



## בבית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 209/10

1. ליבי וינברגר
2. עמותת המשפט בשירות הזקנה
3. עמותת יד ריבה - סיוע משפטי לקשיש
4. עמותת כן לזקן - לקידום זכויות הזקנים

המערעות

המשיבה

אוניברסיטת בר אילן

בפני: הנשיאה נילי ארד, השופטת עפרה ורבנר, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, נציג ציבור (עובדים) מר שלום חבשוש, נציג ציבור (מעבידים) מר יורם בליזובסקי

בשם המערעות: עו"ד כרמית שי

בשם המשיבה: עו"ד דרור פרנקל ועו"ד דורית יוסף

## פסק דין

### השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. עניינו של הליך זה בטענה להפליה מחמת גיל. לטענת המערעות, החיוב לפרוש בגיל 67 אינו חוקתי, ואינו עומד באמות המידה של פסקאות ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. לחלופין טוענות המערעות, לפרשנות תכליתית של סעיף 4 לחוק גיל פרישה, התשס"ד – 2004, לפיה ככל שהעובד מבקש להמשיך ולעבוד לאחר גיל 67, מחויב המעסיק לבחון זאת באופן ענייני ועל בסיס אינדיבידואלי.

טענות המערעות נדחו על ידי בית הדין האזורי בתל אביב (עב' 5526/09; השופטת רות צדיק ונציגי הציבור גב' כרמלה נקש ומר אליאב יארניצקי), ומכאן הערעור שלפנינו.

## הרקע העובדתי

2. המערערת 1, גבי ליבי וינברגר (להלן: **המערערת**), הינה ילידת שנת 1942. בשנת 1972 עלתה ארצה, ובשנת 1991 החלה עבודתה במשיבה – אוניברסיטת בר אילן (להלן: **המשיבה** או **האוניברסיטה**) – כמרכזת פעילות הוקרת התורם במחלקת המגביות הבינלאומיות.
3. המשיבה הינה מוסד להשכלה גבוהה המוכר מכוח חוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח – 1958. על המערערת - כעובדת מנהלית במשיבה - חלו הוראות ההסכם הקיבוצי לדרוג המח"ר והוראות הסכם העבודה לעובדים מנהליים באוניברסיטה, ומכוחם הוגדרה כעובדת "קבועה". כן חלו על המערערת הסדרי הפרישה המקובלים באוניברסיטה, על פי הסכמים עם קרן הפנסיה "גלעד".
4. ביום 10.12.2008 הודיעה האוניברסיטה למערערת כי העסקתה תבוא לידי סיום בחודש מאי 2009, בשל הגיעה לגיל 67 הוא גיל הפרישה. המערערת ביקשה להמשיך בתפקידה ולכן פנתה למשיבה על מנת לבטל את סיום העסקתה. במקביל פנה בבקשה דומה גם מנהלה, מ"מ ראש מערך המגביות העולמי, אך התשובה שהתקבלה הייתה כי **"לאחר בדיקת בקשתך עם הגורמים הרלוונטיים בהנהלת האוניברסיטה נתברר כי לא ניתן להיענות לדחיית פרישה בתקופה זו של מצוקה כספית באוניברסיטה"**.
5. ביום 18.5.2009 הגישה המערערת את תביעתה לבית הדין האזורי בתל אביב, במסגרתה ביקשה צו מניעה זמני וקבוע המונע את סיום העסקתה מחמת גיל ולחלופין קבלת פיצוי בגין אפליה אסורה על רקע גיל. לתביעתה הצטרפו המערערות 2 – 4, שהן עמותות הפועלות במישורים שונים לקידום זכויות ומעמד הזקנים בישראל.
6. בית הדין האזורי הורה על איחוד הסעד הזמני עם התיק העיקרי, ולכן באה עבודתה של המערערת לידי סיום ביום 31.5.2009 כמתוכנן. הצדדים לא התייחסו לזכויות הכספיות אותן קיבלה המערערת עם סיום עבודתה וכתוצאה ממנה, אך כפי העולה מנוהל "פרישה לגמלאות של עובדים

מנהליים" אשר הוגש לתיק בית הדין - מאז חודש יוני 2009 מקבלת המערערת גמלה חודשית באמצעות קרן הפנסיה "גלעד", כפי שנצברה עבורה בהתחשב בתקופת עבודתה.

### פסק דינו של בית הדין האזורי

7. בית הדין האזורי עמד בפסק דינו על הוראות חוק גיל פרישה, התשס"ד – 2004 (להלן: **החוק או חוק גיל פרישה**), וקבע כי **"לשון החוק... ברורה ונהירה"** ועולה ממנה **"כוונת המחוקק להבדיל בין פרישה מרצון (המוסדרת בסעיף 3 לחוק – ס.ד.מ) ופרישת חובה (המוסדרת בסעיף 4 – ס.ד.מ), כך שברצון המעסיק יש ביכולתו לכפות על העובד לפרוש"**.

בית הדין הוסיף, כי גם תכלית החוק תומכת בפרשנות זו, שכן מטרתו **"קביעת כללים אחידים, מבלי שייקבעו יוצאים מן הכלל, מתוך רצון לקבוע את קו פרשת המים שלאחריו המעסיק יהיה חופשי לדרוש מהעובד לפרוש מעבודתו"**.

8. בית הדין עמד עוד על הוראת סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח – 1988 (להלן: **חוק שוויון ההזדמנויות**), הקובעת איסור על הפליה מחמת גיל בכל הנוגע לתעסוקה, אך הבהיר כי לפי הפסיקה הקיימת – אין לראות בגיל הפרישה האחיד כהפליה פסולה אלא כהבחנה עניינית מותרת (דנג"צ 4773/97 **רקנט נ. בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330 (2000); להלן – **עניין רקנט**; ע"ע 107/05 **ד"ר בנימין קלנר – נציב שירות המדינה**, מיום 27.2.2006; להלן – **עניין קלנר**).

בית הדין הוסיף כי ככל שמטרת המערערות היא תקיפה ישירה של חוק גיל פרישה - היה עליהן לפנות בעתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק.

9. בית הדין הוסיף לכך שתי קביעות במישור העובדתי. באשר לטענת המערערת כי פורסם מכרז לצורך איוש תפקידה והדבר מלמד כי עדיין יש בו צורך – קבע כי בשלב ראשון אמנם פרסמה האוניברסיטה מכרז כאמור, אך לבסוף ביטלה אותו ותפקידה של המערערת חולק בין העובדים הקיימים. בהתייחס לטענת המערערת בדבר נוהל הפרישה המאפשר העסקת עובדים

באוניברסיטה לאחר גיל 67, נקבע כי "לא נפרשו בפנינו עדויות המלמדות על העסקת עובדים בנתבעת מעל לגיל פרישת חובה. עד הנתבעת מר מילר, הבהיר במסגרת חקירתו הנגדית כי הנתבעת הקפידה לאורך כל השנים ובפרט בעשר השנים האחרונות על פרישת עובדים בהגיעם לגיל פרישה...".

התביעה נדחתה לפיכך במלואה, מבלי שנפסקו הוצאות לחובת המערערות.

### הערעור

#### טענות הצדדים

10. **המערערות** טוענות כי חיובו של עובד לפרוש מעבודתו רק בשל גילו הכרונוולוגי – וללא כל קשר וזיקה לכישוריו – הינה פגיעה קשה ויסודית בזכויות היסוד של כבוד האדם וחופש עיסוקו. לאור זאת, בית הדין מחויב היה לבצע בדיקה חוקתית של סעיף 4 לחוק גיל פרישה, ולבדוק אם עומד הוא באמות המידה של פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק.

המערערות סבורות כי תנאי פסקת ההגבלה אינם מתקיימים, וכי תכליתו של סעיף 4 לחוק גיל פרישה – ככל שייקבע כי הינה לחייב פיטורי עובדים רק בשל גילם הכרונוולוגי – היא תכלית לא ראויה החוטאת בגילנות (AGEISM) ואינה עומדת בדרישת המידתיות.

11. המערערות מדגישות כי בית הדין לעבודה מוסמך לדון בטענות חוקתיות ככל שהסעד והעילה הינם בסמכותו העניינית (ס"ק 5/03 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה – התאחדות התעשיינים**, מיום 16.7.2003; ע"א 6821/93; **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ. מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995); להלן – **עניין בנק מזרחי**).

עוד הן מציינות כי עניין **רקנט** נפסק לפני שנים לא מבוטלות ועוד טרם חקיקתו של חוק גיל פרישה, כאשר הודגש בו כי פסיקתו בנוגע לגיל פרישה כפוי מתייחסת לתקופת הזמן בה ניתן. באשר לעניין **קלנר** – העתירה שהוגשה בעניינו אמנם נדחתה (בג"צ 4487/06 **קלנר נ. בית הדין הארצי**

לעבודה, מיום 25.11.2007; להלן – בג"צ קלנר), אך באותו עניין כלל לא נתקף גיל הפרישה הכפוי ואף הודגש בו (בחוות דעת השופט רובינשטיין) כי "הדעת נותנת כי עוד נראה... התפתחויות" בכל הנוגע להפליה מחמת גיל.

12. המערערות טוענות כי לאור האמור לעיל, ובהתחשב בהוראות חוק שוויון ההזדמנויות, אין הכרח לפרש את סעיף 4 לחוק גיל פרישה כמקנה זכות מוחלטת למעסיק לפטר עובד רק בשל גילו. לשיטתן, פרשנות תכליתית של החוק מחייבת פרשנות לפיה אין מדובר ב"חובת" פרישה, אלא בשיקול דעת, אותו יש להפעיל על בסיס אינדיבידואלי, בתלות בין היתר ברצון העובד ובהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה.

לשיטת המערערות, תכלית החוק כלל לא נועדה לחייב עובדים לפרוש מעבודתם אלא להעלות את גיל הפרישה מ – 65 ל- 67 כדי להקל על מצבן האקטוארי של קרנות הפנסיה, כך שחייב עובדים לפרוש אינו קשור כלל לתכליתו המקורית של החוק ואין בו היגיון כלכלי.

13. המערערות טוענות כי טעה בית הדין גם בקביעותיו העובדתיות, שניתנו תוך התעלמות מהעברת נטל ההוכחה הקבועה בסעיף 9 לחוק שוויון ההזדמנויות. לגישתן, הוכח כי המשיבה יצאה במכרז חדש למשרתה של המערערת, מבלי שחל שינוי כלשהו בדרישות התפקיד או בצרכי העבודה, כך שלולא גילה – ממשיכה הייתה המערערת בעבודתה ללא שינוי. המערערות מדגישות כי קיים באוניברסיטה נוהל המאפשר העסקת עובדים לאחר גיל פרישה, אך הפעלתו במקרה זה כלל לא נשקלה.

עוד טוענות המערערות כי בשנים האחרונות קיימת באוניברסיטה מדיניות ברורה שלא לאפשר לעובדים לעבוד מעבר לגיל הפרישה, וזאת ללא קשר ליכולותיהם או לזכויות הפנסיה שצברו. בהתאם, התקבלה גם ההחלטה בעניינה של המערערת באופן שרירותי, על בסיס סטריאוטיפים מפלים, ותוך התעלמות מהפגיעה בביטחונה הסוציאלי של המערערת לאור הפנסיה הזעומה אותה צברה. המערערות מדגישות כי זקנים רבים נגררים למצבי עוני בשל הוצאתם המפלה משוק העבודה, בפרט כאשר טרם הצליחו לצבור זכויות פנסיוניות מלאות.

14. **האוניברסיטה תומכת בפסק דינו של בית הדין האזורי, מטעמיו, ומדגישה כי סעיף 4 לחוק גיל פרישה ברור וחד משמעי ויש בו כדי להקנות למעסיק שיקול דעת בלעדי, וזכות לחייב את העובד לפרוש מעבודתו עם הגיעו לגיל 67. המשיבה תומכת פרשנות זו לא רק בלשון החוק אלא גם בתכליתו - הנקובה בסעיף 1 לו - שהינה "לקבוע כללים אחידים לעניין גיל פרישה מעבודה..."**

15. **האוניברסיטה מדגישה כי הפרשנות המבוקשת על ידי המערערות אינה עולה בקנה אחד "עם ההיסטוריה החקיקתית של החוק, עם המדיניות הסוציאלית העומדת בבסיסו, עם דברי הוועדה אשר המלצותיה יושמו בחקיקת החוק ועם האיזון העדין שנעשה על ידי המחוקק בין אינטרסים שונים", ומפנה לצורך כך לדו"ח הוועדה הציבורית לבחינת גיל הפרישה, אשר שורתו התחתונה הינה כי "הוועדה בחנה את הסוגיה של שינויים בגיל פרישת חובה והחליטה שלא להרחיק לכת כבארה"ב ולבטל כליל את גיל פרישת החובה".**

עוד מפנה האוניברסיטה לסעיף 18(א) לחוק שירות המדינה (גמלאות) (נוסח משולב), התש"ל - 1970, המחייב פרישה כפויה של עובדי מדינה בהגיעם לגיל 67 והוחל, מכוח הסכמים קיבוציים, גם על עובדי עיריות, מועצות מקומיות ותאגידים ציבוריים אחרים.

16. **האוניברסיטה שוללת את טענת המערערות לפיה החוק נועד להקל על מצבן האקטוארי של קרנות הפנסיה, וטוענת כי "הסדר פרישה אינדיבידואלי שאיננו ניתן לחיזוי מערכתי טומן בחובו אנדרלמוסיה אקטוארית וחוסר יכולת תכנונית של קרנות הפנסיה".** האוניברסיטה סבורה כי חוק גיל פרישה חוקק לתכלית ראויה, שהינה ליתן לעובד לנוח לעת זקנה מעמל יומו, ובו זמנית לאפשר למעסיק לרענן את שורת עובדיו ולתת הזדמנות לעובדים חדשים וצעירים יותר.

לשיטתה, החוק אינו מנוגד לחוק שוויון ההזדמנויות, שכן "בהגיעו לגיל פרישת חובה, אין העובד נהנה עוד ממטריית ההגנה" שמספק חוק זה ואף

אין לראות בו כמי ש"פוטר". ממילא, לא חל סעיף 9 לחוק שוויון ההזדמנויות, המעביר את נטל הראייה למעסיק. החוק אף אינו פוגע בחופש העיסוק, שכן "זכות יסוד זו מקפלת בתוכה את הזכות ליהנות מחופש ההתקשרות ומחופש עיצוב החוזה והתנאים שעל פיהם ובמסגרתם יתנהלו יחסי העבודה, לרבות כמובן נושא הפרישה".

17. האוניברסיטה טוענת עוד כי המערערת לא הופלתה לעומת "קבוצת השוויון" הרלוונטית לגביה, שכן הוכח כי האוניברסיטה – בשל המצוקה התקציבית ממנה סבלה – אינה מעסיקה עובדים לאחר גיל פרישה, ובשל אותה מצוקה תקציבית אף בוטל תקן משרתה של המערערת עם פרישתה. האוניברסיטה מסבירה כי אמנם פורסם מכרז לתפקיד חדש, הכולל בין היתר את הפעילויות שביצעה המערערת, אך בסופו של דבר בוטל מטעמים תקציביים ומטלותיה של המערערת חולקו בין עובדי המחלקה.

האוניברסיטה סבורה כי לא מחויבת הייתה להפעיל בעניינה של המערערת את נוהל העסקת עובדים מעבר לגיל פרישה, שכן תפקידה של המערערת לא היה כרוך במומחיות מיוחדת המצדיקה זאת. מדובר בנוהל המופעל רק במקרים נדירים, כאשר צרכי המעסיק – להבדיל מרצון העובד – הם היחידים הנלקחים בחשבון. במקרה זה, נעשה ארגון מחדש במחלקה סמוך לפרישתה של המערערת, כאשר כישוריה לא "השתלבו" ב"ראייה הניהולית" החדשה וממילא לא היה צורך להשאירה. האוניברסיטה סבורה כי אין רלוונטיות לכך שהמערערת צברה זכויות פנסיה נמוכות בלבד, שכן "עובדה מצערת זו שהמערערת לא דאגה להפריש לעצמה הפרשות סוציאליות טרם עבודתה במשיבה... איננה אשמתה של המשיבה".

18. לסיום מציינת האוניברסיטה, כי טענות המערערת יוצאות כנגד בחירתו הברורה של המחוקק להעדיף הסדר פרישה כפוי ואחיד על פני פרישה אינדיבידואלית, בחירה "שנעשתה לאחר שיקול מעמיק ויסודי ואשר נועדה לאזן בין צרכים שונים תוך ראיית המבנה החברתי והכלכלי בישראל בכללותו". אף לא ברור כי פרישה אינדיבידואלית על רקע תפקודי פוגעת בעובד במידה פחותה, שכן עלולה היא לשים את העובד המבוגר "תחת זכוכית מגדלת הבוחנת את תפקודו ללא הרף ובכך פוגעת בכבודו".

האוניברסיטה מדגישה כי הסעד היחידי שהתבקש במסגרת הודעת הערעור - להבדיל מכתב התביעה - הינו סעד הצהרתי.

### בקשה לצירוף ראייה

19. זמן קצר לאחר הדיון בערעור הגישו המערערות בקשה להוספת ראייה, והינה מודעה שפרסמה האוניברסיטה שלושה ימים לאחר הדיון, ובה "קול קורא" להעסקת "מדענים בדרגת פרופ' אמריטוס לפעילות מחקרית...". המערערות סבורות כי הראייה רלוונטית שכן יש בה כדי להעיד כי האוניברסיטה - בניגוד להצהרתה - מעסיקה עובדים מעבר לגיל פרישה. המערערות מדגישות כי לא יכולות היו להגיש את הראייה טרם לכן, וכי פנו לבית הדין בהזדמנות הראשונה לאחר פרסום המודעה בעיתונות.

20. האוניברסיטה מתנגדת להגשת הראייה, וטוענת כי אין כל הצדקה – על פי הכללים שנקבעו בעניין זה בהלכה הפסוקה – לאפשר את הגשתה. האוניברסיטה מציינת כי אין בראייה כדי לתמוך בטענות המערערות, שכן אין כל קשר בין העסקה של פרופסור אמריטוס, שהינה העסקה אקדמית ייחודית, לבין העסקת המערערת שהינה חלק מהסגל המנהלי. עוד נטען כי יש בראייה משום הרחבתה של החזית לתחום העסקת הסגל האקדמי, וכי לו תתקבל הראייה – תיפגע זכותה המהותית של המשיבה לקיים עליה חקירה נגדית ולהביא ראיות משלימות.

21. נבהיר כבר כעת, כי לא מצאנו לנכון לאפשר את הגשת הראייה הנוספת. ערכאת ערעור אינה אמורה לדון בראיות שלא עמדו בפני הערכאה הראשונה, וחריג לכך יתאפשר "רק במקרים נדירים... בנסיבות שבהן לא הייתה הראייה ברשות בעל הדין ושהוא לא יכול היה לדעת אודותיה בשקידה סבירה, או שנוכח בית הדין כי בעל הדין בלתי כשיר לנהל את ענייניו באופן סביר" (ע"ע 578/09 אייל קרמר – א. סיניבר ושות' מהנדסים בע"מ, מיום 22.3.2011).

במקרה זה, הראייה החדשה נוגעת להעסקת פרופסורים בדרגת "אמריטוס", שפרשו לגמלאות והאוניברסיטה מבקשת להעסיקם לצורך פעילות מחקרית משותפת עם חברי הסגל. לא ראינו קשר ישיר בין העסקה ייחודית זו לבין המשך העסקתה של המערערת כעובדת בסגל המנהלי. במסגרת הבאת



הראיות בבית הדין האזורי לא התייחסו הצדדים לתנאי עבודתם של חברי הסגל האקדמי. אף אין מדובר בראיה שיכולה להיות מוגשת בפני עצמה, והיענות לבקשה תחייב שמיעת עדויות לגביה ומתן אפשרות למשיבה להגיש ראיות מטעמה בקשר לכך, תוך פתיחת הליך ההוכחות מחדש ללא הצדקה. לאור זאת, הבקשה להגשת ראיה נוספת נדחית, ולהלן נפנה להכרעה בערעור לגופו.

### דיון והכרעה

22. הסוגיה של גיל פרישה כפוי הינה סוגיה רבת פנים ומורכבת. ההתייחסות אליה מבחינה משפטית בדין הישראלי אף היא אינה נקייה מספקות – מחד, קובע חוק גיל פרישה – לכאורה – גיל פרישה אחיד וקבוע בו ניתן לחייב כל עובד לפרוש מעבודתו; מאידך – ניצבים עקרון השוויון הכללי וחוק שוויון ההזדמנויות, ומבהירים כי אין להפלות עובד מחמת גילו. כיצד ליישב בין שני החוקים, והאם אכן מתעוררת ביניהם סתירה? להלן נבחן את היבטיה השונים של הסוגיה.

### הזכות לשוויון בתעסוקה והאיסור על הפליה מטעמי גיל

23. עקרון השוויון הוא "עקרון יסודי במשטרנו החוקתי, והוא תנאי בסיסי לקיום משטר דמוקרטי המבוסס על הגינות וצדק" (בג"צ 1758/11 גורן נ. הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, מיום 17.5.2012). עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכרה הזכות לשוויון כזכות בעלת מעמד חוקתי (בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ. כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006); להלן – עניין התנועה לאיכות השלטון), וזאת "על פי מודל ביניים הכולל גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק" (בג"צ 1268/09 זוזל נ. נציב שירות בתי הסוהר, מיום 27.8.2012, להלן – עניין זוזל; כן ראו את סק"כ 51/09 "סאוט אלעאמל" להגנת זכויות העובדים והמובטלים – שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, מיום 3.1.2012; להלן: עניין סאוט אלעאמל; בג"צ 4948/03 אלחנתי נ. שר האוצר, מיום 15.6.2008).

24. חוק שוויון ההזדמנויות הינו אחד מהחוקים שנועדו לעגן את עקרון השוויון בתחום התעסוקה, ונחשב כ"בריה התיכון בחקיקה בנושא השוויון בתחום יחסי העבודה בישראל" (השופט חשין בבג"צ 6051/95 רקנט נ. בית הדין

**הארצי לעבודה**, פ"ד נא(3) 289, בעמ' 306; להלן – בג"צ רקנט). סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות קובע כי **"לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית... גילם, גזעם, דתם, לאומיותם..."** (ההדגשה אינה במקור), וזאת בכל הנוגע – בין היתר – ל"תנאי עבודה", "פיטורים" ו"הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה".

סעיף 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות מבהיר כי **"רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין"**. סעיף 2(ג) מוסיף את מבחני הסבירות והמידתיות בקבעו כי **"אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה"**. סעיף 9(א) לחוק מעביר את נטל ההוכחה למעסיק, בנסיבות המפורטות בסעיף.

25. האיסור על הפליה מחמת "גיל" התווסף לחוק שוויון ההזדמנויות במסגרת תיקון מס' 3 משנת 1995, יחד עם עילות נוספות (במאמר מוסגר יצוין כי איסור על הפליה מטעמי גיל בשלב הקבלה לעבודה אוזכר כבר בסעיף 42(א) לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט – 1959). הגם שהחוק מנוסח באופן ניטרלי, במרבית המקרים מכוונת ההפליה מחמת גיל כלפי מי שהחברה מתייחסת אליו כאל "מבוגר" או "זקן", ויש בה כדי לשקף בעיה חברתית רחבת היקף של התייחסות לאנשים בגיל מתקדם כ"קבוצה חברתית המתויגת כבעלת מאפייני חולשה ואי יכולת אך ורק בשל גילה הכרונולוגי", תוך הדרתה הלכה למעשה מחלקים מרכזיים מהחברה (ישראל (איסי) דורון, גילנות ואנטי גילנות, **המשפט 25** (2008); להלן: **דורון**; פנינה אלון-שנקר, "העולם שייך לצעירים": על אפליה מחמת גיל מתקדם בעבודה ופרישת חובה בגיל נקוב, **ספר דליה דורנר 81** (2009); להלן: **אלון-שנקר**).

26. התייחסות מפלה זו מוכרת במושג "גילנות" (AGEISM), ובשנים האחרונות הולכת ומתחדדת המודעות המשפטית לה (**דורון**, בעמ' 35; ישראל דורון ועינת קליין, הזירה הלא מתאימה? אפליה מטעמי גיל בראי בית הדין האזורי לעבודה בחיפה, **עבודה, חברה ומשפט י"ב** 435 (2010); להלן – **דורון וקליין**); בג"צ 10076/02 **רוזנבאום נ. נציב שירות בתי הסוהר**, פ"ד סא(3) 857 (2006); להלן – **עניין רוזנבאום**; ע"ע 14705-09-10 **יוסף מוצפי – בנק לאומי לישראל בע"מ**, מיום 16.5.2012; להלן – **עניין מוצפי**). בלשונה של השופטת איילה פרוקצ'יה:

**”השינוי הבולט שחל בהיקפה של אוכלוסיית בני הגיל השלישי מוליד צרכים חברתיים משתנים שלא ניכרו בימים עברו. התרחבותה של אוכלוסיית האזרחים הוותיקים והגידול הניכר שחל בתוחלת החיים, מדגישים, יותר מבעבר, את הצורך בהגנה על זכויותיהם של בני הגיל השלישי לקיום בכבוד, להגנה על רמת החיים ואיכות החיים, ולהכרה במעמדם החברתי וביכולתם לתרום לחברה כל עוד מצב בריאותם מתיר זאת. נוצרת שכבה חברתית רחבה, אשר לא הוכרה בעבר, שצרכיה בתחומי חיים שונים מחייבים את התייחסותה של החברה. מתחייבת גם התאמת האמצעים והכלים שבידי המשפט לצורך מתן ערובה לקיום הגנות ראויות על בני הגיל השלישי”**

(בג”צ 1181/03 אוניברסיטת בר אילן נ. בית הדין הארצי לעבודה, מיום 28.4.2011; להלן – עניין אוניברסיטת בר אילן).

27. הפלייתו של האדם המבוגר בתחום התעסוקה באה לידי ביטוי לאורך כל שלביו של הקשר בינו לבין המעסיק או המעסיק הפוטנציאלי, החל משלב הקבלה לעבודה (ראו אצל בתיה בן הדור, עליזה אבן-חיריק, אפרת אפלבוים, הדס דרייגר, דפנה שרון, ינון כהן וגיא מונדלק, בדיקת אפליה בשכירה לעבודה על ידי מבחני היענות, **עבודה חברה ומשפט** י”א 381 (2006)), דרך קביעת תנאי העבודה ואפשרויות קידום מוגבלות (דוגמת עניין מוצפי), ועד השלב של סיום ההעסקה **”כמאיץ לפיטורי העובד או להוצאתו לגמלאות”** (עניין זוזל; ע”ע 203/09 רשת הגנים של אגודת ישראל – שמחה בוס, מיום 2.10.2011; להלן – עניין בוס; למחקרים סטטיסטיים ראו בעניין מוצפי, בסעיף 14 לפסק הדין; דורון וקליין, לעיל).

בענייננו ההפליה הנטענת מתייחסת לעצם הוצאתה הכפויה של המערערת לגמלאות, ולפיכך נתמקד בהמשך דיוננו בהקשר זה.

28. שאלה מקדמית שעשויה להישאל הינה האם הוצאה כפויה לגמלאות נופלת בגדרו של סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות, שכן אין היא מוזכרת בו במפורש. לכך כבר ניתנה תשובה חיובית בפסיקתו של בית המשפט העליון, **”נוכח העיקרון כי מקום שבו מגן חוק על זכות חוקתית יפורש הוא בהרחבה; נוכח היות הרשימה המנויה בסעיף 2 (הן של עילות ההפליה, 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) (עניין זוזל, בחוות דעתו של השופט ג'ובראן). לדברים אלה נוסף כי ניתן לראות את גיל הפרישה הכפוי גם כחלק מ"תנאי העבודה", המנויים אף הם בסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות (שרון רבין-מרגליות, הבחנה, אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה, משפטים ל"ב 131, 173 (2002); להלן: רבין-מרגליות).

עוד נזכיר, כי האיסור על הפליה מטעמי גיל אינו נובע רק מהוראות חוק שוויון ההזדמנויות אלא גם מעקרון השוויון הכללי, המעוגן כיום כאמור במסגרת חוק היסוד (עניין רקנט; עניין בוסי; עניין מוצפי).

### ההיסטוריה החקיקתית שהובילה לחוק גיל פרישה

29. טרם חקיקתו של חוק גיל פרישה, נקבע גיל הפרישה של עובדים בישראל במסגרת הסכמים קיבוציים, בתקנונים של קרנות פנסיה, ולגבי עובדי מדינה – במסגרת חוק שירות המדינה (גמלאות) (נוסח משולב), התש"ל – 1970 (להלן: חוק הגמלאות). בנוסף לחוק זה קיימות הוראות חקיקה ספציפיות דוגמת סעיף 13 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד – 1984, העוסק בגיל פרישתם של שופטים, וסעיף 12 לחוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גמלאות) (נוסח משולב), התשמ"ה – 1985, העוסק בגיל יציאתם לגמלה של אנשי קבע.

30. ביחס לעובדים שלא חל עליהם חוק הגמלאות או חוק ספציפי המסדיר פרישה, ולא עבדו במקומות עבודה שנחתמו בהם הסכמים קיבוציים המסדירים יציאה לגמלאות – לא חלה חובה לפרוש בגיל זה או אחר, וככלל לא הייתה זכות למעסיק להביא את העסקתם לידי סיום בגיל הפרישה המקובל. העסקתם של עובדים אלה הסתיימה בגיל 65 – ולעיתים בגיל 60 לנשים – רק אם הדבר הוסכם, במפורש או מכללא, בינם לבין המעסיק (להנחה בדבר קיומו של תנאי מכללא ראו בדב"ע נב/101-3 צבי אבנשפנגר – עוף ירושלים בע"מ, פד"ע כה 499 (1993)), או אם הפעיל המעסיק את הפררוגטיבה הנתונה לו – בכפוף לכל דין או הסכם – לפיטורים (דן שניט, חובת הפרישה לגמלאות – הערכה מחדש, הפרקליט לב 507 (1980); להלן – שניט, בעמ' 514).

הזכות החוקית היחידה בקשר לכך הייתה דווקא של העובד, מכוח סעיף 11(ה) לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג – 1963, להתפטר עם הגיעו לגיל הפרישה הנהוג, שהוגדר בחוק כגיל 60 לאישה ו – 65 לגבר, ולקבל פיצויי פיטורים (ראו את דברי ההסבר לסעיף החוק - ה"ח 1294 התשל"ז 202).

31. הסדרים אלה נהגו משך שנים רבות, עד התעוררות המודעות להפליית נשים בתעסוקה, לרבות בהקשר של גיל הפרישה. מודעות זו הובילה להבנה כי בקביעת גיל פרישה נמוך לנשים אין משום הטבה אלא דווקא הפליה לרעה (בג"צ 104/87 נבו נ. בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990); להלן – עניין נבו; דב"ע נג/3-202 האוניברסיטה העברית בירושלים – רות בליץ, פד"ע כו 528 (1994); להלן – עניין בליץ; בג"צ 6845/00 ניב נ. בית הדין הארצי לעבודה, מיום 9.10.2002).

בהתאם, נחקק לפני 25 שנה חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז – 1987 (להלן: **חוק גיל פרישה שווה**, אשר בוטל לאחר מכן במסגרת חוק גיל פרישה). חוק זה הבהיר כי ככל שנקבע בהסכם קיבוצי גיל פרישה לעובדת, הנמוך מגיל פרישה שנקבע בו לעובד – **"תהא לעובדת זכות, על אף האמור באותו הסכם קיבוצי, לפרוש מעבודתה בכל גיל שבין גיל הפרישה שלה ובין גיל הפרישה שנקבע לעובד"** (סעיף 2 לחוק). ראוי לציין כי גם במסגרת חוק זה לא נקבע גיל פרישה כלשהו, אלא רק הובהר שככל שנקבע גיל פרישה – יש לאפשר לנשים שוויון לגביו.

32. בשנת 2000 הוגש לממשלה דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת גיל הפרישה מהעבודה, בראשות השופטת (בדימוס) שושנה נתניהו (להלן – **הוועדה הציבורית**); במאמר מוסגר יצוין כי השופטת (בדימוס) נתניהו התפטרה מתפקידה טרם הגשת הדו"ח ואינה חתומה עליו). הוועדה המליצה כי גיל פרישת החובה של נשים וגברים יועלה מ – 65 ל – 67, באופן הדרגתי, וכן **"יעוגן בחוק ויחול על כלל העובדים במשק"** (עמ' 4 לדו"ח). עוד המליצה כי גיל הזכאות לפנסיה ישווה לגיל פרישת החובה. הוועדה ציינה כי ההצעה לביטול גיל פרישת חובה **"נתקלה בהתנגדות מצד ארגונים שונים, ולפיכך הסתפקה הוועדה בהעלאתו"** (עמ' 7).

33. דו"ח הוועדה הוביל לחקיקתו של חוק גיל פרישה בשנת 2004. סעיף 1 לחוק מגדיר את תכליתו, שהינה "לקבוע כללים אחידים לעניין גיל פרישה מעבודה, ובכלל זאת העלאתו באופן מדורג והכל תוך החלת הכללים האמורים הן לעניין זכאות להטבה הניתנת למי שהגיע לגיל האמור והן לעניין זכאות להטבה הניתנת למי שטרם הגיע לגיל האמור, עד הגיעו לאותו גיל". בדברי ההסבר לחוק (ה"ח 64 התשס"ד 201) הובהר הרקע לחקיקת החוק, במילים הבאות:

"הגידול המתמשך בתוחלת החיים, כמו גם העליה ביחס שבין מספר המבוגרים בחברה הישראלית לבין כלל האוכלוסיה, אינן תופעות ייחודיות למדינת ישראל, והן מתקיימות במרבית המדינות המפותחות. תופעות אלו הביאו מדינות מפותחות רבות, דוגמת ארה"ב, לבצע שינויים בהסדרי גיל הפרישה הנהוגים בהן, כדי להתאים את שוק העבודה ואת מערכות הביטחון הסוציאלי (הממלכתיות ואלו שאינן ממלכתיות) לאותם שינויים.

בחודש ספטמבר 1997 מינו שר העבודה והרווחה ושר האוצר ועדה ציבורית לבחינת גיל הפרישה... בחודש יולי 2000 הגישה הוועדה הציבורית את המלצותיה בסוגיות האמורות, וביניהן המלצות אלה: גיל פרישת חובה, הוא הגיל שבהגיעו אליו ניתן לחייב עובד לפרוש מעבודתו בשל גילו, יועלה מ – 65 ל – 67... הוועדה סברה כי יש מקום לעיגון המלצותיה בחקיקה ראשית, לנוכח היותו של ההסדר המומלץ מקיף וראשוני, וכדי להבטיח שוויון בין כלל תושבי מדינת ישראל".

אחת ממטרותיו המוצהרות של החוק הינה לפיכך הסדרה וייצוב של תחום החיסכון הפנסיוני, על מנת להקל על קרנות הפנסיה ולהגדיל את תקופות החיסכון.

34. בהתאם, קובע חוק גיל פרישה את ההוראות העיקריות הבאות:

3" הגיל שבהגיעו אליו זכאי אדם לפרוש מעבודתו בשל גילו ולקבל, בהתקיים התנאים הקבועים לכך על פי דין או הסכם, גמלה בשל פרישתו מעבודתו כאמור, הוא גיל 67 לגבר, ובכפוף להוראות פרק ד' – גיל 62 לאישה (בחוק זה – גיל הפרישה).

4. הגיל שבהגיעו אליו ניתן לחייב עובד לפרוש מעבודתו בשל גילו, הוא גיל 67 לגבר ולאישה (בחוק זה – גיל פרישת חובה).

5. הגיל שבהגיעו אליו זכאי אדם לקבל גמלה, בהתקיים התנאים הקבועים לכך על פי דין או הסכם, מחמת פרישתו מעבודתו בשל גילו אף בטרם הגיעו לגיל הפרישה, הוא גיל 60 לגבר ולאישה (בחוק זה – גיל הפרישה המוקדמת), ויחולו לעניין זה ההוראות שנקבעו בדין או בהסכם לגבי הפחתת הגמלה בשל הפרישה המוקדמת כאמור, ככל שנקבעו".

בפרק ג' לחוק נקבעו הוראות מעבר שיש בהן כדי להסדיר את העלאתו ההדרגתית של גיל הפרישה. בפרק ד' לחוק נקבע כי תוקם ועדה ציבורית לבחינת גיל הפרישה לנשים; בתיקון מס' 3 לחוק (מיום 29.12.11) נקבע – לאחר דיונים ממושכים בעניין זה - כי הוועדה הציבורית תגיש המלצותיה עד ליום 30.6.2016.

35. עוד ראוי לציון סעיף 10 לחוק, המבהיר כי "הוראות חוק זה יחולו על אף האמור בכל הסכם", אך מתיר לקבוע בהסכם כי "הגיל שבהגיעו אליו ניתן לחייב עובד לפרוש מעבודתו בשל גילו יהיה גבוה מגיל פרישת חובה".

במאמר מוסגר נזכיר כי גיל הפרישה שנהג עד חקיקת החוק – 65 – נקבע בהתאם לגיל הפרישה שהונהג בגרמניה עוד בשנת 1889, תקופה בה תוחלת החיים עמדה על כ - 35 שנה בלבד (שניט, בעמ' 509). למרות זאת, גיל הפרישה לא עודכן מאז משך שנים רבות, וגם במסגרת החוק הועלה בשנתיים בלבד.

### השלכותיה של הוצאה כפויה לגמלה

36. ליציאה לגמלה – הנעשית מרצונו של העובד ותוך הבטחת מקור מחיה מספק – יש יתרונות רבים. עם זאת כאשר מדובר בהוצאה כפויה לגמלה, הנעשית על כורחו של העובד ורק בשל שהגיע לגיל ביולוגי מסוים – יש השלכות לא מבוטלות על רווחתו של העובד ועל זכויות יסוד שלו. הדבר נכון בפרט כאשר ההוצאה הכפויה לגמלה נעשית טרם גיל הפרישה האחיד, אך גם כאשר נעשית היא במסגרתו. לא בכדי, הגדירה השופטת אסתר חיות את "המופע של הפליה מחמת גיל בקשר עם הוצאת העובד או העובדת לגמלה" במילים "פוגעני ואכזר" (עניין זול). כפי שהסביר השופט בך בעניין נבו:

"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, לעיתים קרובות בתסכול, בזרם החיים הפעלתני שלא ניתן לו עוד ליטול בו חלק".

37. דברים אלה יפים, מכוח קל וחומר, כיום – 25 שנה לאחר שנכתבו, כאשר בשנים שחלפו עלתה עוד תוחלת החיים, והשתפרה איכות החיים בגיל המבוגר נוכח התקדמות הרפואה והטכנולוגיה (לנתונים סטטיסטיים ראו בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בעניין **אוניברסיטת בר אילן**, בסעיף 35 לפסק הדין).

כיום אף גברה המודעות לחשיבותה של העבודה לחיינו ולהיותה מקור מרכזי לסיפוק, משמעות, הגשמה, הגדרה עצמית, התפתחות אישית, קשרים בין-אנושיים ומעורבות חברתית, וזאת לרבות - ואולי אף ביתר שאת - בגילאים מתקדמים (בג"צ 7957/07 **שדה נ. השר לביטחון פנים**, מיום 2.9.2010, להלן – **עניין שדה**; גיא דוידוב, הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה, **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 533 (2005); שלומית יניסקי-רביד, היגור זאב עם כבש? יחסים פסיכולוגיים במקום העבודה, **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** 233 (2012)).

38. להיבטים הנפשיים והחברתיים שצוינו לעיל יש להוסיף את ההיבט החוקתי – עצם הפגיעה בכבוד ובחופש העיסוק של האדם המבוגר, ואת ההיבט הבריאותי – שכן מחקרים העלו שפרישה כפויה עלולה לגרום למשבר נפשי ולפגיעה במצב הבריאותי, עד כדי פגיעה בתוחלת החיים (**שניט**, בעמ' 507; כן ראו את המאמרים המוזכרים אצל **אלון-שנקר**, בה"ש 184).

לאור זאת, כפייתו של אדם – לעיתים בשיא כושרו הפיזי והמנטאלי – לחדול מעבודה, רק בשל כך שהגיע לגיל ביולוגי מסוים, עלולה להביא לפגיעה ממשית בו וברוחותו. בלשונה של פרופ' רות בן ישראל:

**"הפרישה הכפויה והמוחלטת פוגעת בכבודו האנושי של האזרח הוותיק, בהטביעה אות קין על מצחו של הפורש וגורמת שיאבד לא רק את ההערכה החברתית, אלא גם את הערכתו העצמית. חובת הפרישה בפועל דוחקת אותו לשולי החברה, ומרכזת את האזרחים הוותיקים ב"גטו" של ה"מופרשים" ממעגל החיים הפעילים. בעבר הייתה החברה סבילה, ובמסגרת זו היו ההזדקנות הגופנית והנפשית עובדה של"גמלאים" לא היתה בררה אלא להשלים עמה. החברה כיום פעילה ורפלקסיבית יותר, ואין בה הצדקה לפגוע בכבודם האנושי של האזרחים הוותיקים על ידי הטלתה של חובת פרישה כפויה ומוחלטת"**



(רות בן ישראל וגדעון בן ישראל, אזרחים ותיקים: כבוד חברתי, מעמד והתארגנות ייצוגית, **עבודה חברה ומשפט** ט' 229 (2002)).

39. תחום נוסף שיש בו פגיעה משמעותית הינו ההיבט הכלכלי, שכן הוצאה כפויה לגמלה, גם בגיל הפרישה המקובל, עלולה לגרום לקשיי קיום בהעדר מקור פרנסה. חוק הביטוח הלאומי, התשנ"ה – 1995 מקנה בהקשר זה רובד בסיסי ומינימאלי בלבד בדמות קצבת הזקנה, כאשר פנסיה תעסוקתית - בין תקציבית ובין צוברת - הובטחה בעבר בעיקר במקומות עבודה מאורגנים, ומובטחת כלל ענפי המשק רק בשנים האחרונות (צו ההרחבה לביטוח פנסיוני במשק, אשר נכנס לתוקף בחודש ינואר 2008).

גם גמלאי שצבר את מלוא זכויות הפנסיה מקבל גמלה ששיעורה נמוך משכרו כעובד פעיל, ולעובדים רבים – בעיקר בשוק העבודה השניוני - אין כלל הסדר פנסיוני, או שקיים הסדר פנסיוני לא מספק (עניין נבו; עניין סאוט אלעאמל; אלון-שנקר, בעמ' 128; לנתונים המעידים כי נכון לשנת 2000 – כמחצית מכוח העבודה האזרחי בישראל לא היה מבוטח בביטוח פנסיוני ראו בעניין **אוניברסיטת בר אילן**, בסעיף 38 לפסק הדין). דווקא הקבוצות החלשות יותר הן הסובלות מהעדר הסדר פנסיוני או מהסדר פנסיוני חלקי, כפי שהוסבר בדו"ח הוועדה הציבורית:

**"מנקודת הראות של רווחת הפרט, העלאת גיל פרישת חובה תאפשר לרוצים בכך המשך העבודה והמשך הצבירה של זכויות פנסיה לאלה שלא הגיעו לפנסיה מרבית. הדבר משמעותי ביותר לגבי העולים החדשים שהגיעו לארץ בגיל מבוגר ולא הספיקו לצבור שנות עבודה מספיקות, לגבי נשים שהתעסוקה שלהן הייתה בלתי רצופה ומנעה מהן לצבור זכויות פנסיה, וגם לגבי עובדים אשר החליפו מקומות עבודה בגילאים צעירים יותר ובשל חוסר מודעות וצרכים כלכליים דחופים שברו את רציפות זכויותיהם הפנסיוניות..."** (עמ' 6; להרחבה ראו אצל אלון-שנקר, בה"ש 172; לפערים המגדריים בקשר לכך ראו במסמך העמדה בעניין העלאת גיל הפרישה לנשים כפי שהוגש מטעם האגודה לזכויות האזרח לוועדה הציבורית לבחינת גיל הפרישה לנשים (מאי 2011)).

ראוי לציין כי קיימת גם השלכה כלכלית שלילית מבחינת כלל המשק לאי העסקתם של אזרחים ותיקים המעוניינים להמשיך ולעבוד, כפי שעולה מדברי ההסבר להחלטה שקיבלה ממשלת ישראל סמוך טרם חתימתו של פסק דין זה (החלטת ממשלה מס' 5147 מיום 14.10.2012 בדבר קידום תעסוקת מבוגרים בישראל). במסגרת החלטה זו החליטה הממשלה על

הקמת ועדה לשילוב השתתפותה של אוכלוסיית המבוגרים בשוק העבודה, וזאת לצורך ניצול כוח העבודה המיומן של האזרחים הוותיקים ועל מנת להשיג באמצעות העסקתם "חיסכון כלכלי עצום" (כלשון דברי ההסבר).

40. מצידו השני של המטבע, קיימים גם שיקולים כלכליים וחברתיים כבדי משקל המצדיקים קביעה של גיל פרישה אחיד ומוגדר שאינו תלוי ברצונו של כל עובד. להלן השיקולים העיקריים המובאים דרך כלל בקשר לכך – ותשובות אפשריות להם:

א. נטען כי גיל פרישה כפוי ואחיד הינו הכרחי על מנת לפנות מקומות עבודה לדור הצעיר, למנוע אבטלה, לאפשר קידום ו"לרענן את השורות" (השופט בך בעניין נבו, הנשיא אדלר בעניין קלנר).

אחת התשובות לכך הינה כי מבחינה אמפירית, אין בסיס לחשש כי המשך תעסוקת מבוגרים יגביר את האבטלה בקרב צעירים (דו"ח הוועדה הציבורית, בעמ' 7). גם בספרות הכלכלית נדחתה טענה זו, והובהר כי אין מדובר ב"משחק סכום אפס" שכן "שווקי העבודה הם לרוב גמישים ודינמיים ויכולים ליצור אין ספור משרות..." (אלון-שנקר, בעמ' 104; למרות שלכאורה תשובה זו רלוונטית לרמת ה"מקרו" ולא בהקשר של מקום העבודה הבודד).

בנוסף, גם אם נניח כי תגבר האבטלה – מדוע להטיל דווקא על קבוצת העובדים המבוגרים את הנטל החברתי של פתרונה? באשר ל"רענון שורות" – לכאורה קיימות דרכים מידתיות יותר לדאוג לכך, שאין בהן כדי למנוע תעסוקה ופרנסה מקבוצת עובדים גדולה רק בשל גילה. ככל שהכוונה ב"רענון שורות" הינה להפחתת עלויות בשל עלות שכרם הגבוהה של העובדים המבוגרים – כבר נקבע כי אין זה כשלעצמו שיקול לגיטימי (עניין בוסי).

ב. נטען לירידה בפריון העבודה עם הגעתו של העובד לגיל מתקדם. גם לכך מספר תשובות: ראשית, מחקרים מלמדים כי הגעה לגיל מסוים אין משמעה ירידה ביכולת התפקוד (וראו בדו"ח הוועדה הציבורית: "עשרות מחקרים שבדקו את הקשר בין רמת ביצוע בעבודה לבין גיל

לא מצאו כל עדויות לכך שרמת הביצוע יורדת עם הגיל". שנית, גם אם קיימת ירידה בתפקוד – הרי שהיא אינדיבידואלית באופייה, ומשתנה מאוד מאדם לאדם (שם; וכן אצל שניט, בעמ' 511; אלון-שנקר, בעמ' 117; על הצורך לשקול מאפיינים אינדיבידואלים ראו למשל בעניין רקנט ובעניין רוזנבאום).

שלישית, גם אם קיימת ירידה בתפקוד בפרמטרים מסוימים – ההנחה היא כי קיימות לעובד המבוגר יכולות המפצות על כך, דוגמת ניסיון, נאמנות ומיומנות (רות בן ישראל, שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה, כרך ג', 1047; להלן – בן ישראל; כן ראו בעניין רוזנבאום; עניין שדה). החשש מפני ירידה בכישורי העבודה מבוסס, לפיכך, בחלקו הגדול, על סטריאוטיפים ודעות קדומות שאין להנציחם. בלשונה של השופטת ורדה וירט-ליבנה:

**"הפליה אסורה מחמת גיל מונעת פעמים רבות מתוך דעות קדומות וסטריאוטיפים, אשר מייחסים לעובד מבוגר כושר עבודה נמוך יותר וחשש לנטל כלכלי כבד על המעסיק. זאת, כאשר עובדים כאלה לעתים קרובות ניחנים במעלות מיוחדות שיש להביאן בחשבון כגון ניסיון חיים, יציבות, ואופקים רחבים. קביעת תנאי העסקה נמוכים לעובדים מבוגרים ללא כל הצדקה רלוונטית, ומפאת גילם בלבד, עלולה לבסס סטריאוטיפים שגויים בדבר כושר עבודה נמוך של עובד מבוגר אשר מביא לכלל הנחה כי אינו ראוי לקבל תנאי עבודה שווים לעובד צעיר באותו תפקיד ובאותו מקום עבודה וניתן להפלותו בשל כך" (עניין מוצפי).**

ג. נטען כי בדיקה תפקודית אינדיבידואלית עלולה לפגוע בכבודו של העובד המבוגר (דעת המיעוט של פרופ' פרנסיס רדאי במסגרת דו"ח הוועדה הציבורית), "ולהעמידו במצבים של מתח, אי ודאות ואף השפלה בשל הצורך בבדיקות חוזרות של יכולותיו ותפקודו ובשל השוואתם לאחרים על בסיס אינדיבידואלי" (עניין שדה).

תשובה אפשרית לכך היא כי קיימות דרכים לביצוע בדיקות רפואיות שוטפות שיהא בהן כדי לנטרל את החששות, ולהקהות את הסטיגמה השלילית שעלולה להתלוות לתוצאות בדיקה כזו (בן ישראל, בעמ' 1053). תשובה נוספת היא כי לא תמיד נדרשת בדיקה תפקודית, וכי ניתן להגיע לפתרונות ביניים התלויים, בין היתר, בסוג התפקיד.

ד. נטען כי העדר ודאות באשר למועד פרישתו של כל עובד יפגע ביכולתו של המעסיק לתכנן את כוח העבודה במפעלו (דעת המיעוט של פרופ' פרנסיס רדאי במסגרת דו"ח הוועדה הציבורית). חוסר ודאות בתכנון כוח האדם ובאפשרויות הקידום אף עלול לגרום למתחים פנימיים, ולהרעת היחסים הבין-אישיים במקום העבודה (שניט). טיעון דומה מתבסס על "מודל התגמול הדחוי" – המעודד חוזה עבודה ארוך טווח, וכולל בחובו ביטחון תעסוקתי ועליות שכר מובטחות, בהסתמך על סיום קשר העבודה במועד נתון וידוע מראש (רבין-מרגליות, בעמ' 155).

גם לכך מספר תשובות אפשריות. ראשית, מספר העובדים המועסקים באותו מקום עבודה לטווח ארוך הולך ופוחת, שכן "שוק העבודה הפך דינמי והעובדים משנים את מקום עבודתם מספר רב של פעמים" (אלון-שנקר, בעמ' 141). שנית, "הוכח הן מבחינה תיאורטית והן מבחינה פרקטית כי מודל התגמול הדחוי יכול להתקיים אף בלי הסדר של פרישת חובה" (שם, בעמ' 122). שלישית, כבר נקבע כי "הפררוגטיבה של המעביד מוגבלת על ידי עקרון השוויון" (עניין רקנט). לפיכך גם אם נניח כי קיימת פגיעה מסוימת בוודאות, המקשה על תכנון כוח העבודה – אין בכך בהכרח משקל נגד מול זכות יסוד מהותית של העובד המבוגר להמשיך בעבודתו, כאשר קיימות גם דרכים ארגוניות מידתיות יותר לטפל בכך.

ה. נטען כי גיל פרישה אחיד וקבוע מראש הינו חלק ממערך הזכויות הסוציאליות של העובדים, על מנת שיוכלו לפרוש בכבוד מעבודתם לאחר שנות עבודה רבות, ולנצל את זמנם לפעילות פנאי ומשפחה, ללא לחץ מצד המעסיק להמשיך ולעבוד (השופט בך בעניין נבו; השופט ג'ובראן בעניין זוזל; עוד ניתן להפנות בהקשר זה למחאות ציבוריות מהשנים האחרונות, וכדוגמא בצרפת, כנגד כוונה להעלות את גיל הפרישה). קיומו של גיל פרישה אחיד וקבוע מראש אף יקטין את התמריץ למעסיקים לנסות ולהביא לסיום ההעסקה טרם גיל זה (שניט).

התשובה לכך הינה, כי יש להותיר על כנה את הזכות לפרוש לאותם עובדים המעוניינים בכך, מבלי לפגוע בזכותם של העובדים המבקשים

להמשיך לעבוד. תשובה נוספת הינה כי בעידן התעסוקה המודרנית אין צורך בחיתוך גס בין "תקופת עבודה" ל"תקופת פנאי", וניתן לאפשר עיסוקי פנאי גם במקביל לעבודה (רות בן ישראל, גיל הפרישה במבחן השוויון: פרישה ביאולוגית או פרישה תפקודית? הפרקליט מג 251 (1997); להלן – **בן ישראל 1997**).

מובן כי אין בסקירה קצרה זו כדי למצות נושא סבוך זה, וקיימים לגביו טיעונים נוספים ותשובות נוספות, המעלים לדיון ספקטרום רחב של ערכים כמו גם שיקולים מתחומים מגוונים.

#### **החלתם של עקרון השוויון וחוק שוויון ההזדמנויות על פרישה כפויה**

41. בהתחשב בכל האמור לעיל לגבי השלכותיה של פרישה כפויה, הכירו בתי הדין לעבודה - ובית המשפט העליון - באפליה אסורה מטעמי גיל, בהתייחס לסוגיות שונות הנוגעות לגיל הפרישה.

42. כך, למשל, הוכרו מקרים בהם נקבע גיל פרישה נמוך לנשים לעומת גברים, תוך אפליה משולבת מטעמי מין וגיל (ראו ההתייחסות בסעיף 31 לעיל). סוג נוסף הינו מקרים בהם נקבע גיל פרישה נמוך מגיל הפרישה המקובל, לעובד או לקבוצת עובדים, ובמקרה כזה בדקו בתי המשפט האם מאפייניו הייחודיים של העיסוק או המפעל מצדיקים זאת.

באותם מקרים בהם הוכר טעם רלוונטי ומידתי להבחנה - אושר גיל הפרישה הנמוך (דב"ע נו/196-3 **מועצת העובדים של מפעלי ים המלח – נפתלי שרעבי**, פד"ע ל' 283 (1997); ע"ע 1313/04 **משה אסא – אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ**, מיום 23.3.2006; להלן – **עניין אסא**), אך באותם מקרים בהם לא הוכח כי ההבחנה הינה הכרח המציאות ומידתית – נקבע שמדובר באפליה על בסיס גיל, שיש לבטלה (**עניין רקנט**; **עניין רוזנבאום**; **עניין זוזל**; ע"ע 1414/01 **מפעלי ים המלח – משה ניסים**, מיום 18.3.2004; להלן – **עניין ניסים**). ראוי לציין כי ההכרה באפליה מטעמי גיל בהקשר זה הלכה והתרחבה, וכיום חלה גם ביחס למקצועות אשר נחשבו בעבר כמצדיקים התייחסות נפרדת.

43. קיימות דוגמאות נוספות להרחבת ההכרה באפליה מטעמי גיל בהלכה הפסוקה בשנים האחרונות. כך, וכדוגמא, בהקשר של קבלה לעבודה - בוטל הגיל המקסימאלי לקבלה לעבודה, אשר נהג משך שנים ביחס לסוהרים ושוטרים (בג"צ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח נ. השר לביטחון פנים**, פ"ד נח(2) 358 (2004)). הנשיא (בדימוס) ברק אף הדגיש באותו עניין, כי **"במציאות החיים המודרנית, שבה כוח העבודה הולך ומתבגר, המודעות לקיומה של הפליה מחמת גיל צריכה לגבור אף היא"**.

בהקשר של תנאי העבודה – נפסל בפסיקתו של בית הדין הארצי הסכם קיבוצי בשל היותו מפלה מחמת גיל, משנקבע בו כי הוראותיו יחולו על עובדים שהתקבלו לעבודה בגיל 55 ומעלה, בלא שהוכחה רלוונטיות כלשהי לגילו של העובד בכל הנוגע לביצוע העבודה (עניין **מוצפי**). בהקשר של סיום עבודה – נפסק כי פיטורי גננות בהגיען לגיל מתקדם, על בסיס קריטריון של ותק שהינו למעשה תואם גיל, **"בלא שהוקדשה מחשבה לנסיבותיהן האישיות כפרטים, ובלא שהובטחה להן רשת ביטחון קיומית"** – מהווים אף הם אפליה אסורה מטעמי גיל (השופטת רונית רוזנפלד בעניין **בוסי**).

44. בעניין שלפנינו מבקשות המערערות מבית דין זה לצעוד צעד אחד קדימה, ולהצהיר כי עצם קביעתו של גיל פרישה **אחיד** כפוי היא בלתי חוקתית ועל כן יש להורות על ביטולה. למעשה סבורות המערערות, כי לצורך מתן מענה מלא להפלייתה של קבוצה הולכת וגדלה - קבוצת האזרחים הוותיקים - לא די ליתן פתרון נקודתי למקרים ספציפיים של חריגה מהכלל, אלא יש להכיר בבעיה המבנית ולטפל בה מהשורש.

נקדים ונאמר, כי הגם שבית דין זה הכיר בפסיקתו, ומכיר גם כיום, בבעייתיות הכרוכה בקביעת גיל פרישה כפוי אחיד מתוקף הוראת חוק – החלטנו להותיר את ההכרעה בשאלות החוקתיות לבית המשפט העליון, והטעמים לכך יפורטו להלן. עם זאת, ומשהובאה השאלה לפתחנו – נתייחס להלן לשיקולים הרלוונטיים לצורך הכרעה בה, שיקולים אשר יש להם חשיבות גם לצורך הדיון בשאלת פרשנותו של סעיף 4 לחוק גיל פרישה ובדרך יישומו.

## ההתייחסות בספרות המשפטית, בפסיקה ובמשפט המשווה לגיל פרישה אחיד

45. בספרות המשפטית קיימת התייחסות לא מבוטלת לסוגיה של גיל פרישה אחיד. מרבית הכותבים שותפים לדעה כי קביעת גיל פרישה ביולוגי כפוי מהווה אפליה אסורה מטעמי גיל, המנוגדת לעקרון השוויון ולחוק שוויון ההזדמנויות. הדעה הנחרצת ביותר הינה של פרופ' רות בן ישראל, הסבורה כי יש להמיר את המודל הקיים במודל של פרישה תפקודית המתבססת על נתוניו הפרטניים של כל עובד (בן ישראל; בן ישראל 1997).

46. כותבים אחרים יוצאים אף הם מנקודת מוצא של אפליה אסורה, אך מציעים פתרונות ביניים שונים. כך, ולמשל, הציע פרופ' דן שניט – לפני יותר משלושים שנה – "לאפשר המשך עבודה של מי שמפגין יכולת וכל עוד הוא מגלה יכולת כאמור, עד לתום שלוש שנים ממועד הפרישה הקבוע. בתום הארכת תקופת העסקה (שלוש שנים) רשאי יהיה המעביד לכפות פרישת העובד. בהעדר הסכמה בין המעביד לעובד לגבי כושרו להמשיך בעבודה, יוכרע הדבר על ידי ועדת תעסוקה, אשר תוסמך לערוך בדיקות כשירות והתאמה לתפקיד" (שניט, בעמ' 524).

47. פתרון ביניים נוסף הוצע על ידי פרופ' שרון רבין-מרגליות, אשר סבורה כי גיל פרישה כפוי ניתן להצדקה חוקתית בנסיבות בהן הוא נועד לקדם הסדרים של ביטחון תעסוקתי ("קביעות"), היינו "הסדרים בהם לא בוחנים את תפקוד העובד באופן תקופתי, והם מאפשרים העסקה על פני מחזור החיים שמתלווה אליה עקומת שכר עולה" (רבין-מרגליות, בעמ' 172). לשיטתה, באותן נסיבות בהן הסדרי הפרישה נועדו לאפשר כינונם של יחסי עבודה המושתתים על הסדרים של ביטחון תעסוקתי – מוצדק לקבוע כי קביעת גיל פרישה כפוי מתחייבת מ"אופייה או מהותה של המשרה", ולפיכך נופלת בגדר סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות. עם זאת, "אין הצדקה להחיל גיל פרישה כפוי על עובדים שאינם נהנים מהסדרי ביטחון תעסוקתי, בין אם הם מועסקים בשוק המשני ובין אם הם מועסקים בשוק הראשוני: משמעותה של החלה כזו היא אפליה ברורה מטעמי גיל" (שם).

48. עמדת ביניים נוספת הוצעה על ידי ד"ר פנינה אלון-שנקר, והינה לאפשר את קביעתו של הסדר פרישת חובה בהסכם קיבוצי, "המלווה בתוכנית פנסיה נדיבה ומקדם ביטחון תעסוקתי ותגמול על פי קביעות" (אלון-שנקר, בעמ' 23).

139). הסכם קיבוצי כזה חייב, לשיטתה, ליתן מענה לחמישה ערכים רלוונטיים - מיגור סטריאוטיפים וגילנות; מיגור יחסי ניצול; הבטחת קיום מינימאלי ומניעת עוני בקרב אנשים מבוגרים; הכללה של עובדים ותיקים בחיים החברתיים, התרבותיים והפוליטיים; וכן קידום הבחירה האישית והאוטונומיה.

49. גם פנייה למשפט המשווה מגלה מגמה הולכת וגוברת של הכרה בהשלכותיה הקשות של פרישה כפויה בגיל ביולוגי אחיד, ושל הצורך לרככה על מנת שלא לעמוד בסתירה לאיסור ההפליה מחמת גיל. בשנת 1980 פרסם ה-ILO את ה- Older Workers Recommendation (No. 162) במסגרתה הומלץ בין היתר, ובמידת האפשר, להפוך את הפרישה לוולונטארית.

בארצות הברית בוטל החל משנת 1986 גיל פרישת חובה, למעט במקרים חריגים המוגדרים בחוק (ה- Age Discrimination Employment Act); לפירוט בעניין זה ראו את חוות דעתו של השופט הנדל בעניין **זוול; בן ישראל** 1997, בעמ' 274-276; כן ראו אצל Till Von Wachter, The End of Mandatory Retirement in the US: Effects on Retirement and Implicit Contracts, Center for Labor Economics Working Paper (No. 49, University of California Berkeley, 2002). כפי שציין הנשיא (בדימוס) אדלר – **"הסבר אפשרי לאי קביעת גיל פרישה כרונולוגי בארה"ב הוא, ששם ניתן לפטר עובד בכל רגע, כל עוד הפיטורים נעשים על בסיס ענייני ולא מטעם המפר את החוקה... מנגד, בארץ קשה יותר לפטר עובד..."** (עניין **קלנר** – תוך שהוא מכיר בכך שהצורך לקבוע גיל פרישה כפוי קשור, ולו במידה מסוימת, למושג ה"קביעות").

50. בקהילה האירופית, אוסרת דירקטיבה 2000/78/EC על הפליה בעבודה, בין היתר על רקע גיל, אך אין בה כדי למנוע קביעת גיל פרישת חובה ככל שקביעה כזו מוצדקת מבחינה אובייקטיבית וסבירה לצורך השגתה של מטרה ראויה, ובתנאי שהאמצעים להשגת המטרה מידתיים ונחוצים (לסקירה בקשר למצב המשפטי במדינות אירופה ראו אצל מיכל טביביאן-מזרחי, **איסור הפליה בעבודה על רקע גיל**, מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2007).



51. בשנת 2011 אישר בית המשפט האירופי לצדק הסכם קיבוצי שחייב פרישה מעבודה עם היווצרות הזכאות לפנסיה, ולכל המאוחר בגיל 65 ( Rosenblatt v. Oellerking GmbH, Case C-45/09 (2011) CMLR 1011 ). נקבע שהמטרות העומדות בבסיס ההסכם הן לגיטימיות, בהתחשב בין היתר בתחליף ההכנסה שהובטח לעובדים המבוגרים, ולכך שהדבר נעשה במסגרת הסכמית אשר לקחה בחשבון את מאפייניו של מקום העבודה.

במקרה אחר אישר בית המשפט האירופי לצדק חוק שחייב פרישה של פרקליטים בשירות הציבורי בגיל 65, בהתחשב בכך שזכו לפנסיה נדיבה ויכלו להמשיך לעבוד עד גיל 68 ( Fuchs and another v. Land Hessen, (2011) 3 CMLR 1299, Joined Cases C-159/10 and C-160/10 ). מאידך נפסל הסכם קיבוצי אשר חייב טייסים לפרוש בגיל 65, בהעדר הצדקה לכך מבחינה בטיחותית או פיזיולוגית ( Prigge and others v. Deutsche Lufthansa AG, Case C-477/09 (2011) IRLR 1052 ); לתיאור פסקי הדין ראו בעניין Seldon, להלן).

52. באנגליה הותקנו בשנת 2006 ה - Employment Equality (Age) Regulations, אשר התירו למעסיק לקבוע פרישת חובה בגיל 65 (תקנה 30), כפוף למתן זכות לעובד לבקש את המשך העסקתו, וכאשר המעסיק מחויב לשקול את הבקשה, להיפגש עם העובד על מנת לדון בכך ולתת לו זכות ערעור ככל שבקשתו נדחית (תקנה 47 ונספח 6 לתקנות, העוסק ב - Duty to Consider Working Beyond Retirement וקובע מנגנון מפורט בקשר לכך; כן ראו בעניין Seldon, להלן, בסעיף 25 לפסק הדין).

תקנה 30 בוטלה בשנת 2011, עם חקיקת The Employment Equality Regulations (Repeal of Retirement Age Provisions), ולפיכך גיל 65 אינו נחשב עוד כמצדיק פרישה בפני עצמו. המשמעות היא כי מעסיק הקובע גיל פרישת חובה מחויב להצדיק הן את עצם קביעתה של פרישת חובה, והן את הגיל הספציפי שנבחר לצורך כך. בפסק דין מחודש אפריל 2012 דן בית המשפט העליון במקרה בו נקבע גיל 65 כגיל פרישת חובה, כחלק מהסכם

שותפות של משרד עורכי דין. בית המשפט שוכנע כי השותפות פעלה להשגת מטרות לגיטימיות המשרתות מדיניות חברתית, ובהן "הגינות בין-דורית" וכבוד (dignity), אך שאלת המידתיות בקביעת הגיל הספציפי לא הוכרעה – והתיק הוחזר לערכאה הדיונית לצורך בדיקתה ( Seldon v. Clarkson ) (Wright and Jakes, 2012 UKSC 16).

53. בקנדה נקבע בשנת 1990 שחובת הפרישה בגיל מוגדר עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ולפיכך חוקתית (עניין McKinney v. University of Guelph, 3 SCR 451 (1990), כפי שאוזכר אצל בן ישראל 1997, בעמ' 285). עם זאת, "בשנים האחרונות מגמת החוק הקנדי, הן הפרובינציאלי והן הפדראלי, היא לבטל את חובת הפרישה בגיל מסוים, למעט במקרים שמעוגנים בהסכמי פנסיה או שהפיטורים נדרשו בשל דרישות העבודה" (חוות דעתו של השופט הנדל בעניין זוזל; כן ראו אצל אלון-שנקר, בה"ש 22).

מדינות נוספות בהן בוטלה חובת הפרישה בגיל ביולוגי אחיד הן אוסטרליה, ניו זילנד, יוון ופינלנד (דו"ח הוועדה הציבורית, בעמ' 7; אלון-שנקר, בעמ' 84).

54. בישראל עלתה מעת לעת, בפסיקתו של בית המשפט העליון, הסוגיה של כפיית גיל פרישה אחיד כאפליה מטעמי גיל, אך טרם נערך בו דיון ממצה בשאלה אם מדובר בהסדר חוקתי. הגם שבין השורות, יצאו חלק משופטי בית המשפט העליון מנקודת הנחה כי הסדר גיל הפרישה הביולוגי הכפוי הינו חוקתי – הדגיש בית המשפט העליון פעם אחר פעם כי טרם דן בשאלת חוקתיותו של ההסדר לעומקה (עניין רקנט; בג"צ קלנר; עניין שדה; עניין זוזל).

זאת ועוד, במקביל לנקודת ההנחה הלכאורית כי מדובר בהסדר מידתי שנועד לתכלית ראויה, הדגישו חלק משופטי בית המשפט העליון כי "רוחות חדשות מנשבות בחברה שלנו, כמו בחברות אחרות, ואין לשלול התפתחות עתידית אשר תערער את נקודת המוצא ביחס לגיל הפרישה הכפויה הראוי, ואולי אף ביחס לפרישה כפויה מחמת גיל בכלל" (השופטת (כתוארה אז)

דורית ביניש בבג"צ רקנט; וכן בחוות דעתו של השופט רובינשטיין בבג"צ קלנר).

55. גם בפסיקת בית הדין הארצי ניתן למצוא אמירות לפיהן כפיית גיל פרישה ביולוגי אחיד הינה לגיטימית (ע"ע 300205/98 שלמה אבני – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לד 361 (1999); עניין קלנר; ס"ק 56/09 הסתדרות המעו"ף – חבר המועצות הדתיות, מיום 4.4.2012; ובפסקי דין אזוריים שהתבססו על כך – דוגמת עב' (ת"א) 912492/99 אורה מאור – האוניברסיטה הפתוחה, מיום 27.6.2000; להלן – עניין מאור).

עם זאת ובמקביל לכך, ניכרת גם מגמה של הכרה הולכת וגוברת בעוצמותיה של ההפליה מחמת גיל ובחשיבות לעקרה מן השורש, גם באמצעות שינוי של מסורות ארוכות שנים (כדוגמאות אחרונות ראו את עניין בוסני ועניין מוצפי; במאמר מוסגר יצוין כי תיקונה של אפליה מבנית מחייב בדרך כלל שינוי של מסורות ארוכות שנים). ואכן, בפסיקה מאוחרת יותר כבר נקבע כי "שאלה טובה היא אם גיל הפרישה המקובל של 65 שנים יוצר – הוא עצמו – הפליה פסולה" (השופט צור בעניין אסא; וכן דבריה של השופטת ורדה וירט-ליבנה בעניין מוצפי, בסעיף 21).

#### עמידת סעיף 4 לחוק גיל פרישה במבחני פסקת ההגבלה

56. המערערות יוצאות באופן מובהק כנגד חוקתיותו של סעיף 4 לחוק גיל פרישה, ומכאן שיש לבצע ניתוח חוקתי של הוראת הסעיף. יש לבחון האם הסעיף מביא לפגיעה בזכות יסוד המוסדרת בחוקי היסוד, וככל שכן – האם פגיעה זו מוצדקת בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה. נציין כבר כעת כי מטעמים שיפורטו להלן – לא מצאנו לנכון להגיע למסקנות בשאלת חוקתיותו של סעיף 4 לחוק גיל פרישה, אלא להותיר את ההכרעה בכך לבית המשפט העליון. עם זאת פטור בלא כלום אי אפשר, ולכן נתייחס לכך בקצרה.

57. החיוב לפרוש מעבודה רק בשל הגעת העובד לגיל כרונולוגי מסוים, בפרט בהתחשב בהשלכות הקשות של פרישה כזו הנעשית בניגוד לרצונו של העובד, מהווה על פניו הסדר הפוגע בזכות החוקתית לשוויון, וייתכן שגם בזכות החוקתית לחופש עיסוק. כפי שהטעים השופט ג'ובראן בעניין זוזל - 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" (לקביעה דומה ראו בעניין קלנר).

מששוכנענו כי הסדר פרישת החובה פוגע בזכויות המוגנות במסגרת חוקי היסוד, יש להמשיך ולבחון אם פגיעה זו נעשתה כדין. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". במסגרת הבחינה החוקתית יש לפיכך להמשיך ולבחון האם מתקיימים - בכל הנוגע לסעיף 4 לחוק גיל פרישה - תנאיה של פסקת ההגבלה.

58. התנאי הראשון - פגיעה במסגרת חוק בלבד - לכאורה מתקיים ואין צורך להרחיב לגביו. באשר לתנאים השני והשלישי - הלימה לערכיה של מדינת ישראל וקיומה של "תכלית ראויה" - נקבע בפסיקתנו של בית המשפט העליון כי "תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (הנשיא (בדימוס) ברק בעניין התנועה לאיכות השלטון). ככל שהפגיעה בזכויות האדם הינה קשה יותר, כך מוחמרת אמת המידה הנדרשת מן התכלית - ויידרש להצביע על תכלית המגשימה מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ (שם).

59. בהקשר של סעיף 4 לחוק גיל פרישה, קבע הנשיא (בדימוס) אדלר כי הפגיעה בזכות לשוויון כתוצאה מגיל פרישה כפוי הינה לתכלית ראויה (עניין קלנר), ואנו נוטים להסכים עימו כי אכן כך הדבר. התכלית הראויה מורכבת משילוב אינטרסים של המעסיק, העובד והמשק בכללותו, ועיקרם באלה: רצון לפתוח מקומות עבודה ואפשרויות קידום לדור הצעיר - אם לא ברמת ה"מקרו", אזי לפחות בתחומי המקצוע הספציפי או מקום העבודה הנתון; מתן כלי לתכנון כוח אדם וניהולו, בפרט במקומות עבודה בהם קיימת "קביעות"; וידוא, לרבות בטיחותי, כי העובד מסוגל להמשיך ולבצע תפקידו גם בגיל מתקדם, מבלי שהדבר ייבדק באופן פרטני תוך גרימת מתח;

והבטחת תקופת פנאי ומנוחה לעובדים, תוך שמירה על מקור מחיה בדמות גמלה חודשית, לאחר שנות עבודה רבות.

עם זאת, תכלית זו אינה עומדת בפני עצמה ויש לראותה בהקשר הסוציאלי הרחב, ובאופן שאינו שולל מטרות חברתיות בסיסיות דוגמת הזכות לעבוד, וזכותו של העובד "לקיום בכבוד חברתי, אנושי וכלכלי בתקופה שלאחר פרישתו לגמלאות" (הנשיאה נילי ארד בעניין סאוט אלעאמל).

60. שאלה סבוכה יותר הינה עמידת סעיף 4 לחוק גיל פרישה בדרישת המידתיות, בהתאם לשלושת מבחני המשנה שנקבעו בפסיקה לצורך כך – מבחן הקשר הרציונאלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן האמצעי המידתי, הבודק את היחס בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית לבין היקף הפגיעה בזכות החוקתית (עניין **בנק המזרחי**; בג"צ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ. שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997); אהרן ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** (1994), 536; גיא דוידוב, עקרון המידתיות בדיני העבודה, **עיוני משפט** ל"א (1) 5 (2008)).

לכאורה קיים בענייננו קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה, כך שמתקיים מבחן המידתיות הראשון, אך קיימים סימני שאלה לא מבוטלים בהתייחס למבחן המידתיות השני ("מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה") ומבחן המידתיות השלישי (איזון התועלת מול הנזק). הטעם לכך הינו קיומם של פתרונות מידתיים, המנסים לצמצם במידת האפשר את הפגיעה הקשה בזכויותיהם של העובדים המבוגרים, מבלי לפגוע בהגשמת התכלית ותוך איזון עדין של האינטרסים המתנגשים.

61. פתרון מידתי אפשרי הינו מתן אפשרות לאותם עובדים המעוניינים בכך, ואשר יימצאו מתאימים לכך לפי קריטריונים שייקבעו, להמשיך בעבודתם גם לאחר גיל 67 הקבוע בחוק. דוגמא לכך מצויה בסעיף 18(א) סיפא לחוק הגמלאות, הקובע כי "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 במשרתו".

היינו, במסגרת חוק הגמלאות הובהר כי חובת הפרישה בגיל 67 אינה הכרח המציאות, וקיימת גם אפשרות להמשך קשר העבודה לאחר מכן, בנסיבות המפורטות בסעיף (ראו גם את סעיף 82.54 לתקשי"ר בקשר לכך ותקנות שירות המדינה (גמלאות) (המשך העסקתו של עובד מעבר לגיל 65), התשכ"ט –1968). גם לגבי עובדי מועצות מקומיות הבהיר מחוקק המשנה כי קיימת אפשרות להמשך העסקה לאחר גיל הפרישה, לרבות מנגנון של הגשת ערר על ההחלטה שלא להאריך את תקופת העבודה (סעיף 108א' לצו המועצות המקומיות (נוהל קבלת עובדים לעבודה), התשל"ז - 1977, בג"צ 5595/10 **מרעי נ. משרד הפנים**, מיום 26.8.2010). הסדר מידתי מסוג זה אמור לכלול גם התייחסות לחבות המעסיק ככל שמופנית אליו בקשה מצד עובד להמשך עבודתו, ועל סמך אילו קריטריונים אמור הוא להפעיל את שיקול דעתו (וראו דיון בקשר לכך להלן, שכן לטענת המערערות הסדר זה קיים כבר כיום במסגרת פרשנות תכליתית של סעיף 4 לחוק גיל פרישה).

עוד ראוי לציין להשלמת התמונה את ההסדר הקבוע בסעיף 33א' לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי"א – 1950 ותקנות משפחות חיילים שנספו במערכה (העסקת עובד מעבר לגיל הפרישה), התשל"ו – 1975, המטיל חובה להעסיק אלמנים והורים שכולים גם לאחר גיל הפרישה הקבוע בחוק גיל פרישה, אלא אם ועדת תעסוקה קבעה אחרת.

62. דוגמא נוספת לפתרון מידתי הינה מתן אפשרות לפרישה גמישה והדרגתית, כך שגם לאחר גיל הפרישה הכפוי יתאפשר לעובד המעוניין והכשיר לכך להמשיך עבודה במשרה חלקית, או בתפקיד אחר (**בן ישראל 1997**; וכן אצל **אלון-שנקר**). דוגמא שלישית – התואמת חלק מההצעות בספרות ובמשפט המשווה וכן את המצב ששרר לכאורה טרם חקיקת החוק - הינה קביעת גיל פרישה כפוי רק במסגרת הסכמים קיבוציים הלוקחים בחשבון את צרכיו של מקום העבודה הספציפי, ומעניקים בתמורה לעובדים ביטחון תעסוקתי ופנסייה מספקת (ליתרונות קביעת גיל פרישה אחיד במסגרת קיבוצית ראו את חוות דעתו של השופט (כתוארו אז) יגאל פליטמן בעניין **ניסים**). נזכיר בהקשר זה כי גם כיום קיימת אפשרות – מכוח סעיף 10 לחוק – לקבוע בהסכם קיבוצי גיל פרישה גבוה מגיל 67.

אפשרויות אלה מובאות כדוגמאות ראשוניות בלבד, מבלי לקבוע שדי בהן כדי לעמוד במבחני המידתיות ומבלי לבחון באופן מלא את השלכותיהן. עם זאת, די בדוגמאות אלו כדי להצביע על כך שקיימות גם דרכים אחרות, יצירתיות וגמישות יותר, שאין בהן משום "גיליוטינה" של גיל פרישה אחיד ושרירותי שאין בלתו. בלשונו של הנשיא (בדימוס) ברק: "שיקול הדעת... אינו מתמצה בבחירה בין גיל פרישה אחיד מינימאלי לבין הוצאה לקצבה על יסוד בדיקה אינדיבידואלית. בין שני קצוות אלה קיים מגוון רחב של הסדרי פרישה שהמשיבים יכולים היו לגבש, מתוך התחשבות באיסור ההפליה מחמת גיל, ומבלי להתפשר על אופי השירות..." (עניין רוזנבאום).

63. על אף סימני השאלה בשאלת המידתיות, ובהתחשב במסקנתנו להלן לגבי הנסיבות הקונקרטיות, לא מצאנו לנכון להכריע בשאלת חוקתיותו של סעיף 4 לחוק גיל פרישה, אלא להותיר את ההכרעה לכך לבית המשפט העליון (כפי שנעשה גם בעניין מוצפי). מבלי למעט מהסמכות הנתונה לבית דין זה לדון בשאלות חוקתיות, לרבות במסגרת תקיפה עקיפה של חוק, יש להתחשב בכך שהסמכות לדון בתקיפתו הישירה של החוק - ובאופן שיחול כלפי כולי עלמא ולא רק ביחס לצדדים הישירים למחלוקת - מסורה לבית המשפט העליון, והוא הערכאה המתאימה והראויה לדון בביקורת חוקתית על חוק כה רחב היקף, שיש לו חשיבות משקית וחברתית כוללת. הדבר נכון ביתר שאת, כאשר בדיון בפנינו לא נשמעו עמדותיהם של גורמים רלוונטיים נוספים דוגמת היועץ המשפטי לממשלה, נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה, ארגוני העובדים וארגוני המעסיקים.

שאלת חוקתיותו של סעיף 4 לחוק גיל פרישה תיוותר לפיכך "בצריך עיון", ותוכרע על ידי בית המשפט העליון במקרה המתאים שיגיע לפתחו לצורך כך. הדבר מוצדק גם מטעמי כיבוד ערכאות, בהתחשב בהנחת היסוד של בית המשפט העליון עד כה - לרבות בפסיקה מהתקופה האחרונה דוגמת עניין זוזל - לפיה החוק הינו חוקתי, וכאשר לפי הידוע לנו קיימות עתירות תלויות ועומדות בעניין זה בימים אלה ממש.

#### הפרשנות הראויה לסעיף 4 לחוק גיל פרישה

64. טיעון חלופי שהועלה על ידי המערערות נוגע לשאלת פרשנותו של סעיף 4 לחוק גיל פרישה, הקובע כאמור כי "הגיל שבהגיעו אליו ניתן לחייב עובד

**לפרוש מעבודתו בשל גילו, הוא גיל 67 לגבר ולאישה (בחוק זה – גיל פרישת חובה)**” . לטענת המערערות, על מנת למנוע סתירה בין סעיף 4 לחוק גיל פרישה לבין עקרון השוויון וסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, יש לפרש את הסעיף באופן המקנה זכות לעובד לבקש ממעסיקו להמשיך ולעבוד גם לאחר הגיעו לגיל 67. לגישתן, כנגד זכות זו מוטלת חובה על המעסיק, לבחון את הבקשה באופן ענייני ועל בסיס אינדיבידואלי.

65. טענה זו אינה מופרכת. כפי שצוין לעיל, סעיף 10 לחוק גיל פרישה מתיר לקבוע בהסכם כי **”הגיל שבהגיעו אליו ניתן לחייב עובד לפרוש מעבודתו בשל גילו יהיה גבוה מגיל פרישת חובה”**. הסכמה כאמור יכולה לבוא לידי ביטוי בין בהסכם קיבוצי, ובין בהסכם אישי (וראו גם את הגדרת **”הסכם”** בסעיף 2 לחוק), כאשר הסכם אישי בקשר לכך יכול להיות מושג בכל עת, לרבות סמוך טרם הפרישה. בהתחשב בכך זכאי העובד, בין בהגיעו לגיל 67 ובין קודם לכן, להעלות בפני מעסיקו את רצונו להמשיך בעבודתו ולתרום למקום העבודה גם לאחר גיל הפרישה המקובל. בהקשר זה כדאי לציין גם את ההיבט האמפירי, ולפיו **”מחקרים רבים הראו כי אלו המבקשים להמשיך לעבוד לאחר גיל 67 אינם רבים ובדרך כלל יהיו אלו העובדים הכשירים והיעילים”** (אלון-שנקר, בעמ' 140).

כנגד זכות העובד לבקש את המשך קשר העבודה, קמה חובה על המעסיק להפעיל שיקול דעת ראוי ופרטני במענה לבקשה זו. חובה זו נובעת מחובות תום הלב וההגינות שחב בהן מעסיק כלפי עובדיו, בשילוב האיסור החוקתי והחוקי על הפליה מטעמי גיל. שילוב זה מחייב לטעמנו את המעסיק להקשיב בנפש חפצה, ולשקול בתום לב, בקשה עניינית של עובד להארכת תקופת עבודתו (והשוו למצב החוקי באנגליה המחייב זאת - סעיף 52 לעיל - בתקנות מפורטות הקובעות מנגנון מסודר, לרבות חובת פגישה ואפשרות ערר).

66. אין משמעות הדבר כי המעסיק מחויב להיענות לבקשה, אלא רק לשקלה בכובד ראש בהתחשב בכלל הנסיבות הרלוונטיות. בין יתר השיקולים ניתן למנות **שיקולים הנוגעים לנסיבותיו האישיות של העובד**, לרבות מספר שנות עבודתו במקום העבודה, היקף זכאותו לגמלה ומצבו הכלכלי והמשפחתי. סוג נוסף של שיקולים עניינים **תרומתו של העובד למקום**



**העבודה**, לרבות אופי התפקיד המבוצע על ידו, מידת הצלחתו בביצועו, האם יש חשש אובייקטיבי שכישרו פחתו עם הגיל (עם מתן אפשרות לבדיקת תפקוד אינדיבידואלית במידת הצורך), האם יש אפשרות להעבירו לתפקיד אחר וכיו"ב.

67. סוג נוסף של שיקולים – ואין בכך רשימה סגורה – הינו **שיקולים מערכתיים של מקום העבודה** דוגמת צרכיו האובייקטיביים של מקום העבודה פנימה ובתחרות מול מעסיקים אחרים באותו תחום, קשיים כלכליים, עובדים הממתינים לקידום ועוד. על המעסיק יהא לקחת בחשבון גם **שיקולים פנסיוניים, הנוגעים להסדרי הפנסיה הנוהגים במקום העבודה**. בהקשר זה נציין כי לכאורה – הן לפי התקנון האחיד והן לפי תקנוני קרנות הפנסיה החדשות – קיימת אפשרות לדחיית היציאה לגמלאות מעבר לגיל הפרישה, ובכך להביא להגדלת הקצבה (ובלבד שאין חריגה מהתקרה; ראו בקשר לכך למשל את סעיף 14 לתקנון האחיד, וכן במסמך "דחיית גיל הפרישה לנשים – נתוני רקע והשלכות", מרכז המחקר והמידע של הכנסת (מרץ 2011)).

בנוסף, ראוי לשקול אם קיימת אפשרות **להמשך העסקתו של העובד בדרך אחרת**, דוגמת הפחתת משרתו למשרה חלקית או היעזרות בו כיועץ חיצוני (והשוו, בעניין השיקולים הרלוונטיים ובשינויים המחויבים, לעניין **זול**; באותו עניין אמנם נפסל מנגנון דומה של הגשת בקשה מצד העובד לצורך הארכת שירותו, אך זאת כאשר דובר על פרישה כפויה 10 שנים טרם גיל הפרישה המקובל).

68. המעסיק יהא רשאי לשקול גם **השלכות רוחב**, ככל שישנם עובדים נוספים שהגישו בקשות דומות, נוכח עקרון השוויון (והשוו – לגבי חובת קופות החולים להפעיל שיקול דעת למתן שירותי בריאות מעבר לסל הבריאות – לע"ע 205/08 **שירותי בריאות כללית - אילן טיירו ז"ל**, מיום 9.11.2009; ע"ע 575/09 **מכבי שירותי בריאות - יורם דהאן ז"ל**, מיום 6.1.2011).

ייתכן והמעסיק יהא מחויב גם למשא ומתן או היוועצות עם נציגות העובדים בקשר לכך, הכל בתלות במאפייניו של אותו מקום עבודה ובהסדרים הקיבוציים הנהוגים בו. מובן כי המעסיק יהא מחויב להפעיל קריטריונים

אחידים ושוויוניים, בהתחשב בין היתר באופיו של מקום העבודה, וליישם בתלות בנסיבותיו הספציפיות של כל עובד.

69. האמור לעיל למעשה אינו מהווה "פרשנות" של סעיף 4 לחוק גיל פרישה, אלא הבהרה לשיקולים שיילקחו בחשבון ביישום הוראת החוק הלכה למעשה. זאת, כאמור, מכוח חובות תום הלב וההגינות בהן מחויב כל מעסיק כלפי עובדו, בהתחשב באפשרות הארכת תקופת העבודה הנתונה בסעיף 10 לחוק, ועל מנת ליישב במידת האפשר בין חובת הפרישה הנקובה בסעיף 4 לחוק גיל פרישה לבין עקרון השוויון הכללי וסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות. בנסיבות האמורות, הטלת חובה על המעסיק, לשקול בתום לב ובאופן ענייני בקשה שתופנה אליו להארכת תקופת העבודה מעבר לגיל הפרישה הסטטוטורי, הנה מחויבת המציאות בהתחשב בזכות החוקתית לשוויון ובהשלכותיה הקשות של הוצאה כפויה לגמלאות, הכל כפי שפורט בהרחבה לעיל.

להסרת ספק, אין בחובה זו משום סתירה ללשונו או לתכליתו של סעיף 4 לחוק גיל פרישה, שכן נקבע בו במפורש כי גיל 67 הינו הגיל בו "ניתן" לחייב עובד לפרוש. נובע מכך כי על המעסיק להפעיל שיקול דעת טרם שהינו מחליט אם לחייב את עובדו לפרוש בגיל 67 אם לאו, ושיקול דעת מסוג זה – המופעל במסגרת של מערכת יחסי עבודה וקשור בפגיעה בזכויות יסוד – חייב לקחת בחשבון לא רק את האינטרסים הצרים של המעסיק עצמו.

70. שאלה פרשנית נוספת העולה מלשונו של סעיף 4 הינה מה משמעות המושג "לפרוש", בכלל ובהקשר של "לפרוש מעבודתו בשל גילו" בפרט. מבחינה מילונית מוגדרת פרישה, בהקשר שלפנינו, כ"יציאה לגמלאות" (מילון ספיר). בפסיקה הודגש כי "המונחים "פרישה", "גיל פרישה" או "הסכם פרישה" אינם מקובלים או שגורים במשפט העבודה, אלא בהקשר עם הסדר ליציאה לפנסיה" (דב"ע לב/22-3 עיריית חדרה – מנחם מליחי, פד"ע ד' 113, 117 (1972)), ונעשתה הבחנה ברורה בין "פיטורים" לבין "פרישה", כאשר האחרונה "מלווה בדרך כלל בתשלום קצבת פרישה או הטבות פרישה אחרות לעובד הפורש" (עניין בליץ; ההדגשות אינן במקור; כן ראו את דב"ע לו/4-11 הלן אביטן – אורט ישראל, פד"ע ח' 292 (1977)).

במקום נוסף הודגש, כי "אם הוסדרה הזכות הפנסיונית הסדר מלא ומקיף, אין לדבר על פיטורים, אלא על סיים יחסים חוזיים בדרך מיוחדת-מוסכמת, בבחינת גמר חוזה על ידי ביצועו – מיצוי החוזה כפי שראוהו מראש ובמשך כל השנים... עצם החובה והזכות לפרוש מהעבודה באה לא מהחלטה של אחד הצדדים עובר לפרישה, אלא מהתנאים החוזיים שחלו על הצדדים במשך תקופת הקשר החוזי" (דב"ע שם/139-3 מועצת פועלי חיפה – יהושע ירחמיאל, פד"ע יב 365 (1981)). היינו, לכאורה ולפי פסיקה זו, "פרישה" אינה רק סיום עבודה מחמת גיל, אלא סיום עבודה מחמת גיל כחלק מהסדר פנסיוני.

71. בהתחשב באמור לעיל, יש לשקול האם אין לפרש את סעיף 4 לחוק גיל פרישה כמחייב "פרישה" בגיל 67 רק בנסיבות בהן סיום העבודה אכן כרוך ב"יציאה לפנסיה". היינו, רק בנסיבות בהן קיים הסדר פנסיוני כולל, המסדיר את גיל הפרישה, ואשר במסגרתו ומכוחו זכאי העובד "לצאת לגמלאות". פרשנות אפשרית זו תואמת לכאורה הן את לשון החוק, המשתמשת במונח "לפרוש"; הן את ההקשר הכולל של החוק - בשים לב לכך שסעיפים 3 ו-5 לו קושרים בבירור בין "פרישה" לבין קבלת גמלה, וגם בסעיף 1 מצא לנכון המחוקק לשים דגש מיוחד על ההטבות המשולמות לעובד בעת ה"פרישה"; הן את ההיסטוריה החקיקתית שפורטה לעיל; והן את דו"ח הוועדה הציבורית, אשר המליצה על העלאת גיל הפרישה והשוואתו לגיל הזכאות לפנסיה, מבלי שעולה ממסקנותיה כוונה לקבוע גיל פרישת חובה גם לעובדים שלא חויבו לפרוש קודם לכן.

פרשנות זו עשויה לעמוד בקנה אחד גם עם הפתרונות שהועלו על ידי פרופ' רבין-מרגליות וד"ר אלון-שנקר כמפורט לעיל. זאת, שכן הסכם קיבוצי שיש בו הסדר פנסיוני מתייחס בדרך כלל גם להיבטי הביטחון התעסוקתי ולמכלול תנאי העבודה, תוך יצירת ערבות הדדית ו"בין-דורית" בין העובדים, בהתאם לצרכיו הספציפיים של מקום העבודה הרלוונטי. עם זאת, אין באמור לעיל כדי לקבוע שדי בעצם קביעתו של גיל פרישה בהסכם קיבוצי כדי ליתן לו הכשר אוטומטי; גם הסכם קיבוצי הקובע גיל פרישה ייבחן בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה, ועלול להיפסל ככל שייקבע כי יש בו הבחנה מטעמי גיל שאינה מתחייבת ואינה מידתית (עניין נבו; עניין רקנט; עניין מוצפי).

72. בנסיבותיו של מקרה זה אין צורך כי נקבע מסמרות בפרשנות המונח "לפרוש מעבודתו בשל גילו", שכן סיום עבודתה של המערערת נעשה במסגרת הסדר פנסיוני מקיף וכחלק מהסכם קיבוצי שהקנה לה קביעות. **פרשנותו של מונח זה תיוותר לפיכך לעת מצוא**. במאמר מוסגר יצוין כי לא נשמט מעינינו כי התייחסות הפסיקה לסעיף 4 עד כה יצאה מנקודת הנחה אוטומטית כי הוראתו קובעת "גיל פרישה אחיד וקבוע מראש בהסדר סטטוטורי" אשר חל "על כלל העובדים במשק" (עניין שדה), אך זאת ללא דיון בפרשנות המושג "לפרוש מעבודתו". אף לא נשמט מעינינו כי טענה דומה נדחתה בעניין מוצפי, אך זאת ללא דיון ואגב אורחא ולפיכך נראה כי נושא זה טרם מוצה.

#### מן הכלל אל הפרט

73. במקרה שלפנינו הוסדרה פרישתה של המערערת בהסכמים והסדרים קיבוציים, אשר כללו לכאורה הסדר פנסיוני מלא כפוף לתקופת העבודה, ואשר הבטיחו ביטחון תעסוקתי של עובדת "קבועה". המערערת לא העלו טענות כלשהן לגבי ההסכמים הקיבוציים החלים באוניברסיטה וממילא אין באפשרותנו לדון בתוקפם.

נוהל ה"פרישה לגמלאות של עובדים מנהליים" באוניברסיטה כולל בחובו הוראה מפורשת המאפשרת המשך העסקה לאחר גיל 67 ככל שהעובד מבקש זאת, בתנאים המנויים בנוהל. התנאים הנקובים בנוהל הפרישה במקרה זה הינם אישור ועדת מינהלת כוח אדם בראשות המנכ"ל, "כאשר יש בכך משום צרכי האוניברסיטה ו/או עד להשלמת פרויקט או משימה שהעובד מופקד עליה", וכאשר "המשך ההעסקה ודחיית הפרישה לגמלאות תהיה לתקופה של עד שנה אחת בכל פעם ולא מעבר לגיל 70".

74. כאמור לעיל, לאור חובות תום הלב וההגינות, בשילוב עקרון השוויון וסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, על מעסיק – אשר מופנית אליו בקשה של עובד להמשיך ולעבוד לאחר גיל הפרישה – לשקול את בקשתו בכובד ראש. בנסיבות המקרה שלפנינו קמה חובה זו ביתר שאת, מכוח נוהל הפרישה הספציפי החל על עובדי האוניברסיטה המאפשר להאריך את תקופת קשר העבודה לאחר גיל הפרישה.

בהתחשב בכך, אנו סבורים כי האוניברסיטה מחויבת הייתה להפעיל שיקול דעת ענייני ופרטני בבקשתה של המערערת, ולשקול במסגרתו את השיקולים שפורטו בסעיפים 66 - 68 לעיל. האם עשתה כן?

75. בית הדין האזורי לא קבע קביעה עובדתית כלשהי בקשר לכך. מהעדויות שנשמעו בפני בית הדין האזורי עולה כי המערערת פנתה – הן ישירות והן באמצעות הממונה עליה – וביקשה את המשך העסקתה לאחר גיל 67. המערערת אף הייתה מוכנה לעבור לצורך כך למעמד של "משתתף חופשי" (עדותה בעמ' 4 לפרוטוקול) או למשרה חלקית (סעיף 6 לתצהירה).

למרות זאת, נענתה באופן לקוני כי "לא ניתן להיענות לדחיית פרישה בתקופה זו של מצוקה כספית באוניברסיטה", כאשר העד מטעם האוניברסיטה הסביר כי תשובה זו "עולה בקנה אחד עם מדיניותה בשנים האחרונות לצמצם עד למינימום דחיית פרישה או העסקה לאחר פרישה, למעט מקרים חיוניים ביותר, זאת בשל מצוקתה התקציבית של הנתבעת" (סעיף 14 לתצהירו של מר יעקב מילר). האוניברסיטה הדגישה כי בהתאם לנוהל אין כלל רלוונטיות לרצונו של העובד או לנסיבותיו האישיות, אלא רק לצרכיה כמעסיק.

76. הנה כי כן, מכלל הראיות שהובאו על ידי הצדדים עולה כי האוניברסיטה לא שקלה כלל שיקולים פרטניים בבחינת מבוקשה של המערערת אלא רק שיקולים מערכתיים כוללים. על כן, אנו סבורים כי נפל פגם בהתנהלותה כלפי המערערת. האוניברסיטה לא עמדה בנטל להוכיח כי בחנה בכובד ראש ושקלה את האפשרות להמשיך ולהעסיק את המערערת לאחר גיל 67, בהתחשב בנוהל הפנימי המאפשר זאת ובחובות תום הלב בהן היא חבה כמעסיקה.

בחינה עניינית של הבקשה לא יכולה הייתה להתייחס למצוקתה הכספית של האוניברסיטה בלבד, או לרצונה כנובע מכך לבטל באופן מיידי את התקן של כל עובד פורש. לטעמנו, כאשר הופנתה לאוניברסיטה בקשה מפורשת להפעלת נוהל הפרישה ולהארכת תקופת העבודה היה עליה להזמין את המערערת לשימוע - ייתכן יחד עם מנהלה ונציגי ארגון העובדים - ולשקול

גם את נסיבותיה האישיות של המערערת ומכלול הנתונים הקשורים בהעסקתה. כך, ולמשל, היה על האוניברסיטה לקחת בחשבון את העובדה כי המערערת צברה זכויות פנסיה חלקיות בלבד, שאין בהן כדי להוות מקור מחיה מספק. היה עליה לזקוף לזכות המערערת גם את סוג הכישורים הדרושים לביצוע התפקיד (ידיעת השפה האנגלית ומומחיות בתחום גיוס משאבים), אשר לכאורה אין חשש כי ייפגעו כתוצאה מגיל כרונולוגי. היה עליה לזקוף לזכות המערערת גם את המלצת מנהלה הישיר להמשך העסקתה, ואת רצונה העז להמשיך ולעבוד. האוניברסיטה לא שקלה בכובד הראש הנדרש את מכלול נסיבותיה האישיות של המערערת ואת מכלול השיקולים שפורטו לעיל, אלא הסתפקה בדחיית בקשתה נוכח המדיניות הנהוגה בה שלא לאפשר הארכה של תקופת העבודה.

77. להסרת ספק נבהיר כי השיקולים דלעיל הינם פועל יוצא מהחובה הכללית החלה על המעסיק, והגם שאינם מוצאים ביטוי מפורש בנוהל הפרישה של האוניברסיטה. האוניברסיטה מחויבת הייתה לשקלם כחלק מחובות תום הלב שלה כלפי עובדיה, ועל מנת לצמצם את הפגיעה הקשה במערערת מעצם חיובה להפסיק את עבודתה מחמת גילה בלבד (והשוו לנדרש במסגרת התקנות באנגליה – כמפורט בסעיף 52 לעיל; וכן לעניין **מוצפי**, בו הוכרה פגיעה באינטרס ההסתמכות של עובד שאולץ לפרוש בגיל 67, בניגוד למדיניות קודמת שאפשרה המשך העסקה לאחר גיל זה).

עצם הטלת החובה על המשיבה לשקול את השיקולים הפרטניים שצוינו לעיל אין בה כדי לקבוע כי שיקולים פרטניים אלה אמורים היו בהכרח לגבור על שיקוליה המערכתיים של המשיבה. ייתכן, כי גם לאחר שקילת מכלול השיקולים, לרבות התייחסות לטיעוני המערערת בשימוע, הייתה האוניברסיטה מגיעה למסקנה כי אין באפשרותה להאריך את תקופת עבודתה של המערערת - ולא היינו מתערבים בהחלטתה אם נעשית הייתה לאחר שקילת כל השיקולים הרלוונטיים ואיזון מידתי ביניהם. עם זאת במקרה זה האוניברסיטה כלל לא הזמינה את המערערת לדיון בבקשתה, ולא עשתה כל מאמץ לבחון אותה בהקשר הפרטני הכולל. **לטעמנו, בהתנהלותה זו של האוניברסיטה נפל פגם ממשי, המצדיק את קבלת הערעור.**

77. **נותר לדון בנושא הסעד.** המערערות לא עמדו, בכתב הערעור מטעמן, על סעד של ביטול פרישתה של המערערות והשבתה לעבודה, ומשכך מתייטר הצורך לדון בכך. המערערות אף לא ציינו את סכום הפיצוי הנתבע על ידן, ולא ניסו להוכיח נזק ממוני כלשהו אשר נגרם למערערות לרבות גובה שכרה כעובדת פעילה לעומת גובה גמלתה, האם עבדה במקומות עבודה אחרים לאחר פרישתה וכיו"ב. בנסיבות אלה, זכאית המערערות לפיצוי בגין נזק לא ממוני בלבד, בגין אי שקילתה המלאה של האפשרות להמשיך ולהעסיקה לאחר גיל 67, על אף שפנתה בבקשה מפורשת בקשר לכך.

בהתחשב בכלל נסיבות העניין, לרבות עוגמת הנפש שנגרמה למערערות והפגיעה בכבודה, אנו קובעים את סכום הפיצוי למערערות על סך של 50,000 ש"ח. בקביעת סכום הפיצוי לקחנו בחשבון גם את אופייה התקדימי של קביעתנו.

78. **סוף דבר** – לו תישמע דעתי, הערעור יתקבל בחלקו. חל פגם בהתנהלות האוניברסיטה כלפי המערערות, בכך שלא הפעילה שיקול דעת פרטני ביחס לבקשת המערערות להמשיך בעבודתה לאחר גיל פרישה. המשיבה – אוניברסיטת בר אילן – תשלם לפיכך למערערות, גבי ליבי וינברגר, פיצוי בסך של 50,000 ש"ח, לתשלום תוך 30 יום שאם לא כן יישא הסכום ריבית כדין והפרשי הצמדה מהיום ועד התשלום בפועל. בנוסף תשא המשיבה בהוצאות המערערות בשתי הערכאות, בסך של 7,500 ש"ח בצירוף מע"מ.

### **הנשיאה נילי ארד**

האמור בחוות דעתה המעמיקה ורחבת היריעה של חברתי השופטת סיגל דוידוב – מוטולה מקובל על דעתי ואני מסכימה להנמקותיה ולתוצאה אליה הגיעה. זאת, הן בנסיבותיו של המקרה הנדון והן בנוגע לחובות המעסיק דרך כלל. אף מקובלת עליי חוות דעתה של חברתי השופטת ורבנר בהתייחסותה המקיפה למקורות המשפט העברי בסוגיה הנדונה.

## השופטת עפרה ורבנר

1. שאלת כפיית פרישה על אדם בהגיעו לגיל מסוים, בלא קשר לכושרו ולכישוריו להמשיך ולבצע את העבודה, אינה שאלה חדשה. השאלה התעוררה רבות במהלך ההיסטוריה. חברתי השופטת דוידוב מוטולה הביאה בהרחבה ובהעמקה, כדרכה, התייחסות של משפט השוואתי לסוגית גיל הפרישה הכפוי.

בהקשר זה הנני סבורה, כי נכון יהיה לפנות גם למקורותינו אנו - מקורות המשפט העברי על מנת לבחון את עמדת המשפט העברי בסוגיה זו, עמדה שתפורט בהמשך.

2. הנני מסכימה לתוצאה העקרונית אליה הגיעה חברתי השופטת דוידוב-מוטולה בחוות דעתה, באשר לפסיקת פיצוי בגין אי הפעלת שיקול דעת פרטני בעניינה של המערערת על-ידי המשיבה.

בהקשר זה, אציין כי יש לקחת בחשבון את הוראות סעיף 10 לחוק גיל פרישה ואת נוהל הפרישה לגימלאות של עובדים מנהליים באוניברסיטה, המאפשר העסקת עובדים לאחר גיל פרישה, מחד גיסא, אולם מאידך גיסא, יש לקחת בחשבון את העובדה, שבסופו של דבר, תפקידה של המערערת בוטל ולא מונה עובד אחר לתפקיד זה, וכן את טענות המשיבה שהתבססה על הוראות חוק גיל פרישה.

3. למרות שעובדים נלחמו בעבר, ונלחמים רבות גם כיום, על זכותם לפרוש בכבוד בהגיעם לגיל זיקנה, הרי ישנם לא מעט עובדים, המעוניינים להמשיך ולבצע עבודתם בגיל מבוגר, גם כאשר הם יכולים לפרוש מעבודתם. הסיבה לכך הינה, בין היתר, שיש אנשים אשר התמסרו שנים רבות לעבודה ולתרומה לחברה, ומרגישים עצמם כמי שאינם ממצים את יכולותיהם, אינם נמצאים בחברת חבריהם, ויושבים בחוסר מעש, בעת שהם פורשים מעבודתם. כמובן, שתחושה זו אינה מאפיינת את כלל הפורשים מהעבודה.

4. במקורותינו קיימות אמירות רבות על חשיבות העבודה וערכה. באבות דרבי נתן יא' נאמר:



”שמעיה ואבטליון קיבלו מהם. שמעיה אומר: אהוב את המלאכה ושנא את הרבנות ואל תתוודע לרשות ... אהוב את המלאכה כיצד, מלמד שיהא אדם אוהב את המלאכה ואל יהיה שונא את המלאכה ... שנאמר ששת ימים תעבוד ועשית כל מלאכתך. ר”ש בין אלעזר אומר אף אדם הראשון לא טעם כלום עד שעשה מלאכה שנאמר (בראשית ב') ויניחהו בגן עדן לעבדה ולשמרה ... ומה תלמוד לומר - ועשית כל מלאכתך ... אינו מת אלא מתוך הבטלה...”

דהיינו, חכמינו סברו, כי הבטלה מביאה את האדם לידי שעמום, והשעמום גורם לחולי (עיין בפירוש רבינו יונה למשנה, מסכת אבות א', י').

ככלל, בהיבט המחשבתי - פילוסופי, גישתנו אל הזיקנה והפרישה תלויה, בין היתר, בתשובה לשאלה, מדוע אנו נמצאים כאן בעולם ומהי תכלית קיומנו. מן הסתם, אדם שסבור כי יש לו שליחות למלא בעולם הזה ולתרום, ולא רק להינות לנוח וכד', הרי הפסקה בפעילות אותה הוא רואה כשליחות, קשה לו. על רקע האמור לעיל, ניווכח כי בהתאם להלכה ולמשפט העברי, אין ממהרים לסלק אדם ממשרתו, רק בשל הגיעו לגיל זיקנה.

5. עמדת המשפט העברי, כפי שתובא להלן מבוססת הן על חוות הדעת שקיבלנו מהמרכז ליישומי משפט עברי במכללה האקדמית נתניה, חוות דעתם של הרב עו”ד ירון אונגר ופרופ' יובל סיני, והן על מאמרו של הרב מנחם סליי - הפרישה מעבודה כחובת גיל במקורות היהדות, אסיא ל”ו, כרך ט' חוברת ד', תמוז, תשמ”ג (יולי 1983), עמוד 25.

כמו-כן קיימים מספר מאמרים העוסקים בגיל הפרישה של דיינים ושל נבחרי ציבור, אשר פורסמו בספר בצומת התורה והמדינה, כרך א', עמודים 277-291.

### **חובת פרישה כהיבט של ירידה ביכולות הפיזיות:**

6. בדרך העולם, קיימת ירידה בכושרו הגופני של האדם המבוגר. מאידך גיסא, לאדם המבוגר ניסיון חיים ויישוב דעת, שלעיתים, אין לאדם הצעיר. הירידה בכושרו הגופני של האדם המבוגר, מתוארת באמצעות דימוי ובתיאור ציורי על ידי שלמה המלך, בספר קהלת, פרק י”ב, פסוקים ב’-ח’.

לירידה זו בכושר הגופני, קיימים גם חריגים. דהיינו, אנשים מבוגרים שכושרם הגופני אינו נופל מזה של צעירים. דוגמא לכך מובאת בתלמוד

הבבלי, מסכת חולין, כד' ע"א, שם מתואר רבי חנינא שהיה בן 80 שנה והיה עומד על רגלו האחת וחולץ מנעלו.

7. בהקשר זה של חובת פרישה, מאחר והעבודה הנדרשת היתה עבודה פיזית, קיימת התייחסות מפורשת בתורה. ההתייחסות הינה, הן לעבודת הלויים, והן לשירותם הצבאי של בני ישראל במדבר סיני.

בספר במדבר פרק ח' פסוקים כ"ג-כ"ו, נאמר:

**"וידבר ה' אל משה לאמר. זאת אשר ללויים, מבן חמש ועשרים שנה ומעלה יבוא לצבא צבא בעבודת אהל מועד. ומבן חמישים שנה ישוב מצבא העבודה ולא יעבד עוד, ושרת את (עם) אחיו באוהל מועד לשמור משמרת, ועבודה לא יעבד, ככה תעשה ללויים במשמורתם".**

במסכת חולין, דף כד' עמ' א' הודגש, כי:

**"לויים במומין כשרים בשנים פסולין".**

הגמרא אף הבהירה, כי הגבלת הגיל מתייחסת לתקופת קיומו של אוהל מועד בעת הנדודים במדבר. לאחר מכן במשכן שילה ובבית המקדש, הלויים היו נפסלים כאשר קולם השתבש, שכן תפקידם היה לשיר במקדש (דהיינו, המדובר בפסול שעניינו הכושר לתפקיד ולא בגיל).

הרציונאל לכך הינו, שבתקופת הנדודים במדבר היו הלויים צריכים לשאת משא בכתף, דהיינו לסחוב משאות, והכח הפיזי לכך, פוחת עם השנים. לאחר גיל 50, עובר הלוי המבוגר לבצע עבודות קלות יותר, אולם אינו ממשיך בנשיאת חלקי המשכן.

הרמב"ם במשנה תורה, הלכות כלי מקדש, פרק ג', הלכה ח', פוסק:

**"זה [=הפרישה הכפויה] אינו אלא בזמן שהיו נושאים המקדש ממקום למקום, ואינו מצווה נוהגת לדורות. אבל לדורות אין הלוי נפסל בשנים, ולא במומין, אלא בקול. כשיתקלקל קולו מרוב זקנה, יפסל לעבודתו במקדש".**

למרות שהלוי אינו רשאי להמשיך בנשיאת המשאות לאחר גיל 50, הרי אין הוא פורש לגמרי מהעבודה, אלא "חוזר הוא לנעילת שערים" (ספרי במדבר סג').

הפרישה מהעבודה הפיזית הקשה, איננה מחייבת את הלוי לפרוש לחלוטין מעבודותיו ולצאת ממעגל העבודה, והוא מוסיף למלא את העבודות הקלות המוטלות על הלויים.

הוא הדין, באשר ללוי שאינו יכול להמשיך ולשיר, מאחר וקולו נפגם מחמת זקנה (רמב"ם משנה תורה הנ"ל).

לדעת רבנו עובדיה מברטנורא, מסכת אבות, ה', כא' - לוי המגיע לגיל בו הוא צריך לפרוש מעבודתו, נעשה יועץ לאחיו הלויים בעבודות המוטלות עליהם. בהקשר זה יש להזכיר המשנה במסכת אבות "בן חמישים לעצה".

על האמור לעיל באשר ללויים ההופכים לשמש כיועצים, קיים פירוש של ה"שפת אמת" (רבי ישראל מאיר מגור), המדייק במילים על פיהן, הלוי המבוגר "נועל שערים", ומסביר את היתרון שבעבודת הלוי המבוגר בצד הלויים הצעירים.

בגיל צעיר קיימת התלהבות אשר, לעיתים, לא כולה חיובית, ועל כן, מבוגרים שיש להם יותר ישוב הדעת, מאזנים את אותה התלהבות שלא תתפרץ יתר על המידה לכיוונים בלתי רצויים, ואיזון זה הוא המכונה "נעילת שערים".

ישום יחס זה ללויים, יש בו כדי להביא להפניית עובד מבוגר המגיע לגיל פרישה, לבצע תפקידי יעוץ ופיקוח על עבודת הצעירים.

8. לגבי יוצאי צבא - בתורה מצוין רק גיל תחילת השירות הצבאי - "מבן עשרים שנה ומעלה", במדבר פרק א', פסוק ג'.

יחד עם זאת, מהמפרשים עולה, כי יוצאי הצבא, בדור המדבר, היו מגיל 20 ועד גיל 60, עיין במדבר רבה ה', ב' וכן בפירוש הרמב"ן לבמדבר פרק כו', סד'.

גם כאן, קיים קריטריון של גיל, כפונקציה של היכולות הפיזיות.

דוגמא נוספת לפרישה בשל ירידה ביכולות הפיזיות, מצויה בספרות השו"ת לגבי שוחט.

ככלל, שוחט שידיו רועדות, פסול מלמלא את תפקידו, ואינו יכול לשחוט יותר.

יחד עם זאת, יש מחלוקת, האם יש לקבוע גיל אשר ממנו ואילך, לא יוכל אדם לשמש כשוחט.

במרדכי, ריש חולין פ', הכל שוחטין, סימן תקע"א, מוזכר בשם רבנו ברוך, שבגיל 80 שנה ואילך, אסור לעסוק בשחיטה.

עניין זה מובא גם בשו"ת בית יעקב, סימן כה'.

מנגד, היו חכמים שחלקו על קביעת גיל, כקריטריון לאי כושר לבצע עבודה.

רבי אלכסנדר שור בספרו תבואות שור, סימן א', סעיף לו', פסק:

**"זקן מופלג לא ישחוט לפי שידיו כבדים ועיניו קמו והכל לפי מה**

**שהוא אדם".**

קיימת בספרות השו"ת גם התייחסות לשינוי הדורות, ולכך שבעבר היו דורות חזקים יותר, אשר כוחם לא תש עד גיל 80, בעוד שרבי מאיר מרגליות (אשר נפטר בתק"ט), סבר, שנכון לדורו, יש לקבוע את גיל הפרישה כגיל 70 שנה, וכך הוא כתב בשו"ת מאיר נתיבים, חלק א', סימן ע"ו:

**"ואמנם בדין הזקן נראה לי דהאידינא בדורות הללו שנחלשו הכוחות וראוי ונכון ... לתקן תקנה למיגדר מילתא שעל כל פנים משבעים ואילך לא ישחוט שום אדם אף שמרגיש עדיין והוא בכוחו, משום דלא פלוג, כיוון שרובא דרובא באותן השנים כבר בטל כח ההרגש".**

רבי יחזקאל לנדא, בעל הנודע ביהודה, פסק, ששוחט שידיו מרתתין, יש להעבירו מתפקידו ואסור לו לשחוט יותר (שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תניינא, יו"ד, סימן א').

עולה מדבריו, כי המדובר בבדיקה ספציפית של היכולות, ולא בקביעת גיל כקריטריון להעברה מתפקיד.

דעת רוב הפוסקים הינה, כי לא גיל הזקנה הוא הקובע לעניין פרישה מעבודה, אלא אי הכושר הגופני או המנטאלי של עובד ספציפי, היכול לנבוע מזקנה או ממחלה, או מכל סיבה אחרת (עיין לעניין זה בהרחבה, במאמר

"גיל הפרישה" של עובד ציבור בספרות התשובות, מובא בספרו של ד"ר שילם ורהפטיג, תשובות בדיני פועלים, הוצאת מכון הרי פישל, לדרישת התלמוד ומשפט התורה, ירושלים, תשנ"ג, עמ' 157).

### חובת פרישה כהיבט הקשור ליכולות השכליות:

10. במרבית המקורות קיימת הערכה לכושרו של האדם המבוגר ולהעדפת לימוד וקבלת עצה מאדם מבוגר, על פני לימוד מצעיר.  
וכך נאמר במסכת אבות, פרק ד', משנה כ':

**"רבי יוסי בר יהודה איש כפר הבבלי אומר: הלומד מן הקטנים, למה הוא דומה? לאוכל ענבים קהות ושותה יין מגתו. והלומד מן הזקנים, למה הוא דומה? לאוכל ענבים בשולות ושותה יין ישן".**

הכוונה, שמי שלומד תורה מן הצעירים, הינו כמי שאוכל ענבים שהינם בוסר, ועל כן הוא מקהה שיניו.  
אותו דימוי חל לגבי מי ששותה יין מגתו, כאשר היין עדיין תוסס והשמרים מעורבים בו, כך חוכמתם של הצעירים אינה מגובשת והם מלאים ספקות ופקפוקים.  
מאידך גיסא, הלומד מהזקנים, הינו כמי שאוכל ענבים בשלים ושותה יין ישן, שטעמו ערב לכך.

עוד ובנוסף מסבירים המפרשים על המשנה באבות ד', כ', כי לאדם הלומד מהזקנים, יש יתרון, הן בכך שברגע הלימוד הוא שומע דברים מגובשים ונכונים, והן שגם אם אינו מבין את הכל באותו רגע, הרי לאחר התעמקות בדברים ששמע, הוא מצליח לרדת לעומקם ולהבין את נכונותם.

11. גם באשר לאותם מקורות המתייחסים לאובדן הכושר השכלי בגיל מבוגר, קיימת אבחנה בין תלמידי חכמים, שכל חייהם השתמשו בשכלם לבין עמי הארץ.

במסכת קינים, פרק כה', משנה א', נאמר:

**"תניא רבי ישמעאל ברבי יוסי אומר זקני תלמידי חכמים כל זמן שמזקינין חכמה נתווספת בהם, שנאמר ב'שישים חכמה ואורך ימים תבונה' (איוב יב', יב), ועמי הארץ כל זמן שמזיקים טפשות נתווספת בהן, שנאמר 'מסיר שפה לנאמנים וטעם זקנים יקח' (שם שם, יט)".**

המהר"ל מפראג מסביר את האבחנה בין זקני תלמידי החכמים לבין זקני עמי הארץ, בכך שהשימוש שכל אחד עשה בשכלו, שונה. זקני תלמידי החכמים עשו שימוש בשכלם להשגת תובנות רוחניות, בעוד שעמי הארץ עשו שימוש בשכלם לשם הגשמת ומימוש תאוותיהם החומריות.

**וחכמים כל זמן שמזקינים דעתן נוספת עליהן ... וכבר בארנו הטעם, כי האדם הוא בעל גשם (=גשמיות) עד שהוא זקן בימים, ואז הכוחות הגשמיים מסתלקים ממנו ... וכאשר כוחות הגשמיים מסתלקים, אז השכל הנבדל גובר יותר ... שהחולשה של הגוף מכלכל את שכלו".** (אור חדש, בני ברק, תשל"ב, קט"ז, ע"א).

12. באשר לדיינים - ככלל, היחס במקורותינו לחכמים מעלה, כי כאשר בודקים את הדרישות לחכמי הסנהדרין נאמר שאין מושיבים בסנהדרין אלא בעלי זקנה. (מסכת סנהדרין דף י"ז, ע"א).

במקורותינו אף נאמר כי תלמידי חכמים, כל זמן שמזקינים חוכמה נתוספה בהן. (מסכת שבת דף קנ"ב).

גם הרמב"ם בהלכות סנהדרין פרק ב', מתייחס לכך שמחד גיסא יש להושיב בסנהדרין בעלי שיבה אולם מאידך גיסא, ככל שהמדובר בזקן מופלג בשנים, אין להושיבו בסנהדרין.

הסיבה להושבת בעלי זקנה בדין הינה שהזקנה גורמת לבעלי הדין לחשש מאימת הדין, ובכך נוצרת אווירה ראויה לדיון משפטי וזאת מחד גיסא, אולם ככל שהמדובר בזקן מופלג בשנים, זקן כזה, נחשב כמי שיש בו אכזריות, וזאת מאידך גיסא.

הלחם משנה, שהינו אחד ממפרשי הרמב"ם, מסביר את ההבדל בין התנאי שבסנהדרין ישבו בעלי חוכמה ובעלי זקנה לבין הפסול הקיים לגבי מי שהינו בגדר זקן מופלג, מעבר לגיל השיבה.

להלכה נפסק בשולחן ערוך יו"ד, סימן רמ"ד סעיף א', **שגיל השיבה הינו גיל .70**

הגם שזקן מופלג פסול מלדון בדיני נפשות, אין הוא פסול מלהמשיך ולדון בדיני ממונות שכן אותו חשש לאכזריות לא קיים לגבי דיני ממונות. האמור לעיל הינו לגבי עצם מינוי הדיין. נשאלת השאלה, האם דיין שכבר מונה ומכהן בתפקידו והגיע לגיל שיבה, יש מקום לכפות עליו לפרוש מתפקידו.

לדעת הרשב"א (שו"ת הרשב"א, חלק ו', סימן קצ"א) יש להעביר דיין מבוגר מכהונתו, שכן חל אותו רציונאל שבגינו לא ממנים דיין לתפקיד בגיל זקנה מופלגת.

לעומת הרשב"א סובר המאירי (בית הבחירה על מסכת סנהדרין דף י"ז), כי ככל שהמדובר בדיין שמונה לפני הגיעו לגיל שיבה, הרי גם כאשר הזקין הוא ממשיך לדון כדרכו שכן מאחר והורגל לדון בדיני נפשות, אין מקום לחשוש שיתחיל עכשיו להיות אכזר.

מכל מקום, מובהר כי אחד השיקולים, האם לכפות על דיין שהגיע לגיל שיבה לפרוש אם לאו, הינה השאלה, האם ניתן למצוא לו מחליף ברמתו.

עולה מהאמור לעיל, כי לגבי דיין הפסול מלהמשיך לכהן, לפחות ככל שהדבר נוגע לדיני נפשות, אינו מחמת הגיל כשלעצמו, אלא בשל החשש שהגיל המבוגר ייפגע באחד הכישורים הנדרשים לצורך פסיקה בדיני נפשות - הרחמנות.

בהקשר לכך, קבעה למעשה ההלכה חזקה חלוטה שקיימת פגיעה כזו. לכן לא ניתן למנות דיין אם בעת המינוי הוא בגיל שיבה והמחלוקת הינה, האם דיין שכבר הורגל לפסוק בדיני נפשות, בטרם הגיעו לגיל שיבה, וכאשר הייתה קיימת בו מידת הרחמנות, ניתן לאפשר לו להמשיך לדון גם לאחר הגיעו לגיל המבוגר.

13. **לסיכום** - המשפט העברי אינו מתייחס בחיוב לקביעה עקרונית של גיל פרישה קבוע, הן בשל ערך חיי העבודה בניגוד לחיי בטלה, והן בשל הרצון להגן על כבוד האדם המבוגר והערכה לניסיון החיים שלו ולשיקול הדעת שלו.

יחד עם זאת, כאשר המדובר בירידה בתפקוד העובד, יש לשקול ולהעדיף העברתו לתפקיד אחר בו לא תהיה לירידה בתפקוד הפיזי משמעות. כאשר המדובר בתפקיד הדורש כישורים מסוימים ובהם קיימת ירידה בתפקודו של העובד, ניתן להעבירו בתפקידו. המעביד או המדינה רשאים לקבוע גיל פרישה מנדטורי קבוע, וכאשר נקבע גיל כזה, והוא מחייב את כלל העובדים, יש ליתן לו תוקף מחייב.

התייחסות קצרה למשפט העברי בהקשר גיל הפרישה מצויה גם בפסק-דינו של כב' השופט הנדל בעניין זוזל, שהוזכר גם ע"י חברתי השופטת דוידוב מוטולה (פסקה 2 לפסק דינו).

14. לענייננו - אין ספק שקיימים שיקולים רבים וכבדי משקל אותם יש לשקול בהתייחס לשאלה, האם יש לקבוע גיל פרישת חובה, אשר יחול על כלל הציבור, שיקולים שהובאו בהרחבה על-ידי חברתי דוידוב מוטולה.

לטעמי, משישבה ועדה אשר שקלה את כל השיקולים האלה, בטרם נקבע סעיף 4 לחוק גיל פרישה, קשה לומר שהמסקנה אליה הגיעה הוועדה, ואשר אומצה על-ידי המחוקק, הינה בלתי סבירה או בלתי מידתית.

לנגד עיני הוועדה, כמו גם לנגד עיני המחוקק, עמדו ההסדרים שבחוק הגימלאות ובתקנות שירות המדינה (גימלאות), לעניין המשך העסקת עובד מעבר לגיל הפרישה, כמו גם ההסדרים בעניין ברשויות מקומיות, ובכל זאת המחוקק לא בחר בדרך זו במדויק כלפי כלל העובדים במדינת ישראל, אלא החליט, כי האיזון מצוי בסעיף 10 לחוק גיל פרישה המתיר לקבוע בהסכם גיל פרישה גבוה יותר מגיל פרישת החובה.

אשר על כן, ספק בעיני, אם אפשר לקבוע שיש לחייב מעסיק שאינו נכלל בגדרו של סעיף 10, לשקול את כל השיקולים הפרטניים, שכן מה אם כך נפקות הוראת סעיף 10.

ככלל נציין, כי כאשר רשות מקבלת החלטה על יסוד מגוון רחב של שיקולים, ותהליך קבלת ההחלטות הינו מורכב, יש פחות מקום להתערב בעילה של העדר מידתיות או העדר סבירות ובענייננו, השיקולים שנשקלו בעת חקיקת החוק, הינם רבים ומורכבים.

ספציפית בענייננו, ולאור הנוהל הקיים באוניברסיטה, היה נכון כי האוניברסיטה תשקול את בקשת המערערת ותשמע טיעוניה באופן פרטני, ולא תסתמך רק על הוראות סעיף 4 לחוק.

15. עוד ובנוסף אציין, כי לגבי כל גיל פרישה מנדטורי שיקבע בחוק, בין אם המדובר יהיה בגיל 67, בגיל 70 או בגיל 75, תוכלנה להיטען אותן טענות, ולכן לא ברור לי, מדוע מי שסבור כי קביעת גיל 67 הינה בגדר אפליה מחמת



גיל, יהא סבור אחרת, אם יאפשרו לאותו עובד לעבוד שלוש שנים נוספות ואז יורו לו לעזוב מחמת גילו, כאשר הוא עדיין מתפקד במיטבו.

יחד עם זאת, מקובל עלי האמור בפסק-דינה של חברתי השופטת דוידוב מוטולה, כי שאלת חוקתיותו של סעיף 4 לחוק גיל פרישה, תוכרע על-ידי בית המשפט העליון במקרה המתאים שיגיע לפתחו, שכן הסמכות לדון בתקיפה ישירה של החוק, באופן שיחול על הכלל ולא רק על הצדדים הישירים במחלוקת, מסורה לבג"ץ.

בנסיבות אלה, אינני מוצאת מקום להרחיב בעניין זה.

### **נציג ציבור (עובדים) מר שלום חבשוש**

אני מצטרף לחוות דעתה של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה.

### **נציג ציבור (מעבידים) מר יורם בליזובסקי**

אני מצטרף לחוות דעתה של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה.

### **סוף דבר**

על דעת כל חברי המותב, הערעור מתקבל בחלקו.

תוצאת הדברים היא איפוא זו:

אנו קובעים כי חל פגם בהתנהלות האוניברסיטה כלפי המערערת, בכך שהאוניברסיטה לא הפעילה שיקול דעת פרטני ביחס לבקשת המערערת להמשיך בעבודתה לאחר גיל פרישה.

אשר על כן, המשיבה – אוניברסיטת בר אילן – תשלם למערערת, גב' ליבי וינברגר, פיצוי בסך של 50,000 ש"ח, בתוך 30 יום מהיום שאם לא כן ישא הסכום ריבית כדין והפרשי הצמדה מהיום ועד התשלום בפועל.

בנוסף, תשא אוניברסיטת בר אילן בהוצאות המערערות בשתי הערכאות, בסך של 7,500 ש"ח בצירוף מע"מ.

ניתן היום, כ"ב בכסלו תשע"ג (6 בדצמבר 2012) בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

הנשיאה נילי ארד      השופטת עפרה ורבנר      השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

נציג ציבור (עובדים) מר שלום חבשוש      נציג ציבור (מעבידים) מר יורם בליזובסקי