

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4948/03

בג"ץ 2911/05

בפני :

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות

העותר בבג"ץ 4948/03 :

1. משה אלחנתי

העותרת בבג"ץ 2911/05 :

1. מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים
בע"מ

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 4948/03 :

1. שר האוצר - מר בנימין נתניהו
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. יו"ר הכנסת - ח"כ ראובן ריבלין
4. כנסת ישראל
5. מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים
בע"מ
6. קרן מקפת מרכז לפנסיה ותגמולים אגודה
שיתופית בע"מ
7. נתיב קרן הפנסיה של פועלי ועובדי משק
ההסתדרות בע"מ
8. קרן ביטוח ופנסיה לפועלים חקלאים ובלתי
מקצועיים בישראל-אגודה שיתופית בע"מ
9. קרן הביטוח והפנסיה של פועלי הבניין ועבודות
ציבוריות אגודה שיתופית בע"מ
10. קרן הגמלאות המרכזית של עובדי ההסתדרות
בע"מ
11. ארגון גמלאי קג"מ
12. ארגון גמלאי מבטחים
13. ארגון גמלאי מקפת
14. ארגון גמלאי נתיב
15. ארגון גמלאי קרן ביטוח לפועלי הבניין

המשיבים בבג"ץ 2911/05 :

1. בית הדין הארצי לעבודה
2. אורי פידלמן
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. קרן מקפת מרכז לפנסיה ותגמולים אגודה
שיתופית בע"מ

5. קרן הגמלאות המרכזית של עובדי ההסתדרות בע"מ
6. קרן ביטוח ופנסיה לפועלים חקלאים ובלתי מקצועיים בישראל אגודה שיתופית בע"מ
7. קרן הביטוח והפנסיה של פועלי הבניין ועבודות ציבוריות אגודה שיתופית בע"מ
8. נתיב קרן הפנסיה של פועלי ועובדי משק ההסתדרות בע"מ
9. קופת הפנסיה לעובדי הדסה בע"מ
10. ארגון גמלאי קג"מ
11. ארגון גמלאי מבטחים
12. ארגון גמלאי מקפת
13. ארגון גמלאי נתיב
14. ארגון גמלאי קרן ביטוח לפועלי הבניין

עתירות למתן צו על תנאי

בשם העותר בבג"ץ 4948/03 : עו"ד שלומי פרידמן

בשם העותרת והמשיבים 4-9
בבג"ץ 2911/05 והמשיבים 5-
10 בבג"ץ 4948/03 : עו"ד אשר חלד ; אלישע שור ; ירון לסטרל

בשם המשיבים 1-4 בבג"ץ
4948/03 והמשיב 3 בבג"ץ
2911/05 : עו"ד יוכי גנסיין ; עו"ד דניאל גולדברג

בשם המשיב 2 בבג"ץ
2911/05 : עו"ד דוד סירוטה ; עו"ד גילי סירוטה-בנטל

בשם המשיבים 11-15
בבג"ץ 4948/03 והמשיבים 10-
14 בבג"ץ 2911/05 : עו"ד יוסי כץ

פסק-דין

השופטת א' חיות:

מבוא

1. העתירות שבפנינו מבקשות לקיים שוויון בשיעורי פנסית השארים המשתלמת לאלמנים של מי שהיו חברות בקרן הפנסיה מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של

העובדים בע"מ (להלן: קרן מבטחים הותיקה), באופן שסכומי הפנסיה אשר ישולמו להם לא יפלו מאלה המשתלמים על ידי קרן מבטחים הותיקה לאלמנות של מי שהיו חברים בקרן. העתירה הראשונה מבין השתיים הוגשה בבג"ץ 4948/03 (להלן: עתירת אלחנתי) והיא מתמקדת באי החוקתיות של סעיף 19 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003 (להלן: חוק ההבראה), שהורה על ביטול חוק השוואת זכויות פנסיה לאלמן ולאמנה, התשס"א-2000 (להלן: חוק השוואת זכויות). בעקבות חוק ההבראה וביטול חוק השוואת זכויות כאמור, שב על כנו אי השוויון שבין שיעורי פנסית השארים המשתלמים לאלמנים לעומת אלה המשתלמים לאלמנות ב"קרנות הפנסיה הותיקות" כהגדרתן להלן, עימן נמנית גם קרן מבטחים הותיקה. טענת העותר בעתירת אלחנתי היא בקליפת אגוז כי תוצאה זו שיצר סעיף 19 לחוק ההבראה פוגעת בזכות היסוד של האלמנים לשוויון ועל כן הוא עותר לבטלותו באופן ש"יקים לתחיה" את ההסדר השוויוני לאלמנים ולאמנות באשר לשיעורי פנסיית שארים כפי שעוגן בחוק השוואת הזכויות. צו על תנאי בעתירה זו ניתן ביום 28.9.2004. העתירה הנוספת בבג"ץ 2911/05 (להלן: עתירת קרן מבטחים הותיקה) הוגשה בעקבות פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בע"ע 1407/01 אשר קבע כי סעיף 35 לתקנון הקרן מפלה, שלא כדין, בין אלמנים לאלמנות ולפיקח הורה על ביטולו. כמו כן קבע בית הדין את דבר בטלותה של הוראה דומה הכלולה בתקנון האחיד שהכין המפקח על הביטוח מתוקף הוראת סעיף 78ט לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981 (להלן: חוק הפיקוח - ביטוח). תקנון זה החליף מאז 1.10.2003 את תקנוני "קרנות הפנסיה הותיקות" הגרעוניות כולן. נוכח השלכות הרוחב של פסק הדין צורף לדיון בעתירת קרן מבטחים הותיקה היועץ המשפטי לממשלה (החלטה מיום 5.7.2005) ובמהלך דיון שהתקיים ביום 29.12.2005 הוחלט לאחד את הדיון בשתי העתירות בשל הזיקה ההדוקה ביניהן. עוד הוחלט לצרף לדיון בעתירות את יתר קרנות הפנסיה הותיקות (שלא היו צד לדיון בפני בית הדין הארצי) וכן חמישה ארגוני גמלאים שביקשו להצטרף לדיון. באותה החלטה הוצא צו על תנאי גם בעתירת קרן מבטחים הותיקה.

טרם שאתייחס למסכת העובדות הפרטנית הנוגעת לכל אחת מן העתירות וכן לטענות המועלות בהן, מן הראוי לעמוד בתמצית על המאפיינים ועל המהות של קרנות הפנסיה הרלבנטיות.

2. קרנות הפנסיה הפועלות בישראל ובכללן קרן מבטחים הותיקה הן ברובן קרנות מיסודה של ההסתדרות הכללית אשר ביקשה להעניק לעובדים ולשאריותם בטחון סוציאלי עם הגיעם לגיל פרישה או עם פרישתם מן העבודה קודם לכן מסיבות אחרות (נכות או מוות). זאת כהשלמה לביטוח הממלכתי הניתן לכל תושב לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי). ההצטרפות לקרנות אלה שיסדה ההסתדרות הכללית (להלן: קרנות הפנסיה הותיקות) הוסדרה בשנות החמישים והשישים לעובדים שכירים ומאורגנים כהצטרפות חובה במסגרת הסכמים קיבוציים וצווי הרחבה (בקרנות המנוהלות על ידי גורמים פרטיים התאפשרה לעומת זאת גם הצטרפותם של עצמאיים). מרבית קרנות הפנסיה הותיקות כללו שני מסלולים - מסלול של "פנסיית יסוד" המיועד להבטיח לעובד הכנסה לעת זקנתו ולאחר הגיעו לגיל פרישה וזו משולמת גם לשאריו אם נפטר לאחר הגיעו לגיל פרישה, ומסלול נוסף של "פנסיה מקיפה" הכולל ביטוח פנסיוני למקרים של נכות או מוות טרם שהגיע העובד לגיל פרישה (לסקירה מקיפה על הקמתן של קרנות הפנסיה בישראל והתפתחותן ראו: מנחם גולדברג "ביטוח עובדים בקרנות פנסיה - היבטים משפטיים שנתון משפט העבודה ג 94 (1992) (להלן: גולדברג); חנה הרדוף זכויות עובדים בקופות גמל - 27-29 (1997) (להלן: הרדוף); ע"ע 629/97 אליאב נ' קרן מקפת מרכז לפנסיה ותגמולים אגודה שיתופית בע"מ, פד"ע לו 721, 773-777 (2002) (להלן: ע"ע אליאב); יורם מרגליות "אפליה בהסדרי החיסכון הפנסיוני ופתרונה המוצע" משפטים לא 529, 530-532, 538-544 (2001) (להלן: מרגליות); יהודה כהנא ספר ביטוח החיים, הפנסיה והגמל בישראל, 228-242 (1998) (להלן: כהנא); בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 468-473 (1999) (להלן: עניין קניאל)). היוזמה להקמת קרנות הפנסיה הותיקות נבעה, כאמור, ממניעים סוציאליים ונועדה להבטיח לעובד לאחר פרישתו וכן לשאריו רמת חיים דומה לזו שהורגלו אליה במהלך תקופת עבודתו או בלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין "שזיקנתו של אדם לא תבייש את צעירותו" (בג"ץ 6460/02 אליאב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 33 (לא פורסם, 8.2.2006) (להלן: בג"ץ אליאב)). בהבדל מזכויות פנסיוניות לסוגים מסויימים של עובדים ונושאי משרה ציבורית המוסדרים בחקיקה (ראו למשל: חוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תש"ל-1970; חוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גמלאות) [נוסח משולב], תשמ"ה-1985; חוק גמלאות לנושאי משרה ברשויות השלטון תשכ"ט-1969), לא זכתה פעילותן של קרנות הפנסיה להסדר מסגרת סטטוטורית והעקרונות שעליהן התבססה פעילותן זו מצאו את מקומם במסמכי ההתאגדות של הקרנות שהינן - כמתבקש מאופיין החברתי - בבעלותם ובניהולם של העובדים

באמצעות נציגיהם (ובפיקוח משרד האוצר וההסתדרות). מסמכים אלה ובעיקר התקנון הסדירו את מערך היחסים שבין הקרן לבין חבריה ובין חברי הקרן לבין עצמם ונתפסים מבחינה נורמטיבית כהסדר חוזי פרטי המקים לצדדים זכויות וחובות במישור זה (ראו: בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, 586 (1998) (להלן: עניין שגיא)). יחד עם זאת, ניתן למצוא בחקיקה הסדרה של היבטים שונים הנוגעים לקרנות הפנסיה בין במישרין ובין במסגרת הסדרים רחבים יותר הנוגעים לקופות גמל (ראו למשל: חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981 (להלן: חוק הפיקוח - ביטוח) החל על קרנות פנסיה מכוח סעיף 1(א)(3) להודעת הפיקוח על עסקי ביטוח (ענפי ביטוח), תשמ"ה-1985; חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005 (להלן: חוק הפיקוח - קופות גמל) (אשר החליף בשנת 2005 את תקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופות גמל), תשכ"ד-1964 (להלן: תקנות מס הכנסה - קופות גמל)); סעיפים 14 ו-26 לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-193; סעיפים 19א, 25(א)(5) ו-28 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; סעיפים 3, 9, 9א, 17(5), 32(9)(א)(2), 45א, 47, 46א(ו)87, 125ג(ד)(5), 125ג(ה) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]).

3. בהיותן תאגידיים המיועדים להגשים מטרה חברתית ולהעניק בטחון סוציאלי לחבריהן נושאות קרנות הפנסיה הותיקות אופי שיתופי ופועלות על פי עקרונות של הדדיות ושוויון. על קווי מתאר אלה של קרנות הפנסיה ועל ההבדל המובהק הקיים בינן ובין מגזרים אחרים בשוק החסכון והבטוח הפנסיוני עמד בית משפט זה בבג"ץ 2010/90 התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מה(1) 405, 413 (1990) (להלן: עניין התאחדות חברות לביטוח חיים), בצינו כי לקרנות הפנסיה הותיקות לא ניתנה האפשרות לבחור את מבוטחיהן משום שהביטוח אצלן הוא ביטוח סוציאלי המעוגן בתנאי העבודה של העובד. זאת להבדיל למשל מחברות לביטוח חיים הרשאיות לשקול שיקולים של כדאיות וסיכון בהתבסס על מינו, גילו או מצבו הבריאותי של המבוטח ולהחליט בהתאם לנתונים אישיים אלה האם לבטח וכן לקבוע את דמי הביטוח (הפרמיה) בהתחשב בהם. לקרנות הפנסיה הותיקות אין מרחב תמרון בקביעת דמי הגמולים כנגזרת של הסיכון הביטוחי. דמי הגמולים המשולמים לקרנות הפנסיה מורכבים מההפרשות החודשיות של העובד והמעביד (5% מהשכר שמפריש כל אחד מהם לפנסיית יסוד והפרשות נוספות לפנסיה מקיפה). הפרשות אלה בתוספת התשואה הנצמחת מהשקעתן ממצים את מקורות המימון של הקרנות לצורך תשלומי הפנסיה שעליהן לשלם לחבריהן או לשארים בהתאם לתנאי הקרן. הזכות לקבלת פנסיה העומדת לחברי הקרן ולשאריהם היא זכות שוויונית במובן זה שבהתרחש האירוע הביטוחי (פרישה, מוות או נכות) זכאים כל חבר או חברה וזכאים שאריהם לקבלת

פנסיה בשיעור זהה הנגזר מן השכר הקובע של החבר או החברה בקרן (לאופן חישובו של השכר הקובע ראו מדרגליות, 541). מאפיין נוסף וייחודי של קרנות הפנסיה הוא "עקרון הדינאמיות" לפיו רשאית הקרן לשנות מעת לעת את הוראות התקנון באופן המשנה את זכויות החברים. דינאמיות זו של תוכנית הפנסיה והעיקרון הנוסף הנלווה אליה לפיו מתגבשות זכויות החברים בעת קרות האירוע הביטוחי ולא במועד הצטרפותם אל הקרן, נועדו להעניק לקרנות הפנסיה הותיקות גמישות בהתאמת התחייבויותיהן הכספיות אל מקורות המימון הזמינים להן (ראו: עניין שגיא, 587-586; בג"ץ אליאב, פסקה 30). הערבות ההדדית המאפיינת את קרנות הפנסיה מתבטאת בכך שכל ההפרשות המבוצעות על ידי חברי הקרן ועל ידי מעבידיהם נצברות ב"קופה משותפת" אותה על הקרן לנהל ולהשקיע כנאמן לטובת החברים (ראו: ע"ע אליאב, 775; סעיף 3 לחוק הפיקוח - קופות גמל) ובקרות האירוע הביטוחי זכאים כל חברה או חבר (או שאריהם לפי העניין) לקבל את המגיע להם מן הקרן בהתאם להוראות התקנון שיהיו בתוקף אותה עת "ללא קשר לשאלה, כמה הפריש או כמה הופרש על ידי מעבידו בגינו לקופת קרן הפנסיה" (עניין התאחדות חברות לביטוח חיים, 413) או לסיכונים שהקרן נשאה בגינו (ראו כהנא, 230).

4. לאורך שנות פעילותן התקשו קרנות הפנסיה הותיקות לשמור על איזון אקטוארי בין מקורות המימון שלהן להתחייבויות הכספיות שנטלו על עצמן כלפי העמיתים על פי תנאי תוכניות הפנסיה ונוצר פער שלילי בין מקורות המימון (לרבות דמי גמולים העתידים להשתלם מעמיתים קיימים) ובין ההתחייבויות הכספיות (הקיימות והעתידיות לגבי העמיתים הקיימים) (ראו מדרגליות, 542). גירעון אקטוארי זה שאליו נקלעו קרנות הפנסיה הותיקות איים על יכולתן לעמוד בהתחייבויותיהן והצריך התערבות ממשלתית כבר בשנות השבעים וכן בשנות השמונים של המאה הקודמת, אך הצעדים שננקטו אז לא הביאו לתוצאות המקוות ולפיכך החליטה הממשלה ביום 29.3.1995 לסגור את קרנות הפנסיה הותיקות באופן שלא תתאפשר עוד קבלת עמיתים חדשים לקרנות אלה (להערכת משרד האוצר עמד הגירעון האקטוארי של קרנות הפנסיה הותיקות ערב סגירתן מפני עמיתים חדשים על כ-31 מיליארד ש"ח. ראו מדרגליות, 542). החל מיום 1.1.1995 פועלות, אפוא, קרנות הפנסיה הותיקות כקרנות סגורות (ראו הדרדוף, 71-70) והצטרפות העובדים לתוכניות הפנסיה מאותו מועד ואילך היא כעמיתים בקרנות הפנסיה החדשות (להלן: קרנות הפנסיה החדשות), אשר מתוקף החלטת הממשלה מקנות לעמיתיהן תנאים פחותים מאלה המוקנים לעמיתים בקרנות הפנסיה הותיקות (ראו מדרגליות, 548-549). ולעניין תנאי קרנות הפנסיה החדשות ראו גם: עניין שגיא; עניין קניאל; הדרדוף, 77-73).

קרן מבטחים הותיקה שהינה כזכור העותרת בפנינו בבג"ץ 2911/05 ואחת המשיבות בבג"ץ 4948/03, נמנית עם קרנות הפנסיה הותיקות אשר נסגרו לקבלת עמיתים חדשים החל מיום 1.1.1995 וכפי שיפורט להלן, נוגעת השאלה העולה בכל אחת מעתירות אלה לשאלת גובה הפנסיה המגיעה לאלמנים של עמיתות ותיקות (שהצטרפו לקרן טרם סגירתה מפני קבלת עמיתים חדשים) ואשר נפטרו קודם גיל הפרישה, דהיינו בהיותן עמיתות פעילות.

תקנות קרן מבטחים הותיקה - פנסית שארים שונה לאלמנים ולאמנות

5. תקנות קרן מבטחים הותיקה ובדומה להן גם תקנונים של קרנות הפנסיה הותיקות האחרות (כנוסחן הרלבנטי לענייננו), מזכים בפנסית שארים אלמנה או אלמן שבני זוגם היו ביום פטירתם פנסיונרים (דהיינו לאחר גיל פרישה) הזכאים לפנסיית זקנה מן הקרן. כמו כן מזכות תקנות קרן מבטחים הותיקה (כתקנוני הקרנות האחרות) בפנסית שארים אלמן או אלמנה שבני זוגם היו ביום פטירתם עמיתים פעילים של הקרן (דהיינו לפני גיל פרישה). לעניין פנסיית שארים של פנסיונרים קובעת תקנה 31 לתקנות קרן מבטחים הותיקה:

(א) מת הזכאי לקבלת פנסית זקנה והשאיר אחריו אלמנה שהיתה אשתו לפחות שנתיים לפני פטירתו, או שילדה לו ילד, תקבל האלמנה פנסיה לכל ימי חייה, בשיעור השווה ל-60% מהפנסיה שהיה מקבל בעלה, אילולא נפטר.

....

(ד) אלמן פנסיונרית יקבל פנסיה בשיעור 50% מפנסית אלמנה כאמור לעיל.

(ה) דין אלמן כדין אלמנה עפ"י תקנות משנה (א) לעיל, אם בעת פטירת הפנסיונרית אין הוא מסוגל לכלכל את עצמו כדי מחייתו מחמת נכות מלאה והוא מחוסר כל הכנסה אחרת, למעט קצבת זקנה של המוסד לביטוח לאומי, וזאת כל עת היותו נכה, או אם נקבע במפורש בהסכם ההצטרפות של החברה.

ולעניין פנסית שארים לאלמן ואלמנה של עמיתים פעילים קובעת תקנה 35 לאותן תקנות:

(א) בתקנה זו אלמנה פירושו מי שהיתה אשתו של החבר שנה לפחות לפני פטירתו או שילדה לו ילד, וגרה עימו בעת פטירתו.

(ב) מבטחים תשלום לאלמנה פנסיה בשיעור של 40% מהשכר הקובע.

(ג) אלמן יקבל פנסיה בשיעור של 50% מהפנסיה שהיתה מקבלת אלמנה כאמור בתקנת משנה (ב) לעיל.

(ד) דין אלמן כדין אלמנה על פי תקנת משנה (א) אם בעת פטירת החבר אין הוא מסוגל לכלכל את עצמו כדי מחייתו מחמת נכות מלאה והוא מחוסר הכנסה אחרת כל עת היותו נכה או אם נקבע במפורש בהסכם ההצטרפות של החברה.

...

תקנות אלה הן שעמדו במוקד ההליכים בבית הדין לעבודה ובמסגרתם ניתן פסק דינו של בית הדין הארצי מיום 17.10.2004 עליו נסובה העתירה בבג"ץ 2911/05. תקנות 31 ו-35 בנוסחן זה רלבנטיות גם לעתירה שבבג"ץ 4948/03 נוכח העובדה כי סעיף 19 לחוק ההבראה אשר ביטל את חוק השוואת הזכויות החזיר לתקנות אלה את תוקפן המחייב והקובע בכל הנוגע לתשלום פנסיית שארים לאלמנים.

למקרא תקנות 31 ו-35 המצוטטות לעיל בולט אכן לעין אי השוויון שבין פנסיית השארים לה זכאית אלמנתו של מי שהיה עמית פעיל או פנסיונר של הקרן ובין פנסיית השארים שזכאי לה אלמן של מי שהיתה עמיתה פעילה או פנסיונרית של הקרן. זאת משום ששיעור פנסיית השארים שזכאי לה האלמן עומדת בשני המקרים על מחצית בלבד מזו שזכאית לה האלמנה, להוציא אותם המקרים שבהם האלמן אינו מסוגל לכלכל עצמו כדי מחייתו מחמת נכות מלאה והוא מחוסר כל הכנסה אחרת. על הרקע ועל הסיבות שעמדו ביסוד הוראות בלתי שוויוניות אלה בתקנותיהן של קרנות הפנסיה הותיקות נעמוד בהרחבה להלן. בשלב זה נציין רק כי עד יולי 1972 ועל פי תקנותיהן של קרנות הפנסיה הותיקות כנוסחן אז לא היה אלמן של פנסיונרית או עמיתה פעילה בקרן זכאי לקבלת פנסיית שארים כלל. עוד נוסף ונציין כי תקנוני קרנות הפנסיה החדשות שלא כתקנוני הקרנות הותיקות קבעו שיעור פנסיה שווה לאלמנים ולאלמנות (ראו למשל סעיפים 58-60 בצירוף סעיף 2 לתקנון קרן מבטחים החדשה; הרדוף, 74).

חוק השוואת זכויות, התלייתו וביטולו בחוק ההבראה

6. טרם שנידרש לשאלת האפליה העולה בעתירות שבפנינו ועל מנת שמלוא יריעת העובדות הצריכה לעניין תיפרש ותשמש תשתית להצגת טענות הצדדים ולדיון נוסף ונציין כי בעקבות הצעת חוק פרטית של ח"כ עמיר פרץ נחקק ביום 8.11.2000 חוק

השוואת זכויות לפיו הושוו זכויותיהם של האלמנים לזכויותיהן של האלמנות, על אף האמור בתקנותיהן של קרנות הפנסיה הותיקות. וכך קבע בהקשר זה סעיף 2 לחוק השוואת זכויות:

נקבעה בתקנון של קופת גמל לקצבה, פנסיית שאירים בשיעור מסוים מהשכר הקובע לאלמן, ופנסיית שאירים בשיעור אחר מהשכר הקובע לאלמנה, יהיו זכאים האלמן והאלמנה, למרות האמור בתקנון, לפנסיית שאירים בשיעור זהה מהשכר הקובע של כל אחד מהם לפי השיעור הגבוה הקבוע בתקנון.

חוק השוואת זכויות הוחל גם על מי שהתאלמנו טרם תחילתו של החוק תוך קביעת סייג כי לא ישולם כל סכום לפי הוראות החוק בעד התקופה שקדמה ליום תחילתו (סעיף 3 לחוק). אשר להשלכות התקציביות של חוק השוואת זכויות נחלקו הדעות בין אנשי האוצר ליוזמי החוק, במהלך הדיונים בכנסת. מכל מקום ברור היה לכל וגם למי שהחזיק בהערכות שמרניות באשר להשלכותיו התקציביות של החוק, כי קרנות הפנסיה הותיקות לא תוכלנה לשאת בנטל התקציבי הכרוך בהשוואת הזכויות נוכח מצבן הגירעוני. משכך נקבע בחוק כי המדינה ולא הקרנות היא שתישא בהפרשים הנובעים מהשוואת הזכויות על פיו, וכהוראת סעיף 4 לחוק:

הוצאות קופות גמל לקצבה הנובעות מיישום הוראות חוק זה יכוסו מאוצר המדינה.

ימי "חייו" של חוק השוואת זכויות עלי ספר החוקים הישראלי היו קצרים למדי. כבר ביום 1.4.2001 כחמישה חודשים לאחר שנחקק הותלה תוקפו למשך תשעה חודשים בחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת 2001) (תיקון, ביטול והתליה של חקיקה שמקורה בהצעות חוק פרטיות), התשס"א-2001 וכלשון סעיף 13 לאותו חוק:

חוק השוואת זכויות פנסיה לאלמן ולאמנה, התשס"א-2001, לא יחול בתקופה שמיום ח' בניסן התשס"א 1) (באפריל 2001) עד יום ט"ז בטבת התשס"ב (31 בדצמבר 2001).

הטעם שניתן בדברי ההסבר להצעת החוק המתלה היה כי חוק זה וכמוהו שורה נוספת של חוקים נתקבלו בכנסת בעקבות הצעות חוק פרטיות בתקופה שלאחר הצעת תקציב המדינה לשנת 2001 וערב הבחירות לראשות הממשלה שהתקיימו ביום 6.2.2001, בלא שהצעת התקציב לשנת 2001 כללה מקורות למימנם. בדברי ההסבר

צוין עוד כי ההשלכה התקציבית של אותם חוקים (ובהם חוק השוואת זכויות) נאמדת בכשלושה מיליארד ש"ח לשנה ועל כן הוצע "לדחות את תחילתם של מרבית החוקים האמורים לשנת הכספים הבאה, ולתקן או לבטל אחדים מהם, לפי המפורט להלן, כך שהעלות התקציבית הכרוכה בהפעלתם לא תבוא לידי ביטוי בשנת הכספים הנוכחית" (ראו ה"ח תשס"א 582, 586). ביום 1.1.2002 שב חוק השוואת זכויות לתוקפו עם סיום תקופת ההתליה אך ביום 1.6.2003, כשנה וחצי לאחר תום תקופת ההתליה, בוטל החוק על ידי הכנסת במסגרת תוכנית מקיפה להבראת כלכלת ישראל שעוגנה בחוק ההבראה. תוכנית זו כללה, בין היתר, הסדר סטטוטורי שיאפשר הזרמת סיוע ממשלתי בעשרות מיליארדי שקלים לקרנות הפנסיה הותיקות ששבו וצברו גרעונות אקטואריים כבדים והיו על סף קריסה למרות הרפורמות ולמרות הסיוע שהוזרם להן בעבר. כך הוסף בסעיף 73 לחוק ההבראה פרק ז'1 לחוק הפיקוח - ביטוח שכותרתו "קרנות פנסיה ותיקות - מינוי מנהל מיוחד, תכניות הבראה וסיוע ממשלתי". הפרק שהוסף פותח בסעיף 78א בו הוגדרה מטרתו:

לטפל בגירעון האקטוארי של קרנות הפנסיה הותיקות, כדי להביאן לאיזון אקטוארי באמצעות שינויים בזכויות ובחובות של העמיתים ומתן סיוע ממשלתי שיאפשר להן לשלם קצבאות לעמיתיהן, והכל בהתחשב ביכולתו של משק המדינה ותוך יצירת אחידות במערך הזכויות.

ואכן, פרק ז'1 לחוק הפיקוח - ביטוח כולל הוראות בדבר הזרמת סיוע ממשלתי בסך של כ-73 מיליארד ש"ח לקרנות הפנסיה הותיקות שההסדר חל עליהן (בתיקון 12 לחוק מיום 4.4.2004 עודכן הסכום ל-78.3 מיליארד ש"ח) בהתאם לתנאים הקבועים בהסדר הסטטוטורי הנ"ל ובהם, בין היתר, מינוי מנהלים מיוחדים ומינהלות לקרנות וכן החלפת תקנוני הקרנות בתקנון אחיד שיוכן על ידי המפקח על הביטוח. במסגרת ההסדר הסטטוטורי האמור וכחלק מתוכנית הבראה ממשלתית כוללת בוטל כאמור חוק השוואת זכויות בסעיף 19 לחוק ההבראה אשר קבע:

חוק השוואת זכויות פנסיה לאלמן ולאמנה, התשס"א-
2000 - בטל.

התקנון האחד

7. התקנון האחד לקרנות פנסיה ותיקות (להלן: התקנון האחד) שהוכן על ידי המפקח על הביטוח במסגרת תוכנית הבראה ומתוקף סעיף 78ט לחוק הפיקוח - ביטוח נכנס לתוקפו ביום 1.10.2003 והחליף את תקנוני קרנות הפנסיה הוותיקות

עליהן חל ההסדר. השינויים שהוכנסו בתקנון האחיד לעומת התקנונים שאותם החליף התמקדו בעיקרם בהוראות שיש להן השלכה על האיזון האקטוארי של הקרנות. התקנון האחיד לא שינה את אי השוויון בין אלמנים לאלמנות בעניין פנסית השארים ואימץ בעניין זה את ההסדרים הקודמים שנקבעו בתקנוני הקרנות דוגמת תקנה 31 ותקנה 35 לתקנות קרן מבטחים הותיקה שצוטטו לעיל. כך נקבע בסעיף 19 לתקנון האחיד כי אלמנת פנסיונר תקבל קצבה בשיעור 60% מקצבתו האחרונה ואלמן פנסיונרית יקבל קצבה בשיעור 30% מקצבתה האחרונה ובסעיף 23 לתקנון האחיד נקבע כי אלמנת "מבוטח פעיל" תקבל קצבה בשיעור 40% משכרו הקובע ואילו אלמן "מבוטחת פעילה" יקבל קצבה בשיעור 20% משכרה הקובע. כמו בתקנונים הקודמים נקבע גם בתקנון האחיד חריג הדומה בעיקרו לחריג שנקבע שם והנוגע לאלמן מעוט יכולת שאין לו הכנסה מעבודה או מכל מקור אחר. אלמן כזה, כך נקבע בתקנון האחיד, יהיה זכאי לפנסיה זהה לזו של אלמנה.

קרן מבטחים הותיקה נמנית עם הקרנות שבהסדר על פי חוק הפיקוח - ביטוח, ובהיותה "קרן גירעונית" כהגדרתה בסעיף 78ב(א) לחוק מונה לה ביולי 2003 מנהל מיוחד והוחל עליה התקנון האחיד.

הביטוח הפנסיוני בישראל - נתונים נוספים ומעודכנים

8. להשלמת התמונה יצוין כי ביום 19.3.2007 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק ממשלתית "להגדלת שיעור ההשתתפות בכוח העבודה ולצמצום פערים חברתיים (מס הכנסה שלילי, פנסיה חובה, הפחתת שיעורי המס ותיקוני חקיקה), תשס"ז-2007" אשר במסגרתה הוצע, בין היתר, לקבוע הסדר פנסיוני אשר יחול על כלל העובדים במשק. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי חלק נכבד מן השכירים בעיקר אלה המשתכרים שגר נמוך אינם מבוטחים כיום בתוכנית פנסיה כלשהי וכי מצב זה עלול להביאם למצב של עוני לאחר פרישתם לגמלאות ולהשית את נטל הטיפול בהם על כתפי הציבור. על כן הוצע כי עובד אשר לא חל לגביו הסדר פנסיוני לפי צו הרחבה, הסכם קיבוצי או חוזה עבודה יחול לגביו הסדר פנסיוני שייקבע בתקנות, וזאת החל מיום 1.1.2010 (ה"ח תשס"ז 323). הצעת החוק הכוללת את הפרק בעניין הסדר הפנסיה אושרה בכנסת בקריאה ראשונה, אך בסופו של דבר נגרע פרק זה מן החוק שהתקבל ביום 18.12.2007 בעקבות התנגדות שהעלו הסתדרות העובדים הכללית החדשה וארגוני המעסיקים. חלף ההסדר הסטטוטורי שהוצע כאמור נחתם ביום 19.11.2007 בין ההסתדרות לבין לשכת התאום של הארגונים הכלכליים הסכם קיבוצי "לביטוח פנסיוני מקיף במשק" לפיו החל מיום 1.1.2008 זכאי כל עובד שאינו מבוטח ב"הסדר פנסיוני מטיב", כהגדרתו

בהסכם, והוא מועסק במקום עבודה החבר באחד מן הארגונים החברים בלשכת התאום להיות מבוטח בתוכנית פנסיה לפי בחירתו, בכפוף לקבוע בהסכם. צו הרחבה שנחתם על ידי שר התעשייה, המסחר והתעסוקה ביום 30.12.2007 מחיל את הוראות ההסכם הקיבוצי הנ"ל על כלל העובדים והמעסיקים בישראל החל מיום 1.1.2008.

מיון של סוגי הביטוח הפנסיוני הקיימים בישראל כיום מעלה, אפוא, שלוש קבוצות עיקריות של מבטחים פנסיונים (פרט למוסד לביטוח לאומי): (א) קרנות הפנסיה הותיקות שהעובדים המבוטחים בהן הצטרפו לתוכניות הפנסיה שלהן מכוח הסכמים קיבוציים עד לסוף שנת 1994 ואשר נסגרו מפני חברים חדשים מאז שנת 1995 ואילך; (ב) קרנות הפנסיה החדשות שהעובדים המבוטחים בהן הצטרפו לתוכניות הפנסיה שלהן החל מיום 1.1.1995, מכוח הסכמים קיבוציים או באופן עצמאי; (ג) קופות גמל כהגדרתן בחוק הפיקוח - קופות גמל, המציעות תוכניות פנסיה לעובדים ולעצמאיים. קרנות הפנסיה הותיקות הנמנות עם הקבוצה הראשונה ככל שהינן גירעוניות, כפופות להוראות פרק ז'1 של חוק הפיקוח - ביטוח הקובע, בין היתר, את תחולתו של התקנון האחיד על פעילותן החל מיום 1.10.2003. להשלמת התמונה ראוי להוסיף ולציין כי ביום 3.3.2008 התקבלו תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (העברת כספים בין קופות), תשס"ח-2008, המאפשרות למבוטחים (למעט אלה המבוטחים בקרנות הפנסיה הותיקות) להעביר כספים בין קופות גמל לקצבה או מקופת גמל הונית לקופת גמל לקצבה. בכך נתאפשרה במידה רבה ובכפוף למגבלות שנקבעו בתקנות הנ"ל, פתיחתו של "שוק הפנסיה" לתחרות בין הגורמים השונים במשק המספקים ביטוח פנסיוני בישראל.

משהונחו כתשתית כללית הנתונים והמסגרת הנורמטיבית הצריכים לעניין נפנה עתה לתיאור פרטני-תמציתי של שתי העתירות שבפנינו.

עתירת אלחנתי

9. תרצה יובל-אלחנתי עבדה כשלושים שנים בגלי צה"ל כמפיקה ובתקופת עבודתה בוטחה כעמיתה בקרן מבטחים הותיקה. בעלה, משה אלחנתי, העותר בבג"ץ 4948/03 (להלן: אלחנתי) עבד באותן שנים במשרה חלקית כמרצה בבית ברל ושקד על עבודת דוקטורט באוניברסיטת תל-אביב. תרצה יובל-אלחנתי שהיתה המפרנסת העיקרית, ובתקופות מסוימות הבלעדית, של המשפחה נפטרה ביום 27.12.2000 טרם

הגיעה לגיל פרישה. בעקבות מותה קמה לאלחנתי הזכות לקבל פנסיית שארים מן הקרן. במועד הקובע, דהיינו ביום מותה של תרצה, היה חוק השוואת זכויות בתוקף. משכך ובהתאם להוראת סעיף 2 לחוק שהשווה את שיעור הפנסיה שזכאי לו האלמן מתוך השכר הקובע לשיעור הפנסיה שזכאית לו האלמנה שולמה תחילה לאלחנתי כאלמן פנסיית שארים בשיעור 40% משכרה הקובע של אשתו המנוחה (ולא בשיעור 20% בלבד כהוראת תקנה 35(ג) לתקנות קרן מבטחים הותיקה). אולם, משהותלה תוקפו של חוק השוואת הזכויות פחתה במחצית פנסיית השארים שקיבל אלחנתי במהלך תקופת ההתליה (1.4.2001 עד 31.12.2001) ומאז ביטולו של החוק ביום 1.6.2003 המשיך אלחנתי לקבל פנסית שארים בשיעור 20% בלבד משכרה הקובע של אשתו המנוחה. אלחנתי סירב להשלים עם שיעור הפנסיה המופחת המשתלם לו והמגיע לכדי מחצית בלבד משיעור פנסיית השארים המשתלם לאלמנה של עמית פעיל בקרן ומכאן העתירה שבפנינו.

בעתירתו טוען אלחנתי כי סעיף 19 לחוק ההבראה שהורה על ביטול חוק השוואת זכויות, יצר אפליה פסולה בין אלמנים לאלמנות לאחר שזו תוקנה בחוק השוואת זכויות ולפיכך הוא אינו חוקתי ודינו להתבטל. לטענת אלחנתי אין מקום להבחנה על בסיס מינו של בן הזוג בין אלמנים לאלמנות בלא לבחון בכל מקרה לגופו מי היה המפרנס העיקרי במשפחה. אלחנתי מוסיף וטוען כי ביטול חוק השוואת זכויות והשבת האפליה הפסולה שהתקיימה בעניין זה על פי תקנות קרן מבטחים הותיקה, נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה שכן הוא אינו הולם את ערכי מדינת ישראל, התכלית שלשמה נחקק - חסכון כספי - אינה תכלית ראויה והוא אף אינו מידתי. עוד טוען אלחנתי כי גם אם יש צורך "להדק חגורה" ניתן לקבוע הסדר מאוזן ולקבוע אחוז זהה שיחול על נשים וגברים כאחד. אלחנתי מדגיש כי עתירתו אינה מכוונת לסעד המורה לכנסת ישראל לחוקק חוק אחר אלא לכך שסעיף 19 לחוק ההבראה והוא בלבד יוכרז כבטל, בהיותו נוגד עקרונות יסוד של שוויון. משכך יושב על כנו המצב החוקי ששרר טרם חקיקת הוראה זו, דהיינו יושב על כנו חוק השוואת זכויות. עוד מוסיף אלחנתי וטוען כי בשל מחלתה של אשתו המנוחה עמדה לה הזכות על פי תנאי הקרן למשוך בחייה את מלוא הכספים שהופקדו לזכותה אך היא בחרה שלא לעשות כן תוך הסתמכות על כך שלאחר מותה יהיה אלחנתי זכאי מכוח חוק השוואת זכויות לקבלת פנסית שארים חודשית בשיעור של 40% משכרה הקובע. עוד טוען אלחנתי כי זכותו לפנסית שארים בשיעור האמור התגבשה והשתכללה ביום מותה של בת זוגו ועל כן לא ניתן לגרוע ממנה באופן רטרואקטיבי ובהוראת חוק שנחקקה כשנתיים וחצי לאחר מכן. לבסוף טוען אלחנתי כי הגנה על זכויות אדם עולה כסף וחברה המכבדת אותן צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית הכרוכה בכך

ומכל מקום העלות הכספית הנובעת מן הסעד שנתבקש על ידו הינה זניחה, לטענתו, משום שהוא "מייצג" רק את האלמנים שהתאלמנו בעת שהחוק המשווה היה בתוקף, שזוהי תקופה קצרה מאוד (2001-2003)."

עתירת מבטחים הותיקה

10. ציפורה פידלמן עבדה כמורה בבית הספר ויצ"ו בחיפה ובבית הספר כפר גלים ובתקופת עבודתה בוטחה כעמיתה בקרן מבטחים הותיקה. ציפורה פידלמן היתה המפרנסת הראשית של משפחתה ובעלה, אורי פידלמן, הוא המשיב 2 בבג"ץ 2911/05 (להלן: פידלמן), עבד במשרה חלקית כמרצה וכמורה ללא קביעות וללא תנאים סוציאליים. ביום 10.3.1997, בגיל 49, נפטרה ציפורה פידלמן ומשכך קמה לפידלמן הזכות לקבל פנסיית שאירים מקרן מבטחים הותיקה כאלמן של עמיתה פעילה.

תקנה 35 לתקנות קרן מבטחים הותיקה, כנוסחה במועד פטירתה של ציפורה פידלמן, הקנתה לפידלמן זכות לקבלת פנסיית שאירים בשיעור 20% משכרה הקובע של אשתו המנוחה. כשנתיים לאחר שהתאלמן הגיש פידלמן בבית הדין האזורי לעבודה בחיפה תביעה נגד קרן מבטחים הותיקה (עב' 1286/99) בה עתר להשוואת שיעור פנסיית השאירים שהוא זכאי לה לזו המשולמת על פי תקנות קרן מבטחים הותיקה לאלמנה של עמית פעיל (40% מהשכר הקובע). פידלמן טען כי תקנה 35 הנ"ל נגועה באפליה פסולה מטעמי מין ונוגדת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בהיותה פוגעת בערך השוויון. עוד טען פידלמן כי אין להחיל עליו את הוראת המעבר שנקבעה בחוק השוואת זכויות ולפיה מי שהתאלמן טרם חקיקת אותו החוק יהיה זכאי לזכויות שוות לאלה של האלמנה רק מיום היכנס החוק לתוקפו. זאת משום שהחוק נחקק לאחר הגשת התביעה ואין הוא יכול לשלול לטענתו סכומים המגיעים לו אם תתקבל התביעה בעד התקופה שקדמה לתחילת החוק.

בפסק דינו מיום 3.10.2001 (עת עמד בתוקפו אך הותלה חוק השוואת זכויות) דחה בית הדין האזורי לעבודה את תביעת פידלמן בקובעו כי הפנסיה המשולמת לו על פי תקנה 35 לתקנות קרן מבטחים הותיקה היא פרי של איזון אינטרסים והנחות אקטואריות אשר נועדו לעשות צדק עם כלל העמיתים בקרן ושאריהם. בית הדין האזורי הוסיף וציין כי אם יוכפלו כדרישת פידלמן הסכומים המשתלמים לאלמנים יהיה צורך לגבות מידי העמיתים הפעילים ומידי מעסיקיהם סכומים נוספים כדמי גמולים, על מנת לממן את תוספת הפנסיה הנדרשת או לחלופין ובהעדר מימון נוסף יהיה צורך להשוות בין פנסיית השאירים לאלמנים ופנסיית השאירים לאלמנות על דרך של הפחתת הזכויות

הפנסיוניות של האלמנות. שתי תוצאות אלה יש בהן לדברי בית הדין האזורי משום "תיקון עוול בעוול" שאין לקבלו.

11. פידלמן לא השלים עם פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה וערער עליו בפני בית הדין הארצי. בפסק דינו מיום 17.10.2004 (כשנה וחצי לאחר ביטול חוק השוואת זכויות) קיבל בית הדין הארצי לעבודה, ברוב דעות, את ערעורו של פידלמן (דעת הרוב נכתבה על ידי נשיא בית הדין השופט ס' אדלר) וקבע כי ההבחנה בין אלמן לאלמנה בתקנה 35 מהווה אפליה מגדרית פסולה הנוגדת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והיא "מהקשות בעוצמתה ובחומרה שיש לייחס לה". בית הדין הוסיף וקבע כי תוקפן של תקנות קרן מבטחים הותיקה - המהוות חוזה בין הקרן לעמיתה - מותנה בכך שהן תעלנה בקנה אחד עם תקנת הציבור ועם קיום ערכי יסוד של השיטה והוא עמד על מרכזיותו של ערך השוויון בדיני העבודה. בהקשר זה ציין בית הדין כי:

בחלוף העתים, חלו תמורות רבות בשוק העבודה, והחזקות עליהן התבססה האבחנה בין אלמנה לבין אלמן השתנו אף הן. היום מהוות הנשים כמחצית מכוח העבודה במשק. חלפו הימים בהם יצא הגבר לעבודה ופרנס את רעייתו, שנותרה בביתה, דואגת למלאכות הבית. כיום, מוטלת פרנסת המשפחה המודרנית על שכמם של שני בני הזוג, כאחד.

יתר על כן, עם השנים, חל שיפור גם ביחס שבין שכר העובד והעובדת. אכן, נותר עדיין פער לטובת העובד, אולם הפער הצטמצם לעומת הפער שהיה קיים בעבר. על האלמן לפרנס את עצמו ואת משפחתו, כפי שגם על האלמנה לעשות כן. לעומת זאת, עדיין נשארו שרידים של החזקה המיושנת של ההבחנה בין העובדת לבין העובד, כגון: חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז-1987, בו נקבע, כי האשה רשאית לבחור לפרוש לפנסיה בגיל בין 60 לבין 65 (פסקה 10 לפסק הדין).

בהעלותו על נס את ערך השוויון בחברה בכלל ובמשפט העבודה בפרט הוסיף

בית הדין הארצי וציין כי:

במצב בו החברה שואפת לשוויון ופועלת להשגתו נראה לי, שיש להעדיף מדיניות היוצאת מנקודת הנחה, כי שוויון זה יושג בקרוב. קשה כיום להעלות על הדעת אבחנות בין אלמן ואלמנה המצדיקות אפליה ביניהם, דוגמת האפליה הקבועה בתקנה 35. אין להשלים עם מצב שהעובד דואג לפרנסת משפחתו לאחר פטירתו יותר מהעובדת. משמעות הדברים הינה, כי האבחנה בין

האלמן והאלמנה בתקנה 35 לתקנות מבטחים אינה יכולה להיתפס כלגיטימית, אלא כאפליה פסולה. חיזוק למסקנה זאת ניתן לשאוב מחוק השוואת זכויות, הגם שחוק זה הותלה ומאוחר יותר בוטל, משיקולים תקציביים (שם).

עוד ציין בית הדין כי טענותיה של קרן מבטחים הותיקה בדבר ההשלכות התקציביות העצומות הכרוכות בריפוי פגם האפליה נטענו באופן כוללני ומבלי שגובו בנתונים מספריים וכי אין לייחס להם משקל מכריע. בית הדין קבע, אפוא, כי תקנה 35 לתקנות קרן מבטחים הותיקה דינה להתבטל בשל היותה נגועה באפליה פסולה בין אלמנים לאלמנות. יחד עם זאת, בשל תחולתה של קביעתו זו על קבוצה גדולה של מקבלי פנסיית שארים (לרבות אלמנים של עמיתות בקרנות אחרות שהוראה דומה מצויה בתקנוניהן ולרבות מי שחל לגביו התקנון האחיד הכולל הוראה דומה לזו שבתקנה 35), קבע בית הדין כי יש להחיל בענייננו את עקרון "הבטלות היחסית" ולהשעות את מועד תחולת הביטול של תקנה 35 והתקנה המקבילה לה בתקנון האחיד כדי לאפשר לכל הנוגעים בדבר לבחון מחדש את הנושא ולקבוע שיטה אשר תבטיח זכויות שוות לאלמנה ולאלמן. עוד קבע בית הדין כי אין בהצהרה על בטלותה של תקנה 35 כדי להביא לאיון הפעולות שנעשו מכוחה בעבר וכי בטלות התקנה תיכנס לתוקף בחלוף שנה מיום מתן פסק הדין או במועד אחר שייקבע אם יקבע בתוך שנה בחקיקה או בשינוי תקנון. לבסוף קבע בית הדין כי זכאותו של פידלמן לפנסיית שארים בשיעור הזהה לשיעור הניתן לאלמנות תחל, בהתאם, באחד מאותם מועדים.

השופט י' פליטמן, בדעת מיעוט, סבר לעומת זאת כי חרף העובדה שגורם המין כגזור את שיעור הזכאות לפנסיית שארים "הינה הכנסת מין בשאינו מינו" וחרף העובדה שראוי לקבוע זכאות שווה לפנסיית שארים לאלמן ולאלמנה דין הערעור להידחות. זאת משום שביטול האפליה בין אלמנות לאלמנים בתקנות קרן מבטחים הותיקה מחייבת את ביטולן של כל ההבחנות המגדריות הקיימות באותן תקנות ולשם כך נדרשת "מהפיכה" בתקנוני קרנות הפנסיה לרבות בתקנון האחיד, אותה העריך בעלות כספית גבוהה ביותר. עוד קבע השופט פליטמן כי לצד עקרון השוויון מושתתת קרן הפנסיה גם על עקרון ההדדיות וכי הקרן לא תוכל לממן ממקורותיה העצמיים יישום רטרואקטיבי בן שבע שנים של שוויון זכויות בין אלמן לאלמנה וככל שתעשה כן, ספק אם תוכל לעמוד בתשלום הזכאויות השוטפות למיניהן לכלל חבריה ולשאריהם. לפיכך סבר השופט פליטמן כי לעת הזאת אין להורות על בטלות תקנה 35. יחד עם זאת, כך הוסיף השופט פליטמן וקבע בסיפא לפסק דינו, לא ניתן להותיר את המצב המפלה על כנו ולכן ציין כי הוא נכון לצרף את דעתו לדעת הרוב בדבר בטלותה

של תקנה 35 אם ההסדר המפלה לא יתוקן על ידי המחוקק ומתקין התקנות בתוך שנה מיום מתן פסק הדין.

12. בעתירה שהגישה טוענת קרן מבטחים הותיקה כי יש להתערב בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה ולבטלה. היא אף עתרה במסגרת העתירה לצו ביניים שיעכב את ביצועו של פסק הדין עד להכרעה בעתירה, אך בקשה זו נדחתה (החלטת כב' השופט א' לוי מיום 28.3.2005). לטענת קרן מבטחים הותיקה נפלה בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה טעות מהותית אשר ראוי כי בית משפט זה יתן את דעתו עליה בשל חשיבותה הציבורית הכללית ובשל ההשלכות הכלכליות שיש לפסק הדין שהינן מרחיקות לכת ונוגעות לעמיתים רבים של קרנות הפנסיה הותיקות. לגופו של עניין טוענת קרן מבטחים הותיקה כי בית הדין הארצי שגה בקובעו שתקנה 35 לתקנותיה והתקנות המקבילות לה בתקנונים השונים הן הוראות מפלות. לטענתה יש לבחון את התקנונים כמכלול, ובחינה זו תלמדנו כי כלל הזכויות המוקנות לעמיתות, באופן ישיר ובאופן עקיף, עדיפות על כלל הזכויות המוקנות לעמיתות, עוד היא טוענת כי קיימת שונות עניינית בין עמיתים לעמיתות המוציאה את ההבחנה בשיעורי פנסיית השארים מגדר אפליה אסורה אל תחומי ההבחנה המותרת. בעניין זה הדגישה קרן מבטחים הותיקה, בין היתר, את גיל הפרישה השונה של נשים וגברים ואת העובדה שתוחלת החיים של נשים ארוכה יותר. עוד נטען כי קביעת בית הדין לפיה הוראות התקנון נוגדות את עקרון השוויון ואת תקנת הציבור אינה עומדת במבחן המציאות בציבור הישראלי והיא מדגישה כי תקנוני פנסיה משקפים את המציאות ולא יוצרים אותה וכי מרבית הטעמים והחזקות עליהן עמד בית הדין כטעמים שעמדו בבסיס קביעת ההסדרים דנן שרירים וקיימים גם כיום. קרן מבטחים הותיקה מוסיפה ומדגישה כי לא ניתן לכפות עליה "מצב רצוי" תוך התעלמות מן המצב המצוי וכי קיומם של חריגים (כגון פידלמן) אינו משליך על נכונות הנורמה הכללית.

לחלופין טוענת הקרן כי אף אם תקנה 35 לתקנותיה והתקנות המקבילות לה מפלות בין אלמנים לאלמנות אין מקום להורות על ביטולן. לטענתה יש לכך השלכות כלכליות עצומות ומשאביה העצמיים כמו גם משאביהן של יתר קרנות הפנסיה הותיקות מוגבלים ואינם מאפשרים מימון של ההפרשים הנובעים מביטול התקנה. עוד היא טוענת כי הסיוע הממשלתי שניתן לקרנות הוגבל בחוק הפיקוח - ביטוח ואף הוא לא יוכל לכסות הפרשים אלה. הקרן מוסיפה וטוענת כי השוואת שיעורי הפנסיה של אלמנים לאלה של אלמנות על דרך של הפחתת שיעור הפנסיה המשתלם לאלמנות תהווה פגיעה בזכויות מוקנות ואילו הגדלת הפנסיה לאלמנים מבלי להקטין את הפנסיה לאלמנות תיצור גרעון נוסף שיפגע בקרן וביכולתה לעמוד בהתחייבויותיה

השוטפות. אשר לשינוי התקנון האחד טוענת קרן מבטחים הותיקה כי הסעד שפסק בית הדין הארצי בהקשר זה לא נתבקש כלל והוא ניתן מבלי שהמפקח על הביטוח שקבע את התקנון היה צד לדיון. עוד טוענת הקרן כי פסק דינו של בית הדין הארצי מחיל עצמו רטרואקטיבית גם על אלמנים שזכאותם התגבשה לפני שניתן. בכך לטענתה הוא פוגע בהסתמכות האקטוארית של הקרן ושל יתר קרנות הפנסיה הותיקות ומשמעות הדבר היא כי זכויותיהם של אלמנים ואלמנות שנתגבשו בעבר יעוצבו מחדש באופן רטרואקטיבי על יסוד מציאות שונה מזו שהיתה קיימת במועד שבה עוצבו. קרן מבטחים הותיקה מוסיפה וטוענת כי פסק הדין התעלם מהוראות שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 7א לחוק שיווי זכויות האישה בו נקבע, בין היתר, כי הזכות לשוויון מגדרי לא תביא לביטול הוראות בתקנוני קופות גמל שנקבעו לפני תיקון תש"ס לחוק. לבסוף טוענת קרן מבטחים הותיקה כי עצם חקיקתו של חוק השוואת זכויות אינה תומכת בעמדת פידלמן וכי מכל מקום באותו החוק הוטלה העלות הכספית של השוואת הזכויות על המדינה ואילו בפסק דינו של בית הדין הארצי הוטלה עלות זו עליה ועל יתר קרנות הפנסיה הותיקות.

13. קרנות הפנסיה הותיקות הצטרפו כאמור לדיון בעתירות ותמכו בעמדת קרן מבטחים הותיקה. הן הוסיפו וטענו כי לא היה להן יומן בבית הדין הארצי אף שפסק דינו משליך ישירות עליהן ועל עמיתיהן נוכח ביטול הסעיפים הנוגעים לשיעור זכאותם של אלמנים בתקנון האחד ונוכח השלכותיו של פסק הדין על ההוראות בעניין זה הכלולות בתקנוניהן הקודמים. בכך לטענתן חרג בית דין הארצי מסמכותו ופגע בכללי הצדק הטבעי. כמו כן, לא היתה בפניו תמונה עובדתית ומשפטית כוללת ולא ניתן על ידו המשקל הראוי לכל השיקולים הרלבנטיים ובהם המאפיינים היחודיים של כל אחת מן הקרנות, למשל מבחינה דמוגרפית. עם זאת ציינו קרנות הפנסיה הותיקות כי ככל שהסעד המבוקש בעתירת אלחנתי הוא ביטול סעיף 19 לחוק ההבראה באופן שהעלות הכרוכה בהשוואת הזכויות תוטל על אוצר המדינה - כהוראת סעיף 4 לחוק השוואת זכויות - ולא עליהן או על עמיתיהן, אין להן התנגדות למתן הסעד המבוקש באותה עתירה.

14. היועץ המשפטי אשר צורף כאמור לעתירת מבטחים הצטרף אף הוא לטענות שהעלתה קרן מבטחים הותיקה נגד פסק דינו של בית הדין הארצי ובהן הטענה כי בחינת מכלול הזכויות והחובות המוענקות לעמיתי הקרן יש בה כדי ללמד שתקנה 35 אינה פוגעת בשוויון המהותי בין גברים לנשים. לחלופין טוען היועץ המשפטי כי זהו מקרה חריג בו ראוי להשלים עם הפגיעה נוכח העובדה שעוצמת הפגיעה בשוויון אינה רבה וכן נוכח האינטרסים והשיקולים המתחרים הראויים להגנה. היועץ המשפטי

מדגיש בטיעונו כי כיוון שהקרנות הותיקות הן קרנות "סגורות" וההבחנות המגדריות אינן קיימות בתקנונים של הקרנות החדשות אין בענייננו צורך שבית המשפט יתערב בתקנונים של הקרנות הותיקות על מנת להנחיל את השוויון. כן מציינן היועץ המשפטי כי יש ליתן משקל לכך שהקביעה לפיה דינה של תקנה 35 לתקנון קרן מבטחים הותיקה והתקנות המקבילות לה בטלות חותרת תחת אישורים שניתנו לקרנות לפני עשרות בשנים לפי תקנה 7 לתקנות מס הכנסה - קופות גמל. היועץ המשפטי מוסיף וטוען כי עלות הרפורמה בקרנות על פי חוק ההכנסה הושתה ברובה על עמיתים הקרנות ולא על הפנסיונרים. משכך אין זה צודק להוסיף ולהחיל על כלל העמיתים את עלות השוואת הזכויות בין אלמנים לאלמנות, ככל שמדובר בהשוואת זכויות על דרך של הגדלת שיעורי הפנסיה המשתלמים לאלמנים כדי השיעורים המשתלמים כיום לאלמנות. אשר לאפשרות לפיה יקבע שיעור אחיד ושווה של פנסיה לאלמנים ולאלמנות בדרך של הפחתת הפנסיה המשתלמת לאלמנות עתידיות או קיימות ועתידיות, מצביע היועץ המשפטי על ההשלכות הכרוכות בהפחתה כזו מבחינת שיעורי הפנסיה שיגרעו מאותן אלמנות על פי בדיקות ראשוניות שנעשו בהקשר זה באגף שוק ההון ביטוח וחסכון במשרד האוצר. לבסוף מצטרף היועץ המשפטי לעמדה לפיה יש לדחות את העתירה נוכח הוראת סעיף 7(א)(2) לחוק שיווי זכויות האישה ובהקשר זה הוא מוסיף וטוען כי אף אם התקנת התקנון האחד על ידי המפקח על הביטוח צריכה היתה להיעשות בכפוף לתיקון תש"ס באותו חוק, הרי שהמפקח היה רשאי להביא בחשבון את מכלול ההבדלים בין נשים לבין גברים כפי שהופיעו בתקנונים הקיימים ולהתמקד בפתרון בעיית הגרעון האקטוארי בלא ליצור גרעון נוסף על ידי הוספת זכויות חדשות לעמיתים ולשאריהם.

אשר לעתירת אלחנתי טוענת המדינה כי הסעד אותו מבקש אלחנתי למעשה הוא חיוב הכנסת לחוקק מחדש את חוק השוואת זכויות. סעד כזה, כך נטען, אינו מסוג הסעדים הניתנים על ידי בית המשפט ודי בכך כדי לדחות את העתירה. עוד טוענת המדינה כי חוק השוואת זכויות ומספר חוקים נוספים נחקקו ערב הבחירות לראשות הממשלה מפברואר 2001 בעקבות הצעות חוק פרטיות ולפיו הוטל נטל השוואת זכויות הפנסיה של אלמנים בקרנות הפנסיה הותיקות על אוצר המדינה ועל ציבור משלמי המיסים בכללותו. זאת בלא שנבדקו באופן יסודי ההשלכות התקציביות הכרוכות בכך ובלא שהיה לחוק כיסוי בתקציב ולו לשנת 2001. משכך הותלה תוקפו של החוק לאורך רוב שנת 2001 ולבסוף אף בוטל כליל במסגרת חוק ההכנסה. המדינה מדגישה כי מדובר בקרנות שאינן ממשלתיות וכי תקנוני הקרנות מהווים חוזה בין הקרנות ועמיתיהן וכן בין העמיתים לבין עצמם ומשכך מוסדרת מערכת היחסים בין צדדים אלה בעיקרו של דבר במשפט הפרטי ובמישור דיני החוזים. לטענת המדינה העובדה כי

בחוק השוואת זכויות הוטל עליה, בחריגה מעקרון הערכות ההדדית שעליו מבוססות הקרנות, לממן את השוואת זכויות האלמנים אינה שוללת את כוחה לבטל בכל עת חקיקה "פילנטרופית" זו, המעמיסה על תקציב המדינה עלויות שמקורן בעיוותים שנוצרו במסגרת יחסים חוזיים פרטיים. וביתר שאת בעיתות של מצוקה תקציבית וכחלק ממהלך הבראה כולל אשר נועד למנוע את קריסתן של הקרנות. בהקשר זה מציינת המדינה כי חוק ההבראה כלל שורה של הסדרים אשר נועדו "להבריא" את הכלכלה נוכח מצוקה קשה אליה נקלע המשק הישראלי, ומצוקה זו חייבה קיצוצים חריפים בתקציב המדינה ובהוצאה הציבורית. עוד טוענת המדינה כי ביטול חוק השוואת זכויות כהוראת סעיף 19 לחוק ההבראה היה חלק ממהלך חקיקתי כולל אשר נועד למנוע את קריסתן של חלק מקרנות הפנסיה הותיקות, ובהן קרן מבטחים הותיקה, וכי במסגרת זו נקבע הסדר סטטוטורי כולל להבטחת האיזון האקטוארי של הקרנות בעתיד והוזרם להן סיוע ממשלתי בסכומי עתק המגיעים לכשמונים מליארד ש"ח בקירוב. במצב דברים זה, כך מוסיפה המדינה וטוענת, אין זה מוצדק להטיל על משלם המיסים להמשיך ולכסות גירעונות נוספים של קרנות הפנסיה הותיקות בדרך של הגדלת שיעורי הפנסיה המשתלמים לאלמנים והשוואתם לאלה המשתלמים לאלמנות. עוד טוענת המדינה כי לגישה פגיעה בכבודו של אדם הנוגדת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נגרמת רק מקום שבו אפלייתו לרעה ויחס של אי שוויון כלפיו גורמים להשפלה מה שאין כן במקרה הנדון. כמו כן טוענת המדינה כי ככל שקיימת פגיעה בכבודם של האלמנים במקרה הנדון הרי שהיא נובעת מן ההוראות המפלות שבתקנוני הקרנות ולא חוק ההבראה הוא שגרם לאותה פגיעה מלכתחילה. לחלופין טוענת המדינה כי סעיף 19 לחוק ההבראה עומד בתנאי פסקת ההגבלה והיא מדגישה כי הוא נחקק לתכלית ראויה ונועד להסיר מעל כתפיו של משלם המיסים הישראלי בעת של מצוקה כלכלית נטל שמלכתחילה לא היתה לו כל חובה לשאת בו. לבסוף טוענת המדינה כי גם אם ייקבע בניגוד לעמדתה החלופית שסעיף 19 לחוק ההבראה אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה, יש ליתן את הדעת לשאלת הסעד החוקתי הראוי בנסיבות העניין, ולטעמה זוהי שאלה מורכבת וסבוכה בנסיבות העניין שאין להשיב עליה בדרך שאליה חותר אלחנתי.

15. פידלמן מצידו סומך ידיו על פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה והוא טוען כי אין עילה להתערב בו שכן הוא אינו מעלה בעיה משפטית סבוכה או חדשה אלא מיישם את ההלכות שנקבעו בבית משפט זה בכל הנוגע לזכות השוויון. עוד טוען פידלמן כי הטענות העובדתיות שמעלה קרן מבטחים הותיקה בעתירתה לא נתמכו בראיות והן נדחו על ידי בית הדין כבלתי מהימנות ובנוסף הוא טוען כי חוות הדעת האקטוארית מטעמה ומטעם קרנות הפנסיה הותיקות לא הוגשו לבית הדין לעבודה ולא

הוגשה כל בקשה לצירופן ועל כן יש להוציאן מתיק בית המשפט. כמו כן טוען פידלמן כי בכל הנוגע לטרוניות המועלות כנגד ביטול הסעיפים בתקנון האחד, העותר "הנכון" הוא המפקח על הביטוח ועל כן יש לדחות את טענותיה של קרן מבטחים הותיקה בעניין זה. פידלמן מוסיף וטוען כי צדק בית הדין בקובעו שתקנה 35 לתקנות קרן מבטחים הותיקה נוגדת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופוגעת בזכות לשוויון של עמיתות הקרן ובני זוגן ובכבודה של האישה בהנציחה את מעמדה הנחות בשוק העבודה. כמו כן היא פוגעת במטרה הסוציאלית שביסוד פנסיית השארים. פידלמן מדגיש כי יש להחיל על קרנות הפנסיה את כללי המשפט הציבורי נוכח המטרות הסוציאליות שביסוד פעילותן ונוכח האוכלוסיה הגדולה של עובדים ובני משפחותיהם הנזקקים לשירותיהן. לטענתו, לא הצביעה קרן מבטחים הותיקה בטיעוניה על אינטרס לגיטימי הגובר על חובתה להעניק זכויות פנסיה שוות לנשים ולגברים ועוד הוא טוען כי אין להנציח מציאות בלתי רצויה לפיה נשים משתכרות פחות מן הגברים. לעניין ההבדלים בגיל הפרישה בין נשים לגברים טוען פידלמן כי גיל הפרישה אינו מופיע במשוואה הקובעת את הזכויות לפנסיה, כי כיום ישנו תהליך להשוואת גיל הפרישה של נשים וגברים וכי מכל מקום גיל הפרישה אינו רלבנטי למקרה של פטירת עמית או עמיתה לפני גיל פרישה, כבענייננו.

אשר לטענה כי העלות של השוואת הזכויות תבוא על חשבון העמיתים בקרן טוען פידלמן כי הלכה היא שאין מקום לטענת העדר תקציב אל מול החבות המהותית לנהוג בשוויון ועוד הוא טוען כי אף לגוף הדברים טענות מבטחים בעניין זה אינן מבוססות. בעניין הוראות התקנון האחד טוען פידלמן כי אימוץ ההסדר המפלה בתקנון האחד עומד בניגוד להוראה הקבועה בסעיף 78ט(ב)(1) לחוק הפיקוח - ביטוח האוסרת על אפליה בין עמיתים בקרן. כן הוא מדגיש כי לפי הוראות התקנון האחד כל הפחתה או העלאה של זכויות לעמיתי הקרן צריכה להיעשות באופן שוויוני ועל כן יש לדחות את הטענה שהשוואת הזכויות תפגע בציבור האלמנות. עוד טוען פידלמן כי נוכח הגרעונות הכבדים שנוצרו בקרנות טענותיהן בדבר הצורך בשמירה על איזון אקטוארי נטענות בחוסר ניקיון כפיים וכי משבחה המדינה לתמוך בקרנות הפנסיה עליה לנהוג בשוויון ולהקצות תקציב גם לתמיכה בהשוואת הפנסיה לאלמנים. פידלמן מוסיף וטוען כי בעוד שהשוואת זכויותיהם של אלמנים לא נכללה ברפורמה על פי חוק ההבראה הם חוייבו במסגרת אותה הרפורמה להטות שכס יחד עם שאר העמיתים ולהשתתף בעול האיזון התקציבי של הקרן. עוד טוען פידלמן כי כיוון שעסקינן בחוזה בלתי חוקי היה על בית הדין לבטלו רטרואקטיבית מיום היווצר העילה, אך בפועל אין לפסק הדין תחולה רטרואקטיבית ובכל מקרה מדובר בהשוואת זכויות ובריפוי פגם ולא בפגיעה בזכויות. לבסוף טוען פידלמן כי יש לדחות את העמדה לפיה סעיף 7א(א)(2)

לחוק שיווי זכויות האישה מאפשר אי התערבות בהוראות המפלות של התקנון בהדגישו כי אין בסעיף זה כדי למנוע את בחינת התקנונים אל מול הזכות לשוויון שהיא זכות יסוד שהוכרה בחקיקה ובפסיקה, בייחוד משום שהתיקון לאותו חוק נועד להוסיף על זכויות האישה ולא לפגוע בהן.

16. ארגוני הגמלאים שהצטרפו אף הם לדיון בעתירות תומכים בעמדת פידלמן ובקביעותיו של בית הדין הארצי. הם מדגישים את החשיבות הרבה של תשלומי הפנסיה לאלמנים כמו לאלמנות בציינם כי תשלומים אלה נועדו להגן על הפרט מפני אובדן משאבים ומקורות מחיה עם הגיעו לגיל מבוגר ולתמוך בו בתקופה בה הוא זקוק יותר מכל לבטחון סוציאלי. ארגוני הגמלאים מוסיפים ומדגישים כי בבסיס ההסדרים המפלים דנן לא עמדה העדפה מתקנת וכי מכל מקום אין ליישם העדפה מתקנת בהקשר זה משום שהאלמנים כמו האלמנות נמנים עם אוכלוסיה של גמלאים ומצבם קשה באותה מידה. לבסוף טוענים ארגוני הגמלאים כי התקנון האחד נקבע בהעדר הסמכה מפורשת בחוק לקביעת הוראות מפלות, וכי בביטול חוק השוואת זכויות לא ניתן לראות הסמכה פוזיטיבית בהקשר זה. אשר לעתירת אלחנתי טוענים ארגוני הגמלאים כי סעיף 19 לחוק ההבראה אשר ביטל את חוק השוואת זכויות קיבע אפליה מגדרית בין אלמן לאלמנה ופגע למפרע בזכות שהוקנתה לאלמנים על פיו. לטענתם עולה פגיעה זו כדי הפרת הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בהדגישם כי הבטחון הסוציאלי, ובכללו תשלומי הפנסיה, הם מרכיב חשוב בשמירה על כבוד האדם. עוד טוענים ארגוני הגמלאים כי עלות השוואת הזכויות כפי שהוצגה על ידי הקרנות הותיקות ועל ידי המדינה, אינה מבוססת ואינה סבירה וכי עלותה האמיתית אינה מצדיקה הנצחה של האפליה. ארגוני הגמלאים מוסיפים וטוענים כי המדינה העניקה לקרנות סיוע ניכר על פי חוק ההבראה ובמסגרת זו ראוי היה לתקן גם את העיוות הקיים נוכח אי השוויון בין פנסיית השארים המשתלמת לאלמנים על ידי קרנות הפנסיה הותיקות לעומת זו המשתלמת לאלמנות. לבסוף טוענים ארגוני הגמלאים כי סעיף 19 לחוק ההבראה נוגד את חוק שיווי זכויות האישה וכי כיוון שנחקק לאחר תיקון תש"ס לאותו חוק אין המדינה יכולה להיבנות מסעיף שמירת הדינים הקבוע בו.

דיון

עקרון השוויון

17. הזכות לשוויון הוכרה בשיטתנו המשפטית כבר מראשית ימי המדינה כזכות חוקתית מן המעלה הראשונה. היא קיבלה ביטוי בהכרזת המדינה ובחוקים השונים

שחוקקה הכנסת לאורך השנים וזכתה למעמד "מלכותי" בפסיקתו של בית משפט זה. כך פסק בית המשפט בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998) (להלן: עניין שדולת הנשים) כי:

עקרון מן הראשונים במלכות - משיכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות - הוא עקרון השוויון; ובשמו האחר: עקרון איסור ההפלייה. השוויון הוא "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 698, 693); כך הוא במשפט הציבורי וכך הוא בכל נימה ונימה של חיינו בחברה" (שם, 650). לסקירה מקיפה של הפסיקה והחקיקה הישראלית בנושא הזכות לשוויון ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (לא פורסם, 11.5.2006), פסקה 26 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)).

משנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכרה הזכות לשוויון כחלק מזכותו של האדם לכבוד על פי מודל ביניים הכולל בגדרי כבוד האדם לא רק פגיעות נפשיות או השפלה והשמצה הפוגעות בגרעין הכבוד של האדם (ראו השופטת ד' דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 131-133 (1995) (להלן: עניין מילר)) אלא גם אפליה שאין עימה השפלה ובלבד שהיא קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקאות 36-40 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פסקה 39 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (לא פורסם, 14.5.2006) (להלן: עניין עדאלה)).

החובה שלא להפלות - שאינה אלא תמונת הראי של זכות האדם לשוויון - מוטלת בראש ובראשונה על רשויות השלטון. [ר]שות אסורה בהפלייה, והיא: יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשווים" (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קווי אוויר למיטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 204 וכן בג"ץ 803, 678/88, כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507-508). אך בהיותה נגזרת מעקרונות בסיסיים של הגינות ותום לב המעצבים כל הסכמה חברתית וכל תורת משפט הצומחת ממנה, לא נפקדים מופעיה של הזכות לשוויון גם בתחומי המשפט הפרטי (על החלת נורמות השאובות מן המשפט הציבורי בתחומי המשפט הפרטי ראו: אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (1993); נילי כהן "השוויון מול חופש החוזים" המשפט א 131 (1993); יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 175-179 (1999); עלי בוקשפן המהפכה החברתית במשפט

העסקי 66-63 (2007)). עמד על כך הנשיא א' ברק בפסק הדין בדנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, נד(5) 330 (להלן: עניין רקנט)) באומרו:

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 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 530). חדירתם של ערכי היסוד - ובמרכזם עקרון השוויון - אל תחומי המשפט הפרטי נעשית בדרכים שונות (ראו זמיר וסובל, הנ"ל, עמ' 175). אחת מאותן דרכים היא השימוש ב"מונחי השסתום" של המשפט הפרטי, כגון הסבירות, הרשלנות ותום הלב (ראו א' ברק, פרשנות במשפט 649 (כרך שלישי, 1994)). ...

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 הבינאישיים ... (שם, 363-362).

ביטוי מובהק להחלת עקרון השוויון ולאיסור אפליה בתחומי המשפט הפרטי ניתן למצוא למשל בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 המחיל עצמו על מגוון רחב של ספקי מוצרים ושירותים שההתקשרות בינם ובין צרכני המוצר או השירות אינה אלא התקשרות חוזית - פרטית. חוק זה מתערב בחופש ההתקשרות החוזית ואוסר על ספק המוצר או נותן "שירות ציבורי" כהגדרתו באותו חוק, אף אם הוא גורם פרטי, להפלות "בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות". מקום ציבורי הוגדר באותו החוק באופן רחב והוא כולל כל מקום המיועד לשימוש הציבורי לרבות בית מלון, מסעדה, בית קפה, בריכת שחיה, קניון, ספריה ועוד. כמו כן ייתכנו מקרים שבהם ימצא בית המשפט להתערב בדרך של ביקורת שיפוטית בפעילותן של אגודות שיתופיות או תאגידים פרטיים אחרים על מנת להגשים ערכי יסוד של השיטה ובהם עיקרון השוויון (ראו ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר - כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פסקאות 13, 15 (לא פורסם, 5.9.2005)). להחלת עקרון חופש העיסוק על אגודות שיתופיות ותאגידים אחרים ראו למשל: ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66, 72-73 (1994); ע"א 672/96 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' רכטמן, פ"ד נג(5) 25 (1999); ע"א 157/88 "אגד" אגודה

שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' מירון, פ"ד מד(1) 522, 528-526 (1990); ע"א 468/89 קיזרון נ' בורסת היהלומים הישראלית בע"מ, פ"ד מה(5) 177, 187 (1991)).

18. תחום נוסף אשר בו נמצא לו לעקרון השוויון מקום של כבוד כנורמה שיש לדבוק בה הוא משפט העבודה. תחום זה "מועד לפורענות" בכל הנוגע לאפליה אסורה ואין אפוא להתפלא על כך כי בו הכביר המחוקק הישראלי דברי חקיקה המכוונים להטמעת עקרון השוויון ולמיגור האפליה (ראו: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996; חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954; חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987; פרק ד' לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998; סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959). ליישום עקרונות של שוויון במשפט העבודה ראו גם: בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994) (להלן: פרשת דנילוביץ); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 30.3.2006); עניין רקנט).

מסריקת חוקי השוויון שנחקקו במשפט העבודה הישראלי בולטת העובדה כי האפליה שאותה נועדו חוקים אלה למגר היא בעיקרה האפליה המגדרית. אכן משפט העבודה אינו אלא תחום אחד אשר בו מתרחשת אפליה קבוצתית ותיקה זו, אותה ביקש המחוקק הישראלי לשרש כבר עם קום המדינה. לתכלית זו נחקק עוד בשנת 1951 חוק שיווי זכויות האישה, הקובע:

דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית - אין נוהגים לפיה (סעיף 1א(1) לחוק).

ועוד הוא קובע בסעיף 6 כי:

לכל אישה ואיש זכות שווה לקיום בכבוד אנושי, ובכלל זה לשוויון בתחומי העבודה, החינוך, ההשכלה, הבריאות, הדיור, איכות הסביבה והרווחה החברתית.

סעיף 6 הנ"ל התווסף לחוק שיווי זכויות האישה בתיקון מס' 2 לחוק מיום 9.4.2000 ופרט לו נתווספו לחוק באותו התיקון הוראות משמעותיות אחרות (ראו חוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), תש"ס-2000, ס"ח תש"ס, 167) אשר על פי האמור במבוא לדברי ההסבר של הצעת החוק (ה"ח תשנ"ט, 371) נועדו להרחיב את חובת

השוויון בין המינים ולהחילה "בכל שטחי החיים, בחיי המדינה, בחברה, במשק, ובמשפחה". ברוח זו נתווסף לחוק, בין היתר, סעיף מטרה הקובע:

חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האישה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

חוק שיווי זכויות האישה זכה להתייחסות נלהבת מצד בית משפט זה עוד בשנות החמישים של המאה הקודמת באומרו:

לא הרי חוק זה כהרי חוק רגיל אחר! לפנינו חוק אידיאולוגי, מהפכני, משנה סדרי חברה - אשר שמו וסעיפו הראשון ה'פרוגרמטי', מעידים עליו כי הוא - פרט לסייג אשר בסעיף 5 - ביקש לעקור מן השורש כל עניין בו קיים לפי החוק הקיים, קיפוח משפטי כל שהוא של האשה (בג"ץ 202/57 טידים נ. הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול, ירושלים, פ"ד יב(2) 1528, 1537(1958)).

עקרונות השוויון המעוגנים בחוק שיווי זכויות האישה אכן יושמו על ידי בית משפט זה לאורך השנים במשפט בכלל (ראו: בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 240-242 (1988); בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול - ירושלים, פ"ד מח(2) 221, 239-243 (1994); בג"ץ 2383/04 מילוא נ' שר הבטחון, פ"ד נט(1) 166, 182-185 (2004); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 759 (1993) (להלן: עניין אפרת)) ובמשפט העבודה בפרט (ראו למשל: בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד מד(4) 749 (1990) (להלן: עניין נבו); בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ג נו(6) 663, 685 (2002) (להלן: עניין ניב); עניין שדולת הנשים; בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 521-523 (1994)).

שיעורי פנסיית שארים שונה לאלמנים ולא למנות - האם פגיעה בשוויון?

19. העתירות שבכאן עניינן בשיעורי פנסיית שארים המשתלמת לאלמנים על ידי קרנות הפנסיה הותיקות המגיעים כדי מחצית בלבד משיעורי פנסיית שארים המשתלמת לאלמנות על ידי אותן קרנות. העותרים בשני המקרים הם אלמנים הטוענים להפלייתם על בסיס מגדרי ואם בוחנים את שיעור הפנסיה ואת התכלית העומדת בבסיסה בעיני המקבל ניתן לומר כי ההסדרים השונים שקבעו הקרנות (וקבע התקנון האחיד) לאלמנים

ולאלמנות אכן מבססים לכאורה טענת אפליה כלפי האלמנים (ראו והשוו עב' 1758/06 (בית הדין האזורי לעבודה בחיפה) מויאל-לפלר נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (19.4.2007)). אולם, בזוכרנו כי ההסדר הקובע שיעורי פנסיה שונים לאלמנים ולאלמנות שנקבע בתקנון הוא הסדר חוזי המתקיים במערכת היחסים שבין הקרנות ובין בנות זוגם של האלמנים (אשר טרם מותן היו פנסיונריות או עמיתות פעילות בקרן), ובזוכרנו עוד כי זכותם של השארים לקבלת פנסיה נובעת מדמי הגמולים שהפרישו בנות זוגם והפרישו מעבידיהן לקרנות, נראה כי ניתן לכאורה להשקיף על ההסדר השונה לאלמנים ואלמנות גם כאפליה מגדרית של נשות האלמנים. זאת משום ששורשיה של האפליה הנטענת מהם צמחו שיעורי הפנסיה המופחתים לאלמנים נטועים כאמור במערכת היחסים החוזית שבין הקרנות ובין מי שהיו טרם מותן פנסיונריות או עמיתות בקרן. מנקודת מבט זו, מדובר לכאורה לא רק באפליה בין אלמנות לאלמנים אלא גם באפליה בין עמיתות לעמיתים המתמקדת בכך שהתשואה אשר תשתלם לשאריה של העמיתה בגין דמי הגמולים שהופרשו עבורה, נמוכה במחצית מן התשואה שתשתלם לשאריו של העמית בגין דמי הגמולים שהופרשו עבורו. זאת למרות ששיעור דמי הגמולים שהפרישו העמיתות לאורך השנים זהה לזה שהפרישו העמיתים.

20. טרם שנדרש לטענותיהן של הקרנות אליהן הצטרפו המדינה והיועץ המשפטי ולפיהן מדובר בהבחנה עניינית שאינה מהווה אפליה, ראוי להסיר מן הדרך טענת סף שעלתה ולפיה ככל שמדובר בתקנותיה של קרן מבטחים הותיקה ובתקנוניהן של קרנות הפנסיה הותיקות האחרות, בפנינו הסדר חוזי ש"תחום מחייתו" הוא המשפט הפרטי ומשכך אין מקום לביקורת שיפוטית ולהתערבות באוטונומיה של הצדדים אשר יצרו את ההסדר ובייחוד אין לעשות כן תוך חיוב המדינה לשאת בעלות הכרוכה בהחלת עקרון השוויון על מערכת היחסים שבין הקרנות, עמיתיהן ושאריהם. ככל שמדובר בהיקף החלתו של עקרון השוויון דין הטענה להידחות. כפי שכבר צוין, מדובר בעקרון יסוד שאיננו נחלת המשפט הציבורי בלבד. ערך השוויון כמו ערכי יסוד חשובים אחרים הינם חלק משיטת המשפט בכללותה ועל כן אין הוא זר למשפט הפרטי ומופעיו בתחום זה אפשריים למשל באמצעות החלת דוקטרינות של תום לב ותקנת הציבור השלובים בדין החוזים הישראלי. זאת ועוד. עניין לנו ביחסים חוזיים מסוג מיוחד בין קרנות הפנסיה הותיקות לבין עמיתיהן ובמסמך חוזי שאינו אלא תקנון ההתאגדות של אותן קרנות אשר התאגדו כאגודות שיתופיות או כחברות ו"חרתו על דגלן" במסמכי היסוד עקרונות של שוויון וערכות הדדית בין העמיתים. לצורך השמירה על עקרונות יסוד אלה אין בתי המשפט נרתעים כפי שכבר בואר אף מהתערבות בהסדרים הכלולים בתקנוני התאגדות. ודוק - עקרון השוויון כעקרון מרכזי בפעילותן של הקרנות, קיבל

ביטוי גם בהוראות דין שונות הנוגעות לקרנות והמיועדות להבטיח כי עקרון זה אכן יישמר במסמכי היסוד שלהן ובפעילותן השוטפת. כך נקבע בסעיף 7(א)(2) לתקנות מס הכנסה - קופות גמל (אשר היו בתוקף בתקופה בה נקבעו תקנוניהן של הקרנות הותיקות) כי נציב מס הכנסה לא יאשר קופת גמל אלא אם כן תקנונה אוסר "אפליה בין הזכויות המוקנות לעמיתים" ובסעיף 3(ב) לחוק הפיקוח - קופות גמל (שהחליף בשנת 2005 את אותן תקנות) נקבע כי החברה המנהלת של קופת הגמל "לא תפלה בין הזכויות המוקנות... [ל]עמיתים". סעיף 78ט(ב)(1) לחוק הפיקוח - ביטוח שבפרק 1ז לחוק (אשר נוסף בחוק ההבראה) קובע אף הוא כי בתקנון האחיד החל על הקרנות הותיקות "לא תהיה אפליה בין עמיתים בקרן". לכל האמור לעיל יש להוסיף את הסממנים ה"מעין ציבוריים" המאפיינים את קרנות הפנסיה הותיקות הבאים לידי ביטוי בתכלית הסוציאלית החשובה שבבסיס פעילותן, שהינה ללא מטרת רווח, בהיקף הניכר של מגזר העובדים השכירים המאוגד בהן וכן במעורבותה של המדינה בפעילותן של הקרנות, בין היתר, במתן הטבות מס (ראו והשוו עניין רקנט, 365. להחלתן של נורמות מן המשפט הציבורי על גופים פרטיים בעלי סממנים ציבוריים ראו גם: איל בנבנשתי "תחולת המשפט המנהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב 11, 33 (1994); אסף הראל גופים דו-מהותיים - בין קנין הפרט לקנין הציבור 15-16, 125-129 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ו)). אם דרוש טעם נוסף המצדיק קיומה של ביקורת שיפוטית על ההסדר השונה לאלמנים ולא למנות שהנהיגו קרנות הפנסיה הותיקות בכל הנוגע לפנסיית שארים, ניתן למוצאו בכך שסוגיה זו נוגעת ישירות למשפט העבודה אשר כפי שבואר מגלה מאז ומעולם רגישות יתר לעקרון השוויון וחותר בהתמדה למיגור אפליה בכלל ואפליה מגדרית בפרט.

משקבענו כי אין להימנע במקרה דנן מביקורת שיפוטית אך בשל כך שההסדר השונה לאלמנים ולא למנות נטוע בהסדר חוזי שחל עליו המשפט הפרטי, יש להוסיף ולבחון את הטענות שהועלו על ידי הצדדים לגופו של עניין.

21. אחת הטענות המרכזיות שמעלות קרן מבטחים הותיקה וקרנות הפנסיה הותיקות ואליה מצטרפים גם המדינה והיועץ המשפטי היא הטענה כי לא ניתן לנתק את ההסדר השונה לאלמנים ואלמנות ממכלול הזכויות והחובות של העמיתים והעמיתות בקרנות הפנסיה הותיקות וכי שגה בית הדין לעבודה בכך שבחן הסדר זה במנותק מן התמונה הכוללת ובלא שייחס משקל ראוי להבדלים בגילאי הפרישה ובתוחלת החיים הקיימים בין נשים לגברים. על פי הלוכה של טענה זו קיים בהוראות התקנון איזון פנימי בין מכלול הזכויות והחובות של עובדות ושל עובדים ושל שארי העובדות ושארי העובדים. שינוי חלק אחד בנוסחה, כקביעת בית הדין הארצי, בדרך של השוואת שיעור פנסיית

השארים של אלמנים לזה של האלמנות, בלא יכולת לבצע התאמות ואיזונים בחלקים האחרים של הנוסחה, יביא בהכרח, כך נטען, לתוצאה לא נכונה ויפגע בערך השוויון ובזכויותיהם של כלל עמיתי הקרנות. הקרנות מדגישות בהקשר זה כי נוכח גיל הפרישה של נשים שהוא מוקדם יותר מזה של הגברים ונוכח תוחלת חייהן הממוצעת שהיא גבוהה מזו של גברים יוצא כי הנשים-העמיתות בקרן (ובמותן שאריהן) זוכות לתשלומי פנסיה מן הקרן על פני תקופה ממושכת יותר מזו שבה משתלמים תשלומי פנסיה לגברים-עמיתים (או לשאריהם) והתקופה שבה מפרישות הנשים-העמיתות דמי גמולים לקרנות קצרה יותר. את טענותיהן אלו תמכו קרנות הפנסיה הותיקות בחוות דעתו של האקטואר יצחק בלאס מיום 22.3.2005 בה עמד האקטואר על הזכויות העודפות לנשים בנושא גיל פרישה מחד גיסא ועל הזכויות העודפות לגברים בתחום ביטוח השארים מאידך גיסא, בקובעו כי:

מבחינת העלות האקטוארית, בגיל הפרישה הנמוך יותר לאשה מגולמת הטבה העולה על הזכויות המופחתות לאלמן. כלומר, מבחינה זו, עולה הערך האקטוארי של סך הזכויות הפנסיוניות של הנשים המבוטחות במבטחים על פי התקנון, על הערך האקטוארי של סך זכויות הגברים המבוטחים במבטחים.

קביעה דומה מצויה גם בחוות הדעת האקטוארית מיום 30.5.2007 שערך האקטואר הראשי במשרד האוצר, אלן פפרמן. חוות דעת זו הוגשה על ידי המדינה והיא נערכה על בסיס נתונים שנמסרו מקג"מ - קרן הגמלאות של עובדי ההסתדרות בע"מ (אך האקטואר הראשי העריך כי הנתונים מייצגים את הנתונים בכל קרנות הפנסיה הותיקות שבהסדר). בחוות דעתו של האקטואר פפרמן נאמר כי:

הפער בין הערך הכספי של מכלול זכויות של מבוטחת בקג"מ לעומת הערך הכספי של מכלול זכויות של מבוטח באותה קרן, לטובת מכלול הזכויות של מבוטחת הוא בין 10% לבין 36%.

במילים אחרות, גם בהינתן השוני בין זכויות אלמן מבוטחת לבין זכויות אלמנת מבוטח ובין זכויות אלמן פנסיונית לבין זכויות לאלמנת פנסיונית, כפי שנקבע בתקנוני קרנות הפנסיה הותיקות שבהסדר, עדיין מכלול הזכויות של המבוטחת בקרן גבוה בצורה משמעותית לעומת מכלול הזכויות של המבוטח בקרן [ההדגשות במקור].

הקרנות והמדינה מוסיפות וטוענות כי על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שכון של נשים נמוך משכרם של גברים ועל כן הפגיעה הכלכלית הנגרמת לתא

המשפחתי כתוצאה ממותו של הגבר גבוהה מזו הנגרמת כתוצאה ממותה של האישה. תקנות הפנסיה, כך הן מוסיפות וטוענות, נועדו לשקף מציאות זו והן אינן יוצרות אותה. בנתונים אלה ונוכח התכלית הסוציאלית של תשלומי הפנסיה יש לטענתן הצדקה להבדל בין קצבת השארים המשולמת לאלמנה ובין קצבת השארים המשולמת לאלמן, שהיא נמוכה יותר.

22. אכן, לא כל יחס שונה עולה כדי אפליה פסולה. אפליה כזו קיימת מקום שבו נעשית הבחנה בין אנשים או מצבים בלא שיש לכך הצדקה עניינית. לעומת זאת ייתכנו מקרים שבהם יצדיקו טעמים ענייניים את ההבחנה ואת השוני. עמד על כך בית משפט זה באומרו כי:

מעשה של הפלייה הוא, כך למדנו, יחס בלתי שווה כלפי שווים במקום שהשוויון הוא מגופו של עניין. יחס בלתי-שווה כלפי שווים לוקה בהיעדר הגינות; ואנו, שמבקשים אנו להיות הגונים והוגנים ביחסנו לזולתנו, נעשה ממילא כמיטבנו שלא להפלות בין שווים. כך ביחסנו לזולת בחיי היומיום וכך בקביעתן של נורמות להסדר נורמטיבי של יחסי-אנוש בחברה (בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פסקה 22 לפסק דינו של השופט מ' חשין (לא פורסם, 23.12.2002) (להלן: עניין משפחה חדשה). כן ראו: עניין דנילוביץ, 761; בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 312 (1997).

בכל מקרה שבו מועלית טענת אפליה יש לבחון, אפוא, האם היחס השונה מוצדק על פי טיב העניין ומהותו ובמקרה שלפנינו יש לבחון האם כטענת הקרנות והמדנה קיימים טעמים ענייניים המצדיקים את השוני בין אלמנים לאלמנות בכל הנוגע לשיעור פנסיית השארים.

23. ההסדר בתקנוני קרנות הפנסיה הותיקות לפיו זכאים אלמנים למחצית משיעור פנסיית השארים שזכאיות לו האלמנות הוא פרי התפתחות שחלה בסוגיה זו עם השנים. בתחילת דרכן ולאורך שנות החמישים והשישים של המאה הקודמת לא נכללה בתקנוני קרנות הפנסיה הותיקות הוראה המזכה אלמנים של עמיתות בפנסיית שארים (למעט מקרים בהם אלמן לא היה מסוגל לפרנס עצמו) ולפנסיית שארים זכאיות היו אלמנות של עמיתים בלבד. בעקבות דרישה של עמיתות הקרנות להשוות את תנאי פנסיית השארים שלהן לזו של עמיתים בקרנות מונתה בנובמבר 1970 ועדת בדיקה על ידי יו"ר המרכז לביטחון סוציאלי בהסתדרות וזו עמדה על שני טעמים עיקריים להבדל בתנאים

כאמור. האחד - ההנחה שהגבר הוא המפרנס העיקרי ולכן גם אם האישה הולכת לעולמה יכול הוא לפרנס את עצמו והשני - ההבדל בין גיל הפרישה של נשים לגיל הפרישה של גברים. אשר לטעם הראשון ציינה הוועדה, והדברים נכתבו עוד בשנת 1972, כי "גישה זו שוב אינה תואמת מציאות מודרנית של עבודת שני בני הזוג. מתברר שבמקרים רבים גבר הנשאר אלמן עם יתומים מצבו קשה לא פחות או אף יותר מאלמנה עובדת הנשארת עם יתומים". לעומת זאת ציינה הוועדה כי הטעם השני הוא טעם של ממש וכי העדפה זו של האישה בכל הנוגע לגיל הפרישה "משמיטה את הקרקע מהטיעון שקיימת אפליה לרעה בזכויות האישה בקרן הפנסיה". הוועדה אף המליצה לפעול לדחיית גיל הפרישה של נשים ובסיכומו של דבר קבעה ברוב דעות כי:

בהתחשב בכך שעדיין קיים הפער הנוכחי של 5 שנים בגיל הפרישה של הגבר והאישה ואין עדיין כל בטחון שפער זה יצטמצם כבר בזמן הקרוב, ובהתחשב בכך שאין זה רצוי להטיל עול נוסף על הקרנות מבלי להצביע על מקור פיננסי לכיסוי ההוצאה הנוספת, ותוך כדי הבנה ורצון להיענות לתביעת חברות הקרנות, סוכם להמליץ על מתן זכות לאלמנים בשיעור של 50% מזכויות הפנסיה של האלמנות.

שניים מחברי הוועדה הסתייגו, בדעת מיעוט, מהמלצות אלה. האחד סבר כי אין להסתפק בקביעת שיעור פנסיה לאלמנים העומד על מחצית בלבד משיעור הפנסיה לאלמנות וגרס כי יש לקבוע לאלמנים שיעור פנסיה הזהה לזה של האלמנות. חבר אחר סבר לעומת זאת כי יש להתנות כל שינוי של ההסדר שהיה קיים אז בשינוי גיל הפרישה ובאופן שהאלמנים יקבלו מחצית מזכויות האלמנות רק אם יועלה גיל הפרישה של נשים ל-62 וכי זכויות אלמנות ואלמנים יושוו רק אם יושווה גיל הפרישה של נשים לזה של גברים.

24. המלצות ועדת הבדיקה אומצו על ידי קרנות הפנסיה הותיקות וכך נולדו מאז שנת 1972 ההוראות בתקנון המקנות גם לאלמנים פנסיית שארים אם כי בשיעור המגיע כדי מחצית בלבד מזה שזכאיות לו האלמנות. ראויה לציון העובדה כי כבר בשנות השבעים של המאה הקודמת, וכפי העולה מדו"ח הוועדה, נדחתה העמדה שהציגו בפנינו הקרנות והמדינה לפיה יש הצדקה להסדר שונה לאלמנים ולאלמנות בעניין פנסיית השארים בשל הפערים הקיימים בין נשים לגברים בשוק העבודה או בשל היותו אך משקף מציאות דיפרנציאלית קיימת בין נשים וגברים בישראל. דחייתה של גישה זו תוקפה עימה גם כיום וביתר שאת. היקף העסקתן של נשים לעת הזו הושווה במידה רבה לזה של הגברים (על פי קביעתו של בית הדין הארצי לעבודה מהוות הנשים כיום כמחצית מכוח העבודה במשק). למרבה הצער שכון הממוצע של נשים בישראל עדיין

נופל במידה לא מבוטלת משכרם הממוצע של גברים (ראו "נשים בעולם העבודה" נתונים שהציג משרד התעשייה והמסחר ביום 5.3.2007 לקראת יום האישה הבינלאומי). אולם, כאז כן עתה, פערי שכר אלה אין בהם כדי להצדיק יחס שונה לאלמנים באשר לשיעור הפנסיה וזאת משני טעמים. ראשית, העובדה כי שכרן של הנשים-העמיתות נופל בדרך כלל מזה של הגברים-העמיתים באה ממילא לידי ביטוי בחישוב פנסיית השארים המשתלמת כאחוז מתוך השכר הקובע של העמית והעמיתה. שנית, אף אם כטענת הקרנות הותיקות היחס השונה והזכויות השונות לאלמנים אינם אלא בבואה של מציאות הדברים כהויתה והם נובעים מכך ששכרן של הנשים-העמיתות נופל בדרך כלל מזה של הגברים-העמיתים, נראה כי קביעת שיעור הפנסיה לאלמנים בהתבסס על אותה מציאות יש בה משום השלמה עימה. השלמה כזו אך מעצימה את הפער הבלתי ראוי והבלתי מוצדק הקיים בין שכרן של נשים לשכרם של גברים והיא עלולה לתרום להנצחתו בעוד שראוי לפעול לעקירתו מן השורש. על הצורך להנחיל עקרונות של שוויון ועל תפקידו של בית המשפט בהקשר זה עמד השופט מ' חשין (כתוארו אז) בעניין משפחה חדשה בצינו "לשירוש' תפיסות חברתיות מקובלות' - מקובלות אך פסולות - נועדו חוקים אלה ואחרים, ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המשמר ויעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטראוטיפ שדבק בקבוצה שפלוגי נמנה עם חבריה" (שם, פסקה 36).

25. טענה נוספת שהעלו קרנות הפנסיה הותיקות והעלתה המדינה לביסוס עמדתן כי אין מדובר באפליה פסולה אלא בהבחנה עניינית היא הטענה כי נוכח גיל הפרישה של נשים המוקדם מזה של גברים ונוכח תוחלת חייהן שהיא ארוכה יותר, תנאי הקרנות במכלול מיטיבים עם הנשים-העמיתות לעומת הגברים-העמיתים ואין זה ראוי על כן לבחון את ההסדר הנוגע לפנסיית שארים במנותק מאותו המכלול.

סוגיית גילאי הפרישה הדיפרנציאליים לנשים ולגברים היא סוגיה מורכבת שעברה תהפוכות לא מעטות בחמישים השנים האחרונות. באופן מסורתי אכן נקבע בהסכמים קיבוציים ובתקנונים של קרנות הפנסיה הותיקות בהתאמה כי גיל הפרישה של נשים יהיה נמוך מזה של גברים (60 לנשים ו-65 לגברים). לפי הסכמים אלה לא התאפשר לנשים להמשיך ולעבוד לאחר הגיען לגיל 60 והן נאלצו לפרוש. הנסיון לתאר את החובה שהוטלה על נשים לפרוש בגיל 60 כהטבה נדחה על ידי המחוקק בחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987 (להלן: חוק גיל פרישה שווה), אשר קבע כי על אף האמור בהסכם קיבוצי לפיו גיל פרישה לעובדת נמוך מגיל הפרישה לעובד, תהא לעובדת הזכות לפרוש מעבודתה בכל גיל שבין גיל הפרישה שנקבע לעובדת לזה

שנקבע לעובד. גישה שוויונית דומה באשר לגיל הפרישה אימץ גם בית המשפט העליון בפסק הדין שניתן בשנת 1990 בעניין נבו (אשר התייחס למצב דברים שקדם לחוק גיל פרישה שווה). באותו עניין עמד בית המשפט על ההשלכות השליליות שיש לפרישה המוקדמת הנכפית על האישה במישור הכלכלי ובמישור האישי והגיע למסקנה כי מדובר באפליה פסולה "אשר בתנאי חיינו המודרניים נראית בלתי מוצדקת ובלתי סבירה, ואין להשלים עימה" (שם, 756-755) עוד ציין בית המשפט בעניין נבו מפי השופטת ש' נתניהו:

מצער הדבר בעיני, כי בישראל של ימינו לא היה זה ברור ומובן מאליו, כי כפיית פרישתה של אישה מעבודתה בגיל מוקדם מאשר גבר מהווה הפליה.

מאז דור המייסדים והחלוצים לקחה האישה ולוקחת עד ימינו חלק שווה עם הגבר בעשייה בכל שטחי החיים ואינה נופלת מהגבר ביכולתה לעשות כן, על אף המטלות הנוספות שהיא נושאת בהן כרעיה וכאם.

ההפליה מתבטאת בעיני לא רק בהפסד הכספי הנגרם לה על ידי הוצאתה לפרישה בגיל צעיר יותר, אלא גם, ולדידי בעיקר, בכך שנמנע ממנה, דווקא בגיל שבו היא פנויה יותר לכך, להגיע להישגים, להשלמה ולפריחה במימוש כישוריה וכישרונותיה השונים (שם, 770).

נוכח מסקנות אלה הורה בית המשפט בעניין נבו על ביטולה של הוראה בהסכם קיבוצי אשר קבעה גיל פרישה כפוי שונה לגבי האישה. כשבע שנים מאוחר יותר (בעקבות החלטת ממשלה שנתקבלה בעניין זה ביום 8.1.1997) מונתה השופטת נתניהו לעמוד בראש ועדה ציבורית לבחינת גיל הפרישה מעבודה. בדו"ח שהוגש ביולי 2000 המליצה הוועדה בדעת רוב כי גיל הזכאות לפנסיה לגבי גברים ולגבי נשים כאחד יועלה ויעמוד על גיל 67, מתוך שנתקבלה העמדה אשר הובעה בעניין נבו ולפיה גיל פרישה מוקדם יותר לנשים אין בו משום העדפה חיובית והוא תורם להנצחת מעמדה הנחות של האישה בשוק התעסוקה, בנוסף להשלכות שליליות אחרות שיש לכך כאמור ברובד האישי וברובד הכלכלי (ראו עמ' 18-15 לדו"ח). עם זאת הומלץ כי השינוי יתבצע באופן הדרגתי ובקצב של תוספת שנת עבודה מדי שלוש שנים. כארבע שנים לאחר מכן התקבל בכנסת חוק גיל פרישה, תשס"ד-2004 (להלן: חוק גיל פרישה). חוק זה אימץ רק בחלקן את המלצות ועדת נתניהו ושימר למרבה הצער את ההבדל בין נשים לגברים בכל הנוגע לגיל הפרישה. כך נקבע בסעיף 3 לחוק כי גיל הפרישה לגברים יהיה 67 שנים, ואילו גיל הפרישה לנשים יעמוד על 62 שנים וניתן יהיה להעלותו ולהעמידו על גיל 64 שנים אם תמליץ על כך ועדה ציבורית שיקים שר האוצר ויבוא על

כך אישור ועדת הכספים של הכנסת. עוד נקבע בחוק גיל פרישה כי העלאת גיל הפרישה כאמור תעשה באופן מדורג (ארבעה חודשים בכל שנה).

26. משראינו כי המשפט הישראלי אינו משקיף באהדה על גיל פרישה מוקדם לנשים ושואף לשוויון או לפחות לצמצום הפער בין ובין הגברים בהקשר זה, נראה כי אין מקום להיאחז בגיל הפרישה המוקדם לנשים על מנת להצדיק באמצעותו הסדר שונה לאלמנים ולאלמנות בכל הנוגע לפנסיית שארים. זאת ועוד. גם אם נתעלם מן השאלה הערכית העולה בהקשר זה ונידרש לערכים אקטואריים בלבד קשה לקבל את הטענה כי על מנת לשפר את האיזון האקטוארי של הקרנות מן הראוי להפחית דווקא מזכויות פנסיית השארים לאלמנים ולהעמידן על מחצית מזכויות פנסיית השארים לאלמנות. ובמילים אחרות, קשה לקבל את טעונית המדינה וקרנות הפנסיה הותיקות כי הבדלים אפשריים בגיל הפרישה בין גברים לנשים יוצרים שוני בין עמיתים לעמיתות שהינו רלבנטי לשוני שיצרו הקרנות בעניין שיעור פנסיית השארים לאלמנים ולאלמנות (לעניין מבחן "השוני הרלבנטי" ראו: סעיף 1(ב1) לחוק שיווי זכויות אישה; עניין מילר, 109-110; עניין נ"ב, 680-682). בייחוד קשה לקבל בהקשר זה את עמדת הקרנות המבקשות להעמיס את מלוא הנטל המיועד להשיג "צדק חלוקתי" בין זכויות העמיתים והעמיתות בקרנות על קבוצה מצומצמת יחסית של שארים-אלמנים (שזכותם לפנסיה נובעת מהפרשות שנעשו על ידי עמיתות של הקרנות בין אם פרשו לפנסיה טרם מותן ובין אם לאו). גישה זו לפיה יש "לפרוע" באמצעות פנסיית השארים לאלמנים ובאמצעותה בלבד את "מחיר" ההטבות הכלכליות הגלומות מבחינה אקטוארית בגיל הפרישה המוקדם המתאפשר לנשים, אינה יכולה להתקבל ואין בה בעיני כדי להצדיק את ההסדר השונה לאלמנים ולאלמנות שקבעו הקרנות לעניין שיעורי פנסיית השארים. מסקנה זו יפה ביתר שאת אם משקיפים על הזכות לפנסיית שארים בעיניו של מקבל הפנסיה דהיינו בעיניו של האלמן. מנקודת ראותו וכמי שזכותו לקבלת הפנסיה היא זכות עצמאית העומדת על רגליה שלה, בוודאי שאין מקום לעריכת איזונים אקטואריים בינה ובין הטבות שזכות להן הנשים העמיתות בהשוואה לגברים העמיתים בקרנות.

משלא נמצא לנו שוני רלבנטי היכול להצדיק את ההסדר השונה לאלמנים ולאלמנות בתקנות מבטחים ובתקנוני קרנות הפנסיה הותיקות האחרות לגבי פנסיית שארים, אין מנוס מן המסקנה כי בפנינו הסדר הפוגע בשוויון שיש לקיים בין גברים לנשים בכל הנוגע לשיעוריה של אותה הפנסיה. הפגיעה הפסולה בשוויון מתקיימת בהסדר המפלה שבנדון על בסיס מגדרי ובשני רבדים: האחד נעוץ באפליה בין עמיתות לעמיתים באשר לשיעור הפנסיה שזכאים לו שאריהם, אף ששיעור דמי הגמולים שמפרישים העמיתות ומעבידיהן לאורך השנים זהה לזה שמפרישים העמיתים

ומעבידיהם. והשני נעוץ באפליה בין אלמנים לאלמנות בכך שהאלמנים זכאים למחצית בלבד משיעור הפנסיה שזכאיות לו האלמנות. לאפליה זו על שני רבדיה לא סיפקו הקרנות כל הסבר מניח את הדעת, למעט גישות סטריאוטיפיות לפיהן נתפסת האישה כמפרנס משני וכבעלת מעמד נחות בשוק העבודה מבחינת השכר שהיא מקבלת; מבחינת הנכונות להעסיקה; ומבחינת משך העסקתה. אף כי לצערי חלק מגישות אלה יש להן עדיין אחיזה בשוק העבודה הישראלי דומה כי אין חולק שזוהי מציאות בלתי רצויה אשר יש לפעול בהתמדה לעקירתה מן השורש. משכך הסדר הנאחז בגישות אלה כדי להצדיק אפליה בין גברים לנשים בשיעור פנסיות השארים אינו יכול להיתפס אלא כהסדר שיש בו משום פגיעה בכבודן של הנשים כעובדות וכעמיתות בקרנות וכן בכבודם של האלמנים משום שהוא פוגע ללא הצדקה ברמת חייהם לאחר מות נשותיהם. במונח זה מדובר באפליה הקשורה קשר ענייני והדוק לכבוד האדם והפגיעה שהיא יוצרת יש בה על כן משום פגיעה בזכות היסוד של האלמנים ונשותיהן המנוחות לכבוד על פי מודל הביניים שאימץ בית משפט זה כמפורט לעיל.

27. המסקנה לפיה ההסדר השונה לאלמנים ולאלמנות בתקנות ובתקנוני קרנות הפנסיה הותיקות הוא הסדר מפלה, אין משמעותה כי אפליה זו נוצרה בהן בכוונת מכוון. אדרבא, מתוך הסקירה ההיסטורית שהובאה לעיל עולה כי כבר בשנות השבעים נעתרו הקרנות ליוזמת ההסתדרות ועשו לתיקון האפליה המובהקת שנכללה עד אז בתקנות ובתקנונים לפיהם לא היה האלמן זכאי לפנסיות שארים כלל (להוציא מקרים חריגים ביותר). אכן, באותו שלב עשו הקרנות מחצית מן הדרך לקראת השוואת זכויות הפנסיה לאלמנים ולאלמנות וגיבשו את ההסדר כנוסחו בתקנות מבטחים הנוגע לענייננו. צעד משמעותי נוסף בכיוון זה נעשה בשנת 1995, עת הפכו קרנות הפנסיה הותיקות לקרנות סגורות ותקנוני קרנות הפנסיה החדשות שהחלו לפעול מאותו מועד ואילך קבעו הוראות שוויוניות לאלמנים ולאלמנות בכל הנוגע לפנסיות השארים.

אלא שהעובדה שהקרנות פעלו לאורך השנים במגמה לצמצם את אי השוויון בין עמיתים לעמיתות ובין אלמנים לאלמנות אינה מועילה להן, ככל שהדבר נוגע לסיווג ההסדר כהסדר מפלה וזאת משום שבכל הנוגע לאפליה פסולה המבחן שאותו יש ליישם אינו מבחן של כוונות אלא מבחן של תוצאות וכדברי בית משפט זה בעניין ענדאלה:

להיעדרה של הכוונה להפלות אין השפעה על קיומה של האפליה. אכן, הלכה פסוקה היא בדיני השוויון, כי הפגיעה בשוויון (או האפליה) אינה נבחנת אך על פי מטרתה של הנורמה שלפי הטענה יש בה אפליה. על פי

הדין הנוהג בישראל הפגיעה בשוויון (או האפליה) נבחנה גם בתוצאה (ה-impact) הלא מכוונת המושגת על ידה (ראו פרשת נבו, עמ' 759; פרשת דנילוביץ, עמ' 764). כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה כי "אפליה היא פסולה גם כשאינן ביסודה כוונה להפלות" (השופט א' מצא בבג"ץ 4531/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מח(5) 501, 524) (שם), פסקה 51 לפסק דינו של הנשיא א' ברק. כן ראו עניין נבו, 759).

28. משקבענו כי ההסדר השונה לאלמנים ולאלמנות בעניין פנסיית שארים המשולמת על ידי קרנות הפנסיה הותיקות הוא הסדר מפלה יש להוסיף ולבחון עתה בעתירת מבטחים האם מן הראוי להתערב בקביעתו של בית הדין הארצי לעבודה שהורה על בטלותו היחסית של הסדר זה וכן על בטלותו היחסית של הסדר זה המצוי בתקנון האחיד שקבע המפקח על הביטוח בעקבות חוק ההבראה. ובאשר לעתירת אלחנתי יש לבחון האם ראוי לחלצו מתחולת ההסדר המפלה ולהשיבו, כפי שעתר, אל חיקן של הוראות חוק השוואת זכויות אשר בוטל בסעיף 19 לחוק ההבראה. נבחן תחילה את השלכותיה של האפליה שבהסדר על עתירת אלחנתי.

דיון בעתירת אלחנתי

29. עתירתו של אלחנתי עוטה גלימה חוקתית. היא הופנתה מלכתחילה כנגד רשויות המדינה בלבד (הקרנות צורפו בה כמשיבות בשלב מאוחר יותר בהוראת בית המשפט) והיא מתמקדת, כמפורט לעיל, בתקיפתו של סעיף 19 לחוק ההבראה אשר ביטל את חוק השוואת זכויות. חוק זה היה בתוקף עת נפטרה בדצמבר 2000 תרצה יובל-אלחנתי, אשתו של אלחנתי (שהיתה במועד פטירתה עמיתה פעילה בקרן מבטחים הותיקה) ומכוחו זכאי היה אלחנתי לפנסיית שארים בשיעור זהה לזה שהיתה מקבלת אלמנה בנתונים דומים (40% משכרה הקובע של המנוחה). השוויון שיצר חוק השוואת זכויות בשיעורי פנסיית השארים לאלמנים ולאלמנות לא הושג מתוך קופתן המדולדלת של הקרנות והמחוקק אף לא הורה במסגרת אותו החוק על ביטולו של ההסדר המפלה שקבעו הקרנות בתקנוניהן. המימון הנדרש ליצירת שוויון בין אלמנים לאלמנות באשר לשיעורי פנסיית השארים, הועמד בהוראת החוק מתוך קופת המדינה וכהוראת סעיף 4 שבו שכבר צוטט לעיל, אשר קבע:

הוצאות קופות גמל לקצבה הנובעות מיישום הוראות חוק זה יכוסו מאוצר המדינה.

דא עקא, חודשים ספורים בלבד לאחר שהחל אלחנתי לקבל את פנסיית השארים השוויונית מתוקף חוק השוואת זכויות (20% מקופת מבטחים ו-20% מקופת המדינה) הותלה ביום 1.4.2001 תוקפו של אותו החוק עד סוף שנת 2001 בשל העדר כיסוי תקציבי להוראותיו, וכשנה וחצי לאחר מכן בוטל כליל בסעיף 19 לחוק ההבראה אשר נחקק ביום 29.5.2003. טוען אלחנתי כי סעיף 19 אשר ביטל את חוק השוואת זכויות נוגד את עקרון השוויון ויוצר אפליה פסולה בין אלמנים לאלמנות. אלחנתי מוסיף וטוען כי המדינה אינה רשאית להחזיר את הגלגל לאחור ולהתעלם מן המציאות המשפטית החדשה אותה יצרה במו ידיה התואמת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת הזכות לשוויון המעוגנת בו במסגרת הזכות לכבוד. סעיף 19 לחוק ההבראה, כך טוען אלחנתי, אינו חוקתי הוא פוגע בשוויון בין אלמנים לאלמנות על בסיס מגדרי ובלא שיש לכך תכלית ראויה ועל כן יש להורות על בטלותו באופן שישיב על כנו את חוק השוואת זכויות.

30. ההתייחסות אל סעיף 19 לחוק ההבראה כסעיף הפוגע בשוויון בין אלמנים לאלמנות מעוררת לכאורה קושי בזוכרנו כי ההסדר הנוגע לפנסיית שארים של עמיתיהם הקרנות אינו מוסדר בחוק אלא בתקנות ובתקנונים של קרנות הפנסיה עצמן והוא בעיקרו של דבר עניין הנוגע ליחסים החוזיים שבין הקרנות ובין עמיתיהן. יחד עם זאת, בשל היבטים ציבוריים מסויימים עליהם עמדנו לעיל המאפיינים את פעילותן של הקרנות, ראינו כי בצמתים שונים שבהם נקלעו הקרנות למשבר ולגרעון אקטוארי שאיים על קיומן מצאה המדינה לנכון להיחלץ לעזרתן ולסייע להן במימון וכן בקביעת הוראות חירום שונות שיאפשרו את המשך פעילותן הפנסיונית. מתוך אחריות לפעילותן התקינה של קרנות הפנסיה הותיקות, אחריות שאותה נטלה על עצמה המדינה באופן וולונטרי, נולד ככל הנראה גם חוק השוואת זכויות. חוק זה ביקש לתקן את ההסדר המפלה בין אלמנים לאלמנות לעניין פנסיית שארים, כפי שנקבע בתקנוני קרנות הפנסיה הותיקות, תוך הישענות על משאבי המדינה. זאת אף שהמדינה לא היתה שותפה ליצירתו של ההסדר המפלה ואיננה אמורה ליטול חלק כלשהו בביצועו. במידה רבה ניתן, אפוא, להשוות את המשאבים שהעמידה המדינה לטובת האלמנים בחוק השוואת זכויות להטבה או סובסידיה ומתוך ראייה זו של הדברים יש אשר יאמרו כי אין מקום לייחס למדינה פגיעה בשוויון אך משום שבשלב כלשהו הגיעה למסקנה כי המצב הכלכלי במשק וסדרי העדיפויות התקציביים אינם מאפשרים לה להוסיף ולממן עוד את השמירה על השוויון בכל הנוגע לפנסיית השארים המשתלמת לאלמנים על ידי קרנות הפנסיה הותיקות. בהקשרים דומים אכן פסק בית משפט זה לא אחת כי אין לאדם זכות קנויה לקבל הטבות מן המדינה על פי החלטת הרשות המבצעת או על פי חוק ועוד נפסק כי כוחה של המדינה שמור לה בכל עת לפעול לשינוי או לביטול אותן הטבות

ובלבד שעשתה כן בהתאם לכללי המשפט המנהלי. בבג"ץ 4806/94 א.ש.א איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193 (1998) (להלן: עניין א.ש.א) עמד על כך בית המשפט באומרו:

אין לאדם זכות מוקנית או זכות קנויה (לשם הדיוק יש לומר: אין לו זכות) שהמדיניות תישאר קפואה וכך גם הסובסידיה. יש לו, אולי, ציפייה. אך הציפייה אינה מגיעה כדי זכות.

על דרך ההיקש אפשר לומר, בלשונו של הנשיא שמגר בהקשר אחר, כי "אין לאף גורם זכות מוקנית לזכות ברכוש הציבור" (ראו בג"ץ 81/85 חסיד נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לט(3) 424, 425). ...

לעניין זה אין הבדל בין סובסידיה הנקבעת על ידי רשות מינהלית בדרך של החלטה לבין סובסידיה הנקבעת על ידי המחוקק בחוק. היסוד הקובע לעניין זה אינו מקור הסמכות אלא מהות הסמכות. הסמכות, בין אם מדובר בסמכות של הכנסת ובין אם מדובר בסמכות של שר, היא מתן סובסידיה במטרה לשרת מדיניות ציבורית כפי שיידרש מעת לעת. לפיכך הסמכות, בין של הכנסת ובין של שר, יכולה וצריכה להיות מופעלת מעת לעת לפי הנסיבות, ואין כנגדה זכות לאדם שהסמכות לא תופעל, אף אין זכות לאדם שנהנה מן הסובסידיה שהסובסידיה לא תשתנה או תבוטל (שס, 202; כן ראו: בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 470, 466 (1982); עניין קניאל, פסקה 35; עניין שגיא, פסקה 26).

על פי גישה זו אין להשקיף על ביטולו של חוק השוואת זכויות כעל פגיעה בשוויון וניתן לדחות את טענותיו של אלחנתי בנימוק שאין לו זכות קנויה לכך שחוק השוואת זכויות יעמוד לעולם. ממילא אין הוא זכאי על כן לסעד המבטל את הוראת סעיף 19 לחוק ההבראה בשל הסתמכותו על דבר קיומו של חוק השוואת זכויות.

ואולם, גם אם נאמץ את עמדת אלחנתי לפיה הוראת סעיף 19 לחוק ההבראה, המבטלת את חוק השוואת זכויות אכן פוגעת בשוויון בין אלמנים לאלמנות ובזכות היסוד של האלמנים ושל נשותיהם לכבוד, אין בכך בהכרח כדי להוביל לבטלותו של סעיף 19 לחוק ההבראה, כעתירתו. זאת משום שהזכות החוקתית לכבוד והזכות לשוויון הבאה בגדרה הן לעולם זכויות יחסיות ובהתקיים תנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן להשלים עם הפגיעה בהן.

31. פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת כי:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק
ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית
ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק
כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

ביטול חוק השוואת זכויות נעשה בחוק - חוק ההבראה - ואין בפי מי מהצדדים טענה
כי חוק זה איננו הולם את ערכיה של מדינת ישראל. טרם שנבחן האם הפגיעה בשוויון
הנובעת מביטול חוק השוואת זכויות נועדה לתכלית ראויה והאם נעשתה במידה שאינה
עולה על הנדרש, מן הראוי לשוב ולהזכיר את שפסק בית משפט זה לא אחת באשר
לזהירות המופלגת ובאשר לאיפוק השיפוטי שהוא מחויב בהם מקום שבו באה בפניו
עתירה לביטול הוראת חוק של הכנסת. כך ככלל וכך במיוחד כאשר החקיקה העומדת
לביקורת חוקתית הינה בתחומי משק וכלכלה, הכרוכים בהיבטים חברתיים וכלכליים
רחבי היקף. וכך קבע בעניין זה בית המשפט בבג"ץ 4796/95 מנחם נ' שר התחבורה,
פ"ד נז(1) 235 (2002) (להלן: עניין מנחם) באומריו:

בתחומים אלה [משק וכלכלה] יתכנו לעיתים קרובות
מספר מטרות ודרכי פעולה אפשריות; ההכרעה ביניהן
מבוססת לא פעם על הערכה שטמונה בה אי-ודאות,
והיא כרוכה בתחזיות ובשיקולים מקצועיים שאינם תמיד
בתחום מומחיותו של בית-המשפט. הערכה שגויה של
המצב עלולה להוביל לחוסר יציבות ואף לזעזועים
במשק המדינה. על כן, יש ליתן לרשויות המופקדות על
המדיניות הכלכלית - הרשות המבצעת והרשות
המחוקקת - מרחב בחירה רחב, בהיותן קובעות את
המדיניות הכוללת, ונושאות באחריות הציבורית
והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה. זאת ועוד;
הבחירה בין המטרות ודרכי הפעולה השונות בתחומי
משק וכלכלה עשויה להיגזר מהשקפות חברתיות -
כלכליות, אשר על אף היותן שונות ואף מנוגדות זו מזו
- עשויות כולן להתקיים במסגרת חוקי היסוד. על-פי
עקרון הפרדת הרשויות, הבחירה ביניהן נתונה בידי של
המחוקק, כל עוד עומדת החקיקה בתנאי פיסקת
ההגבלה. ... אשר על כן, אף שבית-המשפט לא ימשוך
ידו מן הביקורת החוקתית על חקיקה שעניינה התווית
מדיניות כלכלית והסדרתם של ענפי משק, הוא ינהג בה
בזהירות. הוא יפעיל ביקורתו החוקתית כדי להגן על
זכויות חוקתיות על-פי גדריה של פיסקת ההגבלה, אך
יימנע מעיצוב מחדש של המדיניות המשקית שראה
המחוקק לאמץ. בכך ישמור בית-המשפט על האיזון
העדין שבין שלטון הרוב ועקרון הפרדת הרשויות, לבין
הגנה על ערכי יסוד ועל זכויות האדם (ראו: ע"א
6821/93 בנק המזרחי הנ"ל, בעמ' 332, 338, 340, 348,
448, 575; בג"ץ 1715/97 מנהלי השקעות הנ"ל, בעמ'
388-389) (עמ' 263-264 לפסק-הדין).

על תכליתו של חוק ההבראה שנחקק ביוני 2003 עמדנו בהרחבה לעיל. כזכור מדובר בחוק אשר נחקק על רקע מצבו הכלכלי של המשק הישראלי באותה עת ובשל הצורך שנוצר בתכנית חירום כללית להבראתו. במסגרת תכנית זו נכללה גם תכנית כוללת להבראת קרנות הפנסיה הותיקות שצברו גרעון אקטוארי עצום ועמדו על סף קריסה. ביטול חוק השוואת זכויות - כהוראת סעיף 19 לחוק ההבראה - היווה חלק מאותה התכנית ובצד ביטול זה הזרימה המדינה לקרנות הפנסיה הותיקות על פי חוק ההבראה עשרות מיליארדי שקלים על מנת להצילן מקריסה. השיקולים הרלבנטיים שעמדו ביסוד ביטול חוק השוואת זכויות בנתונים אלה, פורטו בדברי ההסבר להצעת חוק ההבראה שם נאמר בהתייחס לאותו הביטול כי:

חוק השוואת זכויות פנסיה לאלמן ולאלמנה, תשס"א-2000, קובע כי אם נקבעו בתקנונה של קופת גמל לקצבה שיעורים שונים לפנסיה המשולמת לאלמנים ולזו המשולמת לאלמנות, ישווה שיעור הפנסיה לאלמנים ולאלמנות, לפי השיעור הגבוה מבין השיעורים האמורים, ועלות ההשוואה תכוסה מאוצר המדינה. החוק האמור חל, למעשה, רק על קרנות הפנסיה הותיקות, שכן בכלל תקנוני הפנסיה החדשות קיים שיעור פנסיה שווה לאלמנים ולאלמנות.

קרנות הפנסיה הותיקות קבעו זכויות עמיתים העולות באופן ניכר על דמי הגמולים שגבו מהם, וכפועל יוצא מכך נוצר הגידעון האקטוארי העצום בקרנות אלו, הנאמד היום בעשרות מיליארדי שקלים. גירעון זה עשוי להיות מכוסה, בחלקו, על ידי משלם המיסים, ונראה כי יהיה זה בלתי מוצדק לחלוטין להטיל על משלם המיסים גירעון נוסף בשל זכויות חדשות שיוענקו לעמיתים היום.

העלות התקציבית של החוק מאז הפעלתו היא כ-35 מליון שקלים חדשים בשנה, ועל כן מוצע לבטלו [ההדגשה הוספה] (ה"ח תשס"ג 262, 291).

32. הנה כי כן, סעיף 19 לחוק ההבראה העומד במוקד דיוננו, ביטל את מימון הפער שבין שיעורי הפנסיה לאלמנים לשיעורי הפנסיה לאלמנות בקרנות הפנסיה הותיקות מתוך קופת המדינה, כחלק מתכנית חירום כוללת שנועדה להבראת הכלכלה בישראל. תכלית זו תכלית ראויה היא מן הטעמים שעליהם עמד בית המשפט בעניין מנחם באומרו: "תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה" (עמ' 264 לפסק-הדין). אשר לתנאי המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה נראה כי תנאי זה, על שלושת מבחני המשנה שלו (ראו: עניין עדאלה, פסקאות 76-67 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; עניין מנחם, 280-279; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997)), מתקיים אף הוא במקרה דנן. ראשית קיים קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר - ביטול השוואת הזכויות

מתוך קופת המדינה - ובין הגשמת המטרה שאליה חתר החוק והוא קיצוץ בתקציב לצורך הבראת המשק. שנית, נוכח אמצעי המימון המוגבלים שהיה באפשרותה של המדינה להקצות לטובת קרנות הפנסיה הותיקות באותה עת, נראה כי לא ניתן היה להפעיל בהקשר זה אמצעי אחר שפגיעתו פחותה ושלישית העדיפות שניתנה בחוק ההבראה (כמבואר בדברי ההסבר) לכיסוי הגרעון האקטוארי העצום שאיים על קיומן של הקרנות, מקיימת יחס סביר בין היתרון החברתי הברור שצמח מהצלת הקרנות ובין הפגיעה בשוויון שנגרמה כתוצאה מביטול השוואת זכויות הפנסיה של האלמנים לאלה של האלמנות.

סיכומו של דבר - בהינתן העובדה כי חוק השוואת זכויות בוטל במסגרת תוכנית הבראה כוללת למשק וכן בהתחשב בכך שבמסגרת אותה תכנית וכד בכד עם ביטול השוואת הזכויות, הזרימה המדינה על אף מצבה הכספי הקשה סכומי עתק לקרנות הוותיקות במטרה למנוע את קריסתן, נראה כי הפגיעה בשוויון שנגרמה בשל ביטול חוק השוואת הזכויות על פי סעיף 19 לחוק ההבראה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ואין למצוא בסעיף המבטל (סעיף 19 לחוק ההבראה) פגם חוקתי המצדיק את בטלותו. עתירת אלחנתי דינה, אפוא, להידחות.

ויודגש - נקודת הזמן אשר בה בחנו את חוקתיותו של סעיף 19 לחוק ההבראה היא מטבע הדברים המועד שבו נחקק חוק ההבראה (יוני 2003), והנתונים שעל פיהם נבחנה חוקתיותו הם מטבע הדברים הנתונים שהיו רלבנטיים אותה עת. מאז חלפו קרוב לחמש שנים במהלכן עלו לא אחת הצעות חוק פרטיות אשר ביקשו לשוב ולקבוע בחוק של הכנסת הסדר שוויוני לעניין זכויות הפנסיה של אלמנים ואלמנות. כך למשל הונחה על שולחן הכנסת ביום 10.7.2006 הצעת חוק פרטית להשוואת זכויות פנסיה לאלמן ולאלמנה, תשס"ו-2006 בה מציעים חבר הכנסת יצחק זיו מסיעת הגמלאים וחברי כנסת נוספים לשוב ולקבוע הסדר דוגמת זה שנקבע בשעתו בחוק השוואת זכויות ובוטל. הצעה זו נדונה בוועדות הכנסת אך לא התקבלה כחוק נכון לעת הזו. הנה כי כן, הצורך להשוות את זכויות הפנסיה של האלמן לאלה של האלמנה בקרנות הפנסיה הותיקות ובמימון המדינה שב ועולה מעת לעת על סדר יומו של בית המחוקקים ולא מן הנמנע הוא כי לאחר בחינת מכלול הנתונים התקציביים הרלבנטיים אכן תשוב המדינה ותגלה נכונות להירתם ולהורות בחוק על השוואת הזכויות במימונה.

33. עתירת קרן מבטחים הותיקה מכוונת את חיציה אל עבר פסק דינו של בית הדין הארצי אשר הורה כאמור כי ההסדר הפנסיוני לאלמנים הקבוע בתקנות הקרן יבוטל בתוך שנה מיום מתן פסק-הדין (וכך גם ההסדר הדומה הכלול בתקנון האחיד), בשל היותו הסדר בלתי שוויוני המפלה בין אלמנים לאלמנות בכל הנוגע לפנסיית שארים ובשל היותו נוגד ככזה את תקנת הציבור. משקבענו כי ההסדר השונה לאלמנים ולאלמנות בתקנות קרן מבטחים הותיקה (ובתקנוני קרנות הפנסיה הותיקות האחרות) הוא אכן הסדר מפלה, יש לבחון מהי התוצאה המשפטית הנובעת מכך והאם ראוי להתערב בקביעותיו של בית הדין הארצי לעבודה אשר סבר כי יש לבטל את ההסדר המפלה בהיותו נוגד את תקנת הציבור וקצב פרק זמן של שנה "כדי לאפשר לכל הנוגעים בדבר לרבות המחוקק ו/או מתקין תקנון הקרן לשבת על המדוכה, לבחון מחדש את הנושא ולקבוע שיטה אשר תבטיח זכויות שוות לאלמנה ולאלמן".

ההסדר המפלה ותקנת הציבור

34. כפי שכבר צויין, המסגרת הנורמטיבית החלה על התקנות ועל התקנונים של קרנות הפנסיה הותיקות היא ביסודה זו המעוגנת בדיני החוזים. מסגרת נורמטיבית זו ואף זאת כבר צויין, שואבת לתוכה הגנה על זכויות אדם וערכי יסוד של השיטה באמצעות עקרונות-על הנטועים בדיני החוזים עצמם ובהם תקנת הציבור שבסעיף 30 ועקרון תום הלב שבסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים. בשנת 2003 הוחלפו כאמור התקנות והתקנונים של קרנות הפנסיה הותיקות בתקנון אחיד שנערך על ידי המפקח על הביטוח מכוח סעיף 78ט לחוק הפיקוח - ביטוח, במסגרת תוכנית ההתייעלות אשר נכללה בחוק ההבראה ונועדה להציל את הקרנות מקריסה. בכל הנוגע לפנסיית השארים נותר עם זאת בעינו בתקנון האחיד ההסדר המפלה בין אלמנים לאלמנות הזהה בעיקרו להסדר הקודם שנכלל בתקנות ובתקנונים של הקרנות. העובדה שנוסח התקנון החל ביחסים שבין הקרנות ועמיתיהן נקבע עתה באופן מפורק ואחיד איננו שולל לטעמי מן המסמך את מהותו הבסיסית כמסמך שדיני החוזים חולשים עליו. כמו כן, ממשיכים לחול לגביו כל ערכי היסוד של השיטה שדינים אלה שואבים לתוכם ואולי אף ביתר-שאת נוכח המעורבות הרגולטיבית של המפקח על הביטוח בקביעת ההסדרים הכלולים באותו תקנון. קרן מבטחים הותיקה העלתה בעתירתה טרזניה על כך שבית הדין הארצי ראה להתייחס לבטלות ההסדר הקבוע בתקנון האחיד בעניין פנסיית שארים לאלמנים, אף שהמפקח על הביטוח שקבע את אותו ההסדר לא היה צד להליכים ולא נתאפשר לו להציג את עמדתו בנדון ואף שסעד זה לא נתבקש כלל על ידי פידלמן. טרזניה זו טעמה

עימה אך היא טענה ערעורית במהותה. משהחליט בית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק לדון בעתירות לגופן נוכח השאלה העקרונית והחשובה שהן מעלות ומשהורחב גדר הדיון בהן וצורפו בעלי דין כהנה וכהנה ובהם היועץ המשפטי לממשלה ויתר הקרנות הותיקות, אין עוד חולק כי התמונה בכללותה, לרבות עמדתו של המפקח על הביטוח ועמדת הקרנות האחרות, הוצגה בפנינו במלואה. משכך נראה כי מן הראוי להידרש לסוגיה שהתעוררה לגופה גם ככל שהדבר נוגע להסדר המפלה שמצא את מקומו בתקנון האחיד ובייחוד נוכח העובדה כי המשמעות המעשית שיש לפסק הדין, לפחות מכאן ולהבא, נובעת בעיקר מן ההסדר הקבוע בתקנון האחיד.

35. בקביעתו כי ההסדר המפלה בין אלמנים לאלמנות הוא הסדר שיש להורות על בטלותו נסמך בית הדין הארצי על "תקנת הציבור" ועל הוראת סעיף 30 לחוק החוזים הקובעת כי:

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

המונח "תקנת הציבור" נדון ונותח בפסיקתו של בית משפט זה לא אחת. ברע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213, 228 (2003) ציין הנשיא א' ברק כי תקנת הציבור "משקפת את ה'אני מאמין' החברתי של שיטת המשפט" ובעניין אפרת פסק השופט א' ברק (כתוארו אז) כי:

"תקנת הציבור" משמעותה הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולפתח. אלה הם "אושיות הלאום, הרוח, החברה או המשק של ישראל" (ראה א. לבונטין, ברירת הדין 118 (1987)). "תקנת הציבור משקפת את אושיות היסוד של הסדר החברתי..." (הנשיא שמגר בע"א 661/88 חיימוב נ' חמיד, פ"ד מד(1) 75, 84)). תקנת הציבור הינה המכשיר המשפטי אשר באמצעותו החברה מבטאת את "האני מאמין" שלה. באמצעותו היא יוצרת מסגרות נורמטיביות חדשות ומונעת חדירה של הסדרים נורמטיביים בלתי ראויים למסגרות הקיימות. אכן תקנת הציבור הינה כלי מרכזי, אשר בעזרתו שיטת המשפט שומרת על עיקרי ערכיה כנגד מוקדי כוח שונים אשר מבקשים ליצור נורמות משפטיות או פעולות פיסיות הנוגדות ערכים אלה. זהו מכשיר שבאמצעותו נשמרת "הפעולה התקינה של מוסדות המשפט החיוניים לחברה" (אנגלרד, מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" (חלק ג') משפטים, ד' 31, 57 (תשל"ב)). "תקנת הציבור" הינה החומה אשר באמצעותה שיטת משפט נתונה, בזמן נתון, שומרת על

"ציפור נפשה" בפני הסדרים (נורמטיביים ופיסיים) המבקשים לפגוע בה. ... באמצעות העקרון של "תקנת הציבור" שיטת משפט מכוונת את האוטונומיה של הרצון הפרטי. בצדק ציין פרופ' טדסקי, כי "הכלל של תקנת הציבור הוא אחד העקרונות הגלומים בשיטת משפטנו, בהיותו סייג כללי להכרת הדין באוטונומיה הפרטית על כל היבטיה" (טדסקי, "שליחות לאחר המוות" עיוני משפט י' 272, 257 (תשמ"ד)). וברוח דומה ציין השופט שמגר, בהתייחסו ל"תקנת הציבור" כדיני החוזים:

הבסיס העיוני המונח ביסוד הכללים שעל-פיהם בוחנים תקפותן של התקשרויות לפי אמת-המידה של תקנת הציבור, טמון בהשקפה, כי ההמנות 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 שפלוני הנמנה על הקבוצה או סוג האנשים יפרוק מעל עצמו, באמצעותה של התקשרות חוזית גרידא, את עולה של התחייבות כגון זו (ע"א 614/76 הנ"ל בעמ' 93).

אכן, באמצעות עקרון "תקנת הציבור", מבטיחה שיטת המשפט כי רמה מינימלית מסויימת של התנהגות ראויה תחול בתחומי המשפט הפרטי (ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום (טרם פורסם)). על כן, צוואה או חוזה אינם תקפים אם תוכנם או מטרתם נוגדים את תקנת הציבור (ראה סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; סעיף 34 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כפי שנתפרש בע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פ"ד מג(1) 772 (שס, 778-779)).

הערכים והעקרונות המרכיבים את תקנת הציבור אף כי יש להם מימד אוניברסאלי אינם זהים בהכרח בכל "ציבור" וחברה ואף בחברה נתונה הם אינם קופאים על שמריהם ונתונים לשינויים בהתאם לתמורות המתחוללות לאורך השנים בתפיסותיה ובערכיה. המושג תקנת הציבור הוא, אפוא "מושג דינאמי, בעל תכנים משתנים, המשקף את רעיונות היסוד שעליהם מושתת המשטר המשפטי" (גבריאלה שלו דיני חוזים - החלק הכללי (לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי) 511 (2005) (להלן: שלו)). כמו כן יש לזכור, ועמד על כך הנשיא ברק בע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209, 222 (2004), כי בבואנו לקבוע את היקפה של תקנת הציבור "נדרשת עריכתו של איזון פנימי בין ערכים ואינטרסים מתנגשים".

36. ההסדר המפלה במקרה שבפנינו פוגע בערך השוויון שהוא אחד מערכי היסוד החשובים והמרכזיים בשיטתנו המשפטית. פגיעתו רעה וקשה במיוחד בשל כך

שהאפליה בה עסקינן היא אפליה מגדרית וכן בשל כך שמדובר בפגיעה כפולה על בסיס זה. האחת בשל האפליה בין עמיתות לעמיתים באשר לשיעור הפנסיה שזכאים לו שאריהם, אף ששיעור דמי הגמולים שמפרישות העמיתות ומפרישים מעבידיהן לאורך השנים זהה לזה שמפרישים העמיתים ומעבידיהם. השנייה בשל האפליה בין אלמנים לאלמנות בכך שהאלמנים זכאים למחצית בלבד משיעור הפנסיה שזכאיות לו האלמנות אף כי צורכי האלמנים כשארם אינם נופלים בהכרח מצורכי האלמנות ושני המקרים נשוא העתירות שבפנינו - יוכיחו. כפי שפורט לעיל, נעוצים שורשיו של ההסדר המפלה בתפיסות חברתיות מיושנות לפיהן האישה היא לכל היותר מפרנסת משנית אשר פטירתה אין לה השפעה ממשית על הקופה המשפחתית, משום שהגבר שהתאלמן הוא ממילא המפרנס העיקרי. דומה כי תפיסות אלה אשר מלכתחילה לא הטמיעו כראוי עקרונות של שוויון בין המינים בכלל ובשוק העבודה בפרט, הולכות ונעלמות בחברה הישראלית אשר בה כפי שכבר צויין מהוות הנשים כיום מחצית מכוח העבודה במשק. למרבה הצער טרם הושג גם לעת הזו השוויון הנדרש בין שכרן של נשים לשכרם של גברים, אך אין חולק כי השאיפה לשוויון כזה היא חלק בלתי נפרד מן הנורמות שמבקשת החברה הישראלית לקדם והדבר משתקף בהסדרים הסטטוטוריים השונים עליהם עמדנו בהרחבה לעיל. חיזוק להפנמת ערכי השוויון בתחומים אלה ניתן למצוא בתקנוני קרנות הפנסיה החדשות שהחלו לפעול מאז שנת 1995 ואילך. באותם תקנונים אכן תוקן העיוות הנובע מאפליית אלמנים לעומת אלמנות באשר לשיעורי פנסיית השארים ונקבעו לאלה אף לאלו שיעורי פנסיה זהים. נוכח כל האמור לעיל נראה כי צדק בית הדין הארצי בקובעו כי ההסדר המפלה בין אלמנים לאלמנות לעניין פנסיית שארים מקים עילת פסלות מכוח עקרון תקנת הציבור, בשל פגיעתו בערך השוויון. מסקנה זו מתבקשת ביתר שאת נוכח העוצמה הפוגענית של האפליה בה עסקינן בהיותה אפליה על בסיס מגדרי בתחום דיני העבודה ונוכח הוראת סעיף 7א(ב) שנוספה לחוק שיווי זכויות האישה בתיקון מתש"ס (התקנון האחד נערך על ידי המפקח על הביטוח והוחל על קרנות הפנסיה הותיקות באוקטובר 2003, דהיינו לאחר תחילתו של החוק המתקן האמור).

37. יחד עם זאת, דומני כי בית המשפט אינו יכול להסתפק בקביעת בטלות ולהותיר את תוצאותיה של קביעה זו לעבר ולעתיד ללא התייחסות וללא מענה. בקובעו כי הסדר מסויים בטל מחמת היותו סותר את עקרון תקנת הציבור על בית המשפט ליתן דעתו להשלכות האפשריות הכרוכות בכך וכן לדרכים המתאימות ליישום קביעתו. בהקשר זה יש ליתן את הדעת לשני היבטים עיקריים. האחד נוגע להיקף התפרשותו של הביטול והשני נוגע לתוכנו ולפרטיו של ההסדר החלופי, ככל שהוא נדרש במקום ההסדר

שבוטל. על דרך הכלל הסדר חוזי או חלק ממנו אשר הוכרז כבטל בשל היותו סותר את תקנת הציבור בטל מדעיקרא (void) (ראו: שלו, 535; בג"צ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749, 780 (1995)). עם זאת ייתכנו מצבים אשר יצדיקו קביעת הוראות ממתנות, בין היתר, באשר למועד אשר בו תיכנס הבטלות לתוקפה וזאת על מנת שניתן יהיה להתמודד באופן אחראי ומושכל עם ההשלכות האפשריות של אותה הבטלות. אכן ככל שההשלכות הנובעות מן הביטול הן משמעותיות ורחבות היקף כך תגבר נכונותו של בית המשפט לבחון השלכות אלה ולקבוע הוראות מתאימות על מנת למתן ולאזן אותן. על הגמישות האפשרית מבחינה משפטית בכל הנוגע למושג הבטלות ותוצאותיו עמד השופט א' ברק (כתוארו אז) בע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337 (1981) באומרו:

מושג הבטלות, כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה מבטלת לעניין פלוני ותקפה לעניין אלמוני; היא יכולה להיות כאין וכאפס כלפי ראובן ובעלת תוצאות מלאות כלפי שמעון. דבר זה נכון בכל שטחי המשפט. הוא קיים, למשל, בתחום דיני החוזים, בהם אנו אומרים בנשימה אחת, כי חוזה למראית עין בטל, אך בטלות זו אינה פוגעת בצד שלישי, המסתמך בתום-לב על קיום החוזה (ראה סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). הוא הדין בתחומי המשפט המינהלי. מכאן, שבטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו. כל עוד לא נדרש הסעד הנכון, בהליך הנכון, על ידי הצד הנכון, ההחלטה הפגועה ביותר ממשיכה לעמוד (ראה: *Smith v East Elloe Rural District Council* (1956) at 769). דבר זה תופס לעניין טענת בטלות כלפי חקיקת-משנה, החורגת "פונקציונאלית" מהסמכות ... מכאן, שעקרון הבטלות אינו גולם הקם על יוצרו אלא שפחה המשרתת את צורכי אדונה (שם, 362-363).

גישה גמישה ומפוקחת זו קיבלה ביטוי מפורש, אם כי לא ממצה, גם בהוראת סעיף 31 לחוק החוזים הקובע:

הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה - לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו.

(וראו ע"א 395/87 שלוש נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד מו(5) 529, 537-538 (1992)). כמו כן ראו והשוו לעניין זה הרציונלים שביסוד עקרון "התוצאה היחסית" המוכר יותר כעקרון "הבטלות היחסית": רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, 643-646 (2000); עע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע, פסקאות 106-107 (לא פורסם, 7.12.2006); ע"פ 7569/00 יגודייב נ' מדינת ישראל, פסקה 71 (לא פורסם, 23.5.2002).

38. במקרה שלפנינו ער היה בית הדין הארצי להשלכות מרחיקות הלכת הכרוכות בביטול ההסדר הקבוע בתקנה 35 לתקנות קרן מבטחים הותיקה (הקובעת את שיעור פנסיית השארים לאלמני העמיתות שנפטרו טרם גיל פרישה). זאת משום שביטול זה גורר אחריו ממילא גם ביטול של תקנה 31 לאותן תקנות (הקובעת את שיעור פנסיית השארים לאלמני עמיתות פנסיונריות שנפטרו לאחר גיל פרישה), וכן ביטול ההוראות המקבילות להן בכל התקנונים של קרנות הפנסיה הותיקות ובתקנון האחיד, שהחליף את התקנות ואת התקנונים מאז אוקטובר 2003. כמו כן, השוואת הזכויות של אלמנים לאלה של האלמנות בכל הנוגע לשיעור פנסיית שארים המשתלמת על ידי הקרנות הותיקות, יש לה השלכות תקציביות מהותיות. משכך קבע בית הדין הארצי כי הביטול יכנס לתוקפו בתוך שנה ממועד מתן פסק הדין על מנת שבתוך פרק זמן זה יפעלו הגורמים הנוגעים בדבר לקביעת הסדר חדש שיבטיח זכויות שוות לאלמנה ולאלמן. עוד קבע בית הדין הארצי כי "אין בהצהרה על בטלותה של תקנה 35 כדי להביא לאיון הפעולות שנעשו מכוחה בעבר ... בטלות תקנה 35 תיכנס לתוקף במועד מאוחר יותר". דרך זו המצהירה על בטלותו של הסדר הנוגד את תקנת הציבור בשל אי שוויון אך קובעת כי פועלו של הביטול לא יחול למפרע אלא רק לעתיד לבוא ואף מותירה בידי הגורמים הנוגעים בדבר להשלים את המלאכה ולנסח מחדש הסדר מתוקן המביא בחשבון את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, היא דרך המוכרת בפסיקתנו (ראו והשוו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 415-416 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 284 (1999); בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 763 (2004)), ונראה כי זוהי אכן הדרך שיש לילך בה גם במקרה דנן, כקביעת בית הדין הארצי לעבודה.

39. תיאורטית ניתן להשיג את ההסדר השוויוני הנדרש באחת משלוש דרכים עיקריות:

(1) קרנות הפנסיה הותיקות תממנה ממקורותיהן את השוואת שיעורי הפנסיה של אלמנים לאלה המשתלמים כיום לאלמנות באופן שיעמיד את שיעור פנסיית השארים לאלמנים על 40% (במקרה של פטירת העמיתה טרם גיל הפרישה) ועל 60% (במקרה של פטירת העמיתה לאחר גיל הפרישה).

(2) קרנות הפנסיה הותיקות תממנה ממקורותיהן את השוואת זכויות הפנסיה של אלמנים לאלה של אלמנות על דרך של הפחתה מסויימת בשיעור הפנסיה המגיע לאלמנות (למשל על דרך המיצוע) באופן שיעמיד אותו על שיעור השווה לפנסיית השארים שישתלם לאלמנים.

(3) המדינה תממן את ההפרש בשיעורי הפנסיה לאלמנים באופן שיעמיד אותם על 40% ועל 60% כאמור בס"ק (1) לעיל.

הבחירה באיזו מן הדרכים הללו או שילוב כלשהו ביניהן, ראוי לה שתעשה רק לאחר בחינה מדוקדקת של כל הנתונים הרלבנטיים ושל מכלול ההשלכות הכרוכות בהסדר שייושם. בחינה מדוקדקת כזו מצריכה מומחיות כלכלית ואקטוארית וניתוח של מכלול הנתונים הצריכים לעניין ומשכך צדק בית הדין לעבודה בקובעו כי עליה להתבצע על ידי הגורמים הרלבנטיים בקרנות עצמן וכן על ידי המפקח על הביטוח המופקד לפקח על ענייניהן מאז חקיקת חוק ההבראה. מבלי לקבוע מסמרות בעניין נראה לנו כי אף אחת מן הדרכים שפורטו לעיל אינה נקייה מקשיים. כך עולה מן החומר ומן הנתונים שהוצגו בפנינו כי לעת הזו ספק רב אם יש ביכולתן של קרנות הפנסיה הותיקות לממן ממקורותיהן תוספת כלשהי לצורך השוואת זכויות האלמנים לפי המודל המפורט בס"ק (1) לעיל. קרנות אלה עמדו כזכור בפני קריסה מוחלטת ונדרש סיוע ממשלתי בהיקף של כ-80 מיליארד ש"ח על מנת להצילן, במסגרת חוק ההבראה. כיום, מתנהלות קרנות אלה רובן ככולן כקרנות גירעוניות באמצעות מנהלים מיוחדים ועל מנת שתוכלנה להמשיך ולקיים את התחייבויותיהן השוטפות אף נדרשו העמיתים והעמיתות, לרבות הפנסיונרים, להפריש סכומים נוספים לקופותיהן (סעיפים 5, 64 ו-82 לתקנון האחיד). שתי האפשרויות האחרות מעוררות אף הן קשיים לא מבוטלים. המדינה אינה צד להסדרים הפנסיוניים שערכו הקרנות עם עמיתיהן ועל כן מימון השוואת הזכויות על ידה מצריך מעשה חקיקה או הרתמות וולונטרית מצידה. הפחתת שיעורי הפנסיה המשתלמים לאלמנות על מנת ליצור שוויון (על דרך המיצוע או אחרת) בינם ובין שיעורי הפנסיה שישתלמו לאלמנים, פוגעת בזכויות מוקנות ככל שמדובר באלמנות שכבר החלו לקבל את פנסיית השארים ויש שיסברו כי גם הפחתה בשיעורי הפנסיה של אלמנות בפוטנציה מהווה פגיעה בזכויות מוקנות או למצער פגיעה בציפייה ובהסתמכות לגיטימית של אלמנות כאמור. יש לקוות כי למרות הקשיים הכרוכים

במציאת ההסדר השוויוני הנדרש, שעל מקצתם עמדנו לעיל, ישכילו הגורמים הנוגעים בדבר לגבשו על מנת שיחול מכאן ולהבא כקביעת בית הדין לעבודה.

סוף דבר

40. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל אציע לחבריי להורות על ביטולו של הצו על תנאי שהוצא בעתירת אלחנתי (בג"ץ 4948/03) ועל דחייתה של עתירה זו. עוד אציע לחבריי כי הצו על-תנאי שהוצא בעתירת קרן מבטחים הותיקה (בג"ץ 2911/05) יבוטל אף הוא, אך תינתן לכל הגורמים הנוגעים בדבר שהות בת שישה חודשים לגיבוש ההסדר השוויוני הנדרש על מנת שיחול מאותו מועד ואילך. לבסוף אציע שלא לעשות צו להוצאות בעתירת אלחנתי ולחייב את קרן מבטחים הותיקה וכן את המדינה, הדדית, לשאת בשכר טרחת עורך דין לפידלמן בסך של 20,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הנשיאה ד' ביניש:

מסכימה אני לפסק דינה המקיף של חברתי השופטת א' חיות ואף לתוצאה לפיה יש לבחון על-פי החלופות המוצעות בפסק הדין את הפתרון ההולם כדי להשיג את ההסדר השוויוני מכאן ואילך במועד שלא יעלה על 6 חודשים.

ה נ ש י א ה

השופטת ע' ארבל:

אני מצטרפת בהסכמה לניתוח המפורט והמעמיק שערכה חברתי, השופטת חיות, ומסכימה כי אכן קביעת שיעורי פנסיה שונים לאלמנים ולאלמנות פוגעת בעיקרון השוויון הן מנקודת מבטם של האלמנים והן מנקודת מבטן של העמיתות בקרנות הפנסיה. כמו כן אני מסכימה כי פערי השכר המצערים בין גברים ונשים במציאות הישראלית אינם מצדיקים יחס שונה לאלמנים בשיעור הפנסיה, וכך אף גיל הפרישה השונה של נשים עובדות. עוד אני מצטרפת למסקנתה של חברתי, השופטת חיות, בדבר דחיית עתירת אלחנתי נגד רשויות המדינה, ובדבר דחייתה העקרונית של עתירת מבטחים.

באשר לתוצאת פסק הדין, אכן ראוי היה לטעמי להעניק לקרנות הפנסיה, יחד עם המפקח על הביטוח ושאר הגורמים הנוגעים בדבר, את חופש הפעולה לבחור בהסדר חדש אשר ימלא אחר עיקרון השוויון כפי שהותווה בפסק הדין בין אלמנים ואלמנות.

במישור המשפט הציבורי, כאשר בית המשפט מבטל הסדר כלשהו בשל אפליה או מטעם אחר הוא נוהג להותיר לשיקול דעתו של הגוף הרלוונטי את קביעת ההסדר החדש במקומו, ולכל היותר קובע בית המשפט הסדרי ביניים לתקופה עד שיקבע ההסדר החדש (ראו למשל בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 415-417 (1997)). בית משפט זה חזר ואמר פעמים רבות בהקשרים שונים כי אין הוא ממיר שיקול דעתו של המחוקק או הרשות בשיקול דעתו שלו ואין הוא שם עצמו בנעליו (ראו למשל בג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר, פסקה 65 לפסק דיני (לא פורסם, 23.9.07); ע"א 438/88 ברק נ' ועד הרישום לפנקס הפסיכולוגים, פ"ד מד(1) 661, 670-671 (1990)).

אף במישור המשפט הפרטי, ביטול תנייה בחוזה בשל תקנת הציבור נתפס כהתערבות ברצון החופשי של הצדדים לחוזה. לפיכך שמורה התערבות מעין זו רק "למקרים חריגים ויוצאי דופן שבהם "תקנת הציבור ותיקון העולם" נפגעים במידה כזו שהצורך בהגנה עליהם גובר אף על חשיבות חופש הרצון וההתקשרות של הפרט" (ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (לא פורסם, 25.6.07)). על מנת לצמצם את הפגיעה בחופש החוזים יבחן בית המשפט אם ניתן להפריד את החוזה לחלקים, כך שיבוטל רק החלק הפגום. עם זאת,

נפסק כי הפרדה זו תבצע רק מקום בו אין היא יוצרת עבור הצדדים חוזה חדש שלא התכוונו אליו (ראו בג"צ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4), 749, 786-787 (1995)).

הנה כי כן, אנו רואים כי גם במישור המשפט הציבורי וגם במישור המשפט הפרטי אין בית המשפט שם עצמו במקומם של הצדדים. ראוי להקיש מדברים אלו גם למקרה הנידון בו בוטל הסדר מפלה על ידינו, ולפיכך אני מסכימה עם חברתי כי יש להתיר מרחב שיקול דעת לקביעת הסדר חדש. הותרת קביעת ההסדר החדש בידי הגורמים הרלוונטיים ראוייה הן מאחר שהיא ממלאה אחרי חופש החוזים, ככל שמדובר בהיבט הפרטי שבתקנוני קרנות הפנסיה, והן אחרי מרחב שיקול הדעת של רשויות ציבוריות, ככל שמדובר בהיבטים הציבוריים בתקנונים אלו ובמעורבותו של המפקח על הביטוח בקביעת התקנונים; והיא אף ראוייה שכן היא משאירה את ההחלטות בידי הגורמים המקצועיים היכולים לקבל תמונה מלאה וממצה, להשיג את כל המידע הרלוונטי ולהתייעץ עם מומחים, וכך, יש לקוות, להשיג הסדר מיטבי ומאוזן עבור כל הגורמים הנוגעים בדבר.

אשר-על-כן אני מסכימה לתוצאת פסק הדין, אך ברצוני להרחיב את חופש הפעולה הניתן בקביעת ההסדר החדש. הגם שנראה כי שלוש הדרכים אותן פירטה חברתי ממצות את אפשרויות הפעולה במסגרת ההסדר החדש, יתכן וימצאו הגורמים הנוגעים בדבר הסדר כלשהו שלא הוזכר על ידי בית המשפט, ואולי אף הסדר מיטיב יותר עבור העמיתים. כך למשל ניתן לחשוב על הסדר המתחשב במקרים מיוחדים במצבו הכלכלי של בן הזוג הנותר בחיים. כל עוד הסדר שכזה יענה על עיקרון השוויון כפי שהתווה בפסק הדין ויעשה בתום לב, הרי שראוי לדעתי במסגרת התוצאה של פסק-הדין כי יוכלו קרנות הפנסיה לאמצו.

הערה שניה שברצוני להוסיף הינה שלטעמי על ההסדר השוויוני לחול רק על אלמנות ואלמנים שזכותם לקבל פנסיה תיווצר בעתיד לאחר כניסתו של ההסדר החדש לתוקפו. לטעמי, במידה וקרנות הפנסיה יצרו הסדר החל גם באופן אקטיבי, דהיינו על אלמנים ואלמנות בעת כניסת ההסדר החדש לתוקפו, הרי שהסדר זה יוכל רק להיטיב עם האלמנים אך לא להרע את מצבן של האלמנות. לדעתי הגבלה זו על ההסדר החדש נובעת מעיקרון הדינאמיות ומהזכות המוקנית הקיימת לאלמנות שכבר מקבלות את תשלומי הפנסיה של בני זוגם המנוחים. עיקרון הדינאמיות, אותו הזכירה חברתי, המאפיין את קרנות הפנסיה הותיקות, משמעותו היא כי "זכות העמית לקיצבה מתגבשת

כלפי הקרן, לא ביום בו הוא מצטרף כעמית לקרן, אלא ביום בו הוא נעשה זכאי לקיצבה, שהוא בדרך כלל יום הפרישה מן העבודה, בהתאם לתקנון הקרן כפי שהוא באותו יום" (בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, 587 (1998)). לפיכך, אין עיקרון הדינאמיות מתיישב עם פגיעה בזכויותיהן של אלמנות שכבר מקבלות תשלומים מקרנות הפנסיה.

בכפוף לשתי הערות אלו אני מצטרפת כאמור לפסק דינה של השופטת חיות.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. אני מסכימה לתוצאה המוצעת בפסק דינה של חברתי, השופטת חיות, בפסקה 40 לפסק דינה, אך אבקש לכפוף הסכמה זו להערות הבאות, שאציגן בקצרה:

2. מוסכם עלי כי תקנוני קרנות הפנסיה הותיקות הינם הסדרים בעלי אופי חוזי מורכב אשר, בהינתן טיבם המיוחד, והמאפיינים ה"ציבוריים" הנלווים להם, כפופים הם לעקרונות חוקתיים, ולמבחן "תקנת הציבור" במישור החוזי, השואבת את תכניה, במידה רבה, מהתפיסות החוקתיות הנוהגות.

3. העמדת תקנוני קרנות הפנסיה במבחן הביקורת החוקתית ועקרון "תקנת הציבור", מעלה בין היתר, את שאלת נקודת הזמן הרלבנטית, שסביבה יש לערוך את הביקורת השיפוטית. לא הרי התערבות שיפוטית בהסדרים חוזיים חדשים, בעלי סממנים ציבוריים, שגובשו על רקע תפיסות חוקתיות רווחות ומציאות חיים נתונה, כהרי התערבות בהסדרים משפטיים ישנים בעלי אופי חוזי, שעוצבו בעבר הרחוק, על רקע תפיסות מושגיות ששררו באותה תקופה, ומציאות ונסיבות חיים שהיו נכונים לאותה עת. הסדרים משפטיים היסטוריים כאמור, עליהם נימנים תקנוני הקרנות הותיקות, נבנו על רקע מציאות חיים אחרת מזו הנוהגת כיום, והושתתו על תפיסות רעיוניות-עקרוניות שאפיינו את התקופה ההיא. במסגרת הסדרים היסטוריים אלה, נתגבשה המערכת הכספית-אקטוארית הכוללת של הקרנות, אשר בגדרה צמחו במהלך עשרות שנים זכויות קנייניות מוקנות, וציפיות רכושיות מוגנות של קבוצות מסוימות בקרנות, שהמשפט החוקתי פורש עליהן את הגנתו, במידות עוצמה שונות, במסגרת ההגנה על זכות הקניין של האדם.

4. הקושי בהפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית על הסדרים היסטוריים בעלי אופי חוזי-ציבורי שהתגבשו על רקע מציאות רעיונית ומעשית אחרת, דומה במידה כלשהי לקושי המתעורר בהחלת עקרונות חוקתיים מכח חוקי היסוד על דינים ישנים שקדמו להם בזמן. ואכן, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא כיום מקור הזכות החוקתית הסטטוטורית לשוויון, בגדר הזכות לכבוד האדם, כולל הוראה של שמירת דינים, המגינה על תוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד (סעיף 10). הוראה פוזיטיבית זו ביחס לחקיקה ישנה אמנם אינה מחייבת, כלשונה, בביקורת חוקתית על הסדרים בעלי אופי חוזי-ציבורי, אך היא מקרינה על מסגרת ההתערבות השיפוטית הראויה ביחס להסדרים ישנים שקדמו במספר עשורים לגיבוש הנורמות החוקתיות הסטטוטוריות המעוגנות בחוק היסוד. הטעם העיקרי לזהירות הנדרשת בהתערבות שיפוטית כזו נעוץ בחשש לפגיעה בזכויות שנקנו, ובציפיות שנרכשו מכח ההסדרים הישנים, העלולה להתלוות לכך. חשש מסוג זה מלווה גם את הביקורת השיפוטית המופעלת במקרה שלפנינו.

5. מנגד, בדומה ליחס שבין חוקי היסוד לחוקים ישנים שקדמו להם, כך גם ביחס שבין הסדרים ישנים בעלי אופי חוזי-ציבורי לבין חוקי יסוד המאוחרים להם: אלה כאלה, אינם מוגנים בפני תפיסות פרשניות חדשות שהתפתחו בעקבות השתרשותם של העקרונות החוקתיים במסגרת החקיקה החוקתית (בג"צ 6893/05 חה"כ יצחק לוי נ' ממשלת ישראל, פד"י נט(2) 876, 886-7; בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני, תק-על 1139 (1) 1144). התפיסה הפרשנית השואבת כוחה מהמערכת החוקתית-ערכית שהתעצבה במסגרת חוקי היסוד, מקרינה על פרשנותם ודרך החלתם של ההסדרים המשפטיים הישנים. כאשר מדובר בהסדר בעל אופי חוזי, עקרון "תקנת הציבור" מהווה אף הוא צינור דרכו ניתן להזרים את העקרונות החוקתיים לצורך בחינת תוקפו המשפטי של ההסדר החוזי על התוצאות המשפטיות המתבקשות מכך (ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א נ' אריה, פדי מו(2) 464, 531-2).

6. קרנות הפנסיה הותיקות של ההסתדרות קמו בשנות החמישים והשישים למאה שעברה, מספר עשורים בטרם חוקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו במרץ 1992 (ס"ח 1391, תשנ"ב, 150). ההסדר שעוגן בתקנונים ההיסטוריים של הקרנות, המבחין בין אלמן לאלמנה ביחס לשיעור פנסיית השאירים, נבנה על תפיסה סוציאלית של עזרה הדדית, הטמונה ברעיון הקואופרציה של נתינה ככל היכולת, וקבלה על פי הצרכים. במציאות של אותם ימים, רעיון זה התממש על בסיס תשלום שוויוני של פרמיות על ידי העמית והעמיתה – שניהם עובדים ומשתכרים, תוך מתן עדיפות בפנסיית השאירים

לא למנה, בפטירת העמית, על פני האלמן, בפטירת העמיתה. כל זאת, מתוך הנחה, שנלמדה ממצואות החיים ששררה אז, שבה הגבר נשא בדרך כלל בעול הפרנסה העיקרי של התא המשפחתי, ואילו האשה דאגה לצרכי ביתה, ומקומה בפרנסת המשפחה היה מישני. ההסדר שעוגן בימים עברו, נתן בתחילה עדיפות מוחלטת, ולאחר מכן עדיפות יחסית, לאלמנה על פני האלמן. הוא נועד לתת מענה לצורך סוציאלי, פרי נסיבות החיים ששררו באותם ימים, להעניק תמיכה כלכלית מוגברת לאלמנה ולמשפחת העמית, שאיבדו את מקור פרנסתם העיקרי, ולהסתפק במתן תמיכה כלכלית מוקטנת לאלמן ולמשפחתו, מתוך הנחה שבטחונם הכלכלי העיקרי לא נפגע. מקורו של הסדר זה לא נבע ממניע של הפלייה מיגדרית, אלא מראייה אנושית, שהיתה מעוגנת אז בצורך חיוני לתמוך באלמנה, אשר נותרה ללא משענת כלכלית עיקרית, לעומת האלמן, אשר נתפס כבר-יכולת פרנסה, וכמספק בטחון כלכלי למשפחתו. על פי אותו הסדר סוציאלי, מעמדו של אלמן בעל נזקקות כלכלית מחמת נכות, הושווה באופן מלא לזה של אלמנה לענין פנסיית שאירים (תקנות 31(ה) ו-35(ד) לתקנות קרן מבטחים הותיקה).

7. ברבות השנים, ולאחר מספר עשורים, מציאות החיים השתנתה, ועמה חלה תמורה במקומה של האשה בישראל במשק העבודה והחברה, ובמעמדה בתא המשפחתי. מעורבותן של נשים בחברה ובעבודה הלכה והעמיקה, והן חדרו לשווקי התעסוקה בכל התחומים, ובמיגוון רחב ביותר של תפקידים. חלקן בפרנסת המשפחה הפך להיות משמעותי, ובמקרים רבים לא נפל מזה של הגבר, ולעיתים אף עלה עליו.

8. בד בבד, הלכו ונשתרשו התפיסות המושגיות בדבר שוויון בין המינים בכל תחומי החיים, ובהם, גם בתחום העבודה והבטחון הסוציאלי. נוצר פער עמוק בין מציאות החיים והתפיסות הרעיוניות של העבר, לבין אלה השוררים בהווה, ונוצר קושי ממשי של גישור על פני פערי הזמן, המושגים, הצרכים המשתנים, וזכויות שנרכשו בינתיים. קשיי גישור אלה בולטים במיוחד בהסדרים חוזיים מתמשכים כדוגמת קרנות הפנסיה, המהוות "משק סגור", אשר המערכת הכספית בהן נבנתה על חישובים אקטואריים ארוכי טווח, ואשר הולידה מערכת ענפה של זכויות וציפיות רכושיות מוקנות של עמיתים ועמיתות, ושאיניהם.

8. בחינת הסדר משפטי היסטורי בעל אופי חוזי-ציבורי על רקע עקרונות חוקתיים נוהגים, ומציאות חיים מתחדשת, הוא, בעיקרו, אפשרי ואף ראוי. אלא שטמונים בכך קשיים מיוחדים הן בתחום המושגי והן בתחום המעשי. בולטים במיוחד קשיי היישום

של עקרונות הנוהגים כיום על מערכת סגורה ארוכת שנים, שנבנתה על קונספציה סוציאלית שונה.

9. אשר לתחום המושגי – נדרש בראש וראשונה לבחון האם ההסדר החוזי ההיסטורי של הקרנות בנושא פנסיית השאירים פוגע בזכות חוקתית מוכרת לשוויון באבחנה הטמונה בו בין פנסייה המשולמת לאלמנה לזו המשולמת לאלמן. בחינה זו צריכה לעמוד באמות המידה שנקבעו בהלכה הפסוקה לאיתורה של פגיעה חוקתית בשוויון כחלק מהזכות לכבוד האדם (בג"צ 7052/03 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (14.5.06); בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת תק-על 2006(2) (1559)). אולם בכך לא מתמצית הבחינה החוקתית הנדרשת. הזכות לשוויון אינה זכות מוחלטת. מקום שהיא מתנגשת בזכות אדם אחרת, נוגדת, נדרש איזון ראוי בין הזכויות המתנגשות. משמעות היחסיות של זכות האדם החוקתית היא כי היא אינה מוגנת במלוא היקפה (בג"צ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד נ' ראש הממשלה, תק-על 2006(3) 4561, 4569 (פסקה 13, הנשיא ברק)). משמעות הדבר היא, כי בהתנגשה עם זכות נוגדת, הפעלתה, הלכה למעשה, אינה אפשרית במלוא היקף פרישתה. זכות נוגדת כאמור בענייננו, עשויה להשתקף בזכויות קנייניות וציפיות רכושיות שהתגבשו לעמיתים ולא למנות על פי ההסדר הישן, בין ביחס לאלה שכבר רכשו זכויות בפועל לקצבה המשתלמת להן, ובין אלה שיש בידיהם ציפייה רכושית מוגנת לזכות בעתיד בפנסיית שאירים, אם חלילה יתרחש הארוע הביטוחי אשר יצמיח את מימושה של ציפייה זו. הזכות לקניין היא זכות יסוד חוקתית, המעוגנת בסעיף 3 לחוק היסוד. הציפייה הרכושית אף היא חלק מזכות הקניין המוגנת (ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פדי מט(4) 221, 9-598). גם היא, כשאר זכויות האדם, אינה זכות מוחלטת, אלא יחסית. פעמים, עליה להתמודד עם זכויות מתחרות כדי שתבוא לכלל איזון ראוי (בנק המזרחי, פסקה 15 (הנשיא ברק)).

10. זכויות הקניין והציפיות הרכושיות של העמיתים והאלמנות בקרן, בצד הזכות לשוויון של העמיתות והאלמנים מנגד, יוצרות מערך זכויות חוקתיות בעלות מעמד על-חוקי (ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 377). לצורך קביעת היקף ההגנה שיש לתת לזכויות היסוד הללו – הזכות לשוויון וזכויות הקניין – יש לעמתן אלה מול אלה וליישב ביניהם. מקום שניתן להגשים את הזכות לשוויון בלא פגיעה בזכות הקניין, היישוב וההתאמה בין הזכויות אינו כרוך בקושי. אולם כאשר קיים ניגוד אפשרי בין זכויות אלה, ולא ניתן לקיים זכות אחת במלואה בלא פגיעה כלשהי בזכות הנוגדת, יש לפעול כדי ליישב ביניהן. יישוב זה נעשה בדרך כלל על דרך נסיון הפשרה ביניהן, כדי לאפשר את חייהן בצוותא. האיזון הוא אופקי, כנדרש לגבי זכויות המצויות באותה רמה

חוקתית (בג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים תק-על 2005(2) 2861, 2869; בג"צ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה פד"י נה(4), 267, פסקה 8 לפסק דינו של הנשיא ברק; בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, תק-על 2005(4) 387 (פסקה 14 לפסק דיני); בג"צ 8070/05 האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים, תק-על 2004(2) 1065; בג"צ 5432/03 שין לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים, פד"י נח(3) 65, 86-7; רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר תק-על 2006(4) 1410, 1444 פסקאות 1, 16 לפסק דיני; ע"א 6601/96 J AES SYSTEMS ' טער, פד"י נד(3) 850). נדרש איזון פנימי אשר יאזן ויפשר בין הזכויות החוקתיות הנוגדות. תוצאת האיזון הפנימי האמור מאפשרת את קביעת היקף ההגנה שניתן לתת לכל אחת מהזכויות הנוגדות במקרה הקונקרטי – הזכות לשוויון של העמיתות והאלמנים מול הזכויות והציפיות הקנייניות שנרכשו על ידי העמיתים והאלמנות.

אכן,

"פרשנות ראויה היא פרשנות המתחשבת במכלול התכליות המונחות ביסוד זכויות האדם, ובדרך של איזון פנימי בין הזכויות בינן לבין עצמן. מאיזון "פנימי" זה... נגזר אופיין "היחסי" של זכויות האדם, ונגזרת התפיסה כי אין משמעות להכרה בזכותו של פרט מבלי להכיר בזכויות דומות לכל אחד מהפרטים האחרים". (ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 2-381).

האיזון הפנימי בין זכויות היסוד המתמודדות קובע, אפוא, את היקף ההגנה הניתנת לכל אחת מזכויות האדם, פרי צורך לפשר וליישב בינן לבין עצמן במקרה הקונקרטי. האיזון הראוי בין זכויות מתנגשות המצויות ברמה חוקתית דומה לא יאה, על פי רוב, בדרך של ביטול האחת, על חשבון רעותה, אלא בנסיון לאזן ביניהן, תוך הכרה בצורך בויתורים הדדיים ביניהן כדי להגשים הסדר נאות במקרה נתון (בג"צ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת, פד"י נח(1) 529, 537; בנק המזרחי, שם, פסקה 14 (הנשיא ברק); בג"צ 2481/93 דייך נ' וילק, פד"י מח(2) 456, פסקה 28 (המישנה לנשיא ברק)).

11. לאיזון הפנימי בין זכויות אדם נוגדות שני פנים – איזון עקרוני ואיזון קונקרטי. במסגרת האיזון העקרוני, נבחנת במישור המושגי השאלה מהו היחס בין הזכויות הנוגדות מבחינת מעמדן הנורמטיבי. נגזרת מכך המסקנה האם האיזון הנדרש ביניהן הוא אנכי או אופקי. בד בבד, נדרש גם איזון קונקרטי, אשר נועד להשיג את נקודת האיזון האופטימלית הראויה בנסיבות המיוחדות של הענין העומד לדיון. האיזון הפנימי משקף אמנם, פן ערכי עקרוני, אך בה בעת הוא חותר לפתרון מעשי מאוזן

בהתמודדות בין זכויות בנסיבות מקרה נתון (ד"נ 9/77 חב' החשמל נ' הוצאת עיתון "הארץ" פד"י לב(3) 337, 361; בג"צ 2477/07 פלוני נ' פרקליט המדינה, תק-על 2007(2) 2534, 2539; ברק, פרשנות חוקתית, שם, עמ' 3-382). על האיזון להיעשות באופן שהפגיעה או ההגבלה של הזכויות המתמודדות תגשמה תכלית ראויות שביסוד ההסדר הנוגע בדבר, ותיעשינה בהתאם לעקרון המידתיות.

12. הליך האיזון בין זכויות יסוד נוגדות של הפרט, מושפע מיסודות פיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, על רבדיה השונים, כפי שפורשה בהלכה פסוקה ענפה שהתפתחה סביבה. פיסקת ההגבלה מדברת אמנם בהיקף הפגיעה המותרת של חוק בהתייחסותו לזכות יסוד, אולם כלי הניתוח שמספקת פסקת ההגבלה לצורך השגת האיזון בתחום זה, דומים במהותם ובאופיים לאלה הנדרשים לצורך השגת האיזון הפנימי בין זכויות יסוד נוגדות של הפרט. מכאן, שניתן לשאוב מעקרונות פיסקת ההגבלה, ובמיוחד מעקרונות התכלית הראויה והמידתיות המעוגנים בה, השראה פרשנית לצורך הגשמת האיזון הראוי בעימות בין זכויות נוגדות (ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל; על השפעתה של פיסקת ההגבלה על איזון אופקי בין זכויות יסוד חוקתיות שוות מעמד ראו גם בג"צ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל, פד"י נח(3) 443, 466-467 (פסקה 20)).

13. בענייננו, אני מסכימה למסקנתה של חברתי, השופטת חיות, ומעיקרי טעמיה, כי ההסדר ההיסטורי בתקנוני הקרנות הותיקות, המבחין בין היקף פנסיית השאירים של אלמן לזה של האלמנה, אינו מקיים את דרישת השוויון החוקתי כמשמעותו של מושג זה בתפיסה החוקתית הנוהגת כיום. הסדר זה איננו שוויוני הן מנקודת ראותם של העמיתים ביחס לעמיתות, המשלמים אלה כאלה פרמיות זהות לקרן, בעוד שאריהם זכאים לפנסיות בשיעורים שונים, והן מבחינת הפער בין זכויות הפנסיה הממומשות של האלמנים ביחס לאלמנות, שהן תמונת ראי של אי השוויון בין העמיתים לעמיתות. הרעיון הסוציאלי שביסוד ביטוח השאירים בקרן נותר כשהיה – מתן תמיכה כלכלית שוטפת לשאירו של העמית או העמיתה עם פטירתם. אולם כיום, המטרה הסוציאלית העומדת ביסוד פעולתה של הקרן אינה מוגשמת במלואה כל עוד אי השוויון האמור נותר על כנו. הצורך ששרר בעבר להעניק הגנה כלכלית מוגברת לאלמנה בהשוואה לאלמן נתחלף בצורך לתת הגנה דומה לאלה ולאלה בקרות מקרה הביטוח.

14. את הפגיעה החוקתית בזכות לשוויון הטמונה כיום בהסדרי הקרנות יש לתקן, וכאן עולה השאלה מה היקף ההגנה שיש להעניק לזכות לשוויון שנפגעה, בהתייחסה לזכויות הקניין ולציפיות הרכושיות שנרכשו על ידי חלק מחברי הקרנות – הם

העמיתים, האלמנות בפועל ואלה שבפוטנציה, במהלך עשרות שנות חייהן של הקרנות הותיקות.

15. כנגד הזכות לשוויון בפנסיית השאירים בין העמיתים לעמיתות, ובין האלמנים לאלמנות, עומדות זכויות קנייניות וציפיות רכושיות מוגנות של קבוצת העמיתים והאלמנות, אשר לאורך שנים רבות הסתמכו על הסדרי הזכויות הקיימים, וכלכלו צעדיהם על פי מצב דברים זה.

זכויות וציפיות כלכליות אלה שנרכשו, אינן נגרעות בשל עקרון "הדינמיות" המאפיין את פעילותן של הקרנות, המאפשר להן לשנות, מעת לעת, את הוראות התקנון, באופן המשנה את זכויות החברים (השוו למשל סעיף 64 לתקנון האחד לקרנות פנסיה לעמיתים ותיקים מדצמבר 2004; וסעיף 20 לתקנות קרן פנסיה מקיפה של מבטחים (יולי 1957)). עקרון הדינמיות, כפי שציינה השופטת חיות (פסקה 3 לפסק דינה) נועד להעניק לקרנות גמישות בהתאמת התחייבויותיהן הכספיות למקורות המימון הזמינים שבידן. זכותו של העמית לקבל קצבה מן הקרן אכן נתונה לשינויים במהלך החברות בקרן, וזאת מאחר שגובה הקצבה תלוי במצבה הכספי של הקרן (כג"צ 7691/95 ח"כ שגיא נ' ממשלת ישראל, פד"י נב(5) 577, פסקה 5 (השופט זמיר)). תכלית עקרון הדינמיות היא להבטיח כי זכויות החברים ייגזרו מהיקף יכולת הפרעון המעשית של הקרן, והן לעולם מותנות ביכולת זו. צמצום יכולת הפרעון של הקרן עשויה לחייב הקטנת זכויות הקצבה, ולהפך, במקרה של הרחבת יכולת זו, אפשרי אף כי זכויות הקצבה יוגדלו. אולם, קשה לראות כיצד עקרון הדינמיות עשוי לאפשר, כשהוא לעצמו, שינוי במערך הזכויות ההדדיות של חברי הקרן, אשר מכוחו בלבד תוגדלנה זכויות של קבוצה אחת על חשבון קבוצה אחרת, בלא שתתחייב התמודדות חזיתית עם שאלת היקף הפגיעה החוקתית המותרת בזכויות ובציפיות רכושיות שנרכשו במהלך השנים. ואמנם, ספק גדול אם מכח עקרון הדינמיות כשלעצמו ניתן לשנות את מערך הזכויות המהותיות של חברי הקרן, להגדיל זכויותיה של קבוצה אחת על חשבון זכויותיה של קבוצה אחרת. אפשרות כזו ניתנת ליישום במסגרת איזון חוקתי, החותר ליישב בין זכויות נוגדות לשוויון ולקנין בדרך שתגשים תכלית ראויה ודרישות מידתיות.

16. נוצרת, איפוא, בענייננו התמודדות ישירה בין הזכות לשוויון בשיעור הפנסיה של האלמנים ביחס לאלמנות, לבין הזכויות הקנייניות והציפייה הרכושית של האלמנות הקיימות, ואלה שבפוטנציה, לקבל פנסיה ברמה שהובטחה על פי התקנונים לאורך עשרות שנים. התמודדות זו מתחייבת בשל הקושי להגשים את הזכות לשוויון של העמיתות והאלמנים תוך כיבוד מלא של הזכויות והציפיות הקנייניות של העמיתים

והאלמנות. הטעם נעוץ בכך שהקרנות הותיקות הן קרנות סגורות שמשאביהן מוגבלים, והן מתמודדות עם מצב גרעוני, אשר מקשה על מתן תוספת פנסייה לאלמנים בלא גריעה מפנסיית האלמנות. נכון לעת זו, לא נראה גם כי קיים מקור מימון חיצוני, העשוי לגשר על פני הפער המימוני הנדרש, כדי להגשים את הזכות לשוויון מצד אחד, בלא לפגוע בזכויות ובציפיות רכושיות שנרכשו, מצד שני. עשויה להידרש, איפוא, התמודדות חוקתית בין הזכויות המתנגשות, האמורה להוליד איזון ראוי בין הגשמת הזכות לשוויון לבין היקף הפגיעה המידתית בזכויות רכושיות שנרכשו.

17. עימות בלתי נמנע זה בין מימוש הזכות לשוויון מצד אחד, לבין מתן ההגנה הראויה לזכויות ולציפיות רכושיות שנרכשו על ידי חלק מחברי הקרן לאורך עשרות שנות פעילותן של הקרנות הותיקות מצד שני, הוא העומד בלב הסוגיה שלפנינו. מקורו בפער שבין הישג לחדש, ובין העבר להווה. קשייו של עימות זה נעוצים בהעדר משאבים מספיקים לקרנות, המאפשרים הגשמה מלאה של השוויון בלא פגיעה בזכויות או ציפיות רכושיות שנרכשו. כל עוד לא יימצאו משאבים מספיקים לכך, מציאות זו מחייבת מציאת איזון הולם ומידתי אשר יקנה היקף הגנה יחסי לערך השוויון, תוך פגיעה מידתית בזכויות וציפיות קנייניות שנרכשו על ידי עמיתים ואלמנות בפועל ובפוטנציה לאורך שנים רבות.

18. אין בפנינו כיום נתונים המצביעים על היקף יכולתן של הקרנות לממן את הגשמת השוויון ממשאביהן, בדרך של השוואה מלאה של פנסיית השאירים המשתלמת לאלמן לזו לה זכאית כיום האלמנה, וכן אין כיום מקור מימון חיצוני המופנה לצורך זה. נותרת, לכאורה, האפשרות כי הקרנות תסדרנה מחדש את היקף זכויות העמיתים והעמיתות והאלמנים והאלמנות מתוך משאבי הקרן הקיימים. הסדר כזה עלול להיות כרוך בפגיעה בזכויות האלמנות, בין קיימות ובין בפוטנציה, שטרם נתגבשה זכותן בפועל לקבלת הגמלה.

19. אין ברשותנו נתונים כלשהם בדבר האופן שבו הסדר מאזן בין הזכויות הנוגדות עשוי להתגבש ולצאת לפועל, ומה משמעותו מבחינת האיזון הנדרש שבין הזכות לשוויון לבין הזכות והציפייה הרכושית המוקנית. אין לדעת כיום, ומראש, מהי היחסיות שאליה ניתן להגיע בהגשמה ההדדית של שתי הזכויות האמורות, תוך איזון ראוי ביניהן. תתכנה ואריאציות שונות להסדרים אפשריים בענין זה, אולם חשוב להבהיר, כי כדי שפתרון משפטי כזה או אחר יהא בר תוקף, עליו לעמוד בדרישת המידתיות והיחסיות הראויה. זאת ניתן לבחון רק על יסוד תשתית הסדר קונקרטי מפורט. עוד חשוב להדגיש, כי כדי להשיג את האיזון הראוי, יש לעשות כל מאמץ

להגשים הגשמה יחסית את ערך השוויון, תוך פגיעה קטנה ככל האפשר בזכויות או בציפיות רכושיות מוקנות.

20. במסגרת האפשרויות הנשקלות, אפשר וניתן לבחון גם הסדר שיתבסס על מבחן של נזקקות כלכלית אינדיבידואלית של האלמן, שתיבחן על פי אמות מידה שיוגדרו. על אפשרות כזו הצביעה חברתי, השופטת ארבל, בהערותיה. דרך כזו עשויה להצריך גריעה קטנה יותר מסכומים המיועדים לקצבאות האלמנות, שעל פי נתונים שהובאו בידי המדינה, חלק ניכר מהן עדיין אינן מפרנסות עיקריות של המשפחה, ועשויות להיקלע למצב כלכלי קשה עם מות בעליהן העמיתים. מצד שני, בהחלת מבחן נזקקות כאמור, עשוי להינתן מענה לתכלית הסוציאלית העיקרית הטמונה בפנסיית השאירים גם מנקודת ראותו של האלמן, שעיקרה במתן תמיכה כלכלית לנזקק, ולא דוקא לבעל האמצעים, שלגביו הפנסיה הינה בעלת ערך שולי בלבד.

21. לאור האמור, נראית לי הדרך המוצעת על ידי השופטת חיות, שלא להתערב במישור המשפטי-עקרוני בפסק דינו של בית הדין לעבודה. כן נראה לי ראוי שהקרנות תשקודנה על מציאת פתרון נאות ומאוזן שיישב בין הזכויות הנוגדות של הקבוצות השונות בקרנות. פתרון כזה צריך לענות לדרישות התכלית הראויה של הסדר הקרנות, ולמבחן המידתיות החוקתית, ולהיות בר יישום, הלכה למעשה. ניתן להניח כי מנהלי הקרנות יקדישו את מיטב מאמציהם כדי להביא לפתרון ראוי כזה.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. אני מצטרף לדעתה של חברתי השופטת א' חיות כי יש לדחות את העתירה בבג"ץ 2911/05 ולהותיר על כנו את פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה, אשר קבע כי האבחנה בין אלמנים לאלמנות לעניין פנסיית שארים בטלה. גם לדעתי אין מקום לקבל את העתירה בבג"ץ 4948/03 אך טעמי לכך שונים. כמו כן, אני רואה קושי של ממש באפשרות שלפיה האלמנות תהיינה אלה אשר תישאנה במלוא עלויות מימון השוואת זכויותיהם של האלמנים.

2. חברתי השופטת חיות סבורה כי ניתן לראות במשאבים שהעמידה המדינה לטובת האלמנים בחוק השוואת זכויות פנסיה לאלמן ולאלמנה, התשס"א-2000 (להלן:

חוק השוואת זכויות) כמעין הטבה או סובסידיה. מתוך ראייה זו של הדברים ולאור הכלל שאין לאדם זכות קנויה לקבל הטבות מן המדינה, מתקשה השופטת חיות לייחס למדינה פגיעה בשוויון בביטול חוק השוואת זכויות ובהפסקת מימון ההטבה. מהטעם הזה, סבורה השופטת חיות שאין לקבל את טענתו של העותר בבג"ץ 4948/03 (להלן: אלחנתי) כי הוא הסתמך על חוק השוואת זכויות והניח שהחוק ימשיך לעמוד בתוקפו. זאת, בייחוד לנוכח מצבו הכלכלי של המשק בכללותו, אשר הצריך תוכנית חירום כלכלית שבמסגרתה הוזרמו למעלה מ-74 מיליארדי שקלים להצלת קרנות הפנסיה הותיקות מקריסה. כתמיכה לכך, מביאה השופטת חיות את דברי ההסבר לביטולו של חוק השוואת זכויות:

...קרנות הפנסיה הותיקות קבעו זכויות עמיתים העולות באופן ניכר על דמי הגמולים שגבו מהם, וכפועל יוצא מכך נוצר הגירעון האקטוארי העצום בקרנות אלה, הנאמד היום בעשרות מיליארדי שקלים. גירעון זה עשוי להיות מכוסה, בחלקו, על ידי משלם המיסים, ונראה כי יהיה זה בלתי מוצדק לחלוטין להטיל על משלם המיסים לכסות גירעון נוסף בשל זכויות חדשות שיוענקו לעמיתים היום.

העלות התקציבית של החוק מאז הפעלתו היא כ-35 מליון שקלים חדשים בשנה, ועל כן מוצע לבטלו. [ההדגשה הוספה, א' ר' (ה"ח תשס"ג 262, 291)].

עם זאת, מוסיפה חברתי השופטת חיות וקובעת כי אפילו היתה כאן פגיעה בשוויון מצד המדינה, הרי שפגיעה זו מותרת בשל שנתמלאו תנאי פסקת ההגבלה.

3. עמדתי בסוגיה שונה. ראשית, יש לשקול מה היה מתרחש אלמלא הפרו הקרנות במשך שנים את עקרון השוויון, וגמלה שווה היתה משולמת לאלמן ולא למנה מאז שהחלו הקרנות לפעול. במצב דברים היפותטי זה, הגירעון האקטוארי שעמו היו נאלצות המדינה והקרנות הותיקות להתמודד היה מן הסתם גדול יותר במקצת, אולם אופן כיסוי סכום זה היה נלקח בחשבון במסגרת ההסדר להבראת הקרנות הותיקות. לא מן הנמנע שהמדינה היתה נושאת בעלויות אלה או לפחות בחלקן. לטעמי השוואת הזכויות אינה יצירה של זכויות חדשות, אלא תיקון עוול רב שנים של פגיעה בזכויות קיימות. מכאן, שההנמקה בדברי ההסבר לביטולו של חוק השוואת זכויות – כי מדובר ביצירת גירעון נוסף בשל זכויות חדשות – אין לה על מה לעמוד. המסקנה היא שעלויות השוואת הזכויות מהוות למעשה חלק מהגירעון האקטוארי בגין הזכויות

הפנסיוניות הקיימות – חלק שלא נלקח בחשבון בעת עריכת ההסדר להבראת הקרנות הותיקות, וזאת – לאור הסברה המוטעית שמדובר ב"זכויות חדשות".

שנית, ספק רב בעיניי אם יש לראות בנשיאה של המדינה בעלויות כמעין "הטבה" או "סובסידיה". מדובר, למעשה, בנשיאה בחלק מהגירעון האקטוארי של הקרנות הותיקות. ספק אם העברת סכומים בהיקף של למעלה מ-74 מיליארד ש"ח מהמדינה לקרנות הותיקות בוצעה כ"הטבה" גרידא. ויש שיאמרו כי ראוי היה שהמדינה תמנע מלכתחילה את יצירת המציאות שהביאה להתהוות הגירעון האקטוארי בקרנות הותיקות. מכל מקום, ובענייננו, אין אנו נדרשים לשאלת היקף אחריותה של המדינה בהקשר רחב זה. השאלה המונחת לפתחנו מצומצמת הרבה יותר ונוגעת לאופן מימון השוואת הזכויות של האלמנים לאלמנות.

הסוגיה החוקתית בבג"ץ 4948/03

4. עתירתו של מר אלחנתי בבג"ץ 4948/03 מעלה סוגיה חוקתית מורכבת. הכנסת קבעה בחוק כי יש לתקן את העיוות רב השנים שהביא לפגיעה קשה בעקרון השוויון וכי המדינה תישא בעלויות הכרוכות בכך. ניתן לראות בחקיקת חוק השוואת זכויות כמעין הצהרה שלפיה המדינה מכירה במחויבותה לפתרון הבעיה הקשה של פגיעה בשוויון המונחת לפתחנו. התוצאה שאליה הגיע בית הדין הארצי לעבודה – לפיה יבוטלו ההוראות המפלות בתקנון האחד – עוקרת את שורשו של העיוות. אולם אין בתוצאה זו כדי לייתר את השאלה החוקתית הנוגעת לביטול ההוראה בדבר מימון עלויות השוויון, הקבועה בסעיף 4 לחוק השוואת זכויות. לשיטתי, כאמור, אין מקום לראות בהשתתפות המדינה בגירעון האקטוארי של הקרנות הותיקות משום "הטבה". עמדה זו לא משתנה, כמובן, כאשר מדובר בהשתתפות בגירעון שמטרתה קידום של עקרון השוויון. כאשר נסוגה המדינה ממחויבותה זו, בדרך של ביטול החוק שקידם את השוויון, פגעה היא למעשה בעקרון השוויון. ההוראה הפוגעת אינה בבחינת "דין שמור" לפי הוראת סעיף 10 הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד), שכן הן חקיקתו של חוק השוואת זכויות והן ביטולו ארעו לאחר תחילתו של חוק היסוד (השוו לבג"ץ 9163/02 וינטראוב נ' שר העבודה והרווחה (טרם פורסם, ניתן ביום 9.8.2006)). יש לבחון איפוא אם פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

5. התכלית שעמדה בבסיס ביטול חוק השוואת זכויות היא חיסכון תקציבי גרידא. כך עולה מדברי ההסבר לביטול: "עלות התקציבית של החוק מאז הפעלתו היא כ-35 מליון שקלים חדשים בשנה, ועל כן מוצע לבטלו" [הדגשה הוספה, א' ר']. גם אם

ייקבע שהחיסכון התקציבי הוא תכלית ראויה בענייננו, ספק רב בעיניי אם ביטול חוק השוואת זכויות עומד בדרישת המידתיות במובנה הצר. כלל לא ברור אם מתקיים יחס ראוי בין החיסכון התקציבי של המדינה לבין הפגיעה בשוויון שנבעה מביטול החוק. המדינה מבקשת לסגת מן המחויבות שנטלה על עצמה קודם לכן לשאת בעלויות הכרוכות בהשוואת הזכויות. התנערות זו לא עולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של המדינה בתוכנית ההבראה של הקרנות הותיקות. כאמור, הבדלת עלויות השוואת הזכויות מכלל הגירעון האקטוארי נבעה מהנחה מוטעית כאילו מדובר בזכויות חדשות. לכך יש להוסיף את הקושי הנובע מן המטרה העומדת בבסיס המחויבות – קידום השוויון. יחד עם זאת, אין הכרח בכך שהמדינה תישא בכל העלויות הכרוכות בהשוואת הזכויות (כשם שהמדינה לא נשאה בכל עלויות כיסוי הגירעון האקטוארי). לדעתי, אין גם כל הכרח בהכרעה מימונית בעלת אופי בינארי (כלומר, כי רק המדינה או רק הקרנות יישאו בעלויות). כך, לדוגמא, אילו תחת ביטולו של חוק השוואת זכויות היה נקבע כי עלויות המימון יחולקו בין המדינה לבין הקרנות, ייתכן שהיה נקבע גם במקרה כזה כי מדובר בשינוי מידתי העומד בתנאי פיסקת ההגבלה. לבסוף, אציין כי גם בהתחשב במצבו הכלכלי של המשק בעת שבוטל החוק, עשויות היו להיות חלופות לביטולו המוחלט של החוק, חלופות שפגיעתן פחותה, כגון קביעת מועד עתידי לתחילת החוק. בכל אלה אין צורך להכריע היום – כפי שיובהר מיד.

6. סבור אני כי לאור התוצאה שאליה הגיע בית הדין הארצי לעבודה – שלפיה הסעיפים המפלים בתקנונים בטלים – הופכת עתירתו של מר אלחנתי לתיאורטית. סעיף 2 לחוק השוואת זכויות קובע כי:

נקבעה בתקנון של קופת גמל לקצבה, פנסיית שאירים בשיעור מסוים מהשכר הקובע לאלמן, ופנסיית שאירים בשיעור אחר מהשכר הקובע לאלמנה, יהיו זכאים האלמן והאלמנה, למרות האמור בתקנון, לפנסיית שאירים בשיעור זהה מהשכר הקובע של כל אחד מהם לפי השיעור הגבוה הקבוע בתקנון.

לשיטתי, גם אילו היתה מתקבלת עתירתו של מר אלחנתי וחוק השוואת זכויות היה מושב על כנו, לא היה לחוק זה על מה שיחול. זאת, כיוון שהחוק חל רק על קרנות שבתקנון שלהן קבוע הסדר מפלה, וכאמור, הסדרים כאלה בטלים – לאור פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה ולאור פסק דיננו – ולכן אינם קיימים עוד. מכאן נובע שלא יהיה בהחייאתו של החוק כדי לחייב את המדינה בנשיאה בעלויות השוואת הזכויות. מהטעם הזה בלבד דעתי היא שיש לדחות את עתירתו של מר אלחנתי.

7. קושי ממשי אני מוצא בפתרון שלפיו האלמנות (שטרם החלו לקבל פנסיה לפי השיעור בהסדר המפלה) תהיינה אלה אשר תישאנה בעלויות הכרוכות בהשוואת הזכויות של האלמנים, בדרך של העמדת שיעור הפנסיה המשולם לאלמנים ולאמנות כאחד על ממוצע השיעורים הקבוע בהסדר המפלה. גם אם אין לנשות המבוטחים (שטרם התאלמנו) זכות קנויה בשיעורי הפנסיה הקיימים היום, סבור אני שאין כל הכרח בהנגדה של זכויות האלמן כנגד זכויות האלמנה. יתרה מכך, הנגדה זו עשויה להביא לפגיעה שאינה ראויה מבחינת השוויון המהותי של הנשים ומבחינת שיקולי צדק חלוקתי. השתת מלוא העלויות על האלמנות אינה מתיישבת גם עם עקרון הערכות ההדדית, שלאורו פועלות הקרנות עצמן. פתרון אפשרי הוא שהעלויות שבהן ישאו הקרנות (ככל אשר יהיו עלויות אלה) יחולקו על פי מנגנון האיזון האקטוארי, הקבוע בסעיף 64 בתקנון האחיד של הקרנות הותיקות (מנגנון הקובע שלצורך כיסוי הגירעון, יופחתו "זכויות למבוטחים, פנסיונרים ושאיירים", לפי חלוקה שתקבע הקרן).

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

השופט א' גרוניס:

אני מסכים לדחייתן של שתי העתירות כמוצע על ידי חברתי, השופטת א' חיות. עם זאת אוסיף, כי ייתכן ובסופו של יום, לאחר בדיקה של החלופות האפשרויות לפתרון, יסתבר כי אף אחת מהן אינה ישימה.

האפשרות הראשונה, זו של מימון ההשוואה ממקורותיהן של קרנות הפנסיה הותיקות, כנראה אינה אפשרית, שהרי אין להן מקורות, אלא אם תופחתנה זכויות לחלק מן הזכאיות. כלומר, השוואה בלא הפחתה של זכויות אינה בת ביצוע. האפשרות האחרת, זו של מימון על ידי המדינה, תלויה ברצונה של המדינה, שהרי אין שום חובה על המדינה לממן את ההשוואה. נותרת האפשרות השלישית, והיא מימוש ההשוואה על ידי הקרנות עצמן, על דרך הפחתה בשיעור הפנסיה המגיע לאלמנות. פתרון זה פותח פתח לטענה כי יהא בו משום פגיעה בזכויות מוקנות, ולמצער בציפיות שהדין מגן עליהן. עמדתן של האלמנות שעלויות להיפגע כלל לא נשמעה. בכל מקרה, ייתכן

שפגיעה ברמה מסוימת תהא מותרת, בעוד שפגיעה ברמה גבוהה יותר לא תהא מוצדקת. סוגיות אלה טעונות בדיקה ובירור. משמע, ההצהרה בדבר בטלותו של ההסדר הקיים הינה מוגבלת בנפקותה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, י"ב סיוון, תשס"ח (15.06.2008).

ש ו פ ט

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

נ ש י א ה

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט