

דנג"ץ 4191 / 97

א

דנג"ץ 4773 / 97

1. אפרים רקנט

2. אוסקר מושס

3. לאה לביא – אלמנת המנוח מאיר לביא ז"ל

ב

4. שלמה וידר

נגד

1. בית-הדין הארצי לעבודה

ג

2. אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ

3. הסתדרות העובדים הכללית החדשה

4. נציגות העובדים המשותפת לעובדי אל-על

5. אברהם שרון ואח'

ד

6. פנחס הייסלר

(משיב פורמאלי)

7. דייב (דוד) דראל (משיב פורמאלי) דנג"ץ 4191/97

אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ

נגד

ה

1. בית-הדין הארצי לעבודה

2. אפרים רקנט

3. אוסקר מושס

4. לאה לביא – אלמנת המנוח מאיר לביא ז"ל

ו

5. דייב (דוד) דראל

6. שלמה וידר

7. פנחס הייסלר

ז

8. הסתדרות העובדים הכללית החדשה

9. נציגות העובדים המשותפת לעובדי אל-על

10. אברהם שרון ואח' דנג"ץ 4773/97

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[10.12.2000]

א לפני הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא ש' לוין והשופטים ת' אור, מ' חשין,
י' זמיר, ד' דורנר, ד' ביניש

ב בעתירה נושא הדיון הנוסף ביטל בית-המשפט העליון הוראה בהסכמים הקיבוציים שבין חברת
התעופה אל-על ובין עובדיה, אשר קבעה את גיל הפרישה של דיילי אוויר 60-, בעוד שגיל
הפרישה לעובדי הקרקע נקבע ל-65. בית-המשפט קבע, בדעת רוב, כי הוראה זו היא בבחינת
הפליה מחמת גיל, האסורה על-פי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, כפי שתוקן
בשנת 1995. בכך דחה בית-המשפט את טענת אל-על כי גיל הפרישה השונה מתחייב מן
העובדה שדיילי אוויר נדרשים להופעה נאה ולכושר פיזי גבוה. מנגד, דחה בית-המשפט, בדעת
ג רוב, את טענת הדיילים, כי ההוראה האמורה בטלה גם מחמת סתירתה את תקנת הציבור.
משמעות תוצאה זו הייתה כי ההוראה האמורה בוטלה רק ככל שהיא מתייחסת לדיילים אשר
פרשו לגימלאות בגיל 60, לאחר כניסתו לתוקף של התיקון לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה,
שאסר על הפליה מחמת גיל.

ד בדיון הנוסף שבה אל-על ומבקשת לקבוע, כי חיובם של דיילי אוויר לפרוש בגיל 60 אינו
נוגד את הוראות חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ואילו דיילי אוויר, אשר פרשו מאל-על עוד
לפני כניסתו לתוקף של התיקון לחוק, מבקשים לקבוע כי הוראה זו עולה כדי פגיעה בתקנת
הציבור.

בית-המשפט העליון פסק:

- ה א. (1) חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (להלן – החוק) אינו מגדיר "הפליה" מהי. על-כן
פירושו של ביטוי זה ייעשה על-פי התכלית המונחת ביסוד החוק. בהיעדר נתונים על
תפיסה מיוחדת, בעניין זה, של המחוקק יש לצאת מתוך ההנחה כי הגישה המקובלת
של ההלכה הפסוקה בעניין שוויון והפליה חלה גם בגדריו של החוק (1343).
- ו (2) מושג השוויון משמעו יחס שווה אל בני-אדם, אשר אין ביניהם שוני שהוא רלוונטי
לעניין נושא השוויון. יישום עקרון השוויון על בעיות קונקרטיות נעשה באמצעות
שתי בדיקות נוספות: ראשית, מהי קבוצת בני-האדם שכלפיה נדרש יחס שווה; שנית,
מה הן דרישות השוויון במסגרת קבוצת השוויון (א345 – ג).
- ז (3) קבוצת השוויון הרלוונטית לעניין החוק היא כלל עובדיו של המעביד. החוק מצווה
על המעביד לנהוג בשוויון בין עובדיו, תהיה השתייכותם המקצועית אשר תהא. על-
כן חובתה של אל-על כלפי כל אחד מדיילי האוויר היא לנהוג כלפיהם בשוויון, ביחס
לכל אחד מעובדיה האחרים. חובה זו חלה ביחסים הפנימיים בין דיילי האוויר בינם
לבין עצמם וגם ביחסים בין דיילי האוויר לעובדי הקרקע או לכל עובד אחר
(1345 – ג346).

- ב. (1) החובה של מעביד לנהוג שוויון בין עובדיו ולא להפלותם מחמת גילם, משמעותה חובה לקבוע גיל פרישה זהה לכל העובדים המהווים את "קבוצת השוויון", אלא אם תפקידו של העובד מצדיק קביעתו של גיל פרישה שונה (שונות רלוונטית) (א347).
- א (2) לאור לשונו של סעיף 2(ג) לחוק, אמת-המידה לגבי קיום השונות הרלוונטית היא אם נתוני התפקיד אשר מצדיקים לכאורה גיל פרישה שונה מתחייבים באופן סביר ממהות תפקידו של העובד (א348 – ב).
- (3) מבחן השונות הרלוונטית הוא בעל אופי אובייקטיבי. עמדתו של המעביד לעניין זה אינה מכריעה אלא מהווה רק אחד הנתונים שעל בית-המשפט להביאו בחשבון. כמו כן אין מקום להתחשב בעניין זה בעמדתם של הלקוחות, אשר מבוססת על מוסכמות (סטראוטיפים) שנוצרו במהלך הזמן על-ידי המעביד או על-ידי הסקטור שאליו הוא משתייך (א348 – א349, 1350 – ז, 1351). ד.
- ג. (1) נטל השכנוע להוכחת קיומה של הפליה מצד המעביד מוטל על שכמו של העובד. העובד מרים נטל זה, כאשר הוא מוכיח כי אצל מעבידו נוהגת נורמה הקובעת גילאים שונים לפרישת חובה של עובדים שונים (הפליה ישירה). כן ירים העובד נטל זה אם יוכיח כי הלכה למעשה מתקיימת אצל המעביד תוצאה של הפליה על בסיס של גיל (הפליה עקיפה) (א351 – ב352).
- ב (2) נטל השכנוע להוכחה כי קיומו של גיל פרישה שונה לעובדים שונים מתחייב מאופיו וממהותו של התפקיד מוטל על כתפו של המעביד (ב352 – ג).
- ד. (1) אין בדרישת התפקיד להופעה נאה כדי להצדיק קביעת גיל פרישה שונה לדיילי האוויר. זאת, אף אם הופעה נאה או צעירה של דיילי האוויר עשויה להעניק לאל-על יתרון עסקי מסוים כתוצאה מהעדפות פסולות, פרי הפליה ששררה בעבר כנגד מבוגרים (א354 – 1).
- ה (2) תפקידו של דיילי האוויר הוא בעיקר להעניק שירות אדיב. דרישות הכוח הפיזי הן מינימליות. גם במצבי חירום אין נדרש, הלכה למעשה, כוח פיזי רב כדי להגשים את המטלות המתחייבות באופן סביר מהתפקיד. על-כל-פנים, דרישות המידתיות מחייבות לבדוק אם ניתן להבטיח, הלכה למעשה, דרישה זו לכוח פיזי על-ידי בדיקה אינדיווידואלית של כל דייל. אשר-על-כן, קביעת גיל פרישה שונה לדיילי האוויר בהתבסס על דרישות ההופעה הנאה והכושר הפיזי מהווה הפליה פסולה הנוגדת את דרישות החוק (א355 – א356).
- ה. (1) דרישת השוויון מהווה ערך מרכזי לא רק במשפט הציבורי אלא גם במשפט הפרטי (א362 – ד).
- (2) באמצעותה של "תקנת הציבור" מבטיחה שיטת המשפט זרימה בלתי פוסקת של ערכי היסוד לתוך המשפט הפרטי. אחד הערכים החשובים של שיטת המשפט המוזרם אל המשפט הפרטי באמצעות תקנת הציבור הוא עקרון השוויון (א363 – ג).
- ט (3) המונח תקנת הציבור מעוצב במקרה הנדון על-ידי ערכים ועקרונות המתנגשים ביניהם: עקרון השוויון מזה, והאוטונומיה של הצדדים לחוזה וחופש העיסוק של המעביד מזה (א364 – ז).

(4) עוצמת השיקול של האוטונומיה של רצון הפרט – וחופש החוזים הנגזר ממנו – נחלשת בהסכם קיבוצי שבו אין נדרשת כלל הסכמתו של העובד, אך הוא מחויב בהסכם אף שאינו צד לו. לעומת זאת עוצמתו של עקרון השוויון חזקה במיוחד לאור העובדה שהמעביד במקרה הנדון איננו חברה פרטית, אלא חברה ממשלתית שהיא המוביל הלאומי (3365, ז).

א

(5) הפליה מחמת גיל מהווה הפליה חמורה ומקוממת. זאת, למרות העובדה שהתפיסה החברתית המתנגדת להפליה כזו היא חדשה יחסית. אשר-על-כן, יש לקבוע כי הסכם קיבוצי המחייב עובד לפרוש בגיל 60, תוך הפליה מחמת גילו, פוגע באיזון העדין שבין חופש החוזים לכבודו של העובד המבוגר ולשוויונו, ועל-כן הוא עומד בניגוד לתקנת הציבור (369, 371ה).

ב

ו. (דעת מיעוט – השופט י' זמיר):

(1) תקנת הציבור, כמכשיר לביטול חוזים, היא מכשיר מסוכן. אין זה מן הראוי להשתמש בה כדי לבטל חוזה שהצדדים הסכימו לו ואחרים סמכו עליו, רק משום שהוא אינו משקף גישה ראויה בעיני אדם נאור, שלא בהכרח מייצג את האדם הסביר (1372 – 373א).

ג

(2) כדי שבית-המשפט יבטל חוזה, משום שהוא סותר את תקנת הציבור, אין צורך לעשות שקלול ואיזון עדינים ומדוקדקים של ערכים ושל אינטרסים, ואין די בכך שכפות המאזניים מתנדנדות ואחר כך נוטות לצד זה או אחר. אלא צריך שיהיה ברור לעין כי החוזה סותר את תקנת הציבור (373 – ד).

ד

(3) ביטול סעיף בהסכם קיבוצי מחייב זהירות יתרה, גם משום שהוא פוגע באוטונומיה של רבים, גם משום שהוא דומה לביטול סעיף בחוק, וגם משום שהוא מאיים לשבש את יחסי העבודה הקיבוציים (1373 – ז).

(4) הסעיף שבו מדובר במקרה הנדון קיים זה שנים רבות. הוא לא נחשב בעת שהתקבל לפוגע בתקנת הציבור, ולמעשה קביעת גיל הפרישה המוקדם נחשבה כשעתה להישג מבחינת העובדים. אשר-על-כן, אין בסעיף האמור פגיעה בתקנת הציבור המצדיקה את ביטולו של הסעיף למפרע משנת 1989 ואף קודם לכן, וזאת כאשר המחוקק מצא לנכון לקבוע את איסור ההפליה מטעמי גיל בחוק רק בשנת 1995 (1373 – 374ג).

ה

(5) ביטול הוראה בחוזה על בסיס טענה של הפרת תקנת הציבור – במיוחד כשהוא נעשה למפרע – פוגע קשות בעקרון הוודאות המשפטית, ויש לו השלכות פוטנציאליות לא רצויות אף מעבר לחוזה הספציפי נושא דיון זה. אשר-על-כן, על-אף הפסול שיש בהפליה מחמת גיל אין היא מגיעה כדי פגיעה בתקנת הציבור המצדיקה ביטול הסעיף בהסכם הקיבוצי המחייב פרישת דיילים בגיל 60 (1374 – 375ב, ד).

ו

ז. (אליבא דשופט מ' חשין):

(1) ההחלטה העקרונית לגבי מהותו ואופיו של התפקיד מצויה בידיו של המעביד. על בית-המשפט להתערב בהחלטה זו – אם נעשתה בתום-לב – רק במקרים של חריגה ממיתחם הסבירות, ותוך שהוא נותן משקל רב לעמדתו של המעביד. אשר-על-כן, יש לראות במבחן מהות התפקיד מבחן סובייקטיבי ואובייקטיבי מעורב (377 – ג).

ז

- (2) עבודתו של דייל כרוכה במאמץ פיזי לא מועט, וודאי שכך הוא הדבר בשעת חירום. ובכל אופן, אין כל יסוד להתערבות בג"ץ בקביעתו של בית-הדין לעבודה בעניין זה (א379 – ה).
- א (3) יש לראות את איסור ההפליה מטעמי גיל כשלוחה של תקנת הציבור הכללית. קביעת איסור זה בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה הייתה הצהרה על דין שהכול הסכימו לו כבר בעת שנחקק החוק (1379 – ז).
- ב (4) יש להבחין הבחנה חדה בין זכותו של עובד להמשיך ולעבוד במקום עבודתו לבין השאלה אם זכאי העובד – בנסיבות מסוימות – להמשיך ולעבוד בעבודה ספציפית באותו מקום עבודה (380ב).
- ג (5) העיקרון של איסור ההפליה מטעמי גיל אינו מחייב את המעביד להוסיף ולהעסיק את העובד באותו תפקיד שאותו מילא קודם להגיעו לגיל מסוים. יש להכיר בזכותו של המעביד להעביר עובדים מתפקידם בהתאם לתפיסתו שלו לגבי דרישות כל תפקיד ותפקיד (380ה – ז).
- ד (6) אשר-על-כן, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה אינו מחייב את אל-על להמשיך ולהעסיק את דיילי האוויר בתפקידי דיילות אוויר דווקא לאחר גיל 60 ועד גיל 65. עם זאת חיובם של הדיילים לפרוש כליל מעבודתם עם הגיעם לגיל 60 מהווה הפרה של תקנת הציבור (א380 – ב).
- ה. (דעת מיעוט – השופטת ד' ביניש):
- א (1) ככלל, מתבטאת הפליית המבוגרים על פני הצעירים מהם בהשוואה על פני סולם הגילים, בהשוואה אנכית. כך, למשל, כאשר מקום עבודה מסרב לקבל עובד למקום עבודה רק מחמת גילו הצעיר או המבוגר, כאשר על-פי דרישות התפקיד אין כל טעם סביר לסירוב זה (381ה).
- ב (2) אין פירוש הדבר כי לעולם אין מתקיימת הפליה (אופקית) מחמת גיל גם כלפי בני גילו של העובד. זאת, כאשר עובד אחד, בין בשל השתייכותו לקבוצת עובדים מסוימת ובין בהיותו לעצמו, נאלץ לפרוש בשל גילו, ואילו עובד אחר או קבוצת עובדים אחרת בני אותו גיל ממשיכים בעבודתם עד לגיל הפרישה המקובל. והכול, כאשר ההבחנה בין הפורש לממשיך אינה מתחייבת מהתפקיד (1381 – ז).
- ג (3) במקרה הנדון, בהנחה שקביעת פרישת החובה ב"אל-על" בגיל 65 היא כדין, הרי כל גיל פרישה נמוך יותר מהגיל המקובל, אם ליחיד ואם לקבוצות עובדים, בלי שהדבר מתחייב מתפקידם, היא הפליה מחמת גיל (א382).
- ד (4) ככלל, אל לו לבית-המשפט – שעה שהוא יוצק תוכן למונח תקנת הציבור – להירתע גם מפיתוחן של נורמות. עם זאת, בכל הנוגע לשימוש בתקנת הציבור לשם התערבות בחוזה, על בית-המשפט לתת משקל דומיננטי למרכיב ה"חשיפה" של הנורמות המקובלות בציבור ולמשקלן היחסי (7382 – א383).
- ה (5) בעת שבית-המשפט בוחן – לאור תקנת הציבור – דרישותיו של הסכם קיבוצי – הרי היקף התערבותו מצוי בדרגת הביניים שבין התערבות בחוזה "רגיל" למידת התערבותו בחוק. זאת, במיוחד בהתחשב בהשפעתם רחבת ההיקף של הסכמים קיבוציים, ובכך שהם נערכים לא פעם בין גופים בעלי אופי ציבורי (א383 – ב).

(6) הפליה מחמת גיל, גם במדינות שבהן היא אסורה, אינה נחשבת להפליה "זועקת", ומידת ההגנה הניתנת לה היא מועטה ביותר. ההיסטוריה של חקיקת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מורה כי הפליה מחמת גיל נחשבה, על-פי תפיסת המחוקק, לחידוש. מכאן, שאין מקום למסקנה כי בעת כריתת ההסכם הקיבוצי נושא הדיון הייתה הפליה על בסיס גיל נוגדת את תקנת הציבור (383ג – 1).

א

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח 1988-, סעיפים 2, 2(א), 2(ב), 2(ג), 9(א).
- חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973-, סעיפים 12, 30, 31, 39.
- חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 3), תשנ"ה 1995-.
- חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז 1957-, סעיף 19.
- חוק שירות התעסוקה, תשי"ט 1959-, סעיף 42(א).
- חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז 1987-, סעיף 2.
- חוק הזדמנות שווה בתעסוקה, תשמ"א 1981-, סעיף 1(א).
- חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון), תשנ"ב 1992-.

ב

ג

חקיקת משנה שאוזכרה:

- כללי שירות המדינה (מינויים) (מכרזים, בחינות ומבחנים), תשכ"א 1961-.

ד

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא (3) 289.
- [2] בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז (3) 141.
- [3] בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94.
- [4] בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג (2) 501.
- [5] ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7.
- [6] בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1.
- [7] בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אור למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב (4) 193.
- [8] בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא (4) 259.
- [9] בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258.
- [10] בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד (4) 749.
- [11] בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז (3) 17.

ה

ו

ז

- א
- [12] בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1.
- [13] בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכביס-דעות", פ"ד נ(1) 19.
- [14] בג"ץ 239/83 מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210.
- [15] בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485.
- [16] בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309.
- [17] ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.
- ב
- [18] ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85.
- [19] ע"א AES System Inc. 6601/96 נ' סער, פ"ד נד(3) 850.
- [20] ע"א 148/77 רוט נ' ישופה בניה בע"מ, פ"ד לג(1) 617.
- [21] ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169.
- ג
- [22] בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749.

פסקי-דין של בתי-הדין לעבודה שאוזכרו:

- [23] דב"ע נה 118-3 / רקנט – אל-על בע"מ, פד"ע כח 581.
- [24] דב"ע לג 25-3 / ועד אנשי צוות דיילי אוויר – חזין, פד"ע ד 365.
- ד
- [25] דב"ע נו 129-3 / פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ (לא פורסם).
- [26] דב"ע נא 3-8 / מדינת ישראל – חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כד 65.

פסקי-דין בינלאומיים שאוזכרו:

- ה
- [27] Eur. Court H.R. Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgement of the 23rd July 1968.

פסקי-דין קנדיים שאוזכרו:

- ו
- [28] *Dickason v. University of Alberta* [1992] 2 S.C.R. 1103.
- [29] *Saskatchewan (Human Rights Comm.) v. Saskatoon* [1989] 2 S.C.R. 1297.
- [30] *British Columbia v. BCGSEU* [1999] 3 S.C.R. 3.
- [31] *Ont. Human Rights Comm. v. Etobicoke* [1982] 1 S.C.R. 202.
- ז
- [32] *McKinney v. University of Guelph* [1990] 3 S.C.R. 229.

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [33] ר' בן-ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה (כרכים א, ב, ג, תשנ"ח).
 [34] א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד).
 [35] מ' גולדברג חופש העיסוק והגבלתו (1999).
 [36] ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (כרך א, 1991).
 [37] ג' שלו דיני חוזים (מהדורה 2, תשנ"ה).

א

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- [38] י' זמיר, מ' סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (תש"ס) 165.
 [39] ש' רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד (תשנ"ח-תש"ס) 529.
 [40] פ' רדאי "על השוויון" משפטים כד (תשנ"ד-תשנ"ה) 241.
 [41] ד' שניט "חובת הפרישה לגימלאות – הערכה מחדש" הפרקליט לב (תשל"ח-תש"ם) 507.
 [42] ר' בן-ישראל "גיל הפרישה במבחן השוויון: פרישה ביאולוגית או פרישה תפקודית?" הפרקליט מג (תשנ"ז) 251.
 [43] ד' פרידמן "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור" עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"ם) 431.
 [44] נ' כהן "השוויון מול חופש החוזים" המשפט א (תשנ"ג) 131.

ב

ג

ד

ספרים זרים שאוזכרו:

- [45] R. Dworkin *Sovereign Virtue* (Cambridge, 2000).
 [46] L. H. Tribe *American Constitutional Law* (New York, 2nd ed., 1988).
 [47] P. Macklem *Canadian Constitutional Law* (Toronto, 2nd ed., 1997).

ה

מאמרים זרים שאוזכרו:

- [48] P. Westen "The Empty Idea of Equality" 95 *Harv. L. Rev.* (1981-1982) 537.

ו

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] תהילים, עא, ט.
 [ב] קהלת, ז, יח.
 [ג] בראשית, ג, יט.

ז

עיתרות לדיון נוסף בפסק-דינו של בית-המשפט העליון (השופטים מ' חשין, י' זמיר, ד' ביניש) מיום 24.6.1997 בבג"ץ 6051/95 [1]. העתירה בדנג"ץ 4191/97 נתקבלה ברוב דעות כנגד דעתם החולקת של השופטים י' זמיר, ד' ביניש. העתירה בדנג"ץ 4773/97 נדחתה ברוב דעות כנגד דעתו החולקת של השופט מ' חשין.

מיכאל שפיצר – בשם העותרים בדנג"ץ 4191/97 (המשיבים 2-6 בדנג"ץ 4773/97);
ליאור בן-ישראל, טומי מנור – בשם המשיבה 2 בדנג"ץ 4191/97 (העותרת בדנג"ץ 4773/97);

אורלי לייבו, משה קשת, דליה רבין-פילוסוף – בשם המשיבים 3, 4 ו-6 בדנג"ץ 4191/97 והמשיבים 7, 8 ו-9 בדנג"ץ 4773/97;

אלי מייטל – בשם המשיבים 5 בדנג"ץ 4191/97 והמשיבים 10 בדנג"ץ 4773/97.

פסק-דין

ד

הנשיא א' ברק

הסכם העבודה הקיבוצי של חברת התעופה "אל-על" קבע כי אנשי צוות דיילי האוויר חייבים לפרוש מעבודתם באל-על בגיל 60. יתר העובדים של אל-על חייבים לפרוש בגיל 65. האם ההסכם הקיבוצי מפלה את אנשי צוות דיילי האוויר "מחמת... גילם" (בניגוד לאמור בסעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח 1988-)? האם הוראות ההסכם הקיבוצי סותרות את "תקנת הציבור" (כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973-)? כל אחת מהשאלות הללו הוכרעה בבג"ץ 6051/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה (להלן – הדיון המקורי [1]). הן עומדות עתה להכרעתנו בגדרי דיון נוסף זה.

ך

העובדות

1. הסכם קיבוצי מיוחד (מיום 29.8.1990) שבין אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ (להלן – אל-על) לבין ההסתדרות הכללית ונציגות העובדים המשותפת לעובדי אל-על, קובע הסדרים בעניין פרישת חובה. נקבע, בין השאר, כי גיל הפרישה של עובדי קרקע הוא 65; טייסים ומהנדסים מוטסים פורשים בגיל 60, אך הם רשאים להתקבל בחזרה לעבודה; אנשי צוות דיילי אוויר (להלן – דיילי האוויר) חייבים לפרוש

ט

מעבודתם באל-על בגיל 60. כן נקבע בהסכם הקיבוצי (מיום 27.2.1987) כי ניתן לקרקע את דיילי האוויר מחמת אי-התאמתם לתפקידם. במקרה זה רשאי דייל האוויר לבחור בין פרישה מעבודה לבין המשך עבודה בחברה בתפקידי קרקע.

בתי-הדין לעבודה

2. דיילים אחדים (להלן – הדיילים) פנו לבית-הדין האזורי לעבודה. הם ביקשו, בין השאר, כי יוצהר כי ההוראה בהסכם הקיבוצי שלפיה גיל פרישת החובה שלהם הוא 60 – בטלה, וכי יינתנו להם הסעדים המתבקשים כתוצאה מכך. בית-הדין האזורי לעבודה דחה את תביעתם. נקבע כי הדיילים אינם מופלים לרעה לעומת עובדי הקרקע. הטעם לכך הוא, שתפקידו של הדייל מחייב הופעה חיצונית נאה וכוח פיזי, ואלה אינם קיימים בדייל שהגיע לגיל 60. ערעור הדיילים לבית-הדין הארצי לעבודה התקבל (דב"ע נה-118/3-רקנט – אל-על בע"מ [23]). נקבע כי הדיילים מופלים מחמת גילם. די בהוראות ההסכם בעניין הסמכות "לקרקע" אנשי צוות דיילי אוויר כדי לשמור על צרכיה של אל-על. קיומה של סמכות זו, שעיקרה בחינה אינדוידואלית של כישורי דיילי האוויר, שולל הצידוק לקיומה של חובת פרישה כוללת עם הגיעם לגיל 60. לפיכך הוראות ההסכם הקיבוצי בעניין זה בטלות, בהיותן סותרות את תקנת הציבור.

בית-המשפט העליון

3. כנגד פסק-דינו של בית-הדין הארצי לעבודה עתרו הן דיילי האוויר והן אל-על. הראשונים הלינו על היקף הסעדים שנפסקו לזכותם. האחרונה הלינה על הקביעה כי הוראת ההסכם בעניין פרישת החובה בגיל 60 לדיילי האוויר בטלה. בית-המשפט העליון (השופטים מ' חשין, זמיר וביניש) קבע, פה אחד, כי הוראות ההסכם בעניין פרישת החובה של דיילי האוויר בגיל 60 הן הוראות מפלות, ובשל פגיעתן בעקרון השוויון הן בטלות. השופטים נחלקו בדעותיהם בשתי שאלות מרכזיות: האחת, אם פרישת החובה של דיילים בגיל 60 מהווה הפליה מחמת גיל, האסורה מאז התיקון בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (להלן – חוק שוויון ההזדמנויות), אשר קבע הפליה מחמת גיל כאחת מעילות ההפליה, ואם כן, הפליה מחמת גיל כלפי איזו קבוצה (כלל העובדים או כלפי הדיילים שטרם מלאו להם 60). השנייה, אם ניתן לבטל את ההוראות המפלות – בכל הנוגע לדיילי אוויר שיצאו לגימלאות בטרם תוקן חוק שוויון ההזדמנויות – מכוח פגיעתן בתקנת הציבור (כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) (להלן – חוק החוזים)). חילוקי-דעות אלה השפיעו גם על הסעדים שקבע בית-המשפט העליון. נעמוד על כל אחת מהשאלות המרכזיות ועל עמדתו של כל אחד משופטי ההרכב לגביהן.

4. השאלה הראשונה שעמה התמודד בית-המשפט העליון בדיון המקורי הייתה תחולתו של חוק שוויון ההזדמנויות. השופט מ' חשין קבע כי חוק זה (סעיף 2(א)) אינו חל בענייננו, שכן ההפליה שמפלה אל-על את דיילי האוויר אינה "מחמת... גילם", אלא בשל תפקידם השונה. תפקידם של דיילי האוויר דורש כוח פיזי והופעה נאה, והשוני בגיל הפרישה מתחייב – על-פי אמות-מידה שיש בהן מזיגה בין היבט סובייקטיבי להיבט אובייקטיבי – ממהות התפקיד. לעומתו סברו השופטים זמיר וביניש כי דיילי האוויר הופלו על בסיס של גיל. לגישתו של השופט זמיר, הפגיעה בשוויון מתבטאת ביחס מפלה על בסיס גיל כלפי שאר עובדי אל-על. אמת, השוני בגיל הפרישה הוא על בסיס של התפקיד השונה, אך הסיבה לפרישה היא הגיל ולא התפקיד. השוני בגיל הפרישה אינו מתחייב – על-פי אמת-מידה אובייקטיבית – ממהות התפקיד. לגישתה של השופטת ביניש – ובכך היא מצטרפת לשופט מ' חשין – דיילי האוויר שעברו את גיל ה-60 אינם מופלים מחמת גיל ביחס לעובדי הקרקע. לדעתה, ההפליה היא מחמת גיל – ובכך היא מצטרפת לשופט זמיר – והינה כלפי דיילי האוויר הצעירים יותר. עובד הנאלץ לפרוש בגיל 60 מופלה מהעובדים הצעירים המועסקים אצל אותו מעביד. לאור גישה זו פסקו השופטים זמיר וביניש כי ההוראה בדבר פרישת החובה של דיילי האוויר היא בטלה, שכן היא מהווה הפליה מחמת גילו של העובד הנוגדת את הוראותיו של חוק שוויון ההזדמנויות. אולם חוק זה תוקן ב-1995, ורק בשנה זו נכלל בו האיסור על הפליה מחמת גיל. תיקון זה אינו רטרואקטיבי. על-כן הוא חל אך על הדיילים אשר פרשו בגיל 60 לגימלאות לאחר כניסתו לתוקף של התיקון.

5. השאלה השנייה שעמדה לנגד עיני בית-המשפט העליון בדיון המקורי [1] הייתה אם ההוראה בהסכם הקיבוצי בעניין גיל פרישת החובה של דיילי האוויר עומדת בניגוד ל"תקנת הציבור" (הקבועה בסעיף 30 לחוק החוזים). השופט מ' חשין פסק כי אל-על הפלתה את הדיילים בכך שחייבה אותם לפרוש כליל מעבודתם באל-על בגיל 60, בעוד שדיילי הקרקע זכאים לעבוד עד גיל 65. גם אם אין זו הפליה מחמת גיל, הרי הפליה אסורה היא, שכן היא מביישת את העובד ופוגעת בכבוד האדם. בכך יש פגיעה ב"תקנת הציבור". מכוחו של סעיף 30 לחוק החוזים דינה של הפליה זו להביא לבטלותן של הוראות ההסכם הקיבוצי המעגנות הפליה זו. בטלות זו אינה קשורה לחוק שוויון ההזדמנויות (שלפי גישתו של השופט מ' חשין אינו חל), והיא חלה גם על אותם דיילים אשר חויבו לפרוש בגיל 60 בטרם תוקן חוק שוויון ההזדמנויות. לעומתו סבר השופט זמיר – והשופטת ביניש הסכימה עמו – כי ההפליה שהופלו דיילי האוויר – ככל שהיא נוגעת לדיילים שחויבו לפרוש בגיל 60 בטרם תוקן חוק שוויון ההזדמנויות – אינה מגיעה לכדי ניגוד ל"תקנת הציבור".

6. גישות שונות אלה של שופטי ההרכב השפיעו במישורין על הסעד שניתן בדיון המקורי. השופטים זמיר וביניש קבעו כי הוראות ההסכם הקיבוצי בעניין פרישת החובה של דיילי האוויר בגיל 60 בטלות בהיותן נוגדות את חוק שוויון ההזדמנויות. בטלות זו חלה רק מהיום שחוק זה תוקן ואסר על הפליה מחמת גיל (כלומר 21.6.1995). מכאן, שהדייל שעבד באל-על במועד זה (מר דראל) זכאי להמשיך בעבודתו כדייל אוויר. לעומת זאת הדיילים שפרשו לגימלאות בטרם תוקן חוק שוויון ההזדמנויות אינם זכאים לסעד מאל-על בגין הפרישה מן העבודה. לעומת זאת אילו דעתו של השופט מ' חשין הייתה מתקבלת, הייתה יוצאת מלפני בית-המשפט הכרזה כי עבודתם של דיילי האוויר בתפקידם כדיילי אוויר תופסק בגיל 60. פרישת החובה מעבודתם באל-על תהיה בגיל 65. לעניין זה אין נפקא מנה אם הדיילים פרשו, הלכה למעשה, לפני תיקון חוק שוויון ההזדמנויות או אחריו.

א

ב

העתירות לדיון נוסף

ג

7. שתיים הן העתירות לדיון נוסף: העתירה האחת (דנג"ץ 4773/97) היא עתירתה של אל-על. זאת מלינה בראש ובראשונה על עמדתם של השופטים זמיר וביניש בדיון המקורי [1], כי פרישת החובה בגיל 60 של דיילי האוויר אינה מתחייבת מתנאי התפקיד ומאופיו. אל-על מציינת כי בעניין זה נקבעו מימצאים עובדתיים בבית-הדין האזורי לעבודה, ולפיהם ההבדל בין מהות התפקיד של דיילי האוויר לבין זו של עובדי הקרקע מצדיק קביעת גיל פרישה שונה לגביהם, ולא הייתה עילה להתערב בהם. כן מדגישה אל-על כי היא הסתמכה לאורך השנים על היעדר איסור בדיון החרות על הפליה מטעמי גיל, לרבות הטבות מיוחדות שנתנה לאורך השנים לדיילי האוויר, כפיצוי על חיובם לפרוש בגיל מוקדם יותר. לטענתה, נקיטת אמת-מידה אובייקטיבית בעניין זה אינה עושה צדק עמה. יש ליתן משקל לעמדתו של המעביד, כמו גם לנהוג בחברות התעופה האחרות בעולם. טענתה השנייה של אל-על מכוונת כנגד עמדתה של השופטת ביניש בדיון המקורי [1], שלפיה ההפליה (מחמת גיל) היא בין דיילי אוויר צעירים לדיילי אוויר ותיקים. לטענתה, גם דיילי האוויר הצעירים יחויבו לפרוש בהגיעם לגיל 60. אין אפוא כל הפליה בעניין זה. אל-על מציינת כי אם טענתה זו תתקבל, הרי דעת הרוב (השופטים מ' חשין וביניש) הינה כי בנסיבות העניין אין הפליה על בסיס של גיל. מכיוון שכך, תישאר בתוקפה קביעתם של השופטים זמיר וביניש כי בנסיבות המקרה ההפליה אינה עולה כדי סתירה לתקנת הציבור. בתשובתם מבקשים המשיבים לקיים את עמדתו של הרוב, ומטעמו, כי הדיילים הופלו מטעמי גיל.

ד

ה

ו

ז

8. העתירה השנייה (דנג"ץ 4191/97) היא עתירתם של הדיילים שפרשו מאל-על עוד לפני כניסתו לתוקף (ביום 21.6.1995) של התיקון לחוק שוויון ההזדמנויות. עיקר

טענתם הינה, כי טעו שופטי הרוב (השופטים זמיר וביניש) בכך שלא קבעו כי ההפליה האסורה מטעמי גיל, שאותה ביצעה אל-על כלפיהם, עולה כדי פגיעה בתקנת הציבור. לטענתם, עקרון השוויון חל במשפט הישראלי, ובנסיבות המקרה הפגיעה בעיקרון זה היא כה חמורה, עד כי יש בה פגיעה בתקנת הציבור. בכל אלה הם סומכים עצמם על פסק-דינו של השופט מ' חשין.

9. כמו בפני בית-המשפט העליון בהרכבו המקורי, כך גם בפנינו, בדיון נוסף, ניצבות שתי שאלות מרכזיות: האחת, אם ההוראה בהסכם הקיבוצי של אל-על בדבר פרישת חובה בגיל 60 של דיילי האוויר מפלה אותם "מחמת... גילם" (סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות); השנייה, אם ההוראה בדבר פרישת החובה – ככל שהיא הופעלה על דיילים שפרשו בגיל 60 בטרם תוקן חוק שוויון ההזדמנויות (כיום 21.6.1995) – נוגדת את תקנת הציבור (סעיף 30 לחוק החוזים).

תחולתו של חוק שוויון ההזדמנויות

10. חוק שוויון ההזדמנויות נתקבל בכנסת ב-1988 (על ההיסטוריה של החוק ראו ר' בן-ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה (כרך ב) [33], בעמ' 345). הוא הטיל איסור על מעביד להפלות בין עובדיו "מחמת מינם, מחמת היותם נשואים, או מחמת היותם הורים..." (סעיף 2(א)). ב-1995 תוקן חוק שוויון ההזדמנויות (חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 3), תשנ"ה-1995). הוספו כמה עילות לאיסור ההפליה. אחת מאותן עילות היא זו של הפליה בין עובדים ודורשי עבודה "מחמת... גילם". נוסחה של ההוראה הרלוונטית (סעיף 2) כיום הוא בזו הלשון:

2. (א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או משך שירות המילואים, כמשמעותו בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, הצפוי להם, בכל אחד מאלה:

(1) קבלה לעבודה;

(2) תנאי עבודה;

(3) קידום בעבודה;

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית;

(5) פיטורים או פיצויי פיטורים;

(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה.

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

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

על מבנה הוראה זו עמד השופט מ' חשין בדיון המקורי [1], בצינו:

"הוראת סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות אוסרת בראשיתו על מעביד להפלות בין עובדיו או בין דורשי עבודה... זו התשתית שעליה בנוי תוכן איסור ההפליה. אשר לאיסור ההפליה לגופו, זה מניע עצמו סביב שני צירים מרכזיים אלה: הציר האחד הוא ציר העילה והציר האחר הוא ציר מושא ההפליה" (שם, בעמ' 307-308).

על-פי מבנה זה, השאלה העיקרית שיש לבחון – והיא שאלת התשתית, במינוחו של השופט מ' חשין – היא השאלה אם המעביד הפלה את עובדו. נפנה לבחינתה של שאלה זו.

האם המעביד הפלה את העובד?

11. חוק שוויון ההזדמנויות אינו מגדיר "הפליה" מהי. על-כן פירושו של ביטוי זה ייעשה על-פי התכלית המונחת ביסוד החוק. בהיעדר נתונים על תפיסה מיוחדת של המחוקק בעניין זה יש לצאת מתוך ההנחה כי הגישה המקובלת של המשפט הישראלי בעניין שוויון והפליה – ואלה אינם אלא שני צדדיו של אותו מטבע – חלה גם בגדריו של חוק שוויון ההזדמנויות. בצדק ציין השופט מ' חשין בדיון המקורי [1] כי "חזקה עליו [על המחוקק – א' ב'] כי אימץ לעצמו את מושג ההפליה כפי שנתקבל בהלכה" (שם, בעמ' 312). אמת, בשל מורכבותו של מושג ה"שוויון" (וממילא של מושג ה"הפליה") אין גישה אחת ויחידה באשר לתוכנו (ראו דברי השופט ש' לויין בבג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת [2], בעמ' 148). אכן, ה"שוויון" הוא מושג סבוך ובעל היבטים רבים ומגוונים (ראו: [45] R. Dworkin *Sovereign Virtue* וכן י' זמיר, מ' סובל

א "השוויון בפני החוק" [38]. לצרכים שונים יש מקום להיזקק לתפיסות שונות של השוויון (ראו דברי השופט דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון (להלן – פרשת מילר [3]), בעמ' 135). לצורכי סוג המקרים שלפנינו התגבשה התפיסה כי נקודת מוצא ראויה לבחינת השוויון וההפליה היא הנוסחה האריסטוטליינית, שלפיה יש להעניק יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים במידה פרופורציונלית לשוני ביניהם (אריסטו אתיקה (מהדורת ניקומאכוס, ספר ה', פרק ג', בתרגומו של י' ג' ליבס, תשל"ג)). "הפליה פסולה פירושה יחס שונה אל שווים; פירושה יחס בלתי שווה ובלתי הוגן למי שראויים לאותו יחס..." (השופט אור בבג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר [4], בעמ' 507). מכוחה של גישה זו מוסבר עקרון השוויון על-פי תפיסת הרלוונטיות (ראו: ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל [5], בעמ' 35; פרשת מילר [3], בעמ' 109). שוויון אינו מחייב זהות. לעתים "לשם השגת השוויון יש לפעול בתוך שונות" (בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור [6], בעמ' 11). אכן, "...עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין זה יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח קיומם של טעמים ענייניים המצדיקים שוני" (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה (להלן – פרשת ק.א.ל [7]), בעמ' 236). "הפליה היא, כידוע, הבחנה בין אנשים או בין עניינים מטעמים בלתי ענייניים..." (השופט מ' חשין בדיון המקורי [1], בעמ' 312). גישה זו לשוויון ולהפליה מתבקשת גם מהוראותיו של חוק שוויון ההזדמנויות עצמו, הקובע כי "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה" (סעיף 2(ג)), וכי "...רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין" (סעיף 2(ב)). בכך באה לידי ביטוי הבנה של מושג ההפליה (הישירה או העקיפה) במונחים של רלוונטיות. אכן, בתפיסתו של מושג ה"הפליה" בגדרי שאלת התשתית על-פי סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות יש להתחשב בהבנת מושג ההפליה בסעיף 2(ב) ובסעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות. עמד על כך השופט מ' חשין, בציינו:

א "דומה כי שלילת ההפליה בנסיבות האמורות בסעיף 2(ג) לחוק הייתה נלמדת מאליה גם לולא אמר המחוקק את דברו במפורש, והרי בנסיבות האמורות בסעיף 2(ג) נשללת הפליה מניה-וביה; שאם 'הפליה... מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה', ממילא לאו הפליה היא... פיסקה (ג) הינה בבחינת סייג לרישה לפיסקה (א), ואת השתיים יש לקרוא בהמשך אחד" (הדיון המקורי [1], בעמ' 312).

מהו המסר הנורמטיבי העולה מתפיסת שוויון-הפליה זו?

12. כפי שראינו, 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. מכאן גישתם של מחברים מספר, הרואים בשוויון מושג ריק מתוכן (ראו, למשל, בן-ישראל בספרה הנ"ל (כרך א) [33], בעמ' 30, בהתבסס על [48] "The Empty Idea of Equality" (P. Westen)). לגישה זו איני יכול להסכים. 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" (פרשת ק.א.ל 7, בעמ' 233). על בדיקה כפולה זו עמד השופט זמיר באחת הפרשות, בציינו:

"...חובת השוויון, שבדרך-כלל רואים אותה כמקשה אחת, היא בעצם חובה כפולה. כדי לצאת ידי חובה צריך, ראשית, להחליט מהי קבוצת השוויון... שנית, לאחר שקבוצת השוויון נקבעה, חובה היא להחליט באופן שוויוני בתוך קבוצה זאת" (בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות [8], בעמ' 283).

על רקע ניתוח זה נפנה לנסיבותיו של המקרה שלפנינו.

מהי "קבוצת השוויון" במקרה שלפנינו?

13. השאלה הראשונה הינה, מהי קבוצת השוויון במקרה שלפנינו. כלפי מי חייב המעביד לנהוג בשוויון על-פי חוק שוויון ההזדמנויות. תשובה לשאלה זו – שלעתים היא הקשה והסבוכה ביותר – מצויה בחוק שוויון ההזדמנויות. החוק קובע כי "לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה..." (סעיף 2(א)). נמצא, כי קבוצת השוויון הרלוונטית לדיון שלפנינו היא עובדיו של המעביד. "...המעביד... חייב לנהוג בשוויון, לפי לשון החוק ולפי תכלית החוק, כלפי כל עובדיו. כל עובדיו גם יחד מהווים, לעניין השוויון קבוצה אחת" (השופט זמיר בדיון המקורי [1], בעמ' 348). המעביד רשאי, כמובן, לחלק את עובדיו לקבוצות שונות (כגון עובדי צוות אוויר ועובדי קרקע). אולם גם מעביד שעושה כן חייב לנהוג בשוויון הן בין העובדים בתוך הקבוצה והן בין כל עובד

א בקבוצה אחת לכל עובד אחר בקבוצה אחרת. כל עובד ועובד (תהא קבוצתו אשר תהא) רשאי להעמיד עצמו ביחס לכל עובד אחר של אותו מעביד ולשאל עצמו אם המעביד נוהג כלפיו – ביחס לאותו עובד אחר – באופן שוויוני. חובתו של המעביד שלא להפלות מחמת גיל היא חובה אינדיווידואלית שהוא חב לכל עובד ועובד. הטענה של המעביד, כי חילק את עובדיו לקבוצות, והריהו נוהג בשוויון בתוך כל קבוצה, ובכך הוא יוצא ידי חובת השוויון, אינה טענה שניתן לקבלה. היא מזכירה לנו את הטענה של "נפרד אבל שווה" (separate but equal) שנדחתה הן לעניין הפליה מחמת מין (ראו דב"ע ג25-3/ ועד אנשי צוות דיילי אוויר – חזין (להלן – פרשת חזין [24]), בעמ' 374) והן לעניין הפליה על בסיס גזע ודת (בג"ץ 6698/95 קעטאן נ' מינהל מקרקעי ישראל (להלן – פרשת קעטאן [9]), בעמ' 279). חוק שוויון ההזדמנויות מצווה על המעביד לנהוג בשוויון בין עובדיו, תהיה השתייכותם המקצועית אשר תהא. על-כן חובתה של אל-על כלפי כל אחד מדיילי האוויר (והדיילים העותרים בכללם) היא לנהוג כלפיהם בשוויון ביחס לכל אחד מעובדיה האחרים. חובה זו חלה ביחסים הפנימיים בין דיילי האוויר בינם לבין עצמם. חובה זו חלה ביחסים בין דיילי האוויר ועובדי הקרקע (או כל עובד אחר).

ד מה הן דרישות השוויון במקרה שלפנינו?

ה 14. השאלה השנייה – והיא העיקרית בעתירה שלפנינו – הינה, מה דורש עקרון השוויון ביחסים שבין עובדיו השונים של אותו מעביד. כפי שראינו, עקרון השוויון מכיר בשונות. המבחן הקובע הוא זה של הרלוונטיות. היטיב להביע זאת השופט אגרנט, בציינו:

ו "המושג 'שוויון', בהקשר זה, פירושו איפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא הדורש, לענין המטרה הנדונה, 'טיפול שווה' (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בכני אדם שונים ניזון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי (relevant inequality), כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניזון מהיותם נתונים במצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרת הטיפול" (ד"נ 10/69 הנ"ל [5], בעמ' 35).

ז נזכור עוד, כי הסדר שונה לעובדים שונים המתחייב מאופיו או ממהותו של התפקיד אינו פוגע בשוויון (סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות). מה דורש עקרון השוויון לעניין גיל הפרישה מהעבודה אצל אותו מעביד?

15. החובה של מעביד לנהוג שוויון בין עובדיו מחמת גילם, משמעותה, בין השאר, חובה לקבוע גיל פרישה זהה לכל העובדים (המהווים את "קבוצת השוויון"), אלא אם תפקידו של העובד מצדיק קביעתו של גיל פרישה שונה (שונות רלוונטית). אם תפקידו השונה של העובד מצדיק קביעת גיל פרישה שונה, כי אז אין לומר כלל שיש הפליה שלו כלפי שאר העובדים. השינוי בגיל הפרישה, במצב דברים זה, מעוגן בשוני בתפקיד, ואין בו הפליה על בסיס של גיל. לפנינו שוני רלוונטי (בתפקיד), השולל את ההפליה (מחמת גיל). בצדק ציין השופט מ' חשין כי "בהפליה מחמת גיל השאלה תהיה – לעולם – אם היחס השונה שלו זוכים עובדים שונים בא בגלל גילם השונה" (הדיון המקורי [1], בעמ' 335). וברוח דומה מציין השופט זמיר כי "...אין זו הפליה אם נסיבות העניין, ובעניין שלפנינו מהות התפקיד, מחייבות את ההבדל" (הדיון המקורי [1], בעמ' 350). לעומת זאת אם תפקידו של עובד אינו מצדיק קביעתו של גיל פרישה שונה, כי אז לפנינו הפליה מחמת גיל (ואליה עשויות להצטרף, כמובן, הפליות נוספות). אמת, התפקיד שונה, אך השוני בתפקיד אינו רלוונטי לעניין השוני בגיל הפרישה. קביעת גילאים שונים לפרישה באה, במצב דברים זה, "בגלל גילם השונה", ועל-כן עניין לנו בהפליה מחמת גיל. בעתירה שלפנינו קבעה המעבידה – אל-על – גיל פרישה שונה לדיילי האוויר שלה לעומת גיל הפרישה של העובדים האחרים שלה (לענייננו, עובדי הקרקע). ההסבר לכך ניתן בתפקיד השונה שיש לדיילי האוויר לעומת עובדי הקרקע. אם אמנם השוני בתפקיד הוא רלוונטי לקביעת שוני בגיל הפרישה, כי אז אין לפנינו הפליה מחמת גיל, אלא שוני בגיל הפרישה בשל התפקיד. לעומת זאת אם השוני בתפקיד אינו רלוונטי לקביעת שוני בגיל הפרישה, כי אז לפנינו הפליה מחמת גיל ולא שוני מחמת תפקיד. נמצא, כי שאלת המפתח שעליה עלינו להשיב היא זו: האם תפקידם השונה של דיילי האוויר הוא רלוונטי לעניין קביעת גיל פרישה שונה. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

האם תפקידם השונה של דיילי האוויר רלוונטי לקביעת גיל פרישה שונה?

16. על-פי הנתונים שלפנינו, השוני בתפקידם של דיילי האוויר, לעומת העובדים האחרים, אשר הצדיק לדעתה של אל-על קביעת גיל פרישה שונה לדיילי האוויר לעומת עובדים אחרים הוא בכך שתפקידו של דייל אוויר מחייב הופעה נאה וכוח פיזי. אלה מכתבים, לגישה של אל-על, גיל פרישה שונה (ומוקדם יותר) לדיילי האוויר. האם שוני זה בנתוני התפקיד הוא רלוונטי לעניין גיל הפרישה השונה? כיצד נקבעת רלוונטיות זו? האם המניע של המעביד הוא הקובע? האם סבירותו של השוני משפיעה על הרלוונטיות שלו?

17. מושג הרלוונטיות הוא בעל משמעויות שונות בהקשרים שונים. בהקשר שלפנינו, הרלוונטיות צריכה לקבוע באילו מצבים קביעת גיל שונה לפרישה של עובדים שונים "...מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה" (סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות). מתבקשת מכאן אמת-המידה, שלפיה הרלוונטיות משמעותה כי נתוני התפקיד אשר מצדיקים לכאורה גיל פרישה שונה (אצלנו – הופעה נאה וכוח פיזי) מתחייבים באופן סביר ממהות תפקידו של העובד (ראו את "מבחן היכולת לבצע" אצל ש' רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" [39], בעמ' 551). עמד על כך השופט זמיר בדיון המקורי [1] (בהתייחסו להופעה הנאה):

"...הפירוש הנכון הוא, שהופעה צעירה מתחייבת באופן סביר, כלומר שרק עובד צעיר מסוגל למלא את התפקיד כראוי" (שם, בעמ' 355).

מבחן זה הוא בעל אופי אובייקטיבי. השאלה אינה אם המעביד חושב (סובייקטיבית) כי דרישות התפקיד מתחייבות ממהות התפקיד. השאלה הינה אם דרישות התפקיד מתחייבות באופן סביר ממהות התפקיד (ראו השופט זמיר בדיון המקורי [1], בעמ' 350). עמד על כך, לעניין הפליה על בסיס של מין, השופט בר, באומרו:

"מוכן אני להניח, כי לא היה בכוונת מעסיקה של העותרת להפלות אותה ואת יתר העובדות לרעה כאשר חתמו על חוקת העבודה. אך כוונתה של המשיבה אינה קונקלוסיבית לעניין השאלה שעלינו להכריע בה, שכן המבחן לבדיקת קיומה או אי-קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית" (בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה (להלן – פרשת נבו [10]), בעמ' 759. ראו גם דב"ע נו1290/3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ [25]).

דברים אלה יפים גם לעניין הפליה על בסיס של גיל. כמובן, בקביעת המתחייב באופן סביר ממהות התפקיד יש להתחשב בהגדרת התפקיד על-ידי המעביד. בסופו של דבר, זהו עסקו שלו. עם זאת המעביד אינו המכריע, ומילתו שלו אינה המילה האחרונה. דעתו שלו – ודעתם של מעבידים אחרים באותו סוג של עסק – תובא בחשבון כאחד הנתונים הקובעים את המתחייב באופן סביר ממהות התפקיד. עם זאת, כאשר המעביד פועל מתוך מניע של הפליה, לא ניתן לראות את דרישות התפקיד כמתחייבות באופן

סביר ממהות התפקיד. כאשר המעביד פועל מתוך מניע של שוויון, אין מחשבתו הסובייקטיבית מכרעת. המבחן הוא אובייקטיבי.

א

18. מבחן הרלוונטיות דורש כי דרישות התפקיד – אשר על-פיהן מבקשים להצדיק גיל פרישה שונה לעובדים שונים של אותו מעביד – מתחייבות באופן סביר ממהות התפקיד. המבחן הוא אפוא מבחן של סבירות. אכן, ייתכן שנתונים המצדיקים לכאורה גיל פרישה שונה צריכים להיות מובאים בחשבון, שכן הם קשורים למהותו של התפקיד. אך השאלה היא תמיד שאלה של איזון. השאלה הינה אם המשקל שניתן לשיקולים אלה במכלול השיקולים הוא סביר. עמדה על כך השופטת נתניהו, בציננה:

ב

“...חייבים תחילה להיקבע קריטריונים בדבר הנתונים הרלוואנטיים לשוויון, וקריטריונים אלה צריכים להיקבע באופן סביר, תוך זיקה ותוך התחשבות במטרה של השוויון, שאותו מבקשים להשיג... קריטריונים הקובעים נתונים בלתי רלוואנטיים או בלתי סבירים למטרה, שלשמה מבוקש השוויון המהותי, או הנתונים משקל בלתי סביר לאיזוה מנתונים אלה בתוך מכלול הנתונים הינם שרירותיים ויביאו לתוצאה של הפרת השוויון” (בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה [11], בעמ' 21).

ג

ד

מכאן גם שיש להתחשב בשאלת המידתיות. האם דרישות התפקיד שהמעביד בחר בהן – ואשר על-פיהן נקבע גיל פרישה שונה לעובדים שונים – הן מידתיות (ראו: Eur. Court H.R. Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (1968) [27], at p. 31) וכן פרשת מילר [3], בעמ' 140)? האם קיים קשר רציונלי בין דרישות התפקיד שהמעביד קבע לבין מהות התפקיד? האם נתוני התפקיד שנקבעו פוגעים בשוויון בין העובדים לעניין הגיל במידה הקטנה ביותר (ראו [28] [1992] *Dickason v. University of Alberta*)? האם קיים יחס חשוב מספיק בין האפקט המפלה לבין שיקולים של מהות התפקיד (השוו בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט [12])? כך, למשל, גם אם נאמר שהופעה נאה וכוח פיזי הם נתונים המתחייבים לכאורה ממהות התפקיד, האם אין אפשרות לבחון קיומם על בסיס של בדיקה אינדיווידואלית של כל עובד ועובד ולא על בסיס קביעה גורפת שאינה מתחשבת בתכונות האינדיווידואליות של העובדים? אכן, בפרשה קנדית אחת צוין כי המעביד יתקשה לקיים את דרישת המידתיות, אם הוא לא ייתן נימוקים סבירים מדוע אינו בוחר במבחן אינדיווידואלי (ראו *Saskatchewan (Human Rights Comm.) v. [29] [1989] Saskatoon*). כן ייכשל המעביד בדרישות תפקיד לא מידתיות, אם לא יצליח להראות מדוע אין אפשרות להעסיק את העובד בתפקיד אחר במסגרת העיסוק

ה

ו

ז

הכללי של המעביד – תפקיד שאין בו דרישה לפרישה מוקדמת (ראו *British Columbia v. BCGSEU* (1999) (להלן – פרשת בריטיש קולומביה [30])).

א

19. קביעת גיל פרישה שונה לעובדים אצל אותו מעביד לא תהווה הפליה אסורה, אם הדבר מתחייב באופן סביר ממהות התפקיד של אותם עובדים. אמת-המידה מחמירה עם המעביד. השאלה אינה אם קביעת גיל פרישה שונה הינה אפשרית. השאלה הינה אם קביעת גיל פרישה שונה מתחייב. במשפט האמריקני יש להראות כי דרישת הגיל הינה *reasonably necessary* למהות התפקיד (ראו סעיף 45 ל- *Age Discrimination Act, 1967*). בפרשה קנדית אחת נידון הסכם קיבוצי אשר קבע פרישת חובה בגיל 60 לכבאים. גיל פרישה מוקדם זה נומק בדרישות לכוח פיזי מכבאים. הוראת החוק קובעת כי ניתן להצדיק גיל פרישה שונה, אם הדבר מהווה *"Bona fide occupational requirement"*. בית-המשפט העליון של קנדה ביטל את הוראות ההסכם הקיבוצי. נקבע כי קביעת דרישות של כוח פיזי התבססה על גישות "אימפרסיוניסטיות" בלא בדיקה מדעית. באשר לקביעת גיל פרישה מיוחד, קבע בית-המשפט העליון הקנדי:

ב

ג

ד

"...it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public" (*Ont. Human Rights Comm. v. Etobicoke* (1982) [31], at p. 208).

ה

בת-משפט קנדיים הוסיפו וקבעו כי המבחן של *"reasonably necessary"* מצביע על אמת-מידה של מידתיות (ראו פרשת בריטיש קולומביה [30]). מבחנים אלה תואמים את המבחן הישראלי.

ו

20. היש להתחשב – במתן תשובה לשאלה אם דרישות התפקיד, המצדיקות לכאורה גיל פרישה שונה, מתחייבות באופן סביר ממהות תפקידו של העובד – בהעדפתם של הלקוחות? חברות תעופה רבות מעסיקות רק אנשים צעירים כדיילי אוויר. האם יש להתחשב בשיקול זה? בדיון המקורי [1] ציין השופט זמיר, כי "אפשר לומר שמוסכמה היא כי דייל אוויר הוא אדם צעיר. ואפשר גם לומר כי חברות התעופה נעשו שביות בידי מוסכמה שהן יצרו. הן יצרו סטראוטיפ של דייל אוויר. התוצאה היא שציבור הנוסעים מצפה לראות אנשים צעירים בתפקיד של דיילי אוויר" (שם),

ז

בעמ' 355). היש להתחשב בציפיות אלה? השופט זמיר השיב על שאלה זו בשלילה. כתב השופט זמיר:

"המוסכמה החברתית היא הקרקע שעליה צומחת ההפליה החברתית: הפליה מחמת גזע, דת, ארץ מוצא, מין ועוד. הסטראוטיפ הוא אויב השוויון. הוא יוצר מעגל קסמים הפועל להנצחת הפליה... סעיף 2 לחוק השוויון נועד להתגבר על סטראוטיפים ולשרש מוסכמות הגורמים להפליה בעבודה, ללא הצדקה עניינית, ובהם גם המוסכמה בנוגע לגיל" (שם, בעמ' 355-356).

וברוח דומה ציין נשיא בית-הדין הארצי לעבודה מ' גולדברג באחת הפרשות שנידונו בפני בית-הדין הארצי לעבודה:

"בקביעת מבחנים אובייקטיביים יש להימנע מסטראוטיפים, שהרי אלה לעולם אינם אובייקטיביים, אלא נובעים מדעות שהשתרשו בחברה, מבלי שיהיה להן בסיס עובדתי מוצק" (דב"ע נא8- / מדינת ישראל – חברת גסטטנר ישראל בע"מ [26], בעמ' 79).

גישה זו ראויה היא. אין לך קרקע פורייה יותר להפליה מאשר סטראוטיפים שפותחו במשך השנים. כך לעניין סטראוטיפים של נשים (ראו פרשת נבו [10], בעמ' 761; פרשת מילר [3], בעמ' 133: "התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטראוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה" (השופטת דורנר). ראו גם פ' רדאי "על השוויון" [40], בעמ' 255); כך לעניין סטראוטיפים הבנויים על שוני בגזע, וכך לעניין סטראוטיפים הבנויים על הבחנות של גיל. אכן, בצדק צוין כי קבלת טענות המתחשבות בהעדפה של לקוחות "...חותרת תחת הפילוסופיה הבסיסית העומדת ביסוד של איסור האפליה בעבודה" (רביץ-מרגליות, במאמרה הנ"ל [39], בעמ' 552). התחשבות בסטראוטיפים שומטת הקרקע מתחת למבחן הרלוונטיות עצמו. בצדק ציינה השופטת דורנר כי "...קיימת סכנה – שהתממשה לא אחת – כי אמות המידה שיוחלו בכל עניין ועניין ישקפו את הסטראוטיפים המשפילים שעמם מיועד להתמודד איסור ההפליה מיסודו" (פרשת מילר [3], בעמ' 133).

21. בטרם אעבור לבחינתן של נסיבות המקרה שלפנינו, ברצוני לעמוד בקצרה על שני עניינים דיוניים: ראשית, דבר נטל השכנוע. ככלל, נטל השכנוע מוטל על העובד הטוען כי המעביד הפלה אותו. העובד מרים נטל זה, כאשר הוא מוכיח כי אצל מעבידו

נוהגת נורמה הקובעת גילאים שונים לפרישת חובה של עובדים שונים (הפליה ישירה).
 כן ירים העובד נטל זה אם יוכיח כי הלכה למעשה מתקיימת אצל המעביד תוצאה של
 הפליה על בסיס של גיל (הפליה עקיפה). במקרה הראשון, די בכך שהכלל הוא גיל
 פרישה שונה לעובדים שונים. בעצם הוכחת קיומו של הכלל – ובלא קשר למתחייב
 מתפקידו של העובד – הרים העובד את נטל השכנוע המוטל עליו, להוכיח קיומה של
 הפליה "מחמת גיל". במקרה השני, לא קיים כלל הקובע גיל פרישה שונה לעובדים
 שונים. הכלל הוא לכאורה "ניטרלי" ואינו מפלה. עם זאת דרישות התפקיד גורמות לכך
 שהלכה למעשה, התוצאה (ה"אימפקט") הינה גיל פרישה שונה לעובדים שונים.
 בהוכחת קיומה של תוצאה זו הרים העובד את נטל השכנוע המוטל עליו, להוכיח
 קיומה של הפליה "מחמת גיל". למותר לציין, כי הוכחה זו היא לכאורה בלבד. בכך
 הוכיח העובד, לכאורה, כי המעביד מפלה בין עובדיו "מחמת... גילם" (סעיף 2(א)).
 בשלב זה עובר הדיון לבחינת השאלה, אם גיל פרישה שונה לעובדים שונים מתחייב
 מאופיו וממהותו של התפקיד (סעיף 2(ג)). בעניין זה נטל השכנוע עובר לשכמו של
 הטוען לתשובה חיובית (בדרך-כלל המעביד: ראו סעיף 9(א) לחוק שוויון
 ההזדמנויות). ודוק: מבחינת הדין המהותי, מהותה של ההפליה עצמה קשורה בקשר
 בל-יינתק למתחייב מאופיו וממהותו של התפקיד. שני אלה אינם אלא אחד. מבחינת
 הדין הדיוני נעשתה הבחנה באשר לנטל השכנוע.

22. העניין הדיוני השני שעליו מבקש אני לעמוד עוסק במידת ההוכחה. בדיון
 המקורי [1] ביקש השופט זמיר להשאיר עניין זה בצריך עיון. עם זאת ציין כי "די לנו,
 לצורך הכרעה במקרה זה, לומר שעל המעביד, הטוען להריג, להוכיח את החריג לפחות
 על-פי מידת ההוכחה הנדרשת כרגיל בעניינים אזרחיים, כלומר, נטייה של מאזן
 ההסתברות לטובת המעביד" (שם, בעמ' 352). לדעה זו אני מסכים.

מן הכלל אל הפרט

23. האם הופעה נאה וכוח פיזי – שני הנתונים שהובאו בפנינו כמצדיקים גיל
 פרישה מוקדם לדיילי האוויר בהשוואה לעובדים אחרים באל-על – מתחייבים באופן
 סביר ממהות תפקידו של דייל אוויר? שאלה זו נבחנה בדיון המקורי [1]. השופט מ' חשין
 הגיע למסקנה כי שני נתוני התפקיד המאפיינים את דיילי האוויר מצדיקים קביעת גיל
 פרישה מיוחד (וקצר יותר) לגביהם. בעניין זה התחשב השופט מ' חשין בכך כי עניין זה
 הוסדר בהסכם קיבוצי, אשר התערבותו של בית-המשפט בו הינה מצומצמת; כן
 התחשב השופט מ' חשין בקביעותו העובדתית של בית-הדין האזורי לעבודה, שלפיהן
 יש לדיילי אוויר תפקיד בטיחותי חשוב במצבי חירום, ודבר זה דורש כוח פיזי. כן ציין
 בית-הדין האזורי לעבודה כי "דיילי האוויר הוא אכן חלון הראווה, שבאמצעותו מוצגת

הנתבעת לנוסעי המטוס בעת הטיסה... התצוגה בחלון הראווה צריכה להיות נאה ואסתטית, כאשר להופעה החיצונית של אצד"א [אנשי צוות דיילי אוויר – א' ב' יש חשיבות משמעותית". לדעתו של השופט מ' חשין, אין מקום להתערב במימצאים אלה. יש לזכור כי "...המעביד הוא המנהל את עסקו – הוא ולא בית-המשפט. וגם אם נאסר עליו להפלות בין עובדיו מטעמים אלה ואחרים, עדיין מותר לו למעביד לעצב את עסקו – לרבות את אופיים ומהותם של תפקידים ושל משרות – גם לפי טעמו" (שם, בעמ' 339). בסכמו את עמדתו, כותב השופט מ' חשין:

"בעלי ההסכם הקיבוצי מסכימים כי עבודתו של דייל אוויר צורכת מאמץ מיוחד, וכי 'הופעתו החיצונית' אף היא מהווה גורם כבד-משקל בעבודתו. ובידענו כי שנים שעוברות עלינו פוגמות ברגיל גם בכוחנו גם בהופעתנו החיצונית, מדוע נראה 'הפליה' בקביעתו של גיל פרישה מוקדם יחסית לדייל אוויר? אכן, יסודות אי-ההגנות והשרירות – אלה יסודות העושים והמאפיינים הפליה, באשר היא – נעדרים מהוראת גיל הפרישה המוקדם שנקבע לדיילי האוויר, ואני מתקשה לראות באותה הוראה הפליה שהחוק נתכוון ללחום בה" (שם, בעמ' 316-317).

24. השופט זמיר – ועמו הסכימה בעניין זה השופטת ביניש – הגיע למסקנה כי שני הנתונים שהביאו לקביעת גיל פרישה מוקדם (הופעה נאה וכוח פיזי) אינם מתחייבים ממהות התפקיד. אשר להופעה הנאה של דיילי האוויר, ציין השופט זמיר, כי אפשר שתהיה הופעה נאה גם לאנשים מבוגרים. הדרישה היא למעשה להופעה צעירה. זוהי דרישה הניזונה מהסטראוטיפ שחברות התעופה (וביניהן אל-על) יצרו. כנגד סטראוטיפ זה בא חוק שוויון ההזדמנויות להילחם. אמת, ייתכן שהופעה צעירה של דיילי האוויר מעניקה לאל-על יתרון עסקי. אין בכך כדי לגבור על חובת השוויון. ה"מחיר" שאל-על מתבקשת לשלם בויתור על דרישת ההופעה הצעירה אינו חורג מן הסביר. אשר לכושר הפיזי, ציין השופט זמיר, כי טענה זו עשויה להוות, עקרונית, נתון המצדיק גיל פרישה שונה. עם זאת אל-על צריכה להניח לטענה זו תשתית עובדתית. השופט זמיר מנתח את התשתית העובדתית שהונחה בפני בתי-הדין לעבודה ובפני בית-המשפט העליון. על-פי תשתית זו תיאר תפקידו של דייל אוויר הוא זה:

"... הם נותנים לנוסעים את ההוראות הנדרשות, בודקים את פתחי היציאה ומדווחים לטייס. אם אירעה ירידה פתאומית של לחץ האוויר בתא הנוסעים, הם מרכיבים לעצמם בקבוקי חמצן ומסכות חמצן ומודיעים לנוסעים להצמיד את מסכות החמצן המשתחררות באופן

א אוטומטי. במקרה של נחיתת אונס, הם פותחים את פתחי היציאה ואת המגלשות, עוזרים לנוסעים לצאת ולהתרחק מן המטוס, זאת בסיוע נוסעים המסוגלים לסייע במילוט, והדיילים הם האחרונים היוצאים מן המטוס" (הדיון המקורי [1], בעמ' 360).

ב לדעת השופט זמיר, אין בתיאור תפקיד זה אף לא ראשית ראייה שתפקידו של דייל אוויר מחייב כושר פיזי גבוה, המצוי אצל דיילי אוויר עד גיל 60, אך אינו מצוי אצלם בין גיל 60 לגיל 65. בעניין זה ציין השופט זמיר, כי אם כושר פיזי הוא המונח ביסוד תפקידו של דייל אוויר, הדעת נותנת כי אל-על תקיים מבחני כושר בטרם יתקבל דייל (או דיילת) לעבודה. לא הובאה בעניין זה כל ראיה. על-כל-פנים, מדוע אין אפשרות להפקיד בידי דייל האוויר המבוגר את תפקיד ה"כלכל", האחראי על צוות דיילי האוויר? תפקידו הוא בעיקר בארגון ובפיקוח, וממנו בוודאי נדרשים פחות כושר פיזי ויותר ניסיון ושיקול-דעת. אכן, על אל-על לארגן את עבודת דיילי האוויר כך שתנטרל את הירידה בכושר הפיזי של הדייל המבוגר. נמצא, כי "גם אם השונות מבחינת הכושר הפיזי בין דיילים מבוגרים לבין דיילים צעירים היא רלוונטית לעניין גיל הפרישה מן העבודה, על אל-על לעשות מאמץ סביר לנטרול השונות כדי לקדם את השוויון" (שם, בעמ' 363-364). אל-על לא טענה כלל כי עשתה מאמץ בכיוון זה.

ג 25. במחלוקת זו בין שופטי הדיון המקורי, דעתי כדעת השופטים זמיר וביניש. אין בדרישות התפקיד – הופעה נאה וכוח פיזי – כדי להצדיק קביעת גיל פרישה שונה לדיילי האוויר. דרישת ההופעה הנאה – נכון יותר, ההופעה הצעירה – עשויה להעניק יתרון עסקי לאל-על. בכך לא די כדי להפוך דרישה זו לנתון רלוונטי השולל הפליה. בצדק ציין השופט זמיר, כי מעבידים אחרים עשויים להעדיף, למשל, מזכירות צעירות למנהלי מחלקות על פני מזכירות מבוגרות, ואל-על עצמה עשויה לחשוב כי עדיף להעסיק דיילות אוויר, ולא דיילי אוויר. העדפה זו – פרי ההפליה ששררה בעבר נגד נשים או נגד מבוגרים – אין בכוחה להצדיק המשך ההפליה בעתיד. רק כאשר העדפת הצעיר (או הנאה) "...מתחייבת מאפיינים או ממהותם של התפקיד או המשרה" (סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות), יש בהעדפה זו כדי למנוע הפליה. על-פי הנתונים שלפנינו, ספק אם תנאי זה הוא "ממין העניין" (ראו סעיף 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות). על-כל-פנים, אל-על עצמה לא ביססה כלל את טענתה כי העדפה זו "מתחייבת" ממהות תפקידו של דייל אוויר. טיסה במטוס אינה תצוגת יופי. תפקידו של דייל האוויר הוא לשרת את הנוסעים מכניסתם למטוס ועד צאתם ממנו. דרישה סבירה של התפקיד היא מקצועיות ויעילות. את אלה ניתן להבטיח בלא כל הפליה בין גילם של דיילי האוויר. גם לא נטען – ובוודאי לא הוכח – כי השוואת גיל הפרישה של דיילי האוויר לאלה של עובדים אחרים תביא לנזקים כלכליים אשר אל-על לא תוכל

להתמודד עמם. מוכן אני להניח – ואף זאת בספק רב – כי בטווח הקצר עשוי הדבר להשפיע בשולי העיסוק. זהו "מחיר" שאל-על – כמו כל מעביד אחר בישראל – צריכה לשלמו. זכויות אדם עולות כסף. הבטחת שוויון עולה כסף. לרוב הדרישה לתשלום ה"מחיר" באה כלפי השלטון (ראו בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכביס-רעות" [13], בעמ' 27). אך מקום שזכויות האדם, כמו השוויון, חלות ביחסים בין פרטים, הם אלה שצריכים לשאת במחיר הנדרש (ראו דברי השופט דורנר בפרשת מילר [3], בעמ' 142). 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.

26. דרישה של כוח פיזי עשויה, בנסיבות מתאימות, להיות רלוונטית לתנאי עבודה (כגון, גיל פרישה) שונים בין עובדים שונים. מעביד שעסקו בסבלות אינו מפלה עובדים המחויבים לצאת לגימלאות כאשר כוחם אינו עוד במותניהם ולא ניתן למצוא להם עבודה אחרת בעסקו. זה אינו המצב באל-על. מטוס אינו זירת התגוששות. תפקידו של דייל האוויר הוא בעיקר להעניק שירות אדיב. דרישות הכוח הפיזי הן מינימליות. גם במצבי חירום אין נדרש, הלכה למעשה, כוח פיזי רב כדי להגשים את המטלות המתחייבות באופן סביר מהתפקיד. על-כל-פנים, דרישות המידתיות מחייבות לבדוק אם ניתן להבטיח, הלכה למעשה, דרישה זו לכוח פיזי – גם לשיטתם של אלה הסבורים כי הדבר מתחייב באופן סביר מתפקידו של דייל אוויר – על-ידי בדיקה אינדיווידואלית של כל דייל. אין כל ראייה שכל דיילי האוויר מעל גיל 60 (או כמעט כולם) נעדרים את הכוח הפיזי המתחייב באופן סביר מהתפקיד. גם אין כל ראייה כי בדיקה אינדיווידואלית אינה מעשית ואינה יעילה (ראו רבין-מרגליות, במאמרה הנ"ל [39], בעמ' 555). השופט מ' חשין מתח ביקורת, בדיון המקורי [1], על אפשרות הבדיקה האינדיווידואלית. לגישתו, יש בכך כדי לפגוע בכבודם של דיילי האוויר (שם, בעמ' 338). בכל הנוגע לבדיקות יופי או "צעירות", כבר ציינתי, כי אין הן מתחייבות מאופיו של התפקיד, ועל-כן אין לערוך כל בדיקה בעניין זה, שכן הדרישה אינה ראויה. שונה הדבר כאשר לכושר הפיזי. עניין זה עשוי להיות רלוונטי, והוא מתבקש מדרישת המידתיות. במקרה כזה – אם אמנם הוא רלוונטי – איני רואה כל פגיעה בכבודו של עובד, המבקש לבצע תפקיד שכושר פיזי בו הוא רלוונטי, אם הוא מתבקש לעבור מבחני כושר אינדיווידואליים. מבחנים אלה יהיו בוודאי תקופתיים, והם יחולו על כל דיילי האוויר, יהא גילם אשר יהא. בעניין זה יהיה מקום לבחון אם נדרש שכל דיילי האוויר יקיימו את דרישות הכושר הפיזי, ואם לא די בכך שבכל טיסה יהיו מספיק דיילי אוויר שיקיימו דרישות אלה. לבסוף – ושוב מטעמים של מידתיות – יש לבחון האפשרות להעסיק את העובד שאינו מקיים את דרישות הכושר הפיזי בעיסוק אחר אצל מעבידו, בלא להטיל בכך על המעביד מעמסה בלתי סבירה.

27. הגעתי אפוא למסקנה כי מנתוני התפקיד שעליהם סמכה אל-על – הופעה נאה וכוח פיזי – אין מתחייב גיל פרישה שונה לדיילי האוויר. על-כן קביעת גיל פרישה שונה מהווה הפליה של דיילי האוויר "מחמת... גילם" (סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות). השופט מ' חשין הגיע, כפי שראינו, למסקנה כי ההפליה של דיילי האוויר אינה "מחמת... גילם". ביסודו של שוני זה מונחת גישה שונה למתחייב מאופיו או ממהותו של התפקיד שהוטל על דיילי האוויר (סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות). גם השופט מ' חשין היה בוודאי קובע כי דיילי האוויר הופלו "מחמת גילם" אילו סבר כי השוני בגיל הפרישה אינו מתחייב ממהות תפקידם של דיילי האוויר. באשר לעמדתו של השופט מ' חשין בעניין זה ברצוני להעיר ארבע הערות.

28. ראשית, בדיון המקורי [1] כותב השופט מ' חשין:

א "האם חייבה עצמה אל-על בהפליה מטעמי גיל? בקובעה גיל פרישה נמוך יותר לדיילים – ביחס לעובדי קרקע, למשל – האם עברה אל-על על איסור שקבע החוק? ספק גדול הוא. החוק אוסר, למשל, על הפליה בין 'צעירים' ל'מבוגרים', והיא הפליה מחמת גיל. ואולם ענייננו-שלנו – כך יטען הטוען – אין הוא מסב עצמו כלל על הפליה מחמת גיל, והרי מדברים אנו על הבחנה בין נושאי תפקידים שונים (ואיננו עוסקים עתה בשאלה אם הבחנה זו מוצדקת, אם לאו)" (שם, בעמ' 311).

ב לניתוח זה אין בידי להסכים. במישור המהותי, אי אפשר לדחות את הדיון בשאלה אם דרישות התפקיד מתחייבות ממהותו למועד אחר. על-כל-פנים, גם אם הוא ייעשה במועד אחר, יש בו כדי להשפיע על המסקנה באשר לעצם קיומה של ההפליה עצמה ("התשתית"). במישור הדיוני – ודומה שלמישור זה כווננו דבריו של השופט מ' חשין – קיימת הפליה (לכאורה) מחמת גיל, כאשר המעביד קובע גילאי פרישה שונים, היא הטעם (מוצדק אם לאו) אשר יהא. כאשר הנורמה עצמה (הפליה ישירה) או התוצאה הלכה למעשה (הפליה עקיפה) יוצרות מצב שבו עובדים שונים פורשים בזמנים שונים, נוצרת לכאורה הפליה מחמת גיל. יהיה ניתן כמוכחן להראות – והנטל יהיה על הטוען זאת – כי מה שנחזה לכאורה כהפליה מחמת גיל אינו הפליה, שכן השוני בגיל הפרישה מתחייב ממהות התפקיד. אך כל עוד אין הוכחה בעניין זה, עצם הטענה כי עניין לנו לא בגיל פרישה שונה אלא בתפקיד שונה, אין בו כדי לסתור ההנחה הלכאורית של קיום הפליה מחמת גיל.

29. שנית, השופט מ' חשין הדגיש בדיון המקורי [1] כי המעביד הוא המנהל את עסקו – המעביד ולא בית-המשפט – ויש לאפשר לו לעצב את עסקו גם לפי טעמו. את דעתו של המעביד יש לשמוע. "גם מעביד זכאי – בעסקו – למעין תחום של שיקול-דעת באשר לקביעת 'אפיים' ו'מהותם' של תפקידים ושל משרות, ולא יהיה זה נכון כי נכפה עליו מבחנים 'אובייקטיביים' הר כגיגית" (שם, בעמ' 340). אכן, דיני העבודה מבוססים על הפרוגטיבה של המעביד (ראו בג"ץ 239/83 מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה [14]). אך פרוגטיבה זו אינה בלתי מוגבלת. בענייננו, הפרוגטיבה של המעביד מוגבלת על-ידי עקרון השוויון. עם חקיקתו של חוק שוויון ההזדמנויות – וכפי שנראה בהמשך, גם לפני כן – חייב כל מעביד לנהל את עסקו כך שזכותם של עובדיו לשוויון בינם לבין עצמם לא תיפגע. זוהי "המטרייה הנורמטיבית" שתחתיה עליו לפעול. אלה הן הדרישות הנורמטיביות שעליו למלא. שוב אין הוא יכול לומר: "זה עסקי שלי, ובגדריו אני קובע את גיל הפרישה". מדינת ישראל משיבה לאותו מעביד: "את עסקך שלך עליך לנהל באופן שלא יפלה בין העובדים מחמת גילם". על המעביד לקבוע את דרישות התפקיד על רקע התפיסה החברתית שלנו – תפיסה שמצאה ביטוייה בחוק שוויון ההזדמנויות – כי אין להפלות בין עובדים בעילות שונות, ובהן זו של גיל. נדרש את שהשופט דורנר כינתה בפרשת מילד [3], בעמ' 142, "תכנון מערכת", שימנע הפליה על בסיס הגיל. עמד על כך בית-המשפט הקנדי בפרשת בריטיש קולומביה [30], בצינו (בפיסקה 68 לפסק-הדין):

"Employers designing workplace standards owe an obligation to be aware of both the differences between individuals, and differences that characterize groups of individuals. They must build conceptions of equality into workplace standards. By enacting human rights statutes and providing that they are applicable to the workplace, the legislatures have determined that the standards governing the performance of work should be designed to reflect all members of society, in so far as this is reasonably possible. Courts and tribunals must bear this in mind when confronted with a claim of employment-related discrimination. To the extent that a standard unnecessarily fails to reflect the differences among individuals, it runs afoul of the prohibitions contained in the various human rights statutes and must be replaced. The standard itself is required to provide for individual accommodation, if reasonably possible".

- על-כן המעביד אינו רשאי, בגדרי הפררוגטיבה שלו, להעדיף צעירים על פני מבוגרים, בלי שהעדפה זו תהיה רלוונטית לתפקיד. רלוונטיות זו אינה יכולה להיקבע על-ידי המעביד עצמו. מתחייב מבחן אובייקטיבי. מטבע הדברים, שמבחן אובייקטיבי זה אינו תלוש ממציאות העבודה. השאלה אינה מה הן דרישות השוויון בעסק אידאלי. השאלה הינה מה הן דרישות השוויון בעסקו של המעביד הספציפי. הוא המחליט להתעסק בעסקי טיסה ולא בעסקי דגים מלוחים. הוא גם המחליט אילו מחלקות יהיו בעסקו, ומה תעשה כל מחלקה. על-כן יהא זה המעביד – הוא ולא אחר – אשר יחליט אם יהיו דיילי אוויר ומה יהיה תפקידם. אך בגדר החלטתו שלו באשר למהות העסק ולתפקידם של דיילי האוויר, אין לו הכוח להחליט כי התפקיד של דיילי האוויר יבוצע בידי אנשים צעירים ולא מבוגרים, שכן בכך הוא סותר את עקרון השוויון. אכן, אין כל אפשרות להגשים את חוק שוויון ההזדמנויות, אם יינתן משקל לבחירתו הלא שוויונית של המעביד. ודוק: העניין שלפנינו אינו שונה מכל מקרה שבו מופעל מבחן אובייקטיבי. עניין לנו במעין "מעביד סביר", שאינו אלא מעביד המאזן כראוי בין הערכים והעקרונות המתנגשים. בענייננו שלנו, זה המעביד הפועל על-פי הפירוש הראוי של חוק שוויון ההזדמנויות. פירוש זה ניתן על-ידי בית-המשפט. ודוק: בית-המשפט אינו מנהל את עסקו של המעביד. ניצול העסק הוא עניינו של המעביד. זו הפררוגטיבה שלו. אך כמו כל כוח אחר במדינת חוק, כוח זה, פררוגטיבה ניהולית זו, מוגבל הוא על-ידי החוק כפי שנתפרש על-ידי בית-המשפט. אכן, אותו בית-משפט שאומר למעביד כי ההסכם שלו נוגד את תקנת הציבור, הוא אותו בית-משפט שאומר למעביד כי ההסכם שלו נוגד את חוק שוויון ההזדמנויות.
30. שלישיית, ב"תוספות" לפסק-דינו מעלה השופט מ' חשין את השאלה "ואולי בכל-זאת הפליה מחמת גיל?", והוא כותב:

"גיל הפרישה המוקדם שנקבע לדיילים שקול כנגד קביעה כי דיילים המגיעים לגיל 60 אינם עוד מתאימים לתפקידם מטעמים רפואיים או אסתטיים. זו היא, אמנם, טענת אל-על, שגיל הפרישה של דיילים נקבע ל-60 כי 'לחברת התעופה אינטרס לגיטימי שדיילי האוויר המועסקים על-ידיה יהיו בעלי כושר פיזי גבוה, וכי יהיו בעלי חזות אסתטית ויצוגית'. והנה, טעמים אלה דומים להפליא לטעמים המאפשרים לאל-על לקרקע דייל: אי-כשירותו מטעמים רפואיים ואי-כשירותו מחמת פגם אסתטי או שינויים בהופעה החיצונית. ההבדל אינו אלא זה, שקודם גיל 60 החלטת הקרקוע היא אינדיווידואלית, בעוד אשר בגיל 60 חובת הפרישה היא חובה גיליוטינית, חובה החלה על כל הדיילים. וגם באומרנו כי ההחלטה

להפסיק את עבודתו של דייל אוויר בגיל 60 היא החלטה חוקית, עדיין ניצבים אנו בפני הפליה בולטת – מטעמי גיל – בין סוגי דיילים שונים. המסקנה: דייל אוויר שהגיע לגיל 60, יש לאפשר לו, על דרך העיקרון, להמשיך בעבודתו עד גיל 65 בעיסוקים אחרים באל-על.

הנה זה צעדנו על דרך ההפליה והדרך הובילה אותנו למסקנה דומה לזו שהסקנו קודם לכן בדרכנו-שלנו" (שם, בעמ' 328-329).

האם לא נובע מכאן, כי גם השופט מ' חשין מוכן לראות בגיל הפרישה השונה לדיילי האוויר הפליה מחמת גיל?

31. רביעית, מסקנתו של השופט מ' חשין בדיון המקורי [1] הייתה כי אף שדיילי האוויר אינם מופלים מחמת גילם, הם בכל זאת מופלים לעומת עובדיה האחרים של אל-על. הפליה זו מתבטאת בכך שדיילי האוויר חייבים לפרוש מעבודתם באל-על – ולא רק מתפקידם כדיילי אוויר – בהגיעם לגיל 60, בעוד שאר העובדים פורשים מעבודתם באל-על בגיל 65. כותב השופט מ' חשין:

"הסכמנו כי ההוראה על דבר פרישתם של דיילי אוויר בגיל 60 מתפקידם כדיילי אוויר, ניתן להצדיקה לגופה. ואולם, האם משתמעת מכאן מסקנה כי שומה עליהם על דיילי אוויר לפרוש לחלוטין מעבודתם באל-על? התנוח דעתנו באמור האומר כי דיילי אוויר יאולצו לפרוש כליל מעבודתם באל-על עם הגיעם לגיל 60? התשובה, לדעתנו, היא בשלילה נחרצת: אין כל הצדק להוראה כי דיילים יפרשו מעבודתם לחלוטין בהגיעם לגיל 60, בעוד שחברייהם לעבודה – אלה שאינם דיילים – יהיו זכאים להמשיך בעבודתם עד גיל 65. אין הצדקה עניינית להפליה שנוקבעה בהסכם הקיבוצי בין דיילי אוויר לבין עובדי קרקע, ותקנת הציבור בישראל תדחה הפליה זו בתוקף... נפלא מאיתנו מה נשתנה לעניין זה דייל אוויר מכל עובד אחר באל-על, שראשון יאולץ לפרוש בגיל 60 ואילו אחרון יזכה ויוכל לעבוד עד גיל 65. וזה הוא אמנם פתרון הקושייה: דייל אוויר ניתן לבקשו כי יפנה את מקומו – כדייל אוויר – בגיל 60, אך זכאי הוא הדייל – על דרך העיקרון – כי תינתן לו עבודה אחרת באל-על, ודינו יהיה כדין כל עובד קרקע אחר" (הדיון המקורי [1], בעמ' 326-327).

לדברים אלה אני מסכים. לגישתי, דיילי האוויר מופלים פעמיים: פעם אחת בכך שאין מאפשרים להם להמשיך כדיילי אוויר עם הגיעם לגיל 60 – ולכך השופט מ' חשין אינו מסכים; פעם שנייה, בכך שאין מאפשרים להם להמשיך לעבוד באל-על שלא כדיילי אוויר – כגישתו של השופט מ' חשין. שאלתי היא אך זו: ההפליה השנייה שבה מופלים דיילי האוויר – ההפליה בכך שאין מאפשרים להם להמשיך כעובדי אל-על – הפליה מחמת מה היא? האם לא ברור הוא – גם לשיטתו של השופט מ' חשין – כי הפליה זו הינה "מחמת... גילם" של דיילי האוויר? ואם כן, מדוע לא יחול בעניינם חוק שוויון ההזדמנויות, תוך שהסעד שיזכו לו לא יהיה – לשיטתו של השופט מ' חשין – בהחזרתם לתפקיד של דיילי אוויר אלא לתפקיד אחר באל-על? דומה שזו הייתה עמדתה של השופטת ביניש בדיון המקורי [1]. היא מציינת כי "עצם קביעת גיל שישים כגיל פרישה כפניה לדיילי האוויר, בלא קשר לגיל הפרישה של דיילי הקרקע, מפלה את דיילי האוויר שהגיעו לגיל זה מחמת גילם" (שם, בעמ' 373). השופטת ביניש מציינת כי "...פרישה כפניה בגיל צעיר מן המקובל, בהיעדר הצדקה לכך בשל מהותו של התפקיד או בשל ירידת כושרו של העובד, היא אחד מביטוייה של אותה הפליה מחמת גיל שנאסרה בסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה... [ההפליה מחמת גיל אינה בין קבוצות עובדים המועסקים בתפקידים שונים אצל אותו מעביד, אלא בין עובדים בגילאים שונים. כיוון שכך, עובד הנאלץ לפרוש בגיל 60 מופלה מהעובדים הצעירים המועסקים אצל אותו מעביד" (שם, בעמ' 375). כשלעצמי, סבור אני כי ההשוואה הרלוונטית היא עם עובדי הקרקע הפורשים לגימלאות בגיל 65, ולא עם דיילי האוויר הצעירים. ודוק: כל השופטים בדיון המקורי [1] השאירו בצריך עיון את השאלה אם עצם קביעתו של גיל פרישת חובה מהווה הפליה כלפי העובדים (השופט מ' חשין, בעמ' 310; השופט זמיר, בעמ' 346; השופטת ביניש, בעמ' 374). גם אני מבקש להשאיר שאלה סבוכה זו בצריך עיון (ראו: ד' שניט "חובת הפרישה לגימלאות – הערכה מחדש" [41]; ר' בן-ישראל "גיל הפרישה במבחן השוויון: פרישה ביאולוגית או פרישה תפקודית?" [42]). הנחתי הינה אפוא כי קביעה של פרישת חובה בגיל 65 באל-על היא כדין. על בסיס הנחה זו הנני סבור כי קביעת גיל פרישה נמוך יותר לעובד בודד או לקבוצת עובדים בלי שהדבר מתחייב מהתפקיד, מהווה הפליה מחמת גיל כלפי אותו עובד וכלפי אותה קבוצה.

סיכום ביניים

32. מסקנתי הינה אפוא כי דיילי האוויר הופלו מחמת גילם ביחס לשאר עובדי אל-על. הפליה זו אסורה היא על-פי חוק שוויון ההזדמנויות. מכיוון שכך, ההסכם הקיבוצי המעגן הפליה זו קובע הוראות אשר תוכנן הוא בלתי חוקי, ועל-כן בטל (סעיף 30 לחוק החוזים). בטלות זו – כפי שציין השופט זמיר בדיון המקורי [1] ועמו הסכימה

השופטת ביניש – חלה אך על אותם דיילים שטרם פרשו מהעבודה בהיכנס התיקון לחוק שוויון ההזדמנויות (ביום 21.6.1995) לתוקפו. ומה דינם של הדיילים שלפנינו, אשר פרשו מעבודתם בטרם תוקן חוק שוויון ההזדמנויות? האם עניינם שלהם נופל לגדר הוראותיו של חוק החוזים הקובע כי הוראת חוזה שסותרת את תקנת הציבור בטלה (סעיף 30 לחוק החוזים)? אף בעניין זה נחלקו דעות השופטים בדיון המקורי [1]. לבחינתה של שאלה זו אעבור עתה.

א

הפליה ותקנת הציבור

ב

33. מה דינם של דיילי האוויר אשר פרשו פרישת חובה בגיל 60 בטרם תוקן חוק שוויון ההזדמנויות ב-1995? דיילי אוויר אלה – הם הדיילים העותרים לפנינו (בדנג"ץ 4191/97) – אינם זכאים לתרופה בגדריו של חוק שוויון ההזדמנויות. העומדת להם הטענה כי פרישת החובה בגיל 60, שנכפתה עליהם, נוגדת את תקנת הציבור? בעניין זה נחלקו הדעות בדיון המקורי [1]. נקודת המוצא של השופט מ' חשין הינה כי הדיילים הופלו על-ידי אל-על. אמנם אין זו הפליה מחמת גיל, אך הפליה היא זו, שכן בעוד ששאר עובדי אל-אל פורשים ממנה בגיל 65, הרי חייבים דיילי האוויר לפרוש מאל-על בגיל 60. זו פגיעה בעקרון השוויון. פגיעה זו קשה היא. כותב השופט מ' חשין:

ג

ד

...פרישה מוקדמת פוגעת קשה באדם, מבחינת החברה, מבחינה כספית, מבחינת הדימוי העצמי, מבחינת הפגיעה בכבודו. יש, אמנם, מי שיעדיף פרישה מוקדמת, אך כאשר יבכר העובד להמשיך ולעבוד, הפגיעה בו תהא קשה מנשוא – גם בנפשו וגם בהכנסתו" (שם, בעמ' 326).

ה

פגיעה זו בעקרון השוויון – שהוא "...עקרון-יסוד במשטר דמוקרטי..." (שם), בעמ' 322) – סותרת את תקנת הציבור, ועל-כן היא בטלה. השופט מ' חשין מציין כי לעניין דיילי האוויר, "המדובר הוא לא בהפליה-שלי-יומיום אלא בהפליה היורדת לשורשי חייו של העובד" (שם, בעמ' 337).

ו

34. נקודת המוצא של השופט זמיר בדיון המקורי [1] הינה כי דיילי האוויר הופלו מחמת גילם על-ידי אל-על. הפליה זו כלפיהם התקיימה גם לפני חקיקתו של חוק שוויון ההזדמנויות. עם זאת אין בכוחה של הפליה זו כדי לבטל את הוראותיו של ההסכם הקיבוצי מטעמים של תקנת הציבור. הטעם לכך הוא שביטול חוזה בשל תקנת הציבור פוגע בחופש הרצון. על-כן "רק הפליה חמורה סותרת את תקנת הציבור, ומובילה, לכן, לתוצאה החמורה של ביטול ההסכם" (שם, בעמ' 369). לדעת השופט

ז

זמיר, "הפליה מחמת גיל אינה מגיעה, בדרך-כלל, לדרגה של חומרה המחייבת לפסול אותה כסותרת את תקנת הציבור" (שם, בעמ' 370). כותב השופט זמיר:

א

"יש לזכור כי האיסור להפלות מחמת גיל הוא תולדה של התפתחות חברתית חדשה באופן יחסי, לא רק בישראל אלא גם בעולם הרחב... הפליה מחמת גיל אינה מקוממת כמו הפליה מחמת גזע או דת... עד שהפליה מחמת גיל נאסרה על-ידי חוק השוויון, לא היה יסוד לקבוע כי הסכם שהייתה בו הפליה בין עובדים מבחינת גיל הפרישה... עמד בסתירה לתקנת הציבור..." (שם, בעמ' 370).

ב

השופטת ביניש הצטרפה לעמדתו של השופט זמיר. היא ציינה כי "...כיוון שהגישה להפליה מחמת גיל הינה חלק מהתפתחות חברתית מאוחרת, אין לומר כי התיקון שקבע את איסור ההפליה מחמת גיל הוא בבחינת הצהרה על הכרה בזכות יסוד שהייתה מוכרת בדיני העבודה מימים ימימה" (שם, בעמ' 376).

ג

35. במחלוקת זו, דעתי כדעת השופט מ' חשין. דומה שהכול מסכימים כי השוויון הינו מערכי היסוד של מדינת ישראל. השוויון מונח בבסיס הקיום החברתי. הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי (ראו פרשת קענדאן [9], בעמ' 272). הוא "תחילת התחילות" (השופט מ' חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת [15], בעמ' 501). הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות (ראו: בג"ץ 953/87 פורד נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו [16], בעמ' 332 וכן פרשת ק.א.ל [7]). פועלו העיקרי של השוויון הוא ביחסים שבין הפרט לרשות הציבורית. אך אין השוויון מוגבל אך למשפט הציבורי בלבד. בהיותו חלק מערכיה של מדינת ישראל, משמש השוויון ערך מרכזי גם בתחומי המשפט הפרטי. אכן, עקרונות היסוד אינם נחלתו של המשפט הציבורי בלבד; הם חלק מהשיטה כולה, והם מכוונים את ההתנהגות האנושית בכל היבטיה (ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום (להלן – פרשת קסטנבאום [17]), בעמ' 530). חדירתם של ערכי היסוד – ובמרכזם עקרון השוויון – אל תחומי המשפט הפרטי נעשית בדרכים שונות (ראו זמיר וסובל, במאמרם הנ"ל [38], בעמ' 175). אחת מאותן דרכים היא השימוש ב"מונחי השתום" של המשפט הפרטי, כגון הסבירות, הרשלנות ותום-הלב (ראו

ד

ה

ו

ז

א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית [34], בעמ' 649). ודוק: בהעברתם של עקרונות היסוד בכלל והשוויון בפרט למשפט הפרטי חלה בהם תמורה. חובתה של הרשות הציבורית לנהוג בשוויון כלפי הפרט אינה זהה בתוכנה לחובתו של פרט לנהוג בשוויון כלפי פרט אחר. אחד הטעמים לכך הינו זה שכנגד טענת השוויון שמעלה ראובן כנגד שמעון עומדת הטענה של האוטונומיה של הרצון הפרטי וזכויות אדם

אחרות (כגון קניין, עיסוק וכו') שמעלה שמעון כנגד ראובן. האיזון בין אלה שונה הוא מהאיזון בין טענת השוויון של ראובן כלפי הרשות הציבורית לטענות של צורכי הציבור שמעלה הרשות השלטונית כלפי ראובן.

א

36. אחד מ"מונחי השסתום" שדרכו מוזרמים ערכי היסוד של השיטה אל המשפט הפרטי הוא זה של "תקנת הציבור", הקבוע בסעיף 30 לחוק החוזים:

"חווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

ב

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. אכן, "תקנת הציבור" משקפת תפיסות יסוד חברתיות, ואלה משתנות עם השינויים העוברים על החברה ועל שיטת המשפט. אחד הערכים החשובים של שיטת המשפט המזרם אל המשפט הפרטי באמצעות תקנת הציבור הוא עקרון השוויון. דבר זה הוכר בעבר (ראו פרשת נבו [10]) ואינו שנוי במחלוקת בפנינו.

ג

ד

37. כיצד מתגבשות תפיסות היסוד החברתיות לכדי תקנת הציבור? התשובה הינה, כי הפעולה אינה מכנית. לא די בכך שהוראה חוזית פוגעת בשוויון כדי לפוסלה כסותרת את תקנת הציבור. בצד הערך בדבר השוויון קיימים ערכים אחרים, שאף הם חלק מערכי היסוד של השיטה, ואף הם מעצבים את תקנת הציבור. ערכים ועקרונות אלה עשויים לסתור זה את זה. תקנת הציבור היא התוצאה המתקבלת מהאיזון בין הערכים והעקרונות המעצבים את תוכנה. עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני:

ה

ו

"ערכיה של שיטת משפט, תפיסותיה היסודיות והמטרות והאינטרסים שלה מצויים בהתנגשות מתמדת... כאשר התנגשות זו מתרחשת בגדריו של המשפט הפרטי – ובענייננו, בקביעת היקפה של 'תקנת הציבור' – היא נפתרת על-פי האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים המתנגשים. איזון זה נקבע על-פי המשקל היחסי של הערכים והאינטרסים המתחרים בגדריו של המשפט הפרטי" (ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער (להלן – פרשת סער [19]), בעמ' 861).

ז

לעתים נרתעים שופטים מעריכתו של איזון זה בגדרי תקנת הציבור. הם מציינים כי תקנת הציבור כמות כסוס פרא שאין לרכוב עליו (ראו פרשת פלמונית [18], בעמ' 98). הם מדגישים כי "תקנתו של הציבור היא, בראש ובראשונה, שהצדדים יקימו את ההתחייבות שנטלו על עצמם מרצונם החפשי והברור..." (השופט מ' אלון בע"א 148/77 רוט נ' ישופה בניה בע"מ (להלן – פרשת רוט [20]), בעמ' 638). לרתיעה זו אין צידוק. החוק מטיל על השופט את החובה לאזן בין הערכים המתנגשים. חובה זו הוא צריך לבצע בגדרי המשפט הציבורי. חובה זו עליו להגשים גם בגדרי המשפט הפרטי. הוא עושה כן יום שעה שהוא מעצב מושגים כמו תום-לב, סבירות וזהירות. אין כל שוני בין אלה לבין עיצוב המושג של תקנת הציבור. אלה כאלה אינם סוסי פרא. בצדק ציינה השופטת נתניהו, כי השופט "...איננו בורא יצורי פרא אלא פותר בעיות, המתעוררות עם קצב החיים ועם המושגים והערכים המשתנים של החברה" (ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן [21], בעמ' 175). 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 אחידים, 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. כמובן, "...אין לעבור מקיצוניות לקיצוניות. היפר-אקטיביות והיפר-פאסיביות – שתיהן בלתי רצויות הן. יש לגלות רגישות שיפוטית לערכים המתנגשים ויש לתת פתרון ההולם את שיטת המשפט שלנו ואת ערכי היסוד של החברה שלנו בהווה, תוך שמירה על המשכיות ועל התפתחות הדרגתית" (פרשת קסטנבאום [17], בעמ' 537). אסור לגרום לכך שביטולם של חוזים בשל תקנת הציבור ייהפך לעניין יומיומי. אך אסור גם להפוך את תקנת הציבור לאות מתה. "נדרשת דרך ביניים, שקולה וזהירה, המעניקה את מלוא התוקף לחוזה, התואם את עיקרי הסדר הציבורי ואושרות החברה והשולל תוקף זה מחוזה החורג מתפיסותיו של הציבור הנאור. חזקה על השופטים – המורגלים בעריכתו של איזון זה בתחומי משפט שונים – כי יעמדו במשימה זו" (שם).

38. מה הם הערכים והעקרונות אשר ההתנגשות ביניהם מעצבת את תקנת הציבור בעתירה שלפנינו? מחד גיסא, עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי של הצדדים להסכם הקיבוצי – בענייננו, האוטונומיה של הרצון הפרטי של אל-על – שממנה נגזרים חופש החוזים והערך בדבר קיום החוזה. כן יש להעמיד בצד זה של המאזניים את קניינו

של המעביד ואת חופש העיסוק שלו, שמהם מתבקשת הכרה בחירותו לעצב את קניינו־
 עסקו כרצונו. מאידך גיסא, עומדים כבודו של הדייל המבוגר והצורך להבטיח את
 שוויונו. ייתכן כי יש להציב בצד זה של המשוואה גם את חופש העיסוק של העובד,
 שממנו מתבקשת הכרה בזכותו להמשיך בעיסוקו ככל שיכולתו תאפשר לו. באיזון זה
 נראה לי כי תניה בהסכם הקיבוצי המפלה את דיילי האוויר מחמת גילם לעומת עובדי
 אל-על האחרים, והמחייבת אותם לעזוב את תפקידם (כדיילי אוויר) ואת מקום עבודתם
 (כעובדי אל-על) בגיל 60 נוגדת את תקנת הציבור. אעמוד על שני שיקולים עיקריים
 שהביאו אותי למסקנה זו.

א

ב

39. ראשית, 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"ז1957-). מבחינה זו דומה ההסכם
 הקיבוצי לחוק יותר מאשר לחוזה. עמד על כך בית-הדין הארצי לעבודה באחת
 הפרשות, בציינו:

ג

ד

"...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).

ה

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

ו

"...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).

ז

א זאת ועוד, אל-על אינה מעביד רגיל. היא המוביל הלאומי. היא חברה ממשלתית. עקרונות היסוד של המשפט, וביניהם עקרון השוויון, צריכים לקבל משקל כבד במיוחד בפעולותיה (ראו כהן, שם). כל אלה גם יחד מקרבים במקרה המיוחד שלפנינו את נקודת האיזון בין הערכים המתנגשים בגדריו של מושג "תקנת הציבור" לנקודת האיזון שהיינו מציבים אילו היה מדובר ברשות שלטונית.

ב 40. שנית, לשיקול של השוויון – או איסור ההפליה – יש ליתן משקל נכבד. בוודאי כך, כאשר עניין לנו בהפליה של העובד המבוגר, המביאה לידי כך שעליו לפרוש, בטרם עת, מעבודתו. פרישה כמקובל על הכול ושאינ עמה הפליה, קשה היא לעובד המבוגר (ראו פרשת נבו [10], בעמ' 755). על אחת כמה וכמה שפרישה זו קשה היא, אם היא נעשית תוך הפלייתו של העובד המבוגר. עמד על כך השופט מ' חשין בדיון המקורי [1], בצינינו:

ג

"...הפליה קשה יש-ויש: הפליה מבושת ובלתי ראויה בין עובדים עד כדי פגיעה בכבוד האדם" (שם, בעמ' 337).

ד

וברוח דומה ציין בית-הדין הארצי לעבודה בפסק-דין שניתן כבר ב-1973, ואשר בו נקבע כי הפליה פסולה פוגעת בתקנת הציבור:

"ההפרדה – חסימת הדרך לתפקיד מסויים – פוגעת בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (פרשת חזין [24], בעמ' 374).

ה

אכן, מקובל עליי כי אין ליתן משקל שווה לכל ההפלות כולן. "...כל הפליה פסולה היא, אך בגדרן של ההפלות עצמן ישנן דרגות שונות. חריפותה של ההפליה נגזרת מחומרת הפגיעה בעקרון השוויון" (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ (להלן – פרשת דנילוביץ [22]), בעמ' 763). הפלייתו של העובד המבוגר היא קשה במיוחד. יש בה יסוד של השפלה ופגיעה בכבודו כאדם (ראו פרשת נבו [10], בעמ' 755).

ו

ז 41. זה המקום לדון בעמדתו של השופט זמיר, כי "הפליה מחמת גיל אינה מגיעה, בדרך-כלל, לדרגה של חומרה המחייבת לפסול אותה כסותרת את תקנת הציבור" (הדיון המקורי [1], בעמ' 370). לגישתו זו מביא השופט זמיר שני נימוקים עיקריים: הראשון, "...כי האיסור להפלות מחמת גיל הוא תולדה של התפתחות חברתית חדשה באופן יחסי, לא רק בישראל אלא גם בעולם הרחב" (שם). השני, כי "הפליה מחמת גיל אינה מקוממת כמו הפליה מחמת גזע או דת, שברור לכול כי אין להן בסיס אלא בדעות

קדומות, שכן היא מתיימרת לבסס עצמה על טעמים רציונליים... (שם). לגישה זו, על שתי הנמקותיה, אין בידי להסכים.

א

42. אפתח בהנמקה הראשונה. אמת, החלת עקרון השוויון על הפליה מחמת גיל מהווה התפתחות מודרנית. בצדק ציינה השופטת ביניש כי אין זו זכות יסוד "שהייתה מוכרת בדיני העבודה מימים ימימה" (הדיון המקורי [1], בעמ' 376). עם זאת אין זה ערך שצמח בישראל ומחוצה לה רק בשנות התשעים (לסקירה, ראו בן-ישראל בספרה הנ"ל (כרך ג) [33], בעמ' 1063). ארגון העבודה הבין-לאומי המליץ על איסור הפליה של עובדים מבוגרים כבר ב-1982 (Recommendation Concerning Older Workers) (No. 162) (1982). איסור על הפליה בעבודה נקבע בארצות-הברית כבר בשנות השישים והשבעים (ראו: ה- Age Discrimination in Employment Act of 1967; Age Discrimination Act of 1975). הצ'רטור הקנדי על זכויות וחירויות אסר את ההפליה על בסיס גיל – בצד עילות הפליה אחרות – כבר ב-1982. קדמו לו חוקים בדבר זכויות אדם בפרובינציות הקנדיות השונות עוד משנות השישים והשבעים אשר אסרו על הפליה מחמת גיל. החוקה הזמנית של דרום אפריקה מ-1993 אסרה על הפליה מחמת גיל (סעיף 8).

ב

ג

43. התפתחות דומה התרחשה בישראל עצמה. כבר ב-1959 חוקק חוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959. נקבע בו (בסעיף 42(א)), כי:

ד

"בשליחה לעבודה לא תפלה לשכת העבודה אדם לרעה בשל גילו, מינו, גזעו, דתו, לאומיותו, ארץ מוצאו, השקפתו או מפלגתו, ולא יסרב הזקוק לעובד לקבל אדם לעבודה בשל אלה."

ה

מקרה מיוחד הוסדר ב-1961, כאשר כללי שירות המדינה (מינויים) (מכרזים, בחינות ומבחנים), תשכ"א-1961 קבעו כי ועדת בוחנים לא תתחשב בשיקוליה בגילו הצעיר של המועמד. זאת ועוד, ב-1987 חוקק חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987. חוק זה קבע, לאמור:

ו

"נקבע בהסכם קיבוצי גיל פרישה לעובדת הנמוך מגיל פרישה שנקבע בו לעובד, תהא לעובדת זכות, על אף האמור באותו הסכם קיבוצי, לפרוש מעבודתה בכל גיל שבין גיל הפרישה שלה ובין גיל הפרישה שנקבע לעובד" (סעיף 2).

ז

אמת, עיקר הדגש בחוק זה הוא במניעת הפליה מחמת מין. עם זאת יש בו גם מניעת הפליה מחמת גיל. אכן, פסק-הדין של בית-המשפט העליון בפרשת נבו [10] – שנפסק על בסיס המצב המשפטי שקדם לחקיקתו של חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד – התבסס אף הוא בעיקר על הפליה מחמת מין, אך יש בו ביטוי גם לפגיעתה הרעה של ההפליה על העובד המבוגר. כותב השופט בך:

"לפרישה מעבודה יש השלכות אישיות-נפשיות וחברתיות שליליות. במקרים רבים, אדם הפורש מעבודתו בשל גילו המתקדם מרגיש, כי אין הוא עוד שותף למערכת היצרנית של החברה. הוא חש, כי נשללים ממנו הסיפוק שבעשייה והסיפוק שבקבלת תגמול עבור עמלו. הרגשה זו מתחזקת גם בשל יחס החברה, אשר במקרים רבים מתייחסת אליו כאל 'זקן', שאין בו עוד תועלת. הדברים חריפים יותר בימינו, כאשר תוחלת החיים הממוצעת גדלה, ובריאותו של אדם נשמרת גם בגילאים מתקדמים. בשל כך גדל מספר השנים, שבהם אדם מבוגר, איתן בגופו ובנפשו, נאלץ, למרות סגולותיו, לפרוש מפעילותו בשוק העבודה ולהביט, לעתים קרובות בתיסכול, בזרם החיים הפעלתני שלא ניתן לו עוד ליטול בו חלק" (פרשת נבו [10], בעמ' 755).

דברים אלה יפים הם הן לעובד והן לעובדת. הם ביטוי לתפיסתה של החברה הישראלית הרואה בחומרה רבה את הפלייתו של העובד המבוגר.

44. על רקע זה יש להבין את חקיקתו של חוק שוויון ההזדמנויות. חוק זה לא צמח יש מאין. הוא נתן ביטוי להתפתחויות חברתיות ולשינויים בתפיסותיה של שיטת המשפט בישראל, אשר קדמו לחקיקתו של חוק שוויון ההזדמנויות, ואשר שימשו בסיס לחקיקתו. תחילתו בחוק הזדמנות שווה בתעסוקה, תשמ"א 1981. חוק זה אסר על מעביד לסרב לקבל אדם לעבודה מחמת מינו או מחמת היותו נשוי או הורה (סעיף 1(א)). חוק זה בוטל ב-1988 על-ידי חוק שוויון ההזדמנויות. במקורו אסר חוק זה על הפליה בין עובדים או בקבלה לעבודה "...מחמת מינם, מחמת היותם נשואים, או מחמת היותם הורים..." (סעיף 2(א)). ב-1992 תוקן חוק שוויון ההזדמנויות (חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון), תשנ"ב 1992). להוראה המקורית באשר לעילות ההפליה הוסף איסור ההפליה מחמת מעמדם האישי וכן מחמת נטייתם המינית. שינוי זה שיקף וביטא את תפיסות היסוד של החברה הישראלית אותה עת. הוא היה בעל אופי הצהרתי. עמדה על כך השופטת דורנר, בציינה:

- א...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... החוק המתקן לא שינה את הדין הקיים בדבר שוויון זכויות ההומוסקסואלים, אלא אך נתן לו ביטוי" (פרשת דנילוביץ [22], בעמ' 778-779).
- א הוא הדין באשר לתיקון ההוראה המקורית ב-1995 (חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 3)). תיקון זה הוסיף איסור על הפליה מחמת "...גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם או מפלגתם" של העובדים או של דורשי העבודה. בכך ביטא התיקון את השינויים שהתרחשו בתפיסות היסוד של החברה הישראלית טרם התיקון. כך בוודאי לעניין הפליה על בסיס של גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או מפלגה. כך גם לעניין הפליה מחמת גיל. בכל העילות הללו החוק אינו קונסטטיטויבי, והוא לא יצר, יש מאין, איסור על הפליה מחמת עילות אלה. חוק זה הוא חוליה בהתפתחות תפיסתה של החברה הישראלית באשר לסייגים שונים של הפליה בעבודה, לרבות הפליה מחמת גיל. "תקנת הציבור" בישראל בעניין זה לא הייתה שונה חמש או שש שנים לפני חקיקתו של החוק. החוק רק עיצב את תפיסות החברה בעניין זה. ושוב, אין לעבור מקיצוניות לקיצוניות. מקובל עליי כי בשנות החמישים והשישים, ייתכן מאוד שהפליה מחמת גיל בפרישה מעבודה לא הייתה נתפסת כפוגעת בתקנת הציבור. צדקה השופטת ביניש בציינה כי מניעת הפליה מחמת גיל אינה "מוכרת בדיני העבודה מימים ימימה" (הדיון המקורי [1], בעמ' 376). אך בעתירה שלפנינו איננו נדרשים לקבוע כי איסור זה פוגע בתקנת הציבור זה זמן רב. לענייננו די בקביעה כי בעת הוצאתם של הדיילים העותרים לגימלאות (ב-1989 עד 1991) היה ניתן לזהות בישראל תקנת ציבור הפוסלת הפליה מחמת גיל כלפי העובד המבוגר. לדעתי, קביעה זו מתבקשת על רקע תפיסות היסוד של החברה הישראלית.
45. הנמקתו השנייה של השופט זמיר הייתה כי "הפליה מחמת גיל אינה מקוממת כמו הפליה מחמת גזע או דת" (הדיון המקורי [1], בעמ' 370). ייתכן, אבל היא מקוממת מאוד מאוד, כאשר עניין לנו בהפלייתו של העובד המבוגר. הערך של "אַל-תְּשַׁלְּכֵנִי לְעֵת זְקָנָה" (תהילים, עא, ט [א]) הוא ביטוי לתפיסה הטבועה עמוק בתרבות החברתית שלנו. הפליה של אדם מחמת גילו המבוגר – להבדיל מסוגים אחרים של הפליה על בסיס של גיל – מהווה פגיעה קשה בכבודו של העובד המבוגר. אינני סבור שפגיעה זו מקוממת פחות מפגיעות אחרות אשר בית-המשפט העליון רואה בהן, כעניין שבשיגרה, שתירה לתקנת הציבור. מדוע פגיעה בלתי סבירה בחופש העיסוק של העובד נתפסת

כפוגעת בתקנת הציבור (בפסיקה ענפה מאז קום המדינה, ראו: מ' גולדברג חופש העיסוק והגבלתו [35]; פרשת סער [19]), ואילו פגיעה בלתי סבירה בשוויון העסקתו של העובד המבוגר אינה נתפסת כפוגעת בתקנת הציבור (וחייבת להמתין לחקיקתו של חוק שוויון ההזדמנויות)? האין בגישה זו משום כניעה לאותם סטראוטיפים באשר לכושרו הנמוך של העובד המבוגר אשר כנגדם יצא השופט זמיר חוצץ בדיון המקורי [1]? כמוכן, אילו הדין הכללי היה מתייחס אל "תקנת הציבור" כאל "סוס פרא" שיש להימנע מלרכוב עליו אלא במקרים יוצאי-דופן, ייתכן שלא היה מקום לעשות בו שימוש במקרה שלפנינו. אך זה אינו המצב המשפטי בישראל. תקנת הציבור – ולצדה העיקרון של תום-הלב (הקבוע בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים) – משמשים שניהם מכשירים חשובים להגבלת חופש החוזים. בהתייחסו לאימרה כי "תקנת הציבור היא שחוזים יקוימו", מצייין פרופ' פרידמן, כי אימרה זו שייכת למאה התשע-עשרה. והוא מוסיף:

א
ב
ג
ד
ה

"היא אכן נאמרה בתקופה זו ושיקפה היטב את הלך המחשבה ששרר אז, ואשר השפעתו ניכרת גם כיום. אולם בינתיים נתחזקה ההכרה כי 'שיטה המזמינה כל פרט לעסוק בעניניו, יהא המחיר לזולת אשר יהיה, חייבת בסופו של דבר לפעול לטובת העשיר והחזק'... וכי מושגי הצדק כפי שהם נתפשים כיום וצרכי החברה מחייבים להציב לחופש החוזה גבולות מתאימים" (פרידמן, במאמרו הנ"ל [43], בעמ' 434, וכן ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (כרך א) [36], בעמ' 39).

אכן, מרחק רב עברנו מאז התפיסה הקלאסית של חופש החוזים. שיטת המשפט מבקשת – באמצעות דוקטרינות שונות, ובהן תום-הלב ותקנת הציבור – להבטיח צדק חוזי (פרידמן וכהן בספרם הנ"ל [36], בעמ' 54). ושוב, אין לעבור מקיצוניות לקיצוניות. חופש החוזים הוא ערך חוקתי חשוב ביותר. ההגבלות עליו, מטבע הדברים, לא נועדו למוטט אותו. עם זאת במסגרת ההתייחסות המאוזנת אליו אין להירתע מהקביעה כי חוזה הפוגע בערכים חברתיים חשובים, כמו שוויון מחמת גיל, עלול בנסיבות מתאימות – כגון הפליה כלפי העובד המבוגר – לסתור את תקנת הציבור.

א
ב
ג
ד
ה

46. בעניין זה ציין השופט זמיר בדיון המקורי [1] כי "תקנת הציבור מבטאת אושיות היסוד של הסדר החברתי ואת ערכי היסוד של שיטת המשפט" (שם, בעמ' 369). לדעתו, אין לומר כי הפליית עובדים מחמת גיל "עומדת בסתירה חזיתית לאושיות היסוד של הסדר החברתי או ערכי היסוד של שיטת המשפט" (שם, בעמ' 370). לדעתי, הציב השופט זמיר רף גבוה מדי לתחולתה של תקנת הציבור בדיני החוזים. רף זה

מקובל הוא על אותם שופטים המצמצמים עד למינימום את תחולתה של תקנת הציבור בדיני החוזים. זו היא גישתו של השופט אלון, שבאחת הפרשות ציין:

א

"...[אין עקרון תקנת הציבור הבאה לבטל חוזה גדול מכוחו של עקרון תקנת הציבור הבא לקיים את החוזה, אלא כאשר זה האחרון פוגע באשיות יסוד של הסדר החברתי]" (פרשת רוט [20], בעמ' 629).

מכוח השקפתו זו פסק השופט אלון, בדעת מיעוט, כי חוזה בעניין כיתוב עברי בלבד על מצבה אינו סותר את תקנת הציבור (פרשת קסטנבאום [17], בעמ' 514). רף גבוה זה לא נתקבל בפסיקה של בית-המשפט העליון (ראו ג' שלו דיני חוזים [37], בעמ' 366). על הגישה הראויה לתקנת הציבור עמד הנשיא שמגר, בציינו:

ב

"הבסיס העיוני המונח ביסוד הכללים, שעל-פיהם בוחנים תקפותן של התקשרויות לפי אמת-המידה של תקנת הציבור, טמון בהשקפה, כי ההימנות על קבוצה חברתית, או על סוג אנשים מוגדר, גורר עמו, לעתים, התחייבויות בעלות משקל כה מכריע וכה קובע מבחינה חברתית וציבורית, עד כי אין להסכים שפלוגי הנמנה על הקבוצה או סוג האנשים יפרוק מעל עצמו, באמצעותה של התקשרות חוזית גרידא, את עולה של התחייבות כגון זו" (פרשת פלמונית [18], בעמ' 93).

ג

ד

על רקע גישה זו נפסק לא פעם כי תניות להגבלת חופש המסחר נוגדות את תקנת הציבור. אין לראות במצבים אלה משום פגיעה ב"אושיות היסוד של הסדר החברתי". אושיות היסוד של הסדר הציבורי לא ייפגעו אם חוזה שבו הבטיח עובד לא להתחרות עם מעביד בתקופה פלונית לא ייפסל, גם אם התקופה היא בלתי סבירה. את הדיבור "אושיות הסדר הציבורי" יש להבין בהקשרו הרלוונטי. אמת-המידה הינה האיזון הראוי בין הערכים המתנגשים, תוך קביעת רמת התנהגות מינימלית הוגנת ביחסים בין צדדים לחוזה. על-פי אמת-מידה זו, הנני סבור כי הסכם קיבוצי המחייב עובד לפרוש בגיל 60, תוך הפליה מחמת גילו, פוגע באיזון העדין שבין חופש החוזים לכבודו של העובד המבוגר ולשוויונו.

ה

ו

לפיכך, אילו דעתי הייתה נשמעת, היינו דוחים את העתירה של אל-על (דנג"ץ 4773/97). התוצאה היא כי סעיף 16 להסכם הקיבוצי באל-על בטל במידה שהוא קובע גיל פרישה מוקדם לדיילי אוויר, בהיותו סותר את חוק שוויון ההזדמנויות, וזאת מיום

ז

שחוק זה אוסר על הפליה מחמת גיל (כלומר, כ"ג בסיוון תשנ"ה (21.6.1995)). מיום זה גיל הפרישה של דיילי אוויר מאל-על שווה לגיל הפרישה של עובדי קרקע. אנו מקבלים את העתירה של הדיילים (דנג"ץ 4191/97) וקובעים כי הוראת סעיף 16 להסכם הקיבוצי באל-על בטלה כלפיהם בהיותה סותרת את תקנת הציבור. עניינם יוחזר לבית-הדין האזורי לעבודה לקביעת התשלומים המגיעים להם מאל-על (כאמור בסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים).

המשנה לנשיא ש' לוין

אני מסכים.

השופט ת' אור

אני מסכים.

השופטת ד' דורנר

אני מסכימה.

השופט י' זמיר

קראתי את פסק-הדין של הנשיא ברק, ולא שיניתי את דעתי, כפי שהבעתי אותה בדיון המקורי.

התוצאה היא, שאני מסכים לאותו חלק בפסק-הדין של הנשיא ברק הקובע כי ההוראה בהסכם הקיבוצי עם אל-על, המחייבת דיילי אוויר לפרוש מן העבודה בגיל 60, יוצרת הפליה מחמת גיל בניגוד לסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, ובשל כך היא בטלה מיום שהפליה כזאת נאסרה באמצעות תיקון לחוק זה, בשנת 1995.

אולם לא כך לגבי אותו חלק מפסק-הדין של הנשיא ברק הקובע כי הוראה זאת הייתה סותרת את תקנת הציבור, לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), ובשל כך הייתה בטלה גם לפני שהפליה מחמת גיל נאסרה על-ידי החוק. בדיון המקורי [1] הבעתי את דעתי

בעניין זה באופן מפורט. עכשיו, כשקראתי את פסק-הדין של הנשיא ברק, אני מבקש להוסיף כתשובה דברים אחדים.

א

א

תקנת הציבור, כמכשיר לביטול חוזים, אף כי אינה סוס פרא, היא מכשיר מסוכן. בעצם, מבחינת החוזה, היא נשק קטלני. אסור שהיד תהיה קלה על ההדק. אמנם ראוי להשתמש בה כדי לבטל חוזה במקרה שבו החוזה סותר באופן ברור ערכי יסוד או מוסכמות חברתיות או צורך בסיסי של הציבור. במקרה כזה, אדם סביר העומד מחוץ לחוזה היה אומר בלי להתלבט הרבה, כי חוזה כזה, אף שהוא מוסכם על הצדדים, אינו נסבל על-ידי הציבור. או אז החוזה סותר את תקנת הציבור. אולם, לדעתי, לא ראוי להשתמש בה כדי לבטל חוזה שהצדדים הסכימו לו ואחרים שמכו עליו, רק משום שהוא אינו משקף גישה ראויה בעיני אדם נאור, שלא בהכרח הוא מייצג את האדם הסביר.

ב

ב

ג

ג

כדי שביטול המשפט יבטל חוזה, משום שהוא סותר את תקנת הציבור, אין צורך לעשות שקלול ואיזון עדינים ומדוקדקים של ערכים ושל אינטרסים, ואין די בכך שכפות המאזניים מתנדנדות ואחר כך נוטות לצד זה או אחר. איזון כזה, שהוא נדרש לא פעם בביקורת שיפוטית על הפעלת סמכות מינהלית על-ידי עובד ציבור נגד אדם פרטי, אינו נדרש בדרך-כלל בביקורת שיפוטית על שימוש בחוזה בין שני אנשים או גופים פרטיים. לשון אחר, כדי לבטל חוזה, משום שהוא סותר את תקנת הציבור, לא צריך לעשות איזון עדין כמו במאזניים של בית מרקחת כדי לשקול את הערכים ואת האינטרסים המעורבים, אלא ראוי להסתפק באיזון גס יותר, ודי לשם כך בעין טובה ובשכל ישר, וצריך שיהיה ברור לעין (דגש על ברור) כי החוזה סותר את תקנת הציבור. לעומת זאת, כאשר החוזה, גם אם אין הוא נאה מן הבחינה האישית של צד לחוזה, עדיין אין הוא בלתי נסבל מן הבחינה הציבורית, ראוי לקיים את החוזה. קיום חוזה הוא אינטרס ציבורי חשוב. גם זוהי תקנת הציבור.

ד

ד

ה

ה

ו

ו

ז

ז

במקרה הנדון ביטול ההוראה שבהסכם הקיבוצי, הקובעת כי דיילי אוויר יפרשו מן העבודה בגיל 60, יפגע באוטונומיה של החוזה לא רק של אל-על, אלא גם של ארגון העובדים ולכן בעקיפין גם של העובדים עצמם. שני הצדדים ישבו שבעה נקיים במשא ומתן, כפי שמקובל במקומותינו, עד שהגיעו להסכם קיבוצי מפורט ומורכב. התנאים שבהסכם, כידוע, מאזנים אלה את אלה ומשלימים אלה את אלה. ביטול של תנאי אחד בהסכם, אחד מרבים, עלול לערער את האיזון בהסכם. לדוגמה, אל-על טוענת כי בתמורה לחובת הפרישה המוקדמת של דיילי אוויר היא העניקה לדיילים אלה זכויות מיוחדות ושונות מן הזכויות שהוענקו לכלל העובדים בחברה. אמנם מדובר בהסכם קיבוצי, ולא בחוזה אישי, ונכון הדבר, כפי שנאמר לא פעם, כי הסכם קיבוצי דומה יותר

לחוק מאשר לחוזה, אך האם קל יותר או ראוי יותר לבטל סעיף בחוק מאשר סעיף בחוזה אישי? להפך. המסקנה היא שביטול סעיף בהסכם קיבוצי מחייב זהירות יתרה גם משום שהוא פוגע באוטונומיה של רבים, גם משום שהוא דומה לביטול סעיף בחוק, וגם משום שהוא מאיים לשבש את יחסי העבודה הקיבוציים.

לדעתי, מידת הזהירות הראויה אינה מצדיקה ביטול הסעיף שבהסכם הקיבוצי, הקובע שדיילי אוויר יפרשו מן העבודה בגיל 60, על יסוד טענה שהוא סותר את תקנת הציבור. סעיף זה קיים ביחסים שבין אל-על לבין ארגון העובדים במשך שנים רבות, אולי מאז ומתמיד. בשעתו, גיל פרישה מוקדם נחשב, בדרך-כלל, הישג לארגון העובדים וטובת הנאה לעובדים. הוא נולד כמצווה ולא בחטא. מכל מקום, ברור שבשעתו הוא לא נחשב, אף לא על-ידי ארגון העובדים, כפגיעה בתקנת הציבור. גם הנשיא ברק מסכים (בפיסקה 44) "...כי בשנות החמישים והשישים ייתכן מאד שהפליה מחמת גיל בפרישה מעבודה לא הייתה נתפסת כפוגעת בתקנת הציבור". אם כן, מתי סעיף זה נעשה סותר את תקנת הציבור? דורות של דיילים פרו מן העבודה באל-על בגיל 60, ולא חבצו להישאר בעבודה על יסוד הטענה שחובת הפרישה המוקדמת סותרת את תקנת הציבור. מה היסוד לטענה שכבר בשנת 1989 סעיף זה בהסכם הקיבוצי, הקובע כי דיילי אוויר יפרשו מן העבודה בגיל 60, סותר את תקנת הציבור? טענה זאת לא נתמכה כלל בראיות. אכן, אפשר לומר שאין כל צורך בראיות כדי להחליט מהי תקנת הציבור, ודי לצורך זה בתפיסה ערכית או בשקלול ערכים מצד בית-המשפט. אולם גם כך ספק בעיניי אם בשנת 1989 בית-משפט זה היה רואה הצדקה לבטל סעיף זה על יסוד הטענה שהוא סותר את תקנת הציבור. ואם אכן הספק קיים, לדעתי אין הצדקה לבית-המשפט להתערב בהסכם הקיבוצי עד כדי ביטול הסעיף על יסוד טענה זאת למפרע, משנת 1989 ואולי אף קודם לכן. מכל מקום, המחוקק בישראל לא ראה הצדקה לאסור סעיף מעין זה אלא בשנת 1995.

בעצם, אין צורך להרחיק עד שנת 1989. גם כיום הפליה מחמת גיל אינה אסורה אלא במספר קטן של מדינות, ועדיין היא לא זכתה למעמד שהוקנה באמנות בין-לאומיות לאיסור הפליה מסוגים אחרים, כגון הפליה מחמת מין, גזע או דת. לא זו בלבד. לא מעט מדינות מתוקנות מאפשרות, גם כיום, הסכמים שיש בהם הוראה הקובעת גיל פרישה מוקדם לדיילי אוויר. במצב זה, האם יש יסוד לבית-המשפט לומר כי הוראה בהסכם קיבוצי הקובעת גיל פרישה מוקדם לדיילי אוויר הינה פסולה עד כדי כך שהיא סותרת את תקנת הציבור כבר לפני שנים, שנים לפני שהחוק קבע זאת, ולכן היא בטלה ומבוטלת כבר מאז?

עד שמבטלים הוראה בחוזה על יסוד הטענה שהיא סותרת את תקנת הציבור, צריך לתת משקל ראוי גם לאינטרס ההסתמכות של הצדדים לחוזה. והרי אין מדובר בביטול פרוספקטיבי של הסעיף, אלא בביטול רטרואקטיבי. האם אינטרס ההסתמכות אינו חלק מתקנת הציבור? אמנם מבחינה מעשית אפשר שהפגיעה באל-על כתוצאה מביטול הסעיף לא תהיה קשה, שכן במקרה הנדון מדובר רק בדיילים אחדים, שאולי אל-על תחויב לפצותם בגין הפרישה המוקדמת, בהתאם לסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), ואילו דיילים רבים אחרים החמיצו כנראה את השעה ולא יוכלו לתבוע פיצויים מאל-על, מפני שבינתיים חלפה תקופה ההתיישנות. אולם, מבחינתי, העיקר אינו בשאלת הפיצויים של דיילים אחדים באל-על, אלא בהלכה בדבר תקנת הציבור, שמכאן ולהבא תהיה לה תחולה רחבה לא רק לגבי אל-על ולא רק לגבי הפליה מחמת גיל, ולכן גם יש לה פוטנציאל של השפעה רבה על מעמד החוזה במערכת המשפט.

א

ב

זאת ועוד, עד שמבטלים הוראה בחוזה על יסוד הטענה שהיא סותרת את תקנת הציבור, יש לתת משקל ראוי גם לעקרון הוודאות במשפט. שהרי אם יש מקום לבטל סעיף בהסכם קיבוצי בשל הפליה מחמת גיל, על יסוד תקנת הציבור, האם אין מקום לבטל גם סעיפים אחרים בהסכמים אחרים של הפליה מסוגים אחרים? והלא הפליה תמיד היא מגונה. מי נביא ויגיד מהי הפליה שיש בה כדי לסתור את תקנת הציבור עד כדי ביטול סעיף בחוזה באופן רטרואקטיבי? ימים יגידו. כיום, מכל מקום, עקרון הוודאות נפגע. האם עקרון הוודאות אינו חלק מתקנת הציבור?

ג

ד

והרי במקרה הנדון אין אפילו צורך מעשי שבית-המשפט ימתח את תקנת הציבור עד כדי כך, על חשבונם של האוטונומיה של החוזה, של אינטרס ההסתמכות ושל עקרון הוודאות, כיוון שהמחוקק כבר עשה את המלאכה כאשר אסר הפליה מחמת גיל, לפני שנים אחדות, ובית-המשפט יכול לברך על המוגמר.

ה

אכן, בדיון המקורי [1] אמרתי (בעמ' 370) כי "הדעה שהפליה מחמת גיל סותרת את תקנת הציבור, אף אם אינה אסורה לפי חוק, אינה מופרכת". אולם עדיין דעתי היא כי נכון יותר לומר שהפליה מחמת גיל, כמו במקרה הנדון, אף אם לא הייתה ראויה, לא הייתה סותרת את תקנת הציבור עד שנאסרה על-ידי החוק. ראו גם זמיר וסובל, במאמר הנ"ל [38], בעמ' 227-223.

ו

לסיכום, אני מבקש להבהיר בתמצית הקיצור את עיקר ההבדל בין דעתו של הנשיא ברק לבין דעתי. ההבדל נעוץ במידת המשקל שבית-המשפט נותן להסכמה של הצדדים לחוזה, וכפועל יוצא מכך לאפשרות שבית-המשפט נותן לאחד הצדדים להשתחרר מן ההסכמה שנתן, וכן להיקף השימוש של בית-המשפט בסמכות לעצב את החוזה מחדש,

ז

א לא לפי הסכמת הצדדים, על יסוד הטענה של תקנת הציבור. לדעתי, הנשיא ברק מרחיב את הסמכות של בית-המשפט להתערב בחוזים על יסוד הטענה של תקנת הציבור, וכתוצאה מכך תתרחב גם ההתדיינות הצפויה סביב טענה זאת מעבר למקובל עד כה ואף מעבר לראוי כיום לא רק בנוגע להפליה מחמת גיל, אלא גם בנוגע לעניינים רבים אחרים.

ב לפיכך מן הראוי, לדעתי, כי בית-המשפט יסתפק בהחלטה שהסעיף בהסכם הקיבוצי, הקובע גיל פרישה מוקדם לדיילי אוויר, בטל משום שהוא סותר הוראה בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה האוסרת הפליה מחמת גיל מיום שהוראה זאת נקבעה בחוק, כלומר משנת 1995.

ג השופט מ' חשין

ד בפסק-הדין נושא הדיון הנוסף (להלן נכנה אותו – הדיון המקורי [1]) נחלקנו בדעותינו, ובשתי השאלות שעמדו לפנינו לדיון ולהכרעה היינו לרוב ולמיעוט. בשאלה האחת סברו חבריי השופטים זמיר וביניש – בדעת רוב – כי אל-על עברה ועוברת על לאו של לא-תפלה מחמת גיל, והוא לאו שקבעו המחוקק בהוראת סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (להלן נכנה חוק זה – חוק שוויון ההזדמנויות או החוק). בשאלה השנייה קבעו חבריי כי הפליה מחמת גיל – באשר היא – אין היא סותרת את תקנת הציבור כמשמעותה בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי). כותב שורות אלו – בדעת מיעוט – דעתו הייתה הפוכה לדעת הרוב, גם בשאלה האחת גם בשאלה האחרת. אשר ללאו של לא-תפלה מחמת גיל – לאו שקבעו חוק שוויון ההזדמנויות – סברתי, בניגוד לדעת חבריי, כי חוק זה אינו מעלה ברשתו את עניינם של העותרים. ואשר לתקנת הציבור סברתי – גם כאן שלא כדעת חבריי – כי הפליה מחמת גיל סותרת-גם-סותרת את תקנת הציבור.

ה 2. באו עתה חבריי שנצטרפו אלינו השלושה הראשונים – הנשיא ברק וחבריינו השופטים ש' לוי, ת' אור וד' דורנר – וליקטו את הטוב לעותרים מדעת הרוב ומדעת המיעוט, בבחינת: "טוב אשר תִּאָחַז בְּזָה וְגַם-מִזֶּה אֶל-תַּנַּח אֶת-יְדְּךָ" (קהלת, ז, יח [ב]). כך נכתבה הכרעת-דין חדשה המזכה את העותרים במבוקשם, והיא הכרעת-דין הבונה עצמה (למעשה) על שני עמודים. ראשית לכול, כך קובעים חבריי, עניינם של העותרים עולה – על דרך העיקרון – ברשת הלאו הקבוע בחוק שוויון ההזדמנויות, אותו לאו של לא-תפלה מחמת גיל. דיילי אוויר, כדבר חבריי, זכאים להמשיך בתפקידם – כדיילי אוויר – עד גיל הפרישה המקובל באל-על, כמותם כעובדי הקרקע, וזאת כנדרש מחוק

שוויון ההזדמנויות. שנית, כך מוסיפים חבריי וקובעים, אל-על עברה על לאו של לא-תפלה מחמת גיל כנורמה הנגזרת מתקנת הציבור.

המסקנה הנדרשת מן האמור היא שהעותרים זכאים לבוא אל שלהם. זו היא עתה הכרעת הרוב, וכאשר יאמר הרוב, כן יהי. אני מסכים, כמובן, למסקנה זו של חבריי מן הרוב – זו הייתה מסקנתי בדיון הראשון – וביקשתי אך להוסיף דברים אחדים לגופן של הסוגיות שבמחלוקת.

3. חברי השופט זמיר כותב בחוות-דעתו עתה, כי גם לאחר קוראו את פסק-דינו של הנשיא ברק לא שינה מדעתו כפי שהביעה בדיון המקורי [1]. חברי עקר מילים מלבי. אין לי אלא לחזור על דבריו – זו הפעם מעטי-שלי – ולומר כי גם אני לא שיניתי מדעתי-שלי. קראתי דברים שכתבתי בדיון המקורי [1], ונשתכנעתי שוב – ביני-לבין-עצמי – כי צדקתי בדבריי. מה אעשה ולא קראתי כל טעם שלא שְׁרִיתִי עמו בחוות-דעתי הראשונה – שריתי עמו ויכולתי לו, לדעתי – ולא שמעתי כל נימוק חדש שלא עלה בדעתי ונאבקתי עמו. אין לי אלא להפנות את המתעניין לחוות-דעתי הראשונה: יקרא הקורא אט-אט; ישקע בהרהורים וישקול את הדברים. המשתכנע ישתכנע והכופר יכפור.

4. עיקר לענייננו הוא בפירוש שיש וראוי ליתן להוראת סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות, ולפיה:

“אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה.”

מי-הוא זה ואיזה-הוא שיקבע מה מתחייב מאופיים או ממהותם של תפקיד או של משרה? האם יקבע זאת המעביד (מבחן סובייקטיבי)? האם יקבע זאת בית-המשפט (מבחן אובייקטיבי)? האם ישאל בית-המשפט בעצתם של מומחים לדבר (מומחים למינהל, מומחים לכוח אדם ומומחים אחרים וכיוצא-באלה)? כשאני לעצמי, סבור אני כי השאלה מה אופיים או מהותם של תפקיד פלוני או של משרה פלמונית, תשובה לה לא תימצא באורח בלעדי לא בשיקולי צדק ושוויון – שעליהם יכריז בית-המשפט – לא בשיקולי המעביד ולא בשיקוליהם של מומחים לדבר. דעתי היא, כי אופיים ומהותם של תפקיד או של משרה – אופיים ומהותם והמתחייב מהם – ייקבעו על-פי מבחן מעורב סובייקטיבי ואובייקטיבי.

בדרך הטבע, יהיה זה המעביד שיקבע ראשון – מבחינה כרונולוגית – מהו אופיים או מהותם של תפקיד או של משרה במפעלו, ומה מתחייב מאופיים או ממהותם של תפקיד פלוני או של משרה אלמונית. אלא שקביעת המעביד לא תהא קביעה סופית; היא עליה על אותה קביעה לעבור את ביקורתו של בית-המשפט אם אך תעלה השאלה לפניו להכרעה בה. בביקורת זו – והיא עיקר לענייננו – ראוי לו לבית-המשפט כי יקצוב מרחב-מחיה למעביד, מרחב שבו רשאי מעביד לקבוע את אופיים ואת מהותם של תפקיד או של משרה במפעלו. אכן כן: בית-המשפט יוסיף ויעביר את קביעת המעביד בכור-ההיתוך של איסור ההפליה – איסור הפליה מחמת גיל או מכל טעם אחר – ואולם בעשותו כן יפעל בית-המשפט במעמד של ביקורת משפטית על מעשי הזולת ולא במעמד של מי שאמור לקבוע נורמות ראשוניות. נזכור-נא, אל-נשכח: מדברים אנו במעביד שהעסק עסקו הוא: הוא הנושא בסיכונים והוא שיישא בהפסדים; הוא ולא אחר. אם אלה הם פני הדברים, ראוי כי גם דברו יישמע; יישמע ויובא במניין השיקולים – הגם שלא יכריע.

5. באומרי דברים אלה שאמרתי, אני מתקשה לקבל את דברי חברי הנשיא כי השאלה מה "מתחייב" ממהותם של תפקיד או של משרה פלונים, שאלה היא שהתשובה עליה תימצא במבחן הסבירות גרידא. ובלשונו של חברי (בפיסקה 17 לחוות-דעתו): "מבחן זה הוא בעל אופי אובייקטיבי. השאלה אינה אם המעביד חושב (סובייקטיבית) כי דרישות התפקיד מתחייבות ממהות התפקיד. השאלה הינה אם דרישות התפקיד מתחייבות באופן סביר ממהות התפקיד" (ההדגשות שלי – מ' ח'). דעתי היא, כי גם למעביד זכות לקבוע מה ייעשה במפעלו וכיצד ייעשה במפעלו – אומר אני דברים אלה על דרך ההמעטה – וכל עוד החלטתו אין היא החלטה בלתי סבירה – במיתחם הסבירות הראוי כי יינתן למעביד – דומה עליי שנכון כי יינתן לדעתו משקל לא-מעט. אכן, אין ניתן לו למעביד היתר לעשות במפעלו כמו עושה הוא לעצמו בלבד: החוק מטיל עליו מגבלות של איסור הפליה, והתחכמות בסיוגם של תפקידים ובאמירה כי לתפקיד פלוני נדרש עובד צעיר דווקא, לא תהא לו לעזר; נהפוך הוא. עם זאת החלטה כי יחליט מעביד בתום-לב, דומני שראויה היא החלטה כי תזכה למשקל מתאים, ובה-בעת נזכור היטב-היטב כי מדברים אנו בחריג לכלל, וממילא נבחן את ההחלטה כבוחננו חריג לכלל.

גם חברי הנשיא אינו מתעלם מהחלטת המעביד באשר למהותו ולאופיו של תפקיד במפעלו, ועל כך אומר הוא דברים אלה (בפיסקה 17 לחוות-דעתו):

"כמובן, בקביעת המתחייב באופן סביר ממהות התפקיד יש להתחשב בהגדרת התפקיד על-ידי המעביד. בסופו של דבר, זהו עסקו שלו. עם

זאת המעביד אינו המכריע, ומילתו שלו אינה המילה האחרונה. דעתו שלו – ודעתם של מעבידים אחרים באותו סוג של עסק – תובא בחשבון כאחד הנתונים הקובעים את המתחייב באופן סביר ממהות התפקיד. עם זאת, כאשר המעביד פועל מתוך מניע של הפליה, לא ניתן לראות את דרישות התפקיד כמתחייבות באופן סביר ממהות התפקיד. כאשר המעביד פועל מתוך מניע של שוויון, אין מחשבתו הסובייקטיבית מכרעת. המבחן הוא אובייקטיבי.”

למקצתם של הדברים אני מסכים; למקצתם של הדברים אני מתקשה להסכים. כך, למשל, אני מתקשה להבין כיצד זה מבחן "אובייקטיבי" של הפליה יביא במניין את דעתו של המעביד. וכי לפירושו של חוק וליישומם של עיקרי-צדק וזכויות-יסוד נדרשים אנו לדעתם של בעלי-עניין? דעתי-שלי היא, כאמור, כי המבחן הקובע הוא מבחן משולב אובייקטיבי-סובייקטיבי, ובמבחן זה תמצא את מקומה הראוי גם דעתו של המעביד.

6. בענייננו-שלנו קבע בית-הדין לעבודה כי תפקידו של דייל צורך כוח פיזי, ומי שטס במטוס אל-על – שבו נוסעים כרגיל ישראלים – יודע היטב את תכונתו המולדת של הנוסע הישראלי להריץ את הדיילים כל העת רצוא-ושוב. אם כך בטיסות כתקנן, לא-כל-שכן במצבי חירום. נוכח קביעתו זו של בית-הדין לעבודה, אני מתקשה להסכים לקביעת חברי הנשיא כי "מטוס אינו זירת התגוששות. תפקידו של דייל האוויר הוא בעיקר להעניק שירות אדיב. דרישות הכוח הפיזי הן מינימליות. גם במצבי חירום אין נדרש, הלכה למעשה, כוח פיזי רב כדי להגשים את המטלות המתחייבות באופן סביר מהתפקיד" (פיסקה 26 לחוות-דעתו). אני מסכים לדברי חברי הנשיא כי מטוס אינו זירת התגוששות. בה-בעת, אינני יודע על-יסוד מה קובע חברי כי תפקידו של דייל אינו דורש כוח פיזי, קביעה העומדת בניגוד חריף לדבריו של בית-הדין לעבודה. אם מעיד חברי מניסיונו, אעיד אני מניסיוני את ההפך הגמור: עבודתו של דייל, כפי שחזיתי במו-עיניי, כרוכה במאמץ פיזי לא-מעט; כך בעבודת-השיגרה וכך – בוודאי – בשעת חירום.

ואימתי לאחרונה התערבנו בקביעות-עובדה שעושה בית-הדין לעבודה? אם נותר ספק בלבו של חברי, ניתן בנקל להחזיר את הדיון לבית-הדין האזורי לעבודה לשמיעת ראיות מפי הנוגעים בדבר ומפי מומחים לדבר. ואולם חוששני כי התערבות זו הפעם במימצאי-עובדה של בית-הדין לעבודה מרחיקה לכת יתר-על-המידה, ולדעתי, ללא הצדק לדבר. לא אזוו אפוא מדעתי שאין – ולא היה – הצדק כי נתערב במסקנתו של בית-הדין לעבודה, ולפיה המאמץ הפיזי הנדרש מדייל אוויר מייחד את תפקידו ומתחייב מאופיו וממהותו של תפקידו. לא סברתי ואינני סובר – כפי שמקובל עלינו

מאז-ומקדם – כי ראוי לנו להתערב במימצאי-עובדה שנקבעו בבית-הדין לעבודה, ולא ידעתי מהו המיחד את ענייננו שנסטה מן הדרך שאנו עצמנו כבשנו משך שנים לא-מעטות.

א

7. אשר לחוות-דעתו הנוספת של חברי השופט זמיר: קו הגבול בין חברי לביני נקבע ונתייצב בדיון המקורי [1] – שעה שחברתי השופטת ביניש קֶבֶה לחברי – והגם שיכולתי לכתוב דברים עוד כהנה-וכהנה על הפולמוס שנתפלמסנו איש עם רעהו, דומני שניתן לומר כי "סוף הַכָּר הַכָּל נִשְׁמָע". אוסיף אך זאת: כשאני לעצמי, רואה אני את איסור ההפליה מחמת גיל שנקבע בחוק שוויון ההזדמנויות כסניף וכשלוחה לתקנת הציבור הכללית. תקנת הציבור היא המעיין הנובע, והוראת חוק שוויון ההזדמנויות נדמתה למים ששאבנו בדלי מן המעיין והולכנו אותם אל תחום היחסים של עובד-מעביד. אני מתקשה להסכים למסקנה הנגזרת לכאורה מדברי חברי, כי הלאו של איסור הפליה מחמת גיל נחת בחוק שוויון ההזדמנויות פְּתִיזָר שלא ידענו מניין בא. לדעתי, קרוב יותר לומר כי הכרה באיסור הפליה מחמת גיל הייתה מעיין-הצהרה (restatement) על דין שהכול הסכימו לו והכירו בצדקתו כבר לעת חקיקת התיקון לחוק.

ב

ג

8. דבר אחרון: דעתי היא – פרשתי אותה על פני דפים רבים בחוות-דעתי בדיון המקורי [1] – כי תקנת הציבור וחוק שוויון ההזדמנויות מקנים זכות דיילי אוויר להמשיך ולעבוד באל-על עד גיל 65, כמוהם כעובדי הקרקע. חיובם של הדיילים לפרוש מאל-על בגיל 60 – כפי שנקבע בהסכם הקיבוצי – חיוב פסול הוא בהיותו עומד בניגוד לתקנת הציבור ולהוראות חוק שוויון ההזדמנויות. בה-בעת, נתקשיתי להסכים לעת הדיון המקורי – ומתקשה אני להסכים אף עתה – כי חוק שוויון ההזדמנויות מחייב את אל-על להמשיך ולהעסיק דיילי אוויר בתפקידי דיילות אוויר דווקא לאחר גיל 60 ועד לגיל 65. אני מבדיל ומבחין אפוא – בחדות ובאורח חד-משמעי – בין זכותו של עובד להמשיך ולעבוד במקום עבודתו לבין השאלה אם זכאי הוא עובד – בנסיבות מסוימות – להמשיך ולעבוד בעבודה ספציפית דווקא באותו מקום עבודה. לא הרי זו כהרי זו. זכותו של אדם לעבוד – להחל לעבוד ולהמשיך ולעבוד – זכות-של-תשתית היא. שקולה היא לזכות טבעית. אכן, הכתוב לימדנו שעונש הוא שהשית אלוהים על האדם באומרו לו כי "בְּזַעַת אֶפְיךָ תֹאכַל לֶחֶם" (בראשית, ג, יט [ג]), ואולם, כולנו ידענו כי בימינו – כך היה גם בימים שקדמו לימינו – העבודה סס-חיים היא לאדם. אדם שעבודתו ניטלה ממנו – זכות ניטלה ממנו, מקצת כבודו ניטל ממנו. בחוות-דעתי בדיון המקורי [1], בעמ' 327 כתבתי כך:

ד

ה

ו

ז

"בן שישים לזקנה. ותחינתו של אדם לפני אלוהיו היא: 'אַל-תְּשַׁלֵּכֵנִי לְעֵת זְקֵנָה פְּכֵלֹת פְּחֵי אֶל-תַּעֲזָבֵנִי' (תהלים, עא, ט). זו גם בקשת

העובד בן השישים, שלא תיכפה עליו פרישה מוקדמת בניגוד לרצונו".

א

א

כך סברתי לעת שכתבתי את חוות-דעתי; כך סובר אני גם כהיום הזה. ואולם דווקא בשל כך, דווקא בשל עוצמתה האדירה של הזכות, סבורני שיש להבדיל בין העיקר – עצם הזכות לעבודה – לבין הזכות להמשיך ולעבוד בתחומי של מפעל באותה עבודה עצמה. חוששני כי הרחבת תחומיה של זכות-התשתית, הזכות לעבוד – ובאותה עוצמה של זכות-התשתית – יש בה כדי למהול את הזכות; תופעה זו ידועה לנו ממקומות אחרים, בעיקר מתחום זכויות-היסוד. אכן, חיוב שרוב שְׁפָנו מבקשים עתה לחייב בו את אל-על על-פי חוק שוויון ההזדמנויות, חוששני כי מהווה הוא פלישה בלתי מוצדקת לתחומי של המעביד הפרטי. אינני סבור כי ראוי הוא הדבר שבית-משפט יהלך כך במסדרונות עסקו של מעביד פרטי – יהלך ויורה את המעביד הוראות כהוראות שחבריי מורים אותו. אמנם, השאלה אינה אלא שאלה של "יישום" – אין אנו נחלקים על העיקרון אלא במעט – ואולם חיינו כולם חיי-יישום הם, ועיקרון – גם זאת ידענו – ייווצר לא-אחת על דרך האינדוקציה; שיישום ועוד יישום ועוד יישום ייצרו מוקדים, וחיבורם של המוקדים אלה-אל-אלה יהפוך אותם להיותם עיקרון.

ב

ב

ג

ג

ד

ד

השופטת ד' ביניש

ה

ה

1. שתי שאלות עקרוניות עומדות להכרעה בדיון נוסף זה, והן השאלות שנידונו בהרחבה גם בדיון המקורי. האחת – מהי הפליה מחמת גיל, ובאופן פרטני השאלה היא אם פרישתם הכפויה של דיילי האוויר ב"אל-על" בגיל 60 היא הפליה מחמת גיל. השנייה – אם יש לפסול את ההסכם הקיבוצי לעניין גיל פרישת הדיילים עקב היותו סותר את תקנת הציבור גם בתקופה שקדמה לאיסור ההפליה בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. בדיון המקורי הצטרפתי לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט זמיר, ולעניין התוצאה אף עתה איני רואה לשנות מדרכי. אולם לאחר שקראתי את פסק-דינו המקיף של הנשיא רואה אני להוסיף הבהרות קצרות לגישתי באותן סוגיות.

ו

ו

ז

ז

2. בדיון המקורי הבעתי דעתי כי ההבחנה בין דיילי האוויר לבין דיילי הקרקע אינה כשלעצמה הפליה מחמת גיל, משום שהפליה מחמת גיל היא הפליה בין העובד הצעיר לעובד המבוגר. סברתי כי דיילי האוויר שנאלצו לפרוש בגיל צעיר מהמקובל ביחס לכל עובדי אל-על, בלי שהדבר מתחייב מתפקידם, הופלו הפליה מחמת גיל; עוד אמרתי, כי לדעתי כל פרישה כפויה בגיל צעיר מהמקובל בהיעדר הצדקה לכך בשל

מהותו של התפקיד או בשל ירידת כושרו של העובד, היא אחד מביטוייה של אותה הפליה מחמת גיל שנאסרה בסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

ההפליה מחמת גיל פנים רבים לה: היא יכולה להתבטא בקבלה לעבודה, בתנאי העבודה, בקידום, בפטורין, ולפי פרשנותנו לחוק, גם בפרישה. בהיבט הנוגע לגיל פרישה או לגיל קבלה לעבודה, הנני סבורה שהרכיב הדומיננטי הוא בהפליה שבין הצעיר למבוגר; ככלל, מתבטאת הפליית המבוגרים מן הצעירים מהם בהשוואה על פני סולם הגילים, בהשוואה אנכית. כך, למשל, כאשר מקום עבודה מסרב לקבל עובד למקום עבודה רק מחמת גילו הצעיר או המבוגר, כאשר על-פי דרישות התפקיד אין כל טעם סביר לסירוב זה. כשלעצמי סבורה אני שהשוואה אנכית זו, המעדיפה צעיר על פני מבוגר ובנסיבות אחרות מבוגר על פני צעיר, היא הפליה מובהקת מחמת גיל. מוכנה אני עתה להוסיף ולומר כי אין בגישתי כדי להוביל למסקנה שלעולם אין מתקיימת הפליה מחמת גיל, גם כלפי בני גילו של העובד. זאת, כאשר עובד אחד, בין בשל השתייכותו לקבוצת עובדים מסוימת ובין בהיותו לעצמו, נאלץ לפרוש בשל גילו, ואילו עובד אחר או קבוצת עובדים אחרת בני אותו גיל ממשיכים בעבודתם עד לגיל הפרישה המקובל. והכול, כאשר ההבחנה בין הפורש לממשיך אינה מתחייבת מהתפקיד. אלה נסיבות שבהן גם ההשוואה האופקית בין בני אותו גיל עשויה ללמד על קיומה של הפליה מחמת גיל, אף כי סממניה אינם כה מובהקים ואינם ניתנים לזיהוי באופן ברור כאותה הפליה בין מבוגר לצעיר. בין כך ובין אחרת, מקובלת עליי מסקנתו של חברי הנשיא ברק בעניינינו, שלפיה על בסיס ההנחה שקביעת פרישת החובה ב"אל-על" בגיל 65 היא כדין, הרי כל גיל פרישה נמוך יותר מהגיל המקובל בין אם ליחיד ובין אם לקבוצות עובדים, בלי שהדבר מתחייב מתפקידם, היא הפליה מחמת גיל.

3. אודה כי השאלה הנוגעת לתקנת הציבור באשר להפליה מחמת גיל הטרידה אותי לא מעט בשלב זה של ההליכים, נוכח המחלוקת שנתגלעה בין חברי הנשיא ברק והשופט זמיר בשאלה העקרונית בדבר השימוש בתקנת הציבור להתערבות בחוזים. חברי השופט זמיר מביע חשש משימוש מופרז ב"מונחי השסתום" שתקנת הציבור היא אחת מהם ומבקש לתת משקל מרכזי לעיקרון של היציבות והוודאות, לחופש החוזים ולאוטונומיה של הצדדים לחוזה. לפיכך סבור הוא שיש להיזהר זהירות רבה בשימוש שאנו עושים בתקנת הציבור כדי להכריז על בטלות חוזה. לעומתו, חברי הנשיא ברק מביע עמדה שלפיה אין הצדקה לרתיעה הרבה מפני השימוש בתקנת הציבור וב"מונחי השסתום", שימוש המבטיח לדעתו "...זרימה בלתי פוסקת של ערכי היסוד לתוך המשפט הפרטי". לשיטתו, החוק מטיל על השופט את החובה לאזן בין הערכים המתנגשים, ויש להגשים חובה זו גם בגדרי המשפט הפרטי, ולא רק בתחום המשפט הציבורי.

דומה כי בוויכוח העקרוני דרכי היא דרך הביניים. מוסכם על הכול, כי על בית המשפט לנהוג זהירות עת עושה הוא שימוש בתקנת הציבור, אך עם זאת העמימות הנלווית למושג תקנת הציבור אינה צריכה להרתיע את בית-המשפט מלצקת בו תוכן. אנו מרבים לפרש מושגים עמומים המופיעים בחקיקתנו גם בתחומי החקיקה האזרחית, מושגים כ"סבירות", "צדק" ו"תום-לב", וזוהי דרכנו מדי יום בכל תחומי המשפט. לכן אין מקום לחשש מוגזם, גם מפני השימוש בתקנת הציבור. חופש החוזים וכיבוד האוטונומיה של רצון הפרט הינם ערכים חשובים בשיטתנו המשפטית, אך במלאכת האיזון של הערכים אין ליתן לו משקל מכריע כנגד ערכי יסוד אחרים בשיטתנו. דומה, כי מסיבות טובות אף הועם זוהרו של הערך של חופש החוזים בחברה בת זמננו. עם זאת גם חברי הנשיא ברק אינו גורס כי השימוש בתקנת הציבור הוא מעשה של מדי יום ביומו. הניסיון אף מלמד, כי השימוש שעשה עד כה בית-משפט זה במכשיר של תקנת הציבור והתערבותו עד היום בחוזים באמצעות מכשיר זה היו זהירים ושקולים והביאו בחשבון את הצורך בוודאות וביציבות שחברי השופט זמיר כה חושש להם. בעשותו שימוש בתקנת הציבור מצוי בית-המשפט על הגבול הדק שבין חשיפתן של נורמות קיימות לבין פיתוחן של נורמות חדשות. מלאכת השיפוט עוסקת באלה וגם באלה, ובית-המשפט פועל בתחום הלגיטימי הן בהליך החשיפה והן בהליך הפיתוח, וככלל אל לו לבית-המשפט להירתע גם מפיתוחן של נורמות. עם זאת, בכל הנוגע לשימוש בתקנת הציבור לשם התערבות בחוזה, על בית-המשפט לתת משקל דומיננטי למרכיב ה"חשיפה" של הנורמות המקובלות בציבור ולמשקלן היחסי.

4. מקובלת עליי גם דעת הנשיא ברק, כי דווקא כאשר מדובר בהסכם קיבוצי, השיקול של כיבוד האוטונומיה של רצון הפרט נחלש, כאשר היחיד אינו הצד לחוזה, אלא מחויב על-פיו. לפיכך סבורה אני כי מבחינת רמת הביקורת שאנו מפעילים על ההסכם הקיבוצי, אנו נמצאים בדרגת ביניים שבין ההתערבות בחוזה "רגיל" לבין מידת התערבותנו בחוק, דרגה הדומה בעיניי יותר לתקנות מעשי ידי רשות מינהלית, וזאת במיוחד בהתחשב בהשפעתם רחבת ההיקף של הסכמים כאלה, ובכך שהם נערכים לא פעם בין גופים בעלי אופי ציבורי.

5. ביחס לשאלה הקונקרטית שבפנינו, כבר בדיון המקורי [1] עמדתי על כך כי ההפליה מחמת גיל היא הפליה שההכרה בה הייתה מאוחרת יחסית מבחינת ההתפתחות החברתית. הנשיא ברק אינו חולק על כך, אלא שהוא סבור כי הכרה מאוחרת זו אינה רלוונטית לתקופה הנדונה בפנינו, שנת 1989. בעניין זה נותר בלבי ספק. גם במדינות שבהן הוכרה ההפליה מחמת גיל לפני שנים יש אחיזה להשקפה כי הפליה מחמת גיל אינה נחשבת כאחת ההפליות ה"זועקות", ומידת ההגנה הניתנת לה היא מועטה יותר (ביחס לדין בארצות-הברית ראו L.H. Tribe *American*

Constitutional Law [46],

P. Macklem Canadian Constitutional Law [47], : למצב בקנדה ראו : *at p. 1593*

א. על אחת כמה וכמה כך על-פי תפיסות העולם שהיו נוהגות בישראל טרם חקיקת התיקון לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה משנת 1995 שבו הוסף לחוק איסור ההפליה מחמת גיל. עיון בתולדות התיקון לחוק מלמד שהנהגת איסור ההפליה מחמת גיל הייתה על-פי תפיסת המחוקק חידוש, להבדיל מאיסור הפליה מחמת גזע, לאום או מין. מטעם זה סברתי שיש בכוחה של ההתפתחות ההיסטורית המאוחרת בעניין זה כדי ללמד על כך שבעת שנכרת ההסכם הקיבוצי הרלוונטי של דיילי "אל-על", ובטרם תוקן חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, לא ניתן לומר באורח החלטי כי בין הערכים המקובלים בישראל נכלל גם איסור ההפליה מחמת גיל כערך שהפרתו מנוגדת לתקנת הציבור בישראל, עד כי נאמר, שההוראה הרלוונטית בהסכם הקיבוצי הנידון בטלה.

ב. ערה אני לכך כי ההתפתחות ההיסטורית היא רכיב אחד שאותו אנו בוחנים שעה שאנו בוחנים תוכנם וטיבם של ערכי היסוד של החברה, אך היא אינה רכיב בלעדי. זאת ועוד, ערכים משתנים עם שינוי העתים, וקשה להצביע על המועד המדויק שבו הפכה נורמה כלשהי לערך מערכי היסוד של החברה. לפיכך מוכנה אני לומר שהנימוק של שלבי ההתפתחות ההיסטורית אינו בלעדי גם לצורך ההכרעה בשאלה אם ערך יסוד הינו במעמד תקנת ציבור שבכוחה להשפיע על תוקפו של חוזה. יש גם לבחון את השאלה, אם הערך נכנס בגדר תקנת הציבור הגוברת על כל הסכם גם מההיבט הנורמטיבי העקרוני.

ג. אלא שגם אם נאמר כי קשה לתחום התפתחותם של ערכים חברתיים למועדים מדויקים, וקיימת תקופת מעבר, ואף אם נאמר שמכוח עקרון השוויון כבר הייתה ב"אוויר" מודעות גם להפליה מחמת גיל בשנת 1989, לא הייתי רואה להתערב בהיעדר חקיקה ומכוח תקנת הציבור בלבד בהסכם עבודה אלא רק במקרה של הפליה בוטה וצורמת. בכל הנוגע לתקופה שקדמה לחוק המקרה שלפנינו לא היה מסוג אותם מקרים של הפליה בוטה. זאת בעיקר בהתחשב בפער הקטן יחסית שבין גיל הפרישה המקובל לגיל הפרישה שנכפה על דיילי האוויר, בהסדרים המיוחדים למתן פיצויים לדיילי האוויר הן בתקופת השירות והן בעת הפרישה, וכן נוכח הנורמות ששררו לעניין זה גם במגזרים ציבוריים אחרים, להבדיל ממצב של הפליית גיל בוטה, כזו הפוגעת בכבוד העובד, אשר יש בה כדי להשפילו, ואשר ייתכן שהייתה מצדיקה התערבות. כאמור, לדעתי, עניינם של הדיילים שבפנינו אינו נופל בגדר מקרים אלה.

מטעמים אלה הייתי דוחה את שתי העתירות.

התוצאה היא כי הוחלט ברוב דעות (כנגד דעתו החולקת של השופט מ' חשין) לדחות העתירה בדנג"ץ 4773/97 כאמור בפסק-דינו של הנשיא ברק. כן הוחלט ברוב דעות (כנגד דעתם החולקת של השופטים זמיר וביניש) לקבל את העתירה בדנג"ץ 4191/97 כאמור בפסק-דינו של הנשיא ברק.

אל-על תישא בהוצאות הדיילים בסכום כולל של 50,000 ש"ח.

ניתן היום, י"ג בכסלו תשס"א (10.12.2000).

מיני-רציו:

- * חברות – חברה ממשלתית – כפיפותה לכללי המשפט הציבורי
 ובראשם עקרון השוויון – האיסור המוגבר על חברה ממשלתית להפלות בין עובדיה.
 * חוזים – תקנת הציבור – הפליה
 תקנת הציבור כמכשיר לשאיבת ערכי היסוד לתוך המשפט הפלילי – אימתי הפליה פסולה
 של עובדים בהסכם קיבוצי תיחשב לנוגדת את תקנת הציבור – האם הפליית עובדים מחמת
 גיל בהסכם קיבוצי סותרת את תקנת הציבור.
 * משפט מינהלי – תחולתו – גוף דו-מהותי
 חברה ממשלתית – כפיפותה לעקרונות המשפט הציבורי ובראשם עקרון השוויון.
 * עבודה – הסכם קיבוצי – התערבות בתוכנו
 היקף התערבות בית-המשפט בתנאיו של הסכם קיבוצי מהטעם שהוא עומד בניגוד לתקנת
 הציבור – הוראה בהסכם קיבוצי המפלה בין עובדים לגבי גיל הפרישה שלהם – הבחנה בין
 דיילי אוויר בחברת תעופה לבין אנשי צוות קרקע – פסלותה לנוכח היותה סותרת את חוק
 שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 – פסלותה לנוכח היותה סותרת את תקנת
 הציבור.
 * עבודה – שוויון בעבודה – איסור הפליה מחמת גיל
 מטרתו – האם חיוב עובדים לפרוש בגיל מסוים מהווה הפליה מחמת גיל – האם קביעת גילאי
 פרישה שונים לקבוצות עובדים שונות מהווה הפליה מחמת גיל – אמות-המידה לקביעת שונות
 רלוונטית בין עובדים על-פי דרישות התפקיד – האם הופעה נאה וכושר פיזי מהווים טעם
 מוצדק להפליה בין עובדים צעירים לעובדים מבוגרים – נטלי הראיה להוכחת הפליה – הוראה
 בהסכם קיבוצי של חברת תעופה הקובעת גיל פרישה מוקדם לדיילי אוויר לעומת עובדים
 אחרים – כהוראה המפלה עובדים מחמת גיל – פסלתה לנוכח סתירתה את חוק שוויון
 ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 ולנוכח עמידתה בניגוד לתקנת הציבור.