

אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ

נגד

1. יונתן דנילוביץ

2. בית הדין הארצי לעבודה

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[30.11.94]

לפני המשנה לנשיא א' ברק, והשופטים י' קדמי, ד' דורנר

חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38, סעיפים 2, (א), 2 (ג) - חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון), תשנ"ב-1992, ס"ח 37 - חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248, סעיף 1 - חוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959, ס"ח 32, סעיף 42 - חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964, ס"ח 166 - חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, ס"ח 132, סעיף 18 א - חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, סעיפים 7, 8 - חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118, סעיפים 14, 31 - חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987, ס"ח 48 - חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, סעיף 351(3) - פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1, (ע) 263, (א) 285, סעיף 152(2) - הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 14), תשמ"ם-1980, ה"ח 388 - חוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988, ס"ח 62 - חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968, ס"ח 108, סעיף 8.

מיני-רציו:

* חוזים – אי-חוקיות – תקנת הציבור

* חוזים – פירוש – כללי פרשנות

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – שוויון בפני החוק

* עבודה – הסכם קיבוצי – פירוש

המשיב 1, המועסק כדייל אצל העותרת, מקיים מערכת חיים יציבה ומתמשכת עם גבר אחר, ובמסגרתה מקיימים השניים משק בית משותף ומגורים משותפים בדירה שנרכשה במאמץ משותף. על-פי הסכם קיבוצי הנהוג אצל העותרת, מעניקה העותרת לכל עובד קבוע, אחת לשנה, כרטיס טיסה ללא תשלום, בעבורו ובעבור "בן/בת זוגו (בעל/אשה)". על-פי הסדר קיבוצי שהוחל על העותרת ועובדיה, ניתנו כרטיסי טיסה גם "לידוע/ה בציבור כבעל/אשה של עובד/ת החברה אם בני הזוג חיים ביחד במשק בית משותף כבעל ואשה לכל דבר ועניין ואין באפשרותם להינשא לפי החוק". המשיב 1 פנה לעותרת בבקשה להכיר בשותפו לחיים כ"בן זוגו" לעניין קבלת כרטיס טיסה שנתי, ובקשתו נדחתה. בית הדין האזורי לעבודה פסק, כי הוראת ההסכם הקיבוצי אינה מעניקה טובת הנאה כאמור לשותפו לחיים של עובד, אך הוראה זו היא הוראה מפלה. הפליה זו אסורה מכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, הקובע בסעיף 2, כפי שתוקן בשנת 1992, כי לא יפלה מעביד בין עובדיו לעניין תנאי העבודה, בין היתר, מחמת נטייתם המינית. מכוח הוראה זו נפסלה הוראת ההסכם הקיבוצי. המשיב 2, שלפניו ערערה העותרת על פסק הדין, קבע,

כי הפליה פסולה על בסיס נטייה מינית מפרה את עקרון השוויון הקבוע בחוק הנ"ל. על-כן, זכאי המשיב לדרוש לעצמו את טובת ההנאה שמטעמים מפלים לא הוענקה לו. מכאן העתירה.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

א. (1) השוויון הוא ערך יסוד במשפט הארץ. הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי וממהותה ומאופייה של המדינה. ביסוד עקרון השוויון עומדים שיקולים של צדק והגינות, והוא מרכיב מרכזי בהסכמה החברתית שעליה מושתתת החברה (759 ב-ה).

(2) עקרון השוויון מעוגן במספר מערכות נורמטיביות. ראשית, הוא עיקרון הלכתי פרי "המשפט המקובל נוסח ישראל". עיקרון זה מוקרן אל תוך תכליתו האובייקטיבית של כל דבר חקיקה ומהווה אמת מידה לפרשנותו. שנית, הוא מעוגן בדין הישראלי החקוק. תחילתו בהכרזת העצמאות, הקובעת כי מדינת ישראל תקיים שוויון בין אזרחיה בלי הבדלי דת, גזע ומין; המשכו בדברי חקיקה המגבשים שוויון זה במערכות יחסים מיוחדות, ולשיאו הוא הגיע עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר עיגן את השוויון כזכות חוקתית על-חוקית בגדריו של כבוד האדם (759 ו-760 ד).

(3) השוויון אינו מעניק זכות מוחלטת. זכותו של אדם לשוויון - ככל זכות אחרת - היא זכות יחסית. ניתן לפגוע בה מכוחם של ערכי ראויים אחרים; פגיעה כדין בשוויון עשויה להתקיים אם זו תואמת את ערכיה של המדינה, אם היא לתכלית ראויה ואם פגיעתה בשוויון אינה מעבר למידה הדרושה (760 ה-1).

ב. (1) נקודת המוצא העובדתית הינה, כי בני האדם שונים הם זה מזה. ביסוד כבוד האדם מונחת ההנחה, שכל אדם ואדם הוא חופשי לפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו (760 ז-761 א).

(2) על רקע חופש זה בא עקרון השוויון. משמעותו הינה שוויון בפני החוק וניטרליות של החוק ביחס לשונות שבין בני האדם. שוויון זה מניח הסדר נורמטיבי המופעל בצורה אחידה על כל הפרטים, חרף השוני העובדתי שביניהם (761 א).

(3) עקרון השוויון אינו מניח אך דין אחיד לכול, ואינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. מכאן שהפליה - שהינה ניגודו של השוויון - קיימת באותם מצבים שבהם דין שונה לאנשים שונים זה מזה מבוסס על טעמים שאין בהם כדי להצדיק בחברה חופשית ודמוקרטית הבחנה ביניהם (761 א-ב).

(4) דין נתון יוצר הפליה כאשר שני בני אדם, השונים זה מזה, מטופלים על-ידי הדין באופן שונה, מבלי שהשוני העובדתי שביניהם יש בו כדי להצדיק טיפול שונה בנסיבות הענין. ביסוד ההפליה מונחים אפוא גורם השרירות, חוסר הצדק וחוסר הסבירות (761 ו-ז).

ג. (1) הרעיון המונח ביסוד הענקתה של טובת ההנאה לעובד בעבור בן-זוג או ידוע בציבור, הוא החיים המשותפים לתקופה מסוימת הקבועה בהסדר הקיבוצי, המעידה על קיומו של תא חברתי הדוק שביסודו חיי שיתוף. על רקע זה, שלילתה של טובת הנאה מבן-זוג מאותו מין מהווה הפליה ופגיעה בשוויון (762 ג-ד).

(2) בנסיבות דנן, הטעם היחיד לשלילת טובת ההנאה מחבר לחיי שיתוף מאותו מין הוא בנטייה המינית. שוני זה אינו רלוואנטי לעניין הנדון. מכאן, שמדובר בהבחנה שהיא שרירותית ובלתי הוגנת (762 ג-ד).

(3) הפגיעה בשוויון בשל ההפליה הפסולה כלפי ההומוסקסואל וכלפי הלסבית עולה במפורש מהוראותיו של סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, הקובעות כי הנטייה המינית השונה שיש לבני אדם, אסור לה שתהא רלוואנטית בעבודה, אלא אם כן מתחייבת היא ממהות התפקיד (763 ב-ז).

(4) על המעביד מוטלת החובה לקבוע את תנאי העבודה אך לאור אמות מידה המתבקשות ממהות התפקיד. על-כן, אם ניתנת טובת הנאה לעובד המקיים קשר חיים מתמשך וקבוע עם אישה, יש להעניק אותה טובת הנאה לעובד המקיים קשר חיים מתמשך וקבוע עם גבר אחר. בכך יגשים המעביד את עקרון השוויון, וימנע הפליה בתנאי העבודה בשל נטייה מינית (763 ז-764 א).

ד. (1) משטר חוזי מפלה עשוי לבסס טענה, כי ההוראה בחוזה פוגעת בתקנת הציבור, ועל-כן פסולה היא. פסלות זו עשויה להביא לידי כך שהחווה כולו פסול הוא (764 ז).

(2) לרוב אין לפסול את החוזה כולו, וניתן להסתפק בפסילת החלק הבלתי חוקי, תוך הפרדתו מהחלק החוקי. טכניקה זו אינה אפשרית בנסיבות דנן, שכן הטקסט החוזי בענייננו אינו מאפשר ניתוח בגוף הטקסט המפריד בין החלק הבריא לבין החלק החולה (764 ז-765 ב).

ה. (1) בנסיבות דנן, התרופה הראויה היא זו של הענקת טובת הנאה גם לאלה החיים חיים משותפים והם בני אותו מין. תרופה זו, הידועה בספרות ההשוואתית, פותחה בעיקר לעניין חוקים המפרים את עקרון השוויון הקבוע בחוקה, ונועדה לקדם את התכלית המונחת ביסוד ההסדר החוקתי ולמנוע את הצורך לבטל דברי חקיקה (765 ד, 767 א).

(2) התרופות, אשר פותחו במישור החוקתי, ראויות הן לתחולה בתחום ההסדר הקיבוצי וההסכם הקיבוצי. אלה קובעים משטר חוזי, הכפוף לעיקרון נורמאטיבי עליון בדבר שוויון (767 ב).

(3) אשר להסכמים ולהסדרים קיבוציים, יונק עקרון השוויון את עליונותו מתו חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. עיקרון זה של שוויון חל - מכוח ההוראות של החוק הנ"ל - גם במשפט הפרטי: הוא מחייב כל מעביד שלא להפלות בין עובדיו בתחומי המשפט הפרטי (767 ב-ג).

(4) כאשר הסדר חוזי שנעשה על-ידי המעביד כולל בחובו הפליה אסורה, הוא נגוע באי-חוקיות וניתן לבטלו מכוח ההוראות בדבר החוזה הפסול. כדי למנוע ביטול זה, ניתן - כתרופה חלופית - לדרוש מהמעביד כי יימנע מהפליה אסורה. הימנעות זו תשתכלל כאשר המעביד יחויב להעניק את טובת הנאה לעובד שהופלה לרעה (767 ד-ה).

(5) 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. (767 ו-ז). (אליבא דשופט ד' דורנר): (1) זכותו של המשיב אינה נובעת אך מחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, אלא נובעת היא מעקרון השוויון בכללותו, שנקלט זה כבר בתחום יחסי העבודה. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, בנוסחו המקורי, שיקף את עקרון השוויון בין המינים, אך לא ייסד אותו. בדומה, אף החוק המתקנו לא שינה את הדין הקיים בדבר שוויון זכויות ההומוסקסואליים, אלא אך נתן לו ביטוי (778 ו-ז, 779 א).

(2) עקרון השוויון אינו פעל בחלל חברתי ריק. השאלה, אם במקרה זה או אחר נוהגת

הפליה בין שווים, או שמא מדובר ביחס שונה כלפי שונים, מוכרעת על סמך התפיסות החברתיות המקובלות (779 ב-ג).

(3) בעבר היו יחסי קרבה בין בני אותו מין - יחסים הנחשבים בכל הדתות המונותאיסטיות לחטא - עבירה פלילית, וגם מחוץ למשפט הפלילי ניתנה לגיטימציה להבחנה מחמת נטייה מינית. המגמה כיום - שראשיתה בשנות השבעים - היא התייחסות ליבראלית כלפי נטיותיו המיניות של האדם, הנתפסות כעניינו הפרטי. שינויים אלה בתפיסה החברתית באו לביטוי במשפט בעולם המערבי, ובני-זוג הומוסקסואליים זכו לשוויון, הכול בהתאם לנורמות החברתיות שבכל מדינה ומדינה (779 ה).

(4) ההכרה בזכויות בן-זוג מאתו מין נעשים לעתים על יסוד מבחן התכלית (מבחן פונקציונאלי). על-פי מבחן זה ההכרה בזוג הומוסקסואלי תלויה בתכלית החוק המעניק זכויות ל"משפחה או לבן הזוג". בן הזוג הומוסקסואל ייחנה מן הזכויות שמקנה החוק, אם הדבר מתיישב עם תכליתו (781 א-ב).

(5) הרלוואנטיות של הנטייה המינית היא דרישה שמבחן התכלית עומד בה. על-פי מבחן זה, לא תיעשה הבחנה בין בן-זוג הומוסקסואלי לבין בן-זוג הטרוסקסואלי, אם הקשר הזוגי בין בני הזוג מאתו מין עומד באמות מידה המגשימות את התכלית שלשמה מוענקות הזכות או ההטבה (782 ז-783 א).

(6) בנסיבות דנן, כרטיס הטיסה לא נועד לבן הזוג הנשוי לעובד, וממילא תכלית ההטבה לא הייתה לעודד חיים במסגרת משפחה מסורתית. ההטבה ניתנת לעובד בעבור בן הזוג שעמו הוא חולק את חייו למעשה; מינו של בן הזוג אינו רלוואנטי אפוא לתכלית מתן ההטבה. במניעת ההטבה יש משום הפליה של העובד עצמו, שכן מניעת ההטבות מבן הזוג שעמו חי הומוסקסואל כמוה כהקטנת שכרו של העובד (783 ו-784 ג).

ז. (דעת מיעוט - השופט י' קדמי): (1) המושגים "בן-זוג" ו-"בת-זוג" קשורים בלשון בני אדם קשר בל ינתק במושג "משפחה", ואין "משפחה" אלא אם כן "בן-זוג" ו-"בת-זוג" - משני המינים - מרכיבים את תשתיתה; אמצעי תקשורת בין בני האדם הוא הלשון, ותנאי מוקדם להבנה בין בני שיח נעוץ ביציבות משמעותם הלשונית של המילים, הביטויים והמושגים המרכיבים את הלשון (768 ד-ה, 772 ב).

(2) החוק מדבר אל בני האדם בלשון בני האדם. בבסיס פרשנות הוראותיו עומדת, בראש ובראשונה, המילה. המושגים "זוג" ו"בני-זוג" והקשר הלשוני בינם לבין "משפחה" הינם מושגים לשוניים, שמשמעותם - ככל שמדובר במישור החברתי - היא חבירה של שני פרטים הנמנים עם שני המינים לחיים משותפים בתא משפחתי, כשהשיתוף מתאפיין, בין היתר, בחיי אישות המיועדים, מושגית, להבטחת המשכיות החיים. כך לעניין פרשנותו של חוק, וכך גם לעניין פרשנותו של מסמך משפטי (772 ב-ד).

(3) אחד מכללי היסוד של פרשנות החוקים הוא, שהחוק מתפרש כך שיגשים את תכליתו החקיקתית; ובשינויים המתחייבים - מסמך משפטי מתפרש באופן שיגשים את כוונת הצדדים לו. במקום שהלשון ברורה, אין לסטות מן המשמעות הלשונית המוסמכת שעל פיה מכוונים הבריות את חייהם ויש ליתן למושגים שנוקטים החוק או ההסכם משמעות שונה מזו שיש להם בעולמה של השפה (772 ה-ו).

ח. (דעת מיעוט - השופט י' קדמי): (1) אין די בחיי שיתוף ואחווה כדי להפוך זוג חד-מיני ל"זוג"

במשמעות שיש למושג בלשון בני אדם, וזאת משום שנעדר הימנו יסוד חיוני "לזוגיות", והוא - שבני הזוג נמנים עם בני מינים שונים. אי היכולת הפורמאלית להינשא אינה מעמידה את הזוג החד-מיני בשורה אחת עם הזוג הדו-מיני "הידוע בציבור", שאינו נשוי. האחרון הוא "זוג" במשמעות הלשונית שיש למושג זה, ואילו הראשון אינו כזה (773 ד-ה).

(2) יסוד חיוני - שהוא בבחינת תנאי-שבלעדיו-אין - להפיכת שני פרטים המקיימים חיי שיתוף ואחוה ל"זוג" במשמעותו בלשון העברית, נעוץ ביכולתם לקיים "פריה ורבייה". הזוג הנשוי והזוג ה"ידוע בציבור" ממלאים אחר תנאי בסיסי זה, ועל-כן "שווים" הם ככל שמדובר בבדיקתה של טענת ההפליה, בעוד שהזוג החד-מיני, שאינו ממלא אחר תנאי בסיסי זה, שונה מהם (773 ו-ז).

(3) בהיעדר הסכמה חברתית, הזוג החד-מיני אינו בא בגדר "זוג" בלשון בני אדם ואינו מוכר כאחד מתאי הגרעין של החברה. מטבע הדברים, שהיווצרותו, מחויבותם ההדדית של מרכיביו לשיתוף וליציבות וכן זכויותיהם וחובותיהם של הנמנים עמו - אינם מוסדרים במשפט הארץ. השינוי הדרוש הוא אפוא שינוי מושגי בסיסי של התפיסה החברתית בדבר מהותו של התא החברתי היסודי הנמנה עם רכיבי הבסיס הארגוני של החברה (776 א).

(4) בנסיבות דנן, ההסכם הקיבוצי אינו מדבר על "חיים משותפים" או על "תא משפחתי", אלא על "בני-זוג", במשמעות המושגית הבסיסית שיש למושג בלשון העברית. אלה, לעולם משני המינים הם, כל עוד לא תשנה הלשון את טעמה (774 ד-ה).

(5) ההבחנה בין זוג חד-מיני לבין זוג דו-מיני אינה נעוצה בנטייתם המינית של העובדים, אלא בהבחנה בין "זוג" ו"משפחה" לבין מי שאינם מהווים "זוג" אינם מהווים "משפחה". קיימת, בנסיבות דנן, הבחנה בין "בן-זוג" לבין מי שאינו "בן-זוג", וניתן לטעון כי מן ההיבט הסוציאלי והחברתי מופלים "בני-זוג" ביחס לאלה שאינם כאלה. אך הפליה על רקע של נטייה מינית - אינה קיימת (774 ז-ז).

ט. (דעת מיעוט - השופט י' קדמי): (1) אין מקום ליתן משמעות עצמאית ונפרדת למושגים "זוג" ו"בן/בת זוג" בגזרות השונות של החיים המשותפים בחברה. אין לקבל את הגישה, שלפיה מושגים אלה ייבחנו בנפרד במישורים השונים של חיי המשפט (776 ג-ד).

(2) פריצת המשמעות הלשונית המושגית בגיזרה אחת מובילה, מטבע הדברים, לפריצתה בגזרות האחרות, והמסגרת החברתית הבנויה על המשמעות המוסכמת הקיימת, מתערערת: הדיבור "זוג" יאבד את משמעותו המושגית, ומרכז הכובד, הנעוץ כיום בדו-מיניות של בני הזוג, יעבור להחלטה האישית לקיים בזמן נתון חיי שיתוף, כאשר מינם של בני הזוג יישאר בשוליים (776 ה-ו).

(3) אין לקרוא תיגר על ההכרה החברתית הגוברת והולכת בנטייתם המינית של פרטים המבקשים לבנות חייהם עם בני מינם, ואין להציב מכשולים בדרך של פרטים להגשים עצמם על-פי נטיותיהם. אולם דורות על דורות שימש המושג "זוג" ביטוי חברתי לזוג דו-מיני. שינוי עניין זה ראוי שיעשה בדרך המלך ולא בשבילים עקלקלים, שהרי חובה היא לשמור על לשון בני האדם, לכבדה ולשמור על יציבות תכניה (776 ז-777 ב).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

[1] ד"נ 13/84 לוי נ' יושב-ראש ועדת הכספים של הכנסת ואח', פ"ד מא (4) 291.

- [2] בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג (1) 693.
- [3] ע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה ואח', פ"ד מג (4) 221.
- [4] בג"צ 114/78, המ' 510,451/78 בורקאן נ' שר האוצר ואח', פ"ד לב (2) 800.
- [5] בג"צ 454,453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח (5) 501.
- [6] בג"צ 1/88,953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מב (2) 309.
- [7] בג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מד (4) 749.
- [8] בג"צ 507/81 ח"כ אבו חצירא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד לה (4) 561.
- [9] בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח', פ"ד יח (1) 598.
- [10] בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז (1) 749.
- [11] בג"צ 1000/92 ח' בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד מח (2) 221.
- [12] בג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) 353.
- [13] בג"צ 260,246/81 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (4) 1.
- [14] בג"צ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד לז (3) 141.
- [15] בג"צ 5688/92 ש' ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז (2) 812.
- [16] ד"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל ואח', פ"ד כה (1) 7.
- [17] בג"צ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות ואח' נ' שר-האוצר ואח', פ"ד ט 1.261.
- [18] ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה 481.
- [19] בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לעניני דתות ואח', פ"ד מב (2) 221.
- [20] ע"פ 224/63 בן-עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח (3) 225.
- [21] בג"צ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה ואח', פ"ד לז (3) 17.
- [22] בג"צ 4169/93 - לא פורסם.
- [23] בג"צ 410/76 חרות ואח' נ' בית-הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד לא (3) 124.

פסקי-דין של בתי הדין לעבודה שאוזכרו:

- [24] דב"ע לג/3-25 ועד אנשי צוות דיילי אוויר ואח' נ' חזין ואח', פד"ע ד 365.
- [25] דב"ע נד/0-85 - לא פורסם.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

[26] 398welsch v. United states . 333U. S (1970).

- [27]. Califano v. 76U. S 443westcott (1979).
 [28]service 387boutilier v. Immigration . U . 118S(1967).
 [29]nemetz v. Immigration service& 647naturalization D . 2F
 432(1981).
 [30]. N. Y . 544Braschi v. Stahl associates co .supp 784D2 (1989).
 510yorkshire towers co. V. 976D . 2N. Y. Supp (1986).
 [31]Harpster
 [32]502two associates v. Brown . N. Y. S 604D2 (1986).
 [33].th st . 10E . N. Y 552assoc. V. Estate of goldstein .supp
 257D2 (1990).

פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:

- [34]. Dyson holdings ltd v. Fox[1975]. All e. R 3 1030(c. A).

פסקי-דין של בתי הדין הבינלאומיים שאוזכרו:

- 142norris case . Eur. Ct. H. R.(ser A) (1988).
 259modinos v. Cyprus case . Eur. Ct. H. R (.ser A) (1993). [35]
 [36] פסקי-דין קנדיים שאוזכרו:
 [37]schachter v. Canada (1992) . D. L. R 93(th4). 1
 [38]r. V. Turpin [1989]. . 1296S. C. R 1
 [39]vriend v. Alberta (1994). . 414W. W. R 6
 [40]egan v. Canada (1993) . D. L. R 103(th4). 336
 [41]haig v. Caada (1992) . D. L. R 94(th4). 1
 layland v. (consumer commercial relations&) (1993)104
 .d. L. R(th4) . 214[42]Ontario
 [43]canada (.A .G)v. Mossop [1993]1 . S. C .. 554R

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

[א] בראשית, א, כז, כח; ב, כד; ה, ב; ו, יט.

עתירה למתן צו-על-תנאי. העתירה נדחתה ברוב דעות נגד דעתו החולקת של השופט י" קדמי.

י' וינדר, א' בן-ישראל - בשם העותרת;

פסק-דין

המשנה לנשיא א' ברק: הסכם קיבוצי והסדר קיבוצי מעניקים טובת הנאה ל"בן/בת זוג" (בעל ואישה) ול"ידוע/ה בציבור כבעל/כאשה" של עובד. האם טובת הנאה זו מוענקת גם לשותף לחיים של העובד - זו השאלה הניצבת לפנינו בעתירה זו.

העובדות וההתדיינות בבית הדין לעבודה

1. המשיב 1 (להלן - המשיב) מועסק כדייל אצל העותרת (חברת אל-על). על-פי ההסכם הקיבוצי, זכאי כל עובד (קבוע) לקבל אחת לשנה כרטיסי טיסה ללא תשלום (או בהנחה) בעבורו, ובעבור "בן/בת זוגו (בעל/אשה)". על-פי הסדר קיבוצי (אשר כונה "הוראות מקצועיות") הוענקו (מיום 1.1.86) כרטיסי טיסה "לידוע/ה בציבור כבעל/כאשה של עובד/ת החברה אם בני הזוג חיים ביחד במשק בית משותף כבעל אשה לכל דבר ועניין ואין באפשרותם להינשא לפי החוק".

2. המשיב פנה (ביום 21.1.88) לעותרת בבקשה להכיר בשותפו לחיים כ"בן זוגו" לעניין קבלת כרטיסי טיסה שנתי ללא תשלום או בהנחה. בפנייתו מבהיר המשיב כי הוא מקיים מערכת יחסים יציבה ומתמשכת (מאז שנת 1979) עם גבר אחר. מערכת היחסים מתבטאת, בין השאר, בנייהול משק בית משותף ומגורים משותפים בדירה פרטית אשר נרכשה במאמץ משותף. בקשת המשיב סורבה.

3. המשיב פנה לבית הדין האזורי לעבודה. הוא ביקש כי בית הדין יצהיר על זכותו לקבל כרטיסי טיסה ללא תשלום או בהנחה בעבור שותפו לחיים, כפי שאל-על נוהגת להעניק לבני-זוגם של עובדיה. על-פי הסכם דיוני נקבע כי תחילה תידון השאלה (העקרונית) אם עובד של אל-על זכאי לכרטיסי הטיסה ללא תשלום או בהנחה בעבור "בן-זוג" שהוא בן אותו המין. בשאלה זו החליט בית הדין האזורי (השופט י' לובוצקי ונציגי הציבור עוזרי ופנחס) כי הוראת ההסכם הקיבוצי (שלפיו הזכות לטובת ההנאה מוענקת ל"בן/בת זוגו") אינה מעניקה זכות לשותפו לחיים של עובד, ואין בכך הפליה פסולה. לעומת זאת, הוראת ההסדר הקיבוצי, המעניקה טובת הנאה לידועים בציבור (חרף היותם פסולי חיתון) אך אינה מעניקה אותה טובת הנאה לבני-זוג מאותו מין (אשר אף הם אינם יכולים להינשא) היא הוראה מפלה. הפליה זו אסורה היא, לאור הוראות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988. על-פי הוראות חוק זה (סעיף 2(שבו) - כפי שתוקנו בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון), תשנ"ב-1992 - לא יפלה מעביד בין עובדיו לעניין תנאי העבודה "מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי או היותם הורים". מכוחה של הפליה אסורה זו, נפסלה ההוראה המפלה בהסדר הקיבוצי. בית הדין האזורי לעבודה עבר - מכוחו של ההסכם הדיוני - לבחינת השאלה אם המשיב אכן מקיים חיים משותפים עם חברו.

4. אל-על ערערה לבית הדין הארצי לעבודה. בית הדין הארצי (הנשיא מ' גולדברג, סגן הנשיא ס' אדלר, השופט י' אליאסוף ונציגי הציבור ר' בן ישראל, אברהמוביץ, פרידמן וגלין)

דחה את הערעור*. נפסק כי המשיב אינו נופל לגדרם של הזכאים להנחה על-פי ההסכם הקיבוצי, שכן הדיבור "בן/בת זוג (בעל/אשה)" אינו כולל בן-זוג מאותו מין. כן נפסק כי המשיב אינו נופל לגדרם של "ידוע/ה בציבור כבעל/כאשה של עובד/ת" שבהסדר הקיבוצי שכן ידוע בציבור, בהקשרו של ההסדר הקיבוצי, אינו משתרע על בני-זוג מאותו מין. עם זאת נפסק, כי מצב דברים זה מהווה הפליה פסולה על בסיס נטייה מינית, המפרה את עקרון השוויון הקבוע בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, כפי שתוקן ב-1992. הפליה פסולה זו, המפרה הוראות החוק, מעניקה למשיב (מיום 2.1.92) זכות לדרוש לעצמו את טובת ההנאה שמטעמים מפלים לא הוענקה לו.

5. כנגד פסק-דינו של בית הדין הארצי לעבודה מכוונת העתירה שלפנינו. אל-על (העותרת) מבקשת כי ייקבע שסירובה להעניק למשיב כרטיס טיסה בעבור שותפו לחיים אינו מהווה הפליה פסולה על-פי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה כפי שתוקן ב-1992. לטענת אל-על, חוק זה - בתיקונו מ-1992 - הוסיף סוג נוסף של איסור הפליה ("נטייה מינית") אך לא העניק זכויות לקבלת הטבות שלפני כן עובד לא היה זכאי לקבלן. המשיב טען לפנינו כי אין מקום להתערבותנו בפסק-דינו של בית הדין הארצי לעבודה, אשר פסק כי נתגבשה עילת הפליה על-פי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, המצדיקה מתן כרטיסי טיסה לבן-זוגו של המשיב החל מיום תיקון החוק (ב-2.1.92).

הקונסטרוקציה הפרשנית

6. המשיב (הדייל, העובד) עשוי לבסס את טיעונו לקבלתה של טובת ההנאה (כרטיס חינם או בהנחה) בעבור שותפו לחיים על שתי קונסטרוקציות משפטיות. על-פי הקונסטרוקציה האחת, זכותו מעוגנת בהסכם הקיבוצי, המעניק טובות הנאה ל"בן/בת זוג (בעל/אשה)", ובהסדר הקיבוצי, המעניק טובת הנאה "לידוע/ה בציבור כבעל/כאשה של עובד/ת החברה". על-פי קונסטרוקציה זו, הדיבור בן-זוג (בהסכם הקיבוצי) והדיבור "ידוע בציבור" (בהסדר הקיבוצי) צריכים להתפרש - על רקע תכליתם - באופן שהם משתרעים גם על בן-זוג מאותו מין ועל ידוע בציבור מאותו מין. זכותו של המשיב לקבלתה של טובת ההנאה היא חוזית, והיא מעוגנת בטקסט של ההסכם הקיבוצי וההסדר הקיבוצי בדומה לזכותו של המשיב לקבלת טובת ההנאה בעבור עצמו. תבנית משפטית זו היא במהותה פרשנית. היא פנימית לטקסט עצמו.

על פיה, זכותו של המשיב לקבלת טובות הנאה - בעבור חברו לחיים ובעבור עצמו - נובעת מהמובן המשפטי של הטקסט ההסכמי אשר נשלף ממיגוון המשמעויות הלשוניות שלו. מטבע הדברים שזכות זו קמה לעובד עם התמלא התנאים המזכים אותו בה.

7. הקונסטרוקציה הפרשנית נדחתה על-ידי בתי הדין לעבודה. נפסק על-ידיהם כי המובן (המשפטי) של הדיבור "בן/בת זוג (בעל/אשה)" בהסכם הקיבוצי אינו משתרע על בני-זוג בני אותו מין. בית הדין הארצי לעבודה ציין כי-

"במקרה שלפנינו גילו הצדדים להסכם הקיבוצי את דעתם באופן מפורש כי אין הם מתכוונים לבן זוג מאותו המין. בהסכם הקיבוצי נקבע 'בן/בת זוג

* דב"ע נג/160-3 אל-על נתיבי אויר נ' דנילוביץ, פד"ע כו 339.

(בעל ואשה). המילים 'בעל ואשה' שהוצמדו למונח בן זוג מגלים את דעתם של הצדדים כי נתכוונו למונח בן זוג במובנו המצומצם. ומכאן, כי דיבור זה בהסכם הקיבוצי איננו כולל ידועים בציבור ובני זוג מאותו מין שאינם לכל הדעות 'בעל ואשה'.*

אשר לדיבור 'ידוע/ה בציבור כבעל/כאשה' שבהסדר הקיבוצי, נפסק מפי בית הדין הארצי לעבודה כי הוא אינו משתרע על בני אותו מין החיים חיים משותפים. בית הדין הארצי ציין, כי "אין המונח 'ידועים בציבור' מופיע כשהוא לעצמו, אלא בצמוד לו נאמר 'כבעל/כאשה'". שימוש לשוני זה מלמד, "כי כוונת המנסח לא היתה לבני אותו מין".*

הקונסטרוקציה הסטטוטורית

8. לרשות המשיב עומדת קונסטרוקציה משפטית שנייה. קונסטרוקציה זו יוצאת מתוך נקודת המוצא, כי הזכות החוזית לקבלת טובת הנאה מוענקת אך בעבור בן-זוג או בעבור ידוע בציבור שאינו בן מינו של העובד. על-פי קונסטרוקציה זו מהווה ההסדר החוזי (פרי הקונסטרוקציה הפרשנית) הסדר מפלה, העומד בניגוד להוראות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (כפי שתוקן ב-1992). התרופה המוענקת למשיב בעקבות הפליה זו אינה בביטול ההסדר החוזי - סעד שכלל לא נתבקש על-ידיו - אלא במתן צו (שיפוטי) המבוסס על הוראות החוק, לתיקון ההפליה. המשיב יזכה אפוא בטובת ההנאה בעבור חברו לחיים מכוח השילוב שבין ההוראה החוזית המפלה, וההוראה הסטטוטורית המתקנת. קונסטרוקציה זו אינה פרשנית. היא חיצונית לטקסט עצמו. היא יונקת חיותה מהשילוב בין הזכות החוזית (של פלוני) לבין הציווי הסטטוטורי למנוע הפליה (של אלמוני). זכותו של העובד, על פיה, צומחת אך מיום תחילתו של האיסור בדבר הפליה בגין נטייה מינית (כלומר 2.1.92). ניתן לכנותה כקונסטרוקציה סטטוטורית (או חיצונית). קונסטרוקציה זו נתקבלה על דעת בית הדין הארצי לעבודה, והיא המותקפת לפנינו על-ידי אל-על. בחינתה של תבנית משפטית זו מחייבת שתי בדיקות משנה: האחת, אם יש בהסדר החוזי (פרי הקונסטרוקציה הפרשנית) משום הפליה (פסולה) מחמת נטייה מינית; השנייה, מהו הסעד שזכאי לו עובד שכלפיו בוצעה הפליה (פסולה) על בסיס נטייה מינית.

9. לפנינו לא חזר המשיב על הקונסטרוקציה הפרשנית. אכן, קונסטרוקציה זו

-שנדחתה, כאמור, על-ידי בית הדין הארצי לעבודה - סבוכה היא (השווה לעניין הדיבור "בן זוג", ד"נ 13/84 לוי נ' יושב-ראש ועדת הכספים של הכנסת ואח' [1]; ראה גם: "a more perfect union", c. A. Bowman, b. Cornish a legal: L. Colum 92"and social analysis of domestic parthnership . r. Elbin; ordiances Domestic partnership recognition in the", rev(1992)1164.

"equitable employee benefits for gay couples: (and others)"
Ohio st. L. J51(1990)workplace 1067 . לא היה מנוס מלהכריע

בה, אילו עמד המשיב על זכותו (החוזית) לקבלת טובת הנאה מהיום שבו התגבשו הזכויות (החוזיות) הללו. כפי שראינו, המשיב מקבל את פסק-דינו של בית הדין הארצי לעבודה, ולפיה זכותו מעוגנת בטענת ההפליה בשל נטייה מינית, הסומכת עצמה על התיקון (מיום 2.1.92) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. מכיוון שכך, אין לנו צורך להתמודד עם הקונסטרוקציה הפרשנית. אני מניח אפוא - בלא להכריע בדבר - כי אין לו למשיב זכות (חוזית) מכוח ההסכם הקיבוצי וההסדר הקיבוצי לקבלתה של טובת הנאה בעבור שותפו לחיים. על רקע זה הנני עובר לבחינת הקונסטרוקציה הסטטוטורית, על שתי שאלות המשנה שלה (הקיימת הפליה; מהו הסעד הראוי). אפתח בשאלה הראשונה.

הזכות לשוויון והפרתה

10. השוויון הוא ערך יסוד במשפט הישראלי. "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט לנדוי בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח' [2], בעמ' 698), והוא "ממהותה ומאופיה של מדינת ישראל" (המשנה לנשיא, השופט אלון, בע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה ואח' [3], בעמ' 272). "...הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי הוא עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסת היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן" (בג"צ 114/78, המ' 451/78 510 בורקאן נ' שר האוצר ואח' [4], בעמ' 806 (השופט שמגר)).

ביסוד עקרון השוויון עומדים שיקולים של צדק והגינות. "עקרון השוויון...

הוכר במשפטנו זה כבר כאחת ממידות הצדק וההגינות..." (בג"צ 453/94, 454

שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת

ישראל ואח' [5], בעמ' 521 (השופט מצא)). השוויון הוא מרכיב מרכזי בהסכמה החברתית שעליה מושתתת החברה (ראה בג"צ 953/87, 1/88, פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו ואח' [6], בעמ' 332). ואכן -

"ההפליה היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיוואציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה. חברה אשר בה נוהגת הפליה איננה חברה בריאה, ומדינה שבה נהוגה אפליה לא תוכל להיקרא מדינה מתוקנת" (השופט בך בבג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה (להלן - פרשת נבו [7]), בעמ' 760).

11. עקרון השוויון מעוגן בישראל במספר מערכות נורמטיביות. ראשית, הוא עיקרון הלכתי - פרי "המשפט המקובל נוסח ישראל" - אשר הוכר ופותח על-ידי בתי המשפט בישראל. עיקרון זה מוקרן אל תוך תכליתו (האובייקטיבית) של כל דבר חקיקה ומהווה אמת מידה לפרשנותו. "עקרון היסוד, המשמש מטרה חקיקתית לכל פעולות הגוף המחוקק, הוא העיקרון של שוויון הכול בפני החוק... על-כן יש להניח ולפרש דברי חקיקה, כבאים להגשים מטרה זו ולא לסתור אותה" (בג"צ 507/81 ח"כ אבו חצירא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [8], בעמ' 585. ראה גם בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח' [9], בעמ' 612). העיקרון ההלכתי של שוויון מוקרן לתוך "מושגי השסתום" של המשפט (כגון סבירות, צדק, שוויון ותקנת הציבור),

בגיבוש היקף פריסתם (ראה בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח' [10]). על-כן עשוי הסכם קיבוצי מפלה לעמו בניגוד לתקנת הציבור ולהיפסל בשל כך (ראה פרשת נבו [7] וכן דב"ע לג/325- ועד אנשי צוות דיילי אוויר ואח' נ' חזין ואח' [24]). העיקרון ההלכתי של שוויון הוא עוגן נורמאטיבי להכרה בזכות לשוויון כזכותו של האדם בישראל. מכוחו מתגבשות הלכות שיפוטיות המשקפות אותו - כגון הלכת שיתוף הנכסים בין בני-זוג - (ראה בג"צ 1000/92 ח' בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח' [11]).

12. שנית, עקרון השוויון מעוגן בדין הישראלי החקוק. תחילתו בהכרזת העצמאות, הקובעת כי מדינת ישראל תקיים שוויון בין אזרחיה "בלי הבדלי דת, גזע ומין". המשכו בדברי חקיקה אשר מגבשים שוויון זה במערכות יחסים מיוחדות. כך, למשל, קובע חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית"... (סעיף 1). חוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959, קובע איסור הפליה על לשכת שירות התעסוקה בשליחת אדם לעבודה (סעיף 42). חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964, בא להבטיח שוויון בשכר בין עובד לעובד. חקיקה מיוחדת נועדה לאפשר העדפה מתקנת של האישה (ראה סעיף 18 א לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975). חוק נוסף - והוא הרלוואנטי בענייננו, ועליו נעמוד בנפרד - הוא חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. לשיאה הגיעה התפתחות זו עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר עיגן את השוויון כזכות חוקתית על-חוקית בגדריו של כבוד האדם:

"היום ניתן לעגן את עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיגון כזה משמעותו העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמאטיבית חוקתית, על-חוקית" (השופט אור בבג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, בעמ' [12]362).

13. למותר לציין, כי השוויון אינו מעניק זכות מוחלטת. זכותו של אדם לשוויון - ככל זכות אדם אחרת - היא זכות יחסית. עקרון "השוויון אינו עיקרון מוחלט אלא יחסי" (השופט אור בבג"צ 5394/92 [12] הנ"ל, בעמ' 361); גבולות התפרסותו של עקרון השוויון נקבעים על-ידי איזון (פנימי) בין מכלול זכויות האדם ועל-ידי האינטרס הציבורי (ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה 4, תשנ"א) 299, 199. ניתן לפגוע בזכות לשוויון מכוחם של ערכים ראויים אחרים (ראה בג"צ 260, 246/81 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח' [13], בעמ' 13, והשווה סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). אכן, לא פעם אין השוויון זוכה להגנה על מלוא היקפו. פגיעה כדין שוויון עשויה להתקיים אם זו תואמת את ערכיה של מדינת ישראל, אם היא לתכלית ראויה ואם פגיעתה בשוויון אינה מעבר למידה הדרושה.

14. נקודת המוצא העובדתית הינה, כי בני האדם שונים הם זה מזה. "...אין אדם הדומה לחלוטין לרעהו" (השופט ש' לוין בבג"צ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח' [14], בעמ' 148). כל אדם הוא עולם בפני עצמו. החברה מבוססת על בני אדם השונים זה מזה. רק הגרועות שבדיקטטורות מבקשות לבטל הבדלים אלה. זאת ועוד: ביסוד כבוד האדם מונחת ההנחה, שכל אדם ואדם הוא חופשי לפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו (ראה

בג"צ 5688/92 ש' ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח' [15]. על רקע חופש זה בא עקרון השוויון. משמעותו הינה שוויון בפני החוק וניטראליות של החוק ביחס לשונות שבין בני האדם. זהו השוויון בהפעלת החופש. זהו השוויון בהזדמנויות. שוויון זה מניח הסדר נורמטיבי המופעל בצורה אחידה על כל הפרטים, חרף השוני העובדתי שביניהם. עם זאת, עקרון השוויון אינו מניח אך דין אחיד לכול. אכן, עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מנח אפוא קיומם של טעמים ענייניים המצדיקים שוני (הבחנה, אבחנה). הפליה שהינה ניגודו של השוויון - קיימת אפוא באותם מצבים שבהם דין שונה לאנשים השונים זה מזה (מבחנה עובדתית) מבוסס על טעמים שאין בהם כדי להצדיק בחברה חופשית ודמוקרטית הבחנה ביניהם, ובלשונו של השופט אור: "יחס שונה ללא הצדקה עניינית" (בג"צ 5394/92 [12] הנ"ל, בעמ' 360). עמד על כך הנשיא אגרנט, בציינו:

"עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת. המושג 'שוויון', בהקשר זה, פירושו איפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא הדורש, לעניין המטרה הנדונה, 'טיפול שווה' (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניוון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי (relevant inequality), כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניוון מהיותם נתונים במצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרת הטיפול" (ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל ואח' [16], בעמ' 35).

על-כן, דין נתון יוצר הפליה כאשר שני בני אדם, השונים זה מזה (חוסר שוויון עובדתי), מטופלים על-ידי הדין באופן שונה, בלי שהשוני העובדתי שביניהם יש בו כדי להצדיק טיפול שונה בנסיבות העניין. ביסוד ההפליה מונחים אפוא גורם השרירות, חוסר הצדק וחוסר הסבירות. עמד על כך השופט ויתקון, בציינו:

"הפליה מהי? לא כל הבדלה בין סוגי בני אדם שונים קרויה 'הפליה'; גלום בו במושג הפליה הרעיון של אי-הגינות שבנהיגת אי-שוויון בשווים" (בג"צ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקות ואח' נ' שר האוצר ואח' [17], בעמ' 1265).

הפליה - שהינה כאמור, צדו האחר של השוויון - משמעותה יחס בלתי הוגן, בלתי צודק, שרירותי (ראה ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי [18], בעמ' 490).

15. כפי שראינו, המשטר החוזי באל-על מעניק לעובד או לעובדת זכות לקבל טובת הנאה (כרטיס טיסה ללא תשלום או בהנחה) בעבור בת-זוג או בן-זוג או ידוע בציבור או ידועה בציבור, ובלבד שהם מהמין האחר. האם בכך יש משום הפליה כלפי שותף או שותפה לחיים מאותו מין? כפי שראינו, המבחן לטיפול שווה או מפלה הוא בשאלה אם השוני במין הוא רלוואנטי לעניין הנדון. רלוואנטיות זו נבחנת באמות מידה של שרירות והגינות וצדק. ביסוד הענקתה של טובת הנאה לעובד בעבור בן-זוג או בעבור ידוע בציבור מונחת הגישה כי יש מקום להעניק טובת הנאה לעובד - בדמות כרטיס טיסה - בעבור זה שעמו הוא חי ושאתו הוא מנהל משק משותף, שממנו הוא נפרד כאשר הוא יוצא לטיסותיו, ושאליו הוא חוזר בסיום עבודתו. זוהי אמת המידה המשותפת לבת-זוג ולידועה בציבור גם יחד. מטרתה של טובת הנאה אינה בחיזוק מוסד הנישואין. אכן, אל-על מעניקה את טובת הנאה לעובד החי עם ידועה בציבור, חרף העובדה שאותה ידועה בציבור נשואה כדין לאחר. הרעיון המונח ביסוד הענקתה של טובת הנאה הוא אפוא חיים משותפים לתקופה מסוימת (הקבועה בהסדר הקיבוצי), המעידה על תא חברתי הדוק שביסודו חיי שיתוף. על רקע הקשר זה, ברור בעיניי כי שלילתה של טובת הנאה זו מבן-זוג מאותו מין הווה הפליה ופגיעה בשוויון. אכן, הטעם היחיד לשלילת טובת הנאה מחבר לחיי שיתוף מאותו מין היא בנטייה המינית. זאת ותו לא. שוני זה אינו רלוואנטי כלל לעניין הנדון (תמיכה בתא חברתי הדוק, המבוסס על חיי שיתוף). מבחינתו של העניין הנדון, עניין לנו בהבחנה שהיא שרירותית ובלתי הוגנת: וכי הפרידה מבן-זוג מאותו מין קלה יותר מפרידה מבן-זוג מהמין השונה? האם חיי השיתוף בין בני אותו מין שונים הם, מבחינת יחסי השיתוף והאחווה וניהול התא החברתי, מחיי שיתוף אלה בין בני-זוג ממין שונה? 16. יטען הטוען: חיי שיתוף ואחווה בין בני מינים שונים (בין כבעל ואישה ובין כידועים בציבור) הם כה שונים במהותם מחיי שיתוף ואחווה בין בני אותו מין, עד כי כל משטר משפטי המעניק טובת הנאה ליחס הראשון, אין בו הפליה כלפי היחס השני. אף שטענה זו נראית לי קשה, מוכן אני להשאירה בצריך עיון, שכן השאלה שעלינו לשאול אינה אם היחס האחד (חיי שיתוף ואחווה בין בני מינים נוגדים) שונה הוא על-פי אמות מידה כלשהן מהיחס האחר (חיי שיתוף ואחווה בין בני אותו מין). כאמור, מוכן אני להניח כי בהקשרים חברתיים שונים אכן קיים שוני זה. השאלה שעלינו לשאול הינה אם השוני ביחס הוא רלוואנטי לעניין הנדון. "העניין הנדון" הוא התא החברתי, חיי השיתוף והאחווה, המצדיקים, לדעת אל-על, הענקת טובת הנאה לעובד (הקבוע) בדמות כרטיס טיסה שיאפשר לו ליטול עמו את זה שעמו הוא חי חיים משותפים. לעניין זה, השוני בין חיי שיתוף בין בני מינים שונים וחיי שיתוף בין בני אותו מין הוא הפליה ברורה ובוטה.

הפליה בשל נטייה מינית

17. ראינו אפוא, כי מתן טובת הנאה לעובד (קבוע) בגין בת-זוג או ידועה בציבור

ואי-מתן אותה טובת הנאה בגין שותף לחיים מאותו מין, מהווה פגיעה בשוויון. הפליה זו מה טיבה? אכן, כל הפליה פסולה היא, אך בגדרן של ההפלות עצמן ישנן דרגות שונות. חריפותה של ההפליה נגזרת מחומרת הפגיעה בעקרון השוויון. כך, למשל, הננו רואים בחומרה יתרה הפליה על בסיס גזע, דת, לאום, לשון, עדה, גיל. במסגרת זו מעניקה שיטת המשפט הישראלית חשיבות רבה לצורך להבטיח שוויון בין המינים, ולמנוע הפליה על בסיס מין (ראה: בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח' [19]; בג"צ 953/87, 1/88 [6]). ניתן לומר, כי ההפליה נושא העתירה שלפנינו מבוססת על שיקולים פסולים של מין. כנגד זאת, יטען הטוען כי הפליה על בסיס מין אינה קיימת, שהרי אותה טובת הנאה ניתנת לעובד (קבוע) ולעובדת (קבועה). טענה זו כשלעצמה אינה נראית לי משכנעת. עם זאת, אין לי צורך להכריע בעניין, שכן דומה שלא יכול להיות ספק בכך, כי הפליה בענייננו היא על בסיס "הנטייה המינית" של העובד (הקבוע). הפליה זו - כלפי ההומוסקסואל וכלפי הלסבית - פסולה היא. יש בה פגיעה בשוויון. דבר זה עולה במפורש מהוראותיו של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. חוק זה - כפי שתוקן בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון) - קובע (בסעיף 2):

"(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי או היותם הורים, בכל אחד מאלה: (1) קבלה לעבודה; (2) תנאי עבודה; (3) קידום בעבודה; (4) הכשרה או השתלמות מקצועית; (5) פיטורים או פיטורים פיטורים.

(ב) לעניין סעיף קטן (א) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין.

(ג) אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה."

בהסבירה את ההוראה בדבר איסור הפליה בגין נטייה מינית, ציינה יושבת-ראש ועדת העבודה והרווחה, הגב' א' נמיר:

"קבלת הצעת החוק תתרום, כך אני מקווה, למתן יחס שוויוני לנשים ולגברים ללא תלות בנטייתם המינית, תאפשר להם לחיות לפי נטיותיהם המיניות כאזרחים שווים לכל דבר, ותעניק להם את ההגנות המשפטיות שזוכה להן כל ציבור אחר."

הוראה זו אינה שוללת את השונות שבבני האדם. שונות זו טבעית היא לאדם.

הוראה זו קובעת כי הנטייה המינית השונה שיש לבני אדם, אסור לה שתהא רלוואנטית בעבודה, אלא אם כן היא מתחייבת ממהות התפקיד. אכן, לעניין תנאי העבודה, על המעביד לנקוט עמדה ניטראלית כלפי הנטיות המיניות של עובדיו. עליו לקבוע את תנאי העבודה, אך

לאור אמות מידה המתבקשות ממהות התפקיד. על-כן, אם ניתנת טובת הנאה לעובד המקיים קשר חיים מתמשך וקבוע עם אישה, יש להעניק אותה טובת הנאה לעובד המקיים קשר חיים מתמשך וקבוע עם גבר אחר. בכך יגשים המעביד את עקרון השוויון. בכך יישמר מפני פגיעה בפרטיות של העובד (השווה סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). הענקת טובת הנאה לעובד קבוע בעבור ידועה בציבור, ואי-הענקתה לעובד קבוע בעבור שותף לחיים מאותו מין (שיקיים את כל הדרישות של ידועה בציבור, למעט דרישת המין) מהווה הפליה בתנאי העבודה מחמת נטייה מינית. הפליה זו אסורה היא. טול את ראובן, עובד קבוע באל-על, החי חיי שיתוף מספר שנים עם לאה. הם חיים יחד ומנהלים משק בית משותף (הכול כנדרש על-ידי אל-על לעניין קיום התנאי של ידועה בציבור). ראובן יזכה לכרטיס טיסה בעבור לאה. טול עתה את ראובן החי כאמור עם שמעון. הם חיים ביחד ומנהלים משק בית משותף. ראובן לא יזכה לכרטיס טיסה בעבור שמעון. כיצד ניתן להסביר שוני זה? האם האחד מבצע את תפקידו כעובד באופן שונה מחברו? ההסבר היחיד הוא בנטייתו המינית של ראובן. זוהי הפליה בתנאי העבודה בשל נטייה מינית. לא ניתן כל הסבר שיש בו כדי להצדיק טיפול מפלה זה. אין כל דבר המאפיין את מהות התפקיד או המשרה שיצדיק טיפול לא שוויוני זה (ראה סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנות בעבודה). אמת, ייתכן שאל-על סבורה כי עובד (קבוע) החי עם שותף לחיים (מאותו מין) מתנהג באופן "בלתי ראוי". ייתכן שמישהו באל-על סבור כי חיים משותפים כאלו אינם ראויים לעידוד. אין לנו צורך לבחון טיעון זה במישור הערכי. אם נסכים לכך ואם לאו, אין בכך כדי להוות צידוק אשר ישלול את קיומה של ההפליה. אכן, ההפליה אינה נקבעת אך על-פי רצונו ומחשבתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה (ראה: פרשת נבו [7], בעמ' 759; בג"צ 1000/92 [11] הנ"ל).

לעתים ניתן להצדיק פגיעה בשוויון - אשר כפי שראינו, אינה זכות מוחלטת אלא יחסית - בטעמים של תכלית ראויה. טעמים אלה חייבים להיות כבדי משקל וממין העניין. מעמסה כבדה ביותר מונחת על שכמ המבקש להרים נטל זה. בעניין שלפנינו לא הורם הנטל. אף לא נעשה כל ניסיון להרימו. כל ששמענו הוא כי לא הרי בני-זוג מאותו מין החיים ביחד כהרי בני-זוג מבני שני המינים החיים ביחד. בכך הצביעו לפנינו על שוני הקיים בין המצבים השונים. בכך לא שללו את ההפליה, ובוודאי לא הצביעו על תכלית ראויה העשויה להצדיקה (ראה m. N. Cameli, "extending family", 447(93-1992) kent I. Rev- chi 68to gay men and lesbian women). Benefits הסעד בגין הפרת הזכות לשוויון 18. הגעתי אפוא למסקנה כי המשטר המשפטי שנקבע בהסכם הקיבוצי ובהסדר הקיבוצי, לעניין טובת הנאה המוענקת לעובד בקבלת כרטיס טיסה (חינם או בהנחה) בעבור בן-זוג או ידוע בציבור (מהמין השני), יוצר הפליה כלפי עובד החי עם שותף לחיים מאותו מין. עתה יש לעבור לשאלה השנייה הדורשת הכרעה, אשר עניינה הוא התרופה שהעובד המופלה זכאי לה. הלכה פסוקה היא, כי משטר חוזי מפלה עשוי לבסס טענה כי ההוראה בחוזה פוגעת בתקנת הציבור, ועל-כן פסולה היא (ראה דב"ע ג/3-25 [24]). פסלות זו עשויה להביא לידי כך שהחוזה כולו פסול הוא. 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), תשל"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. טכניקה זו אינה אפשרית בעניין שלפנינו. אכן, אילו קבעו ההסכם הקיבוצי וההסדר הקיבוצי כי עובד קבוע זכאי לטובת הנאה בעבור מי שמצוי עמו בשותפות לחיים, למעט שותף בן אותו מין, ניתן היה למחוק את ההוראה הממעטת, ובכך להחזיר את השוויון על כנו. אך הטקסט החוזי בענייננו הוא שונה. אין הוא מאפשר ניתוח בגוף הטקסט, המפריד בין החלק הבריא לבין החלק החולה. מהי אפוא התרופה שהעותר זכאי לה? 19. כפי שראינו, סעד אפשרי הוא בטלו ההסדר החוזי בדבר טובת הנאה. התוצאה תהיה, מבחינתו של המשיב, "תמות נפשי עם פלשתים": המשיב לא יקבל, אך גם הידועים בציבור בני מין שונה לא יקבלו. תוצאה זו אינה סבירה בנסיבות העניין. מדוע ייגרע חלקם של ידועים בציבור בני מינים שונים? במה חטאו אלה? בצדק ציין בית הדין הארצי לעבודה, כי העותר עצמו לא ביקש תרופה זו.

20. התרופה הראויה במצב דברים זה היא זו של הענקת טובת הנאה גם לאלה החיים חיים משותפים והם בני אותו מין. תרופה זו ידועה בספרות ההשוואתית. היא פותחה בעיקר לעניין חוקים המפרים את עקרון השוויון הקבוע בחוקה. היא מכונה בספרות החוקתית האמריקנית הוספה או הרחבה (extension) על הטקסט הקיים.

היא מכונה בספרות החוקתית הקנדית כ"קריאה לתוך ההסדר" (reading in) או שחזור הטקסט (reconstruction). ביטויים אלה אינם מוצלחים. השופט אינו משנה את הטקסט הקיים, ואינו משחזר אותו או מוסיף עליו. השופט אינו נוגע כלל בטקסט הקיים. פעולתו של בית המשפט שונה היא. הוא קובע, כי כל עוד הטקסט הקיים עומד בעינו - וכאמור, השופט אינו "נוגע בו" כלל - מתבקש מתן טובות הנאה דומות לקבוצה נוספת, המצויה מחוץ לטקסט. הענקתה של טובת הנאה זו נגזרת במישרין מתוך עקרון השוויון, שהוא עיקרון נורמטיבי אשר הטקסט כפוף לו וחייב לציית לו. הנה כי כן, בית המשפט אינו שותל איבר נוסף לגוף הטקסט הנגוע בהפליה פסולה. בית המשפט קובע, עם זאת, כי מכוח העיקרון של השוויון

-וכל עוד ההסדר החוזי המפלה עומד בעינו - מתבקש סעד של מתן טובת הנאה גם לסוג המופלה, באופן שההפליה תוסר.

21. כפי שראינו, סעד זה מוכר במשפט החוקתי האמריקני. בפרשת [26] (1970) *welsh v. United states* פטר חוק אדם משירות צבאי בשל התנגדותו למלחמה מטעמים של דת או אמונה. העותר ביקש פטור מטעמי מצפון. מספר שופטים קבעו כי הפטור מטעמי דת או אמונה משתרע גם על פטור מטעמי מצפון. לא כן השופט הרלן (harlan). לדעתו, פטור מטעמי מצפון לא הוסדר בחוק. בכך פגם החוק בהוראות החוקה. התרופה הראויה, לדעת השופט, אינה בביטול הפטור מטעמי דת או אמונה אלא בהענקת פטור, שמקורו בחוקה

Where a statute is defective because of underinclusion there exist a court may either declare it a nullity and: two remedial alternatives Order that its benefits not extend to the class that the legislature Include those who are aggrieved by exclusion... Intended to benefit, or it may extend To a graft than the coverage of the statute to amputation, i think the boundaries of permissible choice while the necessary remedial operation, extension, is more analogous . May properly be considered by the legislative pronouncement "severability"omon"אזוה פרשה נוהגים בתי המשפט האמריקניים לנקוט תרופה זו (ראה: r. Bader, "Some thoughts on judicial authority to repair" Clev. St. L. Rev 28"unconstitutional (1979). B; 301.K ginsburg :constitutional remedies for underinclusive statute" legislation .c.l.l.- Harv. C.r 20"a critical appraisal of heckler v. Mathens ,miller Rev (1985). 79 תרופה זו נראית בעיני בית המשפט כטבעית וכראויה וכעדיפה על ביטול. באחת הפרשות נדון חוק אשר העניק סיוע למשפחות נצרכות. נקבע בחוק, בין השאר, כי התמיכה תינתן למשפחה ובה אם שאינה עובדת ואב שעבד בעבר אך עתה הוא מובטל. משפחה ובה אב שאינו עובד ואם שעבדה אך עתה היא מובטלת, לא נכללה בגדר מקבלי התמיכה. בית המשפט קבע כי חוק מפלה שלא כדין משפחות שבהן האב אינו עובד ואילו האם עבדה ועתה היא מובטלת. על רקע זה התעוררה בעיית התרופה: האם לבטל (nullification) את התמיכה למשפחה הזכאית (לאור ההפליה הטמונה בהסדר) או להרחיב (extension) את תחולת החוק על משפחה שלא נכללה בו. נפסק כי יש להוסיף את המשפחה שהופלתה לרעה (ראה [27] califano (1979) (v. Westcott).

22. בדרך דומה נוהג בית המשפט העליון בקנדה. הוא נוהג לעתים קרובות "לקרוא לתוך החוק" (in reading) הוראות אשר ישללו את אי החוקתיות של החוק. כותב השופט להמר (lamer) בפרשת [37]12, at : schachter v. Canada(1992) : "Extension by way of reading in is closely akin to the practice of" severance. The difference is the manner in which the extent of the Inconsistency is defined. In the usual case of severance the Inconsistency is defined as something improperly included in the the The inconsistency is defined as what the statute wrongly excludes rather statute which can be severed and struck down. In the What the statute excludes, the logical result of case of reading in declaring inoperative than what it wrongly includes. Where the inconsistency is defined as That inconsistency may be to include the excluded group within the . Statutory scheme. This has the effect of extending the reach of the"statute by way of reading in rather than reading down

23. תרופות אלה, ראויות הן במישור החוקתי. הן מקדמות את התכלית המונחת ביסוד ההסדר החוקתי. הן מונעות את הצורך לבטל את דבר החקיקה. השימוש בתרופה זו אינו עניין מכאני. יש לבדוק בכל מקרה אם ההרחבה אפשרית. יש לבחון אם היא פשוטה לביצוע, ואם אין בה התערבות יתרה במירקם החקיקתי. יש להתחשב בהשפעות התקציביות. אכן, טובת הנאה המוענקת בחוק לקבוצה שולית, אין בה כדי להצדיק מתן תרופה חוקתית בדרך של הרחבת התרופה לקבוצה גדולה ומהותית. אין גם לנקוט טכניקה זו כדי להטיל חובות על קבוצות אוכלוסיה שהחוק הפלה אותן לטובה בכך שלא הטיל עליהן חובות אלה.

24. תרופות אלה - אשר פותחו במישור החוקתי - ראויות הן לתחולה בתחום ההסכם הקיבוצי וההסדר הקיבוצי. אלה קובעים משטר חוזי, הכפוף לעיקרון נורמאטיבי 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 נורמאטיבי 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 הנאה 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 הנורמאטיבי 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 הנורמאטיבי העליון - שמקורו בחוק הקוגנטי - אשר מחייב את המעביד לשוויון. אכן, כשם שמכוח העליונות הנורמאטיבית של החוקה (או חוק היסוד המשוויין) ניתן להרחיב את היקף התחולה של הוראת חוק, כן ניתן להרחיב, מכוחו הנורמאטיבי של החוק, את היקף התחולה של הוראות בהסכם קיבוצי או בהסדר קיבוצי. מכוח עליונות נורמאטיבית 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 החזיתית. היא מוסיפה קבוצה קטנה של נהנים ואינה מטילה, על-כן, מעמסה תקציבית של ממש. נעשה צדק, ונראה שנעשה צדק.

העתירה נדחית. התיק חוזר לבית הדין האזורי לעבודה, כאמור בפסק-דינו של בית הדין הארצי לעבודה. העותרת תישא בהוצאות המשיב 1 בסכום כולל של 10,000 ש"ח.

השופט י' קדמי: השאלה הדורשת הכרעה בעניין זה היא: האם המושג "בן זוג/בת זוג" שננקט בהסכמי עבודה, כולל בני-זוג מאותו מין אם לאו. חברי הנכבד, המשנה לנשיא, השיב על כך בחיוב. לצערי, לא אוכל להצטרף למסקנה זו, ואלה עיקרי טעמי: "1. בן/בת זוג": המשמעות המושגית במישור החברתי (א) המושג הלשוני בן/בת-זוג המהווים יחד "משפחה" - מבטא, במישור החברתי, צירוף של שני פרטים משני המינים ל"זוג"; ש"זוג", בהקשר זה, מציג משחר האנושות ועד היום הזה - חבירה של שני פרטים משני המינים. כך אצלנו וכך בכל מקום בעולם, וספר הספרים מספק לכך הוכחה חותכת: "ויברא אלהים את-האדם בצלמו בצלם אלהים ברא אתו זכר ונקבה ברא אתם" (בראשית, א, כז [א]).

כך בין בני האדם וכך בין בעלי החיים, וסיפורה של תיבת נח אינו מותר ספק בעניין זה: "שנים מכל תביא אל-התבה להחית אתך זכר ונקבה יהיו" (בראשית, ו, יט [א]).

אין מניעה, כמובן, להשתמש במונח "זוג" כדי לבטא "כמות" של שני פרטים; ברם - לא במשמעותו הכמותית של המושג אנו עוסקים כאן, אלא במשמעותו המהותית במישור החברתי.

ליתן למושג "זוג", בהקשר הנדון כאן, משמעות אחרת מן המשמעות הלשונית שיש לו מאז ומתמיד - הוא בלתי אפשרי. "משמעות אחר" למושג זה נוטלת ממנו את נשמת אפו; ושוב לא ב"זוג" בונה "משפחה" - המשלב במסגרתו "בן-זוג" ו"בת-זוג" - המדובר, אלא ב"זוג" המבטא "כמות" של שני פרטים שחברו יחד, יהיה מינם אשר יהיה.

המושגים "בן-זוג" ו"בת-זוג" קשורים בלשונו קשר בל ינתק במושג "משפחה"; ואין לך "משפחה" אלא אם כן "בן-זוג" ו"בת-זוג" - משני המינים - מרכיבים את תשתיתה (להלן: - זוג דו-מיני).

(ב) הקשר ההופך שני פרטים - משני המינים - ל"זוג" במשמעות הלשונית-חברתית, מתאפיין בהחלטתם של השניים לקיים מסגרת חיים משותפת; ו"משותפת" בהקשר זה מבטאת, בין היתר ובמיוחד, חיי אישות שתכליתם הבראשיתית - ומבחינה מושגית אי-אפשר בלעדיה - היא להביא צאצאים לעולם: "ויברך אותם אלהים ויאמר להם אלהים פרו ורבו ומלאו את-הארץ" (בראשית, א, כח [א]).

על-כן, לא בכדי קשור המושג "זוג" בטבורו לפועל המבטא "הזדווגות"; שה"זוג" וה"הזדווגות" חד הם, ורק במקום שאלה קיימים - ניתן לדבר ב"משפחה".

אכן, לא כל זוג "מסוגל" - או רוצה - להביא צאצאים לעולם, ולא כל "זוג" הופך כזה על-מנת להביא צאצאים לעולם. ברם, אין ב"חריגים", בהקשר זה, כדי לפגוע במשמעותו המושגית-עקרונית של המושג "זוג"; ועל-כן תנאי מוקדם להיותם של שניים "זוג" - נעוץ בכך שהם בני מינים שונים.

(ג) ה"זוג" הדו-מיני הוא היוצר את התא המשפחתי הראשוני; וכאמור, אין לך "משפחה" במשמעותה החברתית, אלא אם זוג דו-מיני בבסיסה.

אכן, ניתן לשנות משמעותם של מושגי יסוד כ"זוג" וכ"משפחה". ברם - השינוי צריך להיות, בראש ובראשונה, שינוי מושגי של משמעויות יסוד לשוניות; שהלשון הקיימת מקדמת דנא אינה מכירה ב"זוג" וב"משפחה" שאינם דו-מיניים, אלא כתופעה חריגה המצריכה תוספת מתארת לצד נקיטת מושגים אלה, המאבדים את משמעותם הראשונית במקום שאין המדובר בחבירה של שני המינים.

(ד) אכן, אפשר ש"שניים" מאותו מין יאמצו לעצמם תווי אופי חיצוניים המאפיינים "זוג" ו"משפחה" כאמור, ויחקו - ככל שבידם לעשות זאת - את דרך התנהגותם של "בני-זוג" ואף יקימו למעשה "משפחה". ברם, בכך אין הם הופכים ל"זוג" ול"משפחה" במשמעותם היסודית של מושגים אלה בלשונו; והלשון היא, בסופו של דבר, האספקלריה שבה נשקפים פניה של חברתנו.

על-מנת ששניים יהפכו ל"זוג" המקים "משפחה", במשמעות המושגית-לשונית של שפתנו - ושפה משותפת עומדת בבסיס קיומנו כחברה - תנאי חיוני והכרחי הוא ששני הפרטים המרכיבים "זוג" נמים עם שני המינים.

בעניין זה, אין משמעות לכך ששני פרטים מאותו מין, החוברים ל"זוג", עושים זאת בשל כך שנטייתם המינית הטבעית אינה מאפשרת להם להיות "בני-זוג" - במשמעות המושגית המקובלת בשפתנו - לבני המין האחר. לא ה"יכולת" להיות בן-זוג, במשמעות הלשונית היסודית כאמור, היא הקובעת כאן, אלא - מינו של השותף. המבחן להיותם של שניים "בני-זוג" - על-פי משמעותו הלשונית של המושג - אינו נעוץ באורח החיים שמקיימים השניים, אלא, בראש ובראשונה, בהיותם בני מינים שונים.

(ה) אין לראות באמור לעיל עמדה הנעוצה בגישה דתית שמרנית: לא הדת הכתיבה את משמעות המושג "זוג" במישור הלשוני, אלא החיים גופם הם שהכתיבו זאת; והמציאות המשקפת את החיים היא העומדת בבסיסו של מטבע הלשון "זוג" והיא שנתנה לו את משמעותו הנ"ל במישור החברתי.

(ו) ויודגש:

(1) המושג: "זוג" - שמרכיביו הם "בן הזוג" ו"בת הזוג" - אינו קשור בהכרח במוסד הנישואין. ניתן לעשות שימוש במושג "זוג" כשלעצמו, הן בקשר ל"זוג נשוי" והן בקשר ל"זוג שאינו נשוי", כל עוד חבירתם של בני הזוג הופכת אותם ל"זוג" במשמעות המוצגת לעיל.

(2) אין שום מניעה להוסיף מילות תואר למושג "זוג" - במשמעותו החברתית הבסיסית כאמור - כגון: נשוי ושאינו נשוי; כאשר לתואר "נשוי" אין השלכה על משמעותו הבסיסית של המושג "זוג" כמבטא, בהקשר הנדון כאן, שני פרטים משני

המינים, המקיימים תא חברתי שבבסיסו שיתוף מיני, שאופיו נקבע על-ידי ייעודו הראשוני.

(3) אשר-על-כן - ועל כך עוד ידובר בהמשך - אין מניעה להתייחס אל "ידועים בציבור" כאל "בני-זוג", משום שמתמלא לעניינם התנאי הבסיסי של חברת שניים משני המינים לתא משפחתי במשמעות הבסיסית האמורה. הידועים בציבור אינם זוג "נשוי" אך הם מהווים "זוג" ו"משפחה"; ובתור שכאלה, לא היה קושי מושגי עקרוני להחיל לגביהם הסדרים משפטיים שנקבעו לגבי זוג "נשוי" ולהתייחס אליהם, חברתית ולשונית, כאל "זוג" לכל דבר.

(ז) במצב דברים זה, בלשון בני האדם - כל בני האדם - הדיבור "זוג", בהקשר החברתי, מבטא חבירה של שני פרטים משני המינים, ל"חיים משותפים", במשמעות הראשונית של הדיבור כאמור לעיל; ואם מבקשים אנו לשנות את משמעותו של המושג

-עלינו לעשות כן, בראש ובראשונה, במישור המושגים הלשוניים הבסיסיים של שפתנו ולקבוע שינוי זה, במפורש, בדברי החקיקה המתייחסים לעניין זה. ללא קביעה מפורשת - החוק מבטא את המשמעות הלשונית של המושגים שהוא נוקט, אלא אם כן נאמר בו אחרת.

החוק מדבר בלשון בני אדם, שהרי לבני האדם הוא נועד; ובמקום שמבקשים אנו לסטות מלשון בני האדם ולדבר "משפטית" - יש לעשות כן בהוראה מפורשת, ברורה וחד-משמעית מטעמו של המחוקק. בהקשר הנדון כאן, צריך שתהא זו הוראה המשנה במכוון את משמעותו הלשונית של המושג "זוג" בהקשר החברתי ומעניקה למושג זה, לצורך העניין, משמעות אחרת, שונה מהותית מזו שיש לו בלשון הנוהגת.

2. הנישואין ומוסד הידועים בציבור

א. ככלל, מקום שהלשון מדברת ב"בני-זוג" - במישור החברתי - התמונה הראשונה המצטיירת בהכרתו של השומע או הקורא היא זו של זוג "נשוי"; שה"נישואין" הם הנותנים הכרה משפטית - וחברתית - לחיים משותפים של "בני-זוג" כתא משפחתי, במשמעות הראשונית האמורה.

ב. ברם, כפי שכבר נאמר, לא המסגרת הפורמאלית-חיצונית של הנישואין היא המעניקה ל"זוג" את משמעותו הלשונית המסורתית כאמור לעיל: "זוג" במשמעות הנדונה כאן יכול שיהא "נשוי" ויכול שיהא "לא נשוי", אך לעולם חייב הוא להיות "זוג"; ואין לך "זוג" במשמעות הנדונה כאן, אלא אם כן שני הפרטים המרכיבים אותו נמנים עם מינים שונים. לשונית - אין לנו במישור החברתי זוג "אחר" והלשון - היא העומדת בבסיס התקשורת בין בני האדם, והיא האמצעי שבו מבטאים בני האדם את מושגיהם.

הנה כי כן, הנישואין כמוסד משפטי לא מקנים למונח הלשוני "זוג" את תוכנו ומשמעותו המושגית, אלא אך מוסיפים לו הכרה חברתית כתא משפחתי בקהילה, ומקנים לשני הפרטים המרכיבים אותו - בן הזוג ובת הזוג - זכויות וחובות במישור המשפטי.

ג. אשר-על-כן - וגם זאת כבר נאמר - מקום ש"זוג" עונה על ההגדרה הבסיסית של מושג זה - לאמור: מקום שמדובר בחבירה של שני פרטים ממינים שונים לחיים משותפים כתא משפחתי במשמעות המוצגת לעיל - אין כל קושי שבהגיון הדברים לראותו כ"זוג נשוי" לעניינן של חובות וזכויות שקובע הדין לזוג "נשוי"; בבסיס הענקת זכויות והטלת חובות על זוג נשוי על-ידי המשפט, עומדת תפיסת השניים כ"זוג".

לעומת זאת, כאשר המדובר בשניים שחברו לחיים משותפים כ"צמד" שאינו "זוג" במשמעות הלשונית הבסיסית האמורה, הגיון הדברים אינו מאפשר להתייחס אליהם מן ההיבט המשפטי כאילו היו "זוג", משום שהם מהווים דבר "אחר". הזוג ה"נשוי" והזוג ה"ידוע בציבור" - "זוג" הם, בעוד ששניים שחברו לחיים משותפים והם מאותו מין - לא "זוג" הם, אלא "צמד חברים".

3. ההסכם קיבוצי - וההסדר הקיבוצי

א. ומן הכלל אל הפרט. ההסכם הקיבוצי - שבפרשנות הוראתו אנו עוסקים - מדבר ב"בן/בת זוג (בעל/אשה)" (ההדגשה שלי - "י ק"); כאשר למושגים "בן/בת זוג" יש ליתן את המשמעות הלשונית המסורתית, שלפיה מדובר בפרטים משני המינים המרכיבים "זוג" כמפורט לעיל.

התוספת "בעל/אשה" - לא באה ללמד על כך שהמדובר כאן בבני-זוג ממינים שונים, משום שלצורך זה אין צורך בתוספת כלשהי ודי בנקיטת המושג "בן/בת זוג". התוספת באה להבהיר שהמדובר בהסכם זה בבני-זוג ה"נשואים" זה לזה, שרק להם ייקרא "בעל" ו"אשה"; והתוספת המשלימה שבהסדר הקיבוצי, המדברת ב"ידוע/ה בציבור כבעל/אשה", מוכיחה שאכן כך הם פני הדברים. אלמלא ההשלמה - ניתן היה לפרש את המילים "בעל/אשה" שבהסכם הקיבוצי כמצמצמים "בן/בת זוג" לזוג "נשוי" בלבד, והיה צורך להבהיר כי המדובר גם ב"זוג" שאינו נשוי אלא ידוע בציבור בתור שכזה בלבד.

ב. הוספת "הידוע/ה בציבור" בהסדר הקיבוצי אינה מהווה פריצת המסגרת שנקבעה בהסכם הקיבוצי: גם כאן וגם שם מדובר ב"זוג" וב"בני-זוג" במשמעות החברתית הבסיסית של המושג "זוג" כאמור לעיל; ולהבחנה בין "זוגות" על רקע של נישואים יש יותר מאשר ניחוח שלהפליה. בסיסית, זוג נשוי וזוג שאינו נשוי "שווים" הם ככל שמדובר במשמעות המושג "זוג"; וההבחנה ביניהם על בסיס ה"נשואין", המהווה אך תו פורמאלי חיצוני למסגרת החיים המשותפים כ"זוג", מהווה "הפליה" פסולה ולא "הבחנה" מותרת. די בכך כדי להצדיק את ההשלמה שבהסדר הקיבוצי, שבאה למנוע הפליה פסולה ואסורה בין "זוגות".

ג. לעומת זאת, שילוב צמד המורכב משני פרטים מאותו מין (להלן - זוג חד-מיני) בהוראות האמורות בהסכם ובהסדר - מהווה שילוב "נטע זר" של גוף שאינו "זוג", במטע אחד של "זוגות", נשואים ושאינם נשואים.

"זוג" חד-מיני אינו "זוג" במשמעות הלשונית הבסיסית, ולגבי דידי יש לכנותו ,

לשונית, "צמד"; והטענה כי הופלה לרעה לעומת "זוגות" אחרים הינה נטולת בסיס: הזוג הנשוי ושאינו נשוי - זוג הוא, וההבחנה ביניהם מהווה הפליה; ואילו ה"צמד" אינו "זוג" - וההבחנה בינו לבין "זוג" (נשוי או רק ידוע בציבור) אינה הפליה.

וכל עוד לא תשונה משמעותו הלשונית והחברתית של המושג "זוג", לא יהפוך ה"צמד" ל"זוג": שהאחרונים "מתאחדים לאחד" ("על-כן יעזוב איש את-אביו ואת-אמו ודבק באשתו והיו לבשר אחד", בראשית, ב, כד [א]), ואילו הראשונים לעולם יישארו שניים.

4. ההיבט הפרשני

(א) אמצעי התקשורת בין בני האדם הוא הלשון, ותנאי מוקדם להבנה בין בני שיח נעוץ ביציבות משמעותם הלשונית של המילים, הביטויים והמושגים המרכיבים את הלשון.

(ב) החוק מדבר, כאמור, אל בני האדם בלשון בני אדם; ובבסיס פרשנות הוראותיו עומדת, בראש ובראשונה, המילה. המושגים "זוג" ו"בני-זוג" והקשר הלשוני בינם לבין "משפחה" הינם קודם כול מושגים לשוניים, שמשמעותם - ככל שמדובר במישור החברתי - היא, כאמור לעיל, חבירה של שני פרטים הנמנים עם שני המינים לחיים משותפים בתא משפחתי, כשהשיתוף מתאפיין, בין היתר, בחיי אישות המיועדים, מושגית, להבטחת המשכיות החיים.

(ג) כך לעניין פרשנותו של חוק, וכך גם לעניין פרשנותו של מסמך משפטי: "זוג" מצריך חבירה של שני פרטים משני המינים; וזאת, גם כאשר אין ביכולתם המעשית או ברצונם של השניים - ויהיו הטעמים לכך אשר יהיו - לקיים שיתוף מיני המכוון להבטיח את המשכיות החיים.

(ד) אכן, אחד מכללי היסוד של פרשנות החוקים הוא, שהחוק מתפרש כך שיגשים את תכלית חקיקתו; ובשינויים המתחייבים - מסמך משפטי מתפרש באופן שיגשים את כוונת הצדדים לו.

במקום שהלשון ברורה - נחטא לתפקידנו אם נסטה מן המשמעות לשונית המוסכמת שעל פיה מכוונים הבריות את חייהם וניתן למושגים שנוקטים החוק או ההסכם משמעות שונה מזו שיש להם בעולמה של השפה.

5. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה - הפליה

(א) מצטרף אני בכל לב לדבריו המאלפים של חברי הנכבד, המשנה לנשיא, בכל הקשור למשמעותו של עקרון השוויון ולחובת הגשמתו והשלטתו.

ברם, כפי שציין חברי הנכבד - אגב ציטוט מד"נ [16]10/69 ומבג"צ [17]30/55 - אין לך פגיעה בעקרון השוויון, אלא בין "שווים"; ומקום שמדובר במי שאינם שווים, אין לראות בנקיטת טיפול שונה כלפיהם לעומת אחרים השונים מהם משום הפליה נפסדת, אלא משום הבחנה נסבלת גרידא.

(ב) חברי הנכבד מצא, כי בני-זוג מאותו מין (הזוג החד-מיני) "שווים" ל"בני-זוג" ממינים שונים (הזוג הדו-מיני); ומכאן - קצרה הדרך, מטבע הדברים, למסקנת ה"הפליה" בין שני סוגי ה"זוגות", כאשר האחד זוכה בטובת הנאה והשני אינו זוכה.

עמדה זו אינה מקובלת עליי, ולשיטתי - כפי שמתחייב ממה שנאמר על-ידי עד כה - המדובר בשני "זוגות" שונים לחלוטין על-פי מהותם; האחד, הדו-מיני (נשוי ושאינו נשוי) הינו "זוג", ואילו האחר - החד-מיני - אינו אלא "צמד"; ועל-כן אין בהטבה עם האחד משום הפליה לאי הענקת ההטבה למשנהו.

(ג) את המכנה המשותף, ההופך את שני ה"זוגות" - החד-מיניים והדו-מיניים

-ל"שווים" לעניין עקרון השוויון, מוצא חברי הנכבד בכך שתווי האופי המאפיינים את מסגרת החיים המשותפים של השניים זהים: שניהם מנהלים משק בית משותף, שניהם מקיימים תא משפחתי, ושניהם חיים במסגרת חברתית שיסודה בחיי שיתוף ואחוה; ולכאורה - אין הם נבדלים זה מזה אלא בסממן פורמאלי חיצוני, והוא שבני הזוג החד-מיני אינם יכולים להינשא זה לזה, ותו לאו.

ומוסיף חברי הנכבד: "אי היכולת להינשא" היא הסממן המבדיל גם בין בני-זוג נשואים לבין בני-זוג שהם "ידועים בציבור"; וסממן מבדיל זה לא מנע השוואה מוחלטת בין האחרונים לבין בני הזוג הנשוי.

(ד) לשיטתי שלי, אין די בחיי שיתוף ואחוה - כפי שמציין חברי הנכבד - כדי להפוך זוג חד-מיני ל"זוג" במשמעות שיש למושג זה בלשוננו בהקשר הנדון כאן וזאת משום שנעדר הימנו יסוד חיוני ל"זוגיות", והוא - שבני הזוג נמנים עם מינים שונים. "אי היכולת" הפורמאלית להינשא - בנישואים פורמאליים - אינה מעמידה את הזוג החד-מיני בשורה אחת עם הזוג הדו-מיני "הידוע בציבור", שאינו נשוי; שהאחרון הוא "זוג" במשמעות הלשונית שיש למושג זה, ואילו הראשון אינו כזה.

ההבחנה בין הזוג הדו-מיני - לרבות ה"ידוע בציבור" - לבין הזוג החד-מיני נעוצה במהותו הבסיסית של המושג "זוג": הראשון הינו "זוג" משום שמרכיבים אותו, כאמור, שני פרטים ממין שונה, בעוד שמשנהו אינו כזה; והעובדה שבני הזוג החד-מיני מקיימים מסגרת חברתית "דומה" במאפייניה החיצוניים לזו של המסגרת החברתית שמקיים הזוג הדו-מיני - התא המשפחתי הטבעי - אינה הופכת אותם לזוג דו-מיני.

כאמור, יסוד חיוני - שהוא בבחינת תנאי-שבלעדי-אין בהקשר זה - להפיכת שני פרטים המקיימים חיי שיתוף ואחוה ל"זוג" במשמעותו בלשון העברית, נעוץ בהיותם "בשר אחד" וביכולתם - המושגית - לקיים "פריה ורבייה". הזוג ה"נשוי" והזוג "הידוע בציבור" ממלאים תנאי בסיסי זה, ועל-כן "שווים" הם ככל שמדובר בבדיקתה של טענת הפליה; בעוד שהזוג החד-מיני, שאינו ממלא אחר התנאי הבסיסי האמור, שונה מהם בהקשר האמור.

(ה) חברי הנכבד ער לקיומו של הבדל מהותי המבחין, מושגית, בין שני ה"זוגות"

כאמור, אך לגישתו אין להבדל זה השלכה לסוגיה העומדת לדיון; וזאת - משום שלשיטתו החליטה אל-על להעניק לעובדיה טובת הנאה" בדמות כרטיס טיסה שיאפשר לו ליטול עמו את זה שעמו הוא חי חיים משותפים" (ההדגשה שלי - י' ק'), ולעניין זה אין הבדל בין שני הזוגות.

גם גישה מצומצמת ומצמצמת זו של הבעיה הניצבת לפנינו לא מאפשרת לי, לצערי, להצטרף אל חברי. אכן, המדובר בפרשנותה של החלטת אל-על. ברם, החלטה זו אינה מדברת בהענקת כרטיס טיסה למי "שחי עם העובד חיים משותפים" (ההדגשה שלי - י' ק'), אלא - ל"בן/בת זוגו, של העובד" (ההדגשה שלי - י' ק'); וההבדל - הלשוני שבין השניים מדבר בעד עצמו. כפי שכבר אמרתי, לעניות דעתי, המושג "זוג" בלשונו - בהקשר החברתי הנדון כאן - מבטא את חבירתם של שני פרטים לחיים משותפים, ההופכים אותם פיזית ל"בשר אחד" במשמעות הראשונית של הביטוי: "זכר ונקבה בראם ... ויקרא את-שמם אדם ..." (בראשית, ה, ב [א]); ואילו חבירה של שני פרטים שמלכתחילה אינם יכולים, פיזית, להפוך ל"בשר אחד" כאמור, ומושגית אין בידם להגשים את התכלית האמורה - יוצרת זוג כמותי (שמדובר בשניים) אך לא זוג איכותי (שאינו בכוח השניים להפוך לאחד, על רקע מצוות פרו ורבו).

(ו) לשיטתי, אין לפנינו אלא מה שכתוב בהסכם הקיבוצי - ובהשלמה המצויה בהסדר הקיבוצי - לאמור: "בן/בת זוגו (בעל/אשה) "בהסכם, ו"דוע/ה בציבור כבעל/כאה של עובד/ת החברה" בהסדר; ואין אני סבור שרשאים אנו לקרוא במקום אלה: "מי שחי/ה עם העובד חיים משותפים" ואף לא "מי שמקיים/ת עם העובד תא משפחתי".

לא ב"חיים משותפים" וב"תא משפחתי" המדובר, אלא ב"בני-זוג" במשמעות המושגית הבסיסית שיש למושג זה בלשונו; ואלה - לעולם משני המינים הם, כל עוד לא תשנה הלשון את טעמה.

5. לעניין טענת ההפליה בין "זוג חד-מיני" לזוג "דו-מיני" - אין מקום לשיטתי לשיקולים של הצדקה סוציאלית; וההבחנה בין שניים אלה אינה נעוצה בנטייתם המינית של העובדים, אלא בהבחנה בין "זוג" ו"משפחה" לבין מי שאינם מהווים לא "זוג" ולא "משפחה", במשמעות שניתנה להם בלשונו. גם לעובדים רווקים - "דו-מיניים" או "חד-מיניים" - יש חברים קרובים שהיו רוצים לבלות את חופשתם עמם בחו"ל; ואיש אינו טוען שאלה מופלים לרעה בכך שההטבה נמנעת מהם, אך בשל כך שאין הם קושרים עצמם למסגרת פורמאלית של "חיים משותפים" עם אותם חברים.

אל-על ניאותה להעניק הטבה ל"בני-זוג" המרכיבים "משפחה" כמשמעותה בלשון שבה אנו מתקשרים איש עם רעהו; ואין בכך משום הפליה על רקע של "נטייה מינית"

כאשר אין אנו רואים את בני הזוג החד-מיני כלולים במושגים הלשוניים "זוג" ו"משפחה". יש כאן הבחנה בין "בן-זוג" ל"שאינו בן-זוג", וניתן לטעון כי מן ההיבט הסוציאלי והחברתי מופלים "בני-זוג" לעומת אלה שאינם כאלה; ברם, הפליה על רקע של "נטייה מינית" אין כאן.

6. ועוד לעניין ההבחנה בין ה"זוגות"

(א) בין בני הזוג הדו-מיני קיימת מחויבות הדדית כוללת לשיתוף וליציבות, איש כלפי רעהו והשניים יחד כלפי המסגרת הזוגית, בכל תחומי החיים; והמשפט נותן תוקף למחויבות זו, משום שלחברה, בתור שכזו, יש אינטרס עמוק בשמירת המסגרת הזוגית - העומדת בבסיס המבנה הארגוני של החברה האנושית - ובהבטחת יציבותה.

החברה אימצה בהקשר זה את הגישה הרואה בהפיכת בני הזוג ל"בשר אחד -"

המסוגל, מושגית, לקיים את הייעוד של "פרו ורבו" - כתנאי להפיכת שניים שחברו לחיים משותפים ל"זוג"; והלשון מבטאת זאת במשמעות שהיא נותנת ל"זוג" ול"משפחה". במקביל יצרה החברה כללים למתן גושפנקה של הכרה חברתית במסגרת ה"זוגית", והיא מגינה עליה ומתערבת במקום שזוג מבקש לפרק את המסגרת, ואף עושה למניעת הפירוק במקום שהדבר אפשרי.

ההגנה וההתערבות כאמור נעשות בכלים משפטיים; והמשפט - בעקבות הלשון, המשקפת את המוסכמות החברתיות - מתייחס ל"זוג" ול"משפחה" משמעות האמורה, כאשר הזוג "החד-מיני" אינו בא בגדרם.

(ב) ההכרה בזוג הדו-מיני הידוע בציבור כ"זוג", אף שלא קיימות לגביו כל הערוכות המשפטיות למחויבות ההדדית וליציבות, נעוצה בכך, שהתנאים החברתיים הבסיסיים לקיומו של "זוג" - קרי: חבירה של שני פרטים ממינים שונים ל"בשר אחד", המסוגל, מושגית, להבטיח רבייה - מתקיימים כאן ומשמתיימים אלה - אין הצדקה חברתית להתעלם מקיומו בפועל של התא המשפחתי ומבני הזוג המרכיבים אותו, אלא, אדרבא, לדאוג לשמירת המחויבות ההדדית והיציבות של התא, אף ללא המעמד הפורמאלי של נישואין.

הכללים המעניקים לבני הזוג הדו-מיני הידוע בציבור "טובות הנאה הדדיות" כזוג נשוי - בתנאים שקובע לכך הדין - נעוצים ברצון ליתן ביטוי למחויבות ההדדית ולהבטיח את היציבות של התא המשפחתי שבנה ה"זוג" הידוע בציבור, שלא בדרך הפורמאלית של כניסה למוסד הנישואין דווקא.

(ג) לא כך הם פני הדברים כאשר מדובר בזוג החד-מיני: מצד אחד - לא מתמלא התנאי המהותי של מין שונה, שבלעדיו אין לדבר פיסית על "בשר אחד" ומושגית על רבייה והמשך החיים, ועל-כן אין הוא מהווה אותו תא ראשוני העומד בבסיס המבנה הארגוני של החברה האנושית; ומצד שני - לא קיימת בין בני הזוג אותה מחויבות הדדית ליציבות השיתוף ולהמשכיותו, שיש בכוחה להניע את החברה להכיר בהם כזוג "מיוחד" ולשבץ אותם לצד הזוג "המובהק" בבסיס המבנה החברתי.

כאשר תגיע החברה לכלל מסקנה, כי גם זוג חד-מיני ראוי לשמש "תא" בסיסי של המבנה החברתי לצדו של הזוג הדו-מיני, וכאשר תקבע כללים להיווצרותו, למתן הכרה פורמאלית בקיומו ולהבטחת המחויבות ההדדית בין מרכיביו לשיתוף וליציבות - כי אז

תשתנה משמעותו הלשונית המושגית של הדיבור "זוג" ו"משפחה" בהקשר זה, והזוג החד-מיני ידור במסגרת לשונית חדשה לצד הזוג הדו-מיני.

אך כל עוד אין הסכמה חברתית כאמור - הזוג החד-מיני אינו בא בגדר "זוג" בלשונו ואינו מוכר כאחד מתאי הגרעין של חברתנו; ומטבע הדברים, שהיווצרותו, מחויבותם ההדדית של מרכיביו לשיתוף וליציבות וכן זכויותיהם וחובותיהם של הנמנים עמו - אינם מוסדרים על-ידי משפטנו.

(ד) השינוי הדרוש כאן הינו אפוא שינוי מושגי בסיסי של תפיסתנו החברתית, בדבר מהותו של התא החברתי היסודי הנמנה בין רכיבי הבסיס האירגוני של חברתנו. גילוי של מה שנראה על פניו כ"סובלנות" כלפי חריגים ומאמץ למניעת קיפוח סוציאלי לכאורה מאותם חריגים על רקע חריגתם - אינה יכולה לבוא במקום השינוי המושגי הבסיסי הדרוש, להשוואת הזוג החד-מיני לזוג הדו-מיני.

7. חלוקת ההתייחסות המושגית לפי גזרות

(א) לשיטתי, אין מקום למתן משמעות "עצמאית" ונפרדת למושגים "זוג" ו"בן/ת זוג" בגזרות השונות של החיים המשותפים בחברה. לא מקובלת עליי הגישה האומרת כי מושגים אלה ייבחנו בנפרד במישור יחסי העבודה, במישור החקיקה הסוציאלי, במישור התושבות והאזרחות, במישור דיני הקניין והחיוכים, במישור המיסוי וכיוצא בזה.

לשיטתי, כאמור, במצב הקיים, מן ההיבט הלשוני-החברתי למילים "זוג" ו"בן/ת זוג" משמעות מושגית אחת ויחידה, והיא: שניים מבני מינים שונים אשר חברו יחד למסגרת חיים משותפים שבבסיסה היכולת הפיזית להיות ל"בשר אחד" והכושר הרעיוני למלא מצוות פרו ורבו; והוצאתו של תו אופי כפול פנים זה אל מחוץ למסגרת הגדרתו של המושג "זוג" - כמוה כביטול המשמעות שיש למושג זה בלשון המוסכמת המשמשת אותנו כחברה מסודרת.

(ב) פריצת המשמעות הלשונית המושגית בגיזרה אחת מובילה, מטבע הדברים, לפריצתה בגזרות האחרות, והמסגרת החברתית הבנויה על המשמעות המוסכמת הקיימת מתערערת. הדיבור "זוג", בהקשר זה, יאבד את משמעותו המושגית בלשונו ומרכז הכובד של משמעות זו, הנעוץ כיום בדו-מיניות של בני הזוג, יעבור להחלטה האישית לקיים בזמן נתון חיי שיתוף מעין משפחתיים, כאשר מינם של בני הזוג יישאר בשוליים. אין מניעה להגיע לתוצאה זו, אם ימצא כי נכון לילך בדרך זו. ברם, הדבר צריך להיעשות על-ידי מתן משמעות "אחרת" למושג הלשוני "זוג"; וזאת

-לא לנו לעשות, אלא למי שמוסמך לשנות את הלשון העברית, ולו גם במישור המשפטי בלבד.

(ג) ואל נא אובן שלא כהלכה: אין בגישתי כדי לקרוא תיגר על ההכרה החברתית הגוברת והולכת בנטייתם המינית של פרטים המבקשים לבנות חייהם עם בני מינם, ואין אני מבקש להציב מכשולים בדרכם של פרטים אלה להגשים את עצמם על-פי נטיותיהם. כל שמבקש אנוכי הוא להימנע מפריצת גדר "מושגית", מ"תוהו ובוהו" לשוני ומתקשורת

הלוקה ב"אי-הבנה", על-ידי סטייה כה חדה ממשמעותם של מושגים בסיסיים, שעליהם מושתתת ועל פיהם מתפקדת החברה שבה אנו חיים.

דורות על דורות שימש המושג "זוג" בהקשר החברתי כמבטא זוג דו-מיני. כך נקטו אותו בלשון הדיבור ובלשון הכתיבה, וכך שימש בקביעת הסדרים חברתיים ונורמות משפטיות. אם מבקשים אנו להכניס שינוי בעניין זה - ראוי שהדבר ייעשה בדרך המלך ולא שבבילים עקלקלים; שבלשון בני האדם אנו עוסקים, ומחובתנו לכבדה ולשמור על יציבות תכניה.

8. סיכומם של דברים

(א) זוג "דו-מיני" - נשוי או ידוע בציבור - הינו "זוג" במשמעות המושגית של המילה; ואילו זוג "חד-מיני" אינו כזה.

(ב) אשר-על-כן, מושגית, אין המדובר בזוגות "שווים"; ועל-כן ההבחנה בין הזוג הדו-מיני לזוג החד-מיני אך "הבחנה" היא, ולא "הפליה".

(ג) אין מקום להכרה חלקית ומסויגת במוסד הזוג ה"חד-מיני": לעניינם של הסכמי עבודה - כן; ולעניינם של תחומים אחרים - כגון: מסים, מעמד אישי, אזרחות, מסירת עדות וכיוצא בזה - לא.

שינוי תוכנו של המושג "זוג" צריך שיהיה כללי וגורף, וראוי לו שיעשה באופן שהכול יהיו ערים למשמעות החדשה שתיקבע לו ולהשלכותיה.

(ד) מותר למעביד להציע "טובת הנאה" לזוג דו-מיני בלבד, בלי להיכשל בהפליה, משום שהזוג החד-מיני אינו "זוג", והבחנה בין עובדים שהם "בני-זוג", במובן הלשוני הבסיסי האמור, לבין עובדים שאינם כאלה - "הבחנה" היא ולא "הפליה".

(ה) ההפליה, שלה טוען המשיב במקרה דנן, הינה "הפליה למראית עין" בלבד, והיא נעוצה במה שנראה על פניו כ"קיפוח חברתי". ברם, כל הבחנה בחלוקת טובות הנאה לעובדים כרוכה ב"קיפוח חברתי"; ולא לכך מכוון עקרון השוויון כמחסום בפני הפליה.

אילו דעתי נתקבלה הייתה העתירה מתקבלת, ופסק-דינו של בית הדין הארצי לעבודה היה מתבטל.

השופט ד' דורנר: 1. הפילוסוף הצרפתי מישל פוקו (michel foucault) עמד על השפעת הנורמות החברתיות - המשקפות את המקובל, "הנורמאלי", והמשתנות מעת לעת ומחברה לחברה - על הפעלת החוקים (הנורמות המשפטיות) הטרנצנדנטיים והפורמאליים.

...Le pouvoir de la norme... Est venu s'ajouter a d'autres celui de la loi... Et; en les obligeant a de nouvelles delimitationsdu texte

De l'egalite' formelle, puisque a l'interieur... La regle, il introduit ..le pouvoir de la norme fonctionne facilement a l'interieur d'un ..des differences (systeme M. Foucault, surveiller et punir(1975) 186)individuelles

"...כוחן של הנורמות החברתיות מתווסף לכוחות אחרים - החוק והטקסט וכופה עליהם הגבלות חדשות... כוח הנורמות החברתיות פועל היטב בתוך משטר המושתת על שוויון פורמאלי, כיוון שהוא מחדיר לתוך הכללים השוויוניים הבחנות אינדיבידואליות."

נראה לי כי אי-אפשר להכריע בעתירה שלפנינו ללא התייחסות לשינויים שחלו בנורמות החברתיות בישראל ביחס להומוסקסואליות.

2. המשיב טבע מן העותרת להכיר בגבר שעמו חלק את חייו כ"בן-זוג" שבעבורו הוא זכאי לקבל החל משנת 1989, על יסוד ההסדר הקיבוצי, כרטיסי טיסה. התביעה התקבלה על-ידי בית הדין לעבודה על יסוד חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון). החוק, שנכנס לתוקפו בתאריך 2.1.92, הוסיף לסעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (להלן - חוק שוויון ההזדמנויות) איסור להפלות עובדים בשל נטייתם המינית. בית הדין פסק כי החוק שינה את המשפט הקיים והצמיח למשיב זכות שלא הייתה לו קודם לחקיקתו, ועל-כן זכאי הוא לקבלת כרטיסי הטיסה ממועד כניסת החוק המתקן לתוקפו.

חברי, המשנה לנשיא ברק, הניח - באין טענה אחרת מצד המשיב - כי זכותו של המשיב אינה צומחת מן ההסדר הקיבוצי עצמו. לדעת השופט ברק, צומחת זכותו של המשיב מן החוק המתקן, המשקף את עקרון השוויון ואיסור ההפליה של עובדים מחמת נטייתם המינית.

חברי, השופט קדמי, בדעה כי לא ניתן לתת לביטוי "בני-זוג" משמעויות שונות בחוקים שונים. על-פי השקפתו, לביטוי זה מובן אחד ויחיד: איש ואישה שחברו יחדיו לחיים משותפים. פירוש זה מקבל הן מבחינה לשונית והן מבחינה חברתית. מכאן, שבאין הוראה מפורשת בחוק כי שותף לחיים מאותו מין הוא "בן-זוג", אין להעניק, על יסוד הוראה האוסרת הפליית העובד עצמו בשל נטייתו המינית, לשותף לחיים בן אותו מין טובות הנאה שזכאי להן "בן-זוג".

3. מסכימה אני לתוצאה המוצעת על-ידי המשנה לנשיא. עם זאת, לדעתי, זכותו של המשיב אינה נובעת אך מחוק שוויון ההזדמנויות, אלא נובעת היא מעקרון השוויון בכללותו, שנקלט זה כבר בתחום יחסי העבודה.

לשיטתי, חוק שוויון ההזדמנויות, בנוסחו המקורי, שיקף את עקרון השוויון בין המינים אך לא ייסד אותו. כך, למשל, בפרשת נבו [7], נפסלה על יסוד עקרון השוויון הוראה שקבעה גיל פרישה שונה לנשים ולגברים. פסילה זו התבססה על המצב המשפטי

שקדם לחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987, שהשווה את גיל הפרישה של עובדות ועובדים, תוך שמר על זכותן של עובדות לפרישה מוקדמת. השוו גם לדברי השופט מצא בבג"צ 453/94, [5]454, בעמ' 521-522.

בדומה, אף החוק

המתקן לא שינה את הדין הקיים בדבר שוויון זכויות ההומוסקסואלים, אלא אך נתן לו ביטוי. על-כן, אילו המשיב היה עומד על תביעתו המקורית לקבלת טובת ההנאה בעבור בן הזו מאז 1989, דהיינו בטרם חקיקת התיקון, הייתי נעתרת לו. מנגד, אלמלא התפתחות הנורמות החברתיות בישראל, שכבר אינן שוללות באופן נחרץ יחסים הומוסקסואליים, אפשר כי חוק שוויון ההזדמנויות היה מתפרש באופן מצר בדומה לפירושו של חברי, השופט קדמי - שלא היה מקנה למשיב את ההטבות שאותן תבע.

4. עקרון השוויון אינו פועל בחלל חברתי ריק. השאלה אם במקרה זה או אחר נוהגת הפליה בין שווים, או שמא מדובר ביחס שונה כלפי שונים, מוכרעת על סמך התפיסות החברתיות המקובלות. עמדה על כך השופטת ווילסון (wilson) בפסק הדין הקנדי בעניין In determining whether r. V. Turpin(1989) [38] 1331, at: "to personal there is discrimination on grounds relating" characteristics of the individual or group, it is important ...to look... To the larger social, political and legal context . Accordingly, it is only by examining the larger context that a court"can determine whether differential treatment results in inequality ראו גם דברי השופט דנינג (denning) בפסק הדין [34]dyson holdings ltd. V. Fox 1033, at (1975).

5. בעבר היו יחסי קרבה בין בני אותו מי - יחסים הנחשבים בכל הדתות המונותאיסטיות לחטא - עבירה פלילית. גם מחוץ למשפט הפלילי ניתנה לגיטימציה להבחנה מחמת נטייה מינית. הומוסקסואלים (אף לסביות במשמע) פוטרו ממקומות עבודתם, לא נתקבלו למשרות שבהן נדרש סיווג ביטחוני, ונאסר עליהם לגדל ילדיהם. בארצות-הברית הם סווגו כפסיכופטים, ונאסרה עליהם ההגירה לארץ זו The editors 153, 150, of the harvard law review, sexual orientation and the law 139, 132 ((1990), 119, 65, 44).

יחס זה השתנה בהדרגה. בספרות המשפטית נמתחה ביקורת על הגדרת יחסים הומוסקסואליים כעבירה פלילית ועל הפליית הומוסקסואלים בכל תחומי החיים, לרבות תחומי התעסוקה (308 (1992, cambridge) r. A. Posner, sex and reason). קמו תנועות לשוויון זכויות של הומוסקסואלים. המגמה היום - שראשיתה בשנות השבעים היא התייחסות ליברלית כלפי נטיות המיניות של האדם, הנתפסות כענייני הפרטי.

שינויים אלה בתפיסה החברתית באו לביטוי במשפט בעולם המערבי, ובני-זוג הומוסקסואלים זכו לשוויון, הכול בהתאם לנורמות החברתיות שבכל מדינה ומדינה.

6. בארצות אירופה אין עוד איסור פלילי על יחסים הומוסקסואליים. התחיקה בתחום המשפט הציבורי ויחסי העבודה - בצרפת, בדנמרק, בשוודיה ובנורווגיה אוסרת על הפליה מחמת נטייה מינית. חוקים בשוודיה, בהולנד ובנורווגיה משווים זכויות וחובות של זוגות הומוסקסואליים לזכויות וחובות של זוגות הטרוסקסואליים ובכללם, יתרונות מס והסדרי חלוקת רכוש בעת פרידה. החוק בשוודיה גם מכיר בזכות הירושה של בן הזוג ההומוסקסואלי (I. R. Helfer, "Va. lesbian and gay rights as", strategies for a united europe: human rights J. Of int.l 168, 32 157 (1991-92)). לשיא ההכרה זכו הומוסקסואלים בדנמרק. החוק במדינה זו מתיר "נישואין" בין בני אותו מין על-ידי רישום קשר השותפות לחיים. רישום זה מזכה את בני הזוג ההומוסקסואלים לזכויות הסוציאליות המוענקות לזוגות נשואים (m. H.)regarding homosexual marriages and new:denmark", Jour. Of family l 30"seperation and (92-1991) 289). Pedersen divorce האמנה האירופית להגנת זכויות האדם מעניקה בסעיף 8 להגנה ליחסים הומוסקסואליים כחלק מן ההגנה הניתנת לזכות לפרטיות (ראו פסקי-דין של בית הדין האירופי לזכויות האדם (1993) modinos v. Cyprus; [35]1988 (norris case) [36]). לאחרונה, הוגשה הצעה לתיקן האמנה האוסרת במפורש על הפליה מסוג כלשהו מחמת נטייה מינית (draft protocol to the convention for the protection of human rights and fundamental freedoms (Of human rights and fundamental freedoms protection

7. בקנדה, בסעיף 15(1) למגילת הזכויות והחירויות (canadian charter of Rights and freedom), שהיא חלק מ-constitution acts, ניתנה הגנה לזכותו של כל אדם לשוויון. בפסיקה פורש סעיף זה כאוסר הפליה מחמת נטייה מינית (Haig v. Friend v. Alberta (1994) [39] [41]v; Canada (1992) לעומת זאת, נדחו תביעות זוגות הומוסקסואליים לזכויות המוענקות לזוגות נשואים. נפסק, כי בהיות תכלית הנישואין גידול ילדים, אין ביחס שונה לזוג הומוסקסואלי משום הפרת המגילה (haig [41] layland; 340, at v. Ontario (commercial relations & consumer) (1993) [42]231, at

8. בארצות-הברית השינוי הוא מתון יותר. בחלק מן המדינות עדיין קיים איסור פלילי - שאינו נאכף - על קיום יחסי מין הומוסקסואליים. עוד בשנת 1967 פסק בית המשפט העליון האמריקני כי בהיות ההומוסקסואל אישיות פסיכופטית, כהגדרתה ב - immigration, and naturalization act הגירתו לארצות-הברית, וצפוי הוא לגירוש מיידי (boutilier v. Immigration service (1967) [28] שנים לאחר מכן, בשנת 1973, ביטלה האגודה הפסיכיאטרית האמריקנית את הגדרת ההומוסקסואליות כהפרעה נפשית, ובשנת 1981 נהפכה הלכת [28] boutilier. נפסק, כי הומוסקסואליות אינה הפרעה נפשית ואין היא מעידה על אופי רע, ועל-כן אין היא מהווה עילה לדחיית בקשת התאזרחות (& nemetz v. Immigration (1981) [29] naturalization service).

בשנות השמונים, 139 אזורי שיפוט (מדינות ורשויות מקומיות) חוקקו חוקים האוסרים

על הפליה מחמת נטייה מינית בתחומי העבודה, השיכון והחינוך (note, 1. Rev. I. Harv 106gay rights initiatives-constitutional limits on anti-25-1923, 1905). בחוקים מוניציפאליים של 12 עיריות הורשו זוגות הומוסקסואליים להירשם בעירייה כ-domestic partners- לצורך קבלת זכויות סוציאליות המוענקות למשפחות (at, supra, 1168bowman and cornish).

במקביל, הכירו בתי-משפט בכמה מדינות בזכויות בן-זוג מאותו מין על יסוד מבחן התכלית (המכונה "מבחן פונקציונאלי"). על-פי מבחן זה, ההכרה בזוג ההומוסקסואלי תלויה בתכלית החוק המעניק זכאות ל"משפחה או לבן הזוג". בן הזוג ההומוסקסואלי ייהנה מן הזכויות שמקנה החוק, אם הדבר מתיישב עם תכליתו.

כך, למשל, הכיר בית המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק בחברו לחיים של דייר שהלך לעולמו כדייר מוגן מכוח היותו בן-זוגו של המנוח. נפסק כי מבחינת תכלית חוק הגנת הדייר, השוני בין זוג הטרוסקסואלי לבין זוג הומוסקסואלי אינו רלוואנטי. אם לא יוכר החבר לחיים כבן-זוג, תסוכל מטרת החוק, במובן זה שקרוב משפחה רחוק יזכה בדיוור, בעוד שהאדם שחלק חייו עם הנפטר יגורש מן הדירה שגר בה במשך שנים (Two associates braschi v. Stahl (1989) [30] 788, at-789).
yorkshire towers co. V. Harpster: (1986) [31]associates co;
brown(1986) [32]goldstein . 10E; th st. Assoc. V. Estate of(1990)
.[33].V

הגישה המקובלת בארצות-הברית סוכמה במאמרם הנ"ל של hsinroc dna, namwob בעמ' 1175-1177, במילים אלה There is a general tendency to look at the characteristics of the particular relationship to determine whether it qualifies as a family For the purposes of the particular statutory scheme, especially when Defining it. A statute ... uses a term such as 'family', 'spouse', or 'parent' without

'like-...courts have identified certain elements as indicia of a 'family Relationship, the reliance members place on each other, the relationship, including financial commitment, exclusivity of the . Length of the relationship, and the presentation of the relationship"to the outside 9. המשפט בישראל בעניינם של הומוסקסואלים משקף את השינויים החברתיים שחלו במשך השנים.

משכב זכר נמנה בעבר עם העבירה של סטיות מדרך הטבע, שהעונש המוטל בגינה היה 10 שנות מאסר (סעיף 351(3) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שהיה נוסח חדש של סעיף 152(2) לפקודת החוק הפלילי, 1936, המנדטורית). איסור זה מעולם לא נאכף. עוד בשנת 1963, בע"פ 224/63 בן-עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה [20], בעמ' 238, פסק בית-

משפט זה כי לעבירה זו אין מקום במציאות ימינו. וכך אמר השופט ח' כהן, שמפיו ניתן פסק הדין:

"משכב-אשה-שלא-כדרכה, וכן משכב-זכר, כשהמעשה נעשה בצנעה ועל-ידי בני-אדם בגירים מרצונם הטוב, אינם מעשים שיש בהם קלון, ואין הם מעידים על עושיהם שהם פושעים הראויים לעונש. עבירות הן אשר באו אלינו בירושה משיטות עתיקות ומדורות עברו, ואין מקומן ביני העונשין של מדינה בת זמננו... ה'טבע' בתור שכזה אינו זקוק עוד להגנת דיני העונשין. מה שזקוק ועל-כן זכאי להגנתם, הם כבודו וגופו וחירותו של אדם... מזכויות-היסוד של האזרח היא שהמדינה לא תתערב בחייו הפרטיים ובהתנהגותו בחדרי חדרים..."

עם זאת, במשך שנים רבות נשארה העבירה על כנה ולא בוטלה. גם בשנת 1980, כאשר הובאה לכנסת הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 14), תש"ם-1980 - שכפי שנאמר בדבר ההסבר שלה, באה להחליף את הוראות החוק המנדטוריות בתחיקה מותאמת למציאות ימינו - הוצע להשאיר את האיסור על משכב זכר על כנו. יחד עם זאת, הוצע להפחית את העונש הצפוי בגין עבירה זו לשנת מאסר. בדברי ההסבר נאמר: "השאלה אם יש בימינו להתערבות החוק הפלילי לגבי מעשים הנעשים בתחום המיני בין בגירים מרצון ובצנעה היא שאלה שנויה במחלוקת" (שם, בעמ' 392).

הצעה זו לא הגיעה לדיון בכנסת, והאיסור הפלילי בוטל כעבור שמונה שנים בחוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988.

ביטול פורמאלי זה משקף את עמדתה הנוכחית של החברה הישראלית, כי על הדין (להבדילו מן הדתות) להתייחס לנטייתו המינית של האדם, כל עוד אינו פוגע באיש, באינדיפרנטיות. קיימת הסכמה רחבה, כי אין הצר צעדיהם של הומוסקסואלים או להפלותם לרעה (רובינשטיין, בספרו הנ"ל, בעמ' 334). תיקון חוק שוויון ההזדמנויות משקף גישה זו. עמד על כך חבר הכנסת מ' וירשובסקי בדיון בהצעת החוק בקריאה ראשונה:

"...על-ידי זה אנחנו מקיימים בעצם את הכללים המקובלים היום בעולם הנאור ומאפשרים לאנשים לחיות לפי נטיותיהם המיניות, ולא לסבול בגלל כך ולא להיות מקופחים בגלל כך" (ד"כ 119 (תשנ"א) 1034).

10. בענייננו ברור כי קיים שוני בין זוג הומוסקסואלי לבין זוג הטרוסקסואלי. ואולם, על "השונוות" המצדיקה יחס שונה להיות רלוואנטית (ד"נ 10/69 [16], בעמ' 35; בג"צ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה ואח' [21], בעמ' 21; בג"צ 4169/93 [22]).

על המבחן הראוי להתייחס אפוא לרלוואנטיות של הנטייה המינית להטבה המוענקת לבן-זוג. בדרישה זו עומד מבחן התכלית. 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 המיניית היא רלוואנטית להגשמתה של תכלית ההטבה, למשל אם התכלית היא עידוד ילוה, לא יהיה במניעת ההטבה מבן הזוג מאותו המין משום הפליה. עמדה על הבחנה זו השופט *heureux dube'* בפסק הדין של בית המשפט העליון הקנדי *'Family status' canada(a.g)v. Mossop (1993) [43]: 560, at* ... "or purpose may have varied meanings depending on the context" for which the definition is desired... The tribunal concluded That the potential scope of the term 'family status' is broad enough Sex couples. In making this- finding, the tribunal used the proper interpretational approach, that it does not prima facie exclude same . Considered the purpose of the act and the values at the base of"the protection of families והשוו גם דב"ע נד/085- [25]. באותו מקרה נפסק, כי ידועה בציבור פטורה מתשלום דמי ביטוח מכוח סעיף 8 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968, הפוטר מתשלום דמי ביטוח "אישה נשואה שכן זוגה מבוטח". השופט גולדברג, שמפיו ניתן פסק הדין, הסביר כי לנוכח מטרת החוק להעמיד את הידועה בציבור במעמד שווה ל"אישה החוקית", ולנוכח הגדרה בחוק של הביטוי "אישה" ככוללת גם "ידועה בציבור", יש לראות אף את הידועה בציבור כ"אישה נשואה".

11. בעקרון השוויון מחויבות, בראש ובראשונה, רשויות ציבוריות, אך הוא חל גם בתחום יחסי העבודה בכללותם (ראו, למשל, ש' אלמוג, "מדריך לדיני העבודה" המדריך לעובד (1994) 35-36). חופש ההתקשרות של המעביד נסוג מפני הזכות לשוויון של העובד (דב"ע לג/325- [24]; בג"צ 410/76 חרות ואח' נ' בית-הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח' [23]; פרשת נבו [7], שם). התחיקה האוסרת הפליה ביחסי עבודה משקפת עיקרון זה, אך היא לא הביאה אותו לעולם. ראו גם פ' רדאי, "הפרטת זכויות האדם' והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג (תשנ"ד) 21, 41.

12. בענייננו, כרטיס הטיסה לא נועד לבן הזוג הנשוי לעובד, וממילא תכלית ההטבה לא הייתה לעודד חיים במסגרת משפחה מסורתית. ההטבה ניתנת לעובד בעבור בן הזוג שעמו הוא חולק את חייו למעשה. אכן, העותרת לא התכוונה להחיל את ההסדר על בני-זוג מאותו מין, אלא שמינו של בן הזוג אינו רלוואנטי לתכלית מתן ההטבה.

הטבות בעבור בן-זוג הן חלק בלתי מבוטל משכרם של עובדים. פרופ' אלבין חישיב ומצא כי בארצות-הברית 27 אחוזים משכר העובד מגולמים בהטבות (במאמרו הנ"ל, בעמ' 1068-1069).

בישראל הטבות (לרבות "תנאים נלווים") עשויות להביא אף להכפלת השכר (ירחון חשב (מ' קצין עורך, אוקטובר 1994) 50). חלק ניכר מהטבות אלה - כגון זכויות פנסיה

וביטוח חיים - ניתן בעבור בן הזוג לרבות הידוע בציבור, ומניעת הטבות מבן הזוג שעמו חי הומוסקסואל כמוה כהקטנת שכרו. על-כן, יש, במניעת הטבות אלה הפליה של העובד עצמו. עמד על כך פרופ' אלבין: "Unable to marry, gay couples are afforded married couples in generally excluded from the benefits" Employees, the result is our society, including benefits commonly total compensation lower than that of accorded spouses in employee and public benefit programs. For gay workers performing the same job-their married co Sex marriage. Domestic partner provisions lessen the economic discrimination that-results ... from the ban on same

, paying less in total compensation than he should be because employees ...an employer who does not offer domestic partner ". With domestic partners are not being (benefits is, in fact ,supra 1082,1069- 1068at)compensated equitably

במקרה שלפנינו, מניעת ההטבה מן המשיב תביא להקטנת שכרו שיעור מחיר הכרטיס, ולכך אין הצדקה.

מטעמים אלה אני מסכימה לדחיית העתירה.

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק.

ניתן היום, כ"ז בכסלו תשנ"ה (30.11.94).

מיני-רציו:

* חוזים – אי-חוקיות – תקנת הציבור

* חוזים – פירוש – כללי פרשנות

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – שוויון בפני החוק

* עבודה – הסכם קיבוצי – פירוש

המשיב 1, המועסק כדייל אצל העותרת, מקיים מערכת חיים יציבה ומתמשכת עם גבר אחר, ובמסגרתה מקיימים השניים משק בית משותף ומגורים משותפים בדירה שנרכשה במאמץ משותף. על-פי הסכם קיבוצי הנהוג אצל העותרת, מעניקה העותרת לכל עובד קבוע, אחת לשנה, כרטיס טיסה ללא תשלום, בעבורו ובעבור "בן/בת זוגו (בעל/אשה)". על-פי הסדר קיבוצי שהוחל על העותרת פסקי-דין, כרך מח, חלק חמישי, תשנ"ד/תשנ"ה 1994 787

המאגר המשפטי הישראלי nevo.co.il נבו הוצאה לאור בע"מ

ועובדיה, ניתנו כרטיסי טיסה גם "לידוע/ה בציבור כבעל/ כאשה של עובד/ת החברה אם בני הזוג חיים ביחד במשק בית משותף כבעל ואשה לכל דבר ועניין ואין באפשרותם להינשא לפי החוק". המשיב 1 פנה לעותרת בבקשה להכיר בשותפו לחיים כ"בן זוגו" לעניין קבלת כרטיס טיסה שנתי, ובקשתו נדחתה. בית הדין האזורי לעבודה פסק, כי הוראת ההסכם הקיבוצי אינה מעניקה טובת הנאה כאמור לשותפו לחיים של עובד, אך הוראה זו היא הוראה מפלה. הפליה זו אסורה מכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, הקובע בסעיף 2, כפי שתוקן בשנת 1992, כי לא יפלה מעביד בין עובדיו לעניין תנאי העבודה, בין היתר, מחמת נטייתם המינית. מכוח הוראה זו נפסלה הוראת ההסכם הקיבוצי.