

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6845/00

בפני:

כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש

העותרות:

1. איתנה ניב
2. נעמי אורטל

נ ג ד

המשיבים:

1. בית הדין הארצי לעבודה
2. קופת חולים כללית
3. נעמת תנועת נשים עובדות ומתנדבות

תאריך הגשת סיכומים בכתב:

ט"ז בטבת תשס"ב (31.12.01)

בשם העותרות:

עו"ד אריאל שמר
עו"ד אשר סלע

בשם המשיבה מס' 2:

עו"ד תמר גולן
עו"ד שלומית גוטרמן-כספי
עו"ד גיא גולן

בשם המשיבה מס' 3:

עו"ד מיכל ברוך
עו"ד גלי עציון

תשובה לצו על-תנאי

פסק-דין

השופט מ' חשין:

עתירה לביטול פסק-דין שיצא מלפני בית-הדין הארצי לעבודה. העותרות שלפנינו - איתנה ניב (**איתנה**) ונעמי אורטל (**נעמי**) - תבעו את קופת חולים הכללית (**קופ"ח** או **הקופה**), וטענתן בפיהן כי בהסכמי הפרישה שלהן מעבודתן בקופ"ח הופלו שלא-כדין ובניגוד לחוק. בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו (כב' השופט יצחק לובוצקי ועימו נציגי הציבור מר עוזרי ומר פנחס) דחה את התביעה. השתיים ערערו על דחיית התביעה, ושוב לא נענו: בית הדין הארצי לעבודה

דחה את הערעור ברוב דעות של הנשיא ס' אדלר, סגן הנשיא י' אליאסוף ונציגת עובדים הגב' ר' גן, בניגוד לדעת מיעוט של כב' השופט ע' רבינוביץ ונציג מעבידים מר ר' מותב. ראו: ע"ע 238/99 **איתנה ניב ונעמי אורטל - קופת חולים כללית**, פד"ע לה 49. על פסק-הדין האחרון העתירה שלפנינו, ועתירת העותרות היא, כאמור, כי נבטל את פסק-דינו של בית הדין הארצי לעבודה וכי נוסף ונזכה אותן במבוקשן.

2. עיקרה של העתירה נסוב על סוגיית ההפליה בין גברים לבין נשים - לרעת הנשים, כמובן. קופ"ח קבעה הסדרי פרישה מוקדמת לעובדיה, ובגידרי אותם הסדרים הציעה תנאים מיטיבים מסויימים לעובדים-גברים עד לגיל 65 ואילו לעובדות לא ניתנו אותם תנאים מיטיבים אלא עד גיל 60 בלבד. זה עיקר טרזנייתן של העותרות - טענת הפליה - ועליה משיבה קופ"ח - בצד כפירתה בטענת ההפליה - כי כל אחת מן העותרות חתמה על הסכם שבו קיבלה על עצמה את תנאי הפרישה שהוצעו לה, וכי הסכמה זו בלעה כל טענה שהיתה להן עד שחתמו על ההסכמים. אלה עיקרי הטענות, זה עיקר התשובה, ובאלה נעסיק עצמנו בחוות דעתנו שלהלן.

עיקרי העובדות שלעניין

3. בשנות התשעים של המאה העשרים, ולאחר שנקלעה למשבר כספי חריף, נאלצה קופ"ח לבצע - בסיוע הממשלה ובהסכמת אירגוני העובדים - תהליך הבראה שחייב, בין השאר, צמצום משמעותי במצבת העובדים. במסגרת זו גובש הסדר אשר קורא "פרישה מרצון מהעבודה בתנאים מועדפים", ואשר לפיו ניתן לעובדים שנתקיימו בהם תנאים מסויימים לפרוש מעבודתם בקופ"ח בשני מסלולי פרישה: מסלול פרישה לעובדים הצעירים מגיל 57 - ואלה זכו לפיצויי פיטורין מוגדלים - ומסלול פרישה לעובדים שגילם 57 ומעלה. ענייננו הוא במסלול השני, ולהלן נכנה אותו "**הפנסיה המוקדמת**".

נציין כבר בתחילה, כי תוכנית הפרישה היתה - כשמה - פרישה מרצון. עובדת או עובד יכולים היו להידרש לתוכנית ולפרוש מעבודתם, או שלא להידרש לתוכנית ולהמשיך לעבוד עד גיל הפרישה הרגיל - גיל 65 - שנקבע לעובדי הקופה, נשים וגברים כאחד. יחד-עם-זאת, עובד שבחר להמשיך ולעבוד נטל על עצמו סיכון כי יפוטל שלא במסגרת תוכנית הפרישה, ובמקרה זה לא היה זוכה בהטבות שהוצעו לו בתוכנית.

4. נביא עתה עיקרים בתוכניות הפנסיה של עובדי קופ"ח. עובדי קופ"ח מבוטחים ביטוח פנסיה בקרן הגימלאות המרכזית של עובדי ההסתדרות בע"מ (קג"מ), גוף שאין זהות בינו לבין קופ"ח. כמקובל בנושא הפנסיה, הפרישו העובדים וקופ"ח, גם אלה גם זו, שיעור מסויים ממשכורת העובדים; סכומי כסף אלה שולמו לקג"מ; ועל-פי הסכם שנעשה התחייבה קג"מ לשלם לעובדים, משיפרשו מעבודתם ומידי חודש בחודשו, סכום כסף מסויים כפנסיה. למותר לומר כי גובה הפנסיה נקבע על-פי שכר העובד ומספר שנות העבודה בקופ"ח.

על-פי תקנון הגימלאות בקג"מ (התקנון) גיל הפרישה המזכה הוא 65 לגבר ו-60 לאישה; פירוש: גבר זכאי לקבל פנסיה מקג"מ בהגיעו לגיל 65, ואישה - בהגיעה לגיל 60. ודוק: על-פי ההסדר הקיבוצי עם הקופה, אישה אינה חייבת לפרוש מעבודתה בגיל 60. אישה זכאית להמשיך ולעבוד בקופ"ח עד גיל הפרישה הקבוע לכל העובדים - גיל 65 - ועל דרך זה לקנות זכות לפנסיה גדולה מן הפנסיה שהיתה זכאית לה לו פרשה בגיל 60.

5. עד כאן - הפנסיה הרגילה. נעבור עתה לפנסיה המוקדמת על-פי תוכנית הפרישה מרצון. הפנסיה המוקדמת נועדה לעובדות ולעובדים שפרשו בגיל 57 ומעלה, גיל שהוא צעיר מן הגיל המזכה בתקנון קג"מ. על פער שנים אלו ביקשה תוכנית הפנסיה המוקדמת לְגַשֵּׁר. וכך, כדי להבטיח כיאות את מחייתם של העובדים, נטלה קופ"ח על עצמה - ומתקציבה - לשלם פנסיה לעובדים שיפרשו קודם זמנם, מיום פרישתם ועד ליום שבו יגיעו לגיל הפרישה המזכה ויזכו לקבל פנסיה מקג"מ. פנסיה זו שקופ"ח נטלה על עצמה לשלם כונתה "פנסיה תקציבית".

על-פי ההסדר, קיבלו העובדים בתקופת הפנסיה התקציבית הטבות מיוחדות ומשמעותיות. **אחת**, סכום הפנסיה התקציבית אמור היה להיות גבוה מסכום הפנסיה המשתלמת בידי קג"מ. **שתיים**, קופ"ח שילמה לעובדת ולעובד - בתקופת הפנסיה התקציבית - תוספות שונות, בהן הפרשות לקרן ההשתלמות. **שלוש** - ואולי בכך עיקר - בתקופת הפנסיה התקציבית המשיכה קופ"ח לשלם לקג"מ תשלומים לצבירת פנסיה, גם את התשלום החל על המעביד גם את התשלום החל על העובדת או העובד. על דרך זו המשיכו העובדת והעובד שפרשו מעבודתם לצבור זכויות בקג"מ - על חשבון קופ"ח - וכך עד ליום הפסקת תשלומה של הפנסיה התקציבית.

6. בעין-הסערה ניצב-עומד תנאי בתוכנית הפרישה מרצון, ולפיו:

תנאים אלה [תנאי תוכנית הפרישה - מ' ח'] תקפים גם לגבי עובדות בתנאי שהחל מגיל 60 תחלנה לקבל את הגמלה מקג"מ.

הנה-הוא עובד הנה-היא עובדת שפרשו לגימלאות, היא והוא, בגיל 57. העובד יזכה בפנסיה תקציבית - על ההטבות היתירות הנילוות אליה - עד גיל 65 (ומאז אותה עת יקבל פנסיה אך מקג"מ), ואילו העובדת לא תזכה בפנסיה תקציבית על הטבותיה אלא עד גיל 60 (ומאז אותה עת תקבל פנסיה אך מקג"מ). פירוש: לא זו בלבד שאישה מפסידה חמש שנות פנסיה תקציבית (מגיל 60 ועד גיל 65) - פנסיה הגבוהה מן הפנסיה שעשויה היא לקבל מקג"מ - אלא שמוסיפה היא ומפסידה חמש שנים (אותן חמש שנים) בצבירת זכויות הפנסיה בקג"מ, שכן בבוא העת תקבל מקג"מ פנסיה נמוכה מזו שהיתה זוכה בה לו היתה

זוכה בפנסיה תקציבית עד גיל 65. למען הנוחות, ולקיצור, נכנה להלן את זכויות העובדת הפורשת: א, ואת זכויות העובד הפורש: א+.

7. הסדר ההבראה גובש בהשתתפות קופ"ח, הממשלה וההסתדרות הכללית, ולאחר שביום 10.11.1994 חתמו קופ"ח וההסתדרות על הסכם קיבוצי מיוחד באותו עניין, נחתם ביום 13.11.1994 הסכם הבראה והתייעלות בין שלושה גופים אלה. ההסכם הקיבוצי המיוחד לא דיבר באורח מפורט בתוכנית הפרישה מרצון אלא קבע אך באורח כללי כי עובדים מסויימים יצאו לגימלאות, וכי פרישתם מעבודתם תיעשה בהסכמה בין קופ"ח לבין ארגון העובדים לגבי כל עובדת ועובד בנפרד.

8. הליך פרישתם של עובדי קופ"ח התבצע איפוא על דרך כריתת חוזי פרישה עם כל עובדת ועובד בנפרד. חוזה-פרישה אלה נוצקו ונמסכו בהם יסודות אישיים ויסודות כלליים גם-יחד. היסוד האישי הורכב ממשכורתו הקודמת של העובד, גובה הפנסיה, גובה הפנסיה התקציבית, מענק הסתגלות, מענק פרישה ועוד כיוצא באלה רכיבים אישיים של כל עובדת ועובד. רכיבים אלה של הסדר הפרישה נקבעו במשא-ומתן בין קופ"ח לבין העובדת או העובד היחידים. אשר ליסוד הכללי: כל ההסדרים האישיים היו כפופים לעקרונות שנקבעו בתוכנית הכללית, ואלה לא ניתנים היו לשינוי. כך, למשל, התנאים שנקבעו באשר לדרכי ההסדר הנפרדות לעובדות ולעובדים: תנאים אלה לא ניתנים היו לשינוי, לא היו פתוחים למשא-ומתן, והעובדות (לענייננו) חייבות היו לקבלם או שלא להצטרף כלל להסדר הפרישה מרצון. וכך, תנאי תוכנית הפרישה ולפיו לא תזכינה עובדות בפנסיה תקציבית אלא עד גיל 60 בלבד, תנאי מוכתב היה, תנאי שאינו ניתן לשינוי. לעובדת - להבדיל מאשר לעובד - לא הוצע כלל לקבל פנסיה תקציבית עד גיל 65, ועובדת שביקשה או שדרשה לצבור זכויות פנסיה עד גיל 65 - משל היתה עובד - לא יכולה היתה כלל להשתתף בתוכנית הפרישה המוקדמת. היה עליה לעבוד עד גיל 65.

9. איתנה ונעמי, העותרות שלפנינו, פרשו מעבודתן כאחיות במסגרת תוכנית הפרישה מרצון אף שיכולות היו להמשיך בעבודתן עד גיל 65. בעת חתימת הסכמי הפרישה היתה איתנה כבת 58 ונעמי היתה כבת 57. השניים ניהלו משא-ומתן על תנאי הפרישה, אך לא הוצע אף לא לאחת מהן - כפי שהוצע לעובדים - תנאי פרישה עד גיל 65. כל אחת מן השניים חתמה על חוזה אישי שבו הסכימה לפרוש בתנאים שהשיגה. באותו חוזה נקבע מפורשות כי תשלומי הפנסיה התקציבית ייפסקו בהגיע העובדת לגיל 60. כן כללו אותם חוזים אישיים תניה ולפיה ויתרו העותרות על תביעה נוספת נגד קופ"ח.

איתנה חתמה על ההסכם ביום 18.3.1997; פרשה מעבודתה ביום 30.4.1997; והפנסיה התקציבית ששולמה לה החל ביום פרישתה פסקה ביום 31.1.1999 - כמתנת יום הולדת - עם הגיעה לגיל 60.

נעמי חתמה על ההסכם ביום 19.3.1996; פרשה מעבודתה ביום 30.6.1996; והפנסיה התקציבית אשר שולמה לה החל ביום פרישתה פסקה ביום 30.6.1999.

אוסף בהקשר זה, שאני דוחה את טענת קופ"ח כי העותרות פרשו מקופ"ח שלא במסגרת תוכנית הפרישה מרצון. בית הדין האזורי לעבודה דחה טענה זו ולא מצאתי לנכון להתערב במימצי-עובדות זה.

10. ביום 17.1.1999, כ-21 חודשים לאחר פרישת איתנה וכ-32 חודשים לאחר פרישת נעמי, הגישו השתיים תביעה לבית הדין האזורי לעבודה. בתחילתו טענו השתיים כי הסכמי הפרישה שחתמו עליהם נוגדים את עקרון השוויון, את תקנת הציבור ועוד דברי חוק שונים שעניינם שוויון זכויות לנשים. עתירת העותרות היתה להצהרה על בטלות התניות המפלות בהסכמי הפרישה ולקבלת סעדים נוספים הנדרשים מסעד עיקרי זה.

11. בית הדין האזורי לעבודה דחה את התביעה בקובעו שני אלה: תוכנית הפרישה הכללית נגועה אמנם בהפליה פסולה - הפליה בין עובדות לבין עובדים בקביעת גיל שונה לזכויות - ואולם בחתימתן של העותרות על ההסכמים האישיים רפא לפגם. בחותמן על ההסכמים העידו העותרות, כל אחת מהן על עצמה, כי מסכימה היא לתוכנית, ובית הדין אינו רשאי להתערב בהסכמה זו.

12. העותרות ערערו על החלטה זו לפני בית הדין הארצי לעבודה, אך ערעורן נדחה, זו הפעם ברוב דעות. בית הדין הארצי - גם רוב גם מיעוט - הסכימו כי תוכנית הפרישה הכללית לוקה בהפליה פסולה בין העובדים לבין העובדות - לרעת העובדות, כמובן - אך נחלקו ביניהם רוב ומיעוט באשר לתוצאות ההפליה. דעת הרוב (מפי השופט אליאסוף) היתה, שיש לדחות את טענת העותרות ולפיה ההוראות המפלות בהסכמי הפרישה פסולות אך באשר נוגדות הן את תקנת הציבור. טעם הדבר הוא, שהעותרות ידעו - קודם חתימתן על ההסכמים - את כל הפרטים באשר לתנאי פרישתן. יתר-על-כן: בודען את אשר ידעו לעת חתימת ההסכם, ובחותמן על הסכמי הפרישה, ויתרו העותרות על זכות-היתר המוענקת להן בסעיף 2 לחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז1987 - הזכות לעבוד עד גיל 65 - ויש ליתן תוקף מלא לווייתור זה המותר על-פי דין. "על כן, יש לתת נפקות מלאה לתוכן הסכמי הפרישה של המערערות, אשר - על-פי התנהגותן - הן הסכימו לו מרצונן החופשי והשלימו עם ההוראות ההסכמים שבוצעו הלכה למעשה" (פיסקה 44 לפסק הדין, פד"ע לה, 74).

מנגד, דעת המיעוט (מפי השופט רבינוביץ) היתה, כי העותרות הופלו לרעה ביחס לעובדים שפרשו; על דרך זה נפגמו הסכמי הפרישה; ו"הפגם שדבק בהסכם הפרישה של המערערות יורד לשורשו של ההסכם, וכל הסכמה של המערערות לא תוכל לרפא אותו." (שם, 74).

לאחר שהחליט לדחות את הערעור כאמור, לא עוד נדרש בית הדין הארצי לעבודה ליתר טענות בעלי-הדין בערעור, טענות המועלות גם בעתירה שלפנינו.

13. עתירת העותרות מכוננת עצמה נגד פסק-דין של בית הדין הארצי לעבודה, ושלושה ראשים הם בצו על-תנאי שהוצא לבקשתן: אחד, כי יבוטל פסק-דין של בית הדין הארצי לעבודה; שניים, שייקבע כי העותרות הופלו לרעה בהסכמי הפרישה אך באשר נשים הן; ושלושה, כי תבוטלנה התניות המפלות בהסכמי הפרישה וייקבע שהעותרות זכאיות לתנאי פרישה זהים לעובדים שפרשו, דהיינו, לקבל פנסיה תקציבית עד לגיל 65. במעמד הוצאת הצו על-תנאי צורפה נעמת תנועת נשים עובדות ומתנדבות (**נעמת**) כעותרת שלישית.

14. להשלמת התמונה נוסיף כי לא אך העותרות מתלוננות על הסדרי הפרישה מקופ"ח. הכתבים המונחים לפנינו לימדונו כי תלויים ועומדים הליכים נוספים בסוגיה נושא העתירה, לרבות תביעה ייצוגית שהוגשה ונסתיימה בפשרה. כל אלה אינם לענייננו במישורין, וכל שביקשנו לומר אינו אלא זה, שיודעים אנו כי הכרעתנו בעתירה הנוכחית תהא נודעת לה השפעה גם על עניינים אחרים התלויים ועומדים לפני ערכאות-שיפוט.

השאלות שבמחלוקת

15. בעלי-הדין נחלקו ביניהם בשאלות לא מעטות, אך מתוכן צועדות לפנינו שתי שאלות עיקריות. ואלו הן השאלות: **אחת**, האם הופלו העותרות לרעה - בהפליה פסולה - לעומת עובדים שפרשו, כעותרות, בהסכמי הפרישה המיוחדים מקופ"ח? כפי שראינו, גם בית הדין האזורי גם בית הדין הארצי סברו כי העותרות הופלו לרעה, באשר תוכנות הפרישה הכללית - אשר נמסכה אל הסכמי הפרישה האישיים - היתה, בחלקים בה, תוכנית מפלה ופסולה. השאלה **השנייה** שלענין היא, מה משמיעה אותנו אותה הפליה - ככל שהיתה הפליה - והאם זכאיות הן העותרות לסעד? תשובת בתי הדין לעבודה היתה, כפי שראינו, כי העותרות אינן זכאיות לסעד באשר חתמו על הסכמי הפרישה מרצונן, ביודען את תנאי תוכנית הפרישה ובהסכימן להם. הסכמתן של העותרות לחתום על הסכמי הפרישה כמו מכסה היא על הפגם שנפל בהסכמים - בבחינת על כל פשעים תכסה אהבה - ועל כן אין לומר כי אותם הסכמים נוגדים את תקנת הציבור.

הבה נדון בשאלות אלו, אחת לאחת, כסידרן, ואולם טרם שניפנה לגופם של דברים נאמר דברים אחדים על בקשה למחיקת ראיות מסויימות שנאספו על תיק בית-המשפט ועל בקשה לקבלת ראיות אחרות.

ראיות חדשות

16. נעמת צירפה למיסמכים שהגישה לבית-המשפט הסכמי פרישה מוקדמת של מעבידים אחרים, במשק, וקופ"ח עותרת למחיקתן של אותן ראיות. התנגדותה של קופ"ח לצירוף המיסמכים נראית לנו, שהרי ממה נפשך: אם התנהגות קופ"ח בענייננו היתה תקינה, מה טעם להכביר עלינו מיסמכים נוספים; ואילו אם התנהגותה לא היתה תקינה, שוב אין באותם מיסמכים כדי להעלות או להוריד. יש לפסול איפוא מיסמכים אלה כראיות בעתירה.

קופ"ח מוסיפה ומבקשת לצרף כראיה ידיעת עיתון מיום 5.11.2001 ועניינה גרעוניתה של הקופה. לא הבנו משמעותה של ידיעה זו. האמנם על דרך זה מבקשת הקופה להוכיח את מצבה הקשה? אתמהה. בקשתה של קופ"ח דינה אפוא כי תידחה.

לטענת ההפליה

17. האם הופלו העותרות לרעה ביחס לעובדים שפרשו לגימלאות יחד עימהן בתוכנית הפרישה מרצון? הפליה היא, כידוע, יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשווים. אמרנו זאת פעמים אין-ספור ולא נוכל לחדש. ראו, למשל: בג"צ 678/88, 803 **כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח' פ"ד** (2) 501, 507 - 508 (מפי השופט אור). נשיל את הגלדים החיצוניים של הדוקטרינה, וידענו כי עיקר בה - עיקר-העיקרים - הוא, בהגינות או בהיעדר ההגינות כלפי מי שראויים הם ליחס שווה. לשון אחר: השוויון - היפוכה של ההפליה - פירושו הוא, הלכה למעשה, צדק והגינות ראו עוד: בג"ץ 7111/95, 8195 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485, 502-503. על רקע דברים אלה נחזור אפוא על השאלה: האם הופלו העותרות לרעה ביחס לעובדים-גברים שפרשו לגימלאות יחד עימהן בתוכנית הפרישה מרצון?

18. הנה היא עובדת הנה הוא עובד: השניים עבדו בתפקיד זהה, גילם זהה, ויתקם זהה, תרומתם לקופ"ח שווה, תשלומיהם לקופת הפנסיה היו כתקנון הקופה. בִּפְלֹזִים זהים הם השניים, ואולם כך - עד בואם אל תוכנית הפרישה. עם הצטרפם אל תוכנית הפרישה נפרדות הדרכים: היא מקבלת א, הוא מקבל א+. הוא לא תרם יותר ממנה לקופה; הוא לא עבד יותר ממנה; הוא לא צבר זכויות יותר שנים ממנה. בכל זהים הם השניים חוץ מאשר לעניין תוכנית הפרישה מרצון. הוא זוכה יותר ממנה אך באשר הוא "הוא". היא זוכה פחות ממנו אך באשר היא "היא". ממש כבימי קדם.

19. אין פלא בדבר, אפוא, שבתי הדין לעבודה מצאו כי בהציעה תנאי פרישה שונים לעובדות ולעובדים נהגה קופ"ח הפליה; לרעת העובדות, כמובן. אמר על-כך בית הדין האזורי (בהציגו בתחילה את השאלה שלעניין):

האם מעביד רשאי להציע לעובדיו - נשים וגברים - אפשרות פרישה לפני גיל הפרישה החוקי (60-65), כאשר זכויות הפרישה שיוצעו לנשים הן מופחתות לעומת אלו של הגברים. האם זוהי "הפליה פסולה" להציע פרישת נשים לגמלאות לפני גיל 60, מבלי לקחת בחשבון את האפשרות המוקנית להן להמשיך לעבוד עד גיל 65.

הצעת פרישה שונה לנשים וגברים - היא "הפליה פסולה":

... אין מנוס מלקבוע כי הקופה התנהגה התנהגות שיש בה אלמנט של "הפליה פסולה". ומדוע? ... הצעתו של מעביד לנשים לפרוש מעבודתן בפרישה מוקדמת, אגב לקיחה בחשבון מראש כי גיל הפרישה של הנשים הוא גיל 60 (ולא 65) - היא כשלעצמה מהווה הפליה פסולה.

במקרה דנן, מעביד המציע לעובדיו פרישה מוקדמת, אגב קביעה מראש שני מסלולי פרישה נפרדים, האחד לגבר והאחר לאישה, כאשר "המסלול הנשי" יוצא מנקודת הנחה כי אישה אמורה לפרוש בגיל 60 ולא בגיל 65, נוקט בגישה פסולה ומפלה ("הפליה עקיפה"). ... שכן, כאשר מעביד יוצא מנקודת הנחה מראש שאישה מעוניינת לפרוש בגיל 60 ולא למצות את זכותה לעבוד עד גיל 65, הוא מבטא דעה המקרינה נחיתות של האישה בחיי העבודה, ואת זה מחובתו של בית הדין לעבודה למנוע. כיום אין כבר חולק על כך, שנשים זכאיות להזדמנות שווה להשתתף בחיי הציבור - לרבות השתלבות שוויונית בתחום התעסוקה. חרף הקושי ביישום עקרון השוויון הרלבנטי (ראה: פרופ' ר. בן-ישראל, "שוויון הזדמנויות ואיסור הפליה בעבודה", הוצ' האוני' הפתוחה, בעמ' 24), מחובתו של ביה"ד לעשות ככל שביכולתו למניעת היווצרות מוטיבציה המזינה הפליה פסולה, גם כאשר מדובר בהפליה עקיפה בלבד.

התערבות בית הדין לעבודה נדרשת גם במקרים של "הפליה עקיפה", משום שהמדיניות הנכונה למניעת הפליה פסולה, אינה מדיניות שרק מגיבה על הפליה, אלא מדיניות הנוקטת בצעדים חיוביים למניעתה ...

לאותה תוצאה ממש, ניתן להגיע גם באמצעות יישומה של חובת תום הלב המוגברת ביחסי העבודה. לדעתנו, חובת תום הלב ביחסי העבודה, מחייבת להגביל מעביד מליזום פרישת עובדים אגב הצעת תנאים שונים לגבר ותנאים שונים לאישה.

אנו נוטים לדעה לפיה הצעת מעביד לעובדים, גברים ונשים, לפרישה מוקדמת, היוצאת מהנחה שנשים יעבדו בפועל עד גיל 60 בלבד, היא הצעה שאינה שומרת על האינטרסים של העובדות (הנשים) ...

התוצאה:

הצעת מעביד ל"פרישה מוקדמת" של נשים וגברים היוצאת מהנחה כי העובדת תועסק בפועל לכל היותר עד גיל 60, היא הצעה בעלת אלמנט של "הפליה עקיפה". הצעה כזו ראוי שלא תוצע, שעה שיש לכך השפעה כלכלית על תנאי הפרישה המוצעים לאישה לעומת אלו המוצעים באותו מעמד לגבר (ההדגשות במקור - מ' ח').

החרה החזיק אחריו בית הדין הארצי:

הפליה בעבודה משמעותה יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לגבי עובד לא כפרט אלא כאחד מבני הקבוצה המופלית לרעה ...

במהותה ההפליה היא "יחס שונה לשווים" ...

עם זאת, "משמדובר באפליה - אין למדוד את העוול בפרוטות; הפרוטות קובעות את עורכים תחשיב כלכלי, אך לא את דנים בכבודו של אדם ובפגיעה וברגש השוויון, שלו זכאי כל אדם בין כאזרח בתחום הכללי ובין כעובד בשדה העבודה" (עמ' 68).

.....

הנושא הנדון לפנינו ... הוא בשאלת תוקפה המשפטי של תכנית הפרישה, אשר הושתתה על בסיס פרישה של עובדות בגיל 60, לעומת בסיס פרישה בגיל 65 של עובדים, ובהתאם לכך מתן פנסיה "תקציבית" בתקופת זמן שאינה שווה בין העובדות לבין העובדים.

תכנית הפרישה התבססה על נתון פרישה של עובדות קופת חולים בגיל 60, שהוא הגיל שבו עובדות זכאיות להתחיל לקבל פנסיה זיקנה על פי תקנות קג"מ ... נתון זה לא הביא בחשבון את זכות היתר של העובדות לפרוש לאחר גיל 60, ועד לגיל 65, שהוא גיל הפרישה של העובדים. ...

בית הדין האזורי ראה בכך יסוד של הפליה, בקובעו כי "הצעתו של מעביד לנשים לפרוש מעבודתן בפרישה מוקדמת, אגב לקיחה בחשבון מראש כי גיל הפרישה של הנשים הוא גיל 60 (ולא 65) - היא כשלעצמה מהווה הפליה פסולה".

לאור מגמת החקיקה בדבר שוויון בגיל הפרישה בתוספת המגמה של התוצאה הכלכלית הנובעת משוויון זה, ניתן להגיע לתוצאה כי היסוד בתכנית הפרישה, המתייחס לפרישה בגיל 60 של העובדות, אינו עולה בקנה אחד עם מגמת החקיקה ...

לפיכך, מלכתחילה תכנית הפרישה היתה צריכה להיות מושתתת על תקרת גיל הפרישה של העובדות, שהוא גיל הפרישה של העובד בקופת חולים, דהיינו - גיל 65 (עמ' 71).

על רקע דברים אלה, מהי טענת קופ"ח ותישמע?

20. משיבה קופ"ח וכך היא טוענת: לא הפליה ולא בת-הפליה. כיצד כך? שעובדות זכאיות לפנסיה מקג"מ בהגיעה לגיל

60 בעוד אשר עובד אינו זכאי לפנסיה מקג"מ אלא בגיל 65. תוכנית הפרישה מרצון אמורה היתה להיות "גִּשְׁרִי" עד ליום שבו

אמורים העובדות או העובד לקבל פנסיה מקג"מ. מכאן שהשוני בין העובדות לבין העובדים באשר לקבלת פנסיה מקג"מ -

שוני רלוונטי לטענת קופ"ח - הוא אף שיצר את ההבחנה ביניהם לעניין תוכנית הפרישה מרצון. מכאן: לא הפליה היתה בין

העובדות לבין העובדים אלא הבחנה לגיטימית המצדיקה יחס שונה למי שאינם-שווים. האמנם כך?

21. התשתית התיאורטית לטיעונה של קופ"ח - תשתית מוצקה היא; מוצקה, ומקובלת היא על הכל. לא הרי "הפליה" כהרי "הבחנה", שהפליה אסורה והבחנה מותרת. הבחנה - להבדילה מהפליה - היא יחס שאינו-שווה למי שהם שונים, והוא במקום שהשוני הוא מגוף העניין. ובלשון סעיף 1ב לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א 1951- (כפי שתוקן בשנת תש"ס 2000-):

1ב. אין רואים כפגיעה בשוויון או כהפליה אסורה כל אחד מאלה: (1) אבחנה בין אישה לבין איש, במידה שהיא מתחייבת מהשוונות העניינית שביניהם, או מאופיו או ממהותו של העניין. (2)	אבחנה מותרת והעדפה מתקנת
--	---

להגדרות דומות של הבחנה מותרת (להבדילה מהפליה אסורה) ראו והשוו: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח 1998-, סעיף 8(ג); חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א 2000-, סעיף 3(ד)1; חוק שירות התעסוקה, תשי"ט - 1959, סעיף 42(ב); חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו 1986-, סעיף 16א.ב). נזכיר לענייננו, במיוחד, את הוראת סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, בזיקה להוראת סעיף 2(א)6(ב) בו:

איסור הפליה 2. (א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם ... בכל אחד מאלה:

(1)

(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה.

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

היסוד ההופך הפליה אסורה להבחנה מותרת הוא שוני המתחייב "מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". כך הוא דין אף לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו1996-, בסעיף 2 ובסעיף 6(א) בו. ראו עוד והשוו: דב"ע נא/ 8-3 מדינת ישראל - חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כד 65, 79.

הנה-כי-כן, מינו של עובד יכול שישפיע - בנסיבות מתאימות - על קבלה לעבודה או על שיבוץ לתפקיד. ואולם, משעה שאישה או גבר התקבלו לתפקיד זהה, שוב אין להבדיל ביניהם אלא בנושא כישוריהם המקצועיים ותרומתם למקום העבודה. אישה וגבר חד-הם - לענייננו - וזכאים הם לאותן זכויות.

22. משידענו כל אלה, נוסיף ונדע כי תקנון קג"מ - הקובע זכות פנסיה לאישה בגיל 60 ולגבר בגיל 65 - אין בו כדי להעלות או להוריד דבר וחצי-דבר. עובדת ועובד אשר פרשו מעבודתם - במסגרת תוכנית הפרישה מרצון - אין כל הבדל ביניהם, וזכאים הם כלפי קופ"ח באותן זכויות עצמן. אכן, העובדה שתקנון קג"מ מבדיל בין עובדת לבין עובד, אין בה כדי לאצול על זכויותיה של העובדת כלפי קופ"ח. גם אם יכולה היא עובדת - עובדת אך לא עובד - לפרוש מעבודתה בגיל 60 ולזכות בפנסיה מקג"מ, זכאית היא העובדת שלא לפרוש מעבודתה בגיל 60 ולהוסיף ולעבוד עד גיל 65. ואם זו היא זכותה, אין להבדיל בינה לבין עובד במעמדה.

23. חז"ל לימדונו וכך הורונו: "כל האומר אי אפשי לי בתקנת חכמים כגון זו - שומעים לו". (בבא בתרא מט ע"ב, ועוד). תקנת חכמים, קרא: זכות או זכות-יתר שניתנה לאדם. וכך, בהימצא לו לאדם כי תקנה שתיקנו חכמים לטובתו אך תרע אותו, יכול הוא לוותר עליה. לשון אחר: תקנה שלטובתו של אדם לא תהפוך פניה כנגד בעליה ולא תהא לו לרועץ. זכות או זכות-יתר, כשמן כן הן: זכויות הן - אין הן חובות - ואסור להן שתהפוכנה לנטל. עובדת - שלא כעובד - זכאית לפרוש מעבודתה בגיל 60; זכאית היא - אך אין היא חייבת. ראו: סעיף 2 לחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז1987-. מסקנה: זכאית היא עובדת לזכויות כעובד הזכאי לפרוש מעבודתו בגיל 65.

24. על דרך העיקרון, אם-כן, חובה היא המוטלת על קופ"ח להקנות לעובדת שפרשה מעבודתה במסגרת הסדר הפרישה מרצון - כעותרות שלפנינו - אותן זכויות שהיא מקנה לעובד-גבר במעמדה של העובדת. משידענו כי עובדת זכאית לקבל פנסיה מקג"מ בהגיעה לגיל 60; ולהשוואת מעמדם של עובד ועובדת; מותרת היא קופ"ח, לכאורה, להביא במניין פנסיה זו שהעובדת מקבלת מקג"מ, להפחיתה מן הפנסיה התקציבית, ולשלם לעובדת את ההפרש בין הפנסיה שהעובדת מקבלת מקג"מ לבין הפנסיה התקציבית שהעובדת זכאית לה. וכך, עד גיל 60 תקבל העובדת פנסיה תקציבית; בין גיל 60 לבין גיל 65 תקבל העובדת פנסיה מקג"מ וקופ"ח תשלם לה פנסיה זו עד לפנסיה התקציבית; ולאחר גיל 65 תקבל העובדת פנסיה מקג"מ, כמוה כעובדים-גברים, וקופ"ח יהא עליה להשלים פנסיה זו כאילו צברה העובדת זכויות בקג"מ עד גיל 65. על דרך זו - ורק כך - ישווה מעמד העובדת למעמד העובד. כך יאה וכך נאה. קופ"ח זכאית היתה לבחור בפיתרון אחר, ובלבד שהיתה בונה

לעובדת תוכנית שהיתה מעמידה את העובדת במעמד שווה לעובד. ביודענו כי אישה זכאית לקיצבת זיקנה מן הביטוח הלאומי כבר בגיל 60, שאלה לעצמה היא אם זכאית הקופה לקזז מן הפנסיה התקציבית את קיצבת הזיקנה שמקבלת העובדת-לשעבר, או שמא אותה קיצבה שייכת לעובדת. בנושא זה לא הכריע בית הדין לעבודה ואף אנו לא נחווה דעתנו. ראו והשוו פסק-דין של בית הדין האירופי לזכויות האדם (בנושא פנסית גישור - (bridging pension) בפרשת Case C-132/92 **Birds Eye Walls Ltd. v. Roberts**, ECR [European Court Reports] I-5579 (1993).

25. כללם של דברים: טיעוניה והסבריה של קופ"ח אין בהם כדי להפוך את הצפרדע לנסיך ואת ההפליה האסורה להבחנה מותרת. בהעלותה לפני העותרות - ולפני עובדות אחרות במעמדן - הצעתה לפרישתן מעבודה במסגרת תוכנית הפרישה מרצון, היפלתה קופ"ח לרעה את העותרות. כך קבעו בתי הדין לעבודה. כך קובעים גם אנו.

עוצמתה של ההפליה הפסולה

26. משאמרנו כי העותרות הופלו לרעה ביחס לעובדים-גברים שפרשו מקופ"ח במסגרת תוכנית הפרישה מרצון, לא עברנו אלא תחנה אחת בדרכנו אל יעדנו הסופי. ביודענו כבר עתה כי מעשה הפלייתן הפסולה של העותרות אינו הגורם האחד שלעניין; כי אמור הוא שיקול זה לצחצח חרבות עם שיקולים הנוגדים אותו והמבקשים לגבור עליו, או, למיצער, לחסר מעוצמתו; שומה עלינו לא אך לאתר את יסוד ההפליה אלא להוסיף ולבחון את עוצמתו קודם צאתו לקרב המכריע. זאת נעשה עתה.

27. ערך השוויון - ובשמו האחר: איסור ההפליה - הוא מערכי-היסוד של שיטת המשפט בישראל. וכלשונו של השופט לנדוי בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693, 698: "רעיון זה [עקרון השוויון] הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו". עקרון השוויון הוא: "עיקרון מן הראשונים במלכות - משיכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות ... עקרון השוויון עולה ומחלחל בכל צמח מצמחי המשפט, מהווה הוא חלק בלתי-נפרד מן המערך הגנטי של כל כללי-המשפט כולם". בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630, 650, 651 (**שדולת הנשים השני**) על חיבותו של עקרון השוויון עמד בית-המשפט לא אחת, בקובעו את מקומו במרכז המפה המשפטית ובשורשיהם של כללי המשפט כולם. ראו והשוו: בג"ץ 953/87, 1/88 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו**, פ"ד מב(2) 309, 332; **פרשת מרכז השלטון המקומי**, לעיל, 503; בג"ץ 1703/92 **ק.א.ל קווי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב(4) 193, 204; בג"צ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד(4) 749, 760; ועוד רבים אחרים.

28. ואולם עיקר הוא לא בהפליה בתורת שכזו אלא בסוג ההפליה ובעוצמתה של ההפליה, ולעניין זה קבע בית-המשפט כי לא הרי הפליה כהרי הפליה: לא הרי הפליה בהקצבת מענקים כהרי הפליה מחמת גזע ולא הרי הפליה מחמת מין כהרי הפליה בהענקת רשיונות. הפליה מחמת דת, גזע, לאום או מין היא מן הקשות שבהפלות. וכלשונה של השופטת דורנר בבג"צ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מט(4) 132, 94:

ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהות הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה.

וכן בבג"צ 721/94 **אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח'**, פ"ד מח(5) 749, 763 (מפי המישנה לנשיא, השופט ברק):

אכן, כל הפליה פסולה היא, אך בגדרן של ההפלות עצמן ישנן דרגות שונות. חריפותה של ההפליה נגזרת מחומרת הפגיעה בעקרון השוויון. כך, למשל, הננו רואים בחומרה יתירה הפליה על בסיס גזע, דת, לאום, לשון, עדה, גיל. במסגרת זו מעניקה שיטת המשפט הישראלית חשיבות רבה לצורך להבטיח שוויון בין המינים, ולמנוע הפליה על בסיס מין.

כך אף בפרשת **שדולת הנשים השני**, שם, 658-659:

הפלייתיה של אישה - באשר אישה היא - הינה הפליה גנרית. ... אם יעדיף לוי את ראובן באשר גבר הוא - או יפסול את לאה באשר אישה היא - תהא זו הפליה גנרית ולא הפליה פרטיקולרית. דוגמה נוספת להפליה גנרית היא הפלייתו של אדם מחמת צבע עורו או מחמת גזעו. הפליה גנרית, כפי שכבר נאמר, הינה הפליה הפועלת אנושות בכבוד האדם. אין לו לאדם שליטה על מינו (נקבה או זכר), על צבע עורו (שחור, צהוב או לבן), על שלמות גופו (נכה או שלם בגופו). האדם עשה בחייו את כל שביכולתו כדי לרכוש חוכמה ודעת, להיות אדם טוב ומיטיב, נוח לבריות וישר-דעת. והנה נדחה הוא מפני אחרים אך בשל אותו מאפיין שאין לו שליטה עליו, מאפיין גנטי או אחר ...

בבג"צ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל** פ"ד נה(5) 15, הוסיף השופט זמיר על דברים אלה, באומרו כך (בעמ' 26-27):

בית המשפט נתן מובן רחב לעקרון השוויון במספר רב של פסקי דין והחיל אותו כמעט על כל סוג של הבחנה בין בני אדם על יסוד שיקולים זרים ... אולם המובן המקורי של עקרון השוויון, ודומה שהוא גם המובן המדויק, הוא מובן צר יותר. במובן זה, המקובל במדינות אחרות, עקרון השוויון מתייחס לרשימה מוגבלת של עילות מוגדרות שאפשר לקרוא להן עילות השוויון הקלסיות ... כאלה הן, לדוגמה, הדת, הגזע, הלאום והמין: כל אדם זכאי לשוויון ללא הבדל דת, גזע, לאום או מין.

ראו עוד: י. זמיר ומ. סובל "השוויון בפני החוק", **משפט וממשל** כרך ה (תש"ס 1999-), 165, 220 ואילך.

29. אכן, כבר בשנותיה הראשונות של המדינה הוכר הצורך החברתי הדוחק לקבוע ולהשריש בין בני-החברה מודעות לשוויון בין המינים. כך בהכרזה על הקמת המדינה וכך בחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א 1951-, חוק שהמישנה לנשיא, השופט ברק כינהו חוק "מלכותי" (בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח (2) 221, 240) והשופט זילברג כינהו "חוק אידיאולוגי, מהפכני, משנה-סידרי-חברה": בג"צ 202/57 סידס נ' הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד יב (2) 1528, 1537. ראו עוד: ע"א 337/61 לובינסקי נ' פקיד השומה, פ"ד טז 403, 406; בג"צ 153/87 לאה שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב (2) 221; בג"צ 454, 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501, 521-523. (שדולת הנשים הראשון). חוק שיווי זכויות האישה זכה לתוספת ולריענון בתיקון מס' 2 שלשנת תש"ס 2000-, ובסעיף 1 בו (כסימונו לאחר התיקון) נקבע כי:

מטרת החוק 1. חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האישה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

כן הוספו לחוק הוראות חשובות נוספות בתחומי חיים שונים - ציבוריים ופרטיים - ולענייננו נזכיר במיוחד את סעיף 6 (לאחר שתוקן), המורה אותנו וזו לשונו:

שוויון בזכויות חברתיות 6. לכל אישה ואיש זכות שווה לקיום בכבוד אנושי, ובכלל זה לשוויון בתחומי העבודה, החינוך, ההשכלה, הבריאות, הדיור, איכות הסביבה והרווחה החברתית.

נסב את תשומת הלב במיוחד לזכותה השווה של כל אישה "לשוויון בתחומי העבודה", וכך בצד תחומי חיים אחרים אף-הם. כך הוא בחוק שיווי זכויות האישה וכך הוא בחוקים אחרים כחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, חוק שכר שווה לעובדת ולעובד (שכסעיף 1 בו נועד הוא "לקדם שוויון ולמנוע אפליה בין המינים בכל הנוגע לשכר או לכל גמול אחר בקשר לעבודה"), חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז 1987-, ועוד. ראו עוד: פרופ' רות בן-ישראל, **שוויון הזדמנויות ואיסור הפליה בעבודה** (האוניברסיטה הפתוחה, תשנ"ח 1998-, כרך ב'), פרק שישי, 339 ואילך; פרופ' פרנסס רדאי, "על השוויון" ו"נשים בשוק התעסוקה", **מעמד האישה בחברה ובמשפט** (בעריכת פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי, ירושלים ותל-אביב, תשנ"ה 1995-) 19, 64.

בצד חוקים אלה נזכור עוד חוקים לא-מעטים שעניינם העדפה מתקנת לנשים בתחומי חיים שונים. ראו, למשל: חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954; סעיף 6ג(א) לחוק שיווי זכויות האישה; סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975; סעיף 4(ב) לחוק האזרחים הותיקים, תש"ן-1989; סעיפים 8(ב)(3) ו-16(ג) לחוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, תשנ"ז-1997; סעיף 63(א)(3) לחוק תאגידי מים וביוב, תשס"א-2001; סעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959; סעיפים 11(ג) ו-13(ב) לחוק המאבק הלאומי בתאונות דרכים, תשנ"ז-1997. ראו עוד: פרשת **שדולת הנשים הראשון**, 516-521; פרשת **שדולת הנשים השני**, 660 ואילך; יופי תירוש, "ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה", **משפטים** ל (תשנ"ט-1999) 183; זמיר וסובל, 200-204. ראו עוד: חוק הרשות לקידום מעמד האישה, תשנ"ח-1998, שנועד "לקדם את השוויון בין המינים בישראל, להביא לתיאום בין הגופים המטפלים במעמד האישה בישראל, לקדם את החינוך, החקיקה והאכיפה בתחומים אלה, לקדם פעילות למניעת אלימות נגד נשים, להעמיד לרשות הממשלה את הכלים והמידע הנדרשים להשגת המטרות האמורות, ולהקים רשות מרכזית שתפעל ליישם עקרונות אלה".

30. כל חוקים אלה כולם, הם ואחרים זולתם, נועדו בעיקרם להצהיר על דין קיים. חוקים אלה לא יצרו לא את השוויון ולא את הצורך בשוויון בין גבר לאישה; נהפוך הוא: הצורך החברתי להכיר בשוויון הוא-הוא המזין את החוקים והוא הנופח בהם רוח חיים. עקרון השוויון היה לפני החוקים. הוא אבי החוקים. וכלשון השופט לנדוי בפרשת **ברגמן** (שם, 698):

הוא [עקרון השוויון - מ' ח'] יכול להתקיים גם בפני עצמו, בלי להישען על סעיף בחוקה כתובה, הקובע במפורש את העקרון של שוויון הכל בפני החוק. אצלנו אין סעיף מפורש כזה, לא בחוקה כתובה ואף לא בסעיף "משורייך" של חוק-יסוד, ואף-על-פי-כן רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו.

ובדברי השופט זמיר בבג"צ 6051/95, 6086 **רקנט ואח' נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח'**, פ"ד נא(3), 289, 368:

...איסור ההפליה מחמת מין אינו זקוק לגושפנקה של חוק, לא חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד ולא חוק השוויון [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה], אלא הוא קיים ועומד ככלל משפטי בזכות עצמו, וכוחו עמו לבטל הוראה סותרת בהסכם קיבוצי.

משמע, חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד אינו חוק יוצר (קונסטיטוטבי) אלא חוק מזהיר (דקלרטיבי). ונראה שכך גם, בנוגע להפליה מחמת מין. חוק השוויון אינו יוצר את האיסור להפלות מחמת מין, שהיה קיים מכוח תקנת הציבור אף לפני חוק זה; הוא יוצר רק במובן זה, שהוא קובע (בסעיף 15) כי הפרת האיסור היא גם עבירה פלילית.

ראו עוד: פרשת **דנילוביץ'**, 783; פרשת **בבלי**, 240; פרשת **שדולת הנשים השני**, 657-658.

31. הַצָּב על רגליו את העיקרון האוסר הפליה מחמת מין; העמד סביב לו כל אותם חוקים החוזרים על העיקרון

והשונים אותו שוב ושוב; והדוקטרינה תקום ותתייצב נגד עיניך. וכפי שנאמר בפרשת **שדולת הנשים השני**, שם, 658:

חוקים שהבאנו והלכות שסקרנו נדמו בעינינו לנקודות אור, והאור הוא אור השוויון, שוויון האישה לגבר בכל עניין ועניין. נלך מנקודות אור אחת אל חברתה, ודוקטרינת השוויון תגלה עצמה לפנינו במלוא הדרה.

ובעמ' 662-663:

סקרנו כמה וכמה "הוראות-ייצוג" לנשים בחקיקה הישראלית החדשה. הוראות-ייצוג אלו לא אך על עצמן יצאו ללמד. יצאו הן ללמד על הלוך-רוח חדש בשיטת המשפט בישראל, הלוך-רוח שלא היכרנו ולא ידענו בעבר. רוח חדשה וטובה החלה מנשבת בין חוקי ישראל. במקום אחר בחוות-דעתנו ... דימינו הוראות-דין שעניינן שוויון לנשים ואיסור הפלייתן לרעה לנקודות אור. מתחנו קו בין כל נקודות האור והנה גילתה עצמה לפנינו דוקטרינה במשפט הארץ, דוקטרינה שכוחה עימה מעבר להוראות-הדין הפרטיקולריות. צירוף נקודות האור האחת-אל-רעותה יצרו מעין מסה קריטית וכך נוצרה הדוקטרינה שהשלכותיה אל-למרחוק. כיוצא באותה דוקטרינה כן היא דוקטרינה הנגלית לעינינו בענייננו עתה: הוראות-הדין שעניינן ייצוג הולם לנשים אף הן נידמות לנקודות אור. חבר את נקודות האור אישה-אל-רעותה וידעת כי נוצרה מעין מסה-קריטית שאף היא ילדה דוקטרינה, או, למיצער - מעין-דוקטרינה. אם תרצו: גילתה עצמה לעינינו דוקטרינה-בהתהוות.

ראו עוד: שם, 653 ואילך. וכפי שנאמר בדנ"א 1558/94 **נפיסי נ' נפיסי**, פ"ד נ(3) 573, 626:

עקרון השוויון בין איש ואישה ובין בני-זוג צמח ועלה בשיטת המשפט בישראל להיותו עקרון-על - אם תרצה: עקרון-מסד - ובגדירות שהוצבו לו שאר הוראות וכללים מן-המניין יקודו לו וישתחוו לו.

משנמצא לנו כי איסור הפליה מחמת מין הפך דוקטרינה במשפט הארץ; כי מציג עצמו לפנינו עקרון-על מן הראשונים במלכות; נדע אף זאת, כי רק שיקולים כיבדי-מישקל, שיקולים חריגים, יוכלו לו. וכלשונו של המישנה לנשיא השופט ברק בפרשת **דנילוביץ** (שם, 764):

לעתים ניתן להצדיק פגיעה בשוויון - אשר כפי שראינו, אינה זכות מוחלטת אלא יחסית - בטעמים של תכלית ראויה. טעמים אלה חייבים להיות כבדי משקל וממין העניין. מעמסה כבדה ביותר מונחת על שכם המבקש להרים נטל זה.

אכן, רק שיקולים **המתחייבים בהכרח** ובאורח יוצא-דופן מנסיבות העניין יהא בכוחם להתגבר על איסור ההפליה מחמת מין. ראו עוד: פרשת **גסטטנר**, שם.

32. **הערה:** ריבוי החוקים האוסרים על הפליית של האישה - הם ועימם האמירות הרבות והארוכות בהלכה על הצורך הדוחק בנו לשרש את הנוהג הרווח ולפיו הגבר נעלה על האישה בתחומי החיים השונים - אינם מדברים בשיבחנו; נהפוך הוא. אכן, כשם שתקנות שהתקין רבנו גרשום מאור הגולה (חדר"ג) והאיסורים שאסר: שאיש לא ישא אישה על אשתו; שאיש לא יגרש אישה על-כורחה; שאדם יכבד את צינעת היחיד של הזולת ושלא יפתח ויקרא מכתב שלא יועד לו; כל תקנות אלו ואיסוריהן לא באו אלא משום שיהודים **נהגו** לשאת אישה שניה; משום שיהודים **נהגו** לגרש אישה על-כורחה; משום שיהודים **נהגו** לקרוא מכתבים שלא יועדו להם. כן הוא בעניינינו-שלנו: חקיקתם התכופה של חוקים האוסרים הפלייתן של נשים לרעה; גיבובם - אלה על-גבי אלה - של חוקים האוסרים הפליית נשים; הידרשותה של ההלכה, שוב ושוב, לנושא הפלייתן לרעה של נשים; כל אלה מעידים על עצמם ועל הנעשה בחברה כי נשים מופלות לרעה בחיי היומיום. מלמדים הם על נסיונם הנואש של המחוקק ושל בתי-המשפט להילחם בנהגים רעים שפשו והשתרשו בחברתנו. והמלחמה מלחמת-חורמה היא. אכן, ככל שאותם נהגים פסולים מתרבים והולכים, כך - ובה-במידה - מְשִׁיכִים החוקים האוסרים הפליית נשים רוח עזה בדוקטרינה ונוסכים הם בה עוצמה רבה. כך היה איסור הפליה מחמת מין - איסור הפלייתן של נשים - לאחד מן החוקים בעקרונות המובילים במשפט ישראל. עיקרון הוא שעקרונות אחרים יגורו מפניו, יקודו וישתחוו לו.

33. כללם של דברים: איסור הפליה מחמת מין מהווה אחד מעקרונות המפתח במשפט ישראל; והצעת-פרישה שהניחה קופ"ח לפני העותרות, הצעה מפלה היתה, מפלה אותן לרעה ביחס לעובדים-גברים שפרשו מעבודתם בקופ"ח. השאלה הנשאלת עתה היא: מה ומי הם הכוחות הנלחמים מנגד? במאבק בין הכוחות המושכים לצדדים ידו של מי על העליונה? נעבור עתה איפוא ונדון בטיעוניה של קופ"ח ובאינטרסים שהיא מבקשת להגן עליהם.

חופש החוזים

34. בתי-הדין לעבודה - גם בית הדין האזורי גם בית הדין הארצי - סברו, כי אין בידיהן של העותרות עילה ראויה נגד קופ"ח. אכן - כך קבעו בתי הדין לעבודה - ההצעה שהניחה קופ"ח לפני העותרות ניגעה בהפליה - הפלייתן של העותרות לרעה ביחס לעובדים-גברים במעמדן שפרשו אף הם מעבודה בקופ"ח במסגרת תוכנית הפרישה מרצון; אלא שהצעה זו נבלעה בהסכמים אישיים שנכרתו בין קופ"ח לבין העותרות - הסכמים שהעותרות חתמו עליהן מרצון הטוב והחופשי - וכך נעלמה ההפליה ואיננה. ההפליה כמו נמסה בהסכמים האישיים שהעותרות חתמו עליהן עם קופ"ח. בתי הדין לעבודה הפרידו, אפוא, בין התוכנית הכללית ועימה ההצעה שהניחה קופ"ח לפני העותרות, לבין החוזים האישיים שנחתמו עם כל אחת מן העותרות (ראו פסקה 8 לעיל). וכך, בהסתמכם על אותם חוזים אישיים - חוזים שהעותרות חתמו עליהם מרצון - קבעו בתי-הדין לעבודה כי העותרות קיבלו על עצמן את תנאי ההסכם האישי ובכך כמו ויתרו על טיעון ההפליה. אמר על-כך בית הדין האזורי:

... נותרה באמתחתנו האפשרות לראות בתנאי ההסכם המפלים בין גברים ונשים, כתנאים שיש להצהיר על בטלותם בשל היותם נוגדים את "תקנת הציבור".

אין מקום לעשות כן, משום שלדעתנו הסכמה מרצון חופשי של עובדת לפרוש "פרישה מוקדמת" (קודם לגיל 60!), פירושה גם הבעת רצון שלא לממש את הזכות לעבוד בין הגילאים 60 עד 65. רוצה לומר, שעה שהתובעות בחרו לפרוש פרישה מוקדמת, הן גילו דעתן שהן מעוניינות, בתנאים ההסכמיים המוצעים להן על ידי המעביד, לפרוש על אתר מעבודתן מבלי שיצטרכו להגיע במהלך עבודתן לגיל 60, שהוא גיל הפרישה האופציונלי לנשים. קביעה של בית הדין כי הסכמתן אינה הסכמה, אינה אלא פגיעה ב"חופש החוזים" של הנשים עצמן ואת זה לא נוכל להתיר.

.....

לדעתנו אפוא "הסכם הפרישה", אינו מפלה ...

.....

... פרישה, והסכם פרישה של אישה ב"פרישה מוקדמת" אגב הסכמתה מרצון ובמודע לותר על זכויות כלכליות מסוימות בין הגילאים 60-65 היא לגיטימית...

התוצאה:

הסכם הפרישה שנערך עם התובעות, הוא הסכם לגיטימי שאין בו הפליה פסולה. אין מקום להתערב בהסכם כזה ... (ההדגשה במקור - מ' ח').

וכך גם בית הדין הארצי לעבודה:

השאלה היא, על כן, מה הנפקות של מצב זה [המצב שלנשים הוצעה הצעת-פרישה שונה מאשר לגברים] לעניין הסכמי הפרישה האישיים שנחתמו עם המערערות, תוך הבעת הסכמתן לפרוש לפני גיל 60, בתנאים שהוסכמו בהסכמי הפרישה (עמ' 71).

.....

פסיקתו של בית הדין האזורי בעניין הסכמי הפרישה הייתה, כי בהסכמת המערערות מרצונן החופשי לפרוש לפני גיל 60, הייתה הבעת רצון שלא לממש את הזכות לעבוד לאחר גיל 65 [צ"ל: 60]. בנסיבות אלה ראה בית הדין האזורי כי הסכמי הפרישה הם הסכמים לגיטימיים שאין בהם הפליה פסולה. על כן, מצא בית הדין האזורי כי אין מקום להתערב בהסכמי הפרישה ... (עמ' 73).

.....

בעניין שלפנינו, יש לייחס משקל רב לכך שעל פי קביעתו של בית הדין האזורי, הפרטים בדבר תנאי פרישתן של המערערות לפני גיל 60 על בסיס הסכמי הפרישה היו ידועים, וכן המשמעות כי המערערות ראו בפרישתן המוסכמת לפני גיל 60 כפרישה שהיא מחוץ למסגרת הזכות שניתנה להן בסעיף 2 לחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד. משום כך, אין לראות במצב זה כמצב המביא לתוצאה של ניגוד ל"תקנת הציבור" כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (עמ' 73).

ה"גמישות" במועדי הפרישה של עובדת, המוצאת ביטוי בסעיף 2 לחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, פירושה גם "גמישות" בתוצאה המשפטית של הסכמתה לפרישה לפני גיל 60, בהקשר של הלכות ה"ויתור" על זכות של עובד במשפט העבודה (ראה בג"צ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94, מול האות ו'). על כן, יש לתת נפקות מלאה לתוכן הסכמי הפרישה של המערערות, אשר - על פי התנהגותן - הן הסכימו לו מרצונן החופשי והשלימו עם הוראות ההסכמים שבוצעו הלכה למעשה (עמ' 74).

אחרת סבר המיעוט בבית הדין הארצי לעבודה, וכך הורנו השופט רבינוביץ (בעמ' 74):

אין לי ספק, שבמקרה זה הופלו המערערות ביחס לגברים פורשים.

הפליה זו באה לידי ביטוי בכך, שגברים פורשים היו זכאים לפרוש מהעבודה ולקבל פנסיה תקציבית עד גיל 65, מועד בו היו זכאים לקבל פנסיה מקרן הגימלאות המרכזית (להלן - קג"מ).

בתקופה זו של הפנסיה התקציבית, היו עשויים גברים פורשים, מבלי לעבוד, לצבור ותק נוסף שעשוי היה להגדיל את קיצבתם מקג"מ בהגיעם לגיל 65.

לעומתם, נשים פורשות היו זכאיות לפרוש מהעבודה ולקבל פנסיה תקציבית רק עד גיל 60, ובכך נמנעה מהן האפשרות לצבור ותק נוסף מבלי לעבוד עד גיל 65.

ההבדל בין שני מסלולי הפרישה, כל כולו, נובע מהתנאים השונים של הסכמי הפרישה לגברים פורשים לעומת נשים פורשות.

במצב דברים זה, הפגם שדבק בהסכם הפרישה של המערערות יורד לשורשו של ההסכם, וכל הסכמה של המערערות לא תוכל לרפא אותו.

האמנם כדעת הרוב הוא הדין? נתקשיתי בדבר.

35. ראשית לכל, ההבחנה בין התוכנית הכללית לבין החוזה האישי - זו הבחנה שעשו בתי-הדין לעבודה - לא ירדתי לחיזוקה. שהרי כל החוזים האישיים כפפו עצמם לעקרונות שנקבעו בתוכנית הכללית - עקרונות שהיפלו שלא-כדין בין עובדת לעובד - ועקרונות אלה לא היו ניתנים לשינוי או למשא-ומתן עליהם. לשון אחר: תנאי התוכנית הכללית - בהם התנאי המפלה לעניין גיל הפרישה - היו "תנאי-חובה" בכל ההסכמים האישיים: עובדת שלא הסכימה להם לא יכולה היתה להצטרף לתוכנית, וקופ"ח לא היתה חותמת עימה על חוזה אישי. העותרות לא יכלו אפוא לתקן את הפסול שנפל בתוכנית הכללית. וכך, משהפכה אותה תוכנית כללית להיותה חלק מן החוזים האישיים, דבק הפסול שבה בחוזים האישיים אף-הם. כתם-הפסול שהתוכנית הכללית ניגעה בו עבר לצאצאיה, קרא: לחוזים האישיים שנכרתו מכוחה של התוכנית הכללית.

אכן, נתקשיתי להבין כיצד זה שעם כריתתם של חוזים אישיים - חוזים מכוחה של התוכנית הכללית אשר ניגעה בפסול; חוזים אשר הכילו את התוכנית הכללית על הפסול שבה - נעלם ואיננו, מעשה-פלא, הפסול שנפל בתוכנית הכללית. בנסיבות ענייננו בכללן, משקבע בית הדין הארצי כי "מלכתחילה תכנית הפרישה היתה צריכה להיות מושתתת על תקרת גיל הפרישה של העובדת, שהוא גיל הפרישה של עובד בקופת חולים, דהיינו - גיל 65" (ראו לעיל, בפיסקה 19), חייב היה בית הדין להחיל קביעה זו על החוזים האישיים אף-הם. לשון אחר: בית הדין הארצי, לא מן הראוי היה כי יידרש לחוזים האישיים בנפרד מן התוכנית הכללית, כמו היו אותם חוזים - והם לא היו - חי הנושא את עצמו.

36. יתר-על-כן: אמירות בית הדין לעבודה כי העותרות מימשו, כביכול, את "חופש החוזים", וכי בחרו מרצונן החופשי לפרוש בגיל 60 ולא בגיל 65 - אמירות אלו אינן אלא לעג לרש. שהרי תנאי גיל הפרישה הוכתב לעותרות בידי קופ"ח ולא ניתנה בידן כל אפשרות לשאת ולתת עליו. היכן הוא "חופש החוזים", היכן היא הבחירה החופשית? אכן, העותרות הצטרפו להסכם הפרישה שלא בכפיה, אך נתקשינו להבין כיצד ניתן להעלות להעלות עליהן כי "בחרו" לקבל תנאים נחותים מן התנאים שניתנו לעובדים. כיצד מימשו "חופש" של-אמת, והרי חופש הבחירה לא ניתן להן כלל ולא הוצע להן לקבל תנאים שווים לעובדים. הברירה שהועמדה לפני העותרות - כתכתיב מוכן מראש - היתה זו: להצטרף לתוכנית ולזכות בתנאים נחותים מן התנאים שהוצעו לעובדים גברים, או להמשיך ולעבוד בפועל עד גיל 65. לעובדים הגברים הוצעו תנאים עדיפים: הם יכולים היו לזכות בתנאים המועדפים עד גיל 65 בלא שחוייבו להמשיך ולעבוד בפועל עד גיל 65. נתקשיתי אפוא להבין כיצד ניתן לדבר על חופש בחירה ועל חופש החוזים שניתן לעותרות. ברירה מסוג זה - קבלתה של זכות נחותה או לא-כלום - לאו

ברירה היא. אכן, לא ניתן להן לעותרות לממש את חופש החוזים. ראו עוד: פרופ' רות בן-ישראל, פסקה 29 לעיל; פרופ' פרנסס רדאי, "על השוויון", שם, 24.

37. אם אין די בכל אלה, נוסף ונזכור כי תנאי תוכנית הפרישה שנקבעו לעותרות - להן ולעובדות אחרות זולתן - על-דעת ארגון העובדים נקבעו, קרא: על דעת גוף שמעשיו והחלטותיו חייבו את העותרות הגם שאלו לא היו כלל צד להסדר שנקבע. כך עולה, לכאורה, מן המסמכים שהוצגו לפנינו (ולמרות חילוקי-דיעות שנתעוררו בין בעלי-הדין). נוסף ונזכיר לעניין זה דברים שכתב בית הדין האזורי לעבודה, ולפיהם "הדברים היו גלויים וברורים. המעביד לא הסתיר מאיש כי מדובר במסלולי פרישה מוקדמת שונים בין נשים לגברים. אי-השוויון בין המסלולים ניתן היה לבדיקה על ידי ארגון העובדים וכן על ידי כל עובדת ועובד שביקשו לפרוש קודם הגיען לגיל 60 (נשים) או הגיעם לגיל 65 (גברים)". ההסתדרות אמרה היתה לשמש נאמן של העובדות והעובדים ולייצג נאמנה את האינטרסים של כולם. והנה דווקא היא, ההסתדרות, נתנה ידה, לכאורה, להפלייתן לרעה של העובדות. על כגון זה אמרה פרופ' נילי כהן במאמרה "ה'שוויון' מול חופש החוזים", **המשפט** א (תשנ"ג1993-) 131, 137:

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

אכן, זכות הברירה האמיתית נשללה מהן, ועל-כן לא נוכל לומר על העותרות כי בחרו מרצונן החופשי לחתום על החוזים האישיים; או, כי בחותמן על אותם חוזים מימשו העותרות, כביכול, את חופש החוזים המוקנה להן.

38. דרך אגב: כפי שראינו (ראו פסקה 7, לעיל), ההסתדרות היתה שותפה להסדר פרישתם של עובדות ועובדים משירותם בקופ"ח, וכמסתבר - לכאורה - היתה היא מודעת להפלייתן לרעה של נשים-עובדות לעומת גברים-עובדים. והנה, עתה מתייצבת נעמת לפני בית המשפט, ובפיה בקשה כי לענין הפלייתן לרעה של נשים-עובדות נקעקע מיקצתו של אותו הסדר. היאך כיצד? והרי נעמת היא איבר בגופה של ההסתדרות ושמה של ההסתדרות אף מתנוסס על ראש מכתביה? היאמר על ההסתדרות כי שמאלה דוחה בעוד ימינה מקרבת? תמיהה היא ותהי לתמיהה.

ה"גמישות" בחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד ואצילתה על ענייננו

39. קובע סעיף 2 לחוק גיל פרישה לעובדת ולעובד, התשמ"ז1987-, וזו לשונו:

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

לעניינה של הוראת-חוק זו אמר בית הדין הארצי לעבודה בענייננו:

מגמת חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, המוצאת ביטוי גם בשמו של החוק, היא אפוא לקבוע שוויון בגיל הפרישה מהעבודה, בין העובדת לבין העובד, תוך כדי קביעת "זכות יתר" לעובדת לבחור את מועד הפרישה שלה בגיל שנקבע לגביה בהסכם הקיבוצי או בכל גיל שלאחר מכן, עד למועד גיל הפרישה שנקבע לעובד (עמ' 69).

ובהמשך (בעמ' 74):

ה"גמישות" במועדי הפרישה של עובדת, המוצאת ביטוי בסעיף 2 לחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, פירושה גם "גמישות" בתוצאה המשפטית של הסכמתה לפרישה לפני גיל 60, בהקשר של הלכות ה"ויתור" על זכות של עובד במשפט העבודה (ראה בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 140 מול האות ו'). על כן, יש לתת נפקות מלאה לתוכן הסכמי הפרישה של המערערות, אשר - על פי התנהגותן - הן הסכימו לו מרצונן החופשי והשלימו עם הוראות ההסכמים שבוצעו הלכה למעשה.

האמנם כך? לדעתי לא כך.

40. בראש ובראשונה נזכור אותה הילכת חכמים ולפיה "כל האומר אי אפשי לי בתקנת חכמים כגון זו - שומעים לו" (בבא בתרא מט ע"ב, ועוד). ראו לעיל, פסקה 23. בית הדין הארצי לעבודה לא הלך בתלם הלכה זו. העולה מדבריו הוא, כי הטבה אשר ניתנה לעובדת - לענייננו: זכותה לעבוד לפי בחירתה עד גיל 60 או עד גיל 65 - יכולה ורשאית להסב פניה לפתע ולפעול לרעתה. אנו לא נאמר כן. דעתנו היא כי רשאית היא עובדת - אלו העותרות שלפנינו - להשיב ולומר: לא מדובשך ולא מעוקצך. אי אפשי לי בתקנת חכמים המתירה לי - היתר שאינו ניתן לעובדים-גברים - לפרוש לפנסיה בגיל 60. מבקשת אני לקיים את זכותי לפרוש לפנסיה בגיל 65 וכך לזכות באותן הטבות השמורות לעובדים-גברים.

אשר ל"וויתור" שבית הדין הארצי מדבר בו, ניזכר בעל-כורחנו בהלכה שקבע בית-המשפט העליון בארצות הברית (ברוב דעות) בפרשת **Lochner v. New York, 25 S.Ct. 539 (1905)**. באותו מקרה חקקה מדינת ניו-יורק חוק ולפיו הוגבלו שעות העבודה במאפיות לששים שעות בשבוע ולעשר שעות ביום. בית-המשפט פסל את החוק, בקובעו כי יש בו התערבות שרירותית בחופש החוזים המוקנה בתיקון הארבעה-עשר לחוקה, קרא: בזכותם של אנשים לעבוד כרצונם (The right... to sell labor...). ארבעה שופטים היו במיעוט: השופטים הומז, הרלן, וייט ודיי (Holmes, Harlan, White and Day, JJ.) הלכה זו, כולנו ידענו, נהפכה על פיה, ובצדק כך. וכדעת המיעוט בפרשת **לוקנר**, אף אנו לא נאמר על העותרות לפנינו כי עשו שימוש בחופש החוזים שהוענק להן בדין; כי ויתרו, כביכול, על זכותן לפרוש בגיל 65.

41. אכן, אסור היה לה לקופ"ח לנצל את זכות הבחירה שניתנה לעובדת על-פי תקנון קג"מ, על-פי ההסדר הקיבוצי ועל-פי חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד - קרא: הזכות לעבוד, לרצונה, עד גיל 65 או עד גיל 60 - ולעשותה מנוף לפגיעה בזכותן של העובדות לשוויון ולהפלייתן לרעה ביחס לעובדים גברים. אמר השופט כך בפרשת **נבו** (שם, 766):

אין זה מניח את הדעת, כי החוק [חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד] אשר ביטל את הפליית הנשים בפרישה, הוא אשר ישלול מן העותרת את סעדה; בה בשעה שאלמלא חוקק החוק, הייתה העותרת זכאית לו.

ואמר השופט מצא בפרשת **אליס מילר** (שם, 110):

בקבעו את חובת השירות ואת תנאי השירות הבחין החוק בין גברים לבין נשים. כלום מכאן משתמע, שבין שני המינים מתקיימת שונות שהינה רלוואנטית לפסילתן המוחלטת של כל החיילות למילויים של תפקידים כאלה ואחרים? לשאלה זו יש להשיב בשלילה. הבחנת החוק, ביחס לחובת השירות ולתנאי השירות, בין גברים לבין נשים, נועדה להקל עם הנשים; מן הסתם בהתחשב בהבדל הביולוגי שבין המינים. הקלה זו בתנאי שירותן של הנשים מהווה נסיבה שעל הצבא להביאה בחשבון בתכנון מערכי כוח האדם שלו; אך אין היא יכולה להיות סיבה להתרת יחס מפלה כלפי החיילות.

כן אמר בית הדין הארצי לעבודה בדב"ע לג/ 25-3) **ועד אנשי צוות דיילי אוויר ואח' נ' עדנה חזין**, פד"ע ד 365, 379:

כלל הוא בסילוק אפליה, כי אין מבטלים, יחד עם סילוק האפליה, הסדרים מיוחדים לטובת מי שהיה מופלה לרעה.

כך הוא אף כהוראת סעיף 4 לחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, שאותו חוק לא בא למעט מכל זכות הנתונה לעובדת לפי חוק, הסכם קיבוצי, חוזה עבודה, תקנון של קופת גמל או נוהג.

42. כפי שראינו (בפסקה 39, לעיל), סומך בית הדין הארצי עמדתו לדברי השופטת דורנר בפרשת **אליס מילר** (שם,

140 מול האות ו). וכך אמרה השופטת דורנר באותו מקום שבית הדין מפנה אליו:

תחיקה שתכליתה להגן על האישה אינה יכולה לשמש יסוד להפלייתה, אם ויתרה על ההגנה (ובלבד, כמובן, שההגנה אינה כפויה עליה בחוק שתוקפו נשמר לפי סעיף 10 לחוק היסוד).

אני מתקשה להבין כיצד עשויים דברים אלה לתמוך בהכרעתו של בית הדין הארצי. כשאני לעצמי, סבורני שאיפכא מסתברא. אכן, דומה כי השופטת דורנר נתנה - בלשונה - ביטוי לאותה אימרת חכמים של אי אפשר לי וגו'. בריח-התיכון בדבריה של השופטת דורנר הוא עקרון השוויון השולט בנו מתחילה ועד סוף. זו היא גם טענת העותרות שלפנינו.

43. לענייננו ייאמר, כי העותרות לא ויתרו כלל על זכותן לעבוד עד גיל 65. המושג "ויתור" משמיע ברירה של-אמת: לוותר או שלא לוותר, ואילו לעותרות לא ניתנה כל ברירה של-אמת לזכות בזכויות שוות לעובדים-גברים; הוצע להן לפרוש בגיל 60, אך בלא שהצעה זו לוותה בפיצוי הולם מקופ"ח. לקבלתה של הצעה זו לאו "ויתור" ייקרא.

הפליה, שוויון ושיקולי תקציב

44. מוסיפה קופ"ח וטוענת, כי ההבחנה בין עובדות לבין עובדים נועדה לחסוך ממון במצב החירום שאליו נקלעה הקופה; ובטענה זו מבקשת היא, כמסתבר, להכות את טענת ההפליה. על כך נשיב אנו ונאמר: שיקולי תקציב אכן שיקולים ראויים הם, אך לא להעמדתן של עובדות במצב נחות ממצבם של עובדים. אכן, נתקשינו להבין כיצד זה היה בכוחם של שיקולי תקציב - בענייננו - כדי להצדיק הפלייתן של נשים לרעה. ראו והשוו: פרשת **אליס מילר**, 113, 142; בג"צ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות"**, פ"ד נ(1) 19, 27; בג"צ 1554/95 **עמותת "שוחר גיל" ת"נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 30**. אמר על כך הנשיא ברק בדנג"צ 4191/97 **רקנט ואח' נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח'**, פ"ד נד(5) 330 (דנג"צ **רקנט**), 355:

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

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

45. מוסיפה קופ"ח וטוענת, כי היעדרות לעותרות - השוואת תנאי עובדות-לשעבר לתנאי עובדים-לשעבר - משמיעה כמו-מאליה חיובה של הקופה להיעתר לכ800- נשים נוספות - עובדות-לשעבר שמעמדתן הוא כמעמד העותרות - וכי משמעות הדבר היא תוספת עלות לקופה בסכום עתק של כמאתיים מיליון שקל. ובלשונה של גב' חנה פיינמסר, ראש אגף משאבי אנוש ואירגון חטיבת הקהילה בקופ"ח, בתצהירה מיום 24.1.99:

לפי אומדנים כספיים של הקופה, קבלת תביעה של עובדת שפרשה במסלול הפרישה המוקדמת להמשך התשלומים החודשיים עד גיל 65, משמעה עלות כספית ממוצעת לקופה של למעלה מ250,000- ש"ח. לאור העובדה, כי מדובר בכ800- נשים שפרשו הרי שהמדובר, לכל הפחות, **בעלות כספית של כ200,000,000- ש"ח (מאתיים מיליון ש"ח) (ההדגשה במקור - מ' ח')**.

תוספת עלות זו, כך טוענת קופ"ח, עלולה להביא אותה - גוף ציבורי המעניק שירות למיליוני אזרחים והמעסיק עשרות אלפי עובדים - למשבר קשה, ואולי אף לקריסה, וממילא - לפגיעה במבוטחיה ובעובדיה. בייחוד כך, בתיתנו דעתנו לגירעון עמוק שקופ"ח שקועה בו כיום, גירעון של כמאתיים וארבעים מיליון ש"ח.

טענה זו, כיבדת-משקל ככל שהיא, יש בה כדי לקומם. תמהני כיצד נשמע מפי קופ"ח טענת משבר, שהרי היא-היא - בידעתה, לכאורה, של ההסתדרות - הביאה צרה זו על עצמה. יתר-על-כן: למדים אנו מפיה של קופ"ח, כי "קבלת תביעתה של עובדת שפרשה במסלול הפרישה המוקדמת להמשך התשלומים החודשיים עד גיל 65, משמעה עלות כספית ממוצעת לקופה של למעלה מ250,000- ש"ח". מכאן ידענו - ולו לאחר מעשה - מה עמוקה הייתה ההפליה בין עובדות-נשים לבין עובדים-גברים, והרי אימרי-פיה של קופ"ח ענו בה עד-מה עָנְלָה לנשים שעבדו בשירותה. ועתה מתייצבת היא לפני בית משפט ובפיה טענה: יתומה אני.

46. אשר לגופם של דברים, נאמר כך: ראשית לכל, טענתה של קופ"ח טענה כללית היא, ובהיעדר פרטים הניתנים לבחינה אין לה לטענה מישקל רב. שנית, לא נתברר לנו אם החלטתנו תתפוש אמנם בכ800- נשים עובדות-לשעבר, או - לחלופין - כי אותן עובדות-לשעבר תעמודנה על זכויותיהן או תנקוטנה בהליכים למימוש זכויותיהן, ככל שקנו זכויות כלפי

קופ"ח. שלישית, לא נמסרו לנו פרטי ההסכם שכרתה קופ"ח עם המדינה, ואפשר יכולה היא הקופה להיעזר במדינה כשם שנעזרה במדינה לעת הסכם הפרישה המוקדמת מרצון. משאמרנו דברים שאמרנו נוסף, כי טענתה זו של קופ"ח אין להקל בה ראש ויהיה צורך לשוקלה במלוא כובד הראש. בין כך ובין אחרת, ענייננו עתה הוא בשתי העותרות שלפנינו, ומוקדם לדון בהשלכות שאפשר תהיינה להכרעתנו לעתיד-לבוא. קופ"ח לא תהא מנועה מהעלאת שאלה זו לעת בחינת הנושא בכללותו לפני בית הדין האזורי לעבודה - בהקשר לסוגיה של תקנת הציבור - ובית הדין יעשה כחוכמתו.

47. נוסף ונעיר, כי כוונתה הטובה של קופ"ח לחסוך בהוצאת כספים אין בה, על דרך העיקרון, כדי להעלות או להוריד. הפליית נשים לרעה הפליה היא גם אם אין כוונה מיוחדת ליצירתה של הפליה. בחינתה של הפליה היא בחינה אובייקטיבית וכוונת העושה אינה כלל רלבנטית. וכלשונו של השופט בך בפרשת **נבו** (שם, 759):

מוכן אני להניח, כי לא היתה בכוונת מעסיקה של העותרת להפלות אותה ואת יתר העובדות לרעה כאשר חתמו על חוקת העבודה. אך כוונתה של המשיבה אינה קונקלוסיבית לעניין השאלה שעלינו להכריע בה, שכן המבחן לבדיקת קיומה או אי-קיומה של אפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך קביעת קיומה של אפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית.

וכדברו של השופט ברק בבג"ץ 953/87, 1/88 פורז נ' **שלמה להט ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב (2) 309, 334-

333:

מועצת העירייה לא ביקשה לפגוע בעקרון השוויון בהאמינה כי עיקרון זה פסול הוא. נהפוך הוא. רבים מחברי מועצת העירייה חזרו וצינו כי, עקרון השוויון מקובל עליהם, אך אין הם מוכנים להגשימו. בכך הם הפרו אותו. השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה היא גם מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה, נפגע השוויון.

וכפי שנאמר בפרשת **שדולת הנשים השני**, שם, 664:

השאלה אם נוצרו אי-שוויון והפליה תיבחן ... על-פי התוצאה, ולא על-פי הכוונה. כוונה טובה אין די בה להקדים יום יפה, אין די בה כדי להועיל, אם התוצאה המתקבלת היא תוצאה של הפליה.

ראו עוד: שם, 654; פרשת דנילוביץ', 764; פרשת גסטטנר, 79; דב"ע נו 129-3/ שרון פלוטקין נ' אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481, 491-494.

48. ולסוף: קופ"ח אין היא כשאר מעסיקים במדינה. לא זו בלבד שמעסיקה היא עשרות אלפי עובדים אלא שנותנת היא שירות ציבורי וחיוני - על-פי דין - למיליוני מבוטחים (לדבריה - כשלושה מיליונים וחצי מבוטחים) ומפעילה היא מאות רבות של מוסדות רפואה, בהם בתי חולים ומירפאות. אכן, קופ"ח היא גוף ציבורי במלוא משמעותו של המושג (מבחינה חברתית ולאומית). גם הסדר הפרישה שנעשה לא היה הסדר רגיל: הממשלה היתה מעורבת בו וההסדרות הכללית היתה צד לו. בנסיבות אלו, דומה, הצורך בשמירה על עקרונות-יסוד במשפט מתעצם והולך, והפרתם של עקרונות אלה תיחשב פסולה וחמורה במיוחד. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן מקום שהמדובר בהפלייתן לרעה של נשים-עובדות ביחס לגברים-עובדים. מי היה מאמין שכך תנהג קופ"ח? מי צפה כי כך תנהג ההסתדרות הכללית, מגינת העובדות והעובדים?

הפליית נשים לרעה ותקנת הציבור

49. משנמצא לנו כי העותרות - בהיותן נשים-עובדות - הופלו לרעה ביחס לגברים-עובדים; ומשראינו כי טענות הגנה שהעלתה קופ"ח בשדה זו של הפליה קרסו-נפלו; צפה ועולה השאלה: מה מסקנה נסיק מכאן? לאן יוליך אותנו מימצא ההפליה לרעה ומה מסקנה משפטית נסיק מכל דברים שאמרנו? תשובה לדבר תימצא לנו בהוראת סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973 - (חוק החוזים), הקובעת ומלמדת אותנו כך:

חווה פסול 30. חווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל.

הוראת-חוק זו תופשת בענייננו: הן בחוזים האישיים שנכרתו בין קופ"ח לבין כל אחת מן העותרות; הן בהסכם הקיבוצי המיוחד שנכרת בין קופ"ח לבין ההסתדרות (ראו פסקה 7 לעיל); והן בהסדר הכללי לפרישה מוקדמת של עובדי קופ"ח מעבודתם. הוראת סעיף 30 לחוק החוזים תחול במישרין על אותם הסדרים שלבשו לבוש חווה, ובעקיפין - כהוראת סעיף 61(ב) לחוק החוזים - על אותם הסדרים שלא לבשו לבוש חווה. ראו עוד והשוו: פרשת עדנה חזין, שם, 378; בג"ץ 410/76 גיא חרות נ' בית-הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לא (3) 124, 130-131; פרשת נבו, 768-769; בג"ץ רקנט, 306-

305; דב"ע נב12-4/ ההסתדרות הכללית - האיגוד הארצי של קציני הים - צים - חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע כו 3, 25-26; השופט מנחם גולדברג, "חופש החוזים' והגבלתו בהסכם עבודה קיבוצי ובחווה עבודה אישי", המשפט ב (תשנ"ה1994-) 177, 183 ואילך; פרופ' נילי כהן, במאמרה על השוויון, לעיל, פסקה 37.

50. האם הפלייתן של נשים לרעה נוגדת את טובת הציבור כהוראתה בסעיף 30 לחוק החוזים? התשובה לשאלה היא בחיוב נמרץ: הפלייתן של נשים - באשר נשים הן - נוגדת בבירור את תקנת הציבור ופסולה היא מעיקרה. אמרנו על כך בבג"ץ רקנט, שם, 324:

איסור הפליה ביחסי עבודה הינו אחד מראשי תקנת הציבור בישראל, ומי אשר יקום נגדו אחת דינו להיבטל ולעבור מן העולם.

וכך בדנג"ץ רקנט, שם, 363 (מפי הנשיא ברק):

אחד הערכים החשובים של שיטת המשפט המוזרם אל המשפט הפרטי באמצעות תקנת הציבור הוא עקרון השוויון. דבר זה הוכר בעבר... ואינו שנוי במחלוקת בפנינו.

כך אף בפרשת דנילוביץ, שם, 764 (מפי המישנה לנשיא, השופט ברק):

הלכה פסוקה היא, כי משטר חוזי מפלה עשוי לבסס טענה כי ההוראה בחווה פוגעת בתקנת הציבור, ועל כן פסולה היא.

בפרשת רקנט נחלקנו בשאלת מעמדה של הפליה מחמת גיל ובשאלה אם נוגד מעשה הפליה מעין זה את תקנת הציבור. ואולם כולנו היסכמנו כי הפליה מחמת מין נוגדת בעליל את תקנת הציבור; וכלשונו של השופט זמיר בבג"ץ רקנט (שם, 368):

הפסיקה לא מיינה את כל ההפליות לסוגיהן מבחינת החומרה והנפקות, ואף לא קבעה מבחן למיון כזה. אך היא נקטה עמדה לגבי הפליות מסוימות. לגבי הפליה מחמת מין קבעה הפסיקה ... כי היא סותרת את תקנת הציבור ויש בה כדי לפסול הוראה בהסכם קיבוצי. אכן, השלילה והחומרה הכרוכות בהפליה כזאת הן מן המפורסמות.

ובהמשך (בעמ' 368):

חוק השוויון [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה] אינו יוצר את האיסור להפלות מחמת מין, שהיה קיים מכוח תקנת הציבור אף לפני חוק זה...

כן היו דברי השופט בך בפרשת **נבו** (שם, 769):

סעיף 6 [לחוקת הפנסיה של הסוכנות היהודית] יוצר הסדר מפלה, הפוגע בזכותן של נשים להשתתף באורח שוויוני בחיי העבודה. לפיכך דעתי היא, כי סעיף זה נוגד את תקנת הציבור, ומן הדין על כן, שבית משפט זה יתערב ויבטל את תוכנו.

הנה-כי-כן, הפלייתן של נשים בשוק העבודה - נשים באשר נשים הן - פוצעת אנושות בתקנת הציבור, ותנייה שכך מפלה היא נשים בטלה היא ומבוטלת מעיקרה. משלמדנו לדעת כי העותרות הופלו לרעה בתנאי פרישתן, נוסף ונאמר כי אותן תניות מפלות בהסדרי הפרישה נוגדות את תקנת הציבור וממילא בטלות הן מעיקרן. בהיבטל אותן תניות מפלות נבעה חלל בהסדרי הפרישה של העותרות, ומחלל זה עולות כמו-מעצמן שאלות אלו: האם יעלה בידינו למלא אותו חלל בתוכן, ואם כן - מה יהא אותו תוכן? ימצא מי שיטען כי החלל שנוצר יימלא תוכן - כמו מעצמו, כביכול, בהסדרי הפרישה שנקבעו לעובדים-גברים. על דרך זה פסק בית-המשפט בפרשת **נבו**. באותו מקרה קבעה חוקת הפנסיה של הסוכנות היהודית כי "גיל הפרישה לפנסיה הוא 65 שנה לגבר ו-60 שנה לאישה". (שם, 753). בית-המשפט קבע כי חיובה של אישה לפרוש מעבודה בגיל 60 חיוב מפלה הוא, וכי מטעם זה בטל הוא בהיותו נוגד את תקנת הציבור. משנמצא לו כך, הסיק בית-המשפט כי גיל הפרישה לפנסיה של נשים - כמוהן כגברים - הוא 65 שנה (שם, 770). כך נפסק בפרשת **נבו** (ראו עוד: פרשת **דנילוביץ**, 765-767). האם נפסוק בענייננו על-פי אותה מתכונת, לאמור, כי הסדרי הפרישה שנקבעו לנשים בטלים מעיקרם, וכי הסדרי הפרישה שנקבעו לגברים יחולו מאליהם גם על נשים? האם נפסוק כי העותרות זכאיות היו - וזכאיות הן אף כיום - לתנאי הפרישה שזכו להם עובדים-גברים? ואולי נפסוק אחרת? שאלה זו לא ייקל עלינו להשיב עליה ולו משום שלא כל המערכת נגלתה לעינינו, ובוודאי יש ראיות אשר לא הובאו לפנינו הגם שאוצלות הן על הנושא. לעת הזו רב הוא הסתום, ולא נוכל להכריע באורח צודק וענייני אלא לאחר בירור נוסף.

51. כללם של דברים: לעת הזו לא נוכל לומר אלא זאת, שכהוראת סעיף 30 לחוק החוזים; ובהיות הסדרי הפרישה של העותרות מעבודתן בקופ"ח נגועים בהפליה הנוגדת את תקנת הציבור; רואים אנו אותן תניות הנגועות בהפליה כתניות בטלות.

ואולם בכך טרם תם מסענו.

52. הוראת סעיף 30 לחוק החוזים קובעת אמנם כי חוזה פסול - כבענייננו - חוזה "בטל" הוא, ואולם אל הוראה זו מצרפת עצמה הוראת סעיף 31 לאותו חוק, שבה מוסיף המחוקק הוראות אחדות המרככות במעט אותה בטלות. וכלשונו של סעיף 31:

31. 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.	תחולת הוראות
--	--------------------------------

נוסיף ונזכיר את הוראת סעיף 19 לחוק החוזים, ולפיה:

19. ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו.	ביטול חלקי
---	--------------------------

לא נידרש עתה לכל השלכותיה של הוראת סעיף 31 לחוק החוזים, ככל שיש לה השלכות על ענייננו. נאמר אך זאת, שהוראת הבטלות - כפי שכבר אמרנו - תחול על התניות הפסולות שבהסכמי הפרישה, דהיינו, על אותן תניות הנגועות בהפלייתן של העותרות ביחס לגברים-עובדים שפרשו מעבודתם במסגרת תוכנית הפרישה מרצון. ראו והשוו לעניין זה: פרשת **עדנה חזין**, 378-379; פרשת **נבו**, 768-770; פרשת **דנילוביץ**, 764-765; פרשת **רקנט**. ראו עוד: בג"ץ 6231/92 **זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מט(4) 749, 779-785; דנ"א 4465/98 **טבעול (1993)** בע"מ נ' **שף-הים (1994)** בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 109-110; דניאל פרידמן, "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי)", **עיוני משפט** ה (תשל"ו-ל"ז 1976-1977) 618, **עיוני משפט** ו (תשל"ח-ל"ט 1978-1979) 172.

כפי שנראה להלן, מחזירים אנו את עניינן של העותרות אל בית הדין האזורי לעבודה, להמשך עיון ודיון. במסגרתם של עיון ודיון אלה יברר בית-הדין לעבודה, בין השאר, אם יש השלכה לפסלות התניות שבהסדרי הפרישה על שאר חלקי ההסדרים - ואם יש השלכה: מהי אותה השלכה - והכל, כמובן, לאחר שמיעת בעלי-הדין והצגת תשתית העובדות שלעניין. למותר לומר, כי משיעלה העניין לפני בית הדין האזורי, יהיו בעלי-הדין רשאים לטעון גם באשר להשלכות סעיף 31 על זכויותיהם של בעלי-הדין.

התיישנות ושיהוי

53. טוענת קופ"ח כי תביעתן של העותרות נתפשת בהתיישנות, וזה הילוכו של הטיעון: תביעתן של העותרות באה בגדריו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, וכהוראת סעיף 14 לאותו חוק התיישנה התביעה. הנה-כי-כן, תביעתן של העותרות נסמכת אל סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, המורה אותנו וזו לשונו:

איסור הפליה 2. (א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם ... בכל אחד מאלה:

(1)

(5) פיטורים או פיצויי פיטורים;
(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה.

מוסיף סעיף 14 לאותו חוק וקובע לתביעות שעל-פיו תקופות התיישנות קצרות. וכלשונו של סעיף 14:

התיישנות 14. לא יזדקק בית-הדין לעבודה לתביעה אזרחית בשל הפרת הוראות חוק זה שהוגשה לאחר שחלפו שנים עשר חדשים מיום שנוצרה העילה. ואולם לענין תביעה אזרחית בשל פגיעה כאמור בסעיף 7, תקופת ההתיישנות תהיה שלוש שנים מיום שנוצרה העילה.

(סעיף 7 לחוק נסוב על "פגיעה על רקע הטרדה מינית" ואין הוא לענייננו). טוענת קופ"ח: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה חוק הוא הממצה את מיכלול העוולות שעניינן הפליה בעבודה - לרבות הפליה לעת פרישה מעבודה - ואין לעקוף את הוראת ההתיישנות הקצרה שבו על דרך הידרשות לעילה אחרת לבר-החוק. העותרות הגישו את תביעתן לאחר עבור תקופת

ההתיישנות הקבועה בחוק, כך מוסיפה קופ"ח וטוענת, ומכאן שאין להידרש לתביעתן. העותרות כופרות בטענת קופ"ח ומשיבות הן לה את שהן משיבות. שאלת ההתיישנות לא הוכרעה בבתי הדין לעבודה וממילא לא נידרש אנו לה. כן לא נידרש לשאלת חלוקתן של הוראות חוק ההתיישנות, תשי"ח 1958-, על ענייננו, ולשאלה אם חלה ההתיישנות שבחוק שוויון הזדמנויות בעבודה על חוזה שתניות בו הן בטלות מעיקרן. משיחזור העניין לבית הדין האזורי, יטענו בעלי-הדין את שיטענו, ישיבו איש לרעהו את ששיבו, ובית הדין יכריע כאשר יכריע.

טענות נוספות

54. מאין צורך להכרעה בהן, לא נידרש לטענות נוספות שהעלו בעלי-הדין לפנינו ובהן נושא החוזה האחד, ועוד.

הערה שלפני סוף

55. בפרשת **נבו** (לעיל) קבע סעיף 6 לחוקת הפנסיה של הסוכנות היהודית כי "גיל הפרישה לפנסיה הוא 65 שנה לגבר ו-60 שנה לאישה". העותרת טענה כי הוראת סעיף 6 האמור הוראה מפלה היא, ודרישתה היתה שהסוכנות תעסיק אותה עד גיל 65, כמוה כגברים המועסקים עד גיל 65. הסוכנות סירבה להיעתר לבקשה, ומשעתרה העותרת לבית הדין לעבודה, נדחתה תביעתה הן בבית הדין האזורי הן בבית הדין הארצי. העותרת עתרה לבית-המשפט הגבוה לצדק נגד החלטתו של בית הדין הארצי לעבודה, וזו הפעם היתה ידה על העליונה: החלטות בתי הדין לעבודה בוטלו ובית-משפט הצהיר כי קביעת גיל פרישה כפוי שונה לאישה ולגבר - קביעה בטלה היא. פסק-הדין העיקרי קָתבּוּ השופט בך, אך אנו ביקשנו עתה לצטט דברים אחדים שכתבה השופטת נתניהו בחוות דעתה הקצרה. וכך הודיעה אותנו השופטת נתניהו (שם, 770-771):

מצער הדבר בעיניי, 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 בעיניי 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 להשגים, להשלמה ולפריחה במימוש כישוריה וכישורונותיה השונים.

אני מצטרפת לדעתו של חברי, **השופט בך**, כי סעיף 6 של ההסכם הקיבוצי הינו פסול מחמת הפליה.

דברים אלה, דברים שיש בהם גם רגש גם תבונה, נכתבו בחודש אוקטובר 1990. פסק-הדין של בית הדין הארצי לעבודה בענייננו נכתב במחצית השנייה של שנת 2000 - כעשר שנים לאחר דבריה של השופטת נתניהו - וכיום מצויים אנו באמצעה של שנת 2002, כשתיים עשרה שנים לאחר פסק-הדין בפרשת **נבו**. וכמו מאומה לא נשתנה. כמו מאומה לא נשתנה לא אך מאז פרשת **נבו** אלא מאז ימי-קדם, שעה שהגבר היה השליט האחד והיחיד במשפחה ובחברה; האישה עשתה את רצונו, כנועה ומושמעת; כבודה של בת-מלך היתה פנימה וכבודו של בן-המלך הילך ורעם מקצה העולם ועד קצהו. אם גוף מכובד כסוכנות היהודית נהג כפי שנהג; ואם בדרך זה הלכה גם קופ"ח הכללית, אף היא גוף מכובד בקהילתה; כנראה שענייננו בצופן הגנטי של החברה, צופן גנטי המורה אותנו כי אישה נחותה מגבר. ואם זה הוא אמנם הצופן הגנטי של החברה, נדרשים אנו, כמסתבר, למוטציה מעשה ידי-אדם. מוטציה זו נעשה אנו - בתי-המשפט - בעקביות ובעקשנות, עד אם ידעו הכל כי זכויותיה של אישה הן זכויות הגבר, אף לא כחוט השערה פחותות מהן. כך נעשה, כך נמשיך ולא נרפה.

וַיִּבְרָא אֱלֹהִים הַיָּם אֶת-הָאָדָם בְּצַלְמוֹ בְּצֶלֶם אֱלֹהִים בָּרָא אֶת הָאָדָם בְּרָא אֶת הָאָדָם בְּרָא אֶת הָאָדָם
(בראשית, א, כז)

על פסוק זה נאמרו דברים אלה בפרשת **שדולת הנשים השני** (שם, 663):

גם הזכר גם הנקבה נבראו - יחדיו נבראו - בצלם האלוהים. האישה והאיש אחד הם: גם היא אדם, גם הוא אדם, שניהם אדם.

כך היה - כך ראוי היה; כך הווה - כך ראוי הוא; כך יהיה - כך ראוי שיהיה. נזכור ונשמור.

סוף דבר

56. על יסוד כל דברים שאמרנו לעיל, אציע לחברי ולחברתי כי נעשה את הצו על-תנאי מוחלט; נבטל את פסקי-הדין של בית הדין הארצי ושל בית הדין האזורי; נצהיר על בטלות אותן תניות בהסדרי הפרישה של העותרות המפלות ביניהן לבין עובדים-גברים; ונחזיר את הדיון לבית הדין האזורי לעבודה להמשך בירור הסוגיות שלא הוכרע בהן, ביניהן השאלה אם כהיום הזה ניתן להחזיר את הגלגל לאחור ולהשיב מצבן של העותרות - וכמותן אחרות - ומצבה של קופ"ח לכמות שראוי היה כי יהיה מלכתחילה. כך, למשל, לעניין הטענה כי היעדרות לעותרות ולאחרות במעמדן תחייב את קופ"ח בתשלומים של למעלה מ- 200 מיליון ש"ח (ראו פסקה 45 ואילך, לעיל). טענה זו וכמותה טענות אפשריות נוספות, לא ניתן להכריע בהן;

בהשלכתן על הסדרי הפרישה; ובשאלת ההתמודדות ביניהן לבין הפסול שהסדרי הפרישה ניגעו בו; אלא לאחר בירור והבאת ראיות שלעניין. לעת הזו אין ביכולתנו לא לקבל ולא לפסול כל טענה שהיא, ובוודאי שלא להכריע סופית בחילוקי הדעות בין בעלי-הדין.

עוד אציע לחבריי כי נחייב את קופת חולים הכללית, המשיבה מס' 2, לשלם לעותרות שכר-טירחת עורך-דין בסך 50,000 ש"ח, וכי לא נעשה צו להוצאות בין קופת חולים לבין נעמת.

ש ו פ ט

השופט י' טירקל:

רקע

1. בשנת 1994 יזמה קופת חולים כללית, היא המשיבה מס' 2 (להלן - "קופת החולים") תכנית "פרישה מרצון מהעבודה בתנאים מועדפים" (להלן - "תכנית הפרישה"). לפי תכנית הפרישה, הוצע לעובדי קופת החולים שגילם מעל גיל 57 לפרוש פרישה מוקדמת ולזכות בתנאי פרישה מועדפים עד לגיל שבו הם זכאים לפנסיה מקרן הגימלאות המרכזית המבטחת את עובדי קופת החולים (להלן - קג"מ). לפי תקנון הקג"מ גיל הפנסיה לאשה הוא 60 ולגבר 65. כל עובד שהצטרף מרצון לתכנית הפרישה חתם על הסכם פרישה אישי בו נקבעו תנאי הפרישה.

העותרות עבדו כאחיות בקופת החולים ופרשו מעבודתן לפי הסכמי פרישה אישיים שנכרתו בינן לבין קופת החולים (להלן - "הסכמי הפרישה"). העותרת מס' 1 פרשה מעבודתה בגיל 58; העותרת מס' 2 פרשה בגיל 57. העותרות זכו בתנאי פרישה מועדפים עד גיל 60. בהסכם הפרישה של העותרת מס' 1 נאמר:

"2.ב. העובדת מצהירה במפורש כי ידוע לה שהיתה יכולה להמשיך ולעבוד, לאחר מלאות לה 60 שנה, עד מועד כלשהו בטרם ועד שמלאו לה 65 שנה, וכי ביודעה זאת הריהי בוחרת לפרוש פרישה מוקדמת, בתנאים המועדפים המוענקים לה על פי הסכם זה, ולאחר שהגיעה לכלל החלטה כי לא תהיה מעוניינת לעבוד בקופת חולים לאחר מלאות לה 60 שנה.

3.ב. למרות כל האמור לעיל, מוסכם בזאת במפורש כי התשלומים הפנסיוניים לפי סעיף זה ייפסקו בכל מקרה בו יצבור העובד את שיעור הפנסיה המקסימלי אותו יכול היה לצבור בקג"מ, לו עבד עד גיל 65 לגבר ו-60 לאשה".

בהסכם הפרישה של העותרת מס' 2 נאמר:

"ג. למען הסר ספק, מוסכם הזאת במפורש, כי בתאריך 30.6.99 תפקע זכאות העובד לקיצבה מקופת-חולים וכי מתאריך זה ואילך לא יהיה זכאי העובד לקבל מקופת חולים, בין במישרין ובין בעקיפין, קיצבה ו/או תשלום ו/או תמורה אחרת כלשהי. וזאת בכפוף לכך שבאותו מועד יחל העובד לקבל קצבה".

2. בעתירתן טוענות העותרות, כי תנאי הפרישה המועדפים ניתנו להן רק עד גיל 60 ובכך מופלות הן לרעה בהשוואה לעובדים גברים שזכו בתנאי פרישה מועדפים עד גיל 65; לפיכך עותרות הן, כי "יבוטלו התנאים המפלים שבהסכמי הפרישה של העותרות [וכי] ייקבע כי הן זכאיות לקבל תנאי פרישה זהים לתנאים שהוצעו וניתנו לגברים".

פסקי הדין של בית הדין האזורי לעבודה ושל בית הדין הארצי לעבודה

3. בית הדין האזורי לעבודה (כב' השופט י' לובוצקי), בפסק דינו מיום 30.6.99, דחה את תביעתן של העותרות להצהיר כי הסכמי הפרישה בטלים וכן דחה את בקשתן לחזור לעבודתן. אשר להפליה קבע כי "הסכם הפרישה עצמו אינו מפלה. אולם, הצעתו של מעביד לנשים לפרוש מעבודתן בפרישה מוקדמת, אגב לקיחה בחשבון מראש כי גיל הפרישה של הנשים הוא גיל 60 (ולא 65) - היא כשלעצמה מהווה הפליה פסולה". אף על פי כן לא הצהיר כי הסכמי הפרישה בטלים מחמת תקנת הציבור, משום "שלדעתנו הסכמה מרצון חופשי של עובדת לפרוש 'פרישה מוקדמת' (קודם לגיל 60) פירושה גם הבעת רצון שלא לממש את הזכות לעבוד בין הגילאים 60 עד 65 --- קביעה של בית הדין כי הסכמת אינה הסכמה, אינה אלא פגיעה ב'חופש החוזים' של הנשים עצמן ואת זה לא נוכל להתיר". בית הדין האזורי הוסיף, כי "העובדה כי ייתכן והורתו של ההסכם ב'הפליה עקיפה' אינה פוגמת בתקפותו לאחר תחילת ביצועו וכשהתובעות ידעו או היה עליהם לדעת את תוכנו".

4. בית הדין הארצי לעבודה (על דעת כב' הנשיא ס' אדלר וכב' סגן הנשיא י' אליאסוף, נגד דעתו החולקת של כב' השופט ע' רבינוביץ), בפסק דינו מיום 9.8.00, דחה את ערעורן של העותרות. בית הדין הארצי קבע כי "לאור מגמת החקיקה בדבר שוויון בגיל הפרישה בתוספת המגמה של התוצאה הכלכלית הנובעת משוויון זה, ניתן להגיע לתוצאה כי היסוד בתכנית הפרישה, המתייחס לפרישה בגיל 60 של העובדת, אינו עולה בקנה אחד עם מגמת החקיקה כמפורט לעיל. לפיכך מלכתחילה תכנית הפרישה היתה צריכה להיות מושתתת על תקרת גיל הפרישה של העובדת, שהוא גיל הפרישה של העובד בקופת חולים, דהיינו - גיל 65". בית הדין הארצי סבר, כי "המערעורות ראו בפרישתן המוסכמת לפני גיל 60, כפרישה שהיא מחוץ למסגרת הזכות שניתנה להן בסעיף 2 לחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד. משום כך, אין לראות במצב זה כמצב המביא לתוצאה של ניגוד ל'תקנת הציבור' כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים". עוד קבע, כי "הגמישות במועדי הפרישה של עובדת, המוצאת ביטוי בסעיף 2 לחוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, פירושה גם 'גמישות' בתוצאה המשפטית של הסכמתה

לפרישה לפני גיל 60, בהקשר של הלכות ה'ויתור' על זכות של עובד במשפט העבודה (ר' בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט' (4) 94, בעמ' 140).

השופט ע' רבינוביץ', בדעת מיעוט, קבע, כי "ההבדל בין שני מסלולי הפרישה, כל כולו, נובע מהתנאים השונים של הסכמי הפרישה לגברים פורשים לעומת נשים פורשות. במצב דברים זה, הפגם שדבק בהסכם הפרישה של המערערות, יורד לשורשו של ההסכם, וכל הסכמה של המערערות לא תוכל לרפא אותו".

פסק דינו של חברי. השופט מ' חשין

5. חברי הנכבד, השופט מ' חשין, סבור כי הסכמי הפרישה נגועים בהפליה הנוגדת את תקנת הציבור; לפיכך קבע "רואים אנו **אותן** תניות הנגועות בהפליה כתניות בטלות". לשיטתו, יש להחזיר את הדיון לבית הדין האזורי לעבודה על מנת שידון בטענת קופת החולים - שטרם נדונה - כי תביעתן של העותרות התישנה; וכן ידון בענין לאור הוראות סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973 (להלן - "חוק החוזים").

דיון

6. אקדים ואומר כי "בגן השבילים המתפצלים" של הסוגיה - בהשאלה משם ספרו של הסופר חורחה לואיס בורחס - הולך אנכי שבביל שבסופו המסקנה כי העותרות הופלו לרעה ולפיכך בטלים התנאים המפלים מחמת תקנת הציבור לפי סעיף 30 לחוק החוזים. עם זאת - ובכך שונה דרכי מדרכו של השופט מ' חשין - אין להפריד בין התנאים המפלים לבין מכלול התנאים שבהסכמי הפרישה. לפיכך, יש להצהיר כי ההסכמים בטלים בשלמותם ולא רק התנאים המפלים שבהם בטלים, בלי לקבוע בערכאתנו מה ההסדר שראוי להחילו על העותרות. בצומת זה מתפצל ה"שביל" שבו אני הולך למספר שבילים שבסופו של כל אחד מהם תוצאות אפשריות שונות, חלופיות או מצטברות, שאליהן ניתן להגיע בדרך שהותוותה בסעיף 31 לחוק החוזים, כמבואר להלן: לשיטתי, שיקול הדעת בדרך הטובה שיש לבור מסור לבית הדין האזורי לעבודה, אם לא יקדים וייעתר לטענת קופת החולים כי התביעה התיישנה.

ההפליה

7. עקרון השוויון הוא מערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל. שיטת המשפט שלנו מבטיחה את הזכות לשוויון ואת איסור ההפליה בין המינים. בעיני כל אלה הם בגדר פשיטא.

הסכמי הפרישה מושתתים על ההנחה שהעותרות היו פורשות מעבודתן בגיל 60. האם הסכם פרישה לנשים שבבסיסו הנחה זאת הוא מפלה? בתי הדין לעבודה שדנו בפרשה סברו שהוא מפלה וגם אני סבור כמותם. כאן ניתנו תנאי פרישה מועדפים לנשים רק עד גיל 60, ולעומתם ניתנו לגברים עד גיל 65. ודוק, אין דברים אמורים בקביעה של **גיל פרישה** שונה לגברים ולנשים, שהיום אין חולקים עוד שהיא מפלה, לפי חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז - 1987 (להלן - "חוק גיל פרישה") (ראו גם: בג"צ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד(4) 749 (להלן - "ענין נבו"); בג"צ 6051/95, 6085/95 **רקנט ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח'**, פ"ד נא(3) 289; דנג"צ 4191/97, 4773/97 **רקנט ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330 (להלן בהתאמה - בג"צ, דנג"צ רקנט)); אלא דברים אמורים בקביעת תקופות שונות של **תנאי פרישה מועדפים** לגברים ולנשים. התוצאה של קביעת כזאת היא שעד גיל הזכאות לפנסיה מקג"מ, כאמור לעיל, זוכות נשים שהקדימו את פרישתן בתנאי פרישה מועדפים לאורך תקופות קצרות יותר מגברים שהקדימו את פרישתם, וממילא זוכה כל אחת מהן בסכום כולל קטן מזה שכל אחד מהגברים זוכה בו.

הפלייה **בתנאי הפרישה** של נשים בהשוואה לגברים אסורה מכוח חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א - 1951; סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו - 1996. לענין החוק האחרון נאמר כי "ניתן לומר, כי קביעת תנאי פרישה נכללת בגדר תנאי עבודה ונתפסת ברשת פריסת החוק" (ר' בן ישראל **שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה** (כרך ב', תשנ"ח), בעמ' 464; ראו גם: י' לובוצקי **חוזה העבודה וזכויות העובד** (תשנ"ט), בעמ' 291-292; והשוו: דב"ע נג/202-3 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בליץ**, פד"ע כו 528 (להלן - "ענין בליץ")). היא אסורה לא רק מכוחם של חוקים אלה. כך נאמר, כי:

"אכן, השלילה והחומרה הכרוכות בהפליה כזאת הן מן המפורסמות. איסור ההפליה מחמת מין מקובל זה מכבר באמנות בין-לאומיות ובחוקות של מדינות. הוא בא לידי ביטוי מפורש בהכרזה על הקמת מדינת ישראל. ניתן לו תוקף בחוק שיווי זכויות האשה. הוא הוכר בפסיקה של בית-משפט זה "כאחד מעקרונות היסוד של המשטר והחברה" (בג"ץ 935/87, 1/88 הנ"ל, בעמ' 333). לכן פסק בית-המשפט כי איסור ההפליה מחמת מין אינו זקוק לגושפנקה של חוק, לא חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד ולא חוק השוויון, אלא הוא קיים ועומד ככלל משפטי בזכות עצמו, וכוחו עמו לבטל הוראה סותרת בהסכם קיבוצי" (בג"צ **רקנט**, בעמ' 368).

"תקנת הציבור"

8. בהסכמי הפרישה התוו בעלי הדין את גדר היחסים המשפטיים ביניהם. האם יש מקום להביא בגדרם של הסכמים אישיים כאלה את העקרון הכללי של השוויון ואת האיסור הכללי על הפליה? מה השער שבו יבואו אלה מתחומו של הכלל אל תחומו של הפרט?

אשר לשאלה הראשונה, כבר נפסקה הלכה כי השוויון הוא ערך מרכזי גם בתחומי המשפט הפרטי, אם כי חובתה של הרשות הציבורית לנהוג בשוויון כלפי הפרט אינה זהה בתוכנה לחובתו של פרט לנהוג בשוויון כלפי פרט אחר (דנג"ץ **רקנט**, בעמ' 603 והאסמכתאות הנזכרות שם). אשר לשאלה השנייה, הרי השער שבו יבואו העקרונות הכלליים אל תוך החוזה הוא תקנת הציבור, כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים: "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל". אולם, תקנת הציבור אינה שער הפתוח לרווחה תמיד; הוא נפתח, נסגר קמעא, או ננעל כליל; הכל לפי מידותיו של העקרון הבא בו ולפי המידות של המתקשרים בחוזה.

המונח תקנת הציבור יוצא לשני פנים. מחד גיסא, משמש הוא להזרמת עקרונות חיצוניים - כדוגמת עקרון השוויון - לתוך המשפט הפרטי (דנג"ץ **רקנט**, בעמ' 363; ראו גם א' ברק **פרשנות במשפט - פרשנות החוזה** (תשס"א), בעמ' 129 ובעמ' 552); מאידך גיסא, מגן הוא על רצונם החופשי של המתקשרים בחוזה, שהוא עצמו "עיקרון גדול שבתקנת הציבור" (דברי השופט מ' אלון בע"א 148/77 **רוט נ' ישופה**, פ"ד לג(1) 617, בעמ' 629). כך נאמר כי "תקנת הציבור היא התוצאה המשוקללת המתבקשת מהאיזונים הפנימיים בין הערכים והעקרונות הבאים בחשבון" (ע"א 6601/96 **AES SYSTEM INC נ' סער ואח'**, פ"ד נד(3) 850). על המקור ממנו שואב בית המשפט את תוכנה המהותי של תקנת הציבור אמר השופט מ' זילברג כי "על עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, עלינו להשיב מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו, כי מקור אחר זולתן ל'סדר' ול'תקינות' אין!" (ע"א 461/62 **צים נ' מזיאר**, פ"ד יז(2) 1319, בעמ' 1332). באותה פרשה אמר השופט (כתארו אז) מ' לנדוי, כי המסגרת הכללית של מושג הסדר הציבורי תתמלא תוכן עצמאי מתוך מושגי יסוד של צדק ומוסר וצרכי המשטר החברתי והכלכלי המשתנים והולכים (**שם**, בעמ' 1335; וכן ראו דברי בע"א 1795/93 **קרן גימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב**, פ"ד נא(5) 433, בעמ' 461; ראו גם: בג"צ 6231/92 **זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מט(4) 749, בעמ' 775; ע"א 239/92 **אגד נ' משיח**, פ"ד מח(2) 66; ע"א 3156/98 **בן ישי נ' ויינגרטן**, פ"ד נה(1) 939; ראו: ע' פרוש "תיאוריית סוס-הפרא, מרחב שיקול-הדעת של השופט והמוסר האישי שלו" **משפטים** י"ט (תש"ן) 325).

"תקנת הציבור" היא, אפוא, כלי חשוב ורב עצמה שניתן בידי בית המשפט על מנת לאזן בין עקרונות שבתיקון העולם לבין שאיפותיהם של פרטים המתקשרים ביניהם, ויש להשתמש בו בזהירות מרובה. יש לזכור כי תוצאתו של השימוש בכלי זה היא התערבות בתוכנם של חוזים שאותם ערכו המתקשרים על פי שיקולים ואינטרסים שלהם; גם אין זה ראוי שעל ידי שימוש בכלי של תקנת הציבור יערוך בית המשפט חוזים עבור הצדדים. עם זאת, יש לזכור שגם עקרון חופש החוזים אינו עקרון אבסולוטי שאין לו תחומים וגבולות וקיימים מקרים בהם יתערב בית המשפט בתוכנו של הסכם מחמת תקנת הציבור ויעצב אותו מחדש. (ג' שלו **דיני חוזים** (מהדורה שנייה, תשנ"ה), בעמ' 34-33 והאסמכתאות הנזכרות שם; מ' גולדברג "חופש החוזים" והגבלתו בהסכם עבודה קיבוצי ובחוזה עבודה אישי" **המשפט** ב (תשנ"ה) 177, בעמ' 182-181; נ' כהן "השוויון מול חופש החוזים" **המשפט** א (תשנ"ג) 131).

10. עמדנו למעלה על הפסול שבהפליה מחמת מין. מקובל עלינו כי הפליה כזאת סותרת את תקנת הציבור ועל כן הוראה בחוזה שדבקה בה טומאת ההפליה בטלה (ענין **רקנט**, בעמ' 368; דג"צ **רקנט**, בעמ' 363; בג"צ 721/94 **אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח'**, פ"ד מח(5) 749, בעמ' 764 (להלן - "ענין דנילוביץ")). העובדה שהורתה ולידתה של ההוראה הפסולה היתה במשא ומתן בין המתקשרים בחוזה אינה מטהרת אותה (ענין **נבו**, בעמ' 769). כאן מכריע הצורך בתיקון העולם את כף הרצון של המתקשרים.

האם מרפאה ההסכמה את הפגיעה בתקנת הציבור?

11. ראינו שתנאי פרישה הנגועים בהפליה מחמת מין בטלים. האם הסכמה לתנאי פרישה מפלים במסגרת **הסכמי פרישה אישיים** יש בה כדי לרפא את הפסול? בפרשה אחרת עמדתי על כך שיש בכוחה של הסכמה לרפא **אי חוקיות**, שאף היא עילה לבטלות חוזה (סעיף 30 לחוק החוזים). אמרתי שם, כי הסכם שלפיו מקבל האזרח על עצמו לשלם לךשות תשלום שנדרש ממנו ללא הסמכה חוקית יכול לרפא את אי החוקיות, כאשר "דברים אמורים בהסכם שנעשה מרצון, המבטא מפגש אמיתי של רצונות או אינטרסים ונעשה במטרה 'לסגור את העסקה'" (ע"א 7664/00 **אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ ואח' נ' עיריית חולון ואח'**, פ"ד נו(4) 117 (להלן - "ענין רובינשטיין"); והשוו: ע"א 435/68 **מדינת ישראל ואח' נ' לי-עור ואח'**, פ"ד כג(1) 436; ע"א 2299/99 **שפייר ואח' נ' חברת דיור לעולה**, פ"ד נה(4) 213). אולם, פרשת רובינשטיין היתה בגדר סוג מיוחד של מקרים. שם היה מדובר בהסכם שהעניק "יתרונות כלכליים אדירים" לחברות קבלניות והוא נעשה מתוך רצון משותף לממש אינטרסים משותפים. יתר על כן, החברות הקבלניות צפו את האפשרות כי יימצא שדרישת התשלום היא בלתי חוקית, אולם הסכימו לשלם על מנת "לסגור את העסקה". נקבע שם, כי בעלי הדין כרתו את ההסכם מתוך רצון חופשי ואחרי ששקלו היטב את התועלת שיפיקו ממנו ולפיכך, אין החברות הקבלניות רשאיות להתנער ממנו ולזכות בהשבת הכספים. לא אלה פני הדברים כאן.

12. להתקשרות בין עובד לבין מעביד אופי מיוחד. כאן עומד העובד בעמדת מיקוח חלשה מזאת של המעביד, הן בעת המשא ומתן לקראת ההתקשרות והן בתקופת עבודתו. בשל אי שוויון זה בין הכוחות ההדדיים אין ויתורו של העובד על זכויות מינימליות שהחברה רואה כחיוניות, בגדר ויתור. כך נאמר ש"אם נרצה נוכל לראות בחוזה המאפשר ויתור על זכויות יסוד חוזה הנוגד את תקנת הציבור" (דב"ע נה/145-3 **מדינת ישראל נ' בוכריס** (טרם פורסם); ע"ע 164/99 **פרומר נ' רזגארד** (טרם פורסם); בג"צ 6194/97 **נקש נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח'**, פ"ד נג(5) 433, בעמ' 449-450 (להלן - "ענין נקש"); ראו גם: מ' גולדברג, **חופש החוזים**, בעמ' 180 ובעמ' 191; ר' בן ישראל "שוויון בעבודה נוסח שנת אלפיים" **ספר השנה של המשפט בישראל** (תשנ"ו) 577, בעמ' 599). כלל זה כוחו יפה גם לגבי ויתור של עובד על זכויותיו בסיום יחסי העבודה:

"גם ויתור בדיעבד הוא למעשה לא ממש ויתור בדיעבד, מאחר והעובד חותם על כתב היתור על מנת לזכות בסכומים המגיעים לו כתוצאה מקיום יחסי עובד-מעביד. הרעיון לכן במשפט העבודה אינו שונה מהותו מהרעיון הקובע שחוקי המגן אינם ברי ויתור. יש לבחון את הנסיבות בהן נחתם כתב היתור --- לאור מטרתו של משפט העבודה יש לבחון את נסיבות החתימה על כתב היתור ובעיקר את המודעות של הצדדים לנאמר בו ולתת לו משקל מה במקרים חריגים בלבד" (דב"ע נו/3-29 **תנובה בע"מ נ' לוסקי**, פד"ע לג 241; ראו גם: דב"ע לח/3-59 **סילשי נ' דורון ושות'**, פד"ע י 32).

לא למותר להדגיש שויתור על זכות, שלא מדעת על קיומה, אינו בגדר ויתור. (דב"ע לא/3-22 **ציק ליפוט נ' קסטנר**, פד"ע ג 215, בעמ' 218; ראו גם: ע"א 150/63 **מזרחי נ' ויינשטוק**, פ"ד יז(2) 1370; ע"א 309/63 **החברה להנדסה חקלאית לישראל נ' נאג'י**, פ"ד יח(3) 295). ועוד: "ממושכלות היסוד היא שאין ויתור על זכות באין ידיעה, על קיום הזכות. ועל כן ויתור שלא מדעת כמוהו כאפס, מעיקרו" (דב"ע לג/3-12 **צ'יבוטרו נ' אטלקה**, פד"ע ד' 173, בעמ' 177; והשוו: בג"צ 760/79 **דיין נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד לד(3) 820; בג"צ 567/87 **גוניק ואח' נ' בית הדין הארצי**, פ"ד מב(4) 693). יוער, כי בהנחה ש"תנאי פרישה" באים בגדרו של חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, הרי ההתניה או הויתור עליהם אסורה גם לפי סעיף 12 לחוק (והשוו: ענין בליץ).

לסיכום דיון זה יפים הדברים:

"הגישה המקובלת כיום בשיטתנו המשפטית, ולא רק בה, לאור החקיקה המגבילה את חופש החוזים בשטחים רבים, היא להמיר את עיקרון חופש החוזים בעיקרון של 'צדק חוזי', או לקבוע שחופש החוזים קיים רק שעה שהצדדים לחוזה שווים במובן חברתי וכלכלי ---" (גולדברג, **חופש החוזים** לעיל, בעמ' 180; ראו גם: מ' גולדברג "חופש ההתקשרות החוזית במשפט העבודה" **עיוני משפט** ב (תשל"ב) 672).

13. העותרות הסכימו לתנאי פרישה מפלים ובכך ויתרו על זכויותיהן בהשוואה לעובדים גברים. הסכמה זאת איננה יכולה לעמוד. נחזור ונאמר, כי אין דברים אמורים בהסכמת העותרות לפרוש בגיל 60, משום שעניינו של הסכם הפרישה אינו גיל הפרישה אלא תנאי הפרישה המועדפים. זאת ועוד. מסופקני, אם הסכמי הפרישה של העותרות מבטאים "מפגש אמיתי של רצונות או אינטרסים" ונעשו "במטרה לסגור את העסקה" כמו בפרשת רובינשטיין. לטענת העותרות, "לא הוצעה לאישה ולא היתה לה כל אפשרות לדרוש או לבחור בתנאי פרישה עד גיל 65". המשיבים אינם כופרים בכך. לעותרות גם לא היה אינטרס לוותר על זכויותיהן, שכן לא קיבלו תמורה עבור הויתור. בפני העותרות עמדה הבחירה בין קבלת הסכם הפרישה, "על ראשו ועל כרעיו וקרבו ופרשו" (**ויקרא**, ד, יא), לבין דחייתו. לא היתה כאן הסכמה שבאה אחרי שקילה של יתרונות וחסרונות, מתוך מודעות של העותרות לזכויותיהן. הסכמת העותרות לא היה בה, אפוא, כדי לרפא את הפסול שבהסכם.

בטלות מלאה או בטלות חלקית

14. מצאנו שתנאי הפרישה המפלים סותרים את תקנת הציבור. האם בטלים רק תנאי הפרישה המפלים - ואילו יתר

חלקי ההסכמים עומדים בעינם - או שהסכמי הפרישה בטלים בשלמותם? לפי סעיף 19 לחוק החוזים:

"ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחר מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו".

לפי סעיף 31 לחוק החוזים חלות הוראות סעיף 19 גם על בטלותו של חוזה פסול לפי סעיף 30 לחוק החוזים, החל על ענייננו. על ההבדלים בין "בטלות" לבין "ביטול" לענין סעיף 19 עמדה פרופ' שלו באמרה: "בהעתקתו למצב של בטלות מחמת פסלות יש לקרוא את סעיף 19 כמסמך את בית המשפט לקבוע את בטלות החוזה כולו, כאשר החוזה שמתוכו נעקרו החלקים הפסולים שונה בתכלית מן החוזה המקורי שבו התקשרו הצדדים. גם בתחום זה אין בית המשפט עושה חוזה חדש עבור הצדדים, אלא רק מוציא את הבר מן התבן, עוקר מתוך החוזה את חלקיו הפסולים, **כאשר עקירה כזו אינה משנה את מהותו ומשמעותו של החוזה**". פרופ' שלו מציעה דרך מדורגת שבה יפסע בית המשפט כאשר מדובר בבטלות חלקית, להבדיל מביטול חלקי: "שלב ראשון - האם החוזה ניתן להפרדה לחלקים? שלב שני - האם עילת הבטלות נוגעת רק לאחד מחלקיו? שלב שלישי - האם ניתן לבדוד את החלק הנגוע מתוך החוזה ולהשאיר את עיקר החוזה על כנו, **מבלי שיווצר חוזה שונה מזה שבו התקשרו הצדדים?** רק מתן תשובה חיובית לכל אחת משלוש שאלות אלו מאפשר פיצול החוזה לחלקיו" (ההדגשות שלי - י' ט') (שלו, **דיני חוזים** לעיל, בעמ' 384; ראו גם: דברי בע"א 6181/93 **עו"ד עמנואל סולמונוב נ' שרבני**, פ"ד נב(2) 289 (להלן - "ענין סולמונוב")).

מזווית ראייה שונה ראו חוזה הניתן להפרדה כחוזה הכולל מספר הבטחות שלכל אחת מהן תמורה נפרדת, כך שכל הבטחה עומדת בנפרד (ד' פרידמן ונ' כהן **חוזים** (כרך ב', תשנ"ב), בעמ' 1117-1118). ובלשון אחרת, "נוהגים להגדיר חוזה הניתן להפרדה לחלקים כחוזה שניתן לייחס התחייבויות הדדיות שבו זו לזו ולנתק צמדי התחייבויות כאלה, המתייחסות אהדדי, מצמידים אחרים, כך שכל חלק מופרד יוכל לעמוד בפני עצמו" (שלו, בעמ' 259; ראו גם דברי בע"א 1816/91 **דלתא הנדסה בע"מ נ' שיכון עובדים** (טרם פורסם)).

הסעד של בטלות חלק מחוזה מכונה "סעד ההפרדה", שמשמעו הפרדה בין החלק הפסול שבחוזה לבין החלק התקין שבו והצהרה על בטלותו של החלק הפסול בלבד. כך נאמר, כי: "לרוב אין מקום לפסול את החוזה כולו, וניתן להסתפק בפסילת החלק הבלתי חוקי, תוך הפרדתו (SERVERANCE) מהחלק החוקי" (דברי הנשיא א' ברק בענין **דנילוביץ**, בעמ' 764; ראו גם: ענין **חזין**; ר' בן ישראל "השוויון במשפט העבודה מנין ולאן" **שנתון משפט העבודה** ו (תשנ"ו) 85, בעמ' 110). בענין זה הודגש, כי "השאלה אותה צריך בית המשפט לשאול עצמו היא אם החלק החוקי של החוזה - הנותר לאחר שהוצא ממנו החלק הבלתי חוקי - יש בו כדי להגשים את התכלית המונחת ביסוד החוזה, ולו באופן חלקי" (ענין **זגורי**, בעמ' 784). עוד נאמר, לענין ביטול חלק מחוזה הסותר את תקנת הציבור, כי "בהיעדר אפשרות להפריד [בין חלקי החוזה - י' ט']

וכתנאי לאכיפה --- רשאי בית המשפט להגביל את היקפה של ההגבלה [על חופש העיסוק - י' ט'] כדי מידתה הראויה" (ענין AES, בעמ' 878).

בתחום יחסי העבודה הצהירו בתי המשפט לא פעם על בטלות חלקים מתוך הסכמים קיבוציים, להבדיל מבטלות ההסכם כולו. נאמר, כי "ברור ש[כאשר] מדובר בהסכם קיבוצי רשאים, ואף חייבים להפריד בין השנים, כך שבשל הוראה פסולה לא ינטל תוקף מההסכם הקיבוצי כולו" (ענין חזין). עוד נאמר, כי "כשלעצמי אינני רואה מניעה להפרדת הוראות אלה [המפלות - י' ט'] מכלל ההסכם, ובדרך של הצהרה דווקא" (בג"צ 410/76 חרות נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לא(3) 124, בעמ' 132; ראו גם: ענין נבו; בג"צ ודנג"צ רקנט). אשר לבטלות הסכם אישי נאמר, כי "אם האמור לעיל ישים לגבי הסכם עבודה קיבוצי, שנחתם ונרשם כדי, הרי בוודאי נכונים הדברים לגבי הסכם עבודה אחר---" (ענין נבו, בעמ' 769; ראו: נ' כהן השוויון מול חופש החוזים לעיל, בעמ' 137).

חשוב לחזור ולהדגיש, כי לעתים אין חלקיו של החוזה ניתנים להפרדה. בענין סולומונוב אמרתי, כי: "לא הבטחות נפרדות ותמורות נפרדות כאן, אלא הבטחה כוללת אחת, שכנגדה עומד תשלום כולל אחד. לא שתי חטיבות חוזיות נפרדות לפנינו, שניתן להפרידן אשה מרעותה, אלא "תערובת" (אם לא תרכובת...) שאי אפשר להפרידה לרכיביה. זהו הסכם שבו נתערבבו זה בזה והיו לאחד ה"טמא" וה"טהור", האסור והמותר. תערובת זאת לא רק שאי אפשר להפרידה, אלא שמטעמים שב"תיקון עולם" מוטב לה שלא תופרד. אכן, לפי סעיף 19, יפריד בית המשפט בין החלק הפסול לבין החלק המותר שבחוזה, אולם יש מקרים שבהם דבקה טומאת האיסור בהתקשרות כולה, בכל אחת ואחת מ'פרודותיה'" (ענין סולומונוב, בעמ' 302-304). כך גם נאמר, כי "--- אם חלקי החוזה קשורים ושזורים זה בזה וארוגים זה בתוך זה, עד כי הפרדה תביא לפגיעה במבנה החוזה כולו, החלוקה בלתי אפשרית. חלוקה במצב דברים זה כמוה כעריכת חוזה חדש לצדדים, וזאת בית המשפט לא יעשה ---" (ההדגשה שלי - י' ט') (ענין זגורי, בעמ' 785; ראו גם: דברי בע"א 5694/94 איובי נ' נוריאל, פ"ד נ(4) 444).

דינו של חוזה בטל

15. מה תקנתם של מתקשרים בחוזה שלא ניתן להפריד בין חלקיו ונמצא בטל כולו מחמת הפליה?

בענין **דנילוביץ'** הציע הנשיא, א' ברק, תרופה למקרה שבו קיימת הפליה בתנאי ההסכם, כאשר הפרדה של התנאים המפלים אינה אפשרית. התרופה המוצעת היא "הענקת טובת ההנאה" למופלה ודרישה מהמעביד כי יימנע מההפליה האסורה. לדבריו, מקורה של התרופה לא בהסדר החוזי אלא בעקרון השוויון המרחיב את ההסדר החוזי למצבים שווים לסוג המופלה לרעה. (ענין **דנילוביץ'**, בעמ' 766-767). כך נאמר גם, כי "כל עוד ההסדר החוזי המפלה עומד בעינו, קיים לצדו

איסור האפליה שמקורו בחוק המחייב את המעביד לשוויון" (ר' בן ישראל, שוויון הזדמנויות לעיל, בעמ' 468 ובעמ' 477-478; והשוו: ענין נבו, בעמ' 770). "תיקון ההפליה נעשה, אפוא, על ידי השוואת תנאי העבודה של העובד המופלה" (דב"ע נ/3-196 מועצת העובדים של מפעלי ים המלח נ' שרעבי (טרם פורסם)).

16. השאלה אם ההסדר של "הענקת טובת ההנאה" לעובד המופלה, שנעשה לגבי הסכם קיבוצי, ראוי לו שיחול גם על יחסי עבודה שהוסדרו בהסכמים אישיים היא שאלה נכבדה, אולם, אין היא צריכה להכרעה כאן. לדעתי, מצוי הפתרון בהוראת סעיף 31 לחוק החוזים שזה לשונו:

"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".

להבדיל מחוזה מבוטל שאין לו תקנה אלא השבה או תשלום שווי (סעיף 21 לחוק החוזים), הרי תקנתו של חוזה בטל מכח סעיף 30 לחוק החוזים במנגנון מיוחד שיצר המחוקק בסעיף 31. על הזיקה שבין סעיף 30 לסעיף 31 נאמר, כי הוא "בבחינת עזר כנגדו ובא זה ולימד על זה" (דברי השופט מ' אלון בע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה (2) 505; מ' בן פורת "החוזה הפסול" ספר זוסמן (תשמ"ד), בעמ' 174). כך נאמר, כי "סעיף 30 אינו עומד בפני עצמו, אלא הוא סמוך לסעיף 31, אשר דן בתוצאותיו של חוזה פסול. לא ניתן לנתק את הדיון בשני הסעיפים, והוראת סעיף 31 בדבר תוצאות החוזה הפסול משליכה ואוצלת על מהות הבטלות האמורה בסעיף 30" (שלו, לעיל, בעמ' 381; ראו גם: ג' שלו "תוכן החוזה" פירוש לחוקי החוזים (בעריכת ג' טדסקי), בעמ' 173-188). נאמר, כי "שתי הוראות אלה כרוכות זו בזו, משלימות זו את זו ומסייגות זו את זו" (ענין זגורי, בעמ' 778-779; ע"א 395/87 שלוש נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד מו (5) 529, בעמ' 538). עוד נאמר, כי "חקיקת הסיפא של סעיף 31 לחוק החוזים מצביעה על מגמה לרכז את חומרת הדין הקודם בכל הנוגע לחוזה בלתי חוקי" (ע"א 157/87 נחושטן נ' זונברג, פ"ד מב (3) 4).

על "שיקולי הצדק" המנחים את בית המשפט לפי סעיף 31 נאמר (אמנם לענין בטלות מחמת אי חוקיות): "באורח כללי ניתן לומר כי כאשר מפעיל בית המשפט את סמכויותיו המיוחדות לפטור מן ההשבה או לחייב צד בקיום חוזה פסול, עליו להתחשב בנסיבות העניין, בתנאי החוזה ובהתנהגות הצדדים לחוזה. נסיבות העניין כוללות את דרגת אי החוקיות של החוזה הנדון. ברור כי בית המשפט לא יטה להפעיל את סמכויותיו המיוחדות כאשר החוזה כולו 'טבול' באי החוקיות. בהקשר זה יש להבחין בין אי חוקיות נלווית וטפלה (אינצידנטלית) לגוף העסקה שבחוזה. בגדר נסיבות העניין הרלוונטיות תבוא גם השאלה אם ובאיזו מידה בוצע כבר החוזה הבלתי חוקי. התנהגות הצדדים אף היא בגדר שיקולי הצדק. שיקול האשמה של הצד התובע, שבעבר הביא לדחייתו של תביעת ההשבה שלו, מהווה היום אחד משיקולי הצדק. בית המשפט יביא בחשבון שיקוליו את

התנהגות הצד התובע ואת חלקו באי חוקיות החוזה וכן את התנהגות הצד שכנגד". (שלו, **דיני חוזים** לעיל, בעמ' 388-389; ראו גם: ע"א 335/78 **שאלתיאל נ' שני**, פ"ד לו(2) 151, בעמ' 159; ע"א 533/80 **אדרעי נ' גדליהו**, פ"ד לו(4) 281; ע"א 65/85 **עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ ואח'**, פ"ד מ(3) 29; ע"א 701/87 **ביהם נ' בן יוסף**, פ"ד מד(1) 1; ע"א 698/89 **שילה ואח' נ' בארי ואח'**, פ"ד מז(4) 796; והשוו: ע"א 581/89 **אדרי נ' רוזנברג**, פ"ד מד(5) 679; אשר לתחולה של סעיף 31 בהסכמי עבודה ראו: ר' בן ישראל **דיני עבודה** (כרך ב', תשס"ב), בעמ' 581).

תקנתן של העותרות

17. אמרנו כי העותרות הופלו לרעה בתנאי הפרישה; ההפליה סותרת את תקנת הציבור; והסכמת העותרות לא ריפאה את הפסול. הסכמי הפרישה כוללים הסדרים בדבר פרישה מוקדמת וכנגדם הסדרים בדבר תנאי הפרישה. ההסדרים כרוכים זה בזה לבלי היפרד, ואין לקבוע שהוראות מסוימות בהסכמי הפרישה - כמו ההוראות המפלות - יהיו בטלות ואילו ההוראות האחרות יעמדו בעינן. אין להפריד בין תנאי הפרישה המפלים לבין יתר התנאים שבהסכמי הפרישה - שכולם יחד מכלול אחד - ולא ניתן לקבוע, כהצעת חברי, השופט מ' חשין, כי "אותן תניות הנגועות בהפליה בטלות". לפיכך, בטלים ההסכמים בשלמותם ולא רק התנאים המפלים שבהם. אעיר כאן, כי שאלה נכבדה היא אם ניתן למלא את החסר על ידי אימוץ תנאי הפרישה של גברים, הואיל ואימוץ כזה, לכאורה, כמוהו כעריכת הסכם חדש לבעלי הדין.

מהו ההסדר שראוי שיחול משנמצאו הסכמי הפרישה בטלים? לפי סעיף 31 לחוק החוזים הוסמכה לכך הערכאה הדיונית, לאמור, בית הדין האזורי לעבודה, שבידיו לצוות להשיב את העותרות לעבודתן; להשיב את הכספים שקבלו; לפטור "מן הצדק" מחובת השבה, כולה או מקצתה, וכן לחייב את בעלי הדין, או אחד מהם, לקיים את חיוביו לפי הסכמי הפרישה, כולם או מקצתם, כפי שהם, או בשינוי. יוער כאן, כי בדיון בבית הדין האזורי לעבודה ביקשו העותרות לחזור לעבודתן ולהשיב את הכספים שקיבלו. בית הדין דחה את בקשתן ואפשרות זאת חדלה, כנראה, להיות מעשית. קיצורו של דבר, שיקול הדעת בדבר הדרך הטובה שיש לבור מסור לבית הדין, אם לא יקדים וייעתר לטענת קופת החולים כי התביעה התיישנה.

18. ישאל השואל מה בין חברי, השופט מ' חשין, לביני; שהוא מעביר את המחלוקת לבית הדין האזורי לעבודה וכך עושה גם אני. על כך אשיב שחברי מעביר את הדיון לבית הדין האזורי לעבודה על מנת שימלא את החלל שנוצר, בהיבטל התניות המפלות, ואילו אני מצהיר על בטלות הסכמי הפרישה בשלמותם ומניח לבית הדין את הדרך ללכת בה לפי סעיף 31 לחוק החוזים, כמו שנתבאר למעלה.

התערבות בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה

19. בטרם אחתום את פסק הדין הערה לענין הצידוק להתערבותו של בית משפט זה בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה. כידוע, אין בית המשפט הגבוה לצדק משמש כערכאת ערעור על פסיקתו של בית הדין לעבודה ואין דרכו להתערב בפסיקתו. עם זאת, יתערב בית המשפט אם מתקיימים שני תנאים מצטברים: (א) נתגלתה טעות משפטית מהותית; (ב) הצדק מחייב את התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק (בג"צ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מ(1) 673 והאסמכתאות הנזכרות שם; ראו גם, בין היתר: בג"צ 886/79 ד"ר אברהם בניאל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 693 (להלן - "ענין בניאל"); בג"צ 675/84 ההסתדרות הכללית נ' בית הדין האזורי לעבודה, פ"ד לט(3) 13; בג"צ 239/83 מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210; בג"צ 932/91 קרן הגימלאות המרכזית נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מו(2) 430; בג"צ 8382/96 המוסד לביטוח לאומי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(5) 658; בג"צ 4690/97 המוסד לביטוח לאומי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(2) 529; ענין נקש; בג"צ 4057/00 ישקר בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נה(3) 734).

בפרשה שלפנינו, נתגלתה טעות משפטית מהותית בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה. על כך אמרתי באחת הפרשות, כי "אותו חשש שקדמונינו טבעו במימרה 'שבשתא כיון דעל על' (פסחים, קיב, א; בבא בתרא, כא, א) - שהייתי מריק ללשון ימינו כ'טעות שנקלטת אינה נפלטת' - מצדיק את השימוש בשיקול דעתנו גם כאן" (ענין בניאל, בעמ' 697). יתר על כן, מדובר בטעות הנוגעת להפלייה בתנאי הפרישה של נשים רבות ולפיכך מחייבת גם מידת הצדק את ההתערבות בפסק הדין.

סוף דבר

20. לפיכך, אני מציע להצהיר על בטלות הסכמי הפרישה של העותרות בשלימותם. הדיון יוחזר לבית הדין האזורי לעבודה על מנת שיחליט אם התיישנה תביעתן של העותרות. אם תישאר התביעה על כנה יאחז בידיו מידת משפט שלפי סעיף 31 לחוק החוזים ויחרוץ את דינם של בעלי הדין.

ש ו פ ט

השופטת ד' ביניש:

קראתי את חוות-הדעת המנומקות של שני חבריי, ומצטרפת אני לפסק-דינו של השופט חשין. אף אני סבורה כי במצב הקיים, לפי היריעה שנפרשה לפנינו, התניות הפסולות המפלגות לרעה נשים עובדות בטלות מעיקרן. עקב כך, מסכימה אני כי התוצאה המתחייבת היא כי בית הדין האזורי לעבודה ידון בשאלות הטעונות הכרעה כמפורט, בין השאר, בפסקאות 46, 52 ו-56 לפסק-דינו של חברי השופט חשין.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק-דינו של השופט מ' חשין, כנגד דעתו החולקת של השופט י' טירקל.

היום, ג' בחשוון תשס"ג (9.10.2002).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העתק מתאים למקור G15.00068450
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח.
רשם

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444
בית המשפט פתוח להערות והצעות: pniot@supreme.court.gov.il
לבתי המשפט אתר באינטרנט: www.court.gov.il