



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1268/09

לפני: כבוד המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותרת: לאה זוזל

נגד

המשיב: נציב שירות בתי הסוהר

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ו בסיון תשע"א (28.6.2011)

בשם העותרת: עו"ד מאיר אבירם

בשם המשיב: עו"ד מיכל ששון

פסק - דין

השופטת א' חיות:

העותרת, לאה זוזל (להלן: זוזל) שירתה בשירות בתי הסוהר (להלן: שב"ס) החל משנת 1986, ובאפריל 2009 הוצאה לגמלאות והיא בת 57 שנים וחודשיים, חצי שנה לאחר הגיעה ל"גיל הפרישה לסוהר" כמשמעותו של מונח זה בחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תש"ך-1970 (להלן: חוק הגמלאות). בעתירה שלפנינו טוענת זוזל כי ההסדרים אשר מכוחם התקבלה ההחלטה להוציאה לגמלאות פסולים ויש לבטלם ובנוסף היא טוענת כי נפלו פגמים בהליך אשר בו התקבלה ההחלטה בעניינה.

טרם שנפרט את העובדות הרלבנטיות לעניינה של זוזל נעמוד בקצרה על התשתית הנורמטיבית הנוגעת לעתירה.

התשתית הנורמטיבית

1. חוק גיל פרישה, תשס"ד-2004 (להלן: חוק גיל פרישה) החל על כלל העובדים במשק, קובע בסעיף 3 מהו גיל הפרישה אשר בו רשאים העובד והעובדת לצאת לגמלאות - גיל 67 לגבר, ובכפוף להוראות פרק ד' לחוק, גיל 62 לאישה. סעיף 4 לחוק גיל פרישה מוסיף וקובע כי בהגיע העובד או העובדת לגיל 67 ניתן לחייבם לפרוש מעבודתם (להלן: גיל פרישת חובה), ועוד קובע החוק בסעיף 5 כי בהגיע העובד או העובדת לגיל 60, המוגדר בחוק כ"גיל הפרישה המוקדמת", הם זכאים לפרוש מחמת גילם ולקבל גמלה, בהפחתה המתחייבת מפרישתם המוקדמת. לצד הסדר זה, החל כאמור על כלל העובדים במשק, קובע חוק הגמלאות הסדר ספציפי לגבי פרישה לגמלאות ולגבי שיעור הגמלאות של עובדים בשירות המדינה.

וכך קובע סעיף 18(א) לחוק הגמלאות:

"עובד ששירת עשר שנים לפחות, רשאי נציב השירות להחליט על יציאתו לקצבה אם הגיע העובד לגיל 60 והוא חייב לעשות כן בתום החודש שבו הגיע העובד לגיל פרישת חובה, כמשמעותו בחוק גיל פרישה, התשס"ד-2004 (בסעיף זה - גיל פרישת חובה); אולם נציב השירות רשאי, באישור ועדת השירות ובהסכמת העובד, להרשות את המשך העסקתו של עובד מעבר לגיל פרישת חובה לתקופה שלא תעלה על התקופה שיקבע, אם הוכח להנחת דעתה של ועדת השירות שהעובד מסוגל להמשיך בעבודה במשורתו".

סעיף 73 לחוק הגמלאות מוציא את השוטרים מגדר תחולתו של סעיף 18 הנ"ל וסעיף 81 לחוק הגמלאות מחיל את הוראת ההחרגה שבסעיף 73 גם על סוהרים.

וכך קובע סעיף 73 לחוק הגמלאות:

"סעיף 18 לא יחול על שוטר, אולם שוטר ששירת עשר שנים לפחות, רשאי המפקח הכללי של המשטרה להורות על יציאתו לקצבה, אם הגיע השוטר לגיל הפרישה לשוטר".

"גיל הפרישה לשוטר" הוגדר בסעיף 69א לחוק הגמלאות כ"גיל הקבוע לגביו, בהתאם לחודש לידתו, בחלק ב' בתוספת השניה", ועיון בחלק ב' של התוספת

השניה לחוק הגמלאות מלמד כי גיל הפרישה לשוטר נקבע שם במדורג החל מגיל 55 עד גיל 57 בהתאם לחודש ולשנת הלידה.

2. על יסוד הוראות אלו אימצו בעבר שירות בתי הסוהר ומשטרת ישראל נהלים פנימיים בהם נקבע, למעט חריגים, גיל פרישה אחיד לשוטרים וסוהרים המשרתים עשר שנים לפחות בשב"ס או במשטרה. תחילה נקבע גיל 55 כגיל הפרישה האחיד כאמור, ולאחר חקיקת חוק גיל פרישה הוא הועלה בהדרגה ל-57 שנים. בעת שנחקק חוק גיל פרישה כבר היו תלויות ועומדות בפני בית משפט זה, בהרכב מורחב, שלוש עתירות (בג"ץ 10076/02 רוזנבאום נ' נציב שירות בתי הסוהר, פ"ד סא(3) 857 (2006) (להלן: עניין רוזנבאום)) נגד ההסדר שקבע גיל פרישה אחיד בשב"ס ובמשטרה, ואף שעתירות אלה הוכרעו לאחר שינוי הגיל האחיד באותם הסדרים (מ-55 ל-57 כאמור) סבר בית המשפט כי שינוי זה אין לו השלכה מהותית על ההכרעה בעתירות, אשר התמקדה בניתוח הפער שבין גיל הפרישה בשירות המדינה לעומת גיל הפרישה במשטרה ובשב"ס.

בקובעו כי קבוצת השוויון הרלבנטית בהקשר זה היא כלל עובדי המדינה קבע בית המשפט ביום 12.12.2006 בפסק הדין שניתן בעניין רוזנבאום כי המשיבים:

"לא הצליחו לשכנע כי גיל פרישה אחיד, שהנו נמוך בעשר שנים מגיל הפרישה הנוהג ביתר השירות הציבורי, מתחייב 'מאופיים או ממהותם' של כלל התפקידים או המשרות בשב"ס ובמשטרה" (עמ' 874 לפסק-הדין).

בית המשפט הוסיף וציין בעניין רוזנבאום כי לא הוצג כל בסיס ענייני לקביעת גיל 55 או 57 כגיל הפרישה בשב"ס ובמשטרה; כי המשיבים לא הציגו כל מאמץ ליצור מנגנון הוצאה לקצבה שיתבסס על מאפיינים אינדיבידואליים, או על חלוקה כלשהי של סוגי משרות או תפקידים בתוך השב"ס והמשטרה; וכי לא ניתן להתעלם מן הפער הבולט - עשר שנים - בין הגיל שנקבע כגיל פרישה אחיד בשב"ס ובמשטרה לבין הגיל הנוהג בשירות המדינה. עוד קבע בית המשפט כי המשיבים לא עמדו בנטל להראות "שהבחנה שנקטה המדינה בין עובדיה מתחייבת מאופיים או ממהותם של כל התפקידים או המשרות המבוצעים בשב"ס ובמשטרה" וכי הם נקטו "בגישה קיצונית בלתי מידתית ובלתי סבירה" בקובעם ללא תשתית ראייתית מספקת ומשכנעת המצדיקה זאת, גיל פרישה אחיד שהינו נמוך בעשר שנים מן הנהוג בשירות המדינה. משכך הגיע בית המשפט למסקנה כי "[מ]דיניות הפרישה הנהוגה בשב"ס ובמשטרה אינה כדין" והורה על בטלותו של הנוהל הפנימי הקובע הוצאה כפויה ואחידה לקצבה בגיל 55 (או

57) לשוטר או סוהר ששירתו עשר שנים לפחות. עם זאת, בהתחשב במורכבות העניין הושעתה הכרזת הבטלות למשך שמונה-עשר חודשים על מנת שבתקופת הביניים יפעלו המשיבים לקביעת הסדרי פרישה חדשים.

3. בעקבות פסק הדין בעניין רוזנבאום אכן נקבעו על ידי השב"ס ועל ידי המשטרה הסדרים חדשים ואנו נתמקד בהסדרים הנוגעים לשב"ס בהיותם נושא העתירה דנן. תחילה קבע השב"ס במהלך שנת 2007 נוהל 03-5007 שכותרתו "שקילת הארכת שירות לסוהר בר-פרישה" (להלן: נוהל שקילת הארכת שירות), וביום 8.3.2009 הוטמע נוהל זה, בשינויים מסוימים, בפקודת הנציבות 02.33.00 "שקילת הארכת שירות לסוהר בר-פרישה" (להלן: פקודת שקילת הארכת שירות), שמעמדה הנורמטיבי הוא כשל הנחיות מינהליות (ראו רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 59 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר והפסיקה הנזכרת שם (טרם פורסם, 7.10.2010). כן ראו באותו עניין בפסקה 60 הרהורים לעניין סיווג זה).

ההחלטות נושא העתירה שבפנינו בעניינה של וזל התקבלו, כפי שיפורט להלן, מכוח נוהל שקילת הארכת שירות טרם הטמעתו בפקודת שקילת הארכת שירות. אולם, בהינתן העובדה שהפקודה אימצה בעיקרו של דבר את הוראות הנוהל וזול אינה טוענת אחרת, תבחנה ההחלטות נושא העתירה אל מול ההסדר שבפקודה הנוהג כיום בו מיקד למעשה המשיב את טיעונו. ההוראות הרלבנטיות בפקודה תובאנה בפירוט בהמשך הדברים אך בשלב זה ועל מנת להשלים את התמונה הנורמטיבית ייאמר בתמצית כי על פי פקודת שקילת הארכת שירות נשלחת מדי שנה לסוהרים אשר הגיעו לגיל 57 הודעה לפיה הינם "בני פרישה" ולעניין זה ראוי להדגיש כי המונח "סוהר" אינו מתייחס רק אל מי שמשמש בתפקיד זה הלכה למעשה בין כותלי הכלא אלא אל כלל עובדי שירות בתי הסוהר על מגוון התפקידים האדמיניסטרטיביים והאחרים שהם מבצעים. זאת נוכח הגדרתו של המונח "סוהר" בסעיף 1 לחוק הגמלאות הקובעת כי סוהר הוא מי "שנמנה עם שירות בתי הסוהר לפי פקודת בתי הסוהר, 1946, לרבות סוהר מוסף זמני [ראו הוראות סימן ו' לפרק ג' לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971] ולמעט סוהר חדש כהגדרתו בסעיף 108ב".

סוהרים שקיבלו הודעה כאמור, רשאים להגיש בקשה להארכת השירות אם הם עומדים בתנאים שנקבעו לעניין זה בסעיף 5 לפקודה, ובקשה זו נדונה בפני ועדה בראשות ראש מינהל משאבי אנוש בשב"ס (להלן: הוועדה לשקילת הארכת שירות). הוועדה בוחנת את בקשתו של הסוהר על פי אמות המידה המפורטות בסעיף 7 לפקודה, והיא מוסמכת להמליץ על הארכת שירותו בתפקיד הנוכחי; על הארכת השירות תוך העברה לתפקיד אחר; או על הוצאה לקצבה. המלצה על הארכת השירות היא לתקופה

שלא תעלה על שנה בכל פעם, ולתקופה כוללת שלא תעלה על שלוש שנים או עד הגיע הסוהר לגיל 60. אולם בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף 8(ה) לפקודה רשאית הוועדה להמליץ על הארכת שירות גם מעבר לגיל 60. המלצת הוועדה בבקשה להארכת שירותו של סוהר מובאת בפני נציב השב"ס שהינו הגורם המוסמך להחליט בעניין זה. על ההחלטה המתקבלת רשאי הסוהר להשיג בפני נציב השב"ס וההחלטה בהשגה היא סופית (השוו להסדרים אשר הונהגו במשטרת ישראל לאחר פסק הדין בעניין רוזנבאום ראו: הוראת שעה - סעיפים 3 ו-4 לפקודה 07.07.02 לפקודת המטה הארצי "הפרישה לגמלאות"; פקודה 07.07.10 לפקודת המטה הארצי "הפרישה לגמלאות" - הארכת השירות מעבר לגיל הפרישה" (להלן: פקודת המטה הארצי - הארכת שירות)).

העתיקה שבפנינו

4. זוזל, ילידת 27.2.1952, התגיסה לשב"ס במאי 1986 והוצבה כעובדת סוציאלית-קצינה בבתי הכלא מגן ומעשיהו. בתפקיד זה הגיעה לדרגת כלאי ותחילה שולם שכרה לפי טבלאות השכר של "דירוג המח"ר המועדף", בצירוף תוספות ייחודיות לסוהרים. ביום 29.12.1994 קיבלה זוזל מינוי של "רב כלאי" וזאת מתוקף ההסדר הקרוי "רב-כלאי גמיש", שנהג אז בשב"ס. בהתאם לאותו הסדר ניתן לזוזל מאותו שלב שכר של רב-כלאי, וכשנה וחצי לאחר מכן, ביום 1.5.1996, ניתנה לה גם דרגה של רב-כלאי. במאמר מוסגר יצוין כי ההסדר של "רב כלאי גמיש" נוצר בשב"ס על רקע מצוקת תקני הקצונה ואפשר את קידומם של קצינים בדרגת כלאי, משום שעל פיו ניתן היה לקדם קצין בדרגת כלאי לדרגה של רב-כלאי על אף היותו מוצב בתקן של כלאי אם עמד בקריטריונים שנקבעו לצורך זה (ראו נוהל מש"א 02-3018 "דרגות אישיות" (להלן: נוהל דרגות אישיות)).

ביוני 1999 הועברה זוזל לתפקיד של קצינת רישום במחלקת האסיר ובמקביל החלה ללמוד משפטים. ביום 13.2.2005, לאחר סיום לימודי המשפטים, הועברה זוזל ללשכה המשפטית של שב"ס שם שימשה כמתמחה בתחום הנזיקין, ועם סיום ההתמחות המשיכה זוזל לשרת בלשכה המשפטית בתפקיד עוזרת בתחום הנזיקין על פי כתב מינוי מיום 20.3.2006 (זוזל התקבלה כחברה בלשכת עורכי הדין ביום 5.9.2007). בתפקיד זה שימשה זוזל עד הוצאתה לגמלאות.

5. "גיל הפרישה לסוהר" הרלבנטי לזוזל על פי הטבלה שבחלק ב' לתוספת השניה לחוק הגמלאות הוא 56 שנים ושמונה חודשים, ולקראת הגיעה לגיל זה נשלחה אליה הודעה כי היא "בת פרישה". זוזל מצידה ביקשה להאריך את השירות והגישה בעניין

זה בקשה מתאימה אשר נדונה ביום 3.6.2008 בפני הוועדה לשקילת הארכת שירות. היועץ המשפטי של השב"ס חיווה דעתו בפני הוועדה כי זוזל "מבצעת תפקידה בחריצות", אך הוא הוסיף וציין כי "במסגרת רה ארגון נדרש שינוי ותתאים לתפקיד ע.ק. עתירות מחוץ ללשכה המשפטית".

בהתבסס על עמדה זו קבעה הוועדה לשקילת הארכת שירות כי:

"לאור חו"ד היועמ"ש המציין מחד את מסירותה לתפקודה הטוב אך מאידך את חוסר התאמתה לשמש בלשכה [ה]משפטית, אין בידי הוועדה להמליץ על המשך שרותה, הגם שהוועדה התרשמה כי נסיבותיה האישיות של הקצינה כפי שהוצגו במידת מה על ידה ובמידה רבה ע"י ר' יח' רווחה מלמדות על כי הינה ערירית ומחוייבת בתמיכה כספית בבעלה לשעבר".

נוכח שינויים במצבת כוח-האדם בלשכה המשפטית של שירות בתי הסוהר שלח היועץ המשפטי של השירות, ביום 10.6.2008, הודעה מעדכנת לוועדה לשקילת הארכת שירות ובעקבותיה שינתה הוועדה את מסקנתה והמליצה על הארכת שירותה של זוזל בשניים-עשר חודשים בצינה כי: "היות וחוו"ד היועמ"ש היתה נימוק מרכזי בהמלצת הוועדה, הרי שינוי עמדתו היא בהכרח לשינוי בהמלצת הוועדה [כך במקור] ולפיכך הוועדה ממליצה על הארכת שירותה בשנה ובלבד שבשנה זו תמשיך הקצינה להיות משובצת בלשכת היועמ"ש". המלצה זו הובאה בפני נציב השב"ס, אשר החליט לאמצה באופן חלקי והורה על הארכת שירותה של זוזל בשישה חודשים בלבד, עד ליום 30.4.2009. הודעה מתאימה נשלחה לזוזל ובה נמסר לה גם כי היא תצא לחופשת פרישה החל מיום 1.3.2009. השגה שהגישה זוזל ביום 10.12.2008 על החלטה זו נדחתה לאחר שני ראיונות שנערכו לה על ידי ראש מינהל משאבי אנוש בשב"ס (להלן: רמ"ל משאבי אנוש), האחד ביום 25.12.2008 והשני ביום 31.12.2008. בראיון השני שנערך לעותרת ציין רמ"ל משאבי אנוש כי "הארגון כמשימה עוסק בעניין ביטול ר/כ [רב-כלאי] גמיש מזה מספר שנים" ועל כן לתפקיד שמילאה ישובץ אדם שהוא בדרגה של כלאי. כן ציין רמ"ל משאבי אנוש כי היא לא נמצאה מתאימה לשיכוץ בתפקיד משפטי אחר בתקן של רב-כלאי.

6. משנדחתה השגתה, פנתה זוזל ביום 7.1.2009 לנציבת שוויון הזדמנויות בעבודה במשרד התעשייה המסחר והתעסוקה. כחודש לאחר מכן, וטרם שהיה סיפק בידי הנציבה להתייחס לפנייתה, הגישה זוזל את העתירה שבפנינו להורות לנציב השב"ס שלא להפסיק את שירותה. בכך ויתרה זוזל על התערבותה של הנציבה (ראו

סעיף 18(א)(2) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון ההזדמנויות)).

במסגרת העתירה ביקשה זוזל כי יוצא צו ביניים אשר ימנע את הוצאתה לחופשת פרישה ואת הפסקת שירותה עד להכרעה בעתירה. תחילה ניתן ביום 1.4.2009 צו ארעי לפיו מועד יציאתה של זוזל לחופשת פרישה וסיום שירותה יידחו עד למתן החלטה אחרת, אך ביום 12.5.2009 לאחר קבלת תגובת המשיב דחה בית משפט זה (השופט ס' גובראן) את הבקשה (וביום 26.7.2009 שב ודחה בקשה נוספת שהגישה), וזוזל הוצאה לגמלאות.

7. לאחר דיון שהתקיים בעתירה ביום 25.4.2010 המליץ בית המשפט (השופטים מ' נאור, י' דנציגר ונ' הנדל) כי הצדדים יבחנו אפשרות למצוא פתרון מעשי למחלוקת והורה להם להגיש הודעה מעדכנת בעניין זה. משלא נמצא פתרון כאמור ניתן ביום 18.7.2010 צו על תנאי המורה למשיב ליתן טעם מדוע לא תבוטל החלטתו להוציא את זוזל לגמלאות בפרישה מוקדמת. כמו כן הורה בית המשפט למשיב ליתן טעם מדוע החלטתו זו אינה נוגדת את פסק הדין בעניין רזנבאום, ועוד נקבע באותה החלטה כי הדיון בעתירה לאחר הוצאת הצו על תנאי יתקיים בפני הרכב מורחב.

להשלמת התמונה יצוין כי ביום 1.8.2010 הגישה זוזל בקשה למתן צו עשה בו ביקשה להחזירה לעבודה בשב"ס בטענה כי התפנתה בשירות משרה בתקן של רב-כלאי. בקשה זו נדחתה ביום 3.10.2010 (השופט מ' נאור) נוכח העובדה שהוצאתה של העותרת לקצבה כבר נכנסה לתוקף וכן נוכח הצהרת נציב השב"ס לפיה אם תתקבל העתירה ניתן יהיה להפוך את החלטתו וזכויותיה של זוזל לא תפגענה.

טענות הצדדים

8. זוזל טוענת כי נוהל שקילת הארכת שירות עליו מבוססת ההחלטה להוציאה לגמלאות הוא נוהל פסול ומפלה, וכן היא טוענת כי ההחלטה הפרטנית שהתקבלה בעניינה לוקה לעצמה בפגמים המצדיקים את ביטולה.

לעניין נוהל שקילת הארכת שירות טוענת זוזל כי הנחת המוצא לפיה נציב השב"ס רשאי להורות לסוהר שהגיע לגיל 57 לצאת לגמלאות הינה פסולה ויש בה משום הפליה מחמת גיל. זוזל מדגישה כי בפסק הדין בעניין רזנבאום פסל בית משפט זה את מדיניות הפרישה שנהגה בשב"ס ובמשטרת ישראל בקובעו כי מדובר במדיניות

המפלה בין סוהרים ושוטרים לבין עובדי המדינה, וניתן היה לצפות כי לפחות בכל הנוגע לעובדים בתפקידים מקצועיים ישנה שב"ס את מדיניותו. אולם, כך לטענתה, לא זו בלבד שהסדרי הפרישה שנקבעו לאחר פסק הדין בעניין רוזנבאום לא שינו באופן מהותי את מדיניותו של שב"ס בהקשר זה, אלא שהם החמירו את מצבם של הסוהרים בכך שעל פיהם מסווגים עתה סוהרים מעל גיל 57 כעובדים ארעיים "בני פרישה", הנדרשים לשוב ולפנות בבקשה להארכת שירותם מדי שנה. זוזל מוסיפה כי בהסדרים שנקבעו לא ניתן כל טעם ענייני לקביעה לפיה גיל הפרישה האחיד יעמוד על 57, וככל שהדבר נוגע אליה לא ניתן על ידי המשיב כל הסבר לכך שהיא נאלצת לפרוש עשר שנים לפני המועד שבו נדרשת לפרוש עורכת-דין העובדת בשירות המדינה. עוד טוענת זוזל כי סעיף 73 לחוק הגמלאות מקנה אמנם שיקול דעת לנציב שב"ס להפסיק שירות של סוהר מחמת גיל, אך סמכות רשות זו הפכה ללא כל הצדקה למדיניות שב"ס, והיא מיושמת באופן בלתי ענייני, מפלה ופסול. כמו כן טוענת זוזל כי ההסדר נוגד את הוראת סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות ואת הוראות חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987 וכי חיובו של אדם לפרוש בגיל 57 כאשר הוא במלוא כוחו, פוגע בכבוד האדם שלו ובחופש העיסוק משום שהסיכוי כי ישתלב במקום עבודה חדש בגילו זה - קטן. לטענת זוזל מדובר בפגיעה בלתי סבירה, בלתי מידתית ובלתי ראויה שאין לקבלה והיא מוסיפה כי ככל שהמשיב ביקש לסיים את שירותה בשל העדר שיבוץ מתאים, הוא מחוייב לפרוצדורה של פיטורים הכרוכה בשימוע ובאישור השר הממונה.

עוד טוענת זוזל כי הטעם האמיתי אשר בגינו הופסק שירותה בשב"ס הוא גילה, וכי הגרסה לפיה ברקע הדברים עמדה המגמה לביטול הדרגה של "רב כלאי גמיש" היא גרסה שהועלתה לראשונה בראיון השני שערך לה רמ"ל משאבי אנוש ביום 31.12.2008. לטענת זוזל זוהי גרסה תמוהה הסותרת את נהלי שב"ס בהם מעוגנת העסקת סוהר בדרגה של רב-כלאי גמיש ומכל מקום, כך טוענת זוזל, הסבר זה אינו רלבנטי בעניינה שכן לאחר סיום ההתמחות היא עבדה בתקן רגיל של רב-כלאי, והיא מפנה בהקשר זה לכתב מינויה מיום 20.3.2006. זוזל מוסיפה ומציינת כי מן ההערכה התקופתית שניתנה בעניינה על ידי היועץ המשפטי של השב"ס עולה כי היא מילאה את תפקידה במקצועיות ולשביעות רצונו של ראש התחום בלשכה המשפטית. לטענתה גם אם ייקבע שנוהל שקילת הארכת שירות אינו פסול יש להורות על הארכת שירותה לפי התנאים שנקבעו בו. בהקשר זה מפנה זוזל לאמות המידה שנקבעו בסעיף 6 לנוהל ומדגישה כי לאחר עשרים ושלוש שנות עבודה בשב"ס היא תהא זכאית לקצבה בשיעור של 59% ממשכורתה הקובעת, והפסקת שירותה על ידי המשיב מונעת ממנה את האפשרות להתקדם בדרגה ולהגיע לקצבה בשיעור המרבי של 70%, אשר תבטיח את קיומה בכבוד לעת זקנה. זוזל מוסיפה כי המשיב לא נתן בהחלטתו משקל ראוי למצבה

הכלכלי והמשפחתי; לעובדה שהיא ערירית וללא זכויות סוציאליות ממקור נוסף; ולעובדה שעל פי פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה היא נאלצת לשלם לבעלה חלק מגמלתה. עוד טוענת זוול כי לא נערך לה שימוע כדין, וגם מטעם זה יש לפסול את ההחלטה שהתקבלה בעניינה.

9. מנגד טוען המשיב כי דין העתירה להידחות. לטענתו לא נפל כל פגם בנוהל שקילת הארכת שירות או בפקודת שקילת הארכת שירות, וההסדרים שנקבעו בהם וכן האופן בו הם מיושמים עולים בקנה אחד עם פסק הדין בעניין רוננבאום ומשקפים איזון הולם בין מאפייני השירות לבין זכויות המשרתים. המשיב מדגיש בהקשר זה כי כיום אין גיל פרישה אחיד בשב"ס, כי ההסדרים שנקבעו קובעים הליך של בחינה אינדיבידואלית של כל בקשה וכי הגיל מהווה שיקול אחד מתוך שורה של שיקולים הנבחנים בכל מקרה לגופו. המשיב מוסיף ומדגיש כי הלחץ והשחיקה אותם חווים סוהרים גבוהה מזה של עובד ממוצע (ואף גבוהה מזה של שוטרים), נוכח היקף שעות העבודה (לפחות חמש שעות שבועיות יותר מעובד מדינה אחר), נוכח השעות הבלתי שגרתיות בהן נדרשים סוהרים לעבוד וכן נוכח המגע עם אוכלוסייה עבריינית. עוד טוען המשיב כי גיל הפרישה בשירות המדינה משתנה ממגזר למגזר והלכה למעשה הוא נמוך מן הגיל הקבוע בחוק, בייחוד בגופים הבטחוניים אשר בהם עומד גיל הפרישה הממוצע על 50 עד 54 שנים. כמו כן מדגיש המשיב כי המחוקק עצמו הבחין בין שוטרים וסוהרים לעובדי המדינה בכל הנוגע לגיל הפרישה בקובעו בסעיף 73 לחוק הגמלאות כי לגבי שוטרים וסוהרים יחול גיל פרישה שונה, והוא אף איפשר בסעיף 100(א) לחוק הגמלאות תוספת לשיעור גמלתם (ועל פי הנהלים שנקבעו מכוחו מתאפשרת הגדלת הגמלה בשיעור של עד 8%, שהינה שוות ערך לשירות של ארבע שנים נוספות). עוד טוען המשיב כי קביעת גיל פרישה מוקדם לסוהרים מתיישב עם הצרכים והרצונות של הסוהרים עצמם, ולגישתו יש להגן בהקשר זה על אינטרס ההסתמכות של המשרתים בשב"ס. כמו כן סבור המשיב כי האפשרות לפרוש בגיל צעיר תורמת באופן משמעותי למוטיבציה הגבוהה של המשרתים והוא מוסיף וטוען כי אין כל פגם בכך שעל פי פקודת שקילת הארכת שירות נדרש סוהר שהגיע לגיל הפרישה לסוהר להודיע אם הוא רוצה להמשיך בשירות, שכן הניסיון מלמד שמרבית הסוהרים מעוניינים לפרוש בגיל זה. עוד מדגיש המשיב כי תפיסת השירות בשב"ס שונה מזו המעוגנת בחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 (להלן: חוק שירות המדינה - מינויים) והיא מעוגנת בסעיפים 82 ו-85 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר) ובנהלים שנקבעו לעניין זה על ידו ולפיהם נדרש כל אדם המשרת בשב"ס להגיש, ללא קשר לגילו, בקשה להארכת שירות מדי חמש שנים עד לשנה העשרים לשירותו. המשיב מוסיף ומדגיש כי מבחינת אמות המידה והמדדים

לבחינת בקשות להארכה, יש בפקודת שקילת הארכת שירות אבחנה בין סוהר בתפקיד ייעודי לסוהר בתפקיד מנהלי או בתפקיד מטה, וכי הבקשות נשקלות באופן פרטני על ידי ועדה בראשות רמ"ל משאבי אנוש ומספר לא מבוטל מתוכן (כ-82%) אף מאושר לרבות הארכת השירות מעבר לגיל 60.

10. לטענת המשיב אין למצוא פגם גם בהחלטה הפרטנית שנתנה בעניינה של זוזל, בציינו כי מכלול נסיבותיה האישיות נבחנו על ידי הוועדה לשקילת הארכת שירות וזו המליצה על הארכת שירותה של זוזל בשנה. המלצת הוועדה הובאה בפני המשיב אשר שב ובחן את מכלול הנתונים הרלבנטיים והחליט לאמץ את המלצת הוועדה באופן חלקי ולהאריך את שירותה של זוזל בשישה חודשים. המשיב מדגיש כי ההסדר של "רב-כלאי גמיש" אשר הוחל על זוזל ומכוחו ניתנה לה דרגת רב-כלאי, יצר הכבדה משמעותית על תקציבי השכר של שב"ס וגרם לבעיות ארגוניות אשר חייבו את ביטולו. על כן בוטל הסדר זה בשנת 2000 ונקבע כי יש להביא לסיומו גם בהוצאה לגמלאות של סוהרים שהגיעו לגיל פרישה. היעד שנקבע לכך היה עד תום שנת 2008, ועל רקע יעד ארגוני זה, כך נטען, הוצאה זוזל לגמלאות ותפקידה מאוייש כיום על ידי קצינה בדרגת כלאי. המשיב מוסיף כי תפקודה של זוזל בלשכה המשפטית אמנם היה משביע רצון, אך היא לא נמצאה מתאימה להתקדם למשרת "ראש תחום" (תפקיד בדרגת רב-כלאי) וכמו כן לא נמצא עבורה תפקיד חלופי מתאים. עוד טוען המשיב כי זוזל מעולם לא שובצה לתפקיד בתקן רב כלאי והוא מטעים כי העובדה שבכתב המינוי שניתן לה לאחר תום התמחותה צויינה דרגת התקן למינוי כדרגת רב-כלאי, יסודה בטעות. לטענת המשיב לא שיקולי הגיל הם שעמדו במוקד ההחלטה שקיבל בעניינה של זוזל, כי אם יכולותיה האישיות והצרכים הארגוניים של שירות בתי הסוהר, והוא מוסיף ומציין כי בארגון שב"ס מיושמת "מדיניות קדנציות" לפיה לאחר ארבע שנים שמילאה זוזל בתפקידה היה מקום להורות על העברתה לתפקיד אחר, ומשלא נמצא לה תפקיד הולם ניתן להורות על שחרורה מן השירות.

עוד מציין המשיב כי בניגוד לנטען על ידי זוזל נערך לה שימוע כדין וניתנה לה הזדמנות להעלות במהלכו את מלוא טענותיה. כמו כן מציין המשיב כי בניגוד לסוהרים אחרים שאינם מעוניינים לממש את זכותם לפרוש בגיל 57 בשל כך שלא צברו די זכויות לגמלה, זכאית זוזל עם פרישתה לגמלה בשיעור של כ-60% משכרה הקובע ובנוסף לכך נצברו לזכותה סכומים בקופת גמל ובקרבן השתלמות וכן היא זכאית למענק פרישה בסכום השווה ל-12 משכורות קובעות ולמענק אי ניצול ימי מחלה ופדיון ימי חופשה, המסתכמים כולם בכחצי מיליון ש"ח. המשיב מוסיף ומציין כי נוכח נסיבותיה האישיות זכאית זוזל לעתור להגדלת שיעור הגמלה על פי סעיף 100 לחוק הגמלאות,

ועוד הוא מציין כי לזוול השכלה פורמאלית בשני תחומי עיסוק שאינם יחודיים לשב"ס (עבודה סוציאלית ומשפטים) ועל כן אין לקבל את טענתה בדבר פגיעה בחופש העיסוק עקב הוצאתה לגמלה.

11. בתשובה לטענות המשיב מציינת זוול כי הנהלים שאליהם הפנה המשיב אינם רלבנטיים לענייננו וכי ההחלטה על דבר הוצאתה לקצבה התקבלה מחמת גילה. זוול מוסיפה כי מכל מקום בהתאם לכתב המינוי שניתן לה היא שובצה בתקן רגיל של רב כלאי, והיא מדגישה כי טענת המשיב כאילו מדובר בטעות נטענת בחוסר תום לב. לטענתה קצינים אשר קודמו לדרגה של רב כלאי גמיש לא היו מודעים לכך שהדבר יגרום להם נזק לקראת גיל הפרישה, וכי מעמדת המשיב יוצא שקידומה מחמת כישוריה הפך לחרב פיפיות נגדה. זוול מוסיפה וטוענת כי יש לדחות את הטענה לפיה לא ניתן היה להעבירה לתפקיד אחר וכי מעולם לא הוצע לה תפקיד חלופי ראוי למרות שהתפנו תפקידים משפטיים המתאימים לכישוריה, ומכל מקום לא היתה כל סיבה ראויה להעבירה מן התפקיד שבו שימשה בהצלחה, כעולה מחוות הדעת של הממונים עליה. נסיבות אלו, כך טוענת זוול, מגלות קיפוח, הפליה ועוול שנגרמו לה בהוצאתה לפרישה כפויה ומוקדמת לגמלאות ולטענתה נהג עמה המשיב בחוסר תום לב בכך שגימד בתגובתו את עשייתה ואת התפקידים שמילאה במהלך שירותה.

לטענת זוול מדיניות השב"ס לעניין פרישת סוהרים לא השתנתה מהותית לאחר פסק הדין בעניין רוזנבאום, ועל כן עומדת בעינה ההפליה הקיימת בין סוהרים לעובדי המדינה בתפקידים מקצועיים דוגמת התפקיד שבו כיהנה, והיא מדגישה כי סוהר המגיע לגיל 57 יוכל במקרה הטוב להאריך את שירותו לפרק זמן מוגבל כמפורט בפקודה אך מגיל זה ואילך לא ייערך בעניינו כל דיון בדבר קידום בתפקיד או בדרגה. זוול מוסיפה וטוענת כי החלטת המשיב להאריך את שירותה בחצי שנה בלבד לא נומקה, כי הוועדה להארכת שירות (דיון מיום 3.6.2008) דנה רק בפרישתה מחמת גיל וההנמקות שעלו בראיון שנערך לה ביום 31.12.2008 ובכללן אלה הנוגעות לתקן רב-כלאי גמיש, נולדו באיחור על מנת להסוות זאת ובלא שניתנה לה הזדמנות נאותה להיערך לקראתן ולהגיב עליהן. לבסוף טוענת זוול כי משלא נקבע בחוק אחר גיל פרישת חובה לסוהר, מחוייב גם נציב השב"ס לגיל פרישת חובה הקבוע בסעיף 4 לחוק גיל פרישה דהיינו גיל 67, והוראה זו גוברת לגישתה של זוול על כל הסדר או הנחיה מנהלית שהוצאו על ידי המשיב בהקשר זה. זוול מוסיפה ומציינת כי מדיניות המשיב אינה הולמת את צרכי הסוהרים ואינה מתיישבת עם המספר הרב של בקשות להארכת שירות המוגשות לאחר גיל 57, ועוד היא מציינת כי הנתונים שהציג המשיב מלמדים שגיל הפרישה הממוצע

של סוהר עולה עם השנים, ויש להניח שאם יוסר המחסום של גיל 57 הוא ימשיך ויעלה.

דיון

12. השאלה המרכזית שאליה יש להידרש בעתירה זו היא - האם ההסדרים שקבע שירות בתי הסוהר לענין פרישת סוהרים מן השירות עולים בקנה אחד עם חובת המדינה לנהוג שוויון בכלל עובדיה, על פי העקרונות שהותוו לכך בפסק הדין בעניין רוזנבאום.

טרם שנדרש ישירות לשאלה זו לא למותר לשוב ולשנן בתמצית את התשתית הנורמטיבית הצריכה לעניין.

מאז ראשית ימי המדינה הוכרה הזכות לשוויון בשיטתנו המשפטית כזכות יסוד מן המעלה הראשונה (ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 166-169 (תש"ס) (להלן: זמיר וסובל)). על פי התפישה המקובלת מושג השוויון משמעו "יחס שווה אל בני-אדם, אשר אין ביניהם שוני שהוא רלוונטי לעניין נושא השוויון" (בג"ץ 9863/06 קר"ן - עמותת קטועי רגלים לוחמים נ' מדינת ישראל - שר הבריאות, פסקה 9 (לא פורסם, 28.7.2008); בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פסקה 45 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (לא פורסם, 24.3.2009)). הפליה פסולה קיימת על כן מקום שבו נעשית הבחנה בין אנשים או מצבים בלא שיש לכך הצדקה עניינית. לעומת זאת ייתכנו מקרים אשר בהם ימצאו טעמים ענייניים ליצירת הבחנה כאמור. עמד על כך בית משפט זה באומרו כי:

"תפיסת השוויון בענייננו משמעותה יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. הפליה משמעותה יחס שונה אל שווים, ויחס שווה אל שונים ... נמצא, כי שוויון אינו מחייב זהות. לעתים, לשם השגת השוויון נדרש לפעול מתוך שונות. לא כל טיפול שונה הוא טיפול מפלה. עקרון השוויון, מבוסס, איפוא, על תפיסת הרלוונטיות" (בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נח(2) 358, 365 (2004) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח. כן ראו בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 762 (1994)).

עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992 הוכרה הזכות לשוויון כזכות יסוד הבאה בגדר זכותו של האדם לכבוד על פי מודל ביניים הכולל גם הפליה

שאינ עימה השפלה ובלבד שהיא קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (ראו בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר, פסקה 17 והאסמכתאות המובאות שם (15.6.2008) (להלן: עניין אלחנתי)).

13. החובה שלא להפלות - שאינה אלא תמונת ראי של זכות האדם לשוויון - מוטלת בראש ובראשונה על רשויות השלטון, אך מופעיה אינם נפקדים גם בתחומי המשפט הפרטי (ראו זמיר וטובל, 174-179). אחד התחומים המרכזיים אשר בו נמצא לו לעקרון השוויון "מקום של כבוד כנורמה שיש לדבוק בה" הוא משפט העבודה (עניין אלחנתי, פסקה 18). בתחום זה חוקקה הכנסת שורה של חוקים אשר כללו הוראות המעגנות את עקרון השוויון ומיועדות למיגור הפליה מסוגים שונים (ראו למשל: חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996; חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954; חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987; פרק ד' לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998; סעיף 15א לחוק שירות המדינה - מינויים; סעיף 42 לחוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959; סעיפים 18א-18 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975).

חוק מרכזי שנועד להטמעת עקרון השוויון בתחום דיני העבודה הוא חוק שוויון ההזדמנויות אותו הגדיר בית משפט זה כ"כריח התיכון בחקיקה בנושא השוויון בתחום יחסי העבודה בישראל" (בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 306 (1997) (להלן: בג"ץ רקנט)). חוק שוויון ההזדמנויות חל על המדינה כמעביד (סעיף 17 לחוק), ושימש תשתית נורמטיבית לניתוח טענות הצדדים בעניין רוזנבאום.

סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות מורה כך:

"(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם או מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים כהגדרתו בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, לרבות מחמת תדירותו או משכו, בכל אחד מאלה:

- (1) קבלה לעבודה;
- (2) תנאי עבודה;
- (3) קידום בעבודה;
- (4) הכשרה או השתלמות מקצועית;

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

...

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

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

הוראה זו אוסרת על מעביד להפלות בין עובדיו או בין דורשי עבודה ואיסור זה
 "מניע עצמו סביב שני צירים מרכזיים": (1) ציר העילה - קלסיפיקציה של אנשים לפי
 הבחנות שנאסרו בסעיף 2(א) רישא לחוק; (2) ציר מושא ההפליה - הנושאים המנויים
 בסעיפים קטנים (1) עד (6) לסעיף 2(א) לחוק אשר לגביהם אסורה ההפליה (ראו דברי
 השופט מ' חשין בבג"ץ רקנט, 308; דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי
 לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 343 (2000) (להלן: דנג"ץ רקנט. כן ראו שרון רבין מרגליות
 "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה - כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד 529,
 532-535 (1998) (להלן: רבין-מרגליות, המקרה החמקמק של אפליה בעבודה)).

תפיסת הרלבנטיות עליה מבוסס עקרון השוויון, כפי שצינו לעיל, באה לידי
 ביטוי בהוראת סעיף 2(ג) הנ"ל לחוק שוויון ההזדמנויות הקובע כי "אין רואים הפליה
 לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". זהו
 מבחן אובייקטיבי באופיו ובבואנו ליישמו יש לבחון האם דרישות התפקיד ומהותו אכן
 מחייבים באופן סביר את השונות שאותה מבקשים להצדיק. עוד יש לבחון האם ניתן
 משקל סביר לכל אחד מן הנתונים הצריכים לעניין, המצדיקים לכאורה את השונות
 (דנג"ץ רקנט, 348-349). יצוין כי עובד הטוען להפליה עליו נטל השכנוע להוכיח כי
 המעביד הפלה אותו ביחס לעובדים אחרים, ומשהוכיח זאת עובר הנטל אל המעביד
 להוכיח כי התקיימו התנאים שבסעיף 2(ג) לחוק, לפחות על פי מידת ההוכחה הנדרשת
 בעניינים אזרחיים (שס, 351-352).

14. אחד האיסורים המנויים בחוק שוויון ההזדמנויות הוא על הפליה מחמת גיל.
 איסור זה התווסף לחוק בשנת 1995 במסגרת תיקון מספר 3 שהרחיב את האיסור על
 הפליה הקבוע בחוק וצירף בו עילות נוספות. הפליה מחמת גיל מופנית במרבית
 המקרים כלפי אלה הנמנים עם האוכלוסיה הבוגרת וניתן לאתרה הן כחסם לקבלה
 לעבודה, לקביעת תנאי העבודה ולקידום בעבודה, הן כמאיץ לפיטורי העובד או
 להוצאתו לגמלאות (ראו: שרון רבין-מרגליות "הבחנה, אפליה וגיל: משחק של יחסי

כוחות בשוק העבודה" משפטים לב 131, 161-165 (2001) (להלן: רבין-מרגליות, הבחנה, אפליה וגיל); בתיה בן-הדור, עליזה אבן-חיריק, אפרת אפלבוים, הדס דרייהר, דפנה שרון, ינון כהן, גיא מונדלק "בדיקת אפליה בשכירה לעבודה על ידי מבחני היענות" עבודה, חברה ומשפט יא 381, 395 (2005); רות בן ישראל, שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה, 1082-1089 (כרך ג', תשנ"ח) (להלן: בן-ישראל); רות בן-ישראל, גדעון בן-ישראל מי מפחד מהגיל השלישי 56-60 (תשס"ד).

הפליה זו של עובדים או דורשי עבודה מחמת גיל מבטאת לרוב "סטריאוטיפים באשר למגבלות הגוף והרוח של האדם המבוגר. זאת, בלא שלדברים יהיה לרוב בסיס רציונאלי או ענייני. הפליה זו פוגעת בכבוד האדם המופלה. הוא חש כי הוא נבחן על-פי גילו ולא על-פי כישוריו ויכולותיו" (עניין רוזנבאום, עמ' 872-871 לפסק-הדין. ראו גם דנג"ץ רקנט, 369, ולסקירת התפתחותו של איסור ההפליה מחמת גיל ולמהותו ראו: בן-ישראל, 1029-1186; פנינה אלון-שנקר "העולם שייך לצעירים": על אפליה מחמת גיל מתקדם בעבודה ופרישת חובה בגיל נקוב" ספר דליה דורנר 81 (שולמית אלמוג, דורית ביניש, יעד רותם - עורכים, תשס"ט) (להלן: אלון-שנקר); ישראל דורון ועינת קליין "הזירה הלא מתאימה? אפליה מטעמי גיל בראי בית הדין האזורי לעבודה בחיפה" עבודה, חברה ומשפט יב 435 (2010) (להלן: דורון וקליין); רבין-מרגליות, הבחנה, אפליה וגיל). מלומדים שונים עמדו אף הם על כך שהפליה של עובדים מבוגרים מחמת גיל מהווה אחד מן הביטויים החברתיים לראייתם של מבוגרים כאנשים שונים ומוחלשים אשר יש להדירם מן החברה (תופעה שזכתה למושג גילנות (Ageism), ראו: ישראל (איסי) דורון "גילנות ואנטי גילנות" המשפט 25 (2008); "זכויותיהם החוקיות של עובדים ותיקים וזקנים בתחום התעסוקה" עמותת המשפט בשירות הזקנה (2010)).

15. המופע של הפליה מחמת גיל בקשר עם הוצאת העובד או העובדת לגימלה הוא פוגעני ואכזר. פרישה מעבודה של אדם מבוגר נושאת משמעויות כבדות-משקל והשלכות מהותיות על חייו הן בהיבט הכספי, הן בהיבט החברתי, ולא פחות מכך על דימויו העצמי, בהינתן הפגיעה הנגרמת לכבודו של מי שיכול וחפץ להמשיך ולעבוד. על כן, לא ניתן להפריז בחשיבותה של החובה לנהוג באופן שוויוני בין עובדים בעניין קביעת גיל הפרישה (בג"ץ רקנט, 326). עמד על כך השופט ג' כך בבג"ץ 104/87 דר' נעמי נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990) באומרו:

"לפרישה מעבודה יש השלכות אישיות-נפשיות וחברתיות שליליות. במקרים רבים, אדם הפורש

מעבודתו בשל גילו המתקדם מרגיש, כי אין הוא עוד שותף למערכת היצרנית של החברה. הוא חש, כי נשללים ממנו הסיפוק שבעשייה והסיפוק שבקבלת תגמול עבור עמלו. הרגשה זו מתחזקת גם בשל יחס החברה, אשר במקרים רבים מתייחסת אליו כאל 'זקן' שאין בו עוד תועלת. הדברים חריפים יותר בימינו, כאשר תוחלת החיים הממוצעת גדלה, ובריאותו של האדם נשמרת גם בגילאים מתקדמים. בשל כך גדל מספר השנים, שבהן אדם מבוגר, איתן בגופו ובנפשו, נאלץ, למרות סגולותיו, לפרוש מפעילותו בשוק העבודה ולהביט, לעתים קרובות בתיסכול, בזרם החיים הפעלתני שלא ניתן לו עוד ליטול בו חלק" (עמ' 755 לפסק-הדין. ראו גם ישראל דורון "יחסי הגומלין בין הזדקנות החברה הישראלית ובין מעמדן של הזכויות הכלכליות והחברתיות במשפט הישראלי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 893, 926 (יורם רבין ויובל שני עורכים, תשס"ה) (להלן: דורון)).

בהקשר זה ראוי לזכור כי במקרים לא מעטים האינטרס של העובדים המבוגרים להמשיך ולעבוד עולה בקנה אחד עם האינטרס של המעסיקים להמשיך ולהעסיקם בהיותם בעלי ידע, ניסיון וחוכמת חיים (ראו בג"ץ 4487/06 ד"ר בנימין קלנר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה י' לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (לא פורסם, 25.11.2007) (להלן: עניין קלנר); עניין רוזנבאום, 872; אלון-שנקר, 117-118).

16. ההפליה בדרך של קביעת גיל פרישה נמוך, אינה מנויה אמנם מפורשות בחוק שוויון ההזדמנויות, אך היא הוכרה כאחד מן העניינים הבאים בגדר ההפליה הכללית מחמת גיל המפורטת בחוק זה (ראו רבין-מרגליות, הבחנה, אפליה וגיל, 173). כך נפסק כי "קביעת גיל פרישה נמוך יותר לעובד בודד או לקבוצת עובדים מבלי שהדבר מתחייב מהתפקיד, מהווה הפליה מחמת גיל כלפי אותו עובד וכלפי אותה קבוצה", וכי ככלל "החובה של מעביד לנהוג שוויון בין עובדיו מחמת גילם, משמעותה, בין השאר, חובה לקבוע גיל פרישה זהה לכל העובדים (המהווים את קבוצת השוויון)... (דנג"ץ רקנט, 360, 347. כן ראו דברי השופט זמיר בבג"ץ רקנט, 350-347. לעניין תחולתו של חוק שוויון ההזדמנויות בנושא זה ראו גם עמדתם של השופט (כתוארו אז) מ' חשין (שם, 336-335) ושל השופטת ד' ביניש (כתוארה אז) (שם, 375). כן ראו אלון-שנקר, 91-97).

יש הסבורים כי "עצם קביעתו של גיל - כל גיל - שבו חייב עובד לפרוש מעבודתו, מפלה בין מי שהגיע לאותו גיל לבין צעירים ממנו" (בג"ץ רקנט, 309). לגישתם של אלו, מן הראוי היה לאמץ בעניין זה הסדר שונה המתווה מודל

אינדיבידואלי של פרישה תפקודית המתחשבת בנתוניו של כל עובד (לגישות השונות ביחס למודל הראוי ולשאלות החוקתיות המתעוררות בהקשר זה ראו בג"ץ 7957/07 שדה נ' השר לבטחון פנים, פסקה 11 והאסמכתאות המובאות שם (2.9.2010)). כן ראו רבין-מרגליות, המקרה החמקק של אפליה בעבודה, 559-561; רות בן-ישראל ביטחון סוציאלי, 1030-1038, 1047-1050 (כרך ג', 2006). המחוקק הישראלי בחר, כאמור, לאמץ מודל של גיל פרישה כפוי, אחיד וקבוע לכלל העובדים במשק, לרבות עובדי מדינה, המשתקף בחוק גיל פרישה ובחוק הגימלאות (גישה דומה ננקטה בדין הפדראלי בארה"ב, ראו: Age Discrimination in Employment Act, 1967, 29 U.S.C. §§ 621-634; *EEOC v. Wyoming*, 460 U.S. 226 (1983)). על כן, זוהי נקודת המוצא לדיוננו. יחד עם זאת חשוב לזכור כי מודל זה עשוי להעצים את תחושת ההפליה והקיפוח ככל שלא ישמרו עקרונות של שוויון במסגרתו. עמד על כך השופט זמיר בבג"ץ רקנט באומרו:

"הפגיעה הנגרמת כרגיל לאדם אשר נאלץ לפרוש מן העבודה בגיל שנקבע כגיל כללי לפרישת חובה, מתעצמת כאשר אדם משתייך לקבוצה של עובדים הנאלצת לפרוש מן העבודה בגיל מוקדם יותר" [ההדגשה הוספה] (עמ' 342).

ואכן, זוזל מיקדה טענותיה בפנינו בכך שההסדרים אשר נקבעו בפקודת שקילת הארכת שירות ואשר על פיהם התקבלה החלטה להוציאה לגמלאות בגיל 57 וחודשיים בלבד, היא החלטה פסולה המפלה אותה כעורכת דין בשירות שב"ס לעומת עובדים אחרים בשירות המדינה המבצעים תפקיד דומה.

17. כפי שכבר צויין קבוצת השוויון הרלבנטית בענייננו היא זו של כלל עובדי המדינה וכבר נפסק בהקשר זה כי "כל שוטר וכל סוהר הינם 'עובדים' והמדינה היא 'מעבדיהם'" (בג"ץ 1214/97 הרב יצחק חלמיש נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(2) 647, 653 (1999)), ובעניין רוזנבאום הוסיף בית המשפט וקבע כי:

"הסדרי חוק הגימלאות חלים על כלל עובדי המדינה. ציפיתם הסבירה של העובדים ביחידות השונות היא ליחס שוויוני, בהיותם עובדיה של מדינת ישראל. המדינה חבה חובות כלליות של סבירות, הגינות ושוויוניות כלפי כל אזרח ... קל וחומר שהיא חבה חובות אלה כלפי כלל עובדיה. אכן, לעניין איסור ההפליה שלפנינו, המדינה היא גוף אחד. היא ה"מעביד" על-פי סעיף 2 [לחוק שוויון ההזדמנויות] (872-873).

עמדנו לעיל על כך שהפליה אסורה מתקיימת מקום שבו נעשית הבחנה בין אנשים או מצבים בלא שיש לכך הצדקה עניינית ועל הטוען להפליה לבסס קיומן של "קבוצות-יחס" המקיימות ביניהן זהות או שוויון במאפיינים רלבנטיים ואשר חרף הדמיון האמור זוכות ליחס שונה (ראו בג"ץ 6784/06 רס"ן רונית שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פסקה 49 (טרם פורסם, 12.1.2011) (להלן: עניין שליטנר)). משהוכח קיומו של יחס שונה אל המשרתים בשב"ס לעומת כלל עובדי המדינה בכל הנוגע לגיל הפרישה, עלינו לבחון האם המשיב הרים את הנטל המוטל עליו והוכיח כי מתקיימים בענייננו טעמים ענייניים המצדיקים שוני זה.

המשיב בטיעונו הדגיש חזור והדגיש את השוני המשמעותי הקיים בין עבודתם של עובדי מדינה במגזרים השונים לעבודתם של סוהרים, המצדיק לטענתו את החלתם של הסדרי הפרישה הקבועים בפקודת שקילת הארכת שירות על סוהרים. בהקשר זה ציין המשיב כי מרבית הסוהרים מתגייסים לשב"ס בגיל צעיר יחסית ומשרתים בתפקידים תובעניים החושפים את הסוהרים למראות קשים, ועל כן אלמנט השחיקה של משרתי שב"ס גדול באופן יחסי. לטענת המשיב ההבחנה שיש לערוך בהקשר זה בין סוהרים לעובדי מדינה נתמכת בעובדה שסוהרים מבקשים לפרוש מוקדם יותר מעובדי מדינה אחרים. המשיב הציג נתונים בדבר גיל הפרישה הממוצע לשנת 2009 מהם עולה כי גיל הפרישה הממוצע של סוהרים עמד על 50.7, וציין כי למעט אנשי קבע בצה"ל (אשר גיל הפרישה הממוצע שלהם עמד על 45.6), זהו גיל הפרישה הממוצע הנמוך ביותר ביחס למגזרים אחרים המועסקים על ידי המדינה (ראו עניין שליטנר, פסקה 57). מנתונים אלה ניתן להסיק לשיטתו כי יש הצדקה לקבוע גיל פרישה שונה ונמוך יותר לגבי סוהרים.

18. על המאפיינים השונים המייחדים את המשרתים בשב"ס ובמשטרת ישראל אל מול כלל העובדים בשירות המדינה עמד גם בית משפט זה בעניין רוזנבאום בציינו:

"אמת, השב"ס והמשטרה הם גופים מיוחדים בקרב שירות המדינה. משימותיהם מורכבות ולא אחת חריגות באופיין ובדרישות שהן מטילות על המשרתים בשירותיהם. הן עשויות לחייב כושר גופני מוגבר, עירנות מיטבית, שעות עבודה רבות ובלתי-סדירות, ויכולת עמידה בלחץ ובמתח. יתר על כן, מרבית המשרתים בשב"ס ובמשטרה - ובכלל זה בתפקידי מטה או בתפקידים של מומחיות מקצועית ייחודית (דוגמת רופאים או מהנדסים) - נדרשים לעתים להפעיל את סמכויות האכיפה שלהם או לספק תגבור לכוחות

המבצעים" (עמ' 873). לכושר הפיזי כנתון רלבנטי ראו גם בג"ץ רקנט, 359).

ואולם, נקודת מוצא זו אינה מייתרת את בחינת סבירותם של ההסדרים שנקבעו על ידי שב"ס וכבר קבע בית משפט זה בעניין רוזנבאום, כי אף שמאפייני השירות בשב"ס ובמשטרת ישראל מבטאים את ייחודם של השב"ס והמשטרה -

"אין בהם כדי לחסן את הגופים הללו - שהם מעל לכל, זרועות של המדינה - מן החובה לנהוג שוויון בעובדיהם, ביחס ליתר עובדי המדינה... אין לאפשר למאפיינים ייחודיים אלה לשמש כלי לצמצום 'קבוצת השוויון', באופן שיפטור את המשיבים מראש מבדיקה מהותית של מדיניותם" (עמ' 873).

עוד ציין בית המשפט באותו עניין כי אמנם תנאי העבודה בשב"ס ובמשטרה "מיוחדים מבחינות שונות" אולם, כך הוסיף:

"אלה אינם אלא תנאים המחייבים את המשיבים לפיתוח הסדר מורכב וענייני, אשר מתחשב, מחד גיסא, במאפייני השירות, ומאידך גיסא, הנו רגיש לזכויות האדם של המשרתים. כפי שכבר נקבע, המבחן לעניין זה הוא בסופו של דבר 'מבחן של סבירות ומידתיות'..." [ההדגשה במקור] (עמ' 878).

הנה כי כן, השוני במאפייני השירות בשב"ס עשוי להצדיק הסדרי פרישה לסוהרים שאינם זהים לאלו החלים על יתר עובדי המדינה, אך הסדרים אלה אינם פטורים מביקורת שיפוטית הבוחנת האם אותם ההסדרים ובענייננו - פקודת שקילת הארכת שירות - הם אכן סבירים ומידתיים והאם באיזון בין מכלול השיקולים הצריכים לעניין ניתן באותם הסדרים משקל ראוי לעקרון השוויון.

ההסדרים הקבועים בפקודת שקילת הארכת שירות

19. אקדים ואומר כי הגעתי למסקנה שההסדרים הקבועים בפקודת שקילת הארכת שירות פוגעים בעקרון השוויון באופן בלתי סביר ובלתי מידתי והם נוגדים את ההלכה שנפסקה בהקשר זה בעניין רוזנבאום ואת המתווה ששרטט בית המשפט שם כאשר להסדרי פרישה ראויים.

הטעמים אשר הובילו אותי למסקנה זו יפורטו להלן.

פקודת שקילת הארכת שירות מציינת בסעיף 3 כי היא נועדה לפרט את אמות המידה ואת המדדים אשר לפיהם "תיבחן ההחלטה בעניינו של סוהר בר פרישה המבקש לדחות את הפרישה ולשרת לאחר גיל פרישה ואשר נציב שב"ס רשאי להורות על הוצאתו לקצבה". סוהר בר פרישה מוגדר בפקודה כסוהר שנציב שב"ס רשאי להורות על יציאתו לקצבה ובסעיף 2 לפקודה צויין כי בהתאם לחוק הגמלאות רשאי הנציב להורות לסוהר שהגיע לגיל 57 לצאת לקצבה, בתנאי שהוא בעל ותק של עשר שנים לפחות בשב"ס או בשירות המדינה. מדי שנה מופצת בהתאם להוראות הפקודה רשימת הסוהרים אשר נציב השב"ס רשאי להורות על יציאתם לקצבה כאמור, וסוהרים המעוניינים להאריך את שירותם רשאים להגיש בקשה להארכת השירות אשר תידון בפני הועדה לשקילת הארכת שירות ובלבד שהסוהר עומד ב"תנאים הבסיסיים לדיון בעניינו של הסוהר בוועדה", הקבועים בסעיף 5 לפקודה. ואלה התנאים:

א. אישור שניתן ע"י רע"ן רפואה לסגל כי הסוהר בעל כשירות רפואית מלאה להמשך שירות (דרישות הכשירות מותאמות למגזר בו מועסק הסוהר).

ב. בנוסף לאמור בסעיף א' לעיל, הסוהר נכלל בגדר אחד הקריטריונים המפורטים להלן:

1) סוהרים ברי פרישה המשרתים בתפקידים מקצועיים/מנהליים ובתפקידי מטה נדרשים

2) סוהרים מהמגזר הייעודי בעלי תרומה ייחודית לארגון או סוהרים מהמגזר הייעודי הנדרשים לתקופת שירות נוספת שלא תעלה על 12 חודשים לצורך מיצוי זכויות שכר או שנמצא עבורם תפקיד מטה/מנהלה מתאים

ג. סוהרים ברי פרישה שבמועד הקובע טרם מיצו את מלוא זכויותיהם לגמלאות

ד. על אף האמור בסעיף ג' לעיל - ניתן יהיה להביא בפני הועדה סוהרים שמיצו את מלוא זכויותיהם לגמלאות כאשר הסיבה הינה התרומה הייחודית וצורך ארגוני מובהק בהמשך שירותו".

סעיף 4(ד) לפקודה קובע כי על הועדה לשקילת הארכת שירות הדנה בבקשה המובאת בפניה לבחון את מכלול נתוניו של הסוהר בדבר "טיב ואופן שירותו, אופיו ומהותו של התפקיד אותו הוא ממלא, מסלול שירותו, השלמת קדנציה, צרכי המערכת ומדדים נוספים". עוד מובהר בפקודה כי "העובדה שסוהר הגיע לגיל שבו מוסמך הנציב להורות על הצאתו לקצבה לא תהווה עילה בלבדית על פרישתו [כך במקור]"

(סעיף 4(ה) לפקודה). כן מתווה הפקודה בסעיף 7 את אמות המידה להערכת הסוהר בוועדה, ובהקשר זה נקבע כך:

"א. אמות המידה להערכת הסוהר יתמקדו בתחומים הר"מ:

(1) הערכת ביצוע תפקיד, אופיו ומהותו של התפקיד אותו מבצע הסוהר

(2) מסלול שירות, אורך הקדנציה ומספר שנים בתפקידו הנוכחי

(3) מצב רפואי

(4) חיוניותו של הסוהר בתפקידו, אפשרות נידור לתפקיד אחר, פוטנציאל שיבוצו (לרבות דרישה למעבר הכשרות לצורך ביצוע תפקיד אחר), ופוטנציאל קידומו

(5) היקף הזכאות לגמלאות

(6) מצב כלכלי ומשפחתי

ב. בנוסף לאמות המידה בנוגע לתפקודו של הסוהר יילקחו בחשבון גם שיקולים מערכתיים ומימוש יעדי שב"ס".

הפקודה מוסיפה וקובעת כי הסוהר יוזמן לדיון בפני הוועדה ותינתן לו הזכות להשמיע את דבריו בפניה, בכתב או בעל-פה, ולאחר שמיעת טיעונו, קבלת חוות דעת מפקדיו ובהתחשב בקריטריונים האמורים, מוסמכת הוועדה להמליץ בפני נציב השב"ס האם יש מקום להאריך את שירותו של הסוהר ואם כן באיזה אופן ובאיזה תפקיד, או שיש להוציאו לקצבה. ההמלצה על הארכת שירות יכולה להינתן לתקופה של עד שנה, ואם שירותו של הסוהר אכן הוארך הוא רשאי להגיש לקראת סיום תקופת ההארכה בקשה להארכה נוספת, ואולם "ההמלצה על הארכת השירות תינתן ככלל לתקופה כוללת של עד 3 שנים ו/או עד הגעתו של הסוהר לגיל 60" (סעיף 8(ד) לפקודה). עוד נקבע בסעיף 8(ה) לפקודה כי:

"סוהר המבקש להאריך את שירותו מעבר לגיל 60 - עניינו יובא לדיון בוועדה אשר תשקול את מידת חיוניות המשך שירותו בתפקידו הנוכחי לארגון ואת מידת התרומה הצפויה לארגון מהישארותו בתפקיד זה וכן תבחן את הבקשה עפ"י אמות המידה שנקבעו בסעיף 7 לעיל. הוועדה תהא מוסמכת להמליץ ביחס להמשך

שירות לתקופות שאינן עולות על שנה אחת ביחס לכל בקשה".

למען שלמות התמונה יצויין כי בסעיף 10 לפקודה נקבע חריג נוסף ולפיו הורה שכול או אלמן, כהגדרתו באותו סעיף, זכאי לשרת עד חמש שנים נוספות מעבר לגיל הפרישה לסוהר, ובלבד שנמצא מתאים להמשיך ולמלא תפקיד בשב"ס. עוד מודגש בסעיף 9 לפקודה כי הסמכות לקבל החלטה סופית בדבר הארכת שירות או הוצאה לקצבה נתונה לנציב בלבד, וכי לסוהר נתונה זכות להשיג בפני הנציב על החלטתו לדחות את בקשתו להארכת השירות, והחלטת הנציב בהשגה תהא סופית.

20. הסדרים אלו שנקבעו בפקודת שקילת הארכת שירות בשב"ס שונים אמנם באופן מהותי מן ההסדר שחל בעבר בשב"ס ונפסל בעניין רוזנבאום ולפיו החיל השב"ס, למעט מקרים חריגים ביותר, מדיניות של הוצאה לקצבה בגיל אחיד (55 או 57). כך על פי ההסדרים החדשים רשאי כל סוהר בר-פרישה להגיש בקשה להארכת שירות וזו נדונה באופן פרטני בפני הוועדה לשקילת הארכת שירות, המעבירה את המלצותיה לנציב השב"ס. הפקודה אף מבחינה לצורך שקילת הפרישה בין סוהרים המשרתים בתפקידים מקצועיים או מנהליים ובתפקידי מטה לסוהרים מן המגזר הייעודי, והבחנה זו תואמת את קביעתו של בית המשפט בעניין רוזנבאום בדבר הרלבנטיות של מהות התפקיד אותו ממלא הסוהר לעניין שקילת פרישתו ובדבר האפשרות "ליצור קטגוריזציה של תפקידים או משרות בתוך הגופים" (עמ' 877). כמו כן מציינת הפקודה ומדגישה כי העובדה שסוהר הגיע לגיל שבו מוסמך הנציב להורות על הוצאתו לקצבה לא תהווה "עילה בלבדית" להורות על פרישתו (סעיף 4(ה) לפקודה). הוראה זו מלמדת אף היא כי בניגוד למצב ששרר בשב"ס בעבר ולפיו היה הגיל עילה בלעדית (למעט מקרים חריגים ביותר) להוצאת סוהר לגמלאות, מדובר עתה בהסדר אשר פורטו בו אמות מידה ומדדים ענייניים לבדיקה פרטנית המתקיימת לגבי כל סוהר המבקש להאריך את שירותו לאחר גיל 57. יחד עם זאת, בחינת הוראותיה של פקודת שקילת הארכת שירות במכלול מלמדת כי עדיין רב הפער הבלתי מוצדק בין הסדר הפרישה של סוהרים לזה של כלל עובדי המדינה. זאת בשל הדגש המובהק הניתן למרכיב הגיל בהסדר הפרישה לסוהרים כמרכיב מרכזי, גם אם לא בלעדי, וכציר עיקרי אשר סביבו סב ההסדר כולו.

21. עיון בהוראות הפקודה מלמד כי נקודת המוצא והנחת הבסיס שלה היא כי הסוהר הוא "בר פרישה" בגיל 57 וזוהי ברירת המחדל בהסדר הפרישה המעוגן בפקודה, אלא אם כן פנה הסוהר וביקש להאריך את שירותו. בקשה כזו ככל שהיא

מוגשת מובאת בפני הוועדה לשקילת הארכת שירות ונדונה בפניה. לאחר הדיון בבקשה רשאית הוועדה להמליץ על הארכת שירותו של הסוהר אך המלצה זו מוגבלת לפרק זמן מקסימאלי של שנה אחת בכל פעם ולתקופה כוללת שלא תעלה על שלוש שנים או עד הגיע הסוהר לגיל 60. הנה כי כן, גם שירותו של סוהר המשמש בתפקיד מקצועי, בתפקיד מנהלי או בתפקיד מטה ועומד בכל הקריטריונים אותם מתווה הפקודה, ניתן להאריך לתקופה שלא תעלה על שנה בלבד בכל פעם ועל שלוש שנים במכלול, ולכל היותר עד גיל 60 (למעט מקרים חריגים ביותר שהוגדרו בסעיף 8(ה) לפקודה). מגבלות אלה מפלות את הסוהרים המשמשים בתפקידים מקצועיים, מינהליים או בתפקידי מטה כגון: עורכי דין, עובדים סוציאליים, חשבים, מנהלי כוח-אדם, מנהלים ארגוניים ועוד, לעומת עובדי מדינה בתפקידים מקבילים, שכן על פי ההסדר שבפקודת שקילת הארכת שירות נקבע הלכה למעשה גיל 60 כגיל פרישת חובה לסוהרים בעוד שלגבי עובדי מדינה אחרים מסוגם נקבע גיל 67 כגיל פרישת חובה (ראו והשוו: הוראות פקודת שקילת הארכת שירות בשב"ס; הוראות תקנות שירות המדינה (גימלאות) (המשך העסקתו של עובד מעבר לגיל 65), תשכ"ט-1968; סעיף 82.54 לתקשי"ר).

אכן, בדומה לסמכות הנתונה לנציב השב"ס להורות על פרישתם של סוהרים עם הגיעם לגיל 57 (סעיפים 73 ו-81 לחוק הגמלאות), נתונה גם לנציב שירות המדינה הסמכות להורות על פרישתם של עובדי מדינה בהגיעם לגיל 60 אם הועסקו בשירות המדינה עשר שנים לפחות (סעיף 18 לחוק הגמלאות) וזאת בצד הרשות הנתונה לעובדים להודיע על רצונם לפרוש בגיל 60. אולם, ההסדר הקבוע בסעיף 82.52 לתקשי"ר לעניין הפעלת סמכותו זו של נציב שירות המדינה, שונה תכלית השינוי מהסדר הפרישה אותו פירטנו לעיל הקבוע בפקודת שקילת הארכת שירות בשב"ס. ראשית, העובדה כי גיל המינימום (60) אשר בו הוסמך נציב שירות המדינה על פי חוק הגמלאות להורות על פרישת עובד הוא למעשה גיל המקסימום שאליו יוכל סוהר להגיע נוכח הוראותיה של פקודת שקילת הארכת שירות, מבליטה את ההפליה החריפה הקיימת בהקשר זה בין סוהרים לעובדי מדינה, בייחוד כאשר מדובר בעובדים אשר אין ביניהם שוני רלבנטי מבחינת התפקיד שהם מבצעים. שנית, אף שנתונה לנציב שירות המדינה הסמכות להורות על פרישתו של עובד מדינה שהגיע לגיל 60, ברור מתוך ההוראות הקבועות לעניין זה בתקשי"ר כי אין זו ברירת המחדל ועל כן אין העובד נדרש על פי אותן הוראות להגיש בקשה להארכת השירות. נהפוך הוא, על מנת שעובד יוצא לקצבה עם הגיעו לגיל 60 על המדינה להניע הליך שבסופו יורה נציב שירות המדינה על פרישת העובד, אם ישתכנע כי יש טעמים המצדיקים זאת וככל שלא יינקט הליך כזה, כי אז ברירת המחדל היא שהעובד רשאי להמשיך את עבודתו בשירות המדינה עד הגיעו לגיל פרישת חובה (67).

22. הבדלי התפיסה שבין שני ההסדרים בולט לעין ואלה מתרגמים עצמם, מטבע הדברים, לשוני מהותי שבין ההוראות האופרטיביות הכלולות בכל אחד מאותם הסדרים. על פי הסדר הפרישה הנוהג בשב"ס נתפס כאמור גיל 57 כגיל סיום השירות, אלא אם כן נקט העובד מהלך לצורך הארכתו וגם אז מוגבלת ההארכה לפרק זמן נוסף של שלוש שנים לכל היותר, אם שוכנע נציב השב"ס כי קיימים טעמים המצדיקים את ההארכה. כך ילמדנו גם שמו של ההסדר המינהלי שנקבע בשב"ס - "פקודת שקילת הארכת שירות לסוהר בר-פרישה". לעומת זאת הסדר הפרישה הנוהג בשירות המדינה על פי הוראות התקשי"ר משקף תפיסה לפיה, ככלל, רשאים עובדי המדינה להמשיך ולשרת עד הגיעם לגיל פרישת חובה (67), אלא אם כן שוכנע נציב שירות המדינה כי קיימים טעמים המצדיקים את הוצאת העובד לקצבה קודם לכן (אך לא לפני הגיעו לגיל 60 ולאחר ששירת עשר שנים לפחות). לצורך כך אף נדרשת המדינה להניע תהליך של פניה מנומקת אשר תוגש לנציב שירות המדינה על ידי האחראי על המשרד המבקש שאחד מעובדיו יוצא לקצבה כאמור. פניה זו תיבחן על ידי נציב שירות המדינה והוא יחליט אם לקבלה או לדחותה.

השוואה בין אמות המידה והמדדים הנזכרים בתקשי"ר לצורך הפעלת שיקול דעתו של נציב שירות המדינה בהקשר זה ובין אמות המידה והמדדים המפורטים בפקודת שקילת הארכת שירות בשב"ס, משקפים אף הם את ההבדלים בתפיסה שעליהם עמדנו. כך, הדגש בהוראות התקשי"ר הוא על הטעמים העשויים להצדיק את הוצאת העובד לקצבה לפני גיל פרישת חובה, ובהם צמצום העבודה במשרד או חידוש הארגון, ועל האחראי במשרד הרלבנטי לפרט "מדוע יוצא לקצבה דווקא העובד הנדון". אם הנימוק הוא חוסר יעילות עליו לציין פרטים אשר יוכיחו את טענתו (סעיף 85.521 לתקשי"ר). עוד נקבע בתקשי"ר כי אם מצא הנציב שיש הצדקה להוצאת העובד לקצבה כאמור עליו לשלוח לו הודעה מתאימה תשעים יום לפני המועד המיועד לפרישה, ולציין בה את זכותו של העובד לערור עליה בפני ועדת שירות המדינה שהתמנתה על פי חוק שירות המדינה - מינויים (ראו תקנות שירות המדינה (גימלאות) (ערר על הוצאה לקיצבה), תשכ"ח-1968). זהו הבדל משמעותי נוסף הקיים בין שני ההסדרים. כך על פי ההסדר הנוהג בשירות המדינה בוחן גוף נפרד ועצמאי - ועדת שירות המדינה - את החלטת נציב שירות המדינה להוציא עובד לקיצבה טרם הגיעו לגיל פרישת חובה בעוד אשר על פי הסדר הפרישה הנוהג בשב"ס מברר נציב השב"ס עצמו את השגת העובד על החלטתו הוא שלא להיעתר לבקשת הסוהר להארכת השירות והחלטתו סופית.

23. המשיב עמד בטיעונו על כך שבעקבות החלת ההסדרים שבפקודת שקילת הארכת שירות ישנה מגמה של עליית גיל הפרישה הממוצע של סוהרים הפורשים מטעמי גיל. כן ציין המשיב כי 82% מן הבקשות להארכת שירות מתקבלות על ידי נציב השב"ס, ואף הוסיף כי "לא פעם מוארך שירותם של איש או אשת שב"ס אף מעבר לגיל 60". ואולם, המשיב לא פירט בהקשר זה בכמה זמן בממוצע מוארך שירותם של המבקשים הארכת שירות; מהו גיל הפרישה הממוצע של סוהרים בתפקידים מקצועיים בהשוואה לגיל הפרישה הממוצע של כלל עובדי המדינה, למצער באותם תפקידים; בכמה מקרים הוארך שירות של סוהרים מספר פעמים ברציפות; מה אחוז הסוהרים ששירותם הוארך מעבר לגיל 60; עד איזה גיל הוארך שירותם של אלו; והאם קיים מספר משמעותי של סוהרים ששירותם הוארך עד גיל 67 או קרוב לגיל זה. בהעדר נתונים מהותיים אלו (לכאורה באה גם זוויל בכלל מוארכי השירות על פי הנתון שהציג המשיב, מששירותה הוארך בשישה חודשים), ונוכח ההוראות המגבילות שבפקודת שקילת הארכת שירות עליהן עמדנו לעיל, אין בטענת המשיב בהקשר זה כדי להוות מענה של ממש לטענת ההפליה המועלית בעתירה.

אוסף ואציין כי המשיב ציין כאחת ההצדקות להסדרים הכלולים בפקודת שקילת הארכת שירות את אינטרס ההסתמכות של סוהרים בציינו כי אחד השיקולים שעומדים בבסיס החלטתם להתגייס לשורות שב"ס הוא הידיעה שיוכלו לצאת לגמלאות בגיל צעיר יחסית, נוכח השחיקה הגבוהה הכרוכה בתפקידם ועל מנת שיהיה בידם להשתלב ב"קריירה שנייה". ואולם, שיקול זה אינו יכול להוות הצדקה להסדר הפרישה נושא העתירה. ראשית, אינטרס ההסתמכות אינו מצדיק הסדר המחייב את הסוהרים לצאת לגמלאות בגיל 57 על פי החלטת נציב שב"ס וניתן לספק מענה לאינטרס זה, ככל שהוא קיים, במתן אפשרות לסוהרים לצאת לגמלאות בגיל זה, לפי בחירתם (השוו עניין נב, 756). שנית, אינטרס ההסתמכות של סוהרים, גם אם הוא קיים, אינו יכול להצדיק כשלעצמו הסדרים מפלים. על כן, ניתן לספק מענה לאינטרס ההסתמכות הנטען (בדבר האפשרות לפרוש בגיל 57), בכך שגיל הפרישה המוקדם כאמור יחול אך ורק לגבי אותם סוהרים אשר יטענו כי הסתמכו על האפשרות לפרוש בגיל 57 וברצונם לעשות כן, ואילו לגבי האחרים יהא גיל זה צומת בדיקה על ידי נציב השב"ס לגבי אפשרות הוצאתו של סוהר לפרישה, גם אם אין רצונו בכך, אך זאת על פי מנגנון הדומה לזה הנוהג בשירות המדינה והמעוגן בסעיף 85.52 לתקשי"ר אותו פירטנו לעיל, ולא על פי הסדר הפרישה שבפקודת שקילת הארכת שירות.

24. במאמר מוסגר ומבלי להכריע בכך, אוסיף ואציין עוד כי הוראות הפקודה המתייחסות לסוהרים מן המגזר הייעודי (להבדיל מסוהרים בתפקידים מקצועיים,

מנהליים או בתפקידי מטה עימם נמנית זוול), אף הן אינן נקיות מספקות. זאת משום שהאפשרות להאריך את שירותם של הסוהרים מן המגזר הייעודי על פי הוראות הפקודה הינה מצומצמת ומוגבלת ביותר לסוהרים "בעלי תרומה ייחודית לארגון" או כאלו "הנדרשים לתקופת שירות נוספת שלא תעלה על 12 חודשים לצורך מיצוי זכויות שכר או שנמצא עבורם תפקיד מטה/מנהלה מתאים" (סעיף 5(ב)(2) לפקודה). אמנם ניתן להניח כי ככל שמדובר בתפקידים מבצעיים קיים שיקול ענייני הנוגע לכושר המבצעי ולכוח הפיזי הנדרש לצורך ביצוע התפקיד, העשוי להצדיק הוצאה לגמלאות של חלק לא מבוטל מן הסוהרים מהמגזר הייעודי עם הגיעם לגיל 57. אולם, בהקשר אחר כבר נפסק כי "דרישות המידתיות מחייבות לבדוק אם ניתן להבטיח, הלכה למעשה, דרישה זו לכוח פיסי ... על ידי בדיקה אינדיבידואלית" (דנג"ץ רקנט, 355). זאת נוכח העובדה כי ייתכנו עובדים שכושרם בגיל מאוחר עולה על זה של עובדים צעירים (ראו: עניין האגודה לזכויות האזרח, 367-369; ע"ע 1414/01 מפעלי ים המלח בע"מ נ' ניסים, פסקה 20 לחוות דעתו של השופט ש' צור ופסקה 2 לחוות דעתו של הנשיא אדלר (18.3.2004)). כן ראו בן ישראל, 1045-1050. ליישום עקרון המידתיות בדיני העבודה בכלל ובתחום שוויון ההזדמנויות בעבודה בפרט ראו גם גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5 (2008)). בענייננו לא הציג שירות בתי הסוהר בהקשר זה כל תשתית מתאימה לביסוס ההנחה המונחת ביסוד הוראות פקודת שקילת הארכת שירות ולפיה סוהר המשרת בתפקיד ייעודי אינו כשיר עוד למלא את דרישות התפקיד האמור, עם הגיעו לגיל 57, להוציא מקרים חריגים ביותר (השוו עניין האגודה לזכויות האזרח, 367. כן ראו גישת הדין הפדראלי לפיה נדרש "bona fide occupational qualification" לצורך קביעת גיל פרישה מוקדם מגיל שבעים גם בתפקידים יעודיים-מבצעיים, ראו: *Western Air Lines, Inc. v. Criswell*, 472 U.S. 400 (1985); *Meacham v. Knolls Atomic Power Lab.*, 554 U.S. 84 (2008)). יחד עם זאת, אין צורך בעתירה דנן לטענת מסמרות לגבי הוראות הפקודה ככל שהן מתייחסות לקטגוריה של המגזר הייעודי, המעוררת מעצם טיבה סוגיות מורכבות יותר שאינן צריכות הכרעה במקרה דנן.

25. המסקנה העולה מן המקובץ עד כה היא כי אין מקום להנחת המוצא לפיה גיל 57 הוא גיל הפרישה של כלל הסוהרים, על מגוון התפקידים שהם ממלאים, אלא אם כן שוכנע נציב השב"ס כי יש מקום להאריך את שירותם לפרק זמן מוגבל נוסף. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המגמות המסתמנות בארץ ובעולם בתחום הסדרי פרישה והן מצאו את ביטויין בחקיקה הישראלית מן השנים האחרונות ובכללה חוק גיל פרישה משנת 2004, אשר קדמו לו המלצות ועדה ציבורית לבחינת גיל הפרישה בראשות השופטת (בדימוס) שושנה נתניהו. ועדה זו מונתה לבחון את התאמתו של שוק העבודה לעליה

בתוחלת החיים ולעליה ביחס שבין מספר המבוגרים לבין כלל האוכלוסיה (ראו הצעת חוק גיל פרישה, תשס"ד-2003 ה"ח ממשלה 64, 201. ראו גם: דורון, 894-895; אלון-שנקר, 87-82). בדו"ח שהוגש ביולי 2000 המליצה הוועדה בדעת רוב כי גיל הזכאות לפנסיה לגבי גברים ולגבי נשים כאחד יועלה ויעמוד על גיל 67, אם כי הומלץ שהשינוי יתבצע באופן הדרגתי ובקצב של תוספת שנת עבודה מדי שלוש שנים. חוק גיל פרישה שנחקק כאמור בעקבות אותו הדו"ח אימץ בחלקן את המלצות הוועדה ועל פיו הועלה גיל פרישת חובה לגברים מגיל 65 לגיל 67 במהלך מדורג שהסתיים בשנת 2009, ולגבי נשים קובע החוק כי גיל פרישת החובה יעמוד אף הוא על 67 שנים, אך אישה רשאית לפרוש מעבודתה ולקבל גמלה כבר מגיל 62 שנים. עוד נקבע כי ניתן יהיה להעלות גיל זה ולהעמידו על 64 שנים, אם תמליץ על כך ועדה ציבורית שיקים שר האוצר ויבוא על כך אישור ועדת הכספים של הכנסת (ביום 29.12.2011 נקבע בתיקון לחוק כי הוועדה הציבורית תגיש את המלצותיה בעניין זה עד יום 30.6.2016 - ראו תיקון 3 לחוק גיל פרישה, ט"ח תשע"ב 2328, 92).

הנה כי כן, המגמה המסתמנת בדין הישראלי היא מגמה מובהקת של העלאת גיל הפרישה לעובדים ולעובדות (וראו לענין זה הגדרת המטרה שבסעיף 1 לחוק גיל פרישה). כמו כן תוקן ביום 18.1.2004 חוק הגמלאות (תיקון 44 לחוק) וזאת במסגרת חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה), תשס"ד-2004. מתוקף תיקון זה התווסף לחוק הגמלאות סימן ב' לפרק ט' שכותרתו "אי תחולה", ועל פיו הוראות חוק הגמלאות, להוציא החריגים שנקבעו בסעיף 108 לחוק, אינן חלות על "סוהר חדש" אשר גויס לאחר יום 31.12.2003 ולגביו חלות הוראות סימן ב' (הוראות דומות נקבעו לעניין שוטרים ועובדי שירות הביטחון). תכלית חקיקתו של סימן ב' הנ"ל היתה החלה של שיטת הפנסיה הצוברת על עובדי בטחון, חלף שיטת הפנסיה התקציבית שנהגה עד אותו שלב (ראו ה"ח ממשלה 64, 108 (תשס"ד)), אך על פי לשונו הוא מבטל גם את סמכות נציב השב"ס להורות על יציאתו לקצבה של סוהר שהגיע ל"גיל הפרישה לסוהר", ואף המשיב ציין בהקשר זה בתגובה מיום 4.2.2010 כי "קצין המתגייס כיום לשב"ס נכנס לגדרו של סעיף 108 לחוק הגמלאות, וככזה הינו בגדר 'עובד ביטחון חדש' שכל חוק הגמלאות, לרבות סעיף 73 שעניינו גיל הפרישה לסוהר ולשוטר אינו חל עליו" (סעיף 25 לתגובה). הפועל היוצא מכך הוא כי פקודת שקילת הארכת שירות - שאינה אלא הוראות ליישום הסמכות הנתונה לנציב שב"ס על פי סעיפים 73 ו-81 לחוק - לא תחול אף היא על "סוהרים חדשים" כהגדרתם בסימן ב'.

26. זוויל גויסה לשב"ס עוד בשנת 1986. על כן, הוראות סימן ב' לפרק ט' הנ"ל אינן חלות עליה. אולם, נראה כי בבואנו לבחון את סבירותן ומידתיותן של הוראות פקודת

שקילת הארכת שירות, לא ניתן להתעלם מתיקון 44 לחוק הגמלאות אשר נחקק בשנת 2004 - כחמש שנים לפני שהותקנה פקודת שקילת הארכת שירות - בו נקבע סימן ב' הנ"ל. נראה לי כי העובדה שהמחוקק פעל במגמה להשוות את גיל הפרישה של סוהר חדש עם גיל הפרישה הקבוע בחוק גיל פרישה לכלל העובדים במשק, מחלישה מאוד שלא לומר מאיינת את טענת המשיב לפיה הפער בין גיל הפרישה של כלל עובדי המדינה לגיל הפרישה של סוהר על פי חוק הגמלאות במתכונתו הקודמת (ופקודת שקילת הארכת שירות שהותקנה ליישומו), הוא פער המתחייב מאופיו של השירות בשב"ס. ודוקו - סימן ב' אף אינו מבחין בהקשר זה בין סוהרים המשרתים בתפקידים מבצעיים - יעודיים לסוהרים המשרתים בתפקידים מקצועיים ובתפקידי מינהלה ומטה.

פסק הדין בעניין לייבה

27. בטיעוניו מפנה המשיב לפסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 10022/08 טנ"צ מונל לייבה נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל (טרם פורסם, 25.6.2009) (להלן: עניין לייבה) בו נבחן הסדר פרישה שהתקינה משטרת ישראל לאחר פסק הדין בעניין רוזנבאום (פקודת המטה הארצי - הארכת שירות). המשיב סבור כי מדובר בהסדרים דומים והוא מבקש לאמץ גם לעניין הסדר הפרישה שהתקין שירות בתי הסוהר בפקודת שקילת הארכת שירות את מסקנותיו של בית המשפט בעניין לייבה, לפיהן מדובר בהסדר סביר המביא בחשבון את המתווה ששרטט בית המשפט בעניין רוזנבאום.

וכך קבע בית המשפט בעניין לייבה בהתייחסו לפקודת המטה הארצי - הארכת

שירות שהתקינה המשטרה:

"עיון בנהלים אותם גיבשה המשטרה מראה כי יש בהם כדי לענות על הפגמים שהביאו בשעתו להכרזה על בטלותם של הנהלים בענין רוזנבאום. אמנם, אף במסגרת נהלים אלו נותרת פרישתו של השוטר לגמלאות בגיל 57 משום ברירת המחדל. אלא שהגם שמדובר בקביעת רף פרישה אחיד, אין מדובר בסוף פסוק, וככל שברצונו של שוטר כזה או אחר לדחות את גיל יציאתו לגמלאות, ביכולתו לפנות לגורם המוסמך לשם הארכת שירותו. בחינה זו נעשית כאמור באופן אינדיבידואלי, תוך התחשבות בראש ובראשונה באופי תפקידו של השוטר, כביטוי למידת השחיקה והלחץ המתלווים לתפקיד, ולאחר מכן בהתחשב במכלול נסיבות הענין ובהן האינטרסים של השוטר ונתונו מחד גיסא וצרכי המערכת מאידך גיסא. יש לזכור כי לא בכדי הבחין המחוקק בין שוטרים ובין עובדי מדינה אחרים לענין גיל פרישתם. הבחנה מסוג זה אינה פסולה לכשעצמה, אף

אם היא מוצאת את ביטוייה בקביעה עקרונית בדבר רף פרישה אחיד נמוך יותר במשטרה (וראו ענין רוזנבאום, בפסקה 15). בעוד שבעבר שמו נהלי המשטרה את הדגש על הגעתם של השוטרים לגיל בו ניתן היה להוציאם לגמלאות כטעם המכריע לעשות כן, הרי שכיום גיל זה מהווה אך את נקודת המוצא להליך, שעיקרו נוגע כעת לבחינת הסוגיה באופן מפורט, תוך הפעלת שיקול דעת פרטני המתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים" (פסקה 8. כן ראו בג"ץ 515/08 רפ"ק אדיה וינטרוב נ' מפכ"ל משטרת ישראל, רב ניצב דודי כהן (טרם פורסם, 27.3.2008); בג"ץ 7362/07 סנ"צ רון קציר נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל (טרם פורסם, 26.3.2008). במסגרתם נבחנו הסדרי הביניים שנקבעו על ידי משטרת ישראל).

כפי שכבר צויין, תחילה נדונה העתירה שבפנינו בפני מותב תלתא (כבוד השופטים מ' נאור (כתוארה אז), י' דנציגר ונ' הנדל) ובהחלטתם מיום 18.7.2010 ניתן צו על תנאי המורה למשיב ליתן טעם מדוע לא תבוטל החלטתו להוציא את זוזל לגמלאות ומדוע החלטתו, הנסמכת על הסדרי הפרישה החדשים שהותוו על ידי המשיב להוצאת סוהרים לקצבה, אינה נוגדת את פסק הדין בעניין רוזנבאום. באותה החלטה ציין בית המשפט כי:

"המשך הדיון בעתירה יתקיים בפני הרכב מורחב של חמישה שופטים או יותר בין היתר בהתחשב בהסתמכות המדינה על פסק הדין של בית משפט זה מיום 25.6.2009 [בעניין לייבה]..."

משמע, ההרכב ביקש כי הסדר הפרישה שנקבע בשב"ס ייבחן בהרכב מורחב שמא אין מקום להסתמך בהקשר זה על פסק הדין בעניין לייבה.

ואכן, בשל כל הטעמים אשר פורטו לעיל הגעתי למסקנה כי הסדר הפרישה שנקבע לסוהרים בפקודת שקילת הארכת שירות הוא הסדר מפלה אשר מן הראוי להורות על ביטולו, למצער ככל שהוא נוגע לסוהרים דוגמת זוזל המשרתים בתפקידים מקצועיים, מינהליים ובתפקידי מטה. הסדר הפרישה שהתקנה המשטרה בפקודת המטה הארצי - הארכת שירות לא הוצג בפנינו ולא ערכנו השוואה מדוקדקת בינו ובין הסדר הפרישה בשב"ס. עם זאת וככל שניתן ללמוד מתוך פסק דינו של בית המשפט בעניין לייבה על הדימיון הקיים בין הסדר זה ובין הסדר הפרישה בשב"ס הנוגע לעניינינו - ועל פני הדברים נראה כי דימיון כזה אכן קיים - אין מנוס מן הקביעה כי אינני שותפה למסקנותיו של בית המשפט בעניין לייבה. פסק הדין בעניין לייבה עסק בשוטר בדרגת סגן ניצב, מהנדס בהכשרתו, אשר שירת בתפקיד ראש מדור פרויקטים

ביחידת הבינוי של המשטרה ובית המשפט סבר כי אין להתערב בהליך הוצאתו של לייבה לגמלאות בצינו, כמצוטט לעיל, שהסדר הפרישה לשוטרים אשר לפיו מהווה גיל 57 ברירת מחדל כגיל פרישה, תואם את פסק הדין שניתן בהרכב מורחב בעניין רוזנבאום וכי די לעניין זה בכך שבמסגרת בקשה להארכת שירות נבדק עניינו של כל שוטר בחינה אינדיבידואלית. מן הטעמים שפורטו לעיל דעתי שונה, ולהשקפתי כאמור הסדר הפרישה שבפקודת שקילת הארכת שירות לסוהרים (למצער אלה המשרתים בתפקידים מקצועיים, מינהליים ובתפקידי מטה דוגמת זוזל), הוא הסדר המפלה בעלי תפקידים אלה לרעה לעומת עובדי מדינה אחרים המשמשים באותה קטגוריה של תפקידים, וזאת ללא שהפליה זו יש לה הצדקה עניינית. בהקשר זה חשוב לזכור כי קיומה של ההפליה נבחן על פי תוצאת הדברים בפועל (ה- impact) וכי העובדה שהמשיב לא התכוון להפלות אין לה השפעה על קביעת קיומה של הפליה (ראו עניין אלחנתי, פסקה 27).

הפגמים בהחלטה הפרטנית שהתקבלה בעניינה של זוזל

28. אף שדי במסקנה אליה הגעתי בדבר פסלות הסדר הפרישה שקבע שב"ס בכל הנוגע לסוהרים המשרתים בקטגוריה של תפקידים שעמם נמנה תפקידה של זוזל, נוסף ונבחן להלן את הטענות שהעלתה זוזל נגד ההחלטה הפרטנית שניתנה בעניינה.

הקריטריונים שאותם מתווה פקודת שקילת הארכת שירות ושאותם על ועדת שקילת הארכת השירות לשקול כוללים: (א) שיקולים הנוגעים למצבו האישי של הסוהר - היקף הזכאות לגמלאות ומצב כלכלי ומשפחתי; (ב) שיקולים שעניינם תרומתו הפוטנציאלית של הסוהר לשב"ס - הערכת ביצוע תפקיד, אופיו ומהותו של התפקיד אותו מבצע הסוהר; מסלול שירות, אורך הקדנציה ומספר שנים בתפקידו הנוכחי; מצב רפואי; חיוניותו של הסוהר בתפקידו, אפשרות נידודו לתפקיד אחר, פוטנציאל שיבוצו ופוטנציאל קידומו; ו- (ג) שיקולים מערכתיים של שירות בתי הסוהר ומימוש היעדים של הארגון.

בהנחה כי שיקולים אלו כולם הם שיקולים ענייניים ורלבנטיים ובהנחה נוספת (שאינה מקובלת עלינו) כי המנגנון הקבוע בהסדר הבוחן אפשרות להארכה מוגבלת של השירות לאחר גיל 57 הוא מנגנון שניתן לאמצו, נשאלת השאלה מהו המשקל שיש לייחס לכל אחד מאותם שיקולים בבוא הוועדה לקבוע את המלצתה להארכת השירות המבוקשת. בדיון שנערך בעניינה של זוזל בוועדה לשקילת הארכת שירות עמדה הוועדה על נסיבותיה האישיות של זוזל ועל הצורך הכלכלי שלה להמשיך ולשרת

בשב"ס וכן עמדה על תפקודה החיובי בלשכה המשפטית מחד גיסא ועל אי התאמתה לתפקידים אחרים בלשכה מאידך גיסא. בהינתן מכלול שיקולים אלו החליטה הוועדה תחילה שלא להמליץ על הארכת שירותה של זוזל. אולם משהסתבר כי קיים צורך ארגוני שזוזל תמשיך למלא את התפקיד בו שימשה בלשכה המשפטית, שינתה הוועדה ממסקנתה והחליטה להמליץ על הארכת שירותה בשנה אחת. המשיב אימץ המלצה זו באופן חלקי, כפי שצוין, והורה על הארכת שירותה של זוזל בשישה חודשים בלבד. והנה - בראיון שנערך לה בפני רמ"ל משאבי אנוש בעקבות ההשגה שהגישה כנגד החלטת המשיב, הסתבר כי הטעם המרכזי אשר עמד בבסיס ההחלטה שלא להאריך את שירותה עוד נעוץ היה בעובדה שזוזל שירתה בתפקיד המיועד לסוהר בדרגת כלאי אך קיבלה שכר של רב-כלאי, וזאת מכוח ההסדר של "רב כלאי גמיש" אשר נהג בשעתו. המשיב שב ועמד בהרחבה על טעם זה בתגובתו לעתירה וטען כי מאז שנת 2000 החל לפעול במגמה לשים קץ להסדר זה ואף הודיע ביום 13.12.2007 על היערכות לביטולו המוחלט במהלך שנת העבודה 2008. כחלק ממגמה זו, כך הוסיף המשיב, הורה על פרישתם של סוהרים שהסדר "רב כלאי גמיש" חל עליהם ומגמה זו יושמה בעניינה של זוזל. עוד ציין המשיב כי זה היה הטעם העיקרי לאי הארכת שירותה של זוזל ועל כן אין לראות בהוצאתה לגמלאות משום הפליה מחמת גיל, שכן לא גילה עמד בבסיס ההחלטה להוציאה לגמלאות כי אם התקן בו הוצבה.

29. אין חולק על הפררוגטיבה ועל הסמכות הנתונים למשיב לבטל הסדרים דוגמת ההסדר של רב כלאי גמיש (לסבירות ביטול ההסדר המקביל שהוחל במשטרת ישראל ראו והשוו עב' (תל-אביב) 2414/04 אשד נ' משטרת ישראל (27.11.2007)). יחד עם זאת, השאלה מהו המשקל, אם בכלל, אשר ראוי ליתן לשיקול זה בהחלטה בדבר מועד פרישתו של סוהר המבקש להאריך את שירותו איננה שאלה פשוטה. מחד גיסא, שירות בתי הסוהר הוא ארגון רב מימדים בעל מבנה הירארכי ולכאורה כל החלטה בדבר קליטה או הוצאה של עובד מן הארגון ראוי שתביא בחשבון שיקולים מערכתיים ויעדים של הארגון כמכלול (ראו עמדתו של השופט ס' ג'ובראן בעניין לייבה, פסקאות 9-10). מאידך גיסא, והמקרה שבפנינו יעיד, המשמעות של מתן משקל מרכזי לשיקול זה בבחינת בקשתו של סוהר להאריך את שירותו עשויה להוביל ל"מחיקת" כל השיקולים האחרים ובכללם נתוניו האישיים של הסוהר, ולסלול דרך קלה מדי להוציא מן הארגון סוהרים שהגיעו ל"גיל הפרישה לסוהר", על פי המתווה הקבוע בפקודה המחייבת את הסוהר, כאמור, להגיש בקשה להארכת שירותו.

30. במקרה דנן עולה מדבריו של רמ"ל משאבי אנוש בראיון שנערך לזוזל ביום 31.12.2008 וכן מתצהיר התשובה של המשיב ומן המסמכים שצורפו אליו, כי המשימה

של שב"ס כארגון לבטל את ההסדר של רב כלאי גמיש, היה השיקול שהכריע את הכף בעניינה של זוזל, בלא שנשקלו כראוי יתר השיקולים הרלבנטיים הצריכים לעניין. זוזל מטילה ספק בכך וטוענת כי נימוק זה מהווה אך מסווה לנימוק הגיל שהיווה את הטעם האמיתי להוציאה לגמלאות. אולם גם אם נאמץ בענין זה את הסבריו של המשיב מתעורר קושי בכל הנוגע לתהליך קבלת ההחלטה שכן השיקול של ביטול ההסדר של רב-כלאי גמיש, עם כל חשיבותו, אינו יכול לעמוד כשיקול יחיד המצדיק את דחיית בקשתה של זוזל להארכת שירות, ומאופן הצגת הדברים על ידי המשיב עולה כי משהוחלט על ביטול התקן של רב כלאי גמיש ומשלא נמצא לזוזל תפקיד משפטי מתאים בתקן של רב כלאי, הפור נפל ויתר השיקולים כלל לא נבחנו. זאת למרות שמדובר בשיקולים אשר ראוי ונכון היה להביאם בחשבון.

109 דבר

31. מן הטעמים שפורטו, אני סבורה כי הסדר הפרישה שנקבע בפקודת שקילת הארכת שירות החל על סוהרים (למעט סוהרים חדשים, עליהם חל סימן ב' לפרק ט' לחוק הגמלאות), אינו תואם את העקרונות שנקבעו בפסק הדין בעניין רוזנבאום באשר הוא מפלה ללא הצדקה בין סוהרים - למצער אלה המשרתים בתפקידים מקצועיים, מנהליים ובתפקידי מטה - ובין כלל עובדי המדינה בתפקידים מקבילים. המשיב לא הצביע בהקשר זה על טעמים רלבנטיים המצדיקים את הנחת המוצא עליה מבוססת פקודת שקילת הארכת שירות. על פי הנחת מוצא זו גיל 57 הוא גיל הפרישה שניתן לכפותו על כלל הסוהרים, יהא תפקידם אשר יהא, אלא אם כן מתקבלת בקשה להארכת השירות שעל הסוהר להגיש והארכה כזו גם אם תאושר לא תעלה בכל מקרה על שלוש שנים או עד הגיע הסוהר לגיל 60. לא מצאתי בטיעוני המשיב הסבר המניח את הדעת לפער המהותי הקיים בין הסדר זה להסדר הפרישה החל לגבי כלל עובדי המדינה על פי סעיף 82.52 לתקשי"ר וכן לא מצאתי בטיעוניו תשובה המניחה את הדעת לשאלה מדוע לא יחול גם לגבי סוהרים בדומה לעובדי המדינה - למצער בתפקידים מקבילים כאמור - הסדר לפיו יהיו רשאים להמשיך ולשרת עד לגיל פרישת החובה (67), אלא אם כן שוכנע נציב שב"ס, לאחר דיון בפניה מנומקת שתוגש לו בעניין זה על ידי האחראי על הסוהר שהוצאתו מבוקשת, כי קיימים טעמים המצדיקים את הוצאתו לקצבה קודם לכן.

אשר על כן אציע לחבריי לעשות את הצו על תנאי למוחלט ולהורות על בטלותה של פקודת שקילת הארכת שירות ככל שהיא נוגעת לסוהרים המשרתים בתפקידים מקצועיים, בתפקידים מנהליים ובתפקידי מטה, אך אוסיף ואציע כי הכרזת הבטלות תושעה לפרק זמן של 12 חודשים על מנת לאפשר לשב"ס להיערך ובמהלכם

יגבש שב"ס הסדרים חדשים העולים בקנה אחד עם עקרון השוויון. עוד אציע לחברייה להורות על ביטול ההחלטה בדבר הוצאתה של זוזל לגמלאות בפרישה מוקדמת על פי אותו הסדר. כזכור נדחו בקשותיה של זוזל למתן צו ביניים במסגרת העתירה, בין היתר, נוכח עמדת המשיב לפיה "המשך שהייתה של [זוזל] מחוץ לשירות, כגמלאית, הינו הפיך, ולא יהיה כל קושי לשלם לה את מלוא זכויותיה, ככל שייקבע בסיום ההליך העיקרי, ולפי תוצאותיו" (סעיף 35 לתגובת המשיב מיום 24.8.2010. כן ראו החלטת השופטת מ' נאור מיום 3.10.2010). בנסיבות אלה ובהינתן התוצאה אליה הגענו, אני סבורה כי מן הראוי לאפשר לזוזל לשוב אל שורות שירות בתי הסוהר בשכר ובדרגה שהיו לה במועד פרישתה. יחד עם זאת יש להבהיר כי אין לזוזל זכות קנויה לשוב ולשרת בתפקיד שבו שימשה והיא תשובץ לתפקיד בהתאם לצרכי שב"ס.

לבסוף אציע לחייב את המשיב לשלם לזוזל הוצאות ושכר טרחת עורך-דין בסך

30,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא מ' נאור:

אני מסכימה לפסק דינה המקיף של חברתי השופטת חיות וכן למסקנות האופרטיביות. נוהל שקילת הארכת שירות לוקה בכך שברירת המחדל בו היא פרישה בגיל 57, דהיינו 10 שנים לפני גיל הפרישה משירות המדינה. עוד לוקה הנוהל בכך שלפיו מוטל הנטל על העובד להוכיח טעם טוב להארכת השירות, ולא להיפך כפי הנהוג בשירות המדינה. אין כמובן מניעה שיימצא הסדר לפיו ניתן יהיה להוציא לגימלה בגיל מוקדם את המעוניינים בכך, והם כנראה רבים. עם זאת הוצאה לגימלה בגיל מוקדם בניגוד לרצון העובד, אינה יכולה להיות ברירת המחדל (ראו והשוו: בג"ץ 10076/02 רוזנבאום נ' נציב שירות בתי הסוהר, פ"ד סא(3) 857, 877-878 (2006)).

המשנה לנשיא

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים לחוות דעתה המקיפה של חברתי, השופטת א' חיות.

ש ו פ ט

1. ההליך שלפנינו מעורר סוגיה כאובה, שטרם זכתה לדיון מספק בחברה הישראלית, היא סוגיית ההפליה על בסיס גיל בשוק העבודה. מציאות החיים מלמדת כי חרף כשירותם של עובדים מבוגרים, עדיין רווחת בשוק העבודה התפישה כי יש להעדיף עובד צעיר על פני עובד מבוגר. השאלה הקונקרטית המתעוררת בהליך שלפנינו עניינה ההסדר שנקבע בפקודת נציבות 02.33.00 – שקילת הארכת שירות לסוהר בר פרישה (להלן: הפקודה או פקודת הנציבות) המסדיר את הוצאתם לגמלאות של עובדים החל מגיל 57. על שאלה זו להיבחן בהקשר הכללי של מערך הדינים החלים על עובדים מבוגרים בשוק העבודה, ובהם הדינים החלים על כלל עובדי המדינה. בהקשר זה, עומדת בפניי חוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות. לגישתה, ההסדר הקבוע לעובדי שירות בתי הסוהר אינו עומד במבחני הסבירות והמידתיות, ודינו בטלות. זאת, נוכח ההפליה הגלומה בו בין עובדי מדינה לבין עובדי שירות בתי הסוהר. כבר בשלב זה יצוין כי לפסק הדין בהליך הנוכחי השלכה ישירה גם על ההסדרים החלים על עובדי המשטרה, אשר נדונו בבג"ץ 10022/08 לייבה נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל (טרם פורסם, 25.6.2009) (להלן: פרשת לייבה). כן אפשר כי לפסק הדין תהינה אף השלכות לעניין ההסדר הנוגע למשרתים בשירות קבע בצה"ל וביתר גופי המודיעין והביטחון (משלא עומדים הסדרים אלו בפנינו, איננו נדרשים לבחון אותם לגופם במסגרת ההליך הנוכחי). לאחר העיון בחוות דעתה המלומדת של חברתי השופטת א' חיות, מצאתי כי לעניין תוצאת פסק הדין במקרה הקונקרטי, עמדתי כעמדתה, ויש להורות על החזרתה של העותרת למקום עבודתה. עם זאת, מצאתי כי איני יכול להצטרף למסקנתה, שעל פיה יש להורות על בטלותו של ההסדר הקבוע לעובדי שירות בתי הסוהר במלואו. אפרט טעמי.

הליכים קודמים

2. הסדר הפרישה הקבוע לשוטרים ולסוהרים נבחן על ידי בית משפט זה במספר גלגולים. בבג"ץ 10072/02 רזנבאום נ' נציב שירות בתי הסוהר, פ"ד סא (3) 856 (2006) (להלן: פרשת רזנבאום) בחן בית המשפט הסדר קודם, במסגרתו הוצאו לגמלאות כלל העובדים במשטרה ובשירות בתי הסוהר שהגיעו לגיל שבו הותרה ההוצאה לגמלאות (תחילה 55 ולאחר מכן 57). בפרשה זו נקבע, מפי הנשיא א' ברק, כי קבוצת השוויון הרלבנטית היא כלל עובדי המדינה, וכי מדיניות המשטרה ושירות בתי הסוהר לוקה בהפליה על בסיס גיל שאינה מידתית. זאת, משלושה טעמים. ראשית, נקבע כי הקביעה שגיל הפרישה יהיה 55 (ולאחר מכן 57) לא נומקה בכל טעם ענייני. שנית, נקבע כי הפער בין גיל הפרישה שנקבע לעובדי המדינה וגיל הפרישה שנקבע לשוטרים

ולסוהרים הוא פער גדול המעיד על אי השוויון. שלישית, נקבע כי הסדר קולקטיבי, ללא התחשבות במאפיינים האינדיבידואלים של העובדים אינו מידתי. משכך, הורה בית המשפט על בטלותו של ההסדר.

3. בעקבות פסק הדין שונתה מדיניות המשטרה ושירות בתי הסוהר ונקבע הסדר פרישה חדש. במסגרת הנוהל הזמני שאימץ שירות בתי הסוהר, עד לקביעתו של נוהל קבוע, נקבע כי סוהר שהגיע לגיל פרישה, תבחן התאמתו להמשך שירות על פי נתוני הפרטניים (כפי שיפורט בהמשך, נוהל זה דומה לנוהל בענייננו). במסגרת נוהל זה בחן שירות בתי הסוהר את המשך שירותם של העותרים בפרשת רוזנבאום, וקבע, ביחס לגנ"מ לזריאן, כי אין מקום להעסקתו מחדש. לזריאן שב ועתר לבית משפט זה נגד החלטת נציב שירות בתי הסוהר (בג"ץ 4545/07 לזריאן נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, 7.10.2008)). בית משפט זה קבע, מפי השופט ע' פוגלמן ובהסכמת המשנה לנשיאה (כתוארו אז) א' ריבלין והשופט א' רובינשטיין, כי יש לדחות את העתירה. במסגרת זאת, קבע בית המשפט כי:

"אין גם מקום לטענה כי הפיטורין מהווים הפלייה מחמת גיל, שכן – כפי שצוין עוד בפסק הדין בעתירות – פיטוריו של העותר יסודם בנתוניו האישיים הקונקרטיים, ולא רק בעצם הגעתו לגיל 55. אמנם, אין לכחד כי ברקע ההחלטה על פיטוריו של העותר עמדה המציאות ששררה במערכת באותה עת לפיה, ככלל, היו עובדי השירות משוחררים בגיל 55 שנה. עם זאת, והדברים הובהרו עוד במכתבו של ראש המינהל מיום 10.8.03 ובפסק הדין בעתירות, פיטוריו של העותר יסודם בנתונים נוספים מלבד גילו" (שם, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן).

4. משמע, בית המשפט קבע שחרף העובדה כי ברקע לפיטורין עמד גילו של העותר, די בכך שהפיטורין עצמם בוססו על נתונים נוספים מלבד הגיל כדי לאיין את טענת ההפליה על בסיס גיל בהליך הפיטורין. הסדר הביניים שנקבע במשטרה הועמד אף הוא לביקורת שיפוטית. כך, בבג"ץ 7362/07 קציר נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל (לא פורסם, 23.6.2008) נקבע, פי השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, כי אין מקום להתערב בהחלטות מפכ"ל המשטרה מכוח הסדר הביניים שנקבע. זאת, נוכח היותו הסדר זמני, במסגרת התקופה לעיצוב הסדר קבוע שנקבעה בפרשת רוזנבאום. העיון בפסק הדין מעלה כי הנוהל המתואר בו אינו שונה באופן מהותי מהנוהל הסופי שאומץ על ידי המשטרה. מטעם דומה נדחתה אף העתירה בבג"ץ 515/08 וינטרוב נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל (לא פורסם, 27.3.2008).

5. בהמשך לכך, בפרשת לייבה, נידון בפני בית משפט זה ההסדר שנקבע במשטרה, ובפרשה הנוכחית עסקינן בהסדר שנקבע בשירות בתי הסוהר. שני ההסדרים האמורים דומים באופיים. משתואר ההסדר המשטרתי בפסק דיני בפרשת לייבה (ראו פסקאות 6-7) ומשתואר ההסדר בשירות בתי הסוהר בהרחבה בחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות (ראו פסקאות 3, 19-21) אעמוד על עיקריהם בלבד. בתמצית, נקודת המוצא של שני ההסדרים היא כי גיל הפרישה הוא 57. עם זאת, קובע ההסדר כי שוטר או סוהר המבקשים לדחות את יציאתם לגמלאות רשאים לפנות לגורמים המוסמכים במשטרה או בשירות בתי הסוהר בבקשה להמשך שירותם. בקשה זו נבחנת באופן אינדיבידואלי, בהתחשב בצרכי המערכת, בתפקודו של המבקש, וכן במצבו הכלכלי ובמשמעויות האישיות של הפרישה לגביו.

6. על בסיס זה, נקבע בפרשת לייבה כי ההסדר שקבעה המשטרה הוא סביר ומידתי, ואינו נוגד את העקרונות שנקבעו בפרשת רוזנבאום. זאת, שכן אף שהגיל הוא נקודת המוצא לבחינת התאמת העובד לתפקיד, אין הוא נקודת הסיום, וההוצאה לגמלאות עצמה, מקום שבו מתנגד לה העובד, מבוססת על כישוריו האינדיבידואליים והתאמתו לתפקידו, ולא על גילו.

7. כאמור, ההסדר שנקבע בשירות בתי הסוהר דומה באופיו והוא שעומד לפנינו לבחינה בהליך הנוכחי. חברתי השופטת א' חיות קבעה בחוות דעתה כי ההסדר אינו עומד בדרישות הסבירות והמידתיות. משכך, לגישה, יש לקבוע כי סוג זה של הסדרי פרישה בטל. משהתעוררה מחלוקת פעם נוספת בסוגיה, והפעם בפני הרכב מורחב, מצאתי לנכון להרחיב את השיקולים שהובילוני למסקנה כי אין מקום לבטל את ההסדרים האמורים בכללותם, וכן לעמוד על העקרונות שעל הרשות לפעול על פיהם בבואה ליישם את ההסדר בעניינם של עובדים ספציפיים.

הפליה על בסיס גיל והפליה מנהלית

8. אין מחלוקת כי הפליה מטעמי גיל אסורה היא. איסור זה נובע מעיקרון השוויון הכללי, החולש על כל ענפי המשפט. בדיני העבודה, מצא איסור זה ביטוי פרטני בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות). באמצעות דבר החקיקה הקונקרטי, יצר המחוקק מנגנון יעיל ואפקטיבי למימוש זכויותיהם של עובדים שהופלו, לרבות קביעת נטלי ההוכחה, סדרי הדין, הסעדים העומדים לתובע ואף קביעת איסורים פליליים על הפליה. ציינתי בהקשר זה בהליך קודם, בנוגע ליחס בין חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כי:

"מן הראוי לפרש חוק ספציפי, בודאי במקום בו לשון החוק מאמצת שפה חוקתית כמקרה זה, באופן העולה בקנה אחד עם המסגרת החוקתית הכללית של המשפט הישראלי [...]". ברי שאין משמעות הדבר כי החוק הפרטיקולארי מתייטר. החוק הפרטיקולארי מייצר מסגרת משפטית המשקפת את האופן בו החליטו המחוקקים כי ראוי להתמודד עם פגיעה חוקתית בהקשר נתון. כך, מעצב חוק איסור הפליה את פעולת הזכות לשוויון במרחב האזרחי בשני רבדים – היקף התחולה של הזכות, וטיב הסעד בגין הפגיעה בזכות" (רע"א 8821/09 פרוז'נסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (טרם פורסם, 16.11.2011) (ההדגשות הוספו – ס' ג'); ; לאופן פרשנותם של דברי חקיקה ספציפיים כהסדרים ספציפיים הבאים להגן על הזכות החוקתית בהקשרי שוויון ראו גם פסקאות 3-4 לפסק דיני בבג"ץ 10662/04 טאלח נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 28.2.2012) (להלן: פרשת טאלח)).

9. בתוך כך, אף שחוק שוויון הזדמנויות בעבודה אינו מונה במישרין את הסוגיה של הפליה בנסיבות ההוצאה לגמלאות כאחד מהתחומים בהם חל החוק, מסכים אני עם חברתי השופטת א' חיות כי יש לראות סוגיה זו כחוסה תחת החוק. זאת, נוכח העיקרון כי מקום שבו מגן חוק על זכות חוקתית יפורש הוא בהרחבה; נוכח היות הרשימה המנויה בסעיף 2 (הן של עילות הפליה, הן של סוגי העניינים עליהם חל החוק) רשימה פתוחה; ונוכח האפשרות לקרוא את הפגיעה הנגרמת מהוצאה כפויה לגמלאות (דוגמת הפגיעה בשיעורי הגמלה שישולמו) כחלק מפגיעה ב"הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה" (סעיף 2(6) לחוק שוויון הזדמנויות).

10. על רקע זה, עלינו לבחון האם ההסדר הקבוע פוגע בשוויון על בסיס גיל. לשם כך, עלינו לעמוד ראשית על זהותה של קבוצת השוויון הנוגעת לשאלת האבחנה על בסיס גיל. בסוגיה זו, גישתה של חברתי השופטת א' חיות, המושתתת על פסק הדין בפרשת רזונבאום, היא כי קבוצת השוויון הרלבנטית לבחינת הפליה על בסיס גיל היא קבוצת העובדים בשירות המדינה. כפי שאסביר, לראייתי, הסיווג הנכון של יחס שונה על בסיס תפקיד או מקום העבודה הוא כהפליה מנהלית, ואינו נוגע לזכות החוקתית לשוויון. השאלה מהו הדין במצב שבו מעסיק נותן יחס שונה לעובדים שאינו מבוסס על מאפיינים אסורים דוגמת מין, נטייה מינית, גיל וכיוצא באלו, אינה, לגישתי, שאלה של פגיעה בזכות חוקתית, כי אם, כאמור, שאלה של שוויון מנהלי. כך, לו היה מדובר במעסיק פרטי, אשר קובע כי עובדים באגפים שונים יקבלו משכורת שונה, ספק אם היה בכך כדי להביא להתערבות של בית המשפט (וזאת, בעוד שאם היה ניתן להוכיח קורלציה בין קבוצת העובדים לבין מאפיינים חשודים היה בכך כדי להקים עילת הפליה

חוקתית). אין משמעות הדבר כי אין משקל לאבחנה שנערכה בין עובדי מדינה לבין שוטרים וסוהרים, כפי שיפורט בהמשך חוות דעתי, וזו מעוררת קשיים בפני עצמה וללא תלות בשאלת קיומה של הפליה על בסיס גיל. עוד יצוין כבר בשלב זה כי מעצם העובדה שיתר עובדי המדינה אינם קבוצת השוויון הרלבנטית לבחינת שאלת ההפליה על בסיס גיל, לא נובעת המסקנה שלהשוואה זו אין כל משקל במסגרת ניתוח הרובד החוקתי. הבחינה של הסדרים חלופיים הקיימים במשק בכללו, ובשירות הציבורי בפרט, מאפשרת לבחון האם, ככל שקיימת פגיעה חוקתית, היא מידתית או שמא ישנן חלופות פוגעניות פחות.

11. יצוין בשלב זה כי מבחינה עיונית ניתן לבחון פגיעה בשוויון בשני מסלולים. כך, ניתן לבחון את הפגיעה בשוויון במסלול החד שלבי, שבמסגרתו בהתקיים שוני רלבנטי בין קבוצות כלל לא נוצרה פגיעה בשוויון. זאת, גם אם השוני הרלבנטי אינו נוגע במישרין לתכונה על בסיסה מבוצעת האבחנה, כי אם למאפיינים עקיפים שלה (כך לדוגמה, קיומו של מתאם סטטיסטי בין גיל לכושר גופני יכול להוות שוני רלבנטי מקום שבו נדרש כושר גופני לביצוע העבודה, ומשכך כלל לא נוצרת פגיעה בשוויון) או לשיקולים חיצוניים (כגון מדיניות סוציאלית, צרכי ביטחון או עלויות). לחלופין, ניתן לבחון את הפגיעה במסלול הדו שלבי. במסגרת זאת, בשלב הראשון נבחנת רק השאלה האם קיים שוני רלבנטי בין שני פרטים אשר כל המבחין ביניהם הוא התכונה המבחינה עצמה. בשלב השני נבחנת השאלה האם, בהנחה שתכונה המבחינה בפני עצמה אינה שוני רלבנטי, יש מקום להתיר את ההפליה משיקולים החיצוניים לאבחנה (בהמשך לדוגמה האמורה לעיל, אף אם ימצא שהשימוש בגיל כמעיד על כשירות גופנית הוא מפלה, יכול להיות שהפליה זו תעמוד במבחני פסקת ההגבלה נוכח החיסכון בעלויות הנובע מהתבססות על גיל בהקשר נתון). לטעמי, מבנה חוקי היסוד בישראל מעלה כי המחוקק ביכר את המודל השני, במסגרתו ראשית נבחנת הפגיעה בזכות וככל שהיא קיימת נבחנת עמידתה במבחני פסקת ההגבלה. זהו אף המתווה שאומץ לא פעם בפסיקה שעניינה פגיעה בשוויון (וראו לדומה בעניין זה פסקאות 25-24 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש בפרשת טאלח; פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש בבג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (טרם פורסם, 23.2.2012) (להלן: פרשת ניר); לעמדה שונה ראו לדוגמה את חוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור בפרשת ניר, בפסקה 2)). זהו אף מתווה הניתוח שאימצתי אני בפרשות קודמות, ולאורו אערוך את הניתוח גם בהליך הנוכחי (ראו את פסק דיני בפרשת ניר; פסקאות 3-5 לפסק דיני בבג"ץ 466/07 ח"כ גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 11.1.2012)).

12. כאמור, הסוגיה הראשונה המתעוררת בפנינו בהליך הנוכחי היא השאלה האם עצם האבחנה בין כלל עובדי המדינה לבין שוטרים וסוהרים (שגם הם עובדי מדינה), היא אבחנה העולה כדי הפליה, ואם כך הדבר, האם מדובר בהפליה אסורה, או שמא ישנם טעמים טובים לקיומה.

13. ברי, כי שאלה זו אינה תלויה בשאלת קיומה של הפליה על בסיס גיל, ויכולה להתעורר בהקשרים רבים אחרים, דוגמת הטבות שונות הניתנות לעובדים במגזרים שונים של המדינה, ושאינן תלויות בגיל העובד (למשל, תוספת סיכון לבעלי תפקידים מיוחדים; מגבלות שונות על היקף שעות נוספות לעובדים בתפקידים דומים וכדומה).

14. בטרם דיון, יש לעמוד בקצרה על המסגרת הנורמטיבית הנוגעת לעניין. הנחת המוצא היא כי על המדינה לנהוג בשוויון בפועלה הן בכובעה השלטוני, ביחס לאזרחים המצויים עימה במגע, הן בכובעה הפרטי, כמעסיקה. במסגרת זאת, אין מחלוקת כי מקום שבו בשל טיב העבודה השונה תנאי ההעסקה של עובדי מדינה יהיו שונים אין לראות בכך הפליה. זאת, כל זמן שישנה זיקה בין השוני בעבודה להבדל בתנאי ההעסקה. במסגרת זאת, אף לעובדי המדינה הכפופים לנציב שירות המדינה קבע המחוקק הסדרי העסקה שונים, הנובעים מההבדל בתפקיד. כך לדוגמה, נקבע כי גיל הפרישה של גננות יהיה שונה מגיל הפרישה הכללי של עובדי שירות המדינה ויעמוד, עבור מרבית הגננות, על גיל 59 (סעיף 64 לחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970).

15. בתוך כך, ישנם מקומות שבהם בשל השוני במסגרת ההעסקה העניק המחוקק סמכות מקבילה לרשויות שונות לקבוע את תנאי ההעסקה במסגרתם. זהו המצב בעניינינו, שבו קבע המחוקק במפורש כי לנציב שירות בתי הסוהר ולמפקח הכללי על המשטרה יהיו סמכויות מקבילות לסמכותו של נציב שירות המדינה (כמו כן נקבעה סמכות מקבילה אף לראש המטה הכללי, ראו סעיף 13 לחוק שירות המדינה בצבא-הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], תשמ"ה-1985; בדומה, אף לעניינם של שופטים נקבע הסדר חלופי, המעמיד את גיל הפרישה על 70, ומאפשר בנסיבות מסוימות פרישה מוקדמת (סעיף 13 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984)). יצוין במסגרת זאת, כי החוק אינו עוסק רק בזהות בעל הסמכות להוציא עובד לגמלה מוקדמת, כי אם כולל הסדר שלם ומפורט המסדיר את מכלול הסוגיות הנוגעות לפרישתו של העובד

לגמלאות, דוגמת חישוב גובה הגמלה והיקף סמכות בעל התפקיד להתערב בגובה הגמלה בנסיבות שונות.

16. ברי, כי מקום שבו מעצב החוק במפורש מנגנונים שונים ונפרדים להסדרי גמלאות באגפים שונים של שירות המדינה, אין מקום להכפיף את שיקול דעתו של גורם מוסמך אחד לשיקול דעתו של גורם מוסמך אחר (יודגש כי בהליך הנוכחי איש מהצדדים אינו תוקף את חוקתיותו של החוק וטוען כי נפל פגם בעצם ההחרגה של עובדי שירות בתי הסוהר, כמו גם עובדי המשטרה והצבא, מסמכותו של נציב שירות המדינה). זאת, בפרט מקום שבו הסדר הגמלאות עצמו לעובדי מדינה שונה מהסדר הגמלאות לעובדי שירות בתי הסוהר והמשטרה. במסגרת זאת, אפשר שבעלי סמכות שונים יבחרו לפעול שלא באותו האופן, ובכל זאת, שני אפיקי הפעולה יהיו במתחם הסבירות, ולא יצדיקו את התערבותו של בית משפט זה. זאת, שכן בית המשפט בוחן רק את היות הפעולה במסגרת מתחם הסבירות, ואינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות באשר לדרך הפעולה המיטבית. דברים אלו נכונים מקום שבו הסמכות המקבילה נתונה לשני גופים דומים באופיים. מקל וחומר, קשה ללמוד מעצם ההשוואה בין אופן הפעלת הסמכות על ידי בעלי סמכות מקבילים כי מדיניותו של אחד מבעלי הסמכות אינה סבירה, מקום שבו מדובר בגופים שונים באופיים (ואשר אף אם היו שניהם כפופים לבעל סמכות אחד, אפשר שהיה מקום לקבוע להם כללים שונים).

17. במקרה הנוכחי, ההסדר שנקבע בשירות בתי הסוהר ובמשטרה שונה באופן משמעותי מההסדר שנקבע בשירות המדינה. במסגרת זאת, מקובלת עלי טענת המשיבים כי ההסדר גובש נוכח מאפייניהם הייחודיים של סוהרים ושוטרים, על בסיס עבודת מטה מקיפה (שכללה התייעצות עם מומחים חיצוניים). כך לדוגמה, עובדים אלו אינם כפופים לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, בשונה מעובדי המדינה. כמו כן, מחקר שבוצע לצורך גיבוש הנוהל, ושהעותרים אינם מערערים על איכותו, מעיד על מאפייני שחיקה שונים לשוטרים וסוהרים, לרבות בתפקידי מטה. בדומה, אף הסדרי הגמלה עצמם החלים על שוטרים וסוהרים שונים מהסדרי הגמלה החלים על עובדי מדינה. לטעמים אלו, המסבירים את ההבדל בין הליכי ההוצאה לגמלה מוקדמת בשירות המדינה ובין הליכי ההוצאה לגמלה מוקדמת במשטרה ובשירות בתי הסוהר, יש להוסיף את ההבדל הארגוני. ברי, כי מספרם של עובדי המדינה גדול באופן משמעותי ממספרם של השוטרים והסוהרים. כך, אם היה מאומץ בשירות המדינה הסדר דומה להסדר שאומץ בשירות בתי הסוהר, יכול הדבר היה להוביל למעמסה גדולה הרבה יותר על נציב שירות המדינה ועל הוועדה, ואף מטעם זה ישנה הצדקה להבחין בין שני ההסדרים.

18. נוכח כל האמור, לגישתי, לו הייתה הסוגיה שעל הפרק עצם האבחנה בין עובדי מדינה לבין שוטרים וסוהרים, היה מקום לדחות את העתירה בשל ההבדל המשמעותי הקיים בין כלל עובדי המדינה ובין סוהרים ושוטרים. לגישתי, לא עמדה העותרת בנטל להוכיח כי ההפעלה השונה של הסמכות בידי נציב שירות המדינה ונציב שירות בתי הסוהר מובילה למסקנה כי מתקיימת הפליה מנהלית. זאת, נוכח קיומו של שוני רלבנטי בין מאפייני העבודה של כלל עובדי המדינה לבין מאפייני העבודה של סוהרים. בתוך כך, לגישתי, כאשר המחוקק קבע במפורש כי שני בעלי תפקידים מנהליים יישאו בסמכויות מקבילות, אין מקום לקבוע כי החלטתו של האחד תחייב את השני, ויש לבחון את סבירותה של כל אחת מההחלטות כשלעצמה.

19. לסיכום הדברים עד כה – לגישתי אין מקום להורות על בטלות הפקודה מהטעם של הפליה מנהלית. זאת, משני טעמים. ראשית, נוכח העובדה שהמחוקק קבע במפורש כי לנציב שירות בתי הסוהר תהיה סמכות מקבילה לעניין הוצאה מוקדמת לגמלאות, ולא הכפיף את ההסדר החל על סוהרים להסדר החל על כלל עובדי המדינה. משכך, אין לגישתי מקום שבית משפט זה יסטה מההסדר הקבוע בחוק וכפיף את שיקול דעתו של נציב שירות בתי הסוהר לדעתו של נציב שירות המדינה. שנית, מצאתי כי קיים שוני רלבנטי בין אופי תפקידם של כלל עובדי המדינה לאופי תפקידם של סוהרים, המצדיק את עצם קיומו של שוני בין ההסדרים.

20. בטרם אעבור לבחינת הפקודה כשלעצמה, אציין בשלב זה כי אין ללמוד מקביעת זו כי נוחה דעתי מקיום הסדרי פרישה שונים לעובדי מדינה במסגרות שונות, ואפשר שיש מקום כי הממשלה תכתיב מדיניות אחידה לעניין גיל הפרישה לכלל עובדי המדינה, ואף תפעל לתיקון החוק במידת הצורך.

חוקיות פקודת הנציבות

21. משמצאתי כי אין מקום לפסול את הפקודה על בסיס ההבדל בינה לבין ההסדר הקבוע לכלל עובדי המדינה, אפנה עתה לבחינת הפקודה כשלעצמה. חברתי השופטת א' חיות קבעה בחוות דעתה כי לגישתה "ההסדרים הקבועים בפקודת שקילת הארכת שירות פוגעים בעיקרון השוויון באופן בלתי סביר ובלתי מידתי" (פסקה 19 לחוות דעתה), ומשכך, לא נדרשה כלל להבחנה בין בחינת מידתיות הפקודה ובחינת סבירותה. העיון בפסיקתו של בית משפט זה מעלה כי ככלל, כאשר נטען שהחלטה מנהלית פוגעת בזכות חוקתית, יש לבחון אותה על פי מבחני המידתיות (ראו בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (טרם פורסם, 13.4.2011) (להלן: פרשת קו לעובד)). בהקשר זה ציינתי כי:

”דרישת המידתיות היא הקונסטרוקציה המשפטית הראויה לבחון הגבלה על הגשמת הזכות החוקתית על ידי נורמה משפטית תת חוקתית. המידתיות קובעת את התנאים בהם קיים צידוק לפגיעה בזכות חוקתית על ידי נורמה תת-חוקתית [...]”. לטעמי אמת מידה של המידתיות אף משתלבת עם עילת הסבירות במקרה דנן, שהיא כידוע אמת המידה המרכזית לבחינת שיקול הדעת המנהלי. במקרה דנן כאמור קיימת התנגשות בין זכויות אדם לבין טובת הכלל ומכאן שהשימוש בפסקת ההגבלה, אשר במרכזה דרישות התכלית הראויה והמידתיות הינה כלי הקיבול המתאים לאיזון בין המטרה לאמצעי הפוגעני, ולמעשה בדרך זו נבחנת גם סבירותו של הנוהל, לאור הדמיון הרב בין סבירות למידתיות במקרים מעין אלו” (פרשת קו לעובד, פסקאות 7-6 לפסק דיני, וראו את ההפניות המובאות שם).

22. דברים אלו יפים גם לענייננו. כפי שיפורט להלן, הסוגיה העומדת על הפרק היא סוגיה חוקתית של הפליה על בסיס גיל. משכך, על הנורמה המנהלית, ככל שהיא פוגעת בזכות החוקתית, לעמוד בדרישות פסקה ההגבלה, ה”שואבת” לתוכה ממילא אף את דרישת הסבירות, במסגרת מבחן המידתיות השלישי. אפנה אם כן לבחינת מידתיותה של הפקודה. לאחר מכן, על בסיס מסקנתי כפי שתוסבר להלן כי ההסדר ברובו הוא מידתי, אפנה לבחינת אופן יישום ההסדר.

הפליה על בסיס גיל

23. עיקרון הוא כי הפליה קיימת במקום שבו שני פרטים בעלי אותם הנתונים זוכים ליחס שונה בשל שוני שאינו רלבנטי. יוזכר, כי במסגרת בחינת השוני הרלבנטי נבחן גם האם השוני הוא תוצאה עקיפה של מציאות מפלה. כך, המבחן לקיומה של הפליה בשכר של נשים הוא האם גבר באותה המשרה מקבל שכר גבוה יותר (ראו בג”ץ 1758/11 גורן נ’ הום-סנטר (עשה זאת בעצמך) בע”מ (טרם פורסם, 17.5.2012)). השאלה האם נשים אחרות במחלקות אחרות מקבלות שכר הדומה לשכרו של הגבר אינה רלבנטית. בדומה, המבחן לקיומה של הפליה על בסיס גיל הוא בשאלה האם עובד בעל אותם הכישורים הדרושים לביצוע העבודה זוכה ליחס אחר רק בשל היותו צעיר יותר. בתוך כך, יש חשיבות שהכישורים הדרושים לעבודה יהיו באמת רלבנטיים לעבודה הנתונה, ולא ישמשו ככלי עקיף להכשרת הפליה.

24. במסגרת זאת, ברי כי כל הסדר המחייב יציאה לגמלאות הוא בבחינת הפליה על בסיס גיל, שכן מעצם מהותו הוא מבחין בין עובדים צעירים ומבוגרים ללא כל זיקה

ישירה לכישוריהם או ליכולת העבודה שלהם. עם זאת, מקובל לראות בגיל הפרישה האחיד כמבוסס על טעמים טובים, שכן תכלית ההוצאה לגמלאות היא תכלית סוציאלית חשובה. חוק גיל הפרישה, התשנ"ד-2004 (להלן: חוק גיל פרישה), בקובעו את גיל הפרישה, מונע ממעסיקים להפעיל לחץ ישיר או עקיף על עובדיהם שלא לצאת לגמלאות (למשל, על ידי הפחתת השכר בשנות העבודה, כך שהעובדים לא יוכלו להתקיים בכבוד מכספי הגמלה). במילים אחרות, יש לראות את החוק כחלק ממערך חוקי המגן, המבקשים ליצור שוק עבודה אנושי ולא נצלני. עוד יצוין בהקשר זה כי הגיל שבו חייב עובד לפרוש משקף איזון בין הצורך לאפשר תקופת תעסוקה ארוכה דייה כדי שהעובד יוכל לצבור קרן פנסיה משמעותית, ממנה יקבל גמלה שתקיים אותו בכבוד, הצורך הציבורי בהשתתפות של חלקים נרחבים מהאוכלוסייה בשוק העבודה, והרצון לשמור על זכותם של עובדים לצאת לגמלאות כזכות דה פקטו ולא רק כזכות דה יורה. מכל מקום, חוקתיותו של סעיף 4 לחוק גיל פרישה טרם נדונה בבית משפט זה, והצדדים אינם טוענים לעניין זה בהליך הנוכחי, ומשכך, לכל הפחות לצורך הדיון הנוכחי אניח כי אין פגם חוקתי בעצם קביעתו של גיל פרישה אחיד, שכן הפגיעה בזכות לשוויון על בסיס גיל היא מידתית (ראו לדיון בעניין זה בג"ץ 4487/06 קלנר נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסם, 25.11.2007); ע"ע (ארצי) 14705-09-10 מוצפי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם, 16.5.2012)).

25. שונים הדברים כאשר מדובר בהסדר המאפשר לעובד לצאת לגמלאות לפני גיל פרישת חובה. הסדר שכזה, כל עוד הוא משקף באמת את רצונו החופשי של העובד, הוא בבחינת זכות יתר המוענקה לו. ברי, כי במקרה זה מדובר בהעדפה של מבוגרים בשל גילם בלבד ואפשר שבנסיבות מסוימות אף היא תעורר קושי. מאחר שסוגיה זו אינה מתעוררת בהליך לא מצאתי לנכון לפתחה, וקשיים שהיא עלולה לעורר ידונו לכשיתעוררו.

26. ההליך שלפנינו עניינו בקבוצת העובדים הזכאים לצאת לגמלה מוקדמת אך אינם מעוניינים בכך. עבור עובדים אלו, הוצאתם הכפויה לגמלאות היא פגיעה קשה בשני מישורים. ראשית, במישור הסימבולי, ההוצאה הכפויה לגמלאות ללא כל נימוק למעט גילו של העובד משדרת את המסר כי עובדים מבוגרים אינם כשירים. מסר זה פוגע בליבת כבודו של האדם, המזוהה, רק בשל גילו, כפחות ערך. שנית, ההוצאה הכפויה לגמלאות כרוכה לא פעם אף בפגיעה כלכלית לא זניחה. עובד שטרם סיים לצבור את זכאותו לגמלה מקסימאלית נותר עם גמלה חלקית בערוב ימיו, וסביר שיתקשה למצוא מקום עבודה חלופי שיגביר את בטחונו הכלכלי. אף עבור עובד

שהגיע לסכום הקצבה המקסימאלי, משמעות היציאה לגמלה היא הפחתה של כ-30% מהכנסתו החודשית, הפחתה שאינה זניחה כלל וכלל.

27. נוכח האמור, העולה הוא כי ההסדר, בדומה לכל הסדר של פרישה כפויה לגמלאות, פוגע בזכות החוקתית לשוויון, שכן הוא מפלה על בסיס גילו של העובד. השאלה החוקתית המתעוררת בהליך הנוכחי היא האם הפגיעה הנוספת הנגרמת במסגרת ההסדר עומדת בדרישות פסקת ההגבלה, אם לאו. בטרם דיון בשאלת מידתיות ההסדר, יצוין כי אין מחלוקת שהסמכות הנתונה לנציב שירות בתי הסוהר היא מכוח הסמכה מפורשת בחוק. כמו כן, ההסדר הולם את ערכיה של מדינת ישראל, ובפרט את הערכים הניצבים בבסיס משפט העבודה בישראל.

28. בהמשך לכך, תחת ההנחה שהחוק עצמו אינו פגיעה שאינה מידתית בזכויות הסוהרים, נראה שעצם קיומו של הסדר הוצאה מוקדמת לגמלאות הוא לתכלית ראויה. זאת, שכן הוא נועד לאזן בין ההגנה על זכויות של הפרט לבין הצורך הציבורי בהוצאתם לגמלאות של מי שאינם מתאימים עוד לשירות הציבורי, בגילאים החל מ-57 ועד ל-67. במסגרת זאת, התכלית של הפקודה עצמה היא לאפשר לנציב הוצאה מוקדמת לגמלאות בניגוד לרצון העובד, מקום בו בשל שחיקה בכושר העבודה של העובד אין מקום להמשך העסקתו (כפי שצוין לעיל, בהליך הנוכחי לא טוענים הצדדים לעניין עצם הפגיעה על בסיס גיל הנגרמת בשל שימוש בגיל כאינדיקציה סטטיסטית לשחיקה בכושר העבודה, או לעניין טווח הגילאים במסגרתו רשאי הנציב להורות על פרישה מוקדמת). משכך, לב הדיון הוא בשאלת המידתיות של ההסדר. בהקשר זה יצוין כי רכיבי ההסדר שונים זה מזה, וכך גם מידת הפגיעה בשוויון הנוצרת בגינם, ואין הצדקה, לגישתי, לבחון אותם רק כמכלול (שכן ניתן להורות על ביטול חלקים מההסדר, תחת ביטולו של ההסדר כולו). משכך, אבחן את מידתיות רכיבי ההסדר השונים.

הנחת המוצא של ההסדר

29. כפי שהוסבר לעיל, הנחת המוצא של ההסדר היא כי החל מגיל 57 על העובד לבקש שלא יוצא לגמלאות. לגישתי, הנחת מוצא זו היא מידתית. כפי שציינתי בפרשת לייבה, הנחת מוצא זו היא רק השלב הראשון בהליך, לאחריו נבחנת התאמתו האינדיבידואלית של העובד. כאמור, הנחת המוצא של החוק עצמו היא שישנו קשר רציונאלי בין גילו של העובד לשחיקתו. על בסיס זה, מצאתי בהקשרה של הפקודה כי ישנו קשר רציונאלי בין השחיקה של העובד (ומכאן, גילו) לבין מטרת בחינת הוצאתו לגמלאות. משכך, עומד רכיב זה בהסדר במבחן המידתיות הראשון. בהמשך לכך, לא

מצאתי כי הנחת מוצא זו פוגעת בעובד יותר מהנחת המוצא ההפוכה, על פיה המעביד הוא שייזום את התנעת ההליך. בשני המקרים הפגיעה בכבודו של העובד דומה, ובשניהם הוא יודע, החל מגיל 57, כי יש ביכולתו של המעביד להוציאו לגמלה מוקדמת. אף אם מבחינה סימבולית אפשר שיש הבדל בין שתי החלופות, הרי שלגישתי מדובר בהבדל זניח, שאינו מצביע על קיומה של חלופה פוגענית פחות. בהמשך לכך, הנחת המוצא עומדת גם במבחן המידתיות השלישי. להנחת מוצא על פיה העובד רוצה בגמלה המוקדמת יתרונות של ממש, שכן היא אינה דורשת מהעובדים המעוניינים בכך כל פעולה כדי לממש את רצונם. כאמור, הפגיעה העודפת הגלומה בהנחה זו היא פחותת ערך, ואינה מצדיקה, לגישתי, לקבוע כי עצם ההנחה שהמשך תעסוקתו של עובד תיבחן רק באם הוא מעוניין בכך, פוגעת באופן שאינו מידתי בזכות לשוויון.

אמות המידה להערכת סוהר

30. על פי סעיף 7 לפקודת הנציבות, הערכת סוהר תעשה על פי שישה קריטריונים: הערכת ביצוע התפקיד, אופיו ומהותו של התפקיד אותו מבצע הסוהר; מסלול שירות, אורך הקדנציה ומספר שנים בתפקידו הנוכחי; מצב רפואי; חינויותו של הסוהר בתפקידו, אפשרות נידודו לתפקיד אחר ופוטנציאל שיבוצו (לרבות דרישה למעבר הכשרות לצורך ביצוע תפקיד אחר); מיצוי זכויותיו לגמלאות; מצב כלכלי ומשפחתי. לצד זאת, מאפשרת הפקודה להתחשב בנוסף גם ב"שיקולים מערכתיים נוספים ובמימוש יעדי השב"ס".

31. בפתח הדברים יצוין כי בכל שלב בשירותו של סוהר רשאי נציב שירות בתי הסוהר לפטרו, באם הוכח פגם בכשירותו לתפקיד. כך, סעיף 80(ג)(2) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר) קובע כי הנציב רשאי: "להשעות, לשחרר או לפטר סוהר, אם הוכח להנחת דעתו שהסוהר מתרשל או בלתי יעיל במילוי תפקידו או אינו מתאים לתפקידו מסיבה אחרת, וכן להשעות סוהר שהואשם בהתנהגות שלא כשורה, או שמתנהלת נגדו חקירה על ביצוע עבירה או עבירת משמעת... (ההדגשות הוספו – ט' ג"). משמע, הפגיעה הנגרמת לסוהר בהפלייתו על בסיס גילו, ככל שהיא נוגעת לאמות המידה להוצאתו לגמלאות, היא רק הפער שבין אמות המידה לפיטוריו של סוהר בכל גיל, לבין אמות המידה להוצאתו לגמלאות של סוהר שהגיע לגיל פרישה, ככל שישנו (וראו לדוגמה ליישום הסמכות הנתונה לנציב בהקשרם של עובדים מתחת לגיל פרישה בג"ץ 668/81 מעדי נ' שר הפנים, פ"ד לז(1) 744 (1983); בג"ץ 6208/04 עמרה נ' נציב שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 2.9.2004); בג"ץ 7931/05 ביטון נ' נציב שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 16.11.2005)).

32. באשר לששת אמות המידה הראשונות לבחינת הארכת שירותו של סוהר, מצאתי כי הן מידתיות. במבחן הקשר הרציונאלי, רק אמת המידה הראשונה (הערכת ביצוע התפקיד) והשלישית (מצב רפואי) נוגעות ישירות לכשירות העובד כתלות בגילו. במילים אחרות, אמות מידה אלו בוחנות האם הסטטיסטי בין גיל העובד לבין שחיקה בעבודה וירידת הכשירות הפיזית לביצוע העבודה (ככל שהיא רלבנטית לתפקיד הספציפי) מתקיים בכל מקרה נדון. יתר על כן, אמות מידה אלו חלות על כל סוהר בשירות בתי הסוהר מכוח סעיף 82(ג)(2) לפקודת בתי הסוהר שצוטט לעיל. משכך, הפגיעה הנגרמת בגינן היא רק בשל העובדה כי החל מגיל פרישה נבחנת כשירות כל עובד המבקש להמשיך בעבודתו, בעוד שעד לגיל הפרישה נבחנת כשירותו של העובד רק באם השירות יוזם את ההליך.

33. אמת המידה הרביעית (חיוניות הסוהר בתפקידו ואפשרות שיבוצו מחדש) מקיימת זיקה עקיפה יותר לגילו של העובד. יחד עם זאת, אמת מידה זו משקפת את העלות הגבוהה באופן יחסי של הכשרת עובד לתפקיד חדש, כאשר אופק העבודה שלו הוא מוגבל. משכך, אף אמת מידה זו עומדת במבחן הקשר הרציונאלי. באשר לאמות המידה השנייה (היסטוריית השירות), החמישית (היקף הזכאות לגמלאות) והשישית (מצב כלכלי ומשפחתי), הרי שאלו אינן תלויות כלל בגילו של העובד. יחד עם זאת, העולה מהנוהל הוא כי שלוש אמות מידה אלו הן לטובתו של העובד. משמע, גם עובד אשר נשחק בעבודה וכשירותו ירדה יוכל בנסיבות מסוימות להמשיך בתפקידו. במילים אחרות, אמות מידה אלו מרככות את הפגיעה בסוהרים אף כאשר ישנה הצדקה, נוכח הירידה באיכות עבודתם, לסיים את שירותם, אך הפגיעה בהם בשל כך תהיה פגיעה חמורה יתר על המידה.

34. בהמשך לכך, לא מצאתי כי ישנה חלופה שפגיעתה פחותה להערכת כשירותו של העובד המבוגר לעבודה מאמות המידה הראשונה, השלישית והרביעית המנויות בנוהל. אמות מידה אלו נוגעות במישרין לכשירותו של העובד, ולמעשה מנתקות את הזיקה בין המשך תעסוקתו של העובד לבין גילו. כמו כן, לגישתי, במבחן המידתיות במובנו הצר, הפגיעה הנובעת מכך שגילו של עובד, וההנחה בדבר קיומו של מתאם סטטיסטי בין גיל לירידה בכושר העבודה, משמשים כנקודת המוצא לבחינת כשירותו להמשך עבודה נמוכה מהתועלת הנובעת מהוצאתם של עובדים שאינם כשירים עוד לגמלאות. גישתו זו מתחזקת, כאמור, נוכח קיומם של מנגנונים מרסנים בדמות אמות המידה השנייה, החמישית והשישית, המבטיחים הגנה על האינטרס של העובד אף באם כשירותו לתפקיד פחותה (לחשיבותה של בחינה אינדיבידואלית ראו בג"ץ 7052/03

נדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202,
 316-318 (2006))

35. אשר לאפשרות להתחשב בשיקולים מערכתיים וביעדי השב"ס, אודה כי התלבטתי האם יש לראות באמת מידה זו כאמת מידה מידתית. אמת מידה זו אינה נוגעת כלל לגילו של העובד כי אם לתפקידו בלבד. ברי, כי יכול להיות מצב שבו עובד צעיר ימלא תקן מסוים אשר משיקולים מערכתיים ישנו רצון לבטל אותו. לו הייתה רשות בתי הסוהר מחוייבת בהמשך העסקתם של סוהרים צעירים, גם אם משיקולים מערכתיים קיים רצון לבטל את התקן שלהם, הייתי מוצא כי אמת מידה זו אינה מידתית. זאת, שכן אין קשר רציונאלי בינו לבין הפגיעה הנגרמת לסוהר. יחד עם זאת, העיון בחקיקה הנוגעת לשירותם של סוהרים מעלה כי שיקולים אלו יכולים להישקל במסגרת פיטוריו של סוהר, וזאת, במסגרת שיקול הדעת הרחב המסור לנציב לפטר סוהר בשל "אי התאמה לתפקידו מסיבה אחרת". אמנם, טרם נדונו בפני בית משפט זה מקרים שבהם פוטר סוהר רק בשל שיקולים מערכתיים של שירות בתי הסוהר, ולפיכך, בית המשפט טרם נתן פרשנות מחייבת למונח "אי התאמה לתפקידו מסיבה אחרת". עם זאת, לגישתי, כל זמן שאמת המידה של שיקולים מערכתיים ויעדי השב"ס תפורש בהתאמה לאמת המידה לפיטורין משיקולי התייעלות, לא ניתן לראות בהתייחסות לאמת מידה זו כשלעצמה כהפליה על בסיס גיל. יתר על כן, אף אם יינתן לשיקול המערכתי משקל רב יותר במסגרת הוצאה כפויה לגמלאות, כל זמן שמשקלו של שיקול זה יהיה סביר, אין לראותו כבלתי מידתי. זאת, שכן מצבו של אדם המוצא לגמלאות טוב לאין שיעור ממצבו של עובד שמפוטר. לפיכך, באיזון בין צרכי העובד וצרכי המערכת, יהיה מקום לתת משקל משמעותי מעט יותר לצרכי המערכת במסגרת הוצאה מוקדמת לגמלאות (בהמשך דברי, במסגרת בחינת אופן הפעלת הנוהל, אדון אף באופן יישומה של אמת מידה זו בהליך הנוכחי). יצוין כי העיון בדברי חקיקה מקבילים מעלה כי ביחס לעובדים בשירות המדינה נקבע נוהל ברור הנוגע לפיטורין בשל שינויים מערכתיים (ראו סעיף 82.27 לתקשי"ר). ראוי ששירות בתי הסוהר יפעל לקביעת הסדר ברור החל על כלל הסוהרים לעניין סיום העסקה בשל שיקולים מערכתיים. ברי, כי על ההסדר האמור לעלות בקנה אחד עם ההלכות הנוהגות לעניין זה (ראו לעניין זה ע"ע (ארצי) 133/09 מלחם נ' מועצה מקומית ג'דידה מכר (לא פורסם, 22.1.2012), במסגרתו חודדה ההלכה כי אף במסגרת פיטורי צמצום יש לבצע את הפיטורין תוך הגנה על זכויות העובדים ומניעת הפליה; וראו גם לעניין הפליה על בסיס גיל במסגרת פיטורי צמצום תע"א (ת"א) 3270/07 כהן נ' עיריית בת-ים (לא פורסם, 17.7.2012)). מכל מקום, לא מצאתי כי עצם ההתחשבות בשיקולים מערכתיים במועד ההחלטה על הוצאת עובד לגמלה, כל זמן שהיא נעשית באותו האופן שבו מתחשב שירות בתי הסוהר

בשיקול זה בעת פיטוריו של עובד (או אף אם ניתן לה משקל משמעותי מעט יותר), ובהתאם להלכות הנהוגות לעניין זה, היא בגדר פגיעה על בסיס גיל, ולמצער, אינה בגדר פגיעה שאינה מידתית.

סעיפים 8(ד) ו-8(ה) לפקודה

36. למען נוחות הדיון אביא את סעיף 8(ד) ו-8(ה) לפקודה כלשונם:

8 (ד) במידה והועדה תמליץ על הארכת שירות – תומליץ הארכת שירות לתקופה שלא תעלה על שנה. לקראת סיום התקופה באם יבקש הסוהר הארכה נוספת, תשקול הועדה את עניינו פעם נוספת ותיתן המלצתה לגבי המשך שירותו. ההמלצה על הארכות השירות תינתן ככלל לתקופה כוללת של עד 3 שנים ו/או עד הגעתו של הסוהר לגיל 60.

8 (ה) סוהר המבקש להאריך את שירותו מעבר לגיל 60 – עניינו יובע לדיון בועדה אשר תשקול את מידת חיוניות המשך שירותו בתפקידו הנוכחי ואת מידת התרומה הצפויה לארגון מהישארותו בתפקיד זה וכן תבחן הבקשה לפי אמות המידה שנקבעו בסעיף 7(א) ו-7(ב). הועדה תהיה מוסמכת להמליץ ביחס להמשך שירות לתקופות שאינן עולות על שנה אחת ביחס לכל בקשה.

לעניין שני סעיפים אלו, מצאתי, כפי שיוסבר להלן, שסעיפים אלו אינם מידתיים ודינם בטלות.

37. אשר למדיניות של הארכת השירות בשנה אחת בלבד כל פעם, הרי שזו אינה עומדת באף אחד ממבחני המידתיות. ראשית, אין כל קשר רציונאלי בין מדיניות זו לבין תכלית ההסדר, שהיא, כאמור, לבחון האם בשל השחיקה בעבודתו של העובד ירד כושר עבודתו ויש מקום להוציאו לגמלה מוקדמת. המשיבים לא טענו בפנינו, וממילא לא הוכיחו, כי החל מגיל 57 קצב השחיקה של העובד עולה. משמע, אף אם הנחת המוצא היא כי ישנו מתאם בין גיל העובד לשחיקתו, הרי שמרגע שנקבע כי הוא כשיר להמשיך בעבודתו, אין סיבה להניח שכשרותו זו תפחת באופן משמעותי בתקופה של שנה אחת. בהמשך לכך, גם לו הייתה מוכחת שחיקה מוגברת החל מגיל 57, ניתן היה

לאמץ אמצעי פוגעני פחות, בדמות מתן האפשרות לוועדה לקבוע שעניינו של עובד זה או אחר יובא לבחינה נוספת לאחר תקופת זמן שתקבע. כך לדוגמה, באם נותרה לעובד תקופה של שנה למילוי תפקידו הנוכחי, אפשר שהוועדה תקבע כי לאחר שנה ייבחן עניינו מחדש. לעומת זאת, אם מדובר בעובד שרק החל בתפקיד אשר ניתן לכהן בו מספר שנים, סביר שלא יהיה מקום לבחון מחדש את כשירותו לתפקיד אחת לשנה. בהמשך לכך, מדיניות זו אף אינה עומדת במבחן המידתיות השלישי. מדיניות זו פוגעת פגיעה קשה בזכות שלא להיות מופלה על בסיס גיל. משמעותה בפועל היא כי עובד החל מגיל פרישה יהיה שרוי במצב קבוע של אי ודאות, ולא יוכל לכלכל את צעדיו על בסיס הכנסתו הצפויה. אף אם היו מוכיחים המשיבים כי ישנה זיקה כלשהי בין קצב השחיקה לאחר גיל 57 לבין הצורך לבחון אחת לשנה את המשך העסקתו של עובד, ספק אם היה בכך כדי להצדיק פגיעה כל כך חמורה בעובד. משכך, לגישתי, יש מקום להורות על בטלותה של מדיניות זו, על פיה נבחנת כשירותו של עובד אחת לשנה, מהטעם שהיא פוגעת פגיעה לא מידתית בזכותו של העובד לשוויון. יצוין בהקשר זה כי עצם העובדה שהמדיניות האמורה היא רק בגדר המלצה, ותיאורטית יכול הנציב להאריך את השירות לתקופות ארוכות יותר, בניגוד להמלצה, אינה מקלה על הפגיעה. זאת, שכן סביר שבפועל, משיובאו לפני הנציב נתונים הנוגעים רק לשנת העבודה הקרובה, יתקשה הוא להחליט ללא המלצת הוועדה על הארכת השירות מעבר לשנה.

38. אשר לקביעת רף מחמיר להמשך העסקתם של סוהרים מעבר לגיל שישים, עינתי בתגובת המשיבים ולא מצאתי בה אף לא ראשית הסבר לאבחנה בין עובדים שגילם 57-60 ועובדים שגילם עולה על 60. יתר על כן, שתי אמות המידה הנוספות החלות על עובדים מעל גיל 60 אינן מידתיות, שכן הן אינן נוגעות כלל לשאלת כושר העבודה של העובד. למעשה, העיון בסעיף מעלה תמונה מטרידה, על פיה הנחת המוצא היא שהעובד יוצא לגמלאות, למעט אם משיקולים מערכתיים ישנו צורך בהמשך עבודתו. משרכיב זה בפקודה אינו עומד במבחן הקשר הרציונאלי, במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ובמבחן המידתיות במובנה הצר, דינו של רכיב זה, לגישתי, בטלות.

39. אם כן, מהעולה עד כה, לגישתי, אין מקום לביטול גורף של הפקודה. יחד עם זאת, יש להורות על ביטולם של סעיפים 8(ד) ו-8(ה) לפקודה, שכן הם אינם מידתיים, ופוגעים פגיעה יתרה בזכות העובדים לשוויון על בסיס גילם.

הפעלת ההסדר הקבוע בפקודה

40. מעצם קביעתי כי הפקודה כשלעצמה פוגעת בשוויון בצורה מידתית ואין מקום להורות על בטלותה, לא נובעת המסקנה כי אופן הפעלת הפקודה הוא ראוי. כידוע,

מקום שבו הוכחה האבחנה על בסיס חשוד, דוגמת גיל, עובר נטל הראיה למבצע האבחנה להוכיח כי לא נפל בה פגם (ראו בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 358 (2004)). בתחום דיני העבודה נקבע נטל הוכחה זה מפורשות בסעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות. במסגרת זאת, ניתן לזהות את קיומה של אבחנה חשודה בשתי דרכים. הדרך האחת היא בחינת המקרה הקונקרטי של העובד, והשאלה האם ניתן משקל בעניינו לשיקולים אסורים. ברי, כי הפסיעה במשעול זה לא פעם קשה היא, שכן ההפליה מטבעה נוטה להשאיר עקבות מצומצמות. הדרך השנייה היא הוכחת קיומה של אבחנה חשודה באמצעות בדיקת מכלול העובדים. מרגע שהוכיח עובד, באחד המישורים, כי המעביד קיים אבחנה חשודה, הנטל להוכחה כי האבחנה אינה בגדר הפליה אסורה הוא על המעביד. בתוך כך, יש לאזן בין שני מישורי הבחינה האמורים. כך, ככל שהנסיבות הפרטניות ברורות יותר, והעולה מהם הוא היעדר הפליה, יקשה על העובד לבקש סעד מכוחה של מדיניות מפלה כללית. בהמשך לכך, ככל שניכרת מההתנהלות הכללית מדיניות מפלה רחבה יותר, כך הנטל על מעביד להוכיח שלא התקיימה הפליה בעניינו של עובד זה או אחר יהיה נטל כבד יותר.

41. בהליך הנוכחי הצליחה העותרת, לגישתי, להראות כי התקיימה אבחנה חשודה בשני מישורי ההוכחה, ומשכך, עבר הנטל למשיבים להוכיח כי לא התקיימה הפליה אסורה. בנטל זה לא עמדו המשיבים.

42. במישור הקבוצתי, טענה העותרת כי מעצם הכללים הקבועים בפקודה, כמו גם מאופן יישומה, עולה חשד לאבחנה על בסיס גיל. טענה זו מקובלת עלי. ראשית, כפי שהסברתי לעיל, לפחות מקצתם של הכללים משקפים הפליה פסולה על בסיס גיל, ודי בכך שהם חלק מהמערך הנורמטיבי המסדיר את עניינה של העותרת כדי להעביר את נטל ההוכחה למשיבים. זאת, בפרט על רקע הפער הגדול הקיים בין הסדרי הפרישה הקבועים בפקודה, לבין גיל הפרישה הקבוע בחוק גיל פרישה (עשר שנים). כפי שצינתי, נקודת המוצא לדיון הייתה כי חובת פרישה בגיל 67 משקפת פגיעה מידתית בזכות לשוויון, ומשכך, יש מקום כי המבקש לסטות מהסדר זה יישא בנטל להוכיח כי הסטייה המוצעת על ידו היא מידתית.

43. יתר על כן, כפי שצינתי חברתי השופטת א' חיות, קיומה של הפליה תוצאתית נלמדת אף מהנתונים שהוצגו על ידי המשיבים. כך, על פי הנתונים שהוצגו על ידם, בשנת 2008 עלה גיל הפרישה הממוצע של סוהרים לגיל 57.64, וזאת, בהשוואה לגיל 56.16 בשנת 2004 (טרם מתן פסק הדין בעניין רחנבאום). אף שהמשיבים לא פילגו בין עובדים שפרשו מרצון מטעמי גיל, לבין עובדים שהוצאו לגמלאות בניגוד לרצונם,

תחת ההנחה שלא חל שינוי משמעותי בתמהיל שתי הקבוצות, ניכר כי השפעת הלכת רוזנבאום על פרישתם של עובדים הייתה זניחה. עובדה זו אינה ניתנת להסבר אלא בכך שהאופן שבו הופעלה הפקודה משקף הפליה דה פקטו על בסיס גיל. משכך, במישור הקבוצתי לכל הפחות לא עמדו המשיבים בנטל להוכיח כי האבחנה שבוצעה אינה הפליה פסולה על בסיס גיל (ולמעשה, בנתונים שמסרו לבית המשפט איששו המשיבים את קיומה של הפליה). בהקשר זה יצוין כי העובדה שהמשיבים מציינים רק שני עובדים מעל גיל 60 המועסקים בשירות בתי הסוהר מחזקת אף יותר את החשד כי מדיניותם נגועה בהפליה. עוד יצוין כי אין בעובדה ש-33 בקשות מתוך 55 בקשות להארכת שירות אושרו בשנת 2008, 12 מתוך 17 בקשות אושרו בשנת 2009 ו-18 מתוך 22 בקשות אושרו בשנת 2010, כדי להרים את נטל ההוכחה המוטל לפתחם של המשיבים. ראשית, כפי שציינה חברתי השופטת א' חיות, המשיבים לא נתנו כל נתונים לעניין התפלגותן של בקשות אלו, ואפשר שרובן נוגעות לקבועי זמן קצרים לאחר גיל 57. שנית, השאלה לה אין כל תשובה היא כמה בקשות להארכת שירות כלל לא הוגשו, לנוכח מדיניות גלויה או סמויה המבהירה לעובדים את סיכוייהן הנמוכים של הבקשות להתקבל (ונדמה שהירידה התלולה בהיקף הבקשות שהוגשו יכולה לתמוך בסברה כי עובדים שביקשו להישאר בתפקידם נמנעו מראש מהגשת בקשה בשל חוסר אמוןם באפשרות שתתקבל). במילים אחרות, ההפליה אינה חייבת להיות מגולמת רק באופן הפעלת הפקודה על בקשות שהוגשו, ויכולה למצוא ביטוי גם בכך שאפשר שיהיו עובדים אשר היו רוצים להאריך את שירותם, אך בשל נסיבות מוסדיות שונות (ובראשן "רוח המפקדים") כלל אינם מגישים בקשות אלו.

44. ברמה הפרטנית, העיון במקרה של העותרת מעלה כי הוצאתה לגמלאות כלל לא התבססה על הקריטריונים הקבועים בפקודה. אין מחלוקת כי העותרת ביצעה את תפקידה נאמנה, ומשכך, על בסיס הקריטריון הראשון לא היה מקום להוציא לגמלה. בהמשך לכך, לא נטען כלל כי חלה שחיקה בעבודתה או כי היא סובלת מקושי גופני לבצע את תפקידה. למעשה, הטענה המרכזית שנטענה היא שיש להוציאה לגמלאות שכן היא בתקן אותו מבקשים המשיבים לבטל. המשיבים לא הוכיחו כי הם נוקטים מדיניות דומה ביחס לעובדים אחרים, שלהם תקנים אותם יש רצון לבטל, ושאינם בגיל פרישה. משמע, עובד במצב זהה למצבה של העותרת, המשרת בתקן אותו שואף שירות בתי הסוהר לבטל, ושאינו בגיל פרישה, יוסיף לשרת בתפקידו. משכך, אין מנוס מלקבוע כי הליך ההוצאה לגמלאות של העותרת נגוע, כשלעצמו, בהפליה על בסיס גיל. בהקשר זה יצוין כי אף אם התעורר קושי במציאת תפקיד הולם חלופי לעותרת, כפי שמציינים המשיבים, אין בכך די כדי להצדיק את הוצאתה לגמלה מוקדמת. כידוע, מקום שבו שלובים שיקולים מפלים בשיקולים לגיטימיים, "תצבע" ההחלטה כולה

בהפליה, ודינה יהיה בטלות. יתר על כן, במקרה הנוכחי, מציינים המשיבים עצמם, פעם אחר פעם, כי הקושי במציאת תפקיד חלופי לעותרת הוא בהיותה בדרגת רב כלאי גמיש (ראו לדוגמה פסקאות 148, 158 לתגובה מטעם המשיבים). כאמור לעיל, בכך נעוצה ההפליה שהופלתה העותרת, והמשיבים אינם יכולים להיבנות מטענה זו.

45. משהוכיחה העותרת, כאמור, כי שירות בתי הסוהר נוקט מדיניות כללית מפלה ביחס לעובדים מבוגרים, ולמעלה מזאת, הוכיחה אף שבמקרה הספציפי שלה היא הופלתה על בסיס גילה, יש מקום לקבל את העתירה ולהורות על השבתה של העותרת לתפקידה, או לתפקיד אחר שימצא לה.

סוף דבר

46. תופעת ההפליה על בסיס גיל היא תופעה חמורה ביותר. היא פוגעת בכבוד האדם, וגורמת להשפלה. תופעה זו אף פוגעת פגיעה חמורה במשק, המאבד עובדים טובים ומוכשרים רק על בסיס סטריאוטיפים שאינם מבוססים. יתר על כן, פגיעה זו לרוב חמורה במיוחד בקרב עובדים מוחלשים ממילא, המתקשים לעמוד על זכויותיהם. בעוד שבראשות המשק, מוסדות הציבור ורשויות המדינה ישנם עובדים רבים שעברה שנתם השישים, מוצאים עצמם מבוגרים לא מעטים מחוץ לשוק העבודה בשיאם, רק בשל גילם. לעיתים, מדיניות זו גלויה היא, או אז קל לבתי המשפט לזהותה ולמגרה. יחד עם זאת, סוד גלוי הוא שבמוסדות רבים שבהם לא תתגלה כל הפליה בהנחיות הניהוליות, תתקיים זו בפרקטיקה באין רואים. כשמגיעים הליכים אלו לפתחו של בית המשפט, עושה הוא כל שהוא יכול כדי למגר את ההפליה ולהגן על כבודם של בני אדם שכל "חטאם" הוא התבגרותם. יחד עם זאת, מיגורה של תופעה זו צריך להיעשות על ידי פעולה משותפת של כלל הגורמים הציבוריים והפרטיים, שלא יתנו לה עוד יד. מקל וחומר שעל רשויות המדינה לעשות כל שביכולתן למגר את תופעת ההפליה מקירבן.

47. על בסיס כל האמור, מצאתי לנכון להצטרף לתוצאה של חברתי השופטת א' חיות בעניינה הפרטני של העותרת, ולהשיבה לעבודה בשירות בתי הסוהר. לעניין הפקודה עצמה, לו תשמע דעתי, נורה על ביטולם של סעיף 8(ד) ו-8(ה) בלבד. ברי, כי יתר סעיפי הפקודה יפורשו על פי ההלכה שנפסקה בבית משפט זה ובבתי הדין לעבודה, ושפורטה בחלקה בחוות דעתי הנוכחית.

מצטרף אני לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות שכן גם אני סבור כי ראוי להפוך את הצו למוחלט וכי יש להורות למשיב לבטל את החלטתו להוציא את העותרת לגמלאות. לשיטתי החלטת המשיב להוציא את העותרת לגמלאות בגיל 57 שנים ומחצה, חצי שנה בלבד לאחר הגיעה לגיל הפרישה המינימאלי, אינה עומדת בכללי המשפט המינהלי ודינה להתבטל. משכך, ומשאין אני בטוח בדבר בטלות הפקודה נשוא העתירה, מבקש אני לא להידרש, במסגרת העתירה הנוכחית, לבטלותה של פקודת שקילת הארכת שירות. אבקש עם זאת לתאר את עמדתי העקרונית באשר לשאלת ההפליה מחמת גיל.

שיקול דעתו של המשיב בעניינה של העותרת – הפן הקונקרטי

1. סמכותו החוקית של המשיב להוציא עובדים לגמלאות נוגעת לפרק הזמן שבין הגיעם לגיל 57 שנים (סעיף 81 לחוק הגמלאות) ועד למועד הגעתם לגיל פרישת חובה – גיל 67. מתוך תקופה ארוכה זו, בה מבחינה חוקית יכולה הייתה העותרת להמשיך ולעבוד בשירות בתי הסוהר, סבר המשיב כי יש להסתפק בחלק ה-20 של התקופה – שישה חודשים בלבד – ולהוציאה לגמלאות בגיל 57 שנים ומחצה. סבור אני כי באופן שבו הפעיל המשיב את שיקול דעתו בקבלת החלטה זו נפל פגם.

כפי שעולה מפסקי הדין של בית המשפט הזה בפרשות רקנט ורוזנבאום, לא יכולה להיות מחלוקת כי עצם העובדה שהעותרת הגיעה לגיל בו המשיב רשאי להוציא אותה לגמלה, כשהיא לעצמה, אינה מתירה לו לעשות כן. אילו היה גילה של העותרת הטעם להוצאתה לגמלה, ובהיעדר כל אינדיקציה לכך שבגילה היא מתקשה לבצע את עבודתה כעורכת דין, הרי שהיה מדובר בהפלייה מחמת גיל. הפלייה מחמת גיל, המעדיפה את העסקת העובד הצעיר על פני העובד המבוגר, היא פסולה מכל וכל, ויש לשרשה משוק העבודה. אלא שהסיבה בה נקב המשיב, להוצאת העותרת לגמלה, היא רצונו בהשגת חסכון תקציבי נוכח העובדה כי היא זוכה לשכר של רב כלאי מזה כ-15 שנים, אף שהיא מועסקת במשרה המיועדת לקצין בדרגת כלאי. דהיינו: לא מדובר בהעדפת עובדים צעירים על פני מבוגרים, כי אם בהעדפת עובדים ששכרם תואם את תפקידם על פני עובדים שזכו – בשל סיבות היסטוריות – לשכר מופרז במשך תקופה ארוכה. העותרת, מצידה, טענה אמנם כי נימוק זה אינו הסיבה האמיתית להוצאתה לגמלה וכי המדובר אך בכסות לרצונו של המשיב להימנע מהעסקת עובדת מבוגרת ולהעדיף על פניה עובדים צעירים. הקושי הוא שטענת העותרת בעניין זה נטענה

בעלמא וללא סימוכין, ואילו טענות המשיב מגובות במסמכים המעידים כי הוא פועל באופן עקבי לביטול העסקה של עובדים בתקן שאינו תואם את אופי עבודתם. בנסיבות אלה לא נוכל על כן להניח כי המדובר אך בתירוץ להפליית העותרת; ראוי להניח כי המשיב פעל להקצאה נכונה יותר של כספי ציבור, לפי הבנתו, וזאת בהתאם לתפקידו ולסמכותו. בעניינה הפרטני של העותרת חוסר ההתאמה בין תפקידיה לשכרה חרג במיוחד מהמקובל, כאשר קיבלה אישור חריג לקבל שכר רב-כלאי גם בתקופת ההתמחות שלה במשפטים, תחת שכר של מתמחה. כך גם ביחס לאישור החריג שקיבלה לשכר רב-כלאי בתקופה שחלפה מתום התמחותה ועד שהוסמכה כעורכת דין. עלינו להניח, לפיכך, כי החיסכון התקציבי הוא זה שעמד לנגד עיניו של המשיב, ולבחון את האופן שבו איזן בין השיקול הזה לבין יתר השיקולים הצריכים לעניין.

2. מנגד לשיקול התקציבי נתקיימו במקרה זה מספר שיקולים משמעותיים שהצדיקו את המשך העסקת העותרת: זכויות הפנסיה הנמוכות אותן צברה, מצבה הכלכלי והמשפחתי, ושביעות הרצון של הממונים עליה מתיפקודה. ראוי היה להביא בחשבון ההחלטה אותה קיבל המשיב אף את העובדה שהעותרת מועסקת בשנים האחרונות בתפקיד מינהלי, שרמת השחיקה הטיפוסית בו נמוכה יחסית לזו של סוהר הבא במגע יומיומי עם אסירים. ואכן, שיקולים אלה הובילו את הוועדה הפנימית של שירות בתי הסוהר להמליץ על הארכת שירות העותרת בשנה נוספת. כזכור, בהתאם לפקודת שקילת הארכת שירות (סעיף 7.8). זוהי תקופת ההארכה המקסימאלית שהוועדה רשאת להמליץ עליה בכל פעם, ולא מן הנמנע כי היא הייתה ממשיכה להמליץ על הארכת השירות גם בשנים הבאות.

נוכח כל זאת, ומבלי להקל ראש בטעמים התקציביים אותם שקל המשיב, טעמים שמתפקידו ומחובתו לשקול, סבור אני כי בנסיבות המקרה הייתה ההחלטה בדבר הארכה כה קצרה בשירות העותרת בלתי מידתית. סמכותו הבלעדית של המשיב לקבוע מועד יציאתו של עובד לגמלה מטילה עליו את החובה לאזן באופן ראוי בין צרכי המערכת לבין צרכי העובד. במקרה זה לא נתקיים האיזון הראוי. נסיבותיה האישיות והכלכליות של העותרת כפי שבאו לידי ביטוי בהמלצות יחידת הרווחה של השב"ס שהובאו לידיעת המשיב, הן נסיבות חריגות. זכאותה הנמוכה של העותרת לגמלה ושביעות הרצון של הממונים עליה, צריכות היו להיזקק לזכותה. אף שהמחוקק הסמיך כאמור את המשיב להוציא עובדים לגמלאות החל מיום הגיעם לגיל 57 שנים, ברי הדבר כי האיזון שערך המשיב היה מוטא, ועל כן החלטתו פסולה.

פקודת שקילת הארכת שירות והפליה מחמת גיל: הפן העקרוני
 3. משבאתי לכלל מסקנה כי החלטת המשיב בעניינה של העותרת פסולה, וכי ראוי להעניק לה את הסעד המבוקש בעתירה – לאמור ביטול החלטת המשיב בעניינה של העותרת, איני נדרש לבחון את תוקפה של פקודת שקילת הארכת שירות; עם זאת, כיוון שעניין זה נדון בפסק דינם של חבריי, אתייחס, בקצרה, גם אליו.

טענתה המרכזית של העותרת כנגד פקודת שקילת הארכת שירות היא כי פקודה זו גורמת להפליה מחמת גיל. הנימוק העיקרי לטענה זו הוא שברירת המחדל אותה קבע המשיב היא כי העובד נדרש לבקש להאריך את שירותו, לפרקים, עם הגיעו לגיל הפרישה הכפויה המינימאלי – זאת בניגוד לנוהל הקבוע בתקנון שירות המדינה ולפיו ברירת המחדל היא שהעובד מועסק עד הגיעו לגיל הפרישה המקסימאלי, אלא אם מעסיקו מבקש מנציב שירות המדינה להוציאו לגמלאות. אלא שאם כך הדבר הרי שבפועל טענה זו אינה טענת הפליה מחמת גיל. טענת הפליה מחמת גיל מעמידה על שתי כפות המאזניים את היחס לאדם צעיר מצד אחד, לעומת היחס לאדם מבוגר מצד אחר, ואילו טענה בדבר יחס מפלה לעובד שירות בתי הסוהר לעומת עובד שירות המדינה היא, לכל היותר, טענה של הפליה מחמת השתייכות לשירות בתי הסוהר. בעניין אחרון זה ספק אם יש יסוד לטענה כי עובדי שירות בתי הסוהר, כקבוצה, מופלים לרעה לעומת עובדי שירות המדינה. גם אם נבודד את הסדרי הפרישה לבדם, ונימנע מלהשוות את כלל התנאים להם זוכים עובדי שירות בתי הסוהר לאלה בהם זוכים עובדי המדינה, הרי שיש לזכור כי גיל הפרישה מוצון לשוטרים וסוהרים נמוך בחמש שנים מזה של עובדי שירות המדינה (השוו: סעיפים 17 ו-72א לחוק הגמלאות וכן את חלק ב' וחלק ג' לתוספת השניה לחוק זה). זאת ועוד: פורשי שירות בתי הסוהר והמשטרה נהנים מהסדר מיוחד של הגדלת גמלתם בשיעור של עד 8%, מתוקף החלטת ממשלה (הודעה על החלטת ממשלה בדבר מדיניות פרישה במשטרת ישראל ובשירות בתי הסוהר, י"פ 4936 465-466 (2000)); פקודת נציבות שירות בתי הסוהר 02.26.00, הגדלת תקופת שירות לצורך חישוב קצבה). יצויין כי הסדרים אלה חלים גם על עובדים מנהליים בשירות בתי הסוהר ובמשטרה.

4. קשה איפוא לראות את קבוצת עובדי שירות בתי הסוהר, או אף למצער, את קבוצת העובדים המינהליים בשירות בתי הסוהר, כמופלים מחמת השתייכותם לארגון זה. באותה מידה ניתן היה לסבור כי גם עובדי שירות המדינה מופלים לרעה ביחס לעובדי שירות בתי הסוהר, שהרי גיל הפרישה מרצון ושיעור הגמלה שלהם, נמוכים יותר. עיון בחוק הגמלאות מורה כי המחוקק, ששיקול דעתו בעניין זה אינו נתקף בעתירה שלפנינו, בחר ליצור הסדרים שונים ביחס לקבוצות עובדי המדינה השונות.

שלושת הפרקים הראשונים לחוק הגמלאות עוסקים בכלל עובדי המדינה, ובהמשך מובאות הוראות מיוחדות לגבי עובדי שירות הבטחון הכללי (פרק ג1), לגבי עובדי רשות מקרקעי ישראל (פרק ג2), לגבי גננות ומורים (פרק ד), ולגבי שוטרים וסוהרים (פרק ה). לכל קבוצה מקבוצות העובדים השונים קבע החוק הסדרי פרישה שונים, ומטבע הדברים חלקם מיטיבים עם הקבוצה וחלקם מרעים עימה. תכלית ההסדרים המיוחדים הקבועים למשטרה ולשירות בתי הסוהר היא להתאים את הסדרי הפרישה לאופי הייחודי של משימות השב"ס והמשטרה:

משימותיהם מורכבות ולא אחת חריגות באופיין ובדרישות שהן מטילות על המשרתים בשירותיהם. הן עשויות לחייב כושר גופני מוגבר, עירנות מיטבית, שעות עבודה רבות ובלתי-סדירות, ויכולת עמידה בלחץ ובמתח. יתר על כן, מרבית המשרתים בשב"ס ובמשטרה – ובכלל זה בתפקידי מטה או בתפקידים של מומחיות מקצועית ייחודית (דוגמת רופאים או מהנדסים) – נדרשים לעתים להפעיל את סמכויות האכיפה שלהם או לספק תגבור לכוחות המבצעיים. (פרשת רזונבאום, בפס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק)

5. במילים אחרות: בהתחשב בעובדה שכל הסדר קבוצתי מסוגל לשקף אך שיקלול בין יכולותיהם של כלל העובדים בארגון, סבר המחוקק כי הדרישות הממוצעות מעובדי שירות בתי הסוהר, על כל גווניהם, גבוהות מאלו שנדרשות מעובדי שירות המדינה. אכן, הסדר קבוצתי המתחשב במאפייני העובד הממוצע טומן בחובו יתרונות וחסרונות לעובד האינדיבידואלי. פעמים יהנה העובד "הלא-ממוצע" מהטבות שנתפרו למידותיו של העובד הממוצע והוא עצמו לא היה ראוי להן, ופעמים יסבול משלילת הטבה שהיה ראוי לה. אנומליה זו היא פועל יוצא של החלטת המחוקק לקבוע כללים גורפים החלים על כל עובדי שירות בתי הסוהר והמשטרה, מבלי ליצור הבחנות משנה בין עובדים אלה. אולם כיוון ששיקול דעתו של המשיב הוא זה שעומד לבחינתנו, ולא חוק הגמלאות, הרי שעלינו להתייחס להבחנה בין כלל עובדי שירות בתי הסוהר ובין כלל עובדי שירות המדינה כאל עובדה.

6. לא זו אף זו, לא רק שאין מקום להשוואה בין עובדי שירות בתי הסוהר ככלל לבין עובדי שירות המדינה ככלל, אין גם הכרח שתתקיים חפיפה בין דרכי הפעלת שיקול הדעת של הממונים עליהם – נציב שירות בתי הסוהר ונציב שירות המדינה. המחוקק הקנה לנציב שירות המדינה, למפקח הכללי של המשטרה ולנציב שירות בתי הסוהר, את הסמכות להחליט על הוצאת עובדים הנתונים למרותם לגמלאות. שלושת בעלי התפקידים הללו קבעו הנחיות פנימיות המגדירות את האופן שבו הם מתכוונים להפעיל את שיקול דעתם. בין ההנחיות קיים שוני. העותרת מבקשת כי נראה בכללים

שקבע המשיב כמפלים בשל שההנחיות הפנימיות שקבע מרעות עם עובדים המעוניינים להימנע מיציאה כפויה לגמלה, בהשוואה להנחיות שקבע נציב שירות המדינה. אך המחוקק לא קבע כל מדרג נורמטיבי בין הנחיות נציב שירות המדינה לבין אלה של המשיב. משנתן המחוקק בידי המשיב את הסמכות להחליט בדבר מועד יציאתם של סוהרים לגמלאות, הרי שחובתו של זה האחרון היא להפעיל שיקול דעת עצמאי. אין מקום להנחה כי יש לחייב את המשיב לקבוע הסדרים הדומים באופיים לאלה שקבע נציב שירות המדינה בתקשי"ר.

7. במאמר מוסגר אציין כי גם בעניין רזנבאום – פסק הדין המנחה בסוגיה זו – בוטלו החלטות המשיב בשל אי-עמידתם בכללי הסבירות והמידתיות. כזכור, בפרשת רזנבאום נתקפו החלטות המשיב והמפקח הכללי של המשטרה להשתמש בסמכות שניתנה להם בדרך של הוצאת העובד לגמלה במועד המוקדם ביותר האפשרי, ללא הפעלת שיקול דעת פרטני. הסדר זה, כך נקבע שם, הוא הסדר בלתי מידתי ובלתי סביר שכן "לא הונחה תשתית ראייתית מספקת ומשכנעת מדוע האמצעי ה'גיליוטיני' של גיל פרישה אחיד, שהנו נמוך בעשר שנים מן הנהוג ביתר שירות המדינה, מהווה האמצעי שפגיעתו בזכויות האדם היא הפחותה לצורך מימוש יעדי השב"ס והמשטרה." (עניין רזנבאום, בפס' 19). הפגם המרכזי במדיניות המשיבים שם הייתה השרירותיות ואי-הפעלת שיקול הדעת הגלומים בקביעת כלל גורף ואחיד. הכללים שנקבעו בשירות בתי הסוהר ובמשטרה עובר לפרשת רזנבאום, לא חרגו רק משיקול הדעת של גוף מנהלי מקביל – נציבות שירות המדינה – כי אם גם מן הקביעה הסטוטורית בדבר גיל הפרישה המקסימאלי. בפועל יצרו כללים אלה גיל פרישה מקסימאלי אלטרנטיבי, והניחו כי כל עובד המבוגר מגיל זה אינו מתאים להמשיך את שירותו בשב"ס ובמשטרה. זו הייתה הפלייה מחמת גיל – מדובר היה בהפלייה לרעה של עובדים מבוגרים שהוצאו בכפייה לגמלאות, ללא שנבחן כושר העבודה שלהם, בעוד עובדים צעירים המשיכו בעבודתם. הפליה כזו היא הפליה פסולה ואסורה. כדי להגיע למסקנה זו אין צורך לבחון את ההסדרים המקבילים הנהוגים בשירות המדינה, היא נובעת מן היחס השונה לעובדים צעירים ומבוגרים בתוך שירות בתי הסוהר עצמו.

בהקשר זה, יש לראות בהשוואה שבוצעה בעניין רזנבאום בין עובדי המשטרה ושירות בתי הסוהר לבין עובדי שירות המדינה כנוגעת רק לגיל הפרישה המקסימאלי – גיל הקבוע בסעיף 4 לחוק גיל פרישה, התשס"ד-2004. איני סבור כי יש ללמוד מהשוואה זו כי התייחסות שונה לגילם של עובדים בארגונים שונים היא הפלייה מחמת גיל. כאמור, טענה בדבר יחס שונה לעובדים שהבחנה היחידה ביניהם היא

השתייכותם לארגונים שונים יכולה לבסס רק טענת הפלייה על רקע השתייכות לארגון, ולא כל טענת הפלייה אחרת.

זאת ועוד. לשיטתי אין לפרש את פקודת שקילת הארכת שירות כקובעת כי המשיב הטיל על העובד את הנטל להוכיח טעם טוב להארכת שירותו. כל שמטילה הפקודה על העובד הוא את הנטל לבקש את הארכת שירותו אך אינה מטילה עליו נטל הוכחה כלשהו. יש להפריד בין הנוהל הפרוצדוראלי המחייב את העובד לפנות לשם הארכת שירותו ובין השיקולים שבהן נבחנת ההחלטה להארכת השירות, שיקולים אשר מפורטים בסעיף 7 לפקודה זו, ונבחנים לכאורה ללא הטיה לאחד הכיוונים.

8. כאמור, דרך הפעלת שיקול דעתו של המשיב היא שעומדת למבחן ועליה להיות סבירה, מידתית ובלתי מפלה – הכל בהתאם לכללי המשפט המינהלי. כפי שצוין בראשית הדברים, בחינה זו מובילה, במקרה זה, לביטול החלטת המשיב. יתכן שמנסיבותיה הפרטניות של העותרת דנן ניתן ללמוד גם כי הפרוצדורה שקבע המשיב לבחינת הארכת השירות עומדת לו לעיתים לרועץ. בחינת הארכת השירות מדי שנה בשנה, עשויה ליצור רושם לפיה הארכה של חצי שנה היא פשרה ראויה בין השיקולים הנוגדים. ברם, כפי שהובהר לעיל, האיזון שנערך בעניינה של העותרת רחוק מכל מקום מלהיות מידתי. ויודגש: זהו המצב בעניינה החריג של העותרת בו התקיים טעם תקציבי כבד משקל להוצאתה המוקדמת לגמלאות. מקום בו לא קיים טעם חריג שכזה, על אחת כמה וכמה. לעמדתו, אין מקום להתערב בעצם סמכותו של המשיב לקבוע כללים פרוצדוראליים פנימיים, ודי אם בית המשפט יקפיד עימו כי החלטותיו הסופיות עומדות בכללי המשפט המינהלי. בחינת פקודת שקילת הארכת שירות באספקלריה של היחס בין העובדים הצעירים והמבוגרים בשירות בתי הסוהר, ובהתעלם מההשוואה הבלתי רלוונטית לעובדי שירות המדינה, אינה קובעת מדיניות מפלה, ולמעשה אינה קובעת מדיניות מהותית כלל. כל שנקבע בה הוא המנגנון הפרוצדוראלי שמסייע למשיב להחליט באילו מקרים להפעיל את הסמכות שניתנה לו בסעיף 81 לחוק הגמלאות. חזקה על המשיב כי יפנים את הוראותיו של פסק-דין זה וימצא – על-פי ניסיונו ושיקול דעתו – את הדרך המיטבית ליישם את מסקנותיו בהתנהלותו העתידית של שירות בתי הסוהר.

אשר-על-כן, מצטרף אני לתוצאה שאליה הגיעו חברי ושלפיה העתירה תתקבל והצו על-תנאי שהוצאנו יהפוך לצו מוחלט במובן זה שתבטל החלטת המשיב להוציא את העותרת לגמלאות. לעמדתו, אין מקום לסעדים נוספים בגדרי עתירה זו.

המשנה לנשיא (בדימ')

1. הנני מצטרף לחוות דעתה היסודית והסדורה של חברתי השופטת א' חיות. סבורני כי תיק זה עשוי להיות בעל חשיבות כלפי מקרים עתידיים ועל כן מצאתי לנכון להדגיש היבטים מסוימים בו.

לאה זוזל חוייבה לצאת לגמלאות בגיל 57 שנה וחודשיים ללא הצדקה עניינית בהתחשב באופיו של תפקידה. חברתי קבעה, ובצדק לטעמי, כי הסדר הפרישה הפלה את זוזל מחמת גילה. דומה כי על ציר עילות האפליה שנמתח בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (ראו: חוות דעת המשנה לנשיא מ' חשין בבג"ץ רקנט, בעמ' 308) – ניצב נושא הגיל כבן חורג. זאת בשני מובנים. האחד, על אף היותו "המבוגר" מבין העילות - שהרי בפועל התיקים דנים באפליית העובד רב השנים לעומת מעט השנים ולא ההפך - נושא הגיל הוא גם בין הצעירים שבהן מבחינת הוותק שלו בדין הישראלי (ראה סעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות (תיקון מס' 3) התשנ"ה-1995)). האחר, המפגש בין הפליה מחמת גיל על ציר העילות, ובין פיטורים ממקום עבודה על ציר מושאי ההפליה מגלה אירוניה שטמונה בדין הישראלי. מן הצד האחד ההפליה מחמת גיל בפיטורים אסורה. מן הצד השני החוק מחייב פרישה בגיל מסוים.

2. שיטות משפט אחרות התמודדו עם האירוניה האמורה בדרכים שונות. כך למשל בארצות הברית הדין התפתח לכיוון ביטול גיל פרישה חובה (הקונגרס ביטל את חובת הפרישה על בסיס גיל בשנת 1986 באמצעות תיקון חוק Age Discrimination Employment Act, 1967, 29 U.S.C 621-634, למעט במקרים חריגים שמוגדרים על פי החוק, דוגמת טייסים; ראו גם Kenneth R. Davis, Age Discrimination and Disparate Impact: A new Look at an Age-old Problem, 70 BROOK. L. REV. 361 (2004-2005)).

באנגליה הותקנו בשנת 2006 The Employment Equality (Age) Regulations (SI 2006/1031) (2006). על פי תקנה 30 מעסיק היה רשאי לקבוע גיל פרישת חובה בגיל 65. הוראה זו בוטלה בשנת 2011 עם חקיקת The Employment Equality (Repeal of Retirement Age Provisions) Regulations 2011 (SI 2011/1069). בפסק דין שניתן על-ידי בית המשפט העליון בבריטניה באפריל 2012 נקבע כי מעביד יכול להציב גיל פרישת חובה אך יהיה עליו להוכיח כי "נקט באמצעים מידתיים כדי להשיג יעד לגיטימי" (Seldon v Clarkson Wright and Jakes (Partnership) [2012] UKSC 16). בית המשפט העליון הבהיר כי על היעד לשרת מדיניות חברתית בעלת אינטרס ציבורי. בבוא בית המשפט לבחון את האינטרס הציבורי יתן את דעתו בין היתר לשיקולים הבאים:

קידום נגישות לתעסוקה עבור צעירים; תכנון יעיל של גיוס כוח אדם שיבטיח שילוב דורות בצוות העובדים כדי לעודד העברת ניסיון וחילופי רעיונות חדשים; ריכוך הפגיעה בעובדים ותיקים שיקשה עליהם למצוא עבודה חדשה אילו יפוטרו; תגמול ניסיון; סיוע לעובדים בוגרים לקחת חלק בשוק העבודה. צוין כי שתי תכליות מרכזיות הן צדק בין-דורי וכבוד.

בקנדה לפני כעשרים שנה נבחנה חוקיותם של חוקים של הפרובינציות שהציבו גיל חובת פרישה על פי פסקת ההגבלה הקנדית שמעוגנת בסעיף 1 לכתב הזכויות והחירויות הקנדי אל מול סעיף 15(1) שעניינו אפליה מטעם גיל. ברם, בשנים האחרונות מגמת החוק הקנדי, הן הפרובינציאלית והן הפדראלית, היא לבטל את חובת הפרישה בגיל מסוים, למעט במקרים שמעוגנים בהסכמי פנסיה או שהפיטורים נדרשו בשל דרישות העבודה (ראו: פרופ' רות בן ישראל "גיל הפרישה במבחן השוויון: פרישה ביאלוגית או פרישה תפקודית?" הפרקליט מג (ג) 251, 285 (תשנ"ה-1995); *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, [2008] 2 S.C.R. 604). לעומת זאת בצרפת ויפן קיים גיל חובת פרישה שלפני כעשור עמד על 60 שנה, אך מאז גיל הפרישה המחייב נמצא בעלייה *Andrew Wood, Marisa Robertson & Dominika Wintersgill, A comparative Review of International Approaches to Mandatory Retirement*, 674 DEPARTMENT FOR WORK AND PENSIONS RESEARCH REPORT (2010). הנה לנו שיטות משפט שונות עם גישות והתפתחויות שאינן אחידות.

מעניין יהיה להפנות לדוגמא מאלפת במשפט העברי, שרלבנטית לענייננו. על פי ספר במדבר, בן שבט לוי "יבוא לְצַבֵּא צֶבֶא בְּעֶבְדַת אֱהָל מוֹעֵד" מגיל 25, אולם "מִפֶּן חֲמִשִּׁים שָׁנָה יָשׁוּב מִצֶּבֶא הָעֶבְדָּה וְלֹא יַעֲבֹד עוֹד; וְשָׂרַת אֶת אָחִיו בְּאֱהָל מוֹעֵד..." (במדבר ח, כד-כו). האם בפנינו דוגמא של גיל פרישת חובה? האם הלוי שהגיע לגיל חמישים איננו עובד יותר, או שמא הוא ממשיך לעבוד עם אחיו באוהל מועד? הספרי מדייק בפסוק, וכותב: "וּמִבֶּן חֲמִשִּׁים שָׁנָה יָשׁוּב מִצֶּבֶא הָעֶבְדָּה". שומע אני מכל עבודה במשמע? ת"ל: 'ולא יעבוד עוד, ושרת את אחיו באהל מועד'. מלמד שחוזר לנעילת שערים ולעבודת בני גרשום" (אחד מבני לוי). על פי גישה זו, הלוי מפסיק לעבוד בעבודה מסוימת בהגיעו לגיל 50, אולם הוא מקבל עבודה אחרת ששייכת גם היא לשבט לוי – למשל, נעילת שערים. הזוהר מסביר כי עבודת הלוי היא בשירה, אך בגיל חמישים – קולו "נחלש ולא יערב לאוזן, כשל חבריו" (בתרגום חופשי; זוהר כרך א (בראשית), פרשת ויחי). לשיטת ספרי זוטא (פרק ח), עבודת הלוי כוללת גם עבודת משא – שאיננה מתאימה לו יותר בגיל חמישים מחמת גילו. עניינו

הרואות גישה לפיה יש מקום לפטר עובד מחמת גילו בשל שוני רלבנטי הנובע ממהות התפקיד – קול או משא. לעומת זאת, אין הצדקה לפיטורין מחמת גיל מקום בו העובד (הלוי) יכול להמשיך בעבודתו – באוהל – מבחינת כישוריו ויכולותיו. כפי שיובהר בהמשך, בהינתן תפקידה של העותרת – עורכת דין – אין הצדקה לפטרה מחמת גילה.

ברובד הכללי, יוזכר כי האפליה מחמת גיל, ככל אפליה, נשענת על מאפיינים הייחודיים לה. למשל עילת הגיל, בניגוד לעילות אחרות, היא עניין התפתחותי שעשוי להיות נחלתו של כל אחד בזמנו – בשאיפה אם לא בעובדה. לצד זאת, קביעת גיל פרישה, לאחר השקעה ממושכת בעולם העבודה, נועדה להטיב עם העובד ולהעניק לו ביטחון סוציאלי מבלי שיהיה עליו לעבוד כל ימות חייו (ראו: Todd D. Nelson, (Ageism: Stereotyping and Prejudice Against Older Persons, x, 174 (2004).

3. אשר לשיטתנו אנו, הדין מכיר בקביעת גיל פרישה חובה לעובדים (חוק גיל פרישה, התשס"ד-2004). הנפקות של מאפייני עילת הגיל שהובאו לעיל מוצאת את ביטויה ברגישות הנדרשת בבחינת טענת הפליה על בסיס גיל. הדין והפסיקה נתנו דעתם לעניין בארבעה מובנים. אלה מקבלים משמעות נוספת במקרה זה נוכח חוות דעתו של חברי המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין. ראשית, אף בהינתן שנקבע גיל פרישה מחייב, יש לוודא שהקביעה אינה מפלה עובד מסוים ביחס לאחרים מחמת גילו. האיסור על הפליה מחמת גיל בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות מהווה הוראה נורמטיבית מכוונת התנהגות. ההתנהגות האסורה אינה מתן יחס שונה מכל סוג, אלא יחס שונה על בסיס מאפייני זהות כלשהו שעל המעביד נאסר לשקול אותו. השאלה מה משמעותה של ההפליה "מחמת" נידונה בפסק הדין מן התקופה האחרונה מפי הנשיאה בדימ' ד' ביניש (בג"ץ 1758/11 אורית גורן נ' הום סנטר (17.05.12)). שם נקבע כי אף בהיעדר כוונה להפלות את העובד, הפליה מחמת גיל מתקיימת אם אחד השיקולים ששקל המעביד בקבלת החלטתו הוא שיקול אסור המנוי בסעיף 2(א) (שם, פס' 16). בענייננו ברי כי גיל העובדים היווה שיקול אליו התייחס נציב שב"ס בקביעת נוהלי הוצאה לגמלאות. כאשר מדובר על הפליה מחמת גיל, אין להכניס תנאי לפיו בהכרח מדובר בהפליית עובד מבוגר ביחס לעובד צעיר; די כי עובד, בכל גיל, הופלה ביחס לעובדים זהים לו בגלל גילו (ראו גם: דברי השופט י' זמיר בבג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 346).

שנית, בחינת קיומה או אי קיומה של הפליה, בהיותה יחס שונה כלפי מי שהם שווים, דורשת מענה על השאלה "שונה ממי?" הגדרה של קבוצת השוויון – היא הבסיס להשוואה של העובד הטוען להפליה – הינה שלב חשוב בבחינת ההפליה.

לעמדת חברי השופט א' ריבלין, קבוצת השוויון הרלוונטית היא העובדים בשירות בתי הסוהר, אשר מתן יחס שונה לעובדים מבוגרים לעומת צעירים במסגרתה יהווה הפליה פסולה. ואמנם, מחלוקת זו התעוררה בכג"ץ רחנבאום. הוכרע כי "קבוצת השוויון הנוגעת לענייננו היא זו של כלל עובדי המדינה" (כג"ץ רחנבאום נ' נציב שירות בתי הסוהר, פ"ד סא(3) 857, 872). במובן זה קביעה זו נכונה בעיני אף למקרה דנא. בקובעו את האיסור על הפליה מחמת גיל, המחוקק מכוון את המעביד ואת בית המשפט בהפעילו ביקורת שיפוטית לבחון את תנאי העובדים על פי עילות ההפליה האסורות – למשל, גיל ומין. הווה אומר, המעביד אינו יכול לצאת ידי חובה תוך הבחנה בין קבוצות עובדים. בבחינת קבוצת השוויון, האיסור על הפליה בחוק מתווה את מבטנו כלפי מעלה – אל עבר עילות הפסול. דהיינו, הבחינה היא נורמטיבית-משפטית, ולא רק ארגונית. על פי עילות ההפליה מוגדרות ה"קבוצות" הרלוונטיות להשוואה. נקודה זו מומחשת במיוחד כאשר המעביד בשתי קבוצות העובדים אליהן התייחס גם חברי – עובדי השב"ס ועובדי שירות המדינה – אינו אלא מעביד משותף: מדינת ישראל. קבוצת השוויון הרלוונטית נקבעת על פי מהות העבודה ולא בהכרח על פי ההשתייכות המוסדית של העובד. לכן לגישתי, וכפי שהובהר היטב בחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות, ההשוואה הנכונה של העותרת בתיק זה אינה מול סוהרי שב"ס אלא מול עובדים המשרתים בתפקידים מקצועיים מנהליים ובתפקידי מטה בשירות המדינה.

שלישית, יש לבדוק האם היחס השונה מהווה אכן הפליה או שקיים שוני ענייני מוצדק בין הקבוצות, כלשון סעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות: "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". בשלב זה נבדקים ההבדלים בין מהות התפקיד או המשרה של העובדים המנהליים בשב"ס ובין אותם עובדים בשירות המדינה, והאם הם מצדיקים את היחס השונה בהוצאתם לגמלה (וראו יישום הסעיף בנושא דרישת ההופעה הנאה של דיילי אל על בדנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 354)). כאן, לא מצאתי שוני רלוונטי הנובע ממהות תפקידה של העותרת שבכוחו להסיר את כתם ההפליה.

רביעית, אמת המידה לבחינת הפליה איננה רק גיל הפרישה אלא אף "סדרי הדין" שנקבעו לפרישה. מנגנון הפרישה הוא מהותי לשאלת ההפליה. מצטרף אני אפוא לקביעתה של חברתי השופטת א' חיות כי יש פגם עצמאי בהסדר מושא הדיון לפיו הנחת המוצא עבור סוהר בשב"ס היא פרישה בגיל 57 ללא תלות בסוג התפקיד, אלא אם יגיש העובד בקשה להארכת שירותו אשר תתקבל על-ידי נציב שירות שב"ס. הארכה זו אף היא מוגבלת לתקופה מקסימאלית של שלוש שנים. זאת לעומת הסדר הפרישה של עובדי המדינה אשר נקודת המוצא לגביהם היא העסקה עד גיל הפרישה במשק –

67, אלא אם יורה נציב שירות המדינה על פרישתו של העובד עם הגיעו לגיל 60 (סעיף 18 לחוק הגמלאות [נוסח משולב], התש"ל-1970). דהיינו, אף בהשוואה לקבוצת עובדי השב"ס בלבד - לשיטת חברי - איני רואה מהו הטעם הרלוונטי בחיובם של עובדים בני 57 דווקא לבקש הארכת שירות החל מגיל זה כשהדבר אינו מתחייב מאופי התפקיד או המשרה. הרי הענקת שיקול דעת לנציב השב"ס משמעותה שהוא רשאי להפעילו, לרבות ההחלטה שלא להאריך את שירות העובד. אבחנה נוספת שצוינה היא כי העובד יוכל להאריך את שירותו עד גיל 60 לכל היותר. בכך שונה מצבה של העותרת ממצבו של עובד שירות המדינה בן גילה שעוסק בתפקיד מנהלי.

מנגנוני הפרישה השונים מזכירים את ההבדל בין השיטות של Opt-in ו- Opt-out אשר נעשה בהן שימוש בין היתר בשיווק, בענייני פרטיות, ובתובענות ייצוגיות. ההבדל בין שתי השיטות מתמקד בשאלה האם נדרשת פעולה אקטיבית או פסיבית כדי לקבוע את ההשתייכות הקבוצתית או השמירה על הזכויות. הסדר הפרישה בשב"ס מטיל נטל לא מוצדק על העובד לבקש באופן אקטיבי את הארכת שירותו מדי שנה החל מגיל 57, לעומת עובדי המדינה ששירותם מוארך מבלי לעשות דבר, אלא בהתערב נציב שירות המדינה. ההסדר מטה את הכף – יתר על המידה – נגד עובדי השב"ס לעומת עובדי המדינה בתפקידים המקבילים, אפילו שנותר בידי המעביד שיקול דעת להאריך את שירות העובד לתקופה מוגבלת (והשוו: בג"ץ 10022/08 לייבה נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פס' 8 לפסק הדין (25.06.09)). למנגנון הפרישה בשב"ס יש מסר, מנגינה ומשמעות משלו. אלה מצביעים על קיומה של הפליה – דהיינו יחס שונה ללא הצדקה מחמת גיל.

במקרה זה די בהשוואה בין הסדר הפרישה של העותרת ועובדים אחרים בתפקידה בשורות השב"ס ובין דרך הפרישה של קבוצת השוויון הרלוונטית מבין עובדי המדינה כדי לחשוף את ההפליה כלפי העותרת. לזאת יש להוסיף את גיל הפרישה שנקבע לעותרת – 57 שנים לעומת המקובל במשק. הגיל האמור ביחס לעבודתה של העותרת נראה כשרירותי או שנבחר יחד עם המנגנון להארכת השירות על מנת לצאת ידי חובה לאור הנפסק בעניין רוזנבאום. אין בכך להניח כי השב"ס פעל בחוסר תום לב בקביעת מנגנון הפרישה. אלא שההפליה אינה נמדדת לפי הכוונה הסובייקטיבית של המעביד כי אם בתוצאה האובייקטיבית כלפי העובד (השוו: פסק הדין הקנדי New Brunswick שהובא לעיל). עובד אינו צריך לחוש שנעשה עימו חסד, בעוד שהדין עומד לצידו.

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות.

כפי שציינה חברתי בפסקה 20 לפסק דינה, הסדר הפרישה שנדון לפנינו שונה באופן מהותי מההסדר שנפסל בעניין רחנבאום, מכיוון שנכללים בו אמות מידה ומבחנים ענייניים לבדיקה פרטנית המתקיימת לגבי כל סוהר וסוהרת המגיעים לגיל 57. מדובר בצעד משמעותי בכיוון הנכון. יחד עם זאת, מקובלת עלי במלואה עמדת חברתי כי לא די בכך וכי עדיין נותר פער גדול ובלתי סביר בין הסדר הפרישה של הסוהרים לבין הסדר הפרישה של כלל עובדי המדינה. שלושה טעמים הביאוני למסקנה זו: ראשית, מוצא אני קושי רב בנקודת המוצא של ההסדר, לפיה העובד הופך אוטומטית "בר פרישה" בגיל 57 (10 שנים לפני גיל הפרישה משירות המדינה) ולפיה ממועד זה מוטל הנטל על העובד להוכיח כי הוא ראוי להארכת השירות. זאת, בניגוד להסדר שחל על כלל עובדי המדינה בו נקודת המוצא הינה הפוכה. איני סבור שמדובר בשוני סמלי או מינורי. שנית, מנגנון הארכת השירות הכלול בהסדר (הארכה שמוגבלת לפרק זמן של שנה אחת בכל פעם ועד לתקופה מקסימאלית של שלוש שנים, עד הגיע העובד לגיל 60) הינו מנגנון בלתי סביר (ראו לעניין זה: פסקה 21 בפסק דינה של חברתי ופסקאות 37-38 בפסק דינו של חברי השופט ס' ג'ובראן). שלישית, ההסדר אינו מבחין בין סוהרים המשמשים בתפקיד ייעודי-מבצעי לבין סוהרים שמשמשים בתפקיד מקצועי-מנהלי. לפיכך, נחלש במידה רבה כוחן של טענות המשיב שעניינן שחיקה מהירה של הסוהרים ככלל.

כפועל יוצא, סבורני כי ההסדר כמכלול אינו יכול להיוותר על כנו ודינו להתבטל.

חברי השופט ס' ג'ובראן ניתח בצורה מדוקדקת את המנגנונים והמבחנים שנקבעו בהסדר, והגיע למסקנה כי אין מקום לביטולו הגורף של ההסדר אלא רק לביטול שתיים מהוראותיו, אשר לשיטתו אינן עומדות במבחני המידתיות (ראו פסקאות 29-39 לפסק דינו של חברי). חברי אף סבור כי נקודת המוצא של ההסדר (לפיה הופך העובד אוטומטית בגיל 57 ל"בר פרישה") הינה סימבולית וזניחה.

עיינתי היטב בפסק דינו של חברי, אך בסופו של יום נותרתי בדעה כי אין מקום להכשיר את ההסדר וכי לא ניתן להפריד בין הוראותיו על מנת לבטל רק חלק מהן.

כאמור, סבורני כי בחינת ההסדר כמכלול מובילה לתוצאה כי מדובר בהסדר בלתי סביר שלא ניתן להפרידו לחלקיו, כפי שהראתה חברתי השופטת א' חיות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, ט' באלול התשע"ב (27.8.2012).

המשנה לנשיא (בדימ') המשנה לנשיא ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 09012680_V27.doc לבגק
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il