק כי: "הבטחת שוויון ההזדמנויות לנכה עולה כסף. חברה האמונה על ערכי כבוד האדם, החירות והשוויון, מוכנה לשלם את המחיר הנדרש" (שם, בפיסקה 10).

60. במהלך אחד הדיונים בעתירה התבטאתי כי מעט חמלה מצד שירות בתי הסוהר, היתה מסייעת לעותר, רמי מחמלי. הדברים ראויים לתיקון. לא חמלה, קרי: נקיטה בפעולה לפנים משורת הדין, נדרשה כאן בנסיבות העניין, כי אם פעולה בהתאם לשורת הדין. ביצוע התאמות נדרשות, על מנת לשלב בתעסוקה אנשים בעלי מוגבלות, קל וחומר כאלה שמוגבלותם נוצרה במהלך עבודתם ובעקבותיה, תוך מתן העדפה מתקנת לאותם אנשים עם מוגבלות – הן חובות המוטלות על כל מעסיק (בכפוף להוראות החוק), על פי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, ועל המדינה כמעסיק בפרט. הדרישה לנקוט באמצעים אקטיביים על מנת לאתר עבור העותר תפקיד ההולם את כישוריו, במצבו, תוך ביצוע התאמות נדרשות, לרבות במישורים של: דרישות התפקיד, הדרגה, שעות העבודה, או בנהלים הקיימים בארגון, ואף הדרישה להעדיפו על פני מועמדים אחרים, בעלי כישורים דומים לשלו, במינוי לתפקידים שעליהם התמודד – הן דרישות חוקיות, ולא מחוות של רצון טוב גרידא. חובות אלה, המוטלות על המשיבה, מכוח חוק, מקימות לעותר זכות נוגדת – שלא להיות מופלה לרעה בקידומו בעבודה, ובקבלת סעד מתאים לתיקון העוול שנגרם לו.

הסעד

61. מהו, איפוא, הסעד שראוי להעניק לעותר? סבורני, כי בנסיבותיו הייחודיות של המקרה שלפנינו, יהא זה מן הדין ומן הצדק לקבל את העתירה באופן חלקי, במובן זה שהצו-על-תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יקודם העותר בדרגה – יהפוך למוחלט ולעותר תוענק דרגת רב-כלאי "אישית", החל מתאריך 8.12.2011 (מועד הוצאת הצו-על-תנאי); מאידך גיסא, יתר רכיבי הצו-על-תנאי וכן צווי הביניים שהוצאונו במהלך הדיון בעתירה – יבוטלו, וזאת מבלי לגרוע מזכותו של העותר להשיג על ההחלטה בדבר התאמת שכרו להיקף עבודתו בפועל (אשר לכאורה נודף ממנה ריח של פגיעה בזכות גישתו של העותר לערכאות) – בפני הערכאה המתאימה (ולנהל

הליכים משפטיים, אם תינתן החלטה שלילית לגביו), תוך שמירת מלוא טענותיהם של הצדדים לעניין זה. אין צורך לומר כי העותר יוכל גם לנסות להתמודד בכל מכרז עתידי של שירות בתי הסוהר.

62. מספר טעמים הובילו אותי למסקנה כי זהו הסעד הראוי בנסיבות העניין, ואפרטם להלן:

ראשית – סעד זה מקיים, לטעמי, באופן מאוזן את תכליתו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (ואת עיקר תכליתה של העתירה, כפי שעולה מהחומר המונח לפנינו ומטיעוני העותר בפנינו) – תוך שמירת הפררוגטיבה הניהולית-מקצועית של גורמי שב"ס בעניינים הקשורים לאיושן של משרות ספציפיות בארגון. זוהי ההתאמה המתחייבת בנסיבות, שיש בה משום ציות לעקרון היסוד של החוק ולמטרתו. שנית – הקצינים העלולים להיפגע מהפיכת צווי הביניים שהוצאו בנוגע למינויים של קציני טכנולוגיה בביס"ר "מגידו" ובביס"ר "הדרים", למוחלטים – לא צורפו לעתירה, ומתן סעד שיכריע בעניינים אלה, מבלי שהם צד להליך, עלול לפגוע בהם מבלי שניתנה להם הזדמנות להשמיע את טענותיהם בפנינו.

שלישית – בעניין ההחלטה להתאים את שכרו של העותר להיקף משרתו בפועל (שהתקבלה לאחרונה) – לא הוצגו בפנינו טיעונים מפורטים והצדדים לא נדרשו לעניין זה במהלך הדיונים בפנינו. בנוסף, פתוחה בפני העותר האפשרות להשיג על ההחלטה בעניין זה (כמו גם על ההחלטה בנוגע להשבת הסכומים שקיבל, כביכול, ביתר, אשר טרם התקבלה) – בפני הערכאה המוסמכת לכך, אשר חזקה עליה כי תכריע בעניין שיובא בפניה (ככל שיובא), בין היתר, לאור העקרונות המותווים בפסק-דין זה ובכפוף לאמור בו.

63. סוף דבר: אם תישמע דעתי, אציע לחברתי ולחברי כי נקבל את העתירה באופן חלקי כאמור בפסקה 61 שלעיל. כמו-כן, אציע כי נחייב את המשיבים בהוצאות העותר, לרבות שכר-טרחת עורך-דינו, בסך כולל של 50,000 ש"ח.

השופטת ע' ארבל:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר.

בחוות דעתו המקיפה הציג חברי בפרוט רב את השתלשלות האירועים והדרך הקשה אותה עבר העותר, כלאי בשירות בתי הסוהר (להלן: שב"ס), אשר חלה במהלך שירותו, תפקודו נפגע וקידומו נחסם. התמונה המצטיירת מהתנהלות המשיבים, מהשלב בו חלה העותר וסמוך לאחר מכן, כאשר פנה בבקשות חוזרות ונשנות לקבל תפקיד חדש בשב"ס, באופן שיביא בחשבון את מצבו הרפואי, אך יאפשר לו להתקדם בסולם הדרגות, הינה תמונה עגומה. ההתנהלות המתוארת עולה לטעמי כדי פגיעה בכבודו של העותר, לצד הפגיעה בשכרו.

התנהלות המשיבים בכל הנוגע לעותר, גם אם נעשתה בהתאם לנוהלי שב"ס ובשים לב לצרכי המערכת, כפי שנטען על ידם, ואני יוצאת מתוך הנחה שכך הוא, יש בה משום פגיעה בעותר. זו פגיעה בכבודו של העותר כפרט שנקלע למצוקה במהלך שירותו על רקע מצבו הרפואי וביקש הקלות מסוימות בתפקידו, באופן שיאפשר את המשך שירותו והתקדמותו. זאת, מתוך ציפייה להבנה ולגמישות מסוימת בהתחשב עם מוגבלותו.

העובדה ששלושה קציני טכנולוגיה אשר גויסו לשירות אחרי העותר "עקפו" אותו בסולם הדרגות, כשאחד מהם היה תלמידו ותפקודו וכישוריו נחותים מאלה של העותר, כפי שעומד על כך חברי, אומרת דרשני ויש בה כדי לחזק את תחושות הפגיעה והתסכול שחש העותר. תוספת השכר בסך 900 ש"ח אותה מקבל העותר, גם אם היא מצמצמת "באופן אוטומטי", כטענת המשיבים, את ההבדל בין שכרו של העותר לשכרו של קצין בדרגת רב-כלאי תחילית, אין בה כדי לצמצם או לטשטש את הפגיעה בעותר ואת אי הנוחות הנגרמת מאי קידומו והשמתו בתפקיד התואם את ניסיונו ואת כישוריו. אי-הנוחות שמעוררת התנהלות המשיבים מקבלת משנה תוקף בדרך החתחתים שאותה עבר העותר, ובכלל זה ניסיונותיו הרבים לשוב ולהגיש מועמדות ולנסות ולהשתבץ בתפקיד ההולם את מעמדו וכישוריו.

קשה אפוא לקבל את עמדת המשיבים לפיה התנהלותם לא פגעה בזכויותיו של העותר. זאת, כאמור, גם בהנחה שפעלו, כדבריהם, בהתאם להוראות הדין ועל פי

הפררוגטיבות הניהוליות הנתונות להם. אף העובדה שנציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות הסכימה שאין ראיות לטענה כי העותר הופלה במכרזים שפורטו בעתירה

בשל מוגבלותו אין בה כדי להקהות את תחושותיו של העותר ולהצביע על התחשבות במצוקתו או לשכנע שנעשו ניסיונות ממשיים כדי לסייע לו לפתור את הקושי האמיתי עמו התמודד כתוצאה ממצבו. גם העובדה שהעותר קיבל הבטחה לתפקיד הולם, מתג"ד שלא היה בעל סמכות לתיתה, כפי שאישרו המשיבים, הייתה ראוייה לטעמי להילקח בחשבון ולזכות במשקל משמעותי יותר במסגרת שקילת עניינו של העותר. הפגיעה בשכרו של העותר, לרבות בזכויות הסוציאליות הנלוות בעוד העתירה תלויה ועומדת בפני בית המשפט, היו מבחינתו של העותר הקש ששבר את גב הגמל ונראה כי היוו שיאה של הפגיעה מבחינתו.

אכן כפי שציין חברי, השב"ס שהינו ארגון הכליאה הלאומי - זרוע של הרשות המבצעת, מחויב לפעול על פי שקול דעתו בהגינות, בסבירות, בטוהר לב ובתום לב. אני מסכימה עם חברי כי מעביד אינו יכול להתעלם ממוגבלותו של עובד וכי יתכנו מקרים בהם יהיה מקום להעדיפו על פני אחרים בעלי כישורים דומים. כך גם בענייננו, בו נפגעו כאמור הן פרנסתו של העותר, הן כבודו. כפי שמציין חברי, מקום עבודתו של אדם אינו רק רובד בסיסי של מקור פרנסה, ופעמים רבות הוא אף אמצעי לסיפוק להגשמה עצמית ולכבוד. כאשר עובד ותיק ומנוסה אינו שב ומשתלב במקום עבודתו בשל מוגבלות שנגרמה לו, לא יכול להיות ספק שתדמיתו העצמית נפגעת ויחד איתה גם כבודו. בהקשר זה אפנה לדבריה של סגנית נשיא בית הדין הארצי לעבודה (בדימ') השופטת אלישבע ברק אוסוסקין, בדברי הקדמה לספרו של יוסי רחמים "זכויות העובדים בעת חילופי מעבידים", העוסק במהפכה שעובר עולם משפט העבודה ויחסי העבודה, כשמעבידים מתבקשים להשתחרר מאחריות לזכויות העובדים. במאמרה הדגישה את החשיבות למציאת פתרון שיגן על זכויות העובדים תוך איזון עם אינטרסים של מעבידים. וכך, בין היתר, היא מבהירה:

"ברור לנו היום שהזכות לעבוד אינה אך הזכות להשתכר, אם כי הזכות להשתכר בכבוד היא אבן יסוד לה. שכר הוגן התואם את תנאי מחייתו של העובד, הגנה על בטיחות וגהות, הגנה מפני הפליה והטרדות, זכות להשתלמויות ולקידום... (בעמ' 12).

כאשר מדובר בארגון גדול והיררכי דוגמת שב"ס, הציפייה לשיבוץ מתאים, כחלק מההתייחסות אנושית והוגנת כלפי עובד שמצבו השתנה בתוך תקופת העבודה אך כישוריו עמו, היא ציפייה סבירה. כפי שחברי הדגיש זאת, אפלייתו של עובד בדרגה או בתפקיד מחמת מוגבלותו יש בה מידה של השפלה ופגיעה בדמוי העצמי, כמו גם פגיעה בליבת כבודו של האדם. עם כך אין לי אלא להסכים, כמו-גם לקביעתו בדבר אחריותה המוגברת של המדינה למנוע אפליה לרעה של אנשים עם מוגבלות.

אין לי ספק שהמשיבים מודעים לכל האמור ועקרונות אלה עמדו לנגד עיניהם גם בהתנהלותם בתיק זה, אלא שנדמה היה, ואני מקווה שאנו טועים בכך, שהמסרים שביקשנו להעביר פעם אחר פעם באמצעות נציגיהם באולם בית המשפט לא עברו וממילא לא נשקלו כראוי ולא נענו. חבל לנו על כך בעיקר בשל עינוי הדין, הקשיים שחווינו העותר לאורך זמן, אבל גם משום הביקורת על דרך התנהלותם של המשיבים וההתרשמות כי לא הקפידו די על חובתם הערכית והמוסרית ביחסים שבינם לבין העובד בעל המוגבלות. לגישת חברי נדרשה לא פעולה לפנים משורת הדין אלא פעולה בהתאם לשורת הדין ולכך אני מסכימה.

כאמור אני מצטרפת לפסק דינו של חברי למסקנותיו ולסעד המוצע על ידו.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

א. המסר השיפוטי העיקרי העולה מחוות דעתו המקיפה של חברי השופט מלצר, שאליה – וכן להערות חברתי השופטת ארבל – אני מצטרף, הוא, בפשטות: בעידננו העלה עולם הדין על נס את זכויותיהם של מי שהיו דחוקים לקרן זוית בעידן קודם, קרי, אנשים עם מוגבלויות. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 (להלן חוק השוויון) נחקק, כדברי חברי, כחלק מגל עולמי בעקבות חוק פדרלי בארה"ב; בעקבות השם באנגלית Americans with Disabilities Act נבחר גם השם העברי המסורבל משהו, שמטרתו להצביע בראש וראשונה על כך שעסקינן באנשים, בני אדם שהמוגבלות לא נטלה מהם את היותם כאלה; תחת השימוש בשם "נכים" בחוקים מן הדור הקודם (ראו למשל, חוק הנכים תגמולים ושיקום (תשי"ט-1959) (נוסח משולב), שראשיתו בתש"ט; חוק נכי המלחמה בנאצים, תשי"ד-1954; וחוק נכי

רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957) – שם שיש בו אולי משהו מן התיוג, בא השם החדש שמשמעו התרחקות מתיוג העלול לפגוע, והדגשת השוויון. לכותרת החוק ולסעיפים ההצהרתיים (1 ו-2) שבו, היה צורך ליצוק תוכן; אך החוק נחקק גם בהשראת רקע היסטורי ישראלי – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שנתכן שש שנים לפני כן. נשים אל לבנו, כי לשון החוק משמיעה את מנגינתם של סעיפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כדי לשוות לו מעמד מעין-חוקתי. סעיף 1 מהדהד בפתיח את סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; "זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה. מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על הכרה בערך האדם שנברא בצלם, ועל עקרון כבוד הבריות". כידוע, סעיף 1 לחוק היסוד אומר "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

ב. אכן בדברי ההסבר להצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ו-1996, הצעות חוק תשנ"ו 628 (הוגשה כהצעת חוק פרטית על-ידי קבוצת חברי כנסת בראשות ח"כ דדי צוקר), נאמר "מדוע לחוקק חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות במדינה אשר העמידה את ערך השוויון במרכז הכרזת העצמאות שלה? ... (בשל) הפער הגדול הקיים בתחום זה בין המצוי והערכי לבין המציאות...", ומטרת החוק היא איפוא "לפתוח את שערי החברה להשתלבותם המלאה של אנשים עם מוגבלות בתוכה".

ברוח זו נאמר בקריאה הראשונה (דברי הכנסת ה-13, מושב חמישי, כ"א אדר תשנ"ו-12.3.96, עמ' 5230) מפי ח"כ צוקר, כי ההצעה "מושפעת מחוקי היסוד, והיא מודרכת על ידי השוויון..."; וח"כ רן כהן ציין (עמ' 5233), כי "זהו חוק שנוגע לאיכותה של החברה, האם היא יכולה להסתכל בראי ולומר: הוגנת אני עם הנכים שחיים אתי – או שהיא יכולה להעלים עין".

ובהבאת החוק לקריאה השנייה והשלישית (דברי הכנסת ה-14, מושב שלישי, כ"ז בשבט תשנ"ח-23.2.98) ציין ח"כ שאול יהלום, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט (עמ' 5459), כי המדובר ב"חוק שיביא מהפכה כל כך צודקת, כל כך נכונה, כל כך ערכית וכל כך מוסרית". ח"כ צוקר הדגיש (עמ' 5461) "אני לא מכיר שום תחום שבו נאמר, שהזכויות של אותם אנשים באותו תחום מושתתות על ההכרה בערך השוויון. אין משפט כזה בחוק הישראלי"; רוצה לומר, חוק בולט וייחודי. ח"כ תמר גוז'נסקי (עמ' 5467) ציינה, כי "... שוויון פירושו העדפה מתקנת; שוויון פירושו לתת למי שמקופח או קופח עד עכשיו... וכן מלת המפתח של החוק שמונח לפנינו היא המילה, 'שוויון'". שר

האוצר יעקב נאמן (עמ' 5470) הזכיר "... שבספר בראשית, בפרשה הראשונה, נקבע עיקרון כי בצלם אלוקים ברא את האדם, כולנו שוים".

ג. ברי איפוא, כעולה גם מחוות דעת חברי, כי נדרש מעמנו המאמץ החברתי, בחינת העדפה מתקנת לעבר שוויון, הגינות, אנושיות ותיקון עולם במיטבו. אכן, באנשים עם מוגבלויות עסקינן, אך מקומם אינו צריך להכירם בשולי החברה, וככל הניתן נדרשת מתן כתף לכך על-ידי הכל; הכל קרי מעבידים גדולים יחסית, הכל – קרי בעיניי, יותר מכולם, מוסדות הציבור. חברי מנה, איזון וחיקר, ורוב מלים אך למותר. פרשנות חוק השוויון צריך שתהא על פי השכל הישר, אך גם בידיעת יצר לב האדם, מה שקרוי nimby – not in my back yard, התסמונת של הצהרה יפה בדבר נכונות לקדם מוסדות לקשישים ולאנשים עם מוגבלויות אך "לא בחצרי האחורית"; ראו לאחרונה עע"מ 2152/13 הועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית טבעון נ' ועדה מחוזית חיפה (1.4.14). התסמונת משמעה – כן, בודאי נחוץ לקדם אנשים עם מוגבלות; אבל ברחוב אחר, בשכונה אחרת, לא על ידי, לא בסמוך אליי – ותסמונת זו עלולה ללבוש גם צורה של nimbo – not in my business or office. חשיבותו של המסר שבפסק דיננו זה, מעבר למקרה הספציפי, היא איפוא הצורך במתן ביטוי ליחס המחודש של החברה בישראל, לפי קביעת המחוקק, לאנשים עם מוגבלויות – על ידי פרשנות נדיבה, אם גם הוגנת כלפי כולי עלמא, לחוק השוויון. "דעלך סני, לחברך לא תעביר" ("מה שעליך שנוא, לחברך לא תעשה") אמר התנא הלל הזקן, ובכך ראה "כל התורה כולה, ואידך זיל גמור" (והיתר – צא ולמד; בבלי שבת ל"א, א'). כמי שעמד על ערישת ראשית יישומו של החוק (בכהונתי כיועץ המשפטי לממשלה) סבורני כי המסר מתאים במיוחד כשהוא מופנה כלפי "אם השוויון", היא המדינה, המופקדת כנאמן הכלל על תיקון החברה ועל ההגינות המערכתית. בהיקש אזכיר, שכבר אמרו חכמים, כי הצדקה הגדולה ביותר כלפי העני, היא מתן האפשרות להתפרנס בכבוד; וראו שולחן ערוך, יורה דעה, רמ"ט ו', שם נאמר לעניין צדקה "מעלה הגדולה שאין למעלה ממנה, המחזיק בידי ישראל המך... או ממציא לו מלאכה כדי לחזק ידו...". ובתוך חוק השוויון טמון הרעיון של הפרנסה בכבוד. וכמובן, זו – בפן המשלים – חובתו של האדם אשר לו מוגבלות להשתדל לעבוד ולא ליפול לנטל על הזולת, ועל כן – כמו בענייננו – את אשר לו המוגבלות והוא משתדל, יש לעודד אקטיבית. בכך, במובן הערכי הרחב, עסקינן בנידון דידן.

ד. אוסיף: חברי ייחד דברים לחובתו של ארגון לשקוד על תקנתם של אנשים עם מוגבלויות (בעקבות סעיף 9 לחוק השוויון). בעיניי, כגודל הארגון כן גודל חובתו

לשקידה זו, וכך גם עולה מדברי חברתי. המחוקק קבע בסעיף 9 גודל מקום עבודה של 25 אנשים כנקודת מפנה במחויבויות; בכך ראה "קו פדות" מתאים. ישנם ארגונים רבים, ממשלתיים, ציבוריים ופרטיים, שמספר עובדיהם גדול מאוד, מאות, אלפים ואף רבבות, ואפשרויות הניוד האופקיות והאנכיות בהן רבות. על כן הסיוע לאדם אשר לו מוגבלות לא יכביד עליהם ממש, ואדרבה, ירומם אותם בעיני עובדיהם ובעיני אחרים ויתנם דוגמה ומופת. ברי, כי ארגון גדול כמו שירות בתי הסוהר – שבו אלפים רבים – לא ייפגע על-ידי קידומו של פלוני חרף מוגבלותו, בגדרי התאמות שדורש חוק השוויון. לא למותר לציין כי חוק שירות בתי הסוהר (זכויות ונספחים), תשמ"א-1981 החיל את חוקי השיקום של משרד הביטחון גם על סוהרים, קרי רצה להשוותם ללובשי מדים אחרים, וכך ראוי, נוכח חשיבות תפקידו של הארגון דנא ואופן עבודתו, הראויים ככלל להערכה. מכל מקום, מי יכול בכלל להעלות על הדעת, כי המדינה ומוסדותיה, הם מכל המוסדות והחברות שבישראל, או מי מהם, לא ינהגו כדבעי לפי עקרונות חוק השוויון. אציין כאן כי שמחתי לקרוא במידעון 19 של נציבות שירות המדינה (אפריל 2014) על מאמצי השירות, בין השאר, להגברת שוויון (וספציפית – נגישות) לאנשים עם מוגבלות.

ה. ועוד רכיב, ובהמשך לפסקה 40 בדברי חברי: טוענת המדינה, כי עם קבלת "תוספת הפלגים" בסך 900 ₪, קורב העותר אל בעלי דרגת רב כלאי. התשובה נכונה חלקית, אך אל נכחד; בארגונים בעלי מדים נודעת חשיבות – אם גם לא מוחלטת – לדרגת הכתף, שהיא המסמלת את ההיררכיה ואת התקדמותו של אדם. ער אני לכך שתפקידים שאינם בליבת הניהול הארגוני יכולים להיות חשובים, ואף מתוגמלים יפה, בלא שתתלוו אליהם דרגת כתף (למשל, אותם מדענים אנשי הזיהוי הפלילי במשטרה המשובצים בדירוג מחקר זוכים – ככל שידיעתי משגת – לתגמול, המשווה את שכרם לקצינים בכירים מהם במערך האג"מ); אך אין אנו עוסקים בנידון דידן בדרגות גבוהות במיוחד שהפירמידה בהן צרה, אלא בדרגת רב כלאי, שבה משובצים – אין צורך בניחוש פרוץ – מאות קצינים. גם אם – תודה לאל – העותר אינו בין החמורים שבמקרי מוגבלות, יש איפוא מקום לילך לקראתו.

ו. חברי הטעים (פסקה 58) כי גם אם לא היתה כאן כלפי העותר "הבטחה מינהלית" במובן המשפטי, יש צורך לנהוג זהירות בהבטחות בכלל. הוא הפנה לפסק דיני בבג"ץ 714/06 דב סדן אמיר זין נ' ראש אגף התקשוב בצה"ל (30.12.07); וראו שם פסקה י"ד לעניין הבטחה במשפט העברי. אזכיר, כי עוד נאמר שם (פסקה ט"ו (1)), כי "התמונה שנגלתה אינה מלבבת. גם אם ההבטחה שניתנה לעותר לא עמדה באופן

משפטי בדרישת ההבטחה המינהלית בפסיקה, לא היה מקום להביא לעגמת נפש זו... נקל לשער את שהיה כל אחד מאתנו, כולל המפקדים שטיפלו בנושא מגדולם ועד קטנם, חש אילו בו היה מדובר". כך גם בנידון דידן.

ז. ובטרם סיום ולחיבת המשפט העברי: חברי ציין (פסקה 60) כי לדידו בצו המוחלט היוצא מלפנינו אין מדובר בפעולה לפנים משורת הדין, אלא בהתאם לשורת הדין; וכדבריו, דרישות ההתאמות הנחוצות לעותר "הן דרישות חוקיות ולא מחוות של רצון טוב גרידא", ועל כן מקימות לעותר זכות נוגדת "שלא להיות מופלה לרעה... ובקבלת סעד מתאים". מסכים אני לאלה, וכאמור גם להערותיה של חברתי. רואה אני להוסיף, כי לטעמי אחת ההתפתחויות החיוביות בחקיקה הסוציאלית, שיש לה גם עיגון במשפט העברי, היא המעבר של נורמות שהיו מקדמת דנא "לפנים משורת הדין" אל תוככי שורת הדין; ראו – בין השאר – דבריו של השופט ד"ר מ' זילברג בספרו כך דרכו של תלמוד (מה' 2, תשכ"ו), הסוקר (בפרק "משפט ויושר", עמ' 97 ואילך) את נושאי לפנים משורת הדין במשפט העברי. המחבר המלומד מנתח את ההגדרות השונות שסביב שורת הדין, ובהן מידת חסידות, "ועשית הישר והטוב", ולפנים משורת הדין. אמנם, לשיטתו המעשה הידוע של הסבלים שגרמו נזק וחרף זאת שולם שכרם (בבלי בבא מציעא פ"ג, ע"א) אינו דין חרף האמור בו, אלא הוראת מוסר (עמ' 129), אך לשם השלמות והיופי שבדבר נביא את המעשה כלשונו:

"רבה בר בר חנן תברו ליה הנהו שקולאי חביתא
דחמרא; שקל לגלימיהו!
אתו אמרו לרב, אמר ליה: הב להו גלימיהו!
אמר ליה: דינא הכי?
אמר ליה: אין: 'למען תלך בדרך טובים'.
יהיב להו גלימיהו.
אמרו ליה: עניי אנן, וטרחינן כולה יומא וכפינן, ולית לן
מידי!
אמר ליה: זיל הב אגרייהו!
אמר ליה: דינא הכי?
אמר ליה: אין: וארחות צדיקים תשמור".

ובתרגום:

"לרבה בר בר חנן שברו סבלים חבית יין. נטל את בגדם.
באו אמרו לרב. אמר לו: תן להם את בגדם. אמר לו: כך
הדין? אמר לו, כן. "למען תלך בדרך טובים" (משלי ב',
כ). אמרו לו, עניים אנו וטרחנו כל היום ואנו רעבים
ואין לנו דבר. אמר לו, לך תן שכרם. אמר לו, כך הדין?

אמר לו: כן, "וארחות צדיקים תשמור" (המשך אותו פסוק – א"ר)."

כאמור, לשיטת ד"ר זילברג במקרה זה בהוראת מוסר עסקינן. ואולם, כשלעצמי סבורני כי לפנינו ניצן של העברת לפנים משורת הדין אל תוככי הדין, ברוח דברי חכמים "דאמר ר' יוחנן, לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה. אלא דיני דמגיזתא לדיינו (כלומר, כלום ידונו דיניהם "ביסורים ובחזקה" (רש"י) – א"ר)? אלא אימא (אמור) שהעמידו דיניהם על דין תורה, ולא עבדו (עשו) לפנים משורת הדין" (בבלי, בבא מציעא, ל' ע"ב). הציפיה היתה איפוא כי הדין דין תורה ישקלל לתוך פסיקתו את "לפנים משורת הדין".

ח. סוגיית האפשרות "לכפות לפנים משורת הדין" – כמעט תרתי דסתרי (ראו מ' אלון, המשפט העברי, מקורותיו, עקרונותיו ותולדותיו (מה' 3, תשמ"ח 137-148)) – אינה פשוטה כשלעצמה. אכן, פרופ' ר"ש קליינמן במאמרו המקיף "כפיית נורמות של לפנים משורת הדין על גופים ציבוריים" ספר שמגר מאמרים א' תשס"ג, 469, מטעים נכוחה (עמ' 477-479) – תוך סקירה רחבה – את הקושי שגילוי רחמים כלפי האחד משמעו פגיעה באחר, והוא תומך (עמ' 500) בעמדה המסורתית, שלא ניתן לחייב לפעול לפנים משורת הדין אלא רק להמליץ; וראו חילוקי הדעות בין השופטים (כתארם אז) שמגר ואלון בע"א 350/77 כיתן נ' וייס, פ"ד לג(2) 785. אף אנוכי ער לקושי שבכך, היוצר כשלעצמו אי שוויונות, וגם פותח פתח חטאת חלילה למעשים שאינם תקינים; ואמנם הקושי קיים אף נוכח הציווי "ודל לא תהדר בריבו" (שמות כ"ג, ג'), קרי האיסור להעדיף בדין דל בשל דלותו. והנה יצר משפטנו את ההעדפה המתקנת לאנשים עם מוגבלות, שאינה באה בגדרי "לפנים משורת הדין" אלא בגדרי שוויון, השוואה ככל הניתן של מצבם למצב מי שאינו סובל ממוגבלות, וכלילת הדבר בדין גופו. ראו גם ד"ר מ' ויגודה "ודל לא תהדר בריבו", פרשת השבוע (א' הכהן ומ' ויגודה עורכים), שמות 180, הסוקר את "דיני לפנים משורת הדין", ומביא – בין השאר (עמ' 183-184) – מדברי הראי"ה קוק באיגרת (ספר הזיכרון לאברהם שפילמן (תשל"ט), 67).

"ומדת הרחמים היא משמשת ביחוד אצל קובעי החוקים ומתקני תקנות לדורות... ואפילו בשופטים פרטיים, גם כן אין זה כלל גמור... וגם עיקר של לפנים משורת הדין גם הוא נכנס בכלל הדין לפעמים, 'ולא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דיניהם על דין תורה, ולא עשו לפנים משורת הדין' ומכל זה מוכרחים לומר שהכתוב, שאומר 'ודל לא תהדר בריבו', הוא נאמר דוקא בזמן שהדיין אינו מתחשב כלל עם שורת הדין, אלא שהוא פוסק את המשפט רק מפני מדת הרחמים על הדל, אבל בזמן שיש

משקל לזה גם כן מצד צורת המשפט ויסודי הדין, יש
רשות לדיין לפעמים לצרף לזה גם מדת הרחמים
והחמלה על האומללים והעובדים הנדכאים".

דברים כדרכנות, שיש בהם תובנה ערכית-משפטית; אמנם בנימה שונה לכאורה ראו
דבריו (אגרות הראיה פ"ד), כי מדות חסידות ולפנים משורת הדין אילו באו כ"הלכה
הכרחית", היו מטשטשות את הפן המוסרי "שצריך להימצא בתור נדבה ואהבת חסד...
לפי הערך המוסרי הכללי והחיובי". עוד ראו סקירתו של ר' יעקובי, "ועשית הישר
והטוב בעיני ה'", שורת הדין ולפנים משורת הדין, פרשת השבוע דברים 70; ש'
רבינוביץ, "על מידת הרחמים במשפט", שם, 228. הרבי מלובאביץ' ר' מנחם מנדל
שניאורסון (שיחת שבת אמור התשד"מ, כתר מלכות אמור תשע"ד, י"ג) ציין "ועל דרך
שמצינו בכמה הנהגות שהתורה אומרת שהם 'לפנים משורת הדין' – שלאחרי שעניינים
אלו נקבעו בשולחן ערוך, שוב אין זה 'לפנים משורת הדין' אלא 'שורת הדין', הנהגה
המוכרת על פי שולחן ערוך" והיא התפיסה הנראית אף בענייננו. סוף דבר, ככל
שהמדובר באנשים עם מוגבלויות, המחוקק הוא שפתח להם פתח – פתח בדן – כדי
לרוממם לדרגת שוויון. משל למה הדבר דומה, בהקשר אחר כמובן, להטבות מס ומרכז
הניתנות לאזורי פריפריה, לעומת אזורים אחרים, והדברים אינם טעונים הרחבה.

ט. ולשלמות התמונה, במיוחד במישור הערכי-מוסרי, נביא עוד קמעא. החסד חדר
במשפטנו בישראל במידה רבה למידת הדין; ראו גם קליינמן שם, 503. אכן, בחברה
היהודית הקלאסית נזקקו לחסד כמות שהוא, ובכל עיירה היו חברות התנדבותיות כגון
של הכנסת כלה, ביקור חולים ולינת הצדק (הכנסת אורחים); בהיעדר רשת ביטחון
סוציאלי כזו שאנו מתברכים בה כיום, מילאה ההתנדבות את הצרכים, ומידת "לפנים
משורת הדין" היתה איפוא פשוטה כמשמעה; ראו בין היתר ספרו החשוב של בעל
החפץ חיים זצ"ל ר' ישראל מאיר הכהן אהבת חסד. הרב יובל שרלו, במאמרו "שערי
התנדבות לפנים משורת הדין", אתר ישיבת ההסדר פתח תקוה (וגם בספר לתת –
ההתנדבות והשירות הלאומי לאור המקורות, בעריכת הרב נתנאל בעדני (תשס"ח))
מציין, כי לא תמיד ניתן להגדיר מה משמעות הציווי "ועשית הישר והטוב" (דברים ו',
י"ח), שלגביו אומר הרמב"ן, כי לשיטת חז"ל עליך לשמור "חוקותיו ועדותיו אשר
צווך, ועתה יאמר גם באשר לא צווך, תן דעתך לעשות הטוב והישר". כלומר הליכה אל
מעבר לציווי הדין כ"טוב וישר". כמובן, נוכח אלה עולה שאלת הכפיה לנהוג לפנים
משורת הדין, שהיא אפשרית, אף לדברי הרב שרלו, רק אם בחובה עסקינן. ראו גם ד"ר
בנימין דה פריס, "מידות לפנים משורת הדין", מחניים ע"ג, תשכ"ג (אתר מכללת
הרצוג), המביא את סיפור חז"ל (ירושלמי תרומות פ"ח) על עולא בר קושב, שהיה
מבוקש על-ידי המלכות הרומית והגיע ללוד, מקומו של התנא ר' יהושע בן לוי.

הרומאים הקיפו את העיר ואיימו להחריבה אם לא יימסר למלכות. ר' יהושע בן לוי שיכנע את המבוקש והוא נמסר. ר' יהושע היה זוכה כרגיל לגילוי אליהו (הנביא), אך מאז לא התגלה לו, עד שצם צומות אחדים ושב והתגלה לו ואמר "ולמסורות (מוסרים, מלשינים – א"ר) אני נגלה? אמר ליה, ולא משנה עשיתי (כלומר, כלום לא נהגתי לפי הדין, שלפיו אם המלכות מייחדת את תביעתה לפלוני להבדיל מתביעת נתינה סתמית של אדם כלשהו, יש לנהוג לפי הנדרש על-ידיה – א"ר)? אמר לו, וזו משנת חסידים?" וראו גם מטילת ישרים לר' משה חיים לוצאטו פרק י"ג (פרישות) המסביר כי "משנת חסידים" מיוחדת ליחידי סגולה; וכדברי ד"ר דה-פריס, בדברנו ב"משנת חסידים" ו"ארחות צדיקים" (פרשת הסבלים), הללו "אינן עניין למעלת הציבור מבחינה כלכלית או מדינית, הן נוגעות לקיום העולם מבחינה רוחנית, והן נובעות במישרין מרצונו יתברך". אמירות אלה עניינן המסד הערכי של לפני משורת הדין, אך לטעמי ניתן לראות דברים אלה, בדרישה הנלווית אליהם לצעוד צעד נוסף, כפתיח לשדרוג שנעשה בדורנו.

י. ואכן, בדורנו שודרגה, כאמור, בחקיקה הסוציאלית מידת "לפנים משורת הדין", שחזרה עוד מקדם לחצרו של הדין – אל ליבת הדין; וכשם שנחקקו חוק ביטוח לאומי (נוסח משולב) תשנ"ה-1995, וחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 חוקי עבודה שונים ועוד, הכוללים רכיבים שהיו בעבר בשדה ההתנדבות, נחקק לימים חוק השוויון בו עסקינן והעלה אל תוככי הדין את מידות לפני משורת הדין. על כן צדק חברי באמירתו כי בדין עסקינן, לא עוד בחסד.

יא. ולבסוף: פרופ' אביעד הכהן במאמרו (שהזכיר חברי) "אנושיות בהלכה וכהלכה", כמעין המתגבר, ספר יובל לכבוד הרב ד"ר נחום לאם (בנצי כהן עורך ראשי), תשע"ג, עמ' 39 נדרש למקומם של אנשים עם מוגבלות בעולמה של הלכה ואף בשימוש ב"נשק בלתי קונבנציונלי" של חריגה מדיני הראיות לטובתם, כדי להימנע מפגיעה בהם, וכדברי הרב יוסף דב סולובייצ'יק – המובאים שם (עמ' 55/8) – "צער עניים וחלישות דעתם של אביונים, שפלי רוח, שקולים כנגד כמה מצוות" (בחיבורו איש ההלכה, עמ' 80); ואנו מה נאמר אחריו. ראו גם מאמרו של א' הכהן "על העיוורון ועל היחס לאנשים עם מוגבלות" בספרו פרשיות ומשפטים (2011), 134. עוד ראו, בממד ההיסטורי, ספרו של ד"ר א' שהם-שטיינר חריגים בעל כרחם (תשס"ח), שעניינו בעלי מוגבלות בחברה היהודית בימי הביניים. פסק דין זה ניתן בשבוע שלאחר שנקראה בו בבתי הכנסת פרשת אמור בספר ויקרא, שבין השאר מעלה סוגיה כאובה וקשה של איסור עבודה במקדש לכהנים בעלי מום (ויקרא כ"א, י"ז). ועל כך כותב דרור מרמור

(שבֿתון 669, י' אייר התשע"ד) "ואולי התורה... מציבה מול פנינו מראה ומונעת מאתנו לטאטא את הבעיה מתחת לשטיח... הפסול וההכשר תלויים בנו. זו מניעה ופסול סובייקטיביים ולא אובייקטיביים. האיסור בפסוקים רק משקף בעיה חברתית של 'מחוסרי המוגבלויות', ולא חלילה בעיה 'אמיתית' של בעלי מוגבלות עצמם". נחפשה דרכינו ונחקורה.

יב. אמור מעתה לשם תיקון המידות החברתי: לפנים משורת הדין שמכבר, חסד שמכבר, עתה לא אחת מצא מקומו בדין, וכך בנידון דידן.

יג. סוף דבר, מצטרף אני לחבריי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן ביום, ה' באייר התשע"ד (5.5.2014).

תוקן היום, ח' באייר התשע"ד (8.5.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט