

העותרת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד גילה שטופלר ו/או דן יקיר
ו/או בלהה ברג ו/או דנה אלכסנדר
ו/או הדס תגרי ו/או רינת קיטאי
ו/או ענת שקולניקוב ו/או משה כהן
ו/או יוסף ג'בארין ו/או ארנה כהן
האגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' ביאליק 12, ת"א 63324
טלפון: 03-5254162 פקס: 03-5254726

- נגד -

המשיבים:

1. השר לבטחון פנים
המשרד לבטחון פנים, שייח ג'ראח, ירושלים
2. משטרת ישראל
המטה הארצי, שייח ג'ראח, ירושלים
3. שירות בתי הסוהר
ת"ד 81, רמלה
4. הכנסת
ירושלים
5. נציבות שירות המדינה
כביש רופין, בניין 3, הקריה, ירושלים
6. אגף המכס ומע"מ
רח' אגרון 32, ירושלים
7. היועץ המשפטי לממשלה
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזה עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים, והמורה להם לבוא ולנמק כדלקמן:

1. אל המשיב 1 - מדוע לא יקבע כי תקנה 1 לתקנות המשטרה (גיוס), התשי"ח-1957 ותקנה 61 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978 בטלות או מדוע לא יבטלן;
2. אל המשיבה 2 - מדוע לא תמנע מלדרוש, כי מועמדים לקבלה לעבודה במסגרתה יהיו בני לא יותר משלושים וחמש, או במקרים מסוימים לא יותר מארבעים;
3. אל המשיב 3 - מדוע לא יימנע מלדרוש, כי מועמדים לקבלה לעבודה בשורותיו יהיו בני לא יותר משלושים וחמש;
4. אל המשיבה 4 - מדוע לא תמנע מלדרוש, כי מועמדים לקבלה לעבודה במשמר הכנסת יהיו בני לא יותר מעשרים וחמש;
5. אל המשיבים 5 ו-6 - מדוע לא ימנעו מלדרוש, כי מועמדים לקבלה לעבודה כחוקרים במשיב 5 יהיו בני לא יותר משלושים וחמש;
6. אל המשיב מספר 7:
 - א. מדוע לא יורה למשיבים 2-6 להמנע מלהפלות מועמדים בקבלה לעבודה מטעמי גיל.
 - ב. מדוע לא ינחה את הרשויות הציבוריות בדבר איסור האפליה בקבלה לעבודה מטעמי גיל, גדרו והיקפו של החריג לו.

מבוא:

עניינה של עתירה זו הינו תופעה רחבת היקף של אפליה בשל גיל בקבלה לעבודה, הנקוטה ברשויות ציבוריות רבות, כמו גם במגזר הפרטי. אפליה זו מופנית בעיקר כנגד אנשים מבוגרים. האפליה פוגעת בכבודם, בערכם ובמעמדם החברתי, היא מצמצמת את יכולתם להתפרנס בכבוד ומגבילה את אפשרותם לתרום לחברה, בה הם חיים.

ואלה נימוקי העתירה:

הרקע העובדתי:

1. העותרת היא עמותה, שמטרתה להגן על זכויות האזרח בישראל ובשטחים המצויים בשליטתה. בין היתר עוסקת העותרת בקידום שיוויון ההזדמנויות בעבודה ומניעת אפליה מטעמים שונים, ובכללם טעמי גיל.

המשיב 3 - שירות בתי הסוהר

2. ביום 10.5.92 פנתה העותרת ליועץ המשפטי של המשיב 3 בעקבות מודעות דרושים שפרסם המשיב, בין היתר למשרת סניגור/ית בית דין למשמעת ולמשרת קצין/ת קשר גוש דרום, ובהן צוין, כי על המועמדים להיות בני 35 לכל היותר. בפנייתה טענה העותרת, כי הגבלת הגיל הינה מפלה וסותרת את חוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959 (להלן - חוק שירות התעסוקה).

העתק פניית העותרת מצורף ומסומן ע/1.

3. בתשובה מיום 31.5.92 נימק יועצו המשפטי של המשיב 3 את הגבלת הגיל באופי ובמהות התפקידים, ובנוסח תקנה 61 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978 (להלן - תקנות בתי הסוהר), הקובעת מגבלות גיל לגיוס סוהרים למשיב 3.

העתק תשובת המשיב 3 מצורף ומסומן ע/2.

4. ביום 10.6.92 פנתה העותרת למשיב 7, מר יוסף חריש, והציגה את עמדתו של המשיב 3 ואת עמדתה היא. במכתבה ציינה העותרת, כי הגבלת גיל המועמדים לקבלה לעבודה במשיב 3 ל-35 לכל היותר אינה חוקית, וכי תקנה 61(2) לתקנות שירות בתי הסוהר בטלה. כן הביעה העותרת תמיהה על כך, שאף כי התקנה קובעת, כי הגיל המקסימלי לגיוס למשיב 3 יהיה 40, מגביל המשיב 3 את גיל הגיוס ל-35. העותרת ביקשה מהמשיב 7 לפעול להסרת הגבלת הגיל ולביטולה של התקנה המפלה.

העתק הפנייה מצורף לעתירה ומסומן ע/3.

5. בעקבות פניית העותרת פנה המשיב 7 מספר פעמים למשיב 3, וביקש, כי ינמק את הצורך בהגבלת הגיל הנקוטה בידי בקבלה לעבודה.

העתק פנייה מיום 16.3.93 מצורף ומסומן ע/4.

ביום 30.8.93 השיב המשיב 3 לפניית המשיב 7. בתשובתו גורס המשיב 3, כי הגבלת הגיל נחוצה בשל אופיו ומהותו של התפקיד, שכן התפקידים במשיב 3 הינם תפקידים ביטחוניים ועל המתגייסים להיות בעלי כישורים, המאפשרים הצבתם לכל תפקיד. כן טען המשיב 3, כי

הגבלת הגיל מוצדקת בשל גיל הפרישה המוקדם יחסית של עובדיו (55). המשיב 3 הבהיר, כי הגבלת הגיוס למועמדים עד גיל 35 נעשית על פי הוראת פקודת הנציבות 06.01.01, וכי הוראות פקודות הנציבות נחשבות לדין מחייב.

העתק התשובה מצורף לעתירה ומסומן ע/5.

המשיבה 2 - משטרת ישראל

6. ביום 13.4.93 פנתה העותרת לראש אגף כח אדם וליועץ המשפטי של המשיבה 2, והתריעה כי מודעת דרושים, שפורסמה על ידי המשיבה 2 זמן קצר לפני כן, הינה מפלה ונוגדת את חוק שירות התעסוקה. במודעה נכתב, כי המשיבה 2 מחפשת מועמדים למשרת תובעים/ות, וכי ישקלו רק מועמדים, שגילם עד 35. כן הוסיפה העותרת, כי תקנה ו(2) לתקנות המשטרה (גיוס), התשי"ח-1957 (להלן - תקנות המשטרה) בטלה, בהיותה נוגדת את חוק שירות התעסוקה.

העתק הפניה מצורף לעתירה ומסומן ע/6.

7. בתשובה מיום 11.5.93 דחה יועצה המשפטי של המשיבה 2 את עמדת העותרת. לגרסת המשיבה 2, הגבלת הגיוס לשורות המשיבה 2 למי שגילם עד 35 מחויבת מאופים וממהותם של התפקידים המשטרתיים, ומכך שכל שוטר עשוי במהלך שירותו לשרת בכל אחד מהתפקידים המשטרתיים. לפיכך, גורסת המשיבה 2, הגבלת הגיל אינה מנוגדת לחוק שירות התעסוקה ואינה מפלה.

העתק התשובה מצורף לעתירה ומסומן ע/7.

8. ביום 24.5.93 פנתה העותרת שנית ליועצה המשפטי של המשיבה 2, והביעה דעתה, כי אף אם על שוטר להיות מסוגל לשרת בכל תפקיד משטרתי, הרי שאת בדיקת היכולת יש לבצע לגבי כל מועמד באופן אישי, ואין מקום לקבוע שרירותית, כי כל המועמדים מעל גיל 35 אינם מסוגלים לבצע את התפקיד.

העתק הפניה מצורף לעתירה ומסומן ע/8.

בתשובה מיום 31.5.93 הודיע יועצה המשפטי של המשיבה 2 לעותרת, כי עמדת המשיבה 2 נותרה בעינה.

העתק התשובה מצורף לעתירה ומסומן ע/9.

9. לאור עמדת המשיבה 2 פנתה העותרת ביום 10.6.93 למשיב 7 וגוללה בפניו את מסכת התכתבויותיה עם המשיבה 2. העותרת ביקשה מהמשיב 7, כי יוציא הנחיה מפורטת לרשויות הציבוריות, ובכללן המשיבה 2, באשר לחובת איסור האפליה והיקפו של החרוג לה.

העתק הפנייה מצורף לעתירה ומסומן ע/10.

10. ביום 17.4.94 פנתה העותרת לבית החולים תל השומר, אשר פרסם מודעה בה הוגבלו משרות מאבטחים למועמדים עד גיל 40. מתשובת בית החולים התברר לעותרת, כי ההגבלה נובעת מהנחיות המשיבה 2 בנושא מאבטחים, הקובעות כי גיל המאבטח לא יעלה על גיל 40.

עותק תשובת בית החולים, מיום 6.7.94 מצורף לעתירה ומסומן ע/11.

בעקבות זאת הפנתה העותרת גם עניין זה למשיב 7, מר מיכאל בן יאיר, וביקשה את התערבותו.

עותק הפנייה, מיום 13.7.94, מצורף לעתירה ומסומן ע/12.

המשיבה 4 – הכנסת

11. ביום 28.6.93 פנתה העותרת ליועץ המשפטי של המשיבה 4 בעניין מודעת דרושים למשמר הכנסת, בה הוגבלה המשרה למועמדים עד גיל 25. העותרת ציינה, כי ההגבלה הינה מפלה ומנוגדת לחוק שירות התעסוקה, וביקשה מהמשיבה 3 לבטלה.

העתק הפנייה מצורף לעתירה ומסומן ע/13.

12. לאחר מספר תזכורות קיבלה העותרת את תשובת היועץ המשפטי של המשיבה 4 מיום 10.5.94. בתשובה נטען, כי כיוון שהתפקיד הינו תפקיד ביטחוני, המצריך כושר גופני ושעות עבודה ארוכות, הגבלת הגיל מתחייבת מאופיו וממהותו של התפקיד. התשובה מפנה לחוק משכן הכנסת ורחבתו, התשכ"ח-1968, הקובע, כי קבלת שומרים לשירות ותנאי שירותם יהיו כקבלת שוטרים לשירות וכתנאי שירותם, בתיאומים שקבע יו"ר הכנסת. על סמך זאת קבע יו"ר הכנסת, כי מועמדות למשמר הכנסת תוגבל לבני 25 לכל היותר, אף כי המשטרה מאפשרת גיוס שוטרים עד גיל 35.

העתק התשובה מצורף לעתירה ומסומן ע/14.

בתגובה הודיעה העותרת למשיבה 4 ביום 17.5.94, כי עמדתה אינה מקובלת על העותרת, וכי העותרת הפנתה את הסוגיה למשיב 7.

מכתב העותרת מצורף לעתירה ומסומן ע/15.

המשיבים 5 ו-6 נציבות שירות המדינה ואגף המכס ומע"מ

13. ביום 10.2.93 פנתה העותרת למשיבים 5 ו-6 בעניין מודעת דרושים למשרת חוקרים במכס, שפורסמה על ידי המשיבים, בה הוגבלה המשרה למועמדים עד גיל 35. העותרת הביעה דעתה, כי הגבלה זו הינה מפלה ובלתי חוקית.

העתק הפניה מצורף לעתירה ומסומן ע/16.

14. בתשובתה מיום 30.3.93 הודיעה המשיבה 5 לעותרת, כי אין היא רואה בהגבלת הגיל ל-35 משום אפליה, שכן אופי העבודה מחייב כושר גופני, מאמץ פיזי, יכולת לעבוד שעות ארוכות והתמודדות עם אלימות, ולכן יש צורך בכח עבודה צעיר. לטענת המשיבה " ... מסתבר שעובדים חדשים שמגויסים למח' החקירות והם בעלי גיל מתקדם (מעל גיל 30) לא מסוגלים להתמודד נפשית ופיזית עם בעיות אלה ובזמן קצר [כך במקור] לאחר עבודתם עוזבים את המחלקה."

העתק התשובה מצורף לעתירה ומסומן ע/17.

15. העותרת פנתה שנית למשיבה 5, והביעה דעתה, כי העובדה, שתפקיד מחייב כח פיזי ונפשי ושעות עבודה ארוכות, אין משמעה כי אופיו ומהותו מחייבים מועמדים צעירים. העותרת הוסיפה, כי יש צורך לבחון את התאמת המועמדים לתפקיד על בסיס אינדיבידואלי ולא על בסיס שרירותי של גיל. לפיכך ביקשה העותרת מהמשיבה 5 לשקול שנית את עמדתה.

העתק הפניה מצורף לעתירה ומסומן ע/18.

בתגובה פנתה המשיבה 5 למשיב 7 ביום 1.6.93 וביקשה את חוות דעתו בעניין.

העתק הפניה מצורף לעתירה ומסומן ע/19.

המשיב 7 - היועץ המשפטי לממשלה

16. כמתואר לעיל, פנתה העותרת פעמים רבות למשיב 7 בבקשה, כי ינחה את המשיבים, כמו גם רשויות ציבוריות אחרות, בדבר איסור האפליה מטעמי גיל והיקף החריג לה. ר' ע/3, 10, 12, 15.

בנוסף לכך פנתה העותרת למשיב 7 ביום 10.11.93 בפנייה מרוכזת בעניין המשיבים 3,2 ו-6, ואף שלחה תזכורת בעניין ביום 8.2.94.

העתקי הפנייה והתזכורת מצורפים לעתירה ומסומנים ע/20 ו-ע/21 בהתאמה.

17. לאחר שנמסר לעותרת בעל פה, כי המשיב 7 העביר את הסוגיה לטיפול של מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, פנתה העותרת למחלקת ייעוץ וחקיקה. ביום 21.8.95 שלחה העותרת תזכורת למחלקת ייעוץ וחקיקה, וביקשה כי יימסר לה היכן עומד הטיפול בעניין, אך התזכורת לא נענתה.

העתק התזכורת מצורף לעתירה ומסומן ע/22.

18. לאחרונה פנתה העותרת למשיב 7, מר אליקים רובינשטיין, ביום 30.9.97, תיארה את כל השתלשלות העניינים, וביקשה שוב, כי המשיב 7 יוציא הנחיה לרשויות הציבוריות בסוגיה.

העתק הפנייה מצורף לעתירה ומסומן ע/23.

הטיעון המשפטי:

שוויון

19. עקרון השוויון הינו עיקרון יסודי בשיטת המשפט הישראלית, שכל רשויות המדינה מחויבות לכבדו ולפעול לאורו. הזכות לשוויון עלתה למדרגת זכות חוקתית עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2114-2115;

בג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לז (3) 333, 357;

בג"צ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ' ואח', פ"ד מח (5) 749, 760;

בג"צ 94/4541 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 130-133;

בג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) 353, 362;

בג"צ 454,453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 521, 526.

20. איסור האפליה ביחסי העבודה הינו איסור האפליה המקיף ביותר בדין הישראלי. האיסור להפלות עובדים ודורשי עבודה בכל הנוגע ליחסי העבודה חל על מעבידים ציבוריים ופרטיים כאחד, וקשת הטעמים בשלם אסור להפלות רחבה במיוחד וכוללת מין, נטיה מינית, מעמד אישי, הורות, גיל, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או מפלגה. היקפו הרחב של איסור

האפליה ביחסי העבודה מצביע על החשיבות העליונה שמייחס המחוקק למניעת אפליה בתחום זה.

ר' חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן - חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה).

21. איסור האפליה בקבלה לעבודה מטעמי גיל נקבע לראשונה בחוק שירות התעסוקה. סעיף 42 (א) לחוק שירות התעסוקה, כפי שתוקן בשנת 1988 קובע כי:

"בשליחה לעבודה לא תפלה לשכת שירות התעסוקה אדם לרעה בשל גילו... ולא יסרב הזקוק לעובד לקבל אדם לעבודה בשל אלה, בין אם העובד נשלח לעבודה על-ידי שירות התעסוקה ובין אם לאו."

בסעיף 42 (ב) לחוק שירות התעסוקה נקבע חריג ולפיו: "אין רואים אפליה כאשר אפיו או מהותו של התפקיד או עניני בטחון המדינה מונעים שליחתו או קבלתו של אדם לעבודה הנדונה".

22. בשנת 1995 תוקן חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, כך שיכלול, בין היתר, איסור אפליה מטעמי גיל. על פי סעיף 2 (א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מעביד אינו רשאי להפלות בין עובדיו או בין דורשי עבודה, מחמת גיל, בכל אחד מהתחומים המנויים בסעיף, ובין השאר, בקבלה לעבודה.

סעיף 2 (ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה קובע חריג לאיסור האפליה, לפיו: "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה".

חופש העיסוק

23. הזכות לחופש העיסוק הינה זכות יסוד במשפט הישראלי. זכות זו זכתה לעיגון חוקתי מפורש עם חקיקתו של חוק יסוד: חופש העיסוק.

בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80;

בג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח (5) 441.

הגבלות הגיל שקבעו המשיבים לקבלה לעבודה בשורותיהם פוגעות בחופש העיסוק של חלקים נרחבים באוכלוסייה. יחדיו מספקים המשיבים, כרשויות ציבוריות, עשרות אלפי מקומות עבודה למשק, רבים מהם במשרות יחודיות, שלא ניתן לעסוק בהן בשום מסגרת אחרת. למקומות עבודה אלה יש להוסיף משרות רבות של מאבטחים, שמושפעות ישירות ואף בעקיפין מהנחיות המשיבה 1 בנושא מאבטחים, המגבילות את גיל המועמדים ל-40.

הגבלות הגיל הגורפות, לפיהן לא יתקבלו מועמדים מעל לגילאי 40, 35 ואף 25, למשרות אלה, שוללות מאחוז גדול ביותר מהנמצאים בשוק העבודה, ואולי אף מרובם, את הזכות לעסוק במקצועות אלה.

מאופיו וממהותו של התפקיד

24. את החריג לאיסור האפליה יש לפרש באופן מצמצם, שכן כל סעיף חוק, המאפשר פגיעה בזכויות יסוד, יפורש בצמצום המירבי. יתרה מזו, פירוש המרחיב את היקף החריג יסכל את מטרתם של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ושל סעיף 42 לחוק שירות התעסוקה, שהיא קידום השוויון ואיסור אפליה. החובה לפרש את החריג לאיסור האפליה בצמצום מירבי מודגשת אף יותר מעת חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, אשר כל דבר חקיקה קיים חייב להתפרש לאור עקרונות היסוד הגלומים בהם.

בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית ת"א-יפן, פ"ד מב (2) 309, 336 (להלן - בג"צ פורז);
בש"פ 567/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355, 410-421.

את ההוראה, לפיה מותר לבצע הבחנה לפי גיל כאשר הדבר מתחייב מאופיו וממהותו של התפקיד, יש לפרש כמתירה הבחנה רק כאשר המעביד, או למצער המעביד הציבורי, מוכיח בראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות, כי כלל העובדים בתחום הגילאים אותם הוא מסרב להעסיק, או רובם המכריע, אינם מסוגלים לבצע את העבודות המוצעות מפאת גילם.

ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט (2) 225, 250-249.

25. המשיבים 2-6 גורסים, כי סירובם לקבל מועמדים לעבודה מעל גיל מסוים מתחייב מאופים או ממהותם של התפקידים המוצעים, ולכן הינו חוקי. נימוקיהם מתבססים על האופי הביטחוני של התפקידים, על הצורך בכושר גופני טוב ובשעות העבודה הארוכות (ר' ע/5, 14, 17). לגבי תפקידים במשיבה 2 ובמשיב 3 שאינם תפקידים בטחוניים, כגון תובעים, מהנדסים וכו', ההסבר למגבלת הגיל הינו, שגופים אלה מוסמכים לדרוש מכל בעל תפקיד לעבור לכל תפקיד אחר בשורותיהם, ולכן מגבלת הגיל תקפה גם לגבי תפקידים אלה (ר' ע/5 ו-7 בהתאמה). נימוקים נוספים, שמעלה המשיבה 2, הינם תפוקת העבודה, תוחלת החיים, תוחלת הבריאות וכושר העבודה של קבוצת הגיל האמורה (ר' ע/9). לבסוף המשיב 3 טוען, כי האפליה מוצדקת גם משום שגיל הפרישה של אנשיו לגמלאות הינו שונה משל עובדי המדינה, וניתן להוציאם לגמלאות אף בניגוד לרצונם בגיל 55 (ר' ע/5).

אולם המשיבים 2-6 אינם מספקים כל תשתית ראייתית לכך, שכל הנימוקים הללו אכן מתקיימים בפועל, וכי קיומם מצדיק שלילה על הסף של מועמדים מבוגרים. קביעת הגבלות כה גורפות, מבלי לבססן על תשתית ראייתית כלשהי, מצביעה על כך שהמשיבים לא שקלו

כלל את הפגיעה בזכויות יסוד, הנגרמת עקב ההגבלות בהחליטם עליהן, ולפיכך החלטותיהם בטלות.

בג"צ פורז, 337.

26. בבג"צ 6086,6051/95 רקנט ואח' נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח' (מיום 24.6.97) (להלן - בג"צ רקנט), נדונה שאלת חיובם של דיילי אויר באל על לצאת לפנסיה בגיל 60. אל על טענה, כי הפרישה המוקדמת מתחייבת מאופיו וממהותו של תפקיד דייל האויר, שכן התפקיד מחייב הופעה צעירה ונאה, וכן דורש כושר פיזי לשם שמירה על בטיחות הנוסעים בעתות חירום. בבחנו את השאלה מתי הבחנה על בסיס גיל מתחייבת מאופיו או ממהותו של התפקיד, קבע בית משפט נכבד זה, מפי כבוד השופט זמיר, כי נטל ההוכחה לקיום החריג הינו על המעביד, וכי המבחן לקיומו הינו אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. היינו, לא די בכך שהמעביד סבור, כי אופיו או מהותו של התפקיד מחייבים הבחנה על בסיס גיל. על המעביד להוכיח זאת בדרך שמוכיחים עובדה.

טיעוניהם של המשיבים 2-6 להצדקת מדיניותם לקבל לעבודה עובדים צעירים בלבד מבוססים אך ורק על הכללות, שלא הוכחו על ידם בכל דרך שהיא.

27. כבוד השופט זמיר מציע לאמץ את המבחן שנקבע בארצות הברית בעניין זה. על פי מבחן זה, על מנת להצדיק הבחנה על בסיס גיל על המעביד להוכיח:

"...שכל העובדים בהם מדובר, או כמעט כל העובדים, אינם מסוגלים למלא כראוי את התפקיד הנדון מעל הגיל שנקבע או, לחלופין, שאין זה אפשרי או אין זה מעשי מבחינת המעביד לבדוק את המסוגלות של כל עובד ועובד באופן אישי." בג"צ רקנט, פסק דינו של כבוד השופט זמיר, פסקה 11.

28. המשיבים 2-6 כלל לא בדקו ובודאי שלא הוכיחו, כי עובדים מעל גילאי 25, 35 או 40 (בהתאם למגבלות שקבע כל משיב) אינם מסוגלים למלא כראוי את התפקידים הנדונים. העובדה שרבים מעובדי המשיבים הינם מעל לגילאים אלה מצביעה על כך, שיש עובדים מבוגרים רבים, המסוגלים למלא תפקידים אלה על הצד הטוב ביותר. יתרה מזו, נימוקיהם של כל המשיבים לקביעת מגבלת הגיל זהים, וסבים סביב העובדה, שמדובר בתפקידים ביטחוניים, המצריכים כושר פיזי ושעות לא שגרתיות. אף על פי כן, כל אחד מהמשיבים קבע מגבלת גיל שונה. בעוד המשיבה 2 מקבלת לעיתים מועמדים עד גיל 40, המשיבים 3 ו-6 מקבלים מועמדים עד גיל 35. מגדילה לעשות המשיבה 4, אשר מסרבת לקבל כל מי שגילם מעל ל-25. אף לשיטת המשיבים עולה השאלה, מדוע מועמד בן 38 כשיר להתגייס כשוטר, אך אינו כשיר להתגייס לשירות בתי הסוהר או למשמר הכנסת? ההבדלים החריפים בין מגבלות הגיל, שנקבעו על ידי המשיבים השונים, מוכיחים, כי מגבלות אלה הינן שרירותיות בלבד ואינן מבוססות בכל צורה שהיא.

29. הוכחה נוספת לשרירותיות מגבלות הגיל הינה, שהן המשיבה 2 והן המשיב 3 אינם מקיימים את המגבלות, שנקבעו להם בתקנות. בעוד שתקנות המשטרה קובעות, כי הגיל המקסימלי לקבלה לעבודה הינו 35, קבעה לעצמה המשיבה 2 גיל מקסימלי של 40 לקבלה לעבודה. מאידך, בעוד שתקנות שירות בתי הסוהר קובעות גיל מקסימלי של 40 לקבלה לעבודה, החליט המשיב 3, ללא כל הסבר סביר, להנמיך את תקרת הגיל ל-35.

30. המשיבים אף לא הוכיחו, כי אין הם מסוגלים לבחון את יכולתו של כל מועמד באופן אישי. הקבלה לעבודה אצל כל אחד מהמשיבים מחייבת עמידה בסדרה של מבחני התאמה רפואיים ואחרים, ובמעבר הכשרה לא קצרה, בהם מוערכים המועמדים על בסיס אינדיבידואלי. אין כל סיבה מדוע כלים אלה לא יכולים לשמש לבדיקת יכולתם של עובדים מבוגרים, כפי שהם משמשים לבדיקת יכולתם של עובדים צעירים יותר.

31. בבג"צ רקנט מתייחס כבוד השופט זמיר לטענת אל על, כי על דיילי אויר לפרוש בגיל 60, שכן התפקיד מחייבם להיות בעלי כושר פיזי גבוה. כבוד השופט מציין, כי מחקרים מוכיחים, שלגבי רוב התפקידים הכושר הפיזי הנדרש לביצוע התפקיד כראוי אינו עולה על הכושר הפיזי הקיים כרגיל אצל עובדים מבוגרים. והוא ממשיך:

“ברור, אם כן, שגם מבחינת המצב בשטח אין די בטענה כללית וגורפת כי לעובדים צעירים יש כושר פיזי גבוה יותר מאשר לעובדים מבוגרים. מכל מקום ודאי שאין די בטענה זו מבחינת המצב המשפטי. הטענה צריכה תשתית עובדתית.” בג"צ רקנט, פסק דינו של כבוד השופט זמיר, פסקה 19.

כאמור, המשיבים 2-6 אינם מבססים את טענתם, כי לעובדים מבוגרים אין כושר פיזי מספיק לביצוע העבודות הנדונות, על תשתית עובדתית כלשהי. נסיון החיים מלמד, כי כפי שישנם אנשים צעירים בעלי כושר פיזי נמוך, אשר אינם מסוגלים לבצע עבודות ביטחוניות, קיימים אנשים מבוגרים בעלי כושר פיזי מעולה, המסוגלים לבצע עבודות ביטחוניות ללא כל מגבלה.

32. על פי כבוד השופט זמיר בבג"צ רקנט, על מנת להוכיח, כי לעובדים מעל גיל מסוים אין את הכושר הפיזי הדרוש לביצוע התפקיד, על המעביד להוכיח הן כי התפקיד מצריך כושר פיזי גבוה, והן כי כושר פיזי ברמה כזו אינו מצוי אצל עובדים מקבוצת הגיל האמורה. בענייננו, לא זו בלבד שהמשיבים לא הוכיחו, ונראה שאף אינם יכולים להוכיח, כי הכושר הפיזי הנדרש אינו מצוי אצל עובדים מעל לגילאי 25, 35 ו-40, אלא שחלק מהתפקידים בהם עסקינן כלל אינם דורשים כושר פיזי גבוה. כך, המשיבים 2 ו-3 קובעים מגבלת גיל של 35 ולעיתים 40, לכל עובדיהם, ובכללם עובדים, שמשרותיהם אינן דורשות כל כושר פיזי והינן משרות משרדיות לכל דבר. הגבלות הגיל, אותן נוקטים המשיבים 2 ו-3, חלות גם על משרות כגון תובעים, מנתחי מערכות, עובדים סוציאליים ומהנדסים. המשיבים מנמקים זאת בכך, שלטענתם ניתן להציב כל אחד מהעובדים בשורותיהם בכל תפקיד בכל עת. אף לו היתה מתקבלת טענת המשיבים, הרי שבפועל, נדירים ביותר המקרים, בהם עובדים מקצועיים, כגון

המנויים לעיל, מועברים לעבודות ביטחוניות, המצריכות כושר פיזי, כך שהגבלת גיל הקבלה לעבודה של כלל העובדים בעלי הכשרה ייעודית ספציפית הינה בלתי סבירה בעליל.

בטלות תקנות המשטרה ותקנות שירות בתי הסוהר

33. המשיבה 2 והמשיב 3 מעגנים את מגבלות הגיל, שהם נוקטים בקבלה לשירותיהם, בנוסחן של תקנות המשטרה ותקנות שירות בתי הסוהר בהתאמה. תקנה 1 (א) (2) לתקנות המשטרה קובעת, כי אדם לא יגויס למשטרה אם גילו למעלה מ-35. תקנה 61 (2) לתקנות שירות בתי הסוהר קובעת, כי אדם לא יגויס לשירות בתי הסוהר אם גילו למעלה מ-40 שנה. כפי שהובהר לעיל, מגבלות גיל אלה אינן מתחיבות מאופים וממהותם של התפקידים הנדונים. לפיכך, תקנות אלה, המורות למשיבים 2 ו-3 כמעבידים להפלות מועמדים לקבלה לעבודה בשל גיל, סותרות את חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה ואת חוק שירות התעסוקה. על פי סעיף 16 (4) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], תקנות אינן יכולות לסתור הוראותיו של כל חוק. לפיכך התקנות האמורות הינן בטלות.

י' זמיר, הסמכות המנהלית (הוצאת נבו, 1996), כרך א', 55-56.

34. התקנות בטלות גם כיון שהינן פוגעות בזכויות אדם ללא הסמכה מפורשת בחוק. פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן - פקודת המשטרה) ופקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן - פקודת בתי הסוהר) אינן כוללות הסמכה מפורשת, המתירה למשיב 1 לפגוע בעקרון השוויון בקביעת הכללים בדבר גיוס למשטרה ולשב"ס.

בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לו (3) 337, 358.

35. סעיף 11 לפקודת המשטרה וסעיף 82 לפקודת בתי הסוהר עוסקים במי שמבקש להתגייס לגופים אלה. שני התנאים, אותם קובעים סעיפים אלה, הינם, כי המתגייס יעבור בדיקה רפואית וכי הוא יגויס לתקופה של חמש שנים. לו רצה המחוקק להגביל את גיל הגיוס, היה קובע זאת בחוק, כפי שקבע את החובה לעבור בדיקה רפואית. יתרה מזו, החובה לעבור בדיקה רפואית, הקובעת את כשירותו הפיזית של המועמד, מייתרת את הצורך בהגבלת גיל. אין כל הצדקה לסרב לגייס מועמד מבוגר, שנמצא כשיר בבדיקה הרפואית, בדיוק כפי שאין לגייס מועמד צעיר אשר נכשל בבדיקה הרפואית. המחוקק הראשי השכיל להבין, כי הקריטריון הרלוונטי לגיוס הינו כשירותו הרפואית של המועמד ולא גילו. בקבעו בתקנות תקרת גיל לגיוס מועמדים למשטרה ולשב"ס חרג מחוקק המשנה מהסמכות, שהוענקה לו בפקודת המשטרה ובפקודת בתי הסוהר, ופעולתו בטלה.

בג"צ 207/84 דותן נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לח (3) 95, 98-99.

36. בהקשר זה יש לציין, כי אחד הנימוקים, שמעלה המשיב 3 להגבלת גיל המועמדים, הינו גיל הפרישה המוקדם יחסית של עובדיו. לשיטתו של המשיב 3, כיוון שעובדיו רשאים לפרוש בגיל 55 רשאי הוא להמנע מלקבל מועמדים בני למעלה מ-35. על פי הגיון זה, כל מעביד רשאי להמנע מלקבל לעבודה מועמדים בני למעלה מ-45, כיוון שהם רשאים לפרוש בגיל 65. ברי, כי עמדה זו נוגדת את איסור האפליה בקבלה לעבודה מטעמי גיל הקבוע בחוק, וקבלתה תרוקן איסור זה מתוכן.

חובת המשיב 7 להפעיל סמכותו

37. אין חולק, כי המשיב 7 הינו הגורם המוסמך להנחות את המשיבים בדבר המצב החוקי הקיים, ובדבר סמכותם לקבוע הגבלות מטעמי גיל בקבלה לעבודה והיקף ההגבלות הללו. לראשונה פנתה העותרת למשיב 7 בבקשה, כי יפעיל את סמכותו בעניין נשוא העתירה לפני למעלה מחמש שנים (ר' ע/3). גם המשיבה 5 פנתה למשיב 7 בבקשה לקבל הנחיה בנושא לפני למעלה משלוש שנים (ר' ע/19). עד כה לא נקט המשיב 7 בכל פעולה למעט העברת העניין למחלקת ייעוץ וחקיקה להכנת חוות דעת. גם חוות דעת זו טרם הוכנה.

הענקת סמכות לרשות מנהלית משמעה הטלת חובה עליה לפעול במסגרת סמכותה. אף כי מחובתו של המשיב 7 להפעיל את סמכותו ולהנחות את המשיבים בעניין הנדון, ואף כי המשיב 7 מכיר בחובתו זו, הוא נמנע מלבצע כבר למעלה מחמש שנים. בכך, נוקט המשיב סחבת, העולה כדי אי ביצוע החובה להפעיל את הסמכות.

ב' ברכה משפט מנהלי (הוצאת נבו, 1996) כרך ב', 41.

38. בנוסף, בהמנעו מהפעלת סמכותו, ובהמנעו מלענות לפניויותיה החוזרות והנשנות של העותרת, מפר המשיב 7 את חובתו על פי סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים, לעשות את הצו החלטי. כמו כן, מתבקש בית המשפט לחייב את המשיבים בהוצאות משפט ושכ"ט ע"ד.