

1. "סאוט אלעאמל" – להגנת זכויות העובדים והמובטלים, ע"ר
2. "בזכות", המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות, ע"ר

ע"י ב"כ עו"ד גדיר ניקולא ו/או עו"ד
דורי ספיבק ו/או עו"ד הישאם שבאיטה
מהתוכנית לזכויות אדם, התכנית
לחינוך משפטי קליני, הפקולטה
למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
רמת אביב, תל-אביב 69978
טלפון: 03-6408107, פקס: 03-6407422

העותרים

-נגד-

1. שר התעשיה, המסחר והתעסוקה
באמצעות פרקליטות המדינה
2. לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים
רח' המרד, 29, תל-אביב, 68125
טל': 03-5162575, פקס: 03-5162576
3. הסתדרות העובדים הכללית החדשה
רח' ארלוזורוב, 93 תל-אביב, 62098
טל': 03-6921111, פקס: 03-6921011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

מדוע לא יבוטל סעיף 4א(7) לצו ההרחבה לביטוח פנסיוני מקיף במשק, ולהסכם קיבוצי כללי (מסגרת) לביטוח פנסיוני מקיף במשק (7019/2007), המסייג ומוציא מכלל הסדר הפנסיה חובה עובדות שטרם מלאו להן 20 שנים, ועובדים שטרם מלאו להם 21 שנים.

בקשה לקיום דיון דחוף

עניינה של עתירה זו הוא הוראה מפלה ובלתי חוקית המעוגנת בצו ההרחבה לביטוח פנסיוני מקיף במשק, שנכנס לתוקפו ביום 1.1.08. הוראה זו מונעת זכאות לביטוח פנסיה חובה מעובדות שטרם מלאו להן 20 שנים ומעובדים שטרם מלאו להם 21 שנים. מלבד הפליה מחמת גיל ומין, שהוראה זו "מכשירה", קיימת גם הפליה עקיפה מחמת לאום, דת ומוגבלות, שכן "האפקט" של אותה הוראה פוגע בעיקר באותן אוכלוסיות הפטורות משירות צבאי - האוכלוסיה הערבית, החרדית ואנשים עם מוגבלויות מסוימות - ואשר נכנסות לשוק העבודה לפני סף הגילאים שנקבע בהוראה.

המבוא, החלק העובדתי והמשפטי של העתירה מהווים חלק בלתי נפרד מנימוקי בקשה זו.

לאור היכנסו של צו ההרחבה לתוקף, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון דחוף בעתירה זו.

מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה זו.

ואלה הם נימוקי העתירה:

מבוא

1. עניינה של עתירה זו הוא בהוראה מפלה על רקע גיל, מין, לאום, דת ומוגבלות, המעוגנת בהסכם הקיבוצי לביטוח פנסיוני מקיף במשק, ובצו ההרחבה שבא בעקבותיו. הוראה זו – סעיף 4א(7) להסכם הקיבוצי ולצו ההרחבה – מוציאה מתחולת ההסדר לפנסיה חובה במשק עובדות צעירות שטרם מלאו להן 20 שנים ועובדים צעירים שטרם מלאו להם 21 שנים. כך יוצא, כי עובדים ועובדות שטרם הגיעו לגיל הרלוונטי לא יהיו זכאים לביטוח פנסיוני – הכולל בחובו גם כיסויים למקרה מוות ונכות – כמו שאר עמיתיהם העובדים.
2. הוראה זו, כפי שיטענו העותרים בהרחבה בהמשך, "מכשירה" הפליה ישירה מחמת גיל ומין, בין עובדים ועובדות צעירים לבין שאר העובדים "המבוגרים", וכן בין עובדים צעירים לבין עובדות צעירות (בהתאמה).
3. לא זו בלבד, ההוראה עסקינן "מכשירה" הפליה עקיפה מחמת לאום, דת ומוגבלות, נגד עובדים הפטורים משירות צבאי והנבדלים בהתאם להשתייכותם הקבוצתית: עובדים ועובדות ערבים, עובדות דרוזיות, עובדות יהודיות דתיות, ועובדים עם מוגבלות.
4. האוכלוסיות המודרות מתחולת הסדר "פנסיה חובה" הן דווקא הזקוקות לו יותר מכל. הן אלו שאחוזי הכיסוי הביטוחי הפנסיוני בקרבן הוא הנמוך ביותר. הן אלו הסובלות בשוק העבודה במיוחד מבחינת השכר הנמוך ומבחינת אחוזי האבטלה הגבוהים הפושים

בקרבו. הן אלו שסיכוייהן לשמור על רמת חיים נאותה וקיום בכבוד לאחר פרישה הם הנמוכים ביותר.

5. כפי שיטענו העותרים בפרק המשפטי בהמשך, ההפליה שיוצרת ההוראה עסקינן והדרתם של קבוצות עובדים ועובדות מהזכאות לביטוח פנסיוני, היא הפליה פסולה המתבססת על שיקולים מפלים, חשודים ובלתי רלוונטיים; היא מנוגדת להוראות קוגניטיביות מתחום משפט העבודה; ופוגעת בזכות החוקתית לשוויון באופן בלתי מידתי.

העותרים

העותרת מס' 1, סאוט אלעאמל (קול העובד), הינה עמותה שמטרתה להגן על זכויות העובדים והמובטלים בישראל.

העותרת מס' 2, עמותת בזכות, הינה עמותה הפועלת לקידום זכויות אדם של אנשים עם כל סוגי המוגבלות ושילובם בקהילה, ובכלל זה שילובם בשוק העבודה.

המשיבים

המשיב מס' 1, הינו שר התעשייה המסחר והתעסוקה, אשר מכוח סמכותו הקבועה בסעיף 25 לחוק הסכמים קיבוציים, תשז"ז-1957, חתם על צו ההרחבה נושא העתירה עסקינן.

המשיב מספר 2 הינה לשכת התאום של הארגונים הכלכליים, אשר התקשרה בהסכם הקיבוצי הכללי נשוא עתירה זו, כארגון המייצג את רוב המעסיקים המאורגנים במגזר הפרטי בישראל, ובשם שורת הארגונים הבאה: התאחדות התעשיינים בישראל, לשכת המסחר תל-אביב יפו, בשמה ובשם לשכות המסחר בירושלים, בחיפה ובבאר-שבע, התאחדות הקבלנים והבונים בישראל, התאחדות האיכרים בישראל, התאחדות תעשייני היהלומים בישראל, התאחדות המלונות בישראל, האיגוד הארצי של מפעלי שמירה בישראל, האיגוד הכל ארצי של מפעלי האחזקה והנקיון בישראל, התאחדות המלאכה והתעשייה בישראל, האיגוד הארצי למסחר בישראל, התאחדות ענף הקולנוע בישראל, התאחדות הסוחרים בישראל ולשכת ארגוני העצמאיים בישראל.

המשיב מספר 3 הינה הסתדרות העובדים הכללית החדשה, אשר התקשרה בהסכם הקיבוצי הכללי נשוא עתירה זו כארגון המייצג את רוב העובדים המאורגנים במגזר הפרטי בישראל.

הפרק העובדתי

ההסכם הקיבוצי וצו ההרחבה

1. ביום 30.12.07 חתם שר התעשייה המסחר והתעסוקה, מר אלי ישי, צו הרחבה להסכם קיבוצי כללי (מסגרת) לביטוח פנסיוני מקיף במשק, אשר נחתם ביום 19.11.07, בין לשכת התיאום של האירגונים הכלכליים לבין ההסתדרות הכללית החדשה, האגף לאיגוד מקצועי ואגף הפנסייה, הביטוח ושוק ההון. במתן צו ההרחבה הוחל ההסכם הקיבוצי על כל העובדים והמעבידים במשק החל מיום 1.1.08 (תאריך כניסת ההסכם לתוקף).

מצ"ב ההסכם הקיבוצי וצו ההרחבה כנספח 1/ע

2. במסגרת ההסכם הקיבוצי וצו ההרחבה שבעקבותיו (להלן יתייחסו העותרים לשני המסמכים שמאוד זהים בנוסחם, כאל צו ההרחבה) עוגנה לראשונה חובת ביטוח פנסיוני מקיף – הכוללת גם כיסויים למקרה מוות ונכות וגם הפרשות לפיצויי פיטורים – לכל העובדים במשק שאינם מבוטחים ו/או זכאים להיות מבוטחים בהסדר פנסיוני מטיב מכוח הסכם קיבוצי כללי, הסכם קיבוצי מיוחד, צו הרחבה, הסכם אישי או פנסיה תקציבית. להלן לשון סעיף 3(א) לצו ההרחבה הרלוונטי כאן:

”3. חובת הביטוח הפנסיוני המקיף

(א) כל עובד כהגדרתו להלן, שאין לו הסדר פנסיוני מיטיב כהגדרתו להלן, אשר מועסק או שיועסק בכל מקום עבודה, יהיה זכאי להיות מבוטח עפ"י צו זה, ולבחור, בהודעה בכתב למעסיקו בפרק הזמן הקצוב שלהלן בפנסיה מקיפה לרבות קופת גמל לקצבה, שאושרה ע"י הממונה, בה יהיה מבוטח החל מהמועד בו קמה לו זכאותו כקבוע בסעיף 6ה'ז' לצו זה, ובלבד שתכלול גם כיסויים למקרה מוות ונכות, באותה קופה או בקופה אחרת, והכל בכפוף לאמור בסעיף 6ה'ז' להלן

”...

3. לפי הוראות צו ההרחבה, עובד יהיה זכאי לביטוח פנסיוני ולביצוע ההפרשות לקרן הפנסיה מיד בתום 6 חודשים מתחילת עבודתו (תקופת ההמתנה), למעט בשנה הראשונה לתחולת הצו (מיום 1.1.2008 עד ליום 31.12.2008) בה תהיה תקופת ההמתנה 9 חודשים. כמו כן, קובע הצו כי עובד אשר יתקבל לעבודה כשהוא מבוטח בביטוח פנסיוני יהיה זכאי לביצוע ההפרשות החל מהיום הראשון לעבודתו, אך ההפרשות יבוצעו לאחר שלושה חודשי עבודה או בתום שנת המס (לפי המועד המוקדם מביניהם), רטרואקטיבית ליום כניסתו לעבודה. (ראו בעניין זה: סעיפים 6(ה), 6(ו) ו-6(ז) לצו ההרחבה).

4. שיעור ההפרשות לפנסיה יגיע בפריסה של 5 שנים, לשיעור כולל של 15% מהשכר לפי החלוקה הבאה: 5% הפרשות עובד, 5% הפרשות מעביד, 5% הפרשות מעביד לפיצויים. (ראו: סעיף 6(ד) לצו ההרחבה).
5. סעיף 4א לצו ההרחבה מונה רשימת סייגים, אשר במסגרתם אין העובד זכאי לביטוח פנסיוני מכוח צו ההרחבה. מרביתם של סייגים אלו (סעיף 4א(1) עד סעיף 4א(5)) עולה בקנה אחד עם ההסדר לפיו הצו מהווה הסדר מיטיב ולא גורע, דהיינו הוא מוציא מתחולתו עובדים המבוטחים ו/או הזכאים להיות מבוטחים בהסדר פנסיוני מיטיב.
6. **אולם, סעיף 4א(7) לצו ההרחבה – נשוא עתירה זו – מציב סייג נוסף, גורע ולא מיטיב, אשר מדיר מפורשות מהזכאות לפנסיה חובה קבוצה נרחבת של עובדים. אלו הם עובדות שטרם מלאו להן 20 שנים ועובדים שטרם מלאו להם 21 שנים.**
7. יוצא אפוא, כי עובדות ועובדים צעירים שטרם הגיעו לגיל הקובע, לא יהיו זכאים לפנסיה חובה, הכוללת כאמור גם כיסוי במקרה של נכות ואובדן כושר עבודה וגם במקרה של מוות. הדרה מעין זו מתחולת הצו היא הפליה ישירה המתבצעת מחמת גיל. לפי המצב שיווצר במקומות עבודה למיניהן כתוצאה מהחרגה זו, יהיו עובדים הדומים מבחינת הותק במקום העבודה ומבחינת אופי והגדרת התפקיד, זכאים למערך שונה של זכויות וביטוחים סוציאליים והכל מחמת גילם.
8. לא זו בלבד, ההחרגה שמעוגנת בסעיף 4א(7), אף יוצרת הפליה על בסיס מין, כך שנשים יהיו זכאיות לביטוח פנסיוני מקיף במקום העבודה בגיל מוקדם יותר. כך שגם כאן, עובד ועובדת אשר יש להם באותו מקום עבודה ותק דומה ואופי והגדרת תפקיד דומים, עדין יהיו זכאים למערך שונה של זכויות מחמת מינם.
9. למותר לציין גם, כי גילאי הסף שנבחרו על-ידי המשיבים והשוניים עבור אישה עובדת לעומת גבר עובד, אינם מותירים מקום לספק כי מקריות לא היתה כאן, וכי אוכלוסיות וקבוצות הפטורות משירות צבאי הן הנפגעות העיקריות, והן היחידות המודרות מבין כלל קבוצת העובדים מחוץ לתחומי הצו "המקיף".
10. עובדים ועובדות ערבים, עובדות יהודיות דתיות, עובדות דרוזיות, עובדים ועובדות עם מוגבלות מסויימת וכל מי שפטור משירות צבאי, ונמצאים בשוק העבודה וטרם הגיעו לגילאי הסף, לא יהיו זכאים לפנסיה חובה בדומה לעמיתיהם במקום העבודה.
11. ברור אם כן, כי מלבד ההפליה מחמת גיל ומין שמייצר צו ההרחבה בין עובדים, קיימת גם הפליה עקיפה מחמת לאום, דת, ומוגבלות.
12. ואם אין די בכך, קיימות גם השלכות מפלות עקיפות להוראה עסקינן אשר עלולות לפגוע דווקא בקבוצות הנהנות מהסדר זה, בכל הקשור בקבלתן לעבודה ובהמשך העסקתן. שכן, מעסיקים יעדיפו "באופן טבעי" עובדים "העולים פחות" דהיינו עובדים הנמנים על הקבוצות המודרות מתחולת הצו שאינן זכאיות לביטוח פנסיה.

13. ההפליה בצורותיה המגוונות שמייצר צו ההרחבה, מקבלת משנה תוקף ומשנה פסלות עת נבחנת בהקשר למהות וחשיבות הביטוח הפנסיוני לכלל ציבור העובדים והעובדות, ולקבוצות המודרות בפרט, כפי שיפורט להלן:

חשיבות הביטוח הפנסיוני המקיף

14. מטרת הפנסיה המקיפה היא לאפשר לעובד ולבני משפחתו להמשיך ולקיים רמת חיים נאותה אשר הורגלו לה, גם לאחר פרישה מן העבודה עקב גיל, נכות או פטירה. מטרה זו מחייבת מתן קצבה חודשית לכל החיים אחרי הפרישה מהעבודה ביחס מסוים לשכר העובד במהלך חיי העבודה.

15. נהוג בעולם לחלק את מערך הבטחת ההכנסה לגיל הפרישה לשלושה רבדים¹: הראשון, מכונה "בטחון סוציאלי" (Social Security), מבטיח הכנסה מינימאלית לאחר פרישה לצורכי קיום בסיסיים. הכנסה זו ניתנת לכל תושבי המדינה, בין אם חסכו ובין אם לאו וממומנת על-ידי הפרשות עובדים ומעסיקים לקופת המדינה; השני, מכונה לרוב פנסיה, מתבסס על הפרשה של העובד והמעביד ומבטיח הכנסה ביחס מסוים לשכר העובד במהלך חיי העבודה (ברובד זה מעורבות קרנות הפנסיה וקופות הגמל); השלישי, עניינו בהשקעות ארוכות טווח של הפרטים המדובר בחיסכון וולונטרי של כל פרט ופרט, אשר נוסף על שני הרבדים האחרים. רובד אחרון זה, הוא בדרך-כלל מנת חלקם של בעלי השכר הגבוה.

16. להלן יתייחסו העותרים לשני הרבדים הראשוניים הנ"ל בהקשר למצב בישראל:

הרובד הראשון

17. רובד זה – בטחון סוציאלי – מנוהל במדינה על-ידי המוסד לביטוח לאומי, והוא מתבטא בעיקר בקצבת הזקנה המשולמת לכל אדם שהגיע לגיל הפרישה, במנותק מכוסר השתכרותו לאורך השנים, ולאמצעים הכלכליים העומדים לרשותו. המדובר בקצבה אוניברסאלית.

18. קצבת הזקנה הבסיסית ניתנת בשיעור אחיד, שעמד בשנת 2006 על 15.3% מהשכר הממוצע במשק ליחיד. מאז ינואר 2007, עומדת קצבת הזקנה לקשיש יחיד על 1,159 ₪, סכום מוגבל מאוד אשר אין בו בכדי להבטיח תנאי קיום בכבוד עבור אוכלוסיה זו².

19. לצד הסדר זה, ולאור גובהה המוגבל של קצבת הזקנה לעומת השכר הממוצע במשק, מקבלים שליש מאוכלוסיית הקשישים במדינה גמלת השלמת הכנסה. גמלה זו, בניגוד לקצבת הזקנה, ניתנה לפי יכולתו הכלכלית של מקבל הגמלה. "גמלת השלמת ההכנסה וקצבת הזקנה יחדיו

¹ יורם מרגליות, "אפלייה בהסדרי החיסכון הפנסיוני ופתרונה המוצע", משפטים לא(3) תשס"א, 529, 531

² אדוה – מידע על שוויון וצדק חברתי בישראל, "בטחון סוציאלי וחוסר ביטחון סוציאלי בקרב קשישים בישראל", אוקטובר 2007, 9, מצ"ב כנספח ע/2

מעלים את ההכנסה הפנסיונית מהרובד הראשון של מחצית אזרחי ישראל הלא מבוטחים ל-25% מהשכר הממוצע ליחיד ול-37.5% לזוג.³

20. קצבת הזקנה עבור כשליש מכלל אוכלוסיית קשישים במדינה היא מקור ההכנסה היחיד, מה שמסביר את הנתח הגדול שתופסת אוכלוסיה זו מתוך כלל האוכלוסיה החיה מתחת לקו העוני:

"החל מינואר 2007 קשיש יחיד הזכאי להשלמת הכנסה מקבל סכום כולל של 2,038 ₪. הכנסתם של זוג קשישים הזכאים לקצבת זקנה והשלמת הכנסה עומדת על 3,018 ₪ ברוטו. גם סכום מוגדל זה אינו מספיק לפרנס בכבוד קשישים, במיוחד לאור העובדה שבגיל הפרישה הצרכים הבריאותיים גדלים. ...

תחולת העוני בקרב קשישים גבוהה יותר מתחולת העוני בקרב כלל האוכלוסיה: ב-2005 היוו הקשישים (גברים בני 65+ ונשים בנות 60+) 19.4% מכלל המשפחות באוכלוסיה, אך 23% מקרב המשפחות באוכלוסיה העניה (לאחר תשלומי העברה ומיסים). בשנת 2006 חלה ירידה בתחולת העוני בקרב קשישים שהיוו 20.9% מהמשפחות העניות בישראל. מדובר ב-84,500 משפחות עניות בראשן עומד קשיש. השיפור בשנת 2006 נובע בעיקר מביטול ההפחתה בקצבת הזקנה והשלמת ההכנסה.⁴

(ההדגשה במקור)

הרובד השני

21. לאור הדברים הנ"ל, ומוגבלותיה של מערכת הבטחון הסוציאלית שמספקת המדינה בשמירה על קיומם בכבוד של עובדים ובני משפחותיהם, ובשמירה על רמת החיים לה הורגלו לאחר פרישה מעבודה, נודעת חשיבות ניכרת לביטוח הפנסיוני (הרובד השני).

22. הסדר "פנסיה חובה" שצו ההרחבה נשוא העתירה מעגן, נכנס אם כן בגדר הרובד השני בכך שהוא נועד להבטיח לכל עובד במשק היום רשת בטחון נוספת לעת פרישה, באמצעות יצירתה של הכנסה חלופית לזו שקיבל הוא ומשפחתו במהלך עבודתו, כך שרמת חייהם לא תרד באופן דרמטי בעקבות הארוע המזכה בפנסיה – הגעה לגיל פרישה, נכות או פטירה.

23. עד לאחרונה – בטרם הוצאת צו ההרחבה – זכו בביטוח פנסיוני בעיקר עובדים המועסקים במקומות עבודה הפועלים במסגרת הסכמים קיבוציים המחייבים בביטוח כאמור. העדר חקיקה ו/או צו הרחבה בדומה לזה עסקינן, המחילים פנסיה חובה על כל המשק, השאיר יותר

³ הכנסת- מרכז מחק ומידע "מערך הפנסיה בישראל", 8 באוגוסט, 2001, 4, מצ"ב כנספח ע/3

⁴ אדוה, הערה 2 לעיל, עמ' 12

ממליון עובדים במדינה – מוחלשים או בלתי מאורגנים – שמהווים כ-50% מכלל ציבור העובדים, ללא כל ביטוח פנסיוני לקראת פרישה.⁵

24. עובדים אלו שלא זכו לביטוח פנסיוני בניגוד לעמיתיהם המאורגנים בשוק העבודה, ניתנים לזיהוי בהתאם לאותם מאפיינים אשר מכתביבים בדרך כלל פערים סוציו-אקונומיים במדינה. רלוונטיים לכאן נתונים שעלו מהסקר החברתי 2002 של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בנושא "הסדרי פנסיה וחסכון לקראת פרישה", שבדק את רמת הכיסוי של אוכלוסיית בני 20 ומעלה בישראל, באחד מחמשת ההסדרים של פנסיה ו/או חסכון לקראת פרישה: פנסיה תקציבית, קרן פנסיה, ביטוח מנהלים, ביטוח חיים עם מרכיב חסכון או קופת גמל, ומצא כי:

❖ לכ-58% מכלל האוכלוסיה היהודית יש לפחות אחד מחמשת ההסדרים הנ"ל, לעומת 26% מכלל האוכלוסיה הערבית.

❖ לכ-46% מכלל היהודים החילוניים יש לפחות אחד מחמשת ההסדרים הנ"ל, לעומת כ-36% מכלל היהודים החרדים.

❖ לכ-61% מכלל האוכלוסיה היהודית הותיקה יש לפחות אחד מחמשת ההסדרים הנ"ל, לעומת 38% מאוכלוסיית העולים.

❖ לכ-60% מכלל הגברים יש לפחות אחד מחמשת ההסדרים הנ"ל, לעומת 46% מהנשים.

❖ לכ-94% מקרב בעלי ההכנסות הגבוהות יחסית (מעל 7,000 ₪) יש לפחות אחד מחמשת ההסדרים הנ"ל, לעומת כ-50% מקרב בעלי ההכנסות הנמוכות יחסית (עד 4,000 ₪).

❖ לכ-65% מבני 64-45 יש לפחות אחד מחמשת ההסדרים הנ"ל, לעומת כ-60% מבני 44-24, ולעומת כ-25% מבני 24-20.⁶

25. הנתונים הנ"ל מחזקים, אם כן, חשיבות החלת פנסיה חובה על כל המשק. החלה כאמור תתרום לצמצום פערים בין אוכלוסיות שונות במדינה, ולצמצום מימדי העוני בקרב האוכלוסיות בעלות הכיסוי הפנסיוני הנמוך. תרומה כאמור רלוונטית במיוחד לשלוש האוכלוסיות, הערבית, חרדית ושל אנשים עם מוגבלות, אשר צעיריהן מודרים מתחולת צו ההרחבה.

26. מצבה החברתי-כלכלי הרעוע של האוכלוסיה הערבית אינו טעון הוכחה. ובכל זאת, בדו"ח האחרון של מרכז אדוה (מאי 2008) שכותרתו "אזרחי ישראל הערבים אינם שותפים לצמיחה", הובאו נתונים מקיפים המעידים כי על אף גל הצמיחה בו נמצאת הכלכלה

⁵ אדוה – מידע על שוויון וצדק חברתי בישראל, "פנסיה חובה עכשיו- המלצות הפורום לקידום חוק פנסיה חובה", פברואר 2001, 2. **מצ"ב כנספח ע/4**

⁶ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, הסקר החברתי 2002 "הסדרי פנסיה וחסכון לקראת פרישה", אוגוסט 2005, 15-16. **מצ"ב חלקים רלוונטים מהדו"ח כנספח ע/5**
הדוח המלא נמצא בכתובת האינטרנט:

<http://www.cbs.gov.il/www/publications/social02/pdf/print.pdf>

הישראלית מאז 2003, בולטת במיוחד האוכלוסיה הערבית "אשר דומה כי הצמיחה פוסחת עליה לחלוטין". להלן חלק מאותם נתונים :

❖ בעוד ששיעור הבלתי מועסקים באוכלוסיה בכללותה מצוי בירידה, מ-10.7% ב-2003 ל-7.3% ב-2007, שיעור הבלתי מועסקים בקרב הערבים נותר גבוה: 10.9% ב-2007.

❖ ב-2006 ערבים היוו 16.2% מכלל הבלתי מועסקים. ב-2001 עמד שיעורים על 12.7%.

❖ ב-2006 בלתי מועסקים ערבים היוו 62.5% מכלל הבלתי מועסקים המחפשים עבודה 52 שבועות ומעלה. ב-2001 עמד חלקם על 17% בלבד.

❖ שיעור העוני בקרב משפחות ערביות מצוי בעליה מתמדת: ב-2003 הוא עמד על 48.4% ואילו ב-2006/7 הוא עלה ל-54.8%⁷.

27. מצבה של האוכלוסיה החרדית המהווה כ-10% מכלל האוכלוסיה במדינה קשה ביותר גם כן. האוכלוסייה החרדית מאופיינת גם היא בעוני חמור :

"מכמה מחקרים עולה כי שיעור העוני באוכלוסיה החרדית גבוה במידה ניכרת מזה שבכלל האוכלוסיה. שיעור העוני בקרב משפחות חרדיות היה בשנת 2006 כ-52%, וכ-57% מהנפשות במגזר זה הוגדרו עניות. בין היתר, ניתן להסביר נתונים אלו בכך שמספר הנפשות הממוצע במשפחה חרדית גדול מהממוצע בכלל האוכלוסיה, ואילו שיעורי התעסוקה ורמת ההכנסה במגזר החרדי נמוכים יחסית."⁸

28. רלוונטי לענין עסקינן לציין שהואיל וגברים חרדים הפטורים משירות צבאי אינם רשאים לעבוד עד גיל 23, הרי שכמעט רק נשים חרדיות נפגעות מהוראה א4(7) לצו ההרחבה. שיעור ההשתתפות של נשים חרדיות בכוח העבודה עמד בשנת 2005 על 55%. בכ-63% ממשקי הבית החרדיים שבהן יש מועסק אחד, האישה היא המועסקת, לעומת כ-30% בקרב שאר משקי הבית באוכלוסיה היהודית⁹.

29. בישראל קיימת מציאות של הפליה מתמשכת כלפי קבוצת האנשים עם המוגבלות, כאשר גם כיום נמצאת בשולי החברה וסובלת מעוני ונידוי חברתי. מצבם של אנשים עם מוגבלות בשוק התעסוקה מאופיין בשיעורי השתתפות נמוכים ביותר ושיעורי אבטלה גבוהים בהרבה בהשוואה לאנשים ללא מוגבלות, המצב חמור יותר ככל שעולה חומרת המוגבלות. הנתונים

⁷ אדוה – מידע על שוויון וצדק חברתי בישראל, "אזרחי ישראל הערבים אינם שותפים לצמיחה", מאי 2008, 3. מצ"ב כנספח 6/ע

⁸ הכנסת- מרכז מחק ומידע "עידוד התעסוקה של נשים חרדיות", מרץ 2008, 2. נמצא בכתובת האינטרנט:

<http://www.knesset.gov.il/MMM/doc.asp?doc=m02006&type=doc>

⁹ שם, 3

מצביעים על כך שלמעלה מ-65% מהאנשים עם המוגבלות החמורה לא מועסקים, כאשר מרביתם בגיל העבודה והם מהווים חמישית מפוטנציאל כוח העבודה של ישראל¹⁰.

30. זאת ועוד, יציבותם של עובדים עם מוגבלות בשוק העבודה ותנאי השכר להם הם זוכים, נמוכים משמעותית ביחס למצבם של עובדים רגילים, כך שהשפעת הוראה 4א(7) בצו ההרחבה תותיר אותם מוחלשים, ותקטין עוד יותר את סיכוייהם לקיום בכבוד לאחר גיל פרישה.

31. הנתונים שהובאו לעיל בדבר הפערים הקיימים בשוק העבודה בענין הזכאות לביטוח פנסיוני, בהקשר לשייכותם הקבוצתית של העובדים, יחד עם הנתונים בדבר העוני והאבטלה הפושים בקרב שלושת האוכלוסיות העיקריות הנפגעות מהוראה 4א(7) לצו ההרחבה, היו אמורים להכתיב מדיניות הפוכה לגמרי של המשיבים, מדיניות אשר תדאג להחלת פנסיה חובה על עובדים מקרב אוכלוסיות אלו מיידי עם כניסתם לשוק העבודה.

32. כאמור, גובה הפנסיה האישית שעובד יקבל לאחר פרישה תלוי בשני אלמנטים מרכזיים: האחד הוא מספר השנים בהן הפריש העובד לקרן הפנסיה, והשני הוא גובה השכר. מכאן שתקופות ללא הפרשה לפנסיה או הפרשה נמוכה (קרי שכר נמוך) פוגעות בגובה הפנסיה.

33. הדברים הנ"ל מדגישים ביתר שאת את חשיבות הפעלת הביטוח הפנסיוני החל מכניסת העובד לשוק העבודה. רלוונטיים כאן הדברים הבאים מתוך מסמך שהוציא מרכז מחקר ומידע של הכנסת על מערך הפנסיה בישראל:

"תקופת חסכון פנסיוני ממוצעת שהינה קצרה מ-35 שנים (גיל 65-30 לגברים), ומאופיינת לעיתים בהעדר שמירה על רציפות זכויות הפנסיה ופרישה מוקדמת של רבים מכוח העבודה, מפחיתה את הגמלה הממוצעת המשולמת לפנסיונרים ברובד השני לכ-40% מהשכר הממוצע במשק. כלומר, הרובד הראשון והשני מהווים יחדיו כ-60% מהשכר הממוצע. יתר על כן, מבנה חלוקת ההכנסות בישראל יותר מצב לפיו מרבית המבוטחים שבימי עבודתם השתכרו פחות מהשכר הממוצע, יקבלו גמלה בשיעור נמוך יותר. זאת מכיוון שיש חפיפה בין הימצאות בעשירוני ההכנסה הנמוכים לבין עבודה בענפים בהם הכיסוי הפנסיוני או אחוז השכר המובטח הם נמוכים יחסית. סביר כי ההכנסה הפנסיונית מהרובד השני בעשירוני הנמוכים תתבסס על נתח קטן יותר משכר שמלכתחילה היה נמוך מהממוצע במשק. שני העשירוני העליונים, על שיעור הכיסוי, רמת השכר ואחוז המבוטחים הגבוה בו, הוא המעלה את הממוצע הכולל לרמה של 40%

¹⁰ דו"ח נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, 2007, נמצא בכתובת האינטרנט להלן:

<http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/BC8B4E1F-1B6F-4575-9D6C-5C5B18830BF8/18409/DohShnati2007.pdf>

מהשכר הממוצע. המשתייכים לעשירונים העליונים הם גם הקבוצה העיקרית החוסכת ברובד השלישי¹¹.

(ההדגשה במקור)

34. חשוב לציין כי הדברים המצוטטים לעיל התייחסו לביטוחים הפנסיונים הקיימים בשוק, שתנאיהם טובים מאלו המוסדרים בצו ההרחבה. כך לדוגמא, שיעור ההפרשות לקרן פנסיה הנהוג בשוק הוא בגובה 17.5% משכר העובד, לעומת זאת שיעור ההפרשות לפי צו ההרחבה גייע ל-15% בלבד מהשכר, וזאת רק לאחר 5 שנים מיום כניסת הצו לתוקף.

35. מכאן, חשיבות הפעלת פנסיה חובה מיידית עם כניסת העובד לשוק העבודה מקבלת משנה תוקף בהקשר לאוכלוסיות הערבית, החרדית ואנשים עם מוגבלות, לאור סיכוייהם הנמוכים של עובדים המשתייכים לקבוצות אלו לצבור זכויות פנסיה ברצף ולהגיע לגובה גמלה נאות שיאפשר קיום בכבוד לאחר פרישה.

36. העובדה כי אוכלוסיות אלו משתייכות לעשירונים הנמוכים ביותר במדינה, העובדה כי שכר העובדים המשתייכים לקבוצות אלו הוא נמוך בהשוואה לשאר האוכלוסיה, והעובדה כי סיכויי אותם עובדים להתמיד בעבודה ברציפות הם נמוכים מאוד לאור שיעור האבטלה הגבוהים בקרבם – הן העובדות אשר היו מחייבות הסתכלות אחרת מצד המשיבים ודחייתן על הסף של התניית הגיל עסקינן.

מיצוי הליכים

37. ביום 27.3.2008, פנתה העותרת מס' 1 אל המשיבים, ודרשה ביטול סעיף 4א(7) לצו ההרחבה, מהטעמים המפורטים בהרחבה בעתירה זו.

מצ"ב פניית העותרת מיום 27.3.2008, כנספח ע/7

38. תגובה לפנייה הנ"ל התקבלה רק מטעם המשיב מס' 1, במכתב מיום 7.4.2008 מסגנית הממונה הראשי על יחסי עבודה, עו"ר רבקה ורבנר. להלן עיקר הדברים שצויינו שם:

"3. יצויין כי אין אנו רואים בקביעת גיל התחילה (21 לגבר ו-20 לאישה) אפליה. כוונת הצדדים בקביעת גיל התחילה כאמור נועדה להעניק זכות פנסיונית לעובדים בעת תחילת עבודתם, שעל פי רוב הינה בגיל הנקוב.

4. עמדת השר מלכתחילה הייתה שיש לשנות את סעיף התחולה ולקבוע שההסכם יחול מגיל 18 ללא הבדל וזאת כדי להרחיב את תחולת ההסדר הפנסיוני ככל שאפשר. השר אף הביע עמדתו זו וביקש מהצדדים לשנות הסעיף בהסכם אלא שהמעסיקים התנגדו לשינוי בתוקף.

עמדת הצדדים הייתה כי הגיל הנכון להחלת ההסכם הינו 25 שנים וכפשרה נקבעו הגילאים בהסכם כפי שנקבע.

¹¹ הערה 3 לעיל, עמ' 9-10

5. למעלה מן הצורך יאמר כי, בידי השר הייתה אפשרות, לאור התנגדות הצדדים לשנות הסעיף, שלא להרחיב ההסכם, שתוקפו היה מותנה בהרחבה, עם זאת בידוע כי לצדדים נתונה הרשות לבטל את ההסכם ועל כן בשל חשיבות ההסכם, בשקלול התועלת לכלל הציבור לא ראה השר לנכון להעדיף האלטרנטיבה של אי הרחבה רק בשל סוגיה זו של גיל התחילה.

6. מנגד קביעת גיל 18 כגיל תחילה הינה בעלת היבט כלכלי רלוונטי שנוגע בעיקר למעסיקים אך גם לעובדים (כך שיגרע ממשכורתם הנמוכה ממילא סכום לא מבוטל) – מדובר באינטרס לגיטימי שיש לקחת בחשבון.

7. **יודגש כי אף אם בקביעת הגיל הייתה התחשבות בשירות בצהל מתוך רצון שלא לקפח את אלה המשרתים בצה"ל שאינם "מסוגלים" כדבריך לעבוד, עדין מדובר באבחנה ראויה ולא באפליה מקפחת.**

(ההדגשה לא במקור)

מצ"ב מכתבה הנ"ל של עו"ד רבקה ורבנר, מיום 7.4.2008, **כנספח ע/8**

39. מספר ימים לאחר מכן, נשלח מכתב חדש, מעו"ד ורבנר, הנושא אותו תאריך, ובו נכתב הפתיח שלהלן:

"אני שבה ושולחת את תשובתי שכן בשל טעות משרדית השתרבב סעיף 7, שאינו שייך למכתבי הקודם כפי שנשלח אליכם. ..."

מצ"ב מכתבה השני של עו"ד רבקה ורבנר, מיום 7.4.2008, **כנספח ע/9**

הפרק המשפטי

40. סעיף 4א(7) להסכם הקיבוצי ולצו ההרחבה שבא בעקבותיו (שניהם להלן: צו ההרחבה), כפי שעולה מהפרק הקודם, מדיר מכלל העובדים במשק הזכאים לפנסיה חובה, עובדים שטרם מלאו להם 21 שנים ועובדות שטרם מלאו להן 20 שנים. בפרק זה יטען כי הדרה זו מהווה הפליה מחמת גיל, מין, לאום, דת ומוגבלות; כי המדובר בהפליה פסולה ולא באבחנה מותרת, כי היא פוגעת בזכות החוקתית לשוויון וסותרת את הוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח – 1988, כי פוגעת באופן בלתי מידתית בזכות המוגנת, ומכאן דינה בטלות.

הזכות לשוויון

41. ערך השוויון הוא ערך עליון ועקרון מרכזי בכל חברה מתוקנת ובכל משטר דמוקרטי, על ערך זה נאמר:

"השוויון מונח בבסיס הקיום החברתי. הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי ... הוא "תחילת התחילת" ... הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות ..."

דנג"צ 4191/97 אפרים רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה נד (5) 330 (להלן: דיון נוסף רקנאט), 331-332 (2000).

עוד נאמר על עקרון השוויון, כי הוא:

"... עיקרון מן הראשונים במלכות – משכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות... עקרון השוויון עולה ומחלחל בכל צמח מצמחי המשפט, מהווה הוא חלק בלתי נפרד מן המערך הגנטי של כל כללי-המשפט כולם".

בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650-651 (1998)

ראו עוד בעניין זה:

בג"צ 94 / 721 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ מח (5) 749, 756 (1994).

בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)

בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2), 309, 332-333 (1988)

בג"צ 114 / 78 בורקאן נ' שר האוצר לב (2) 800, 806 (1978).

בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון, תק-על 2006(4), 3935, 3938 (2006)

42. כיום, הועלתה הזכות לשוויון למעמד חוקתי על-חוקי, והוכרה כחלק מהזכות החוקתית לכבוד "ככל שמדובר בהבטים שלה הקשורים קשר הדוק לכבוד האדם".

"במחלוקת זו הכריע בית המשפט העליון בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל (שם, פסקה 40 לפסק דיני). נקבע כי הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון, עד כמה שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (ראו שם, פסקה 33). ודוק: הזכות לשוויון אינה זכות חוקתית "מכללא"; היא אינה מוכרת מחוץ לזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש. הזכות לשוויון היא חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד האדם. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון אינה נובעת מאקט שיפוטי של השלמת "חסר" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון נובעת מפרשנותה החוקתית של הזכות לכבוד האדם. זכות זו לכבוד האדם מוכרת בחוק היסוד במפורש. עם זאת, לא כל היבטיו של השוויון - אילו הוכר כזכות עצמאית העומדת על רגליה היא בלבד - כלולות במסגרתו של כבוד האדם. רק אותם היבטים של השוויון אשר קשורים לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק נכללים בגדריה של הזכות לכבוד האדם."

בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), 1754, 1777 (2006).

43. מעמדה החוקתי של זכות זו מקבל משנה תוקף עת מדובר בהפליה המתבצעת על בסיס "גנרי" דוגמת ההפליה מחמת מין, לאום או דת – הפליה זו, כבר נפסק, "פוצעת אנושות בכבוד האדם".

"אולם המובן המקורי של עקרון השוויון, ודומה שהוא גם המובן המדויק, הוא מובן צר יותר. במובן זה, המקובל במדינות אחרות, עקרון השוויון מתייחס לרשימה מוגבלת של עילות מוגדרות, שאפשר לקרוא להן עילות השוויון הקלסיות, והשופט חשין קורא להן עילות שוויון גנריות. כאלה הן, לדוגמה, הדת, הגזע, הלאום והמין: כל אדם זכאי לשוויון ללא הבדל דת, גזע, לאום או מין. ...

הפרה של עקרון השוויון במובן הצר נחשבת חמורה במיוחד. וכך אמר השופט חשין במשפט שדולת הנשים השני (לעיל, בעמ' 658-659): "דוגמה נוספת להפליה גנרית [נוסף להפליה של אישה באשר היא אישה] היא הפלייתו של אדם מחמת צבע עורו או מחמת גזעו. הפליה גנרית, כפי שכבר נאמר, הינה הפליה הפוצעת אנושות בכבוד האדם". ראו גם משפט קעדאן (לעיל פסקה 3), בעמ' 275-276.

15. כזאת היא גם הפליה של ערבי באשר הוא ערבי, ואחת היא אם ההפליה מתבססת על הדת או על הלאום. זוהי הפרה של עקרון השוויון במובן הצר. לכן יש עמה חומרה מיוחדת.

עקרון השוויון במובן זה הוא נשמת הדמוקרטיה. הדמוקרטיה דורשת, לא רק קול אחד לכל אחד בעת הבחירות, אלא גם שוויון לכל אחד בכל עת. המבחן האמיתי לעקרון השוויון נעוץ ביחס כלפי מיעוט: דתי, לאומי או אחר. אם אין שוויון למיעוט, גם אין דמוקרטיה לרוב."

בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, תק-על 2001(2), 509, 513 (2001).

44. הדברים הנ"ל תקפים שבעתיים כאשר ההפליה מתבצעת בתחום דיני העבודה. עמד על כך כב' השופט גיבראן בפרשת קו לעובד, באומרו:

"עת מדובר ביחסי עבודה, דברים אלה מקבלים משנה תוקף, שכן כידוע המחוקק הישראלי מצא לנכון להגן על העובד בדינים קוגנטיים-כופים, בהם שם המחוקק לנגד עיניו את טובת העובד והגנתו מפני ניצולו על ידי המעביד. מטעמים אלה חוקקו חוקים כגון: חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954; חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 וכיוצא באלה".

בג"צ 5666/03 קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, תק-על 2007(4) 109, 127 (2007).

45. במטריה זו של חוקי המגן, מצוי גם חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (להלן: חוק השוויון). חוק זה מעגן את עקרון השוויון הכללי בדין הספציפי, מציב קריטריונים ברורים, ובכך בעצם יוצק את התוכן למושג השוויון בדיני העבודה. חוק זה קובע:

2. איסור הפליה

(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים כהגדרתו בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, לרבות מחמת תדירותו או משכו, בכל אחד מאלה:

(1) קבלה לעבודה;

(2) תנאי עבודה;

(3) קידום בעבודה;

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית;

(5) פיטורים או פיצויים פיטורים.

(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה.

...

46. הנה אם כן, סעיף 2(א) לחוק השוויון, קובע בפירוש כי למעביד אסור להפלות בין היתר על בסיס הקריטריונים של גיל, מין, לאום ודת, ובין היתר לגבי תנאי ההעסקה (ראו בסעיף 2(2) לחוק), וכן לגבי ההטבות והתשלומים הניתנים בקשר לפרישה (ראו: בסעיף 2(6) לחוק). לעניינו, חובת הביטוח הפנסיוני נכנסת בגדרי כל אחת משתי הגדרות אלו.

47. הוראה דומה נמצאת בסעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998, הקובע הוראות מקבילות בעניין איסור הפליית אנשים עם מוגבלות בתחום העבודה:

8. איסור הפליה בתעסוקה
- (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.

גם במקרה זה, קובע החוק איסור מפורש על הפליה לעניין תנאי עבודה והטבות לעניין פרישה על בסיס מוגבלותו של אדם.

48. לאחרונה, יצאה הלכה מבית משפט נכבד זה, המחזקת אף היא את תחולת עקרון השוויון בתחום דיני העבודה ומתן זכויות שוות ערך לעובדים המבצעים עבודה שוות ערך. המדובר **בפרשת קו לעובד** הנ"ל, שעסקה בשאלה, מהו משפט העבודה החל על במערכת יחסי עבודה בין עובדים פלסטינים תושבי השטחים לבין מעבידים ישראלים, כאשר מקום העבודה הוא ההתנחלויות בשטחים. ביהמ"ש הנכבד קבע, כי הדין החל הוא הדין הישראלי וזאת בין היתר בהסתמך על עקרונות היסוד שמתחום דיני העבודה ובראשם עקרון השוויון. וכך נקבע בפסק-דינו של המשנה לנשיאה, כב' השופט ריבלין:

"במסגרת זו, ולאור מאפייניו הקוגנטיים של תחום דיני העבודה, אין ספק כי משקלן של הזיקות המתבססות על הסכמות הצדדים עשוי לפחות, ככל שהסכמות אלה אינן מתיישבות עם עקרונות דיני העבודה. במקרים חריגים, אפשר שזיקות מסוימות לא תובאנה בחשבון כלל. משקלן של הזיקות העולות מלשון חוזה העבודה, ככל שזה נוסח על-ידי המעביד, יותאם לתפיסת פערי הכוחות בין העובד למעביד, על-פי נסיבותיו של המקרה הקונקרטי. בהתקיים אי-בהירות או לאקונה בחוזה באשר לכוונותיהם המפורשות או הנחזות של הצדדים, יושפע מבחן "מירב הזיקות" מעקרונות דיני העבודה. כך לדוגמא, מבחן "מירב הזיקות" בתחום יחסי העבודה, עשוי וצריך להיות מושפע מעקרון השוויון - שכר ותנאי עבודה שווים עבור עבודה שווה או שוות ערך. כך לגבי גברים ונשים, כך לגבי הורים ושאינם הורים, כך גם לגבי יהודים ומוסלמים, ישראלים ופלסטינים. השפעה זו עשויה להתממש באמצעותו של עקרון תקנת הציבור ..., ובנסיבות המתאימות, גם ביחס למעסיקים פרטיים, ...; היא יכולה להתממש גם מכוח עיקרון יסוד של הדין המהותי שתחולתו נשקלת (ראו, בין היתר, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996; דב"ע מב/33-2 מדינת

ישראל נ' אזולאי, פד"ע טו, 105, 113 (1983); ...; והיא יכולה להתממש גם כחלק מעקרון בסיסי של משפט הפורום ... פגיעה בשוויון בתחומי משפט העבודה יכול שתהא גם פגיעה בזכויות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובזכויות המוגנות בחוק יסוד: חופש העיסוק."

(פרשת קו לעובד לעיל, 120)

ובהמשך נאמר, כי:

"בהיעדר הסכמה ברורה של הצדדים, יש לשאוף לכך שברירת הדין תביא לכך שבתחום יחסי העבודה יוחל דין זהה ושווה על כל העובדים שאין ביניהם שונות רלוונטיות בהיותם מבצעים עבודה שווה או שוות ערך. כשם שעל התקשרותו של עובד פלסטיני המועסק, מכוח היתרים מתאימים, בשטחה של מדינת ישראל אצל מעביד ישראלי, יחול – בהיעדר הסכמה אחרת או זיקות ממשיות אחרות – הדין הישראלי, כך יחול הדין הישראלי גם על התקשרותו של עובד פלסטיני המועסק, מכוח היתרים מתאימים, אצל מעסיק ישראלי ב"מובלעת ישראלית". אין להפלות בין השנים, כשם שאין להפלות בינם לבין עובד ישראלי המועסק אצל אותו מעביד ישראלי ב"מובלעות הישראליות" עצמו, ככל שהוא מבצע עבודה שווה או שוות ערך. דפוסית ההתקשרות הם אותם דפוסים. אבחנה מסוג זה הסומכת על אזרחות או לאום היא פסולה. אין היא מגלה שונות רלבנטית ואינה מתחייבת מן הנסיבות. כך לגבי אבחנה בין עובדים פלסטיניים לבין עצמם וכך גם לגבי אבחנה בין עובדים פלסטיניים לבין עובדים ישראלים. החלתן של שתי מערכות דינים שונות על עובדים העובדים בצוותא, עבור מעביד זהה, תוביל בהכרח לאפליה אסורה. כללי ברירת הדין של משפט העבודה לא נועדו להכשיר תוצאה שכזו. כללים אלה, המתגבשים בחלל נורמטיבי המושפע מערכי היסוד של החברה הישראלית וממושכלות היסוד של קהילת העמים כולה, באים למנוע דפוסית העסקה בלתי שוויונייה שבבסיסם אבחנה הנסמכת אך ורק על שיוכם הלאומי והאתני של העובדים."

(פרשת קו לעובד לעיל, 122)

49. ברור כי הדברים הנ"ל חלים גם לגבי הפליה על-בסיס גיל, מין, דת ומוגבלות.

50. למעמדה הרם של הזכות לשוויון, מתווסף בענייננו נדבך נוסף התומך ומחייב משנה זהירות בעת בחינת "חוקיות" ההוראה עסקינן. נדבך זה נגזר מהקשר ההדוק בין הזכאות לפנסיה חובה לבין הזכות לקיום בכבוד, שקיבלה הכרה חוקתית על-ידי הפסיקה, כחלק מהזכות לכבוד. על מעמדה החוקתי של זכות זו, עמד כב' הנשיא (בדימוס) א. ברק, באומרו:

"..הזכות לכבוד האדם, במובנה המהותי, מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. אלה אותן זכויות שבהיעדרן אין ממש בהיות האדם יצור חופשי, באשר ניטל כוחו לפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו, בתוך החברה בה הוא חי. זכויות אלה עשויות להיכלל בגדר הזכויות ה"אזרחיות" (או "פוליטיות"), ואף בגדר הזכויות ה"חברתיות" (או "כלכליות"). ... בה במידה, במגוון ההיבטים האנושיים עליהם משתרע כבוד האדם נכלל גם ההיבט ה"חברתי", שעניינו רמת הקיום לה זכאי האדם. אכן, זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לכך שיהיו לו תנאי חיים המאפשרים קיום בו יממש את חירותו כבן-אנוש."

(ההדגשות לא במקור)

בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, תק-על 2005(4), 2605, עמ' 2614.

ראו באותו עניין גם:

בג"צ 890/99 מיכאל חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי ואח', פ"ד נד(4) 423, 429-430

דנג"צ 4601/95 חי יוסף סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 830

ע"א 3553/00 יששכר אלוני נ' זנד טל מכוני תערוכת בע"מ, פ"ד נו(3) 577, 599-600

עב 94/03 ענת עמוס נ' המוסד לביטוח לאומי, תק-אר 2004(2), 146

51. חשיבות פנסיה חובה לקיומם בכבוד של עובדים ומשפחותיהם אחרי פרישה מעבודה, הן מחמת הגעתם לגיל הפרישה, והן מחמת נכות ו/או פטירה, היא רבה. כפי שפורט בחלק העובדתי, ובפרט לאור הקיצוצים בקצבאות הזקנה והבטחת ההכנסה, הצורך בביטוחים מהרובד השני, הולך וגובר. גם אם לא ניתן לגזור ישירות זכות חוקתית לפנסיה, הרי שנוכח ההכרה הגוברת בזכות החוקתית לבטחון סוציאלי (ראו למשל: בג"צ 5578/02 רחל מנור נ' שר האוצר פ"ד נט(1), 729, 736-737), הביקורת השיפוטית על הסדרי פנסיה לגביהם נטענת טענת הפליה צריכה להיות הדוקה יותר.

52. כאמור, סעיף 4א(7) לצו ההרחבה יוצר הפליה על-בסיס הקריטריונים של גיל, מין, לאום, דת ומוגבלות, לצורך הזכות לביטוח פנסיוני. כפי שצויין לעיל קבוצת הגילאים שהוצאו מתחולת צו ההרחבה לא נבחרו במקריות, הן מותאמות הלכה למעשה לגילאי השחרור מהצבא. ככלל, אזרחים ואזרחיות אשר שרתו בצבא אינם נכנסים לשוק העבודה טרם השתחררו והגיעו לגילאים 20 (לנשים) ו-21 (לגברים). יוצא, שהעובדים היחידים במשק שאינם נהנים מהזכאות לפנסיה חובה, הן בעיקר האוכלוסייה הערבית, האוכלוסייה החרדית, ואנשים עם מוגבלויות, אשר יש מתוכם שאינם משרתים בצבא. אפליה זו איננה משתמעת במפורש מן הטקסט, אולם כבר נקבע בעבר כי:

"כאשר בטענת אפליה פסולה עסקינן, אין להסתפק במה שגלוי לעין ...
אלא יש לבדוק היטב גם בסמוי מן העין, שמא מסותרת כאן "אפליה
בכיסוי".

בג"צ 200/83 מוחמד וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 121 (1984).

53. כך יוצא, כי גיל הסף שצו ההרחבה קובע על-מנת להתחיל במימוש הזכות לפנסיה, נושא בחובו הפליה גנרית מהקשות ביותר, זו המתבצעת על בסיס לאום ודת. ההוראה עסקינן, וכפי שפורט בפרק העובדתי לעתירה, תפגע בעיקר ובראש ובראשונה בקבוצות הלא משרתות בצבא, אלא הן היוצאות לשוק העבודה בגיל מוקדם מזה שנקבע כגיל סף, ואלו הן הקבוצות הנבדלות מקבוצת הרב (המשרתת) על בסיס לאום, דת ומוגבלות. יוצא איפוא, כי עסקינן בהוראה ש"האפקט" שלה פוגע בקבוצות מיעוטים בלבד. רלוונטים כאן, דבריו של כב' הנשיא (בדימוס) ברק באומרו:

כבוד האדם כזכות חוקתית משתרע גם על זכותו של בן הזוג הישראלי
לשוויון. האם חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בהיבט זה של כבוד

האדם? תשובתי על שאלה זו היא בחיוב. החוק פוגע ביכולתם של ישראלים הנישאים לבני זוג שהם פלסטינים תושבי האזור לממש את זכותם לחיי משפחה בישראל. **מיהם ישראלים אלה? הרוב המוחלט של הישראלים הנישאים לבני זוג פלסטינים תושבי האזור הינם ערבים אזרחי ישראל או תושביה. פגיעתו של החוק ממוקדת אם כן בערבים הישראלים. אמת, גם ישראלים שאינם ערבים אינם רשאים לחיות בישראל יחד עם בני זוג פלסטינים תושבי האזור. אולם מספרם של אלה בטל בששים. המסקנה היא שחוק האזרחות והכניסה לישראל מגביל, הלכה למעשה, את זכותם של ערביי ישראל, ושלהם בלבד, לממש את זכותם לחיי משפחה. ... מסקנתי הינה, אם כן, שתוצאתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא שלילת זכותם של אלפים מבין הערבים אזרחי ישראל, ושלהם בלבד, לממש את זכותם לחיי משפחה. חוק שזוהי תוצאתו הינו חוק מפלה. חוק שפגיעתו מתמקדת, רובה ככולה, בערבים אזרחי ישראל פוגע בשוויון.**

(ההדגשה לא במקור)

בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), 1754, 1779 (2006).

54. למותר לציין, כי גם אם לא היתה כוונה להפלות, הלכה פסוקה היא כי הפליה נבחנת לפי מבחן התוצאה, וכדבריו של כב' הנשיא (בדימוס) ברק, בפרשה הנ"ל:

עם זאת, להיעדרה של הכוונה להפלות אין השפעה על קיומה של ההפליה. אכן, הלכה פסוקה היא בדיני השוויון, כי הפגיעה בשוויון (או ההפליה) אינה נבחנת אך על פי מטרתה של הנורמה שלפי הטענה יש בה הפליה. על פי הדין הנוהג בישראל הפגיעה בשוויון (או ההפליה) נבחנה גם בתוצאה (ה-impact) הלא מכוונת המושגת על ידה (ראו פרשת נבו, עמ' 759; פרשת דנילוביץ, עמ' 764). כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה כי "הפליה היא פסולה גם כשאין ביסודה כוונה להפלות" (השופט א' מצא בבג"ץ 4531/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מח(5) 501, 524); "עקרון השוויון צופה פני התוצאה; תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאה-מפלה היא, יפסל מעשהו כלא-היה" (השופט מ' חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654; ראו גם פרשת נוף, עמ' 436; פרשת מילר, עמ' 116); "השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה הינה גם מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה, נפגע השוויון" (פרשת פורז, עמ' 333). עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"קיומה או היעדרה של הפליה נקבע, בין השאר, על-פי האפקט שדבר חקיקה משיג הלכה למעשה... על-כן דין שניסוחו 'נויטראלי' עשוי להיות מפלה, אם האפקט שלו הוא מפלה. אכן, הפליה עשויה להיות בלתי מכוונת... אפילו מטרתה של נורמה משפטית אינה ליצור הפליה, אם ההפליה נוצרת, הלכה למעשה, הנורמה נגועה בהפליה" (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 241-242; ראו גם פרשת קעדאן, עמ' 279).

בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), 1754, 1781 (2006).

הפליה פסולה או הבחנה מותרת

55. תפיסת ומשמעות השוויון החלה במשפט הישראלי היא של השוויון במובן המהותי: "יחס שווה אל שווים ויחס שונה אל שונים". תפיסה זו אף מעוגנת מפורשות בסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה הקובע, כי "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה."

56. הלכה פסוקה היא, כי על-מנת לבחון האם מדובר בהפליה פסולה או בהבחנה מותרת, יש לערוך מבחן דו-שלבי: ראשית, יש לבחון מהי קבוצת השוויון לצורך העניין הרלוונטי. קרי, אל מול איזו קבוצה תיערך ההשוואה. שנית, יש לבחון האם ישנו שוני רלוונטי ביחס לאותה קבוצת שוויון המצדיקה את היחס השונה:

"מושג השוויון משמעו יחס שווה אל בני-אדם, אשר אין ביניהם שוני שהוא רלוונטי לעניין נושא השוויון. גישה זו ביחס לשוויון היא בעלת רמת הפשטה גבוהה, המקשה על הפעלתה. ... מושג השוויון אינו ריק מכל תוכן. זהו מושג מרכזי בכל שיטת משפט דמוקרטית. עם זאת הבנתו של השוויון מחייבת עריכתן של שתי בדיקות נוספות, הנותנות לו את היכולת לפתור בעיות קונקרטיות: ראשית, מהי קבוצת בני-האדם שכלפיה נדרש יחס שווה. בדיקה זו משיבה על השאלה: "שוויון כלפי מי?". מכוחה של בדיקה זו נקבעת קבוצת בני-האדם אשר כלפיהם נדרשת התנהגות שוויונית ("קבוצת השוויון" ככינויו של השופט זמיר בדיון המקורי [1], בעמ' 346). שנית, מה הן דרישות השוויון במסגרת קבוצת השוויון. בדיקה זו משיבה על השאלה: "...כיצד יש לנהוג, על-מנת לקיים שוויון בין הפרטים הנכללים בקבוצה שהנורמה חלה עליה"

בג"צ 6051/95 אפרים רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה נא (3) 289, בעמ' 345 (1997).

57. בפרשת רקנאט הנ"ל, נקבע זה מכבר שקבוצת השוויון בתחום יחסי העבודה נקבעת לפי הקריטריונים של חוק שוויון זכויות בעבודה. לאור קריטריונים אלו, קבוצת השוויון היא כל עובדי המעביד הרלוונטי ו/או כל דורשי העבודה, לפי העניין. וכפי שנאמר שם:

"אולם כיצד מתווים את הגבולות של קבוצת השוויון לצורך עניין מסוים? יש עניינים שבהם החוק נותן תשובה ברורה..."

...

מהי אפוא קבוצת השוויון לעניין חוק השוויון? התשובה עולה בבירור מן החוק. סעיף 2(א) לחוק מטיל חובה על המעביד שלא להפלות "בין עובדיו או בין דורשי עבודה" מחמת מין, גזע, דת, גיל ועוד. הווי אומר, החובה חלה כלפי שתי קבוצות. קבוצה אחת כוללת את עובדיו של המעביד. פשוטו כמשמעו: כל העובדים. גברים כנשים, יהודים כערבים, דיילי אוויר כעובדי קרקע. הקבוצה השנייה כוללת את דורשי העבודה אצל המעביד. ושוב: כל דורשי העבודה."

בג"צ 6051/95 אפרים רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה נא (3) 289, 346 (1997).

58. הנה אם כן, ובהחלה על ענייננו, קבוצת השוויון שביחס אליה נדרש השוויון היא כלל קבוצת העובדים במשק הזכאים לביטוח פנסיוני.

59. מכאן, שעניינה המרכזי של עתירה זו מצוי בשאלה האם ישנו שוני רלוונטי בין עובדים בקבוצת הגילאים המובחנת ובין יתר ציבור העובדים במדינה אשר מצדיק את היחס השונה כלפיהם לפי צו ההרחבה? האם בין קבוצות העובדים השונות קיים שוני רלוונטי המצדיק מציאות שבה לרוב המוחלט של העובדים הנמצאים בשוק העבודה קיים ביטוח פנסיוני מכוח צו ההרחבה בעוד שלגבי קבוצת המיעוט בשוק העבודה לא קיימת חובת ביטוח זו?

60. על שאלה זו להבחן על-פי מבחן תכליתי – האם לגיל השונה ישנה רלוונטיות כלשהי לצורך קבלת או אי קבלת הזכות הסוציאלית לביטוח פנסיוני מקיף?

“על המבחן הראוי להתייחס אפוא לרלוואנטיות של הנטייה המינית להטבה המוענקת לבן-זוג. בדרישה זו עומד מבחן התכליתי. על-פי מבחן זה, לא תיעשה הבחנה בין בן-זוג הומוסקסואלי לבין בן-זוג הטרוסקסואלי, אם הקשר הזוגי בין בני הזוג מאותו מין עומד באמות מידה המגשימות את התכלית שלשמה מוענקת הזכות או ההטבה. לעומת זאת, כאשר הנטייה המינית היא רלוואנטית להגשמתה של תכלית ההטבה, למשל אם התכלית היא עידוד ילודה, לא יהיה במניעת ההטבה מבן הזוג מאותו המין משום הפליה”.

(פרשת **דנילוביץ'**, בעמ' 783-782)

61. ברור לענייננו, כי התשובה היא שלילית. וכי אין שוני רלוונטי בין עובדים “צעירים” ל”מבוגרים” ביחס לזכות המוענקת. הבחנה בין עובדים שהינם מעל לגיל הקובע לבין אלו שהינם מתחת לגיל הקובע, אינה רלוונטית לצורך הזכות לביטוח פנסיוני. כפי שהוזכר לעיל, תכלית צו ההרחבה היא לקדם מציאות שבה קיים ביטוח פנסיוני לכל עובד החל ממועד תחילת עבודתו. מכאן, החלת פנסיה חובה על כל עובד במשק, והחל מהיום הראשון לכניסתו לשוק העבודה, היא הדבר המתבקש והמגשים יותר מכל את תכלית צו ההרחבה.

62. על תכלית זו של צו ההרחבה – הסדר שנועד להחיל פנסיה חובה על כל העובדים במשק – המשיבים לא חולקים, תכלית זו הובעה במפורש בגוף הטקסט. כך גם ניתן להסיק מדברי המשיב מס' 1, בתגובה לפניית העותרת מס' 1, כי “כוונת הצדדים בקביעת גיל התחילה כאמור נועדה להעניק זכות פנסיונית לעובדים בעת תחילת עבודתם, שעל פי רוב הינה בגיל הנקוב”.

63. אלא מאי, בעצם בחירת “גיל התחילה”, כביכול ניטראלי, הופלו לרעה קבוצות מיעוט אשר נבדלות הן מקבוצת הרוב, דווקא בקריטריון זה שנבחר. כך שהן, בשונה מקבוצת הרוב, נכנסות לשוק העבודה בגיל מוקדם יותר.

64. בדיקה לעומק ל”היגיון” שמצביעים עליו המשיבים, תגלה כי “קבוצת השוויון” ששימשה עבורם “קבוצת ההשוואה” היתה דווקא זו אשר לא נמצאת בשוק העבודה. זוהי למעשה המסקנה המתבקשת. המשיבים החליטו לגרוע מ-א' הנמצא בשוק העבודה בשם ב' שלא נמצא בשוק העבודה. למותר לציין, כי הדבר סותר מפורשות את תכלית הוראות חוק שוויון בעבודה ואת ההלכה הפסוקה בעניין זה.

65. שיקול נוסף שלטענת המשיב מס' 1 שימש לקביעת גילאי הסף כפי שנקבעו, היה כי "קביעת גיל 18 כגיל תחילה הינה בעלת היבט כלכלי רלוונטי שנוגע בעיקר למעסיקים אך גם לעובדים (בכך שיגרע ממשכורתם הנמוכה ממילא סכום לא מבוטל) – מדובר באינטרס לגיטימי שיש לקחת בחשבון" (ראה סע' 6 לתגובת המשיב המצורפת **כנספח ע/8**)

66. אך גם שיקול כלכלי זה יש לדחות על הסף, כי אין בו בכדי לגבור על תכלית חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, על תכלית צו ההרחבה ועל הפגיעה החמורה בזכות לשוויון.

67. אכן, שיקולים מעין אלו אותם העלה המשיב מס' 1, שימשו תמיד כיסוי למדיניות ולהוראות מפלות. אולם, גם כאשר היה מן האמת באותם שיקולים, הם עדין נדחו ונקבע כי שמירה והגנה על זכויות אדם מוגנות, לא תיסוג מפני שיקולים כלכליים. עמד על כך, כב' השופט (בדימוס) זמיר, **בפרשת רקנט**, באומרו:

"אכן, ייתכן כי הופעה צעירה של דייל אוויר, כמו הופעה כזאת של זבן בחנות, יש בה יתרון עסקי. יש חן בנעורים, ואפשר שהחן ישרת את העסק. ... עם זאת, אין די בכך כדי לגבור על החוק האוסר הפליה מחמת גיל. ראשית, משום שזו תכליתו של החוק, להוות משקל, ככל שהחוק יכול, נגד היתרון הטבעי שיש לאנשים צעירים על פני אנשים מבוגרים. שנית, משום שהמאבק נגד ההפליה לסוגיה גובה בהכרח מחיר מן הפרט ומן הכלל. הוא עשוי לגבות מחיר גם מן המעביד כאשר הוא נדרש, גם בניגוד לשיקולים עסקיים, להעסיק אישה ולא איש, שחור ולא לבן, מבוגר ולא צעיר.

בפרשת מילר, הנ"ל, נדונה השאלה אם הצבא חייב לאפשר לחיילת לעמוד למבדקי התאמה לקורס טיס. הצבא סירב, בין היתר, בטענה כי ההשקעה האדירה הכרוכה בהכשרת טייס אינה משתלמת, לפחות לא באותה מידה, כשמדובר בהכשרת נשים, להבדיל מגברים, לטיס צבאי. אך בית-המשפט דחה את טענות הצבא. השופט שטרסברג-כהן אמרה (בעמ' 121-122) כך:

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

...
...חברה המכבדת את ערכי היסוד שלה ואת זכויות היסוד של חברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר על-מנת שערך השוויון לא יעמוד ככלי ריק מתוכן, אלא יקבל ביטוי ויישום הלכה למעשה."

בג"ץ 6051/95, **אפרים רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נא(3), 289

68. כך גם **בפרשת ניב**, שם טענה המשיבה (קופת חולים כללית) כי ההבחנה בין עובדות לבין עובדים נועדה לחסוך ממון לאור מצב החירום אליו נקלעה הקופה. כב' השופט (בדימוס) חשין, דחה טענה זו, וקבע:

על כך נשיב אנו ונאמר: שיקולי תקציב אכן שיקולים ראויים הם, אך לא להעמדתן של עובדות במצב נחות ממצבם של עובדים. אכן, נתקשינו להבין כיצד זה היה בכוחם של שיקולי תקציב - בענייננו - כדי להצדיק

הפלייתן של נשים לרעה. ראו והשוו: פרשת אליס מילר, 142, 113; בג"צ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(19, 27); בג"צ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(30, 2). אמר על כך הנשיא ברק בדנג"צ 4191/97 רקנט ואח' נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד נ(330, 5) (דנג"צ רקנט), 355:

זכויות אדם עולות כסף. הבטחת שוויון עולה כסף. לרוב הדרישה לתשלום ה"מחיר" באה כלפי השלטון... אך מקום שזכויות האדם, כמו השוויון, חלות ביחסים בין פרטים, הם אלה שצריכים לשאת במחיר הנדרש... זהו מחיר שכדאי וצריך לשלמו כדי להבטיח את היותנו חברה שומרת זכויות אדם ומכבדת שוויון. בוודאי כך כאשר הדרישה לשוויון נקבעה במפורש על ידי המחוקק.

אם אלה דברים ייאמרו על דרך הכלל, קל וחומר ייאמרו בהפלייתן של נשים לרעה ביחס לגברים.

בג"צ 6845/00 איתנה ניב ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 2002(3), 1867

הפגיעה בלתי מידתית

69. עוד ייטען, כי אף אם יקבע כי התכלית שבהוראה עסקינן אינה פסולה, עדין דינה בטלות בשל היותה בלתי מידתית. מבחן המידתיות כאן, הוא חלק ממבחן הרלבנטיות שעל המשיבים לעבור אותו, עמד על כך כב' הנשיא (בדימוס) ברק בפרשת האגודה לזכויות האזרח, וציין:

"מבחן הרלבנטיות חייב להשיב על השאלה אם נתוני התפקיד מצדיקים קביעת גיל מקסימום לדורשי העבודה? ... השאלה הינה אם קביעת גיל מקסימום לדורשי העבודה, מתחייבים "באופן סביר ממהות תפקידו של העובד ואם הם מידתיים" (דנג"צ 4191/97 הנ"ל, עמ' 348: ראו גם רבין-מרגליות, "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה - כיצד מוכיחים את קיומה?", הפרקליט מד 529 (תשנ"ח-תש"ס)). המבחן הוא, בסופו של יום, מבחן של סבירות ומידתיות. ...

במסגרת דרישות המידתיות יש להתחשב במבחן המשנה, לפיו האמצעי המינהלי שנבחר צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר (ראו בג"צ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5), 121).

בג"צ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נח(2), 358.

וכדבריו בפרשת רוזנבאום:

"הכמות עושה איכות" (בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 505). הבחנה יכול שתהיה מותרת, ובלבד שלא תחצה "מסה קריטית", שאותה אין הרשות הציבורית רשאית לעבור (ראו בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם), פסקה 28 לפסק דיני). זהו, למעשה, תפקידה של המידתיות בבחינת ההפליה. בענייננו בולט, שהמשיבים קבעו כגיל האחיד לפרישה כפויה גיל שהוא נמוך בעשר שנים תמימות מן הגיל הנהוג ביתר שירות המדינה. זהו פער משמעותי ביותר."

בג"צ 10076/02 ד"ר יורי רוזנבאום נ' נציב שירות בתי הסוהר, תק-על 2006(4), 3721

70. ס' 4א(7) להסכם הקיבוצי ולצו ההרחבה שבעקבותיו פוגע בזכות החוקתית לשוויון במידה העולה על הנדרש, וזאת בעיקר על-יסוד מבחן-המשנה השלישי הבודק את היחס בין התועלת הצומחת בהגשמת התכלית אל מול הנזק שנגרם לציבור כתוצאה מהפגיעה בזכות החוקתית המוגנת.

71. לפי מבחן זה, אם התועלת הצומחת היא רבה תיסוג מפניה הזכות הנפגעת. יפה תיאר זאת כב' הנשיא (בדימוס) א' ברק בבג"צ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, תק-על 2006(4), 3675, 3689 (2006):

"מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. הוא אינו מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים - בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה - מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה."

72. ובהחלה על ענייננו, ברור כי באיזון בין האינטרסים הכלכליים של המעבידים אל מול הפגיעה החמורה בזכות לשוויון, כפי שזו פורטה בהרחבה לעיל, כי ידה של הזכות לשוויון על העליונה. על מלאכת האיזון הנדרשת עת בודקים מבחן משנה זה, עמדה כב' השופטת ע' ארבל בבג"צ 2887/04 סלים אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2007(2), 333 (להלן: בג"צ אבו מדיגם), 361 (2007):

"בבואנו לבצע את מלאכת האיזונים הנדרשת במסגרת מבחן זה עלינו להתחשב מחד גיסא, במהותה של הזכות הנפגעת ובהיקפה של הפגיעה, ומאידך גיסא, במהותו של האינטרס הציבורי העומד על הפרק: ככל שמדובר בזכות יסודית יותר, וככל שהפגיעה בה קשה וחריפה, על השיקולים העומדים ביסוד האינטרס הציבורי המצדיק את הפגיעה בה להיות כבדי משקל ובעלי חשיבות מכרעת יותר. לעומת זאת, ככל שהאינטרס הציבורי מהותי יותר, וככל שהגשמתו טומנת בחובה תועלת ציבורית רבה יותר, כך יהיה בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכויות אדם.."

73. בבג"צ אבו מדיגם הנ"ל, עמדה שאלת חוקיות מדיניותו של המינהל בריסוס יבולים חקלאים בשדות מעובדים על-ידי אזרחים ערבים בדואים בנגב. ביהמ"ש ועל אף קביעתו כי פעולות הריסוס משרתות את "האינטרס הקנייני של המדינה במקרקעיה כמו גם האינטרס הציבורי בשמירה על שלטון החוק במדינה", קיבל את העתירה וקבע כי:

"זכויות היסוד המוטלות על כף המאזניים בעתירה הנוכחית - הזכות לבריאות, הזכות לשלמות הגוף והזכות לכבוד - נמצאות כולן בליבת ההגנה על זכויות אדם במדינת ישראל. האינטרס הקנייני של המדינה במקרקעיה, כמו גם האינטרס הציבורי בשמירה על שלטון החוק במדינה, עומדים כמובן גם הם במוקד שיטתנו המשפטית. ברם, בנסיבות העניין שלפנינו אני סבורה כי דינם של אינטרסים אלו להידחות מפני הצורך למנוע פגיעה בזכויות האמורות, מאחר ואיזון בין התועלת שעשויה לצמוח משימוש באמצעי של ריסוס מן האוויר לצורך סילוק פלישות למקרקעי המדינה, לבין הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מכך לזכויות אדם,

על רקע מכלול ערכי שיטתנו המשפטית, מוביל לטעמי למסקנה כי היחס המתקיים בין השניים אינו יחס ראוי.".

(בג"צ אבו מדיגס, בעמ' 361).

74. למותר לציין, כי במלאכת האיזון כאן יש לתת את הדעת גם למשמעות ולחשיבות הזכות לביטוח פנסיוני בהקשר לאוכלוסיה הנפגעת. כפי שפורט בפרק העובדתי לעתירה זו, קבוצות העובדים "הצעירים" המודרות מתחולת הצו שייכות לאוכלוסיות המוחלשות ביותר במדינה, העניות ביותר במדינה, עם הכיסוי הביטוחי לפנסיה הנמוך ביותר, ועם תלות גבוהה בגמלאות הבטחת ההכנסה או גמלאות אחרות. נתוני רקע אלו הם אלו שמחייבים לא רק מניעת הפלייתם של קבוצות אלו דווקא, אלא הנהגת מדיניות של העדפה מתקנת. נתונים אלו גם כן, הם שמצביעים על היקפה הרחב וחריפותה של הפגיעה עסקינן.

75. לאור הדברים הנ"ל, לאור הערכים החשובים שמגלמת הזכות לשוויון ומשמעותם המיוחדת בדיני העבודה, ולאור אופי ההפליה עסקינן – "הפליה גנרית הפוצעת אנושות בכבוד האדם" – יש לקבוע כי התועלת שתצמח, אם בכלל, מההוראה עסקינן נסוגה בהחלט אל מול הזכויות הנפגעות.

הפגיעה בזכות לשוויון נעשית שלא לפי חוק

76. עוד יטען, כי טעם נוסף לפסילת סעיף 4א(7) הוא כי הפגיעה בזכות המוגנת אינה מעוגנת בחקיקה ראשית.

77. חוק הסכמים קיבוציים, הוא החוק הרלוונטי לעניינו. הוא זה שקובע את הפרוצדורה המהות והמעמד של הסכמים קיבוציים. הוא זה שמעניק, בסעיף 25, את הסמכות לשר התמ"ת להרחיב את תחולתו על מגזרים שונים במשק:

25. הסמכות להרחיב הסכם קיבוצי

שר העבודה רשאי, ביזמתו הוא או לפי בקשת בעל הסכם קיבוצי כללי, להרחיב, בצו, היקף תחולתה של כל הוראה שבהסכם קיבוצי כללי (להלן - צו הרחבה), אם לדעתו נכון לעשות כן בשים לב למספר העובדים והמעבידים, שעליהם חל ההסכם הקיבוצי הנדון, ולמשקלו של ההסכם בהסדר יחסי העבודה ובקביעת התנאים בשוק העבודה; השר רשאי לעשות כך בין שההסכם תקף ובין שהותנה תקפו במתן צו- הרחבה.

78. ברי כי חוק זה, איננו מעניק למי מהצדדים ליצירת ההסכם הקיבוצי את הסמכות לפגוע בזכויות אדם מוגנות.

79. בכדי שיוגשמו עקרונות הדמוקרטיה, צריך כי פגיעה בזכויות אדם תיעשה אך ורק בחקיקה ראשית. מבהיר זאת כב' הנשיא א. ברק בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481, 513 (1998):

"רגישות זו לזכויות האדם מובילה למסקנה כי הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא לא מעבר למידה הדרושה – צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמאלית של הרשות המבצעת למעשה חקיקה."

80. ההסמכה הרחבה שהוקנתה לארגוני המעבידים, ארגוני העובדים ושר התמ"ת לעצב את תנאי העסקתם של כלל עובדי המשק אינה טומנת בחובה את הסמכות לפגוע בזכויות יסוד. כך עולה גם מגישתו של בית משפט זה בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ואח' נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006 (1) 2562, 2583-2584 (2006) וכדבריו של כב' המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין:

"בהקשר עניינינו עתה נפסק - והלכה זו מקובלת על הכל - כי מכוח סמכותה השיורית כהוראת סעיף 32, אין הממשלה מוסמכת לפגוע בזכויות היסוד של היחיד. זכויות אלו מהוות חלק אינטגרלי במשפט ופגיעה בהן יכול שתיעשה רק בחוק הכנסת לבדו. כל זכות מזכויות היסוד "את חוקים תתהלך" (בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד (1) 49, 96); "עוצמתה ורמתה כעוצמתו וכרמתו של חוק", ו"רק לשון מפורשת וחד-משמעית בחוק יש בכוחה להגביל או להצר ...". זכות מעין-זו (שם, שם). ועוד: "סמכותה השיורית של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות השיורית של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים 'חלל מנהלי' ... 'חלל מנהלי' כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא 'מולאי בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת" (הנשיא ברק בפרשת הוועד הציבורי, 832). אכן, **חירויות היסוד שהן חלק מן המערך הגנטי של המשפט נמצאות בכל נורמה ונורמה במשפט אף בלא שנחקקו בחוק, ופועל יוצא מכך הוא, כי הממשלה אינה מוסמכת לפגוע בהן אלא אם הוסמכה לכך במפורש בידי הכנסת...**

הלכה זו, נעיר, זכתה למישנה תוקף לאחר חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, והם חוקי-יסוד אשר היקנו לזכויות שנקבעו בהם מעמד-על, ואף הוסיפו וקבעו מפורשות כי אין פוגעים בזכויות שנקבעו בהם אלא בחוק או "מכוח הסמכה מפורשת" בחוק. הנה-כי-כן, לא-זו-בלבד שזכויות היסוד אשר נמנו בשני חוקי-היסוד האמורים הפכו להיותן "דין" חרות - וממילא חל עליהן, ובמישרין, העיקרון של "בכפוף לכל דין" הקבוע בסעיף 32 - אלא שנאמר בחוקי היסוד במפורש כי הפגיעה באותן זכויות מחייבת הסמכה מפורשת בחוק. ברי כי נוסחה הכללית של הוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) אינו מהווה הסמכה מפורשת שכזו, וממילא אין הוא מתיר לממשלה לפגוע בזכויות יסוד שחוקי-היסוד מדברים בהם.

(ההדגשות אינן במקור)

81. כך, עולה גם מרוחו של חוק הסכמים קיבוציים עצמו, הקובע:

21. שמירת זכויות

זכויות עובד הקבועות בחוק יכול הסכם קיבוצי להוסיף עליהן אך לא לגרוע מהן.

82. כאמור, זכותם לשוויון של קבוצות הגילאים הנפגעות מן ההסכם, מעוגנת בסעיף 2(א) לחוק שוויון בעבודה ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מכאן, שחוק הסכמים קיבוציים לא רק

שאיננו מסמיך את המעורבים ביצירת ההסכם הקיבוצי לפגוע בזכות לשוויון, אלא שהוא אף שולל במפורש סמכות זו.

הסעד המבוקש

83. הסכם קיבוצי הוא בעל מאפיינים מיוחדים המעניקים לו מאפיינים נורמטיביים של חוק. מאפיינים אלו מאפשרים לבית המשפט לנהוג בפרשנותו של הסכם קיבוצי כפי שהוא נוהג בבואו לפרש חוק:

"החלק הנורמטיבי של הסכם קיבוצי יש לפרש בדרך שמפרשים חוק... בעוד שבפירוש חוזה רגיל יש ליחס משקל לכוונה הסובייקטיבית של הצדדים.

אין לייחס כל משקל לכוונה זאת עת באים לפרש הסכם קיבוצי. את ההסכם הקיבוצי יש לפרש לפי מבחן אובייקטיבי, באשר רבים ולעיתים רבים מאד, שכלל לא השתתפו במו"מ ובנסיבות ההסכם, צריכים לחיות לפיו יום יום כפי שציבור חי עם חוקיו. לכן יש לעמוד על משמעות ההסכם מלשון ההסכם עצמו ואין להזדקק לעדויות בעל פה של אלה שהשתתפו במשא ומתן, אף בנסיבות בהן היו מזדקקים לעדות כזאת עת באים לפרש חוזה".

דב"ע לא/4-1 בנק אוצר החייל בע"מ-מרכז הסתדרות הפקידים ומועצת פועלי באר שבע, פד"ע ב 260, (1971)

84. הדברים הנ"ל מקבלים משנה תוקף, במקרה עסקינן, שכן ההסכם הקיבוצי בא לעולם במטרה לחול על כל המשק, וכן גם צו הרחבה אשר החיל אותו כאמור. שני מסמכים אלו, הם בעלי מאפיינים נורמטיביים של חוק, חזקים במיוחד.

85. בעת שמתערב בית המשפט בתוכנו של הסכם קיבוצי שקול הדבר מחד להתערבות בפעולה מנהלית (מכיוון שמעמדו הנורמטיבי של ההסכם הוא כשל חקיקת משנה), ומאידך להתערבות בחוזה שעליו חלים נורמות מדיני החוזים שהחשובה שבהם היא חופש החוזים.

עמד על כך כב' השופט בך בפרשת נבו:

"ההסכם העבודה הקיבוצי וכמוהו הסדר העבודה הקיבוצי הינם פרי של משא מתן בין נציגות העובדים לבין המעבידים. כחוזה, הוא משקף את רצון הצדדים, ועל-כן, מכוח עקרון חופש ההתקשרות בחוזים, על בית המשפט להימנע ככל האפשר מלהתערב בתוכנו. בהסכם ובהסדר הקיבוצי ישנה מורכבות רבה, והתנאים השונים מהווים חלק ממכלול, בו כל פרט הינו חלק ממערכת איזונים ופשרות, אשר אליה הגיעו הצדדים בדיוניהם. יתר-על-כן, מאחר שהסכמים מעין אלו נוגעים לציבור רחב, יש להתחשב בכך שגורמים רבים מסתמכים על תוכנם..."

(פרשת נבו, בעמ' 768).

86. משכך, בבואו להתערב בתוכן הסכם שכזה, על בית המשפט לקחת בחשבון את חופש החוזים של הצדדים, ומאידך, על בית המשפט לתת את הדעת גם לנורמות היסוד של המשפט, ובכך

לוודא שההסכם שנכרת בין הצדדים כפוף לנורמות אלו ומיישם אותן. כך, נפסלה ההוראה המפלה **בפרשת נבו** :

"...סבור אני, כי מקרה זה עולה בגדר המקרים המעטים בהם בית המשפט יתערב בתוכנו של הסכם עבודה, חרף העקרונות הנ"ל.

בדב"ע לג/25 - 3 [17] קבע בית הדין הארצי, כי לבתי המשפט סמכות להתערב בתוכנו של הסכם קיבוצי, מכוח סעיף 64 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמני, מטעמי "תיקון עולם". לענייננו, הסעיף הרלוואנטי הינו סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 (להלן - חוק החוזים), לפיו: "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו... סותרים את תקנת הציבור - בטל". סעיף 31 לחוק החוזים מחיל על סעיף 30 את סעיף 19 לחוק החוזים, לפיו "ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד...".

ראויים לציטוט הדברים הבאים בדב"ע לג/25 - 3 [17], הנ"ל, בעמ' 378 :

"...אם בחוזה רגיל יפסול בית-משפט הוראה שיש בה 'אפליה' הנוגדת 'תיקון עולם' - בהסכם קיבוצי מקל-וחומר כן. כשם שבתחום המשפט המנהלי לא היסס בית-המשפט העליון לפסול 'אפליה', כן אין מקום להיסוס עת מדובר בהסכם קיבוצי. בחלק האובליגטורי אין הרי הסכם קיבוצי אלא חוזה בין הצדדים; בחלק הנורמטיבי - קרוב הוא יותר לדבר חקיקה, להטלת נורמות על הפר על-ידי גורם חיצוני, גורם המייצג אינטרס של הפרט אך לא את הפרט כפרט. אם בחוזה רגיל היתה נפסלת משום 'תיקון העולם', הוראה שהפרט הסכים לה במפורש, על אחת כמה וכמה ראוי לפסול הוראה כזאת מאותו טעם, עת המדובר הוא בהוראה החלה על הפרט בשל היותו אחד מציבור...".

(פרשת נבו, בעמ' 768).

87. על מלאכת האיזונים שיש לערוך, הרחיב גם כ' הנשיא (בדימוס) א. ברק בדיון נוסף **רקנאט** :

"באמצעותה של "תקנת הציבור" מבטיחה שיטת המשפט זרימה בלתי פוסקת של ערכי היסוד לתוך המשפט הפרטי. בכך מובטחת הרמוניה כללית בשיטת המשפט. בעזרתה של "תקנת הציבור" מבטיחה שיטת המשפט התנהגות ראויה ביחסים הבין-אישיים (ראו: פרשת קסטנבאום [17], בעמ' 531 וכן ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני (להלן - פרשת פלמונית [18])). התנהגות ראויה זו משתנה עם שינוי הזמנים. אך, "תקנת הציבור" משקפת תפיסות יסוד חברתיות, ואלה משתנות עם השינויים העוברים על החברה ועל שיטת המשפט. אחד הערכים החשובים של שיטת המשפט המוזרם אל המשפט הפרטי באמצעות תקנת הציבור הוא עקרון השוויון. דבר זה הוכר בעבר (ראו פרשת נבו [10]) ואינו שנוי במחלוקת בפנינו.

(דיון נוסף **רקנאט**, בעמ' 363)

ובהמשך :

" גם אין לומר שתקנת הציבור היא שחוזים יקוימו. יש לומר, כי אחד הערכים החשובים שיש להתחשב בהם בגיבוש תקנת הציבור הוא הערך בדבר חופש החוזים והערך בדבר קיום חוזים הנגזר ממנו. בצד ערכים אלה יש להעמיד שיקולים נוגדים המבקשים לקבוע גבולות לחופש החוזים ולקיום החוזה, כגון עקרון השוויון. תקנת הציבור היא התוצאה המשוקללת המתבקשת מהאיזונים הפנימיים בין הערכים והעקרונות הבאים בחשבון (ראו: פרשת סער [19], בעמ' 862 וכן ד' פרידמן "חוזים

אחידיים, תום לב ותקנת הציבור" [43], בעמ' 434). אכן, חופש החוזים וקיום החוזה אינם ערכים מוחלטים. הם ערכים יחסיים. יש לאזן בינם לבין ערכים אחרים של שיטת המשפט. תקנת הציבור היא אמת-המידה הקובעת את יחסיות הערכים ואת גבולות החוזים".

(דיון נוסף **רקנאט**, בעמ' 364)

88. שיקול נוסף בו על בית המשפט להתחשב בבואו להתערב בתוכנו של הסכם קיבוצי, הוא החלשות האוטונומיה של הרצון הפרטי כאשר מדובר בהסכם המוחל על צדדים המורכבים מפרטים רבים, אשר להם וודאי לא הייתה כל השפעה על עיצוב התוכן של ההסכם הקונקרטי. לעניין זה ראו את דבריו של כב' הנשיא (בדימוס) ברק בדיון נוסף **רקנאט** :

"...השיקול של אוטונומיה של הרצון הפרטי - וחופש החוזים הנגזר ממנו - חזק בחוזה היחיד. שיקול זה נחלש בהסכם קיבוצי, שבו אין נדרשת כלל הסכמתו של העובד, וההוראות האישיות שבו מחייבות את העובד אף שהוא אינו צד להסכם (ראו סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957). מבחינה זו דומה ההסכם הקיבוצי לחוק יותר מאשר לחוזה. עמד על כך בית-הדין הארצי לעבודה באחת הפרשות, בצינו :

"...אם בחוזה רגיל יפסול בית-משפט הוראה שיש בו 'אפליה' הנוגדת 'תיקון עולם' - בהסכם קיבוצי מקל-וחומר כן. כשם שבתחום המשפט המנהלי לא היסס בית-המשפט העליון לפסול 'אפליה', כן אין מקום להיסוס עת מדובר בהסכם קיבוצי. בחלק האובליגטורי אין הרי הסכם קיבוצי אלא חוזה בין הצדדים; בחלק הנורמטיבי - קרוב הוא יותר לדבר חקיקה, להטלת נורמות על הפרט על-ידי גורם חיצוני, גורם המייצג אינטרס של הפרט אך לא את הפרט כפרט" (פרשת חזין [24], בעמ' 378. הדברים צוטטו בהסכמה בפרשת נבו [10], בעמ' 768).

על אותה גישה עצמה עמדה פרופ' נ' כהן, בצינה :

"...בחלק הנורמטיבי שלו קרוב הסכם קיבוצי לדבר חקיקה. הוראה בהסכם קיבוצי חלה על הפרט בשל היותו חלק מציבור מסוים, וברור שהסכם כזה צריך, יותר מהסכם פרטי, לשקף את ערכיו של הציבור כולו או ערכיה של החברה" (נ' כהן "השוויון מול חופש החוזים" [44], בעמ' 137).

(דיון נוסף **רקנאט**, בעמ' 365)

89. מעבר לכך, יש להתחשב גם בחובת האמון של הצדדים להסכם כלפי האוכלוסייה המגוונת עליה הוא חל. חובת אמון זו מגלמת גם את חובת הצדדים לנהוג בשוויון כלפי כלל הציבור שעליו יוחל הסכם זה :

"...הסכם קיבוצי נחתם בידי נציג העובדים, שהוא בבחינת שלוח או נאמן, המייצג ציבור עובדים מגוון. עליו לייצג ציבור זה, על כל גווניו, נאמנה. ייצוג מפלה חוטא לחובת האמון של מי שחותם על החוזה כלפי קבוצת העובדים המופלית, במיוחד כך כשהצד השני יודע מהו מעמדו של החותם ומהן חובותיו כלפי הציבור שהוא מייצג. "

נילי כהן, "השוויון מול חופש החוזים", עמוד 137

90. לאור האמור, אין כל ספק באשר לסמכות בית המשפט להתערב בהסכם קיבוצי כאשר ישנה פגיעה חריפה בזכות לשוויון. מכוח קל וחומר, כאשר מדובר בהסכם קיבוצי שהורחב בצו על

כלל ציבור העובדים בישראל. מה גם, שתוקפו של ההסכם הקיבוצי הותנה במתן צו ההרחבה, כך שמלכתחילה נכרת הסכם זה בין הצדדים מתוך הבנה שהשפעתו הנורמטיבית תחול על כלל ציבור העובדים בישראל.

91. מכל האמור לעיל, עולה כי סמכותו של בג"צ להתערב בהסכם קיבוצי ובצו הרחבה, מתבטאת בסמכות לבטל את הסעיף המפלה מכוח סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) - תש"ל 1973, הקובע:

30. חוזה פסול

חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל.

92. בעניינינו, הפגיעה מתבטאת כסעיף בחוזה הנוגד מפורשות את חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

93. בנוסף, מתבטאת הפגיעה כסעיף הנוגד את תקנת הציבור. בית משפט נכבד זה אפיין זה מכבר את הפגיעה בשוויון כפגיעה בתקנת הציבור כאשר הפגיעה בשוויון נעשית על בסיס קריטריונים פסולים כגון דת, לאום, מין וכו'. עמד על-כך כב' השופט חשין בבג"צ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים**, פ"ד נח (2) 358, 374-373 (2004):

"משאפיינו את מושגי השוויון ואיסור ההפליה כמושגים "שחברה מתוקנת לא תוכל היות בלעדיהם", אין פלא בדבר ששיפנו אותם בסמוך למושגי-על אחרים הנמנים על תקנת הציבור (שם, בעמ' 320 ואילך). ואולם זאת נזכור ונשמור: מושגי השוויון ואיסור ההפליה משלהם אין להם ולא כלום. ואולם בְּהִתְרַבֵּם עם ערכי-יסוד - ובהם מין, מעמד אישי, גזע, דת, צבע עור, לאום, השקפת עולם ועוד - עשויים הם לעורר לחיים - שמא נאמר: ליצור - נורמות-משפט אופרטיביות הנגזרות מערכי הצדק וההגינות - והכול כמובן בהקשר קונקרטי נתון. הוא שאמרנו בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית [9], בעמ' 182:

המוסר וציווייו נדמים הם לאגם מים טהורים, והמשפט וציווייו נדמים הם לחבצלות מים (נימפיות) הטובלות במים, הפרוסות על פני המים והשואבות מן המים חיים ועוצמה. המוסר מזין את המשפט בשורשיו והוא אף על סביבותיו של המשפט... כך "ידענו" ששאלת "הרצחת וגם ירשת?" היא שאלה "ראויה"; "...כך גם "ידענו", כי השאלה אם שאלה פלונית היא שאלה "ראויה", ואם יש לה "תשובה בדבר חקיקה", שאלה זו עצמה - ניתן לכנותה: שאלת השאלות - מזינה עצמה בעיקרי מוסר המפעמים בנו, עיקרי מוסר הנמשכים מתוך עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

94. לגבי סמכות בג"צ להורות על מחיקת סעיף מפלה, ראו דבריו של כב' המשנה לנשיא (כתוארו דאז) א. ברק בפרשת **דנילוביץ'**:

"לרוב אין מקום לפסול את החוזה כולו, וניתן להסתפק בפסילת החלק הבלתי חוקי, תוך הפרדתו (SEVERANCE) מהחלק החוקי (ראה סעיפים 14 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-ג 1973). כך, למשל, בפרשת נבו [7] קבע המשטר החוזי כי "גיל הפרישה לפנסיה הוא 65 שנה לגבר ו-60 שנה לאשה" (שם, בעמ' 753). בית המשפט העליון החליט כי בכך יש משום הפליה כלפי נשים. נפסק כי הסעד הראוי - שאותו ביקשה העותרת באותה פרשה - הוא במחיקת החלק הפסול. התוצאה היא, שנשאר על כנו אותו חלק מהסכם העבודה שקבע כי "גיל הפרישה לפנסיה הוא 65 שנה". בית המשפט נקט אפוא טכניקה של הפרדה...."

95. דרך אחרת, אשר אומצה **בפרשת דנילוביץ'**, היתה כי במקום שביהמ"ש יתערב בטקסט ויכריז על בטלות הסעיף, ניתן יהיה דרך ציווי נורמטיבי שמקורו בעקרון השוויון המעוגן בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, להרחיב את תחולת ההסכם גם על הקבוצות המופלות לרעה על-פי אותו הסכם ו/או הוראה:

"תרופות אלה - אשר פותחו במישור החוקתי - ראיות הן לתחולה בתחום ההסכם הקיבוצי וההסדר הקיבוצי. אלה קובעים משטר חוזי, הכפוף לעיקרון נורמטיבי עליון בדבר שוויון. עיקרון זה יונק עליונותו (באשר להסכמים ולהסדרים הקיבוציים) מתוך חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. עיקרון זה של שוויון חל - מכוח הוראותיו המפורשות של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה - גם במשפט הפרטי. אין הוא אך עיקרון של משפט ציבורי. הוא מחייב כל מעביד שלא להפלות בין עובדיו, בתחומי המשפט הפרטי. אכן, בכל הנוגע לאיסור ההפליה בגין נטייה מינית - כמו גם סוגי ההפליה האחרים - קיים ציווי מטעם החוק המחייב את המעביד. מכוח ציווי נורמטיבי זה - שהוא בעל מעמד עליון ביחס להסכם ולהסדר הקיבוצי - מוטלת החובה על המעביד שלא להפלות בין עובדיו בכל הנוגע לתנאי העבודה. כאשר הסדר חוזי שנערך על-ידיו כולל בחובו הפליה אסורה, החוזה נגוע באי-חוקיות. ניתן לבטלו מכוח ההוראות בדבר החוזה הפסול. כדי למנוע ביטול זה ניתן - כתרופה חלופית - לדרוש מהמעביד כי יימנע מההפליה האסורה. הימנעות זו תשתכלל, כאשר המעביד יחויב להעניק את טובת ההנאה לעובד שהופלה לרעה. בכך אין משנים את ההסכם שבין הצדדים. בכך אין קוראים לתוך החוזה מה שאין בו. בכך אך שוללים את ההפליה, ומבצעים את הצו הנורמטיבי שלא להפלות. אכן, הנתון הבסיסי הוא ההסדר החוזי המפלה תוכנו של זה נקבע על-ידי הצדדים לחוזה, והם שולטים עליו ויכולים לשנותו. כל עוד ההסדר החוזי המפלה עומד בעינו, קיים לצדו הציווי הנורמטיבי העליון - שמקורו בחוק הקוגנטי - אשר מחייב את המעביד לשוויון. אכן, כשם שמכוח העליונות הנורמטיבית של החוקה (או חוק היסוד המשוריין) ניתן להרחיב את היקף התחולה של הוראת חוק, כן ניתן להרחיב, מכוחו הנורמטיבי של החוק, את היקף התחולה של הוראות בהסכם קיבוצי או בהסדר קיבוצי. מכוח עליונות נורמטיבית זו חייב המשטר החוזי להתאים עצמו לעקרון השוויון (ובענייננו, איסור הפליה בתנאי עבודה בשל נטייה מינית). התאמה זו אינה מצדיקה ביטול ההסדר החוזי הקיים. התאמה זו תוגשם על-ידי מתן טובת הנאה - אשר מקורה לא בהסדר החוזי אלא בעקרון השוויון המרחיב את ההסדר החוזי למצבים שווים - לסוג המופלה לרעה. הרחבה זו תואמת את התבנית החוזית. היא מוסיפה קבוצה קטנה של נהנים ואינה מטילה, על-כן, מעמסה תקציבית של ממש. נעשה צדק, ונראה שנעשה צדק".

סוף דבר

96. פסק הדין דנילוביץ' ניתן בשנת 1994, לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אך עוד בטרם נפסקה ההלכה לפיה הזכות לשוויון מעוגנת בחוק יסוד זה ונגזרת ממנו. אם באותה פרשה ראה בית-משפט נכבד זה לנכון להתערב ולתקן הוראות הסכם קיבוצי מפלה, לאור עקרון השוויון שהיה מעוגן אז מפורשות רק בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, על אחת

כמה וכמה כיום, משנקבע מפורשות שהחובה לנהוג בשוויון הינה (גם) חובה חוקתית.

97. לפני חתימה, נבקש מבית-משפט נכבד זה לשוות לנגד עיניו את כל אותם עובדים צעירים בשמם מוגשת עתירה זו: את הנשים החרדיות היוצאות לעבוד ולפרנס את משפחתן. את הצעירים בכסאות גלגלים, וצעירים אחרים עם מוגבלויות ומחלות, פיזיות או נפשיות, שבמקום לבחור בפתרון הקל של השענות על קצבאות בלבד, נאבקים על זכותם גם לפרנס עצמם בעצמם. את הצעירים הערבים, שרבים מהם מגיעים ממשפחות שמצבן הסוציו-אקונומי קשה, ומבקשים בעבודה קשה להבטיח לעצמם עתיד שונה מזה של הוריהם. החובות החוקתיות עליהן דיברנו בעתירה זו הן הזכויות החוקתיות של כל אחד ואחד מאלה. בשמם ועבורם, מתבקש בית-המשפט הנכבד להורות כמבוקש בכותרת עתירה זו .

על יסוד כל האמור לעיל, מתבקש בית משפט נכבד זה ליתן צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשותו למוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות עתירה זו ובשכ"ט עו"ד.

גדיר ניקולא, עו"ד

ב"כ העותרים

*עתירה זו הוכנה בסיוע הסטודנטיות הילה אזולאי וקארן מיכלסון, מהתכנית לזכויות אדם, התכנית לחינוך משפטי קליני, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.