

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6778/97

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד המשנה לנשיא ת' אור  
כבוד השופט א' מצא  
כבוד השופט מ' חשין  
כבוד השופטת ד' דורנר  
כבוד השופטת ד' ביניש  
כבוד השופט א' לוי

העותרת :

האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

המשיבים :

1. השר לבטחון פנים  
2. משטרת ישראל  
3. שירות בתי הסוהר  
4. הכנסת  
5. נציבות שירות המדינה  
6. אגף המכס ומע"מ  
7. היועץ המשפטי לממשלה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריכי הישיבות :

כ"ג בניסן התשנ"ח (19.04.98)  
י"ח בתמוז התשנ"ח (12.07.98)  
י"ג באייר התשנ"ט (29.04.99)  
ו' בתמוז התשנ"ט (20.06.99)

בשם העותרת :

עו"ד גילה שטופלר ; עו"ד דן יקיר

בשם המשיבים :

עו"ד נורית אלשטיין

## פסק-דין

הנשיא א' ברק:

מדינת ישראל אינה מוכנה לצרף לשורותיה שוטרים, סוהרים וחוקרים במכס אם המועמדים הם מעבר לגיל שלושים וחמש או ארבעים (לפי העניין). האם גישה זו הינה כדין? זו השאלה הניצבת לפנינו.

### הרקע

1. מדינת ישראל פנתה בהזמנה לציבור להעסקת תובעים משטרתיים. נקבע בהזמנה כי רק מועמדים שגילם נופל משלושים וחמש שנים רשאים לפנות ולהציג את מועמדותם. גיל זה נקבע גם כתנאי סף לדרישת עבודה לחוקרים במכס. בהמשך נתפרסמה הזמנה להעסקת מאבטחים בבית חולים ממשלתי. נקבע כי רק מועמדים שגילם לא עולה על ארבעים שנה יתקבלו לעבודה. גם משמר הכנסת הגביל את הכניסה לשורותיו, והעמידה על עשרים וחמש שנה. העותרת – שהיא אגודה לזכויות אדם בישראל – פנתה למדינה. היא טענה שבדרישת גיל מקסימום שהעמידה המדינה היא מפלה את כל אלה שאינם מקיימים את דרישת הגיל. משלא באה על סיפוקה, פנתה לבית משפט זה. בהסכמת הצדדים ראינו בעתירה כאילו ניתן בה צו-על-תנאי. התקיימו מספר ישיבות. לאור החלטת המותב המקורי, הורחב ההרכב. מתן פסק דיננו התעכב, בין השאר, משום שהמתנו למתן פסק הדין בדנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (להלן – דיון נוסף רקנט). כן ביקשנו לקבל את תגובת הצדדים לפסק דין זה. כמו כן, המתנו לעדכונים אודות השינויים במדיניות התעסוקה של המשיבים. עוד הובאו לתשומת ליבנו התפתחויות כלליות הנוגעות לקשר שבין גיל העובד ומדיניות העסקה. כך, הוגש לעיוננו דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת גיל הפרישה מהעבודה. במהלך הדיון נפתרה בעייתם של המועמדים למשמר הכנסת. נמסר לנו כי המדיניות הקודמת – שהגבילה את גיל הגיוס למשמר לעשרים וחמש שנה – בוטלה. תחתיה נקבע כי התאמתו של כל מועמד לגיוס נבחנת על פי כישוריו, כושרו הגופני ומצב בריאותו בהתחשב בצרכי התפקיד. כן נמסר לנו, כי שירות בתי הסוהר אינו מציין עוד במודעותיו גיל מקסימום. עם זאת, זהו שיקול שמתחשבים בו ככל שהדבר נוגע לתפקידים ביטחוניים או דומים להם במהותם ("תפקידים ייעודיים"). תמונה דומה התקבלה מאגף המכס.

2. במדיניות הגיוס של משטרת ישראל חלו מספר התפתחויות. תחילה נמסר לנו כי משטרת ישראל מוסיפה להגביל את גילם של כל המועמדים לשורותיה, אף כי לגבי גיוס לתפקידים מקצועיים אין מגבלת הגיל מפורסמת במודעות הדרושים, ובמקרים חריגים עשויים להתקבל לתפקיד מקצועי גם מי שגילם עולה על גיל שלושים וחמש. במהלך הדיון שקיים בית משפט זה בעתירה הצענו למשיבים לשקול את האפשרות לבחון מימוש מדיניות העסקה על בסיס אינדיבידואלי בקבלת מועמדים לשורות המשיבים. עוד נמסר לנו כי משטרת ישראל שוקלת לעבור הליכי "אזרוח" ביחס לתפקידים מסוימים במסגרתה. בהחלטתנו קבענו כי "באת-כוח המשיבים מתבקשת... למסור לנו תשובה בכתב לעניין ההצעה שהועלתה לעריכת ניסוי - או 'ועדת קבלה אינדיבידואלית' – וכן לעריכת לוח מועדים לתאריך 'האיזרוח'". ביום 7.11.99 קיבלנו את תשובת המשיבים לעניין זה, ממנה עלה כי בכוונת המשטרה לערוך ניסוי בגיוסי נמסר לנו בהודעה מטעם המשיבים כי משטרת ישראל עברה שינוי ביחסה לכוח האדם המשרת אצלה. בשלב הראשון החלה משטרת ישראל, במהלך השנתיים האחרונות, לקבל כוח אדם אזרחי, ולערוך "תהליך איזרוח" למקצועות שאינם ייעודיים באמצעות חברות להשמת כוח אדם או באמצעות קניית שירותים מקבלנים חיצוניים. עד ליום הגשת ההודעה אוזרחו כ-1,000 משרות במסגרת מקצועות שונים. בתגובתה לכך מצביעה העותרת על כך כי הניסוי שעורכת משטרת ישראל מתייחס אך לתפקידים שאינם ייעודיים, ואין בו ליתן מענה להפליה לה היא טוענת ביחס לתפקידים הייעודיים עצמם.

### טענות הצדדים

3. העותרת טוענת כי מדיניות המשיבים מפלה מחמת גיל. הפליה זו אסורה במישור החוקתי הכללי לאור מחוייבותם החוקתית של המשיבים לשוויון, לכבוד האדם ולחופש העיסוק. הפליה זו אסורה גם על פי חוקים הנוגעים באופן ספציפי ליחסי העבודה ובהם חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן – חוק שוויון ההזדמנויות) וחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959. לטענת העותרת, בעיית הפליה מחמת גיל בישראל היא חמורה, ויש להתייחס אליה בחומרה יתירה. יש לפרש את החריגים החקוקים המאפשרים לדחות מועמדים למשרות – בין השאר מחמת גיל – בצמצום. לטענתה, לא עומדת למשיבים הגנת סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות, שכן אין דבר במשרות מושא העתירה המצדיק מגבלת גיל על הגשת מועמדות לאיושן. מכל

מקום, המשיבים לא עמדו בנטל המוטל עליהם להצדיק את מדיניותם המפלה. מדיניות זו אינה מבוססת על עובדות ועל תשתית ראייתית ראויה אלא על הכללות וסטריאוטיפים. על כן, התקנות שהותקנו על ידי המשיבים ומדיניות ההעסקה שלהם המציבות מגבלות גיל על הקבלה לשורותיהם הינן בטלות.

4. המשיבים טוענים כי המסגרת הנורמטיבית הראויה להתמודד עם טענת ההפליה של העותרת היא חוק שוויון ההזדמנויות. במסגרתו של חוק זה, מדיניות ההעסקה והתקנות אינן מפלות. לטענתם, גילו של אדם משליך לרעה על יכולתו הטיפקודית הפיסית והנפשית, ובכך הוא משליך על יכולתם של מועמדים מבוגרים למלא את תפקידם כיאות. כך, בכל הנוגע לחוקרי המכס, הרי שמדובר בתפקיד הדורש כושר פיסי ונפשי רב. בדיקה פרטנית של כל מועמד אינה יכולה לנבא את יכולתו לעמוד בעומס זה. בכל הנוגע לשירות בתי הסוהר, נדרשת מהסוהרים יכולת פיסית ונפשית גבוהה. גיל הפרישה משירות בתי הסוהר הינו מוקדם לאור השחיקה הטמונה בתפקיד. על רקע זה יש הצדקה לשימוש בקריטריון הגיל לצורך כניסה לשירות. המשיבים מסבירים כי בשירות בתי הסוהר מתבצעת הפרדה בין תפקידי הסוהרים לתפקידים מינהליים ומקצועיים, ולגבי האחרונים לא מוטלת מגבלת גיל באישום. לגבי השירות במשטרת ישראל, טוענים המשיבים כי נדרשת יכולת פיסית ונפשית גבוהה. בניגוד לשירות בתי הסוהר, במשטרה גם שוטרים העובדים בתפקידים מינהליים ומקצועיים נדרשים לעתים לבצע פעילויות משטרתיות מבצעיות במהלך שירותם. השוטרים המבצעיים מתחילים "מלמטה" ומטפסים בסולם הדרגות. העסקתם של שוטרים מבוגרים תחת פיקודם של שוטרים צעירים יותר עלולה להוליך לקשיים מעשיים ולפגוע בטיפקוד המשטרה המבוסס על היררכיה. יצירת מגוון מגבלות גיל לגבי איוש תפקידים שונים במשטרה תפגע במחויבות המשטרתית לאחידות. עוד טוענים המשיבים כי ביטול התקנות ומדיניות ההעסקה של המשיבים ישפיע על השירות המשטרה כולו. הוא ישפיע על גיל הפרישה של שוטרים, על העילות לפיטוריהם ועל תנאי השירות. זאת משום שתפיסת תעסוקה קבוצתית מערכתית בעלת היגיון ואיזון פנימי תוחלף בתפיסת תעסוקה אינדיבידואלית שתפגע בגורמים המעסיקים. כך, למשל, המשטרה אינה מפטרת שוטרים מבוגרים שכוחם הפיסי נחלש, אלא דואגת לשיבוצם במשרות אחרות המתאימות לכישוריהם. מדיניות זו יוצרת, לטענת המשיבים, "תמהיל" בין שוטרים צעירים לוותיקים שיכול להתקיים רק בהינתן מגבלת גיל על הכניסה לשירות. לאור זאת טוענים המשיבים כי ביטול מגבלת הגיל יפגע ביכולתם למלא אחר תפקידיהם הציבוריים הנוגעים לשמירה על הביטחון ולאינטרסים נוספים, שעליהם הם מופקדים. המשיבים מפנים למשפט המשווה לפיו, לטענתם, הפליה מחמת גיל אינה נתפסת כמצויה בדרגת החומרה הגבוהה ביותר. יש לנקוט ריסון שיפוטי משמעותי יותר

שעה שנבחנת מדיניות תעסוקה שנטען כלפיה כי היא מפלה מחמת גיל. לאור כל אלה טוענים המשיבים כי האיזון שמשקפות התקנות והמדיניות התעסוקתית שלהם הינו סביר ואינו מצדיק את התערבותו של בית משפט זה.

#### המסגרת הנורמטיבית

5. מדיניות המשיבים באשר לגילם של המועמדים לגיוס למשטרה ולשירות בתי הסוהר מעוגנת בחקיקת משנה (ראו תקנה 1 לתקנות המשטרה (גיוס), התשי"ח-1957; תקנה 61(2) לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978). בכל הנוגע להעסקתם של חוקרי המכס, מעוגנת מדיניות זו בהוראות הפנימיות המוצאות על ידי מינהל המכס והבלו. השאלה העיקרית הניצבת בפנינו הינה, אם מדיניותם של המשיבים מפלה שלא כדין בין דורשי עבודה על בסיס של גיל. הופנינו בעניין זה למקורות משפטיים שונים. לדעתי יש למקד טיעונים אלה במסגרתו של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן – חוק שוויון ההזדמנויות), החל גם על המדינה כמעבידה (סעיף 17). הוראת המפתח מצויה בסעיף 2 לחוק הקובע:

#### "איסור הפליה

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, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים כהגדרתו בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"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.

(1א) ...

(ב) לעניין סעיפים קטנים (א) ו-(א1) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין.

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

החוק אינו מגדיר "הפליה" מהי. בהיעדר נתונים על תפיסה מיוחדת בעניין זה, יחולו הדינים הכלליים באשר לשוויון והפליה, הנהוגים במשפט הישראלי (ראו דיון נוסף רקנט, בעמ' 343).

6. תפיסת השוויון בעניינינו משמעותה יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. הפליה משמעותה יחס שונה אל שווים, ויחס שווה אל שונים (ראו בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מח(2) 501, 507; בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קוי אוויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193; זמיר וסובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה' 165 (התש"ס)). נמצא, כי שוויון אינו מחייב זהות. לעתים, לשם השגת השוויון נדרש לפעול מתוך שונות. לא כל טיפול שונה הוא טיפול מפלה. עקרון השוויון, מבוסס, איפוא, על תפיסת הרלוונטיות. "הפליה היא, כידוע, הבחנה בין אנשים או בין עניינים מטעמים לא ענייניים" (השופט מ' חשין בבג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 312 (להלן – פרשת רקנט)). "מושג השוויון משמעו יחס שווה אל בני אדם, אשר אין ביניהם שוני שהוא רלוונטי לעניין נשוא השוויון" (דיון נוסף רקנט, בעמ' 345). היטיב להביע זאת השופט אגרנט בציינו:

"המושג 'שוויון' בהקשר זה, פירושו איפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא דורש, לעניין 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 למצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרות הטיפול" (ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים, פ"ד כה(1) 357).

שאלת המפתח בעתירה שלפנינו הינה, אם ההבחנה באשר לגילם של דורשי העבודה – המהווים את "קבוצת השוויון" במקרה שלפנינו – היא רלוונטית לעניין התפקיד אותו מתבקשים העובדים למלא?

7. אכן, חובתה של המדינה היא לנהוג בשוויון בין מבקשי העבודה, ולא להפלותם. אחד ממצבי ההפליה הטיפוסיים הוא הפליה מחמת גיל בקבלה לעבודה (ראו ר' בן-ישראל, שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה 1044-1043 (כרך ג', תשנ"ח); שרון רבין-מרגליות, "הבחנה, אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה", משפטים לב (תשס"ב) 131). במציאות החיים המודרנית בה כוח העבודה הולך ומתבגר, המודעות לקיומה של הפליה מחמת גיל צריכה לגבור אף היא (פרשת רקנט, בעמ' 341; לדיון כללי ראו (R.A. Posner Aging and Old Age (1995)). מודעות זו חשובה, בין השאר, עת בוחנים הטלת מגבלות בשלב הקבלה לעבודה, המהווה את שער הכניסה לשוק התעסוקה (רבין-מרגליות, "הבחנה אפליה וגיל", בעמ' 161). על רקע זה חובתה של המדינה הינה לבחון עניינית את מועמדותו של דורש עבודה בלא הגבלה מראש של גיל המועמד, אלא אם התפקיד המיועד למועמד מצדיק קביעתו של גיל מקסימלי. אם התפקיד מצדיק קביעת גיל מקסימום לדורשי העבודה, כי אז אין בקביעתו של אותו גיל משום הפליה בין דורשי העבודה מחמת גיל. השוני בדרישות הגיל, מעוגן במצב דברים זה, בשוני בתפקיד, ואין בו כלל הפליה על בסיס גיל. לפנינו שוני רלוונטי (בתפקיד), השולל הפליה (מחמת גיל) (ראו דיון נוסף רקנט, בעמ' 347). אכן, הכלל הקבוע בסעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות והכלל הקבוע בסעיף 2(ג) שבו, אינם אלא שני צדדים של אותו מטבע; אין זה כלל (האוסר על הפליה) וחריג (המכיר בהפליה); אלא שתי נקודות מבט על הכלל עצמו, באופן שאת שתי נקודות המבט "יש לקרוא בהמשך אחד" (השופט מ' חשין בפרשת רקנט, בעמ' 312).

8. מבחן הרלבנטיות חייב להשיב על השאלה אם נתוני התפקיד מצדיקים קביעת גיל מקסימום לדורשי העבודה? הרלבנטיות צריכה לקבוע אם קביעת גיל מקסימום למועמד לעבודה "מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה" (סעיף 12(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות)? השאלה הינה אם קביעת גיל מקסימום לדורשי העבודה, מתחייבים "באופן סביר ממהות תפקידו של העובד ואם הם מידתיים" (דנג"ץ 4191/97 הנ"ל, עמ' 348: ראו גם רבין-מרגליות, "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?", הפרקליט מד 529 (תשנ"ח-תש"ס)). המבחן הוא, בסופו של יום, מבחן של סבירות ומידתיות. עמדתי על כך בדיון נוסף רקנט בצייני:

"מבחן הרלוונטיות דורש כי דרישות התפקיד... מתחייבות באופן סביר ממהות התפקיד. המבחן הוא איפוא מבחן של סבירות. ... השאלה היא תמיד שאלה של איזון. השאלה הינה אם ה'משקל שניתן' לשיקולים אלה במכלול השיקולים הוא סביר... מכאן גם שיש להתחשב בשאלת המידתיות. האם דרישות התפקיד שהמעביד בחר בהן – ואשר על-פיהן נקבע גיל פרישה שונה לעובדים שונים – הן מידתיות" (שם, בעמ' 349).

9. במסגרת דרישות המידתיות יש להתחשב במבחן המשנה, לפיו האמצעי המינהלי שנבחר צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר (ראו בג"ץ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5), 121). כאשר הפגיעה הנטענת היא הפליה מחמת גיל, יש לבחון האם נתוני התפקיד שנקבעו פוגעים בשוויון בין דורשי העבודה במידה הקטנה ביותר (ראו דנג"ץ 4191/97 הנ"ל, בעמ' 349). אכן, כאשר דרישות התפקיד כוללות בחובן כוח פיזי ויכולת לעמוד במאמץ פיסי, תהא זו פגיעה במידה קטנה ביותר בדורשי העבודה, אם הבדיקה הפיזית תעשה באופן אינדיבידואלי, ולא ייקבע גיל מינימום למועמדים השונים. בכך תשלל גם הטענה כי דרישת גיל המינימום מבוססת על סטריאוטיפים לפיו רק הצעיר הוא חזק ותמנע ההפליה. בדיון נוסף רקנט – אשר עסקה כזכור בדרישות שהציג המעביד לעניין הופעה נאה וכוח פיזי הנדרש מדיילי אוויר – שאלתי:

"גם אם נאמר שהופעה נאה וכוח פיזי הם נתונים המתחייבים לכאורה ממהות התפקיד, האם אין אפשרות לבחון קיומם על בסיס של בדיקה אינדיבידואלית של כל עובד ועובד, ולא על בסיס קביעה גורפת שאינה מתחשבת בתכונות האינדיבידואליות של העובדים?" (שם, עמ' 349).

אכן, המעביד יתקשה לקיים את "מבחן הפגיעה הקטנה יותר", אם אין לו נימוקים כבדי משקל, שיש בהם כדי לשכנע כי מבחן אינדיבידואלי ימנע הגשמתה של המטרה הראויה אותה הוא מבקש להגשים (ראו Re Canada Human Rights Commission & Greyhound Limes, 38 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 724 (1987); Re Air Canada and Carson, 18 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 72 (1985); EEOC v. Wyoming, 460 U.S. 226 (1983); EEOC v. County of Los Angeles, 706 F. 2d 1039, 1040 (1983); EEOC v. County of



(1983) 705 F. 2d 679 (Alleghey). היטיב להביע זאת בית המשפט העליון של קנדה

בצינו:

“While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, inter alia, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it” (Saskatchewan Human Rights Comm. V. Saskatoon [1989] 2 S.C.R. 1297, 1313).

אכן, על המדינה להראות בעתירה שלפנינו מדוע נבחר המבחן של גיל המקסימום ולא מבחן שהוא פוגעני פחות, שעניינו בדיקה אינדיבידואלית של כושרם של המועמדים השונים. לעניין זה יש חשיבות לנטל. נקודת המוצא הינה כי נטל השכנוע מוטל על העובד הטוען כי הופלה על ידי מעבידו. כאשר המעביד קובע גיל מקסימום, עובר נטל השכנוע על שכם המעביד להראות כי קביעת גיל מקסימום מתחייב מאופיו וממהותו של התפקיד (ראו דיון נוסף רקנט, עמ' 351).

#### משטרת ישראל

10. תקנות המשטרה מחייבות כי גיל המועמד לשירות לא יעלה על גיל שלושים וחמש (תקנה 1 לתקנות). הן מאפשרות למפקח הכללי לפטור מועמדים מדרישה זו (תקנה 2 לתקנות). הלכה למעשה מיושמת מדיניות גיוס שאינה מאפשרת ברוב רובם של המקרים גיוס מועמדים מעל גיל שלושים וחמש. כיצד זה מצדיקה המשטרה מדיניות זו? המשטרה מצביעה על כך כי השוטרים המשרתים במשטרת ישראל אחראים לשמירה על בטחוננו של הציבור ועל-כן מוטלות עליהם משימות רבות בתחום ביטחון הפנים. העבודה כרוכה בפעילות מבצעית בעבודה בשעות לא מוגבלות, ומילוי מהיר של משימות לא מתוכננות. קיים מגוון רחב של פעולות שיטור. מגוון המשימות הרב כולל, בין השאר, פעילות במחסומים, סריקות שטח, אבטחה, מעצרים וחיפושים. לעיתים נדרשת הפעלת כוח פיסי בהתמודדות עם עבריינים. כל אלה דורשים מחויבות לשעות עבודה ניכרות וללוח זמנים צפוף. טענת המשטרה היא כי היכולת לעמוד בכל אלה קטנה ככל שעולה הגיל. המשטרה מסתמכת בתשובתה על המחקר של ד"ר יורם

אפשטיין ומר יובל חלד, שנערך במסגרת מכון הלר למחקר רפואי (המרכז הרפואי ע"ש שיבא בתל-השומר). מחקר זה שיזמה המשטרה בשנת 1998, מצביע על ירידה ביכולות האדם עם הגיל. על רקע זה קובעת חוות הדעת כי עבור מקצועות בהם נדרש מרכיב של פעילות גופנית (כגון שוטר סיור) מגבלת גיל מקסימום של 35 הינה סבירה (עמ' 12 לחוות הדעת).

11. טיעונים אלה של המשטרה מצדיקים התחשבות בכושרו הפיזי של המועמד, שעה שנשקלת מועמדותו. עם זאת, אין בהם כדי להצדיק קביעת גיל מקסימום, בלא כל בחינה אינדיבידואלית. יש להבחין בין גיל לבין הזדקנות המייצגת תהליך המלווה בירידה ביכולות מסוימות (ר' בן ישראל שווין הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה 1045 (כרך ג', תשנ"ח)). גם אם ברור שקיים קשר כללי בין הגיל לבין היכולות הפיסיות, ישנם בוודאי מועמדים מעל גיל שלושים וחמש העולים ביכולתם מבחינה גופנית, ומבחינת יכולתם להתמודד עם הלחץ הכרוך בתפקיד השיטור מאנשים צעירים יותר. גם המחקר עליו מצביעה המשטרה קובע קשר כללי הקיים בין הגיל לבין ההזדקנות. אך הוא לא נותן מענה לשאלה מדוע לא תבחן המשטרה את כושרם הגופני והנפשי של מועמדיה על בסיס אינדיבידואלי.

12. טוענת המשטרה בהקשר זה כי בחינה אינדיבידואלית בקבלה למשטרה תחייב גם בדיקה אינדיבידואלית במהלך השירות. לטענתה, כל שוטר שיימצא בלתי כשיר גופנית ייאלץ לעזוב את השירות שכן כל שוטר ושוטר יהיה חייב בסטנדרט גופני אחיד. מוסיפה המשטרה וטוענת כי בהכפפה מתמדת של השוטרים לעמידה במבחנים גופניים יש משום פגיעה בכבודם. טענות אלה אינן מקובלות עלי. אפשר לקיים בחינה אינדיבידואלית בקבלה לעבודה, מבלי שהדבר יחייב בחינה אינדיבידואלית באשר להמשכה. ואף אם הדבר יחייב בדיקה כזו, איני רואה בכך כל פגם המצדיק אימוץ מדיניות גיוס המבוססת על גיל מקסימום בהקשר זה. זאת ועוד: קיומה של בחינה אינדיבידואלית אין בה כל פגיעה בכבוד האדם של השוטר. "אינני רואה כל פגיעה בכבודו של עובד, המבקש לבצע תפקיד שכושר פיזי בו הוא רלוונטי, אם הוא מתבקש לעבור מבחני כושר אינדיבידואליים" (דיון נוסף רקנט, בעמ' 355). דברים אלה שאמרתי ביחס לדיילי אוויר יפים בעיני, בשינויים המחויבים, אף לשוטרים.

13. טענתה של המשטרה היא כי מדיניות הגיוס שלה מתחייבת משיקולים מערכתיים כוללים, המצדיקים הימנעות מבחינה אינדיבידואלית של המועמדים לתפקיד. אין בידי לקבל גישה זו, וזאת משלושה טעמים עיקריים:

14. ראשית, במהלך הדיון בעתירה שלפנינו חל שינוי בסיסי במדיניות הגיוס של המשטרה עצמה. בעת הזו המשטרה מצויה בעיצומו של הליך "אזרוח". היא מתכוונת לגייס אזרחים לסוגים רבים מאוד של משרות לגביהן לא תחול מגבלת גיל מהסוג הקבוע בתקנות (ראו בפסקה 2 לפסק הדין). עוד לפני כן נקטה המשטרה בגמישות שעה שגייסה מועמדים לשירות בתפקידים מקצועיים (עורכי דין, כלכלנים, אנשי מחשב, פסיכולוגים, אנשי מעבדה לזיהוי פלילי ועוד) שהתאפשרה מכוחה של תקנה 2 לתקנות המשטרה (ראו בפסקה 126 לסיכומים מטעם המשיבים (מיום 28.2.99)). מצב דברים זה מחליש את טיעוני המשטרה אודות החשיבות שבאחידות ובהיררכיות. שיקולים אלה אינם מנחים אותה באותה עוצמה בה הנחו אותה בעבר. וודאי שאין בהם כדי לבסס מדיניות כוללת של מניעת גיוס שוטרים מעל לגיל שלושים וחמש כאמור בתקנות המשטרה, לכלל תחומי העיסוק במשטרה.

15. שנית, גם אם נקבל את טיעוניה המערכתיים של המשטרה – ושאלה זו אינה נקיה מספיקות – עדיין על המשטרה לבסס את החשש כי כמות המתגייסים בעלי כישורים אישיים נאותים (גופניים ואחרים) מעל גיל שלושים וחמש תהיה כה משמעותית עד שתפגע ביכולתה להתנהל באופן מערכתי המספק את מאפייניה. זאת היא לא עשתה. לא הוצגו לפנינו כל נתונים המראים כי מעבר לשיטת בחינה אינדיבידואלית יותר יקשה על המשטרה במידה כזו המצדיקה את מדיניותה. לכן, גם החשש של המשטרה מפני הצורך לשנות את מדיניות הפרישה שלה, והחשש מפני פגיעה בהתנהלותה השוטפת הינו ערטילאי ולא מבוסס.

16. שלישית, טענותיה של המשטרה לפגיעה במאפיין ההיררכיות שלה אף הן כלליות ואינן מבוססות כלל ועיקר. אדם המתקבל לשורות המשטרה אינו מתקבל לשירות ללא תנאי. ניתן לשוב ולבחון את שאלת העסקתו מידי חמש שנים (כאמור בסעיף 17 לפקודת המשטרה). חזקה על המשטרה כי תדע להתמודד עם אותם מתגייסים מבוגרים שלא יוכלו לתפקד כראוי תחת פיקודם של גורמים צעירים מהם, זאת במידה ויתעוררו קשיים מעין אלה מלכתחילה. ודאי שאין בכך כדי לשלול באופן כולל ממי שגילו עולה על גיל 35 להצטרף לשורותיה.

17. מהי המסקנה בסופו של יום? מסקנתי הינה, כי מדיניות המשטרה בקבלה לשירות, כפי שזו נקבעה בתקנות המשטרה, מפלה על בסיס של גיל. הדרישה באשר לגיל מקסימום אינה מתחייבת מאופיו או ממהותו של תפקיד השוטר; היא אינה סבירה

ואינה מידתית. תחת גיליוטינה של גיל מקסימום יש לקבוע הסדר אינדיבידואלי, הרגיש לצרכיו של הפרט ולדרישותיה של המשטרה.

### שירות בתי הסוהר

18. הטיעונים אשר שמענו מפי שירות בתי הסוהר מצדיקים – בדומה לאלו של המשטרה – התחשבות בגילו של המועמד שעה שנשקלת מועמדותו. אך האם עמד שירות בתי הסוהר בנטל המוטל עליו להראות כי נדרש גיל כתנאי כניסה, ואין להסתפק בבדיקה אינדיבידואלית? לדעתי התשובה היא בשלילה. ראשית, קיים פער בין מדיניות הגיוס הקיימת הלכה למעשה לבין מדיניות הגיוס המוצהרת בתקנות. פער זה נוגע הן לגיל (שלושים וחמש שנה בפקודת הנציבות אל מול ארבעים בתקנות) והן להיקף יישומה של מדיניות הגיוס (יישום כללי ומקיף בתקנות מול יישום על מגזרים נתונים בשירות בתי הסוהר). פער זה, כשלעצמו, מראה כי הלכה למעשה אין נוהגים על פי המדיניות שנקבעה. שנית, בניגוד למשטרת ישראל, לא הציג שירות בתי הסוהר כל תשתית עובדתית המצדיקה, לשיטתו, את מגבלת הגיל הנתונה. לא הוצג סקר רפואי, הבוחן את היחס בין דרישות התפקיד בשירות בתי הסוהר לבין מגבלת הגיל. שירות בתי-הסוהר העלה טענה אודות משך הזמן הדרוש להכשרה של סוהר, כמשליך על ההצדקה לשימוש בקריטריון הגיל. אך מעבר לכך, לא שמענו כל טיעון לעניין משך ההכשרה של סוהר במגזר הייעודי בשירות בתי הסוהר, המונע העסקה של מועמדים שגילם עולה על גיל ארבעים, או כל טענה ברוח זו. לפיכך, לא עמד שירות בתי הסוהר בנטל המוטל עליו להראות כי מגבלת הגיל מתחייבת מאופיו או ממהותו של תפקיד הסוהר. גם מגבלה זו אינה סבירה ואינה מידתית.

### חוקרי מכס ומס ערך מוסף

19. מדיניות התעסוקה של רשויות המכס היא כי אין לגייס חוקרי מכס שגילם עולה על שלושים וחמש. רשויות המכס הסבירו את מדיניות התעסוקה שלהם בדרישות הקשות של התפקיד. גם כאן לא עמדו המשיבים בנטל המוטל עליהם לבסס את מדיניות הגיוס שלהם, כך שתצדיק מגבלת גיוס כללית במקום בחינה אינדיבידואלית של מועמדים. טענות רשויות המכס כי קיימות דרישות של כושר גופני ונפשי דומות במהותן לאלה שהשמיעה משטרת ישראל, והסיבות לדחייתן תקפות גם לעניין רשויות המכס. גם רשויות אלה לא הציגו כל ראיה שיש בה כדי להצדיק את מדיניותם.

20. לאור קבלת טענות העותרת בדבר הפליה מחמת גיל, אין לנו צורך להידרש לטענות נוספות שהעלתה, ובהן טענותיה לפגיעה בחופש העיסוק.

#### הסעד

21. ההוראות באשר לגיל המקסימום לדרישת עבודה הן מפלות ועל כן בטלות, וכך אנו מכריזים. הכרזה זו תכנס לתוקפה שמונה חודשים מהיום. מטרת ההשהיה לאפשר למשיבים להתארגן לקראת מילוי חובת השוויון בקבלה לעבודה המוטלת עליהם.

אנו עושים את הצו-על-תנאי למוחלט כאמור לעיל. המשיבים יישאו בהוצאות העותרת בסך כולל של 20,000 ₪.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא ת' אור:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופט א' מצא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' חשין:

אני מסכים לפסק-דינו של חברי, הנשיא ברק.

2. ענייננו זו הפעם בנושא של הפליה מחמת גיל, ולסופו של מסע תהייה ופרשנות מגיעים אנו לכלל מסקנה כי מציב עצמו בפנינו, אמנם, מעשה של הפליה מחמת גיל. הוראת סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1998 (החוק) קובעת ומחייבת כי בקבלה לעבודה לא יפלה מעביד בין דורשי עבודה מחמת גילם. הוראת סעיף 2(ג) שלחוק מוסיפה ומורה אותנו את המובן מאליו, לאמור, כי אין רואים הפליה בהקשר הדברים הנדון "כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". בריח התיכון בענייננו הוא אפוא נושא ההפליה, ובשמו האחר - הפגיעה בעקרון השוויון.

3. מושג השוויון אינו אלא מושג-מיסגרת, והמיסגרת תימלא תוכן בערכי-יסוד של החברה. וכפי שנאמר במקום אחד (בג"ץ 7111/95, 8195 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 501): "... שוויון אין בו ערך לעצמו והרי הוא כפרוודור המוליך אל טרקלין. ובטרקלין יכהנו כהן גדול צדק וכוהנת גדולה הגינות." (ההדגשה במקור - מ' ח'). ראו עוד: בג"ץ 780/82 אליצור איגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17, 20 (מפי השופטת נתניהו). זה מכבר נפסק - וזו הלכה המלווה אותנו כל השנים - כי מושג השוויון פירושו הוא, על דרך הכלל, שוויון "מהותי" - להבדילו משוויון "פורמלי" - ועל השוויון המהותי הוספנו ואמרנו דברים בפרשת מרכז השלטון המקומי (שם, 502):

בחינה מקרוב תגלה לנו - ולא להפתעתנו - כי שוויון "מהותי" אינו אלא אחת מנגזרות הצדק וההגינות. לצדק ולהגינות פנים הרבה, ואחד מפניהם הוא השוויון. ניתן לנסח את עקרון השוויון בדרכים הרבה, שאינן זהות זו לזו: שוויון בסיכויים, שוויון בתוצאות, שוויון בנקודת המוצא, שוויון בהקצאת משאבים, שוויון בצרכים וכולי. ואולם "שוויון מהותי" בכל אחד מאלה נרדף הוא - גם להלכה וגם למעשה - לצדק ולהגינות כנראה להם לבני חברה מסוימת בתקופה מסוימת, לאמור: שוויון המוליך אל צדק, שוויון שדרכו היא דרך ההגינות.

וכך גם בהמשך הדברים, שם. ראו עוד: בג"ץ 6051/95, 6086 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ"א(3) 280, 322:

הפליה בין אדם לאדם פוגעת בחוש הצדק השוכן עמוק-עמוק בלבנו, והמשפט נחלץ בכל-כוחו ובכל-מאודו להגן על המקופח שלא-כדין ועל מי שהופלה לרעה. כללי השוויון ואיסור הפליה אין הם אלא כללי צדק והגינות שחברה מתוקנת לא תוכל היות בלעדיהם.

משאיפנינו את מושגי השוויון ואיסור ההפליה כמושגים "שחברה מתוקנת לא תוכל היות בלעדיהם", אין פלא בדבר ששיפנו אותם בסמוך למושגי-על אחרים הנמנים עם תקנת הציבור (שם, 320 ואילך). ואולם זאת נזכור ונשמור: מושגי השוויון ואיסור ההפליה, משלהם אין להם ולא כלום. ואולם בְּהִתְרַכֵּם עם ערכי-יסוד - בהם מין, מעמד אישי, גזע, דת, צבע עור, לאום, השקפת עולם ועוד - עשויים הם לעורר לחיים - שמא נאמר: ליצור - נורמות-משפט אופרטיביות הנגזרות מערכי הצדק וההגינות; והכל, כמובן, בהקשר קונקרטי נתון. הוא שאמרנו בפרשת פלוני נ' פלונית (פ"ד נ(3) 182, 133:

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

מתוך עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

ראו עוד: דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוט, פ"ד נב(3) 1, 72-73.

4. מושג הסבירות - או אחרת: מושג החריגה ממיתחם הסבירות - מהלך לו בינות הנורמות במשפט כרס"ר קפדן ומתוח, להשליט סדר ומשמעת בעשייתן של רשויות הממשל והמינהל. הכוח המניע אותו הוא הכוח הרציונלי ואמות-מידה אובייקטיוויות מורות אותו הדרך. שלא כמותו הוא מושג השוויון ואיסור ההפליה. מושג זה גם הוא - בייחוד בהקשרים מסויימים - שואב היות מעיקרי הסבירות הרציונליים, ואולם עיקרו הוא "בחוש הצדק השוכן עמוק-עמוק בליבנו", וביסוד ההגינות המצפיק אדם לאדם - יסוד שבלעדיו לא ייכוננו יחסי אנוש ראויים ותקינים ולא תתקיים חברה לאורך ימים. אלה הם מי תהום רבה המזינים את הכרעתנו בענייננו. כך מבין אני את פסיקתנו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, י"ח בטבת התשס"ד (12.1.2004).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

ה נ ש י א

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת