

זכויותיהם החוקיות של עובדים ותיקים

וזקנים בתחום התעסוקה

מורה נבוכים כנגד אפליה על רקע של גיל



עמותת
המשפט
בשירות
הזיקנה
י. כ"ג

עמותת המשפט בשירות הזיקנה, 2010

תוכן עניינים

1. תעסוקה במציאות של חברה מזדקנת..... 2
2. אפליה מטעמי גיל בעבודה : המציאות והגילנות 3
3. זכויותיהם החוקיות של עובדים ותיקים וזקנים בתחום התעסוקה..... 4
 - 3.1. הקדמה..... 4
 - 3.2. מהי הפליה בקבלה לעבודה מטעמים של גיל? 4
 - 3.3. כיצד נזהה הפליה בשל גיל בתנאי העבודה או בקידום בתפקיד? 4
 - 3.4. האם עובד שנפגע מאפליה יכול לטעון את טענותיו בפני מעבידו? 6
 - 3.5. מי יכול להגיש תביעה על אפליה? 6
 - 3.6. איזה פיצוי ניתן לקבל על הפליה בשל גיל? 7
 - 3.7. כיצד מוכיחים טענה על הפליה בשל גיל? חשיבות העברת נטל ההוכחה 7
 - 3.8. מהו פרסום מפלה לעבודה בעניין של גיל? 8
 - 3.9. למי יש להגיש את התביעה ומי יכול לתבוע? 8
 - 3.10. כמה זמן אחרי המקרה ניתן להגיש את התביעה? 9
 - 3.11. האם תוכנית פרישה מרצון יכולה להיחשב לאפליה? 9
 - 3.12. האם ניתן להתלונן בפני משרד התעשייה המסחר והתעסוקה על אפליה? 11
4. על הקשר בין חוק גיל פרישה ובין איסור האפליה מטעמי גיל..... 11
 - 4.1. על תוכנו של חוק גיל פרישה 11
 - 4.2. על הקשר בין חוק גיל פרישה ואיסור האפליה מטעמי גיל 11
 - 4.3. עבודה בגילאים שמעבר לגיל הפרישה 11
5. מידע אודות ארגונים וכתובות למי לפנות בתלונות ולסיוע משפטי 14
6. מידע לקריאה נוספת והרחבה..... 16
7. נספחים : 1. כתב תביעה - אפליה מטעמי גיל בשל אי קבלה לעבודה..... 17
2. כתב תביעה - פטורי עובד מבוגר בשל גילו..... 27

הבהרה

המידע המשפטי המפורט בחוברת זו תכליתו ליתן מידע משפטי כללי אודות זכויותיהם של עובדים מבוגרים וזקנים. אין הוא בא להחליף את הצורך בייעוץ המשפטי המקצועי הספציפי הנדרש בכל מקרה לגופו של עניין והצריך להינתן על ידי עו"ד מוסמך ומומחה בתחום !

תודות

עמותת המשפט בשירות הזקנה מבקשת להודות לאנשים ולגופים הבאים שהיו מעורבים בהפקת חוברת זו : ראשית, למשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה – על תמיכתם הכספית במימון הכנת חוברת זו ; שנית, לעו"ד בני שפניר, שכתב בהתנדבות ומתוך מחויבות את מרבית התכנים המופיעים בחוברת זו. לבסוף, לעו"ד איריס אונציק-הילברון ועו"ד כרמית שי, היועצות המשפטיות של העמותה, שליוו פרויקט זה. התמונה בחזית נלקחה מהועדה לפיקוח גרעיני בארה"ב : <http://www.nrc.gov/about-nrc/employment/aep.html>

© כל הזכויות שמורות לעמותת המשפט בשירות הזיקנה

אין לעשות שום שימוש ו/או העתקה ו/או ציטוט ללא קבלת אישור בכתב ומראש מהעמותה.

ת.ד. 381, חיפה, 31000

זכויותיהם החוקיות של עובדים ותיקים וזקנים בתחום התעסוקה

מורה נבוכים כנגד אפליה על רקע של גיל

1. תעסוקה במציאות של חברה מזדקנת

מי יצילנו מרעב ?
מי יאכילנו לחם רב ?
ומי ישקנו כוס חלב ?
למי תודה, למי ברכה ?
לעבודה ולמלאכה !
(” שיר העבודה והמלאכה” ח.נ. ביאליק)

הזכות לעבוד היא זכות יסוד טבעית לכל אדם והוא זכאי שתינתן לו היכולת להשתכר למחייתו מעבודה שעשה. בראש ובראשונה, העבודה מאפשרת לאדם להביא עצמו לידי ביטוי ומאפשרת לו הגדרה עצמית. פרנסה טובה וכלכלה, מאפשרים ”חיים שאין בהם בושה וכלימה”, חיים של אושר וכבוד. כבודו ומעמדו של אדם בחברה משתקף ונגזר פעמים רבות, גם, מעבודתו והתפקיד אותו הוא ממלא.

הזכות לעבוד, היא זכות לאדם וחובה לחברה. החברה אמורה להעמיד לאדם את האפשרות לעבוד ולהתפרנס. בין השאר החברה אמורה להביא למצב שבו ייווצרו מקורות פרנסה או לעודד את פיתוחם. איתנותה של חברה נמדדת, במידה רבה, ביכולתה ליצר מקורות תעסוקה, לפתחם ולהגן עליהם ובכך לדאוג לשותפים בה.

היפוכם של דברים כאשר אדם אינו עובד או נאלץ להפסיק לעבוד. אדם שאינו עובד מפסיק להיות חלק ממערכת יצרנית. הוא מאבד את יכולת הפרנסה, הופך להיות תלוי באחרים או אולי אפילו מסכן אותם. אדם שממנו נשללות הזכות לעבוד, נשללת גם הזהות, הכבוד, הביטחון העצמי, הסיפוק, האתגר ועוד.

לחברה ולאדם יש מטרה משותפת. החברה מאפשרת ליצור תעסוקה ו”שוק עבודה” רחב ככל האפשר והאדם מבקש למצוא לעצמו תעסוקה הולמת ולהשתלב באותו שוק. יציאה ממעגל העבודה קשה לכל אדם וכאמור, איש אינו רוצה למצוא את עצמו ללא תעסוקה. בשוק תחרותי הדורש מיומנות ויעילות נדחקים ממעגל העבודה עובדים הנראים כמי שאינם מתאימים. בראש המועדים להיפלט ממעגל העבודה ואשר יתקשו לשוב ולהשתלב בו בחזרה, נמצאים העובדים הותיקים והזקנים. השופט בך בפסק הדין בפרשת נבו תאר את פרישת העובד הוותיק משוק התעסוקה במילים הבאות: ” לפרישה מעבודה השלכה נפשית וחברתית שלילת. אדם הפורש בשל גילו מרגיש, כי אין הוא עוד שותף למערכת היצרנית של החברה. הוא חש, כי נשללים ממנו הסיפוק שבעשייה והסיפוק שבקבלת התגמול עבור עמלו. ההרגשה זו מתחזקת גם בשל יחס החברה, אשר במקרים רבים מתייחסת עליו כאל ”זקן”...”.

2. אפליה מטעמי גיל בעבודה: המציאות והגילנות

החברה בישראל עוברת שינוי דמוגרפי. מחברה צעירה המושתת על מהגרים, פליטים וניצולי שואה לחברה מבוגרת שאחוז הזקנים בה הולך וגדל. בשנת 1955 מנתה אוכלוסיית המדינה כ- 1.7 מליון תושבים. 4.8% מאותם תושבים (85,200) נחשבו לזקנים (בני 65 ומעלה). כעבור חמישים שנה, בשנת 2005, צמחה כלל האוכלוסייה פי 4 ומנתה כ- 6.9 מליון תושבים. אוכלוסיית הזקנים לעומת זאת גדלה באותו פרק זמן פי 8 (שמונה) ומנתה 693,100 זקנים. בשנת 2005 הייתה האוכלוסייה הזקנה 9.9% מכלל החברה בישראל. לפי כל ההערכות מגמה זו צפויה להמשך ולהתעצם. בשנת 2025 יהיה שיעור הזקנים בישראל כ- 12.3% מכלל התושבים. יש לציין כי קבוצת ה"יותר זקנים", בני 75 ו- 80 ומעלה היא קבוצת הגיל הגדלה בקצב המהיר ביותר בחברה הישראלית. הגידול במספר הזקנים בחברה בישראל נובע משלוש סיבות עיקריות. הראשונה, עליה משמעותית בתוחלת החיים (גברים - 78.3 ונשים - 82.3). השנייה, ירידה בשיעור הילודה אצל רוב האוכלוסייה. והשלישית, שיעור גבוה של זקנים (22%) אשר עלו מברה"מ (לשעבר).

למרות הגידול במספר הזקנים ומשקלם היחסי, לא שינתה החברה את גישתה אליהם ועדיין היא רואה אותם כשונים. תופעה זו של ראיית הזקנים כשונים זכתה למושג הנקרא גילנות (Ageism). מושג הגילנות, אינו ניתן להגדרה פשוטה וחד משמעית. בקליפת אגוז ההגדרה כוללת את התופעה החברתית המדירה את הזקנים ממקומם בחברה ורואה בהם נפרדים, שונים ומוחלשים. לפי ראייה זו הם אינם יכולים להמשיך ליהנות מחיים רגילים, רק משום שכרונולוגית הגיעו לגיל מסוים. לגילנות ביטויים רבים ומגוונים המוכרים לכולנו. הזקן מזוהה כשייך לעבר, אינו מסוגל ללמוד ולהיות מעודכן במתרחש כיום. מבחינה פיסית ומנטאלית הוא איטי, חלש ואינו צלול. כאשר פונים או מתייחסים אליו יש לעשות זאת באיטיות ובקול רם ועדיף לפנות למי שמלווה אותו, כי קרוב לוודאי שלא יבין את אשר יאמר לו. בעולם בו הנעורים הם הכוח, והצלחה קשורה בלהיות צעיר, נדחקים הזקנים הצידה כמי שמעכבים ומפריעים. זקנים יוצגו בדרך כלל כחלשים, כקורבנות, כסובלים במובן הפיסי או במובן המנטאלי. הסטריאוטיפ על הזקנים והתמונה שאותה אנו מציירים כאשר אנו דנים בהם, זו הגילנות.

גילנות היא אחד המרכיבים המשמעותיים ביחס אל העובד הוותיק והזקן בתחום התעסוקה. עובדים נתבעים לסיים עבודתם, על-פי חוק, רק משום שהגיעו לגיל כרונולוגי מסוים. ולחליפין, אם אינם נמצאים במעגל העבודה יתקשו מאוד להשתלב במעגל העבודה רק משום היותם בגיל מבוגר. מחקרים רבים שבחנו את הקשר שבין גיל לרמת ביצוע של תפקיד בעבודה, מצאו באופן עקבי כי אין קשר הכרחי בין גיל כרונולוגי לבין רמת הביצוע של התפקיד. 50% ממבקשי העבודה בסוף שנת 2006 היו מעל גיל 45. במקביל, משך הזמן למציאת עבודה בגיל זה עולה באופן משמעותי. כך גם הסיכוי שבני גילאים אלו נותנים לאפשרות שימצאו פתרון תעסוקתי. מתופעת הגילנות בתחום התעסוקה, עתידים לסבול הרבה יותר עובדים ולמשך הרבה יותר שנים כיוון שהיא מתחילה בגיל צעיר יחסית. האתגר שמציבה הגילנות בתחום התעסוקה לעובד הוותיק והזקן ברורה. המטרה- לנפץ את תקרת הזכוכית מעל גילו של העובד הוותיק. הניסיון מוכיח כי אין פריצת דרך של ממש בטיפול בעניין. נראה כי עיקר הפעילות, בשלב זה, צריכה להיות הגברת המודעות הן של העובדים הוותיקים והזקנים, והן של המעסיקים. הגברת המודעות צריכה להיות בדרך של כיבוד החוק, עמידה על זכויות, הסברה והרתעה. חוברת זו מבקשת לסייע בכל אחת מהדרכים הללו.

3. זכויותיהם החוקיות של עובדים ותיקים וזקנים בתחום התעסוקה

3.1. הקדמה

חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח - 1988 (להלן: החוק) נועד להגן, בין השאר, על העובד המבוגר והזקן מפני אפליה מטעמים של גיל. החוק תוקן בשנת 1995 ואומר בין השאר:

" לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, היותם הורים, גילם, גזעם... "

החוק מעניק לאדם הנפגע, כתוצאה מאפליה על רקע של גיל, כלים יעילים ומשמעותיים להתמודדות עם התופעה. החוק נועד לעודד את הנפגעים מאפליה לקום ולעמוד על זכויותיהם.

❖ לכל עובד יש זכות חוקית שלא להיות מופלה בשל גילו.

❖ עובדים ותיקים וזקנים חייבים לעמוד על כיבוד זכויותיהם ולמנעו את הפליה שלהם או של עמיתיהם.

3.2. מהי הפליה בקבלה לעבודה מטעמים של גיל?

בקבלה לעבודה יש להבדיל בין הבחנה לאפליה. הבחנה מותרת, רק כאשר היא "מתחייבת מאפיינים או ממהותם של התפקיד או המשרה". כלומר, המעביד רשאי להגביל קבלת עובדים לתפקיד מסוים בכפוף לדרישות הנובעות ממהות התפקיד. למשל: במודעה לקבלת מרכזנית, הבחנה מותרת תהיה דרישת התפקיד ליכולת שליטה מוחלטת בשפה או במספר שפות. דוגמה נוספת, טכנאי מחשב נדרש להוכיח בקיאות בשפות מחשב שונות.

כאשר הגיל הופך לנושא מובהק, הוא הופך לאפליה ואסור על פי החוק. לדוגמה, אם נדרשות יכולת גופניות לצורך ביצוע תפקיד מסוים לא ניתן להציב גיל כגורם פוסל. נדרש לבחון את המועמדים באופן אישי לאור הדרישות הגופניות. דוגמה נוספת, בזמן ראיון קבלה לעבודה אין להציג למועמד שאלות הנוגעות לעניין גיל. שאלה כגון: "האם אין אתה מבוגר מדי לתפקיד?" או שאלה כגון: "האם בגילך תוכל ללמוד ולהתמודד עם נושאים חדשים הנדרשים לתפקיד?" יכולים להצביע על אפליה. ואולם, שאלות על קשיים צפויים בתפקיד המנותקים מעניין הגיל, הינן שאלות מותרות.

❖ מועמדות שוויונית לעבודה מבחינת גיל משמעותה, כישורים ויכולת מוכחים ולא הגיל הכרונולוגי.

3.3. כיצד נזהה הפליה בשל גיל בתנאי העבודה או בקידום בתפקיד?

תנאי עבודה ואפשרות הקידום של עובדים צריכים להיקבע בהתאם לניסיון וליכולת ובהתעלם מקבוצת ההשתייכות לגיל. תנאי עבודה לא הוגנים יכולים להתבטא בזכויות עודפות הניתנות לקבוצת גיל מסוימת. לדוגמה: משמרות ערב הניתנות רק לעובדים מבוגרים או החלטה כי עבודה מול הקהל תעשה רק על ידי נשים צעירות. פגיעה בתנאי העבודה בשל גיל (אך לא רק) יכולים לבוא לידי ביטוי גם

בהפחתת שכר, הורדת משמרות, צמצום שעות העבודה או הרחבתן וכן העברת עובד מתנאי משרד הולמים לעבודה בחדר בתנאים ירודים.

קידום בעבודה אסור שיהיה מותנה בתנאים של גיל המנותקים מרמת המיומנות המקצועית. לדוגמא: אין להתנות קידום של עובד בעובדה שהוא "צעיר מידי בגילו" או למנוע קידום מעובד ותיק כי הוא "זקן מידי".

גם הכשרה או השתלמות מקצועית בעבודה הנמנעת בהתבסס על שיקולים של גיל העובדים מהווה אפליה. לדוגמא: מעביד שמסרב לשלוח עובד מבוגר להשתלמות מפני שהוא "מבוגר ויתקשה להסתגל או להשתלב בהשתלמות".

❖ **קידום ותנאי עבודה יהיו אך ורק בהתאם לניסיון והוכחת יכולת ולא בשל גיל.**

❖ **אין למנוע הכשרה מקצועית לעובד הנובעת מסיבות של גיל בלבד.**

❖ **יתכן שפוטרתי בשל אפליה, אך נדמה לי שגם הליך הפיטורים לא היה תקין. מהם השלבים**

הנדרשים בהליך פיטורים חוקי?

פיטורים הוא חלק בלתי נפרד משוק העבודה. יש מספר כללים עליהם חובה להקפיד בהליך פיטורים של עובד.

א. איסור פיטורים של עובדים "חלשים". לדוגמא: איסור פיטורים של עובדת במהלך תקופת ההיריון, איסור פיטורים במהלך שירות מילואים. איסור לפטר בשל גיל, מעמד אישי וכו'.

ב. כיום, בעקבות פסיקות בית המשפט, חייב מעביד לעמוד בנורמות של סבירות, הוגנות ותום

לב בכל הקשור לסיום עבודתו של העובד. המעביד אינו רשאי לעשות שינוי בתנאי העבודה של העובד ולפטרו רק משום שעלה הרצון מלפניו. על המעביד להקפיד כי:

1. יוגדרו לעובד הנורמות והערכים להם מייחס המעביד חשיבות.

2. אם המעביד אינו שבע רצון מתפקודו של העובד עליו להעביר לו משוב ברור וחד משמעי. עליו להתריע על כך בפני העובד באופן ברור, כולל ההשלכות של מצב בו לא יתקנו הדברים. תהליך זה מחייב שיחה ברורה ותיעוד מלא.

3. פיטורים הם מוצא אחרון ועל המעביד לחפש חלופות למשל, תפקידים אחרים במקום העבודה או תחומי אחריות אחרים. תהליך מציאת החלופות מחייב תיעוד.

ג. חובה לקיים הליך שימוע לעובד לפני הפיטורים. הזימון לשימוע יהיה בכתב ובו יפורטו

העילות שבגינן נשקלים הפיטורים. הזימון יוצא מספר ימים מראש כדי לאפשר לעובד להכין תגובה. השימוע יתקיים על ידי בעלי תפקידים שאינם נגועים בדעה קדומה והמוסמכים לקבל החלטה בעניין. לצד העובד יוכלו להשתתף, חבר ועד, בן משפחה, ידיד או עורך דין.

במהלך השימוע יפרט המעביד את הסיבות שבגללם הוא שוקל לפטר את העובד ויסביר את תהליך השימוע ומטרתו. העובד יאמר את כל אשר על ליבו והמעביד יקשיב בלב פתוח ונפש חפצה. מהלך השימוע ירשם בפרוטוקול.

ד. ההחלטה על הפיטורים לא תתקבל במעמד השימוע. על הנאמר בשימוע להישקל בכובד

ראש ובאופן יסודי. ההחלטה תתקבל בפרק זמן סביר ותימסר לעובד בכתב ובאופן אישי.

❖ פיטורים הוא מהלך חריג הדורש תהליך פעולה הוגן

❖ פיטורים הוא מוצא אחרון

❖ על המעביד לנהוג בתום לב ובדרך הוגנת

❖ על החלטת פיטורים ניתן לערער

3.4. האם עובד שנפגע מאפליה יכול לטעון את טענותיו בפני מעבידו?

כפי שנאמר לעיל, התשובה היא – כן. אם החליט מעביד לשנות באופן מהותי את תנאיו של העובד. למשל: להעבירו לתפקיד אחר הדורש מיומנויות שונות, לשנות את שעות העסקתו באופן קבוע. לחליפין, אם החליט המעביד לפטר את העובד הוותיק. חובה על המעביד לתת לעובד את הזכות להשמיע את טענותיו. בית המשפט יוכל לחייב את המעביד להשיב את העובד לעבודה או לשלם פיצוי כספי לעבוד (בנוסף לכספי הפיצויים) על שלילת זכות זו.

❖ לעובד זכות לשימוע במקרה של פגיעה מהותית בתנאיו או פיטורים בשל גיל.

❖ מניעת זכות שימוע = ניתן לחייב המעביד להשיב לעבודה, לשלם פיצוי כספי.

3.5. מי יכול להגיש תביעה על אפליה?

החוק מעניק את הזכות להגיש תביעה בראש ובראשונה לעובד הנפגע. כלומר, כל מי שהופלה לרעה מטעמי גיל, החוק נותן בידו כלים ומעודד אותו להתמודד עם התופעה על ידי תביעת המעביד באופן ישיר. התביעה הינה תביעה אזרחית המעמידה את המופלה מול המפלה (בניגוד לחוק שרות התעסוקה המאפשר להגיש תלונה פלילית לרשויות והן אמורות לטפל בעניין במידה וימצאו לנכון). בשל חשיבות עניין מניעת האפליה על רקע גיל והרצון לקדם ולהיאבק בתופעה, מרחיב החוק את הזכות להגשת התלונה. כך, גם לשלושה גופים נוספים קיימת הזכות להגיש תלונה כנגד מעביד מפלה. האחד, ארגון עובדים יציג במקום העבודה של העובד המופלה. באין ארגון עובדים כזה, יכול להגיש את התביעה הארגון שבו חבר העובד.

הגוף השני שיכול לתבוע מעביד שהפלה עובד, במידה והעובד מסכים לכך, הם ארגונים העוסקים בזכויות של מי שאסור להפלותו ואשר תפקידם לקדם את זכויות עובדים. לדוגמה: עמותת המשפט בשרות הזקנה.

הגוף השלישי המוסמך להגיש תביעה הוא, הנציבות לשוויון הזדמנויות בעבודה. הנציבות יכולה לקבל תלונה, לברר אותה מול המעביד וכן לדרוש קבלת נתונים. בסופו של התהליך מוסמכת הנציבות להגיש תביעה אזרחית בבית דין לעבודה. הנציבות אף מוסמכת לבקש מבית הדין לעבודה לקבל צו כללי המורה למעסיק לנקוט/ לא לנקוט פעולות בעניינו של עובד. (הרחבה בעניין הנציבות לשוויון הזדמנויות ראו להלן עמוד 12)

החוק קובע כי גם לבית- הדין הדין בתביעה בעניין של אפליה יש אפשרות להוסיף צדדים. הוא יכול לאפשר לארגון העוסק בזכויות של מי שאסור להפלותו להשמיע את דברו בדרך שימצא לנכון.

- ❖ המופלה בשל גילו הוא התובע את הפוגע בו. התובע הוא העתיד לזכות בפיצויים שנגרמו לו כתוצאה מהאפליה.
- ❖ ארגון עובדים יציג או ארגון המקדם זכויות עובדים של מי שאסור להפלותו, יכולים להתלונן בשיתוף עם הנפגע או במקומו.
- ❖ נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה יכולה לקבל תלונה, לחקור לקיים ברור ואף לתבוע מעסיקים בשל אפליה.
- ❖ בית – הדין הדן במקרה של תביעה הכרוכה בהפליה מטעמי גיל יכול לצרף לנפגע ארגון זכויות שיצטרף וישמיע את עמדתו.

3.6. איזה פיצוי ניתן לקבל על הפליה בשל גיל?

החוק מעודד את מי שנפגע בשל הפליה על רקע של גיל לעמוד על זכותו ולתקן את הנזק שנגרם לו. עובד שהוכח כי הופלה זכאי לקבל פיצוי מלא (פיצויי פיטורים והפרשי שכר) בשל כל הנזקים הכספיים הישירים אשר נגרמו עקב האפליה.

יתרה מכך! עובד שהתפטר בשל יחס של הפליה ובית הדין – יקבל את הטענה בדבר הפלייתו, יהיה זכאי למלוא הפיצוי כאילו פוטר מהעבודה ובכלל זה הפרשי שכר ופיצויי פיטורים.

בנוסף! גם אם לא נגרם לנפגע נזק! החוק מקנה לבית- הדין יכולת ענישה משמעותית של המעביד המפלה. הפיצוי מסוג זה נועד לדרבן את מי שנפגע לעמוד על זכותו ולגרום למעסיקים להימנע מאפליה. לבית- הדין קיימת סמכות לפסוק פיצוי כפי שייראה לו בנסיבות העניין עד לסכום של 50.000 ₪.

- ❖ הפליה בשל גיל = פיצוי מלא בשל כל הנזקים.
- ❖ התפטרות בשל הפליה = בכפוף להחלטת בית- דין, כאילו פוטר (כולל כל הפיצויים).
- ❖ לא התקבלת לעבודה או פוטרת מעבודה על רקע של גיל ולא נגרם נזק = זכאים לתבוע פיצויים ובית – דין יכול לפסוק פיצוי עד 50.000 ₪.

3.7. כיצד מוכיחים טענה על הפליה בשל גיל? (העברת נטל ההוכחה למעביד)

דוגמה: רותי בת 56 עובדת כמנהלת משמרת במסעדה יוקרתית מזה 12 שנים. לאחרונה פוטרה מעבודתה. לטענתה פוטרה כיוון שמעבידה ביקש למצוא עובדת צעירה ונאה יותר, אשר עלות העסקתה קטנה. מעבידה טוען כי פוטרה בשל סיבות מקצועיות. בפועל, המעביד בסמוך לאחר פיטוריה של רותי, קיבל לעבודה עובדת צעירה, בשכר נמוך יותר, לאותו תפקיד שמילאה רותי. כיצד תוכיח רותי כי הופלתה על רקע של גיל?

החוק מגן על זכויות העובדים הותיקים והזקנים. לפיכך נקבע שבדוגמה שלעיל צריכה רותי להוכיח כי: 1. עמדה בדרישות התפקיד. 2. הסיבה היחידה שבגללה מבקש מעסיקה לפטרה היא גילה ולא שום סיבה אחרת.

מכאן יהיה נטל ההוכחה על המעביד. הוא יידרש להוכיח כי, לא הייתה הפליה לרעה מטעמים של גיל. במידה ואכן היו הפיטורים על רקע של גיל (מראה, שכר, יכולת וכו') המעביד יידרש להוכיח כי הדבר מוצדק באופן אובייקטיבי ולא סובייקטיבי כפי שהוא חושב. לענייננו, האיזון שאותו מתבקש המעביד לעשות הוא בין צרכיו שלו כמעביד ודרישתו מהתפקיד, לבין חובתו לנהוג בשוויון הזדמנות ביחס

לגילה של רותי. כלומר, ניתוח אובייקטיבי של דרישות תפקידה של רותי צריכות להראות כי קיימת זיקה בין גילה הכרונולוגי לדרישות התפקיד וכי רותי לא עמדה בדרישות. יתרה מכך, גם אם יש זיקה בין הגיל לתפקיד המעביד יצטרך להראות כי לא קיים הליך חלופי שבו ניתן יהיה למנוע את הפגיעה בעובד. בדוגמא של רותי על המעביד למצוא מבחנים אישיים על פי קריטריונים ענייניים אשר יוכיחו אם רותי כשירה לביצוע התפקיד למרות גילה הכרונולוגי. בשורה התחתונה עיקר הנטל רובץ על כתפי המעביד שצריך להוכיח שנהג באופן הגון, ולגילו של העובד לא היה שום קשר לפיטורים. וגם אם לגיל יש קשר הוא נתן לעובד הזדמנות להוכיח כי גילו אינו משפיע על תפקודו.

- ❖ על העובד להוכיח: א. עומד בדרישות התפקיד ב. הסיבה לפיטורים הם גילו.
- ❖ המעביד: צריך להוכיח כי: א. לא הפלה את העובד ב. אם הפלה יש לו הצדקה חוקית וההפליה היא המהלך הפוגע בעובד באופן המזערי ביותר.
- ❖ המעביד צריך לאפשר לעובד מבחן שיראה את יכולתו לבצע את התפקיד היטב ללא שום קשר לעניין הגיל.
- ❖ אם המעביד לא מצליח להרים את נטל ההוכחה שלא הפלה לרעה את העובד בשל גילו – התובע זוכה.

3.8. מהו פרסום מפלה לעבודה בעניין של גיל?

מודעות לקבלה לעבודה אמורות לעסוק ברקע מקצועי הנדרש ובתיאור התפקיד בלבד. שפת המודעה צריכה להיות כזו המתאימה למגוון הרחב ביותר של אנשים. לדוגמה מודעות אינן יכולות לכלול דרישות כגון: "לתפקיד סוכן מכירות דרוש עובד/ת מתחת לגיל 45", ואפילו לא מודעה כגון: "דרושות בחורות צעירות".

- ❖ פרסום חוקי = פרסום הכולל תיאור תפקיד ורקע/דרישות מקצועיות בלבד.

3.9. למי יש להגיש את התביעה ומי יכול לתבוע?

תביעה בגין הפליה בשל גיל תוגש לבתי-הדין האזוריים לעבודה. כאמור על פי החוק הנפגע הוא המגיש את התביעה והוא הצפוי ליהנות מתוצאות התביעה. אפשר, כאמור להיעזר גם בארגון עובדים יציג או ארגון המקדם זכויות עובדים ותיקים. ארגונים אלו יכולים לסייע בכפוף להסכמתו של התובע. (לרשימת ארגונים האמורים לסייע ראו בסוף החוברת). על מעביד נאסר לפגוע בעובד מחמת תלונה או תביעה שהגיש. יתרה מכך, על המעביד גם נאסר לפגוע במי שסייע לעובד אחר שנפגע ואשר הגיש תלונה או תביעה.

- ❖ תביעה בגין אפליה יש להגיש לבית – דין אזורי לעבודה.
- ❖ תביעה = הגשה על ידי המתלונן \ ארגון עובדים \ ארגון עובדים המקדם זכויות עובדים ותיקים.
- ❖ אין לפגוע בעובד המתלונן על אפליה או מי שמסייע לו.

3.10. כמה זמן אחרי המקרה ניתן להגיש את התביעה?

תביעה אזרחית בגין הפליה על רקע גיל ניתן להגיש עד **שלוש שנים** לאחר שנוצרה העילה להגשתה. יש לשים לב שכן תקופת התיישנות זו היא קצרה יותר מתקופת ההתיישנות של תביעת פיצויים אזרחית רגילה.

❖ **ניתן להגיש תביעה בגין אפליה עד שלוש שנים לאחר קרות המקרה.**

3.11. האם תוכנית פרישה מרצון יכולה להיחשב לאפליה?

לעיתים נוצר למעסיק צורך בפיטורים מסיבות של התייעלות, צמצום וכו'. יתכנו גם פיטורים מתוך רצון לרענן את מצבת העובדים. כלומר, להחליף עובדים ותיקים שעלות העסקתם גבוהה, בעובדים צעירים שעלות העסקתם נמוכה וכישוריהם עדכניים יותר. פיטורים כאלה יחשבו לאפליה למעט אם נעשו מרצון. על מנת להימנע מאפליה ולהגיע להסכמה מרצון על פרישה של עובדים מבוגרים תכלול התוכנית, בדרך כלל, מספר רכיבים. תנאי פרישה משופרים: פיצויי פיטורים מוגדלים, תקופת הסתגלות, סיוע במציאת עבודה. בדרך כלל יאפשרו לעובדים מספר מסלולים. הצעת הפרישה תינתן למספר גדול של עובדים בכדי להגיע למצב שבו עובדים בוחרים מרצונם בדרך זו לסיים את עבודתם וכך תמנע אפשרות של אפליה על רקע גיל.

❖ **פיטורים לצורך התייעלות לא יחשבו אפליה מטעמי גיל כאשר:**

○ יש הסכמה עם העובד

○ תנאים משופרים

○ מספר מסלולים

○ אפשרות בחירה מרצון אם להצטרף לתוכנית

❖ **אם לא מתקיימים תנאים אלה - פיטורי העובד/ת ללא הסכמתו על בסיס גילו**

ייחשבו כאפליה מטעמי גיל.

❖ **חליתי במחלה שלא נגרמה בשל עבודתי, אני נאלץ להתפטר ומבקש לדעת מהו מעמדי**

החוקי?

סעיף 6 לחוק פיצויי פיטורים קובע כי עובד שהתפטר לרגל מצב בריאותו שלו או בן משפחתו ולאור הממצאים ושאר הנסיבות הייתה סיבה מספקת להתפטרותו – ההתפטרות דינה כפיטורים לעניין פיצויי פיטורים.

להלן מספר דגשים שניתנו על ידי בתי הדין לעבודה בעניין:

1. נטל ההוכחה כי העובד התפטר בשל מחלתו הינו על עובד.
2. הקשר היחיד אותו יש להוכיח הוא הקשר שבין מצב הבריאות של העובד וההתפטרות. אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין המחלה לתפקיד אותו ממלא העובד המתפטר. הזכות לפיצויי

פיטורים, כשהעילה מצב הבריאות של העובד, לא זקוקה לקשר סיבתי לעבודה אותה הוא ביצע.

3. העובד המתפטר בשל מצב בריאותו חייב להודיע למעביד את סיבת ההתפטרות כדי לאפשר למעביד להציע תנאי עבודה שיתאימו למחלת העובד. מציאת תפקיד הולם תגרום לכך שלא תתקיים "סיבה מספקת" להתפטרות ולקבלת הפיצויים.

4. במידה שעצם המחלה או השפעתה על העובד אינם נתונים במחלוקת. ובמידה וברור כי בנסיבות העניין ושאר הנסיבות הקשורות לכך לא יוכל להמשיך בעבודתו, אין צורך להוכיח את העניין באמצעות תעודה רפואית. במידה והדבר שנוי במחלוקת יצטרך העובד לבסס את תביעתו על תעודה רפואית.

5. אם רופאים מוסמכים קבעו כי העובד אינו מסוגל להמשיך בעבודתו, הוא רשאי להתפטר ודינו כדין מפוטר. גם אם יש רופאים הסבורים אחרת זכותו של החולה שלא לקחת את הסיכון בעניין.

❖ **עובד המתפטר בשל מצב בריאותו, דינו כדין מפוטר לעניין פיצויי פיטורים.**

❖ **נטל ההוכחה כי העובד התפטר בשל מחלתו – על העובד.**

❖ **אין צורך לקשר סיבתי בין המחלה לתפקיד אותו ממלא העובד – די בהוכחת המחלה.**

❖ **על המעביד לנסות ולמצוא תפקיד הולם את מצבו של העובד החולה בכדי להימנע מהתפטרות שתחשב לפיטורים.**

❖ **מרגע שרופא מוסמך קבע כי העובד החולה אינו מסוגל להמשיך בעבודתו, זכותו להתפטר גם אם יש רופאים הסבורים אחרת.**

❖ **מהו הסיוע שניתן לקבל מנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה בנושא של אפליה?**

בשנת 2005 הוקמה נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. סמכות הנציבות מופיעה ונגזרת מחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. בהקמתה, הפכה הנציבות להיות מעורבת בנושא חינוך, קידום, מימוש, אכיפה והפנמת חוקי השוויון בעבודה ובכלל זה, האכיפה של מניעת הפליה בשל גיל. כפי שהוסבר לעיל (סעיף 3.5). לנציבות סמכות רחבה ביותר במניעת אפליה. במקרה של תלונה (או במקרה של חשד המתעורר בנציבות) תנקוט הנציבות את כל הפעולות הנדרשות: ייעוץ ראשוני למתלונן, ברור עם המעביד וחקירה מקיפה של התלונה. במידת הצורך תגיש הנציבות תביעה בבית הדין לעבודה. לנציבות קיימת היכולת לדרוש מבית הדין לעבודה לתת צו כללי שיוורה למעסיק לנקוט/ לא לנקוט פעולות מסוימות. הנציבות "שמה לה למטרה לסייע לעובדים, לתת להם גב של רשות ממשלתית כדי לעמוד על מלוא זכויותיהם עפ"י חוק".

הסיוע הניתן במקרה זה הוא סיוע בהליך האזרחי ומשמעותו שהמדינה תובעת את המעסיק על שערב על חוקי העבודה. הסעד הניתן על ידי בית הדין, במקרה שיוכח הנזק, יהיה פיצוי לעובד הנפגע.

- ❖ נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה היא גוף ממשלתי אפקטיבי שמטרתו להיאבק באפליה ובכלל זה הפליה בשל גיל.
- ❖ הנציבות בעלת סמכויות חקירה רחבות והשפעתה חורגת מעבר לסיוע לעובד הפרטי.
- ❖ הנציבות מגישה תביעות אזרחיות מהן עתיד ליהנות, במידה ותוכח האשמה, העובד הנפגע.

3.12. האם קיים הליך פלילי כנגד מי שמפלה?

חוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959. קובע כי הענקת יחס שונה לעובדים בשל גילם הכרונוולוגי מהווה אפליה בעבודה. ככלל, האיסור בחוק שירות התעסוקה חל רק על שליחה לעבודה על ידי שירות התעסוקה. ניתן להתלונן למשרד התעשייה, מסחר ותעסוקה שבה יש יחידת פיקוח שאמורה לפקח על חוקי העבודה בכלל, ועל חוק שירות התעסוקה, בפרט. לפיכך, כל מי שהופלה לרעה מטעמי גיל על ידי לשכת התעסוקה, או בגין קבלה לעבודה על ידי מעביד – יכול להגיש תלונה. מדובר בהליך פלילי הנשלט על ידי רשויות התביעה. מי שמגיש את התביעה הוא משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, על יד התובעים והפקחים שלו. העונש הוא קנס כספי המוטל על המעביד אשר הפלה לרעה.

לסיכום. חוק שירות התעסוקה מוגבל ביותר. הוא עוסק רק בסוגיית האפליה מטעמי גיל בקבלה לעבודה. זהו חוק המבוסס על העיקרון הפלילי. כלומר, הנפגע לכל היותר יכול להתלונן בפני הרשויות, ולקוות כי הם יטפלו בנושא. למתלונן אין כל תמריץ להתלונן. הוא איננו "נהנה" מההליך. יתרה מכך, המשאבים וכוח האדם המוקצים לאכיפת החוק – בכלל, ולכל הנוגע לאפליה מטעמי גיל – בפרט מצומצמים ביותר (אם בכלל).

- ❖ ניתן להתלונן בפני התמ"ת על הפליה בשל גיל = הסיכוי לטיפול אפקטיבי ומרתיע – קלוש.

4. על הקשר בין חוק גיל פרישה ובין איסור האפליה מטעמי גיל

4.1. על תוכנו של חוק גיל פרישה

בהתאם לחוק גיל פרישה, מעביד רשאי לסיים את העסקתו על עובד עם הגיעו לגיל 67 מבלי שהדבר ייחשב כפיטורים. בפועל, עם סיום העסקתו של העובד, מתגבשת זכותו לקבל פנסיה מקרן הפנסיה אליה הפרישו הוא והמעביד את הפרשות החודשיות – ופיצויי הפיטורים "מגולמים" למעשה בפנסיה החודשית שהעובד עד יום מותו (ושאיריו – אף לאחר מותו).

- ❖ מעסיק רשאי לסיים העסקת עובד/ת אשר הגיעו לגיל 67, אף ללא כל עילה אחרת – הדבר לא ייחשב כפיטורים ולא ייחשב אפליה מטעמי גיל.

4.2. על הקשר בין חוק גיל פרישה ואיסור האפליה מטעמי גיל

גם אם אמנם ניתן לסיים את העסקתו של עובד/ת עם הגיעם לגיל 67 – אין חובה לעשות כן. המעביד, בהסכמת העובד/ת, יכולים להסכים להמשיך את העסקת העובד גם אחרי גיל הפרישה. לפיכך, בכל מקום שעובד מבקש להמשיך ולעבוד אף מעבר לגיל הפרישה, חובתו של המעביד לשקול בקשה זו לגופה, ולבחון את האפשרויות להמשיך ולהעסיקו, יחד עם זאת, אין עליו חובה להיעתר לבקשה. יתרה מכך, עצם קיומו של גיל פרישה איננו שולל מאנשים מעבר לגיל הפרישה להגיש את מועמדותם למשרה, ועצם העובדה שהם מעל גיל הפרישה איננה פוסלת על הסף את מועמדותם. יחד עם זאת, באופן מצער, נכון להיום, העמדה המקובלת שהתקבלה בבתי המשפט בישראל היא שמעסיקים יכולים להעדיף עובדים מתחת לגיל פרישה על פני עובדים מעבר לגיל פרישה במסגרת הליכי גיוס עובדים – והדבר לא ייחשב כאפליה מטעמי גיל.

❖ אין כל מניעה להמשיך לעבוד גם אחרי גיל הפרישה – בכפוף להסכמת העובד והמעביד.

❖ אין כל מניעה לבקש מהמעביד להמשיך לעבוד מעבר לגיל פרישה – חובתו לשקול זאת, אך אין עליו חובה להיענות לכך.

❖ ניתן להגיש מועמדות לכל משרה גם אם את/ה מעבר לגיל פרישה – אך ניתן באופן חוקי להעדיף כיום עובדים מתחת לגיל פרישה מבלי שהדבר ייחשב כאפליה מטעמי גיל.

גיל פרישה לגברים ונשים

החוק משווה בגיל פרישה חובה בין גברים לנשים. לנשים ניתנת הזכות לעבוד עד לגיל הפרישה של הגברים. כלומר לנשים עומדת הזכות לפרוש החל בגיל הפרישה הקבוע בחוק (62) ועד גיל פרישה חובה (67) או בכל גיל בניהם. לא ניתן לכפות על נשים, במידה ובחרו בכך, לפרוש לפני גיל פרישה חובה.

❖ לנשים זכות לבחור את מועד הפרישה המועדף בטווח הגיל שבין 62 ל 67. לא ניתן לכפות על נשים פרישה שלא בהתאם לרצונן.

4.3. עבודה בגילאים שמעבר לגיל הפרישה

עובד/ת שהתקבל לעבודה מעבר לגיל הפרישה, או המשיך לעבוד – בהסכמה – מעבר לגיל הפרישה, חלים עליו כל דיני העבודה הרגילים, ולפיכך על המעביד החובה לשלם את מלוא הזכויות הסוציאליות, ללא הבדל לעומת עובד/ת שהם מתחת לגיל הפרישה.

❖ אם את/ה עובד/ת מעל גיל פרישה – מוענקות לך כל הזכויות המוענקות לכל עובד/ת אחר בגיל צעיר יותר.

גיל פרישה מוקדמת

גיל שבהגיעו אליו זכאי העובד לקבל פנסיה אף אם טרם הגיע לגיל הפרישה. גיל הפרישה המוקדמת בישראל הוא 60 לגברים ונשים כאחד. כלומר, בהגיעה עובד לגיל 60 הוא רשאי לצאת לפנסיה מוקדמת ולקבל את הפנסיה המגיע לו (בכפוף לזכויות אותן צבר עד למועד זה). מתחת לגיל זה לא זכאי עובד להפסיק עבודתו וגם לזכות בפנסיה.

❖ **גיל פרישה מוקדמת שווה לנשים וגברים ומקבלים את כל התנאים שנצברו. לא ניתן לפרוש קודם ולקבל פנסיה.**

גילאי פרישה במגזרים מוגדרים

למרות כל האמור לעיל ביחס לגיל הפרישה ישנם הסדרים חוקיים למגזרים שונים. לדוגמא כוחות הביטחון, שרותי כבאות וכו' הפורשים בגיל מוקדם מגיל הפרישה. ולעומתם שופטים ומרצים באוניברסיטאות הפורשים בגיל מבוגר מהאמור בחוק. החריגות הללו הינם תוצרים של הסכמים על פי חוק הנוגעים למגזרים אלו.

❖ **למגזרים מסוימים הסדרים מיוחדים המאפשרים פרישה לפני או אחרי גיל הפרישה המופיע בחוק.**

5. מידע אודות ארגונים וכתובות למי לפנות בתלונות ולסיוע משפטי:

❖ עמותת המשפט בשרות הזיקנה:

❖ ת"ד 843 חיפה 31000

❖ טלפון: 1-800-222-213

❖ דוא"ל: elderlaw@walla.com

❖ יד ריבה – ייעוץ והדרכה, סיוע משפטי ומידע על זכויות הזקן

❖ כתובת: בית יד שרה, שדרות הרצל 124, ירושלים 96187

❖ טלפון: 02 – 6444569

❖ פקס: 02 – 6444560

❖ דוא"ל: yard@yadsarah.org.il

❖ כן לזקן - (לקידום זכויות זקנים) ייעוץ, מידע והגנה על זכויות זקנים

❖ ת"ד 6001 ירושלים

❖ טלפון: 02 – 6231156

❖ פקס: 02 – 6231156

❖ דוא"ל: kenlazaken@bezeqint.net

❖ מוקד זכויות טלפוני:

❖ 1-800-300-339

❖ מרכז מידע רעות אשל

❖ 1-700-700-204

❖ נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה במשרד התמ"ת

❖ טלפון: 02 – 6662701

❖ פקס: 02 – 6662789

❖ www.moital.gov.il

❖ שירות יעוץ לאזרח (ש.י.ל)

מוקד ומרכז מידע: 1800 – 50 – 60 – 60

❖ קו לעובד

טלפון: 04 – 8643350

www.kavlaoved.org.il

קו לעובד סניפים בערים השונות ושעות קבלת קהל שונות. מומלץ תחילה להכנס לאתר ולברר על שעות הקבלה.

❖ עמותת " סוּט אל- עאמל"

טלפון : 04 – 6561996

פקס : 04 – 6080917

www.laborers-voice.org

❖ הקליניקה לשוויון וזכויות אדם (המרכז האקדמי למשפט ולעסקים – רמת גן)

טלפון : 03 – 6000800 (שלוחה 149)

פקס : 03 – 6000872

www.clb.ac.il

❖ הסתדרות העובדים הכללית החדשה (הקו החם)

טלפון : 1 – 700 – 700 – 331

www.histadrut.org.il

❖ האגודה לזכויות האזרח בישראל

טלפון : 1 – 700 – 700 – 960

www.acri.org.il

6. קריאה נוספת:¹

להלן מספר מקורות מידע לשם קריאה נוספת ומעמיקה יותר בתחום:

אחדות, ל., וגרא, ר. (2008). על עבודה ופרישה אצל בני 50 ומעלה בישראל. **ביטחון סוציאלי**, 76, 43-71.
בן הדור, ב., אבן-חיריק, ע., אפלבוים, א., דרייזר, ה., שרון, ד., כהן, י., ומונדלק, ג. (2005). בדיקת אפליה
בשכירה לעבודה על ידי מבחני היענות. **עבודה, חברה ומשפט**, יא, 381-407.

בן ישראל, ר. (2002). **דיני עבודה**. רמת אביב: האוניברסיטה הפתוחה.

בן ישראל, ר. (1998). **שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה**. תל אביב: האוניברסיטה הפתוחה.

בן-ישראל, ג., ובן ישראל, ר. (2004) **מי מפחד מהגיל השלישי? ירושלים: אש"ל**.

דורון, י. (2007). **צדק משפט וזיקנה**. ירושלים: אש"ל.

דורון, י. וקליין, ע. (2010). הזירה הלא מתאימה? אפליה מטעמי גיל בראי בית הדין האזורי לעבודה בחיפה.

עבודה, חברה ומשפט

דיוויס, י. (1984). הפלית קשישים בתעסוקה. **גרונטולוגיה**, 25/6, 10-20.

קופ, י., ובר-צורי, ר. (2006). השתתפות קשישים בכוח העבודה – מגמות עיקריות. **גרונטולוגיה**, לג(1), 87-
102.

קלינוב, ר. (2002). השתתפות האוכלוסייה המבוגרת בשוק העבודה. מתוך י. בריק (עורך), **הפוליטיקה של
הזיקנה** (עמ' 111-141). תל אביב: הקיבוץ המאוחד.

רבין-מרגליות, ש. (2001). הבחנה אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה. **משפטים** 32, 131.

רבין-מרגליות, ש. (1999). המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה? **הפרקליט**,

מד(ג), 529-573.

שמיר, ר. ושטראי, (1996). שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך

השיפוטי. **שנתון משפט העבודה**, ו', 289.

שניט, ד. (1992). **אפליה בתעסוקה מטעמי גיל, זכויות האדם והאזרח בישראל**. ירושלים: האגודה לזכויות

האזרח בישראל.

Shnit, D. (1978/9). Age discrimination in employment. **Tel Aviv University Studies in
Law**, 4, 168-192.

¹ הרשימה המפורטת להלן איננה רשימה ממצה של מקורות ואף איננה בהכרח רשימה מומלצת. מדובר על סקירה חלקית של מאמרים שפורסמו בישראל בתחום ויכולים להוות מקור למידע נוסף בתחום.

7. נספחים (לא לשימוש אלא לשם ידע כללי בלבד):²

נספח 1: דוגמא לכתב תביעה – פיטורי עובד מבוגר רק בשל גילו:

עב 10/_____

בבית הדין האזורי לעבודה בחיפה

בעניין שבין:

1. יהודית ישראלי ת.ז. 012345678

רחוב העצמאות 1948

חיפה

התובעת

- נ ג ד -

לבין: חברת התעופה "אוויר ירוק"

רחוב האווירון 767

חיפה

טלפון: 04 - 7654381 פקס: 04 - 7698123

הנתבעת

כתב תביעה

על יסוד האמור בתביעה זו, מתבקש בית הדין הנכבד :

- א. ליתן צו המונע מהנתבעת מלסיים את העסקת התובעת.
- ב. לחילופין, לפסוק פיצויים לטובת התובעת בגין הפליה אסורה על רקע גיל.
- ג. ליתן כל סעד אחר שימצא לנכון וראוי בנסיבות העניין.

א.מבוא

1. הנתבעת הודיעה לתובעת כי ביום 1.1.2010 יהיה עליה לסיים את עבודתה כדיילת אוויר בחברה וזאת בשל הגיעה לגיל 56. התובעת מעוניינת להמשיך ולעבוד אצל הנתבעת כיוון שיש לה את כל הכישורים והיכולות להמשיך בתפקידה. כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, התביעה עניינה הפליה

² דוגמאות כתבי בי הדין המובאים בנספחים של חוברת זו מובאים לצרכי קבלת מושג כללי כיצד נראה כתב תביעה, ומה הם המרכיבים השונים שהוא כולל בחובו. לא ניתן להשתמש בנספחים אלה בצורה "אוטומטית" ואין בהם כדי לשמש תחליף בצורך לקבל ייעוץ משפטי ספציפי מעו"ד מוסמך ומומחה בתחום.

פסולה מחמת גיל שהיא ביטוי לתופעת ה"גילנות" (Ageism). מדובר בהפליית עובדת בשל גילה הכרונוולוגי, ללא קשר ליכולותיה התעסוקתיות, האישיות וכישוריה.

הצדדים

2. התובעת שבימים אלו מלאו לה 56 שנה, נולדה בשנת 1953 בקיבוץ עסיסים שבנגב. היא אם ל-3 ילדים בוגרים ומתגוררת בחיפה. התובעת החלה לעבוד אצל הנתבעת לפני 20 שנה.
3. הנתבעת הינה חברת תעופה מוכרת על פי **חוק רישוי שירותי התעופה, התשכ"ג – 1963**. היא מעסיקה מאות עובדים, הן במסלולים מקצועיים והן במסלולים מנהליים. למיטב ידיעת התובעת כתובתה של הנתבעת להמצאת כתבי בי דין הינה כמפורט בכותרת לצד שמה.

ב. העובדות

סיפורה של התובעת

4. התובעת עובדת אצל הנתבעת כדיילת אוויר במשך 20 שנה. במסגרת תפקידה התובעת אחראית על שירות הנוסעים בדגש של הגשת מזון ושתייה, מענה לשאלות בעיות וצרכי הנוסעים. היא גם אחראית למתן מענה לבעיות לוגיסטיות ואנושיות במטוס, שמירה על הסדר, כמו גם טיפול באוכלוסיה בעלת צרכים מיוחדים. תפקיד נוסף אותו מבצעת התובעת הוא שמירת הקשר שבין הנוסעים והטייסים והרגעת הנוסעים בעת הצורך.

5. במהלך חודש נובמבר 2009 הודיעה הנתבעת כי היא תסיים את העסקתה של התובעת החל מ- 1.1.2010 בשל הגיעה לגיל 56. **מכתב הנתבעת בעניין הפיטורים, מיום 29.11.2009 מצורף כנספח א'.**

6. התובעת מעוניינת מאוד להמשיך בתפקידה ולכן פנתה בעל פה למנהל מחלקת דיילי אוויר בחברה בבקשה למנוע את פיטוריה. כיוון שהתובעת מוערכת מאוד בעבודתה, פנה מנהלה הישיר - מר ישראל כהן - למינהל משאבי אנוש אצל הנתבעת. במכתבו ביקש מנהלה של התובעת לבחון את אפשרות המשך העסקתה של התובעת. **מכתבו של מר ישראל כהן מיום 12.12.2009 מצורף כנספח ב'.**

7. ביום 15.12.2009 השיבה סמנכ"ל משאבי אנוש של הנתבעת, כי מבדיקה שערכה התברר כי לא ניתן להיענות לבקשת התובעת בשל מדיניותה, שאין להעסיק דיילות אוויר מעבר לגיל 56. **מכתבה של סמנכ"ל משאבי אנוש מיום 15.12.2009 מצורף כנספח ג'.**

8. לתובעת שיקולים אישיים כבדי משקל שבשלם היא חפצה להמשיך לעבוד אצל הנתבעת. ראשית, עבודתה אצל הנתבעת ממלאת אותה סיפוק ועניין, שנית, התובעת נמצאת בשיא כוחותיה ויש בידיה את הזמן הניסיון והמומחיות הנדרשים לתפקידה. שלישית, בשונה מעובדת צעירה התובעת

לא מטפלת בילדים קטנים ועל כן היא לא נעדרת מעבודה והיא מקדישה את מרבית זמנה לעבודתה, על כך גם יעידו מספר ימי המחלה, 100, שנצברו לזכותה. רביעית, כיוון שגבי ישראלי עובדת בחברה רק 20 שנה, ואין לה זכויות פנסיה ממקום אחר, ההכנסה לה היא צפויה לא תהווה תחליף הולם להכנסתה הנוכחית.

במילים אחרות, התובעת מעוניינת להמשיך ולעבוד אצל הנתבעת כל עוד כוחה במוותניה ואם תופסק עבודתה היא תאבד מקור הכנסה בטוח ועיסוק בו מצאה סיפוק ותכלית, ואף לא תוכל להמשיך ולצבור את זכויותיה לפנסיה תעסוקתית ולהבטיח את רמת חייה לעת זקנתה.

9. כפי שצוין לעיל, מנהליה הישירים של התובעת מעידים עליה כעובדת מסורה ונאמנה התורמת באופן משמעותי לתפקודה של הנתבעת. יודגש כי הנתבעת מעולם לא טענה, ובצדק, כי התובעת מסיימת את תפקידה בשל ליקויים מקצועיים, זולת גילה. מכאן שמוסכם כי התובעת ביצעה את עבודתה בצורה טובה ואין כל מניעה להמשיך העסקתה בתפקיד.

10. באופן מצער, עד לעצם כתיבת בקשה זו בחרה הנתבעת שלא לענות לתובעת וזאת על אף שהמכתב התקבל אצלה עוד באותו היום.

לאור העובדה שמועד סיום ההעסקה קרב, מוגשת הבקשה בצירוף התביעה העיקרית כאמור.

ג. הטיעון המשפטי

התובעת תטען כי סיום העסקתה בשל גילה הינו בלתי חוקי וזאת בשל היותו סותר עקרונות יסוד במשפט הישראלי ואף במשפט הבינלאומי, הכול כמפורט להלן:

היות סיום ההעסקה בלתי חוקי בשל היותו טעון בהפליה מטעמי גיל

11. ממכתבי הנתבעת כפי שהוזכרו לעיל, עולה כי הסיבה להפסקת העסקתה של התובעת הוא גילה-56.

12. הפליה מטעמי גיל פסולה ואסורה מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח -1988 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה) הקובע בסעיף 2 כדלקמן:

2. איסור הפליה

(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, בכל אחד מאלה:

(1) קבלה לעבודה;

(2) תנאי עבודה;

(3) קידום בעבודה;

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית;

(5) פיטורים או פיצויים פיטורים.

(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה.

...

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

13. לפיכך, ככלל, פיטורי עובד והוצאתו ממעגל העבודה רק בשל הגיעו לגיל מסוים הינה, על פניו, הפליה מטעמי גיל משום שעל העובד לעזוב את מקום עבודתו רק משום שהוא שייך לקבוצת גיל מסוימת (רות בן ישראל, שוויון הזדמנויות בעבודה, חובת פרישה מהעבודה, עמוד 1179).

14. איסור העסקתו של עובד ו/או חיוב הפסקת עבודתו אך ורק בגין גילו הכרונולוגי, עומד אם כך בניגוד לחוק ובניגוד לחובת המדינה לנהוג בשוויון בין דורשי העבודה. בית המשפט העליון אמר את דברו בעניין הנדון במספר הקשרים. כך למשל הוא קבע כי:

"במצאיאות החיים המודרנית בה כוח העבודה הולך ומתבגר, המודעות לקיומה של הפליה מחמת גיל צריכה לגבור אף היא... (בג"צ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים. פ"ד נח(2) 358 פסקה 7); וכי חובתה של המדינה לבחון עניינית את מועמדותו של דורש העבודה בלא הגבלה מראש של גיל המועמד, אלא אם התפקיד המיועד למועמד מצדיק קביעתו של גיל מקסימלי (בג"צ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים. פ"ד נח(2) 358 פסקה 11).

15. יצוין כי התובעת אינה חולקת על כך שהנתבעת רשאית להפסיק להעסיק עובד אשר איבד את כושר תפקודו; הבעייתיות היא שהנתבעת קבעה כי על התובעת לסיים עבודתה רק בגלל גיל ולא בשל תפקוד. הכללה גורפת ונוקשה זו חוטאת למציאות והיא מפרה גם את המשפט החוקתי של מדינת ישראל. היא עושה כן, משום שהיא מתעלמת מהצורך לבחון את יכולתו האישית של האדם שזכות היסוד שלו לשוויון ולחופש עיסוק הופרו, והיא חוטאת למחקרים הרבים המעידים על יכולותיהם של עובדים מבוגרים למלא את תפקידם בחברה. (רות בן ישראל, שוויון הזדמנויות בעבודה, חובת פרישה מהעבודה, עמוד 1179).

16. עשרות רבות של מחקרים בדקו את הקשר בין רמת הביצוע בעבודה לבין גיל, ובאופן עקבי לא נמצאה עדות לקשר הכרחי בין גיל כרונולוגי לבין רמת ביצוע. במילים אחרות, לא נמצא כי גיל כרונולוגי הוא מנבא יעיל ליכולות תפקוד תעסוקתיות. יכולת התפקוד התעסוקתית – בהעדר תשתית ראייתית אחרת – היא אינדיבידואלית, והיא תלויה, בין היתר בתפקיד הספציפי שממלא העובד. (דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת גיל פרישה מהעבודה).

17. מחקרים אלה מצביעים גם על כך שמבחינה כלכלית אין כל הגיון לחייב עובדים בריאים, כשירים ובעלי יכולת להפסיק ולתרום לכלכלה, שכן הדבר הינו בלתי-כלכלי וגורם פגיעה לתפוקה החברתית הכוללת. גם מהצד השני של הטעון הכלכלי, מסתבר, אמפירית, כי הטענה כאילו ביטול פרישת החובה תפגע בזכות התעסוקה של צעירים יותר איננה מבוססת שכן מסתבר כי שיעורי האבטלה של צעירים מושפעים הרבה יותר ממרכיבים מקרו-כלכליים, ולא מעצם קיומה של חובת פרישה.

18. לא זו אף זו – גם במסמכי מדיניות והכרזות זכויות בינלאומיים, עליהם חתמו נציגיה של מדינת ישראל ולהם הם הסכימו (מסמכים כדוגמת **United Nations Proclamation on Aging**; או כדוגמת **The Madrid Plan of Action on Ageing**) קיימת מחייבות והכרה בצורך להמשיך ולהעסיק עובדים מבוגרים גם בזקנתם כחלק מהצורך להתמודד עם תופעת הזדקנותה של החברה האנושית וככלי להבטיח לאותה אוכלוסייה יכולת ליהנות מפעילות ומעורבות חברתית.

19. עקרונות אלה באים לידי ביטוי גם במשפט ההשוואתי ולפיו המגמה הכללית במדינות מתקדמות כדוגמת ארה"ב או קנדה - אשר תוצג בפני בית הדין הנכבד - היא לבטל לחלוטין את חובת הפרישה ולהכיר בכך שמדובר בפגיעה בלתי מידתית ולא ראויה במעמדם של עובדים .

20. אשר על כן, הודעת הנתבעת כי התובעת מנועה מלהמשיך ולעסוק בעבודתה אך ורק בשל גילה הכרונוולוגי, וללא קשר לכישוריה ו/או יכולותיה למלא את תפקידה, מהווה הפליה פסולה, האסורה מכוח עקרונות יסוד של המשפט הישראלי והאסורה סטטוטורית מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

21. יתרה מכך, נטל ההוכחה מוטל על כתפי הנתבעת לשכנע את בית הדין מדוע הפרת איסור ההפליה מטעמי גיל מוצדק בנסיבות העניין – נטל, שכפי שיוסבר להלן, אין בידי המשיב היכולת לעמוד בו.

אי חוקיות וסוגיית נטל ההוכחה והשכנוע

22. בשל העובדה כי, כפי שיפורט להלן, התנהגות הנתבעת ונהליה נשוא תביעה זו נוגעים לזכות יסוד, ומהווים הפליית של קבוצה שלמה – קבוצת הזקנים – אך ורק בשל גילם הכרונוולוגי, התובעת תטען כי נטל ההוכחה ונטל השכנוע, ביחס לחוקיות הנהלים, מוטל על כתפי הנתבעת.

23. משבחרה הנתבעת לבחור בקריטריון גיל מקסימום כקריטריון להפסקת העבודה הרי שנטל ההוכחה מוטל על כתפיהם להראות כי לא התקיימה הפליה: "אכן, על המדינה להראות בעתירה שלפנינו מדוע נבחר המבחן של גיל המקסימום ולא מבחן שהוא פוגעני פחות, שעניינו בדיקה אינדיבידואלית של כושרם של המועמדים השונים. לעניין זה יש חשיבות לנטל. נקודת המוצא הינה כי נטל השכנוע מוטל על העובד הטוען כי הופלה על ידי מעבידו. כאשר המעביד קובע גיל מקסימום, עובר נטל השכנוע על שכם המעביד להראות כי קביעת גיל מקסימום מתחייב מאופיו וממהותו של התפקיד." בג"צ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נגד השר לביטחון פנים ואח', פסקה 9.

24. יתרה מכך, התובעת תטען, כי בדומה למקרים בהם מדובר בהפליה כלפי אוכלוסייה שבאופן היסטורי סבלה מהדרה והשתקה – כדוגמת הפליה כנגד נשים, ערבים, אנשים עם מוגבלויות – גם

מקום שמדובר על הפליה כנגד עובדים מבוגרים מטעמי גיל, רמת והיקף הראיות של הנתבעת צריכה להציג בפני בית הדין הינו בשיעור גבוה מזה שנדרש לשם הצדקת הפסקת עבודה "רגילה".

25. בהקשר זה חובת הנתבעת לא רק להצביע על כך שבמסגרת שיקול דעתם בעיצוב המדיניות נשוא תביעה זו, הם הביאו בחשבון את ההשלכות הפוגעניות הכרוכות בהחלטתם על התובעת; לא רק שעל הנתבעת להצביע על כך שנתנה משקל הולם לערך השוויון במכלול שיקוליה; אלא – על הנתבעת להצביע ולהראות ראיות אמפיריות, אובייקטיביות, אשר מצביעות ברמת הסתברותית גבוהה ביותר, כי התובעת אינה יכולה להמשיך בתפקידה בשל גילה הכרונוולוגי.

26. התובעת תטען כי הנתבעת לא עמדה בכל אמות המידה המשפטיות המפורטות לעיל, ולפיכך החלטתה והמדיניות עליה היא מתבססת – פסולה ואינה חוקית.

27. התובעת תוסיף ותטען כי דווקא מתוך שיקולים כלכליים ראוי להשאיר אותה במשרתה. מדובר בעובדת ותיקה ומנוסה שתפוקתה מרבית וזאת לעומת עובד חדש שצריך להשקיע בהכשרתו וייקח זמן רב עד שיגיע לאיכות ביצוע בעבודה כנתבעת.

28. לתובעת שיקולים אישיים כבדי משקל המצדיקים את המשך העסקתה. התובעת הועסקה אצל הנתבעת רק 20 שנה שהם כשני שלישי מהזמן המקובל הנדרש, לצבירת זכויות מספיקות לפנסיה. מטרת הפנסיה היא להוות חלופה, הולמת, לאובדן ההכנסה מעבודה. אם לאחר 30 שנות עבודה עדיין מתקשים הזקנים בישראל לקיים עצמם בכבוד (נתונים יפורטו בהמשך) הרי שלאחר 20 שנים זה יהיה בלתי אפשרי.

בנוסף, גם אם נסתכל מנקודת מבטו של המעביד כי הוא מעוניין לערוך "רענון שורות" באמצעות פרישה הרי שזה לא המקרה המתאים. במקרה דנן מדובר בעובדת המועסקת בתפקידה רק 20 שנה והיא נמצאת בשיא תפוקתה, לאחר שנות ההכשרה, והרבה לפני גיל הפרישה המתחייב לפי הוראות חוק גיל פרישה התשס"ד – 2004.

29. במילים אחרות, הנתבעת הייתה צריכה, לבחון לעומק את המשך העסקת התובעת מתוך שיקולים אובייקטיביים לגופו של עניין.

שלילת זכותה של התובעת להמשיך לעבוד מהווה פגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק

30. לחילופין, התובעת תטען שנפגעה זכותה החוקתית של התובעת לחופש העיסוק.

31. אף בטרם כונן חוק היסוד: חופש העיסוק, הוכרה הזכות לעיסוק כזכות טבעית, בעלת מעמד בכורה משפטי. הכרה זו הופיעה באחד מפסקי הדין הראשונים של בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ:

" כלל גדול הוא, כי לאדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן ההתעסקות בעבודה או במשלח יד אינה אסורה מטעם

החוק... מדובר בזכות שאינה קבועה עלי ספר אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה... ("בג"צ 1/49 סלומון שלמה בז'רנו נ' שר המשטרה פ"ד ב, 82, 80) (להלן: "בג"צ בז'רנו")

32. ההכרה בחופש העיסוק כזכות יסוד המשיכה והשתרשה בפסקי דין מאוחרים יותר כזכות הנובעת במישרין מאופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש. בראשית שנות ה-90 התחזק מעמדו הנורמטיבי של חופש העיסוק, והוא זכה למעמד חוקתי בגדרו של חוק יסוד: חופש העיסוק. על פי חוק היסוד: כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד. (סעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק).

שלילת זכותה של התובעת להמשיך לעבודה כפגיעה בעקרון השוויון וכפגיעה בכבוד האדם

33. כפי שנטען לעיל, הודעת הנתבעת על הפסקת העסקת התובעת גורמת להפליית התובעת על רקע השתייכותה לקבוצת גיל מסוימת. הפליה זו פוגעת בעקרון השוויון. ביסוד ההפליה על רקע קבוצתי, כדוגמת המקרה דן, עומד ייחוס מעמד נחות למופלה בשל השתייכותו לקבוצה בעלת תכונה שבדרך כלל אינה ניתנת לשינוי. לכן להפליה מסוג זה נלוות תחושת השפלה עמוקה. פגיעה בשוויון המלווה בהשפלה פוגעת בכבוד האדם באשר הוא אדם.

בית משפט העליון אמר את דברו בעניין בו עסק בהפליה על רקע קבוצתי:

" סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. על-כן, היסוד המרכזי בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן. דעתי היא אפוא, כי חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם."

(בג"צ 4541\94 אליס מילר נ' שר הביטחון מט (4)94, 129)

34. חיוב אדם לעזוב את מקום עבודתו כשהוא כשיר להמשיך ולבצע את תפקידו פוגעת במעמדו בחברה ובכבודו כאדם:

" הערך של "אל-תשליכני לעת זקנה" (תהילים עא, ט) הוא ביטוי לתפישה, הטבועה עמוק בתרבות החברתית שלנו. הפליה של אדם מחמת גילו המבוגר - להבדיל מסוגים אחרים של הפליה על בסיס של גיל - מהווה פגיעה קשה בכבודו של העובד המבוגר. אינני סבור שפגיעה זו מקוממת פחות מפגיעות אחרות אשר בית המשפט העליון רואה בהם, כעניין שבשגרה, סתירה לתקנת הציבור."

(דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד(5) 355 פסקה 46)

35. החיוב להפסיק עבודה אך ורק בגין הגעה לגיל מסוים יוצרת תחושה של חוסר השתייכות לכלל החברה, חוסר יצרנות וירידה בערך העצמי.

” 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 נשלל ממנו הסיפוק שבעשייה והסיפוק שבקבלת תגמול עבור עמלו. הרגשה זו מתחזקת גם בשל יחס החברה, אשר במקרים רבים מתייחסת אליו, כאל ”זקן” שאין בו עוד תועלת. הדברים חריפים יותר בימינו, כאשר תוחלת החיים הממוצעת גדלה ובריאותו של האדם נשמרת גם בגילאים מתקדמים. בשל כך גדל מספר השנים שבהן אדם מבוגר, איתן בגופו ובנפשו, נאלץ, למרות סגולותיו, לפרוש מפעילותו בשוק העבודה, ולהביט, לעתים קרובות בתסכול, בזרם החיים הפעלתני שלא ניתן לו עוד ליטול בו חלק.” (בג”צ 104/87 דר’ נעמי נבו נ’ בית הדין הארצי לעבודה פ”ד מד(4), 749, עמ’ 756-755).

כפיית פרישה בגיל מקסימלי - כביטוי לגילנות - Ageism

36. תופעת הגילנות והשפעתה על החברה והמשפט הישראלית לא זכתה עד לאחרונה לביטוי או למודעות רבים (ראו ביתר הרחבה אצל ישראל דורון (תשס”ז). גילנות ואנטי גילנות בפסיקת בית המשפט העליון. המשפט, 25-37). תופעה זו זוהתה זה מכבר, והמלומד Butler הגדיר את המושג Ageism באופן הבא:

"Ageism can be seen as a process of systematic stereotyping of and discrimination against people because they are old, just as racism and sexism accomplishes this for skin color and gender."

(Bill Bytheway, AGEISM. Open University Press, 1995, 115)

37. כלומר, בדומה לסקסיזם (אשר מבנה באופן סטריאוטיפי את הנשים רק בשל מינן) או גזענות (אשר שולל בני אדם רק בגלל מוצאם הגזעי) - הצבת דרישת הפרישה עם ההגעה לגיל הכרונולוגי מעבר להיותה מפלה מטעמי גיל היא הכללה המשקפת ככזו דימוי שלילי כלפי העובד בגיל מתקדם ומבטאת ככזו דעה קדומה על פיה מאבד העובד בגיל זה את כושר תפקודו. היא משקפת הבניה חברתית – שאינה מעוגנת בתשתית אמפירית – ולפיה זקנים, אך ורק בשל גילם הכרונולוגי - אינם כשירים לעבוד מעצם היותם זקנים. כמוכך, שהנחה זו מתעלמת לחלוטין מכך שישנם בני 56 + רבים שהינם חזקים ובריאים לא פחות ולעיתים אף יותר, מצעירים מהם, ומתעלמת מגוף ידע גרונטולוגי נרחב לפיו גיל כרונולוגי – לכשעצמו – הוא מנבא מדעי רע ובלתי הולם להערכת מצבו התפקודי, הנפשי, והבריאותי של אדם באשר הוא.

38. הירידה ביכולת הביצוע הינה פונקציה של מצב בריאות, של מצב נפשי, של הקשר חברתי ותרבותי - ולא פונקציה של גיל כרונולוגי. גיל לכשעצמו לא יכול לשמש מנבא נכון של מצב הבריאות ויכולת ביצוע העבודה של העובדים הזקנים. (רות בן ישראל, גיל פרישה במבחן השוויון - פרישה ביולוגית או פרישה תפקודית, הפרקליט מג, חוברת ג, 268).

39. השימוש בגיל כרונולוגי בלבד כקריטריון לשלילת זכותה של התובעת להמשיך ולהיות עובדים פרודוקטיביים בשוק העבודה גורם לבזבוז משאבי כוח אדם שניתן לנצלם במשק. מדובר בכוח אדם עתיר ניסיון, מיומן. על כך ניתן להוסיף כי ממחקרים עלה שעובדים בגיל מתקדם גילו תכונות חשובות אחרות כגון מהימנות ואחריות גבוהות בכל מה שקשור לביצוע התפקיד ושיעור היעדרויות נמוך יותר בהשוואה לצעירים. (דן שניט, חובת הפרישה לגמלאות- הערכה מחדש, הפרקליט לב (511-512,507(3)).

40. הפליה על רקע גיל היא בדיוק כמו הפליה על רקע מין, דת, או מוצא. הפליה על רקע גיל פוגעת משפילה ואסורה בדיוק כמו הפליות אחרות. במילים אחרות, כשם שלא יעלה על הדעת שהנתבעת תורה על הפסקת עבודתם של כל הנשים, הערבים או החילוניים רק בגלל תכונה זו הרי שלא הגיוני שתורה על הפסקת עבודתם של כל העובדים המבוגרים בגלל גילם.

שלילת זכותה של התובעת להמשיך לעבוד כפגיעה במכלול הביטחון הסוציאלי בגיל המבוגר

41. הפגיעה בתובעת איננה רק בהקשר של הפליה ופגיעה בחופש עיסוק – אלא, כפי שיובהר להלן, מדובר גם בפגיעה שיש לה השלכות כלכליות אישיות ובעלות השלכה על הביטחון הכלכלי והסוציאלי שלה בעת זיקנה.

42. הנתונים האמפיריים מצביעים על כך שככלל, הזקנים בישראל עניים. אחוז העניים בקרב ציבור הזקנים הינו גבוה. אחוז זה עלה מ-22.3% ל-25.1% בשנת 2004 כך ע"פ דוח העוני האחרון לשנת 2004. זאת ועוד, בעקבות התיקון משנת 2003 לחוק הביטוח הלאומי, החל מיום 1.1.2006 הוחלפה הצמדת קצבת הזקנה מהצמדה לשכר הממוצע אל הצמדה לשכר הבסיסי. שינוי שיטת ההצמדה יוביל לנסיגה תלולה ברמת החיים של מקבלי הקצבאות ככלל ושל אוכלוסיית הזקנים בפרט. כך לדוגמא, שיעור קצבת הזקנה ליחיד הינו כ-16% מהשכר הממוצע במשק. עפ"י התיקון לחוק עשויה קצבת הזקנה ליחיד להישחק עד לשיעור 11% מהשכר הממוצע במשק בשנת 2020.

43. אחת הדרכים להתמודד עם תופעת העוני בזקנה, היא מתן אפשרות לזקנים להמשיך ולעבוד, באופן מלא/ חלקי, בעבודות שבהם הם מסוגלים להמשיך ולתרום מיכולתם ומכישוריהם. מודל זה, אשר יש המכנים אותו "הרובד הרביעי" של הביטחון הסוציאלי בזקנה, מופיע לדוגמא במאמרו של דב פלג (הרובד הרביעי בפנסיה עבודה חלקית ופנסיה חלקית, בטחון סוציאלי 51, 116-142, 1998). כאמור במאמרו של פלג, עידודו ופיתוח של הרובד הרביעי – רובד התעסוקה – בהקשר של הביטחון הסוציאלי של הזקנים הינו חיוני הן למשק המדינה והן לעובד הזקן.

44. העבודה מטיבה עם העובד מבחינה פסיכולוגית, בריאותית וחברתית. לעבודה של עובדים ותיקים, יש יתרונות כגון שימוש בידע ובניסיון שהצטברו. גמישות והשתלבות במקום העבודה. יתרון נוסף הוא נאמנות רבה הגוררת עמה פחות היעדרויות "לא מוסברות".

45. מעבר לצורך הנפשי בעבודה בגיל המאוחר, יש צורך כלכלי בעבודה בגיל זה. חלק מהעובדים, לא הגיעו לצבירת מלוא הזכויות הפנסיוניות. מצב זה חל בעיקר על נשים שנכנסו מאוחר לשוק העבודה או הפסיקו את עבודתן באמצע המהלך כדי להתפנות לטיפול בילדים, זאת ועוד, שוק העבודה הבלתי יציב מביא להחלפה תכופה של מקום העבודה והמקצוע. ההפסקות בעבודה הן בשל צרכים משפחתיים והן בשל תנאי שוק העבודה, מחייבות להאריך את תקופת העבודה הכוללת עד גיל מתקדם מאוד, 75 ואף יותר, כדי ליצור הכנסה מתאימה להבטחת רמת החיים בכל שנות החיים. דברים אלו יפים במיוחד לאור סיפורה של התובעת שצברה רק 20 שנות ותק ואין לה זכויות נוספות לפנסיה משום גורם אחר. מכאן שהתובעת רוצה להמשיך לעבוד כדי לשמור על רמת הכנסה אשר תאפשר לה קיום בכבוד.

46. עם כל הכבוד, הנתבעת התעלמה לחלוטין מההשלכות הכלכליות והאישיות שיש להחלטתה על הביטחון הסוציאלי של התובעת, והתעלמה מזכותה הכלכלית-חברתית של התובעת להמשיך ולעבוד לפחות עד למועד שבו תצבור את מלוא זכויות הפנסיה התעסוקתית שלה, ותבטיח לעצמה רמת חיים ובטחון סוציאלי לעת זיקנתה.

47. לבית הדין הסמכות המקומית והעניינית לדון בתביעה.

48. על כן מתבקש בית הדין הנכבד :

- א. ליתן צו, המונע מהנתבעת מלסיים את העסקת הנתבעת.
- ב. לחילופין, לפסוק פיצויים לטובת התובעת בגין הפליה אסורה על רקע גיל.
- ג. ליתן כל סעד אחר שימצא לנכון וראוי לתיתו בנסיבות העניין.

49. כן מתבקש בית המשפט לחייב את הנתבעת בהוצאות התובעת, לרבות שכ"ט עו"ד ומע"מ כחוק.

התובעת

נספח 2 לא לשימוש, אלא למידע כללי בלבד):

דוגמא לכתב תביעה – אפליה מטעמי גיל בשל אי קבלה לעבודה :

בבית הדין האזורי לעבודה בחיפה

עב 10/_____

בעניין שבין:

1. ישראל ישראלי

רחוב המהנדס 111

חיפה

טלפון: 04 - 5678934

התובע

- נ ג ד -

חברת " תשתיות ישראל בע"מ"

לבין:

רחוב העבודה 900

חיפה

טלפון: 04 - 1234567 פקס: 04 - 9876543

הנתבעת

כתב תביעה

על יסוד האמור בתביעה זו, מתבקש בית הדין הנכבד :

א. ליתן צו המחייב את הנתבעת להמשיך בהליך קבלתו של התובע לעבודה.

ב. לחילופין, לפסוק פיצויים לטובת התובע בגין הפליה אסורה על רקע גיל.

ג. ליתן כל סעד אחר שימצא לנכון וראוי בנסיבות העניין.

א.מבוא

1. הנתבעת הודיעה לתובע ביום 1.5.2009 כי נדחה על הסף ולא יוכל להתקבל לעבודה אצל הנתבעת וזאת רק כיוון שבמועד הגשת מועמדותו לעבודה היה בן 53. הנתבע מעוניין להמשיך בהליך המיון אצל הנתבעת כיוון שיש לו את כל הכישורים והיכולות לביצוע התפקיד. כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, בקשה דחופה זו והתביעה העיקרית, עניינן הפליה פסולה מחמת גילו הכרונולוגי של התובע, ללא קשר ליכולותיו התעסוקתיות האישיות וכישוריו.

הצדדים

2. התובע נולדה בשנת 1956 בחיפה. הוא אב לארבעה ילדים בוגרים וסב לשני נכדים. התובע השלים את חוק לימודו והוסמך למהנדס מכונות בשנת 1990 בטכניון, בחיפה. במהלך עשרים השנים האחרונות עבד כמהנדס מכונות במספר מפעלים. לאורך שנות עבודתו צבר ניסיון רב והפך למהנדס מכונות מבוקש. **קורות חייו של התובע והמלצות ממעבידיו הקודמים מצורפים כנספח א'.**

3. הנתבעת הינה חברה כמשמעו, **בחוק החברות, התשנ"ט-1999**. הנתבעת עוסקת בתחום בניית תשתיות כגון: כבישים, מסילות רכבת ועוד. החברה מעסיקה מספר מאות עובדים במסלולים של ניהול, שיווק, תכנון וביצוע של פרויקטים. למיטב ידיעת התובע כתובתה של הנתבעת להמצאת כתבי בי דין הינה כמפורט בכותרת לצד שמה.

ב. העובדות

סיפורו של התובע

4. התובע עובד מזה עשרים שנה כמהנדס מכונות. עיקר התמחותו, התאמת מכונות לביצוע עבודות תשתית. במהלך השנים עסק בעיקר בפרויקטים של סלילת כבישים. בעבודתו זו היה שותף לפרויקטים גדולים לסלילת כבישים בארץ ובחו"ל. לאחרונה סיים לשמש מהנדס מכונות ראשי בפרויקט סלילת כביש בחו"ל, פרויקט שהיקפו הכספי מאות מיליוני דולרים. התובע סיים עבודתו בפרויקט האמור אך ורק כיוון שהפרויקט הושלם. לאורך כל שנות עבודתו זוכה התובע להערכה מקצועית רבה ומעסיקו מהללים ומשבחים את רמתו המקצועית ואישיותו.

5. הנתבעת פרסמה מודעות בעיתונות בהן חיפשה מהנדסי מכונות מנוסים לניהול פרויקט סלילת כביש רב מסלולי בארץ. התובע, שכאמור סיים עבודתו לאחרונה, התאים לדרישות הראשוניות כפי שהופיעו במודעות. לפיכך הזדרז ושלח לנתבעת את מועמדותו בצרף קורות חיים והמלצות. לא מיותר לציין כי במודעת הדרושים של הנתבעת לא מצוינת כל מגבלה של גיל לצורך מועמדות לתפקיד. **מודעת הדרושים כפי שהופיע בעיתון מצורף כנספח ב'.**

6. ביום 1.5.2009 קיבל התובע מכתב מהנתבעת ובו נאמר כי לא יוכל להתמודד לתפקיד המבוקש וזאת בשל גילו המבוגר – 53 שנים. **מכתב הנתבעת מיום 1.5.2009 מצורף כנספח ג'.**

7. התובע מעוניין מאוד בתפקיד ולכן פנה לנתבעת טלפונית על מנת לאפשר לו להמשיך את תהליך המיון לקבלה לעבודה. האחראי על גיוס העובדים, אצל הנתבעת, רואה בתובע מועמד מעולה לתפקיד ולכן פנה למנהל משאבי אנוש אצל הנתבעת בבקשה להשיב את התובע להליך המיון.

8. ביום 21.6.2009 השיב סמנכ"ל למינהל משאבי אנוש אצל הנתבעת, כי מבדיקה שערכה התברר כי לא ניתן להיענות לבקשת התובע והאחראי על גיוס העובדים בשל גילו של התובע. **מכתבו של אברהם לוי, סמנכ"ל משאבי אנוש אצל הנתבעת, מיום 21.6.2009 מצורף כנספח ד'.**

9. לתובע שיקולים אישיים כבדי משקל שבשלם הוא חפץ לעבוד אצל הנתבעת. ראשית, העבודה אצל הנתבעת עתידה למלא אותו סיפוק ועניין, שנית, התובע נמצא בשיא כושרו המקצועי ויש בידו את הניסיון והמומחיות הנדרשים לתפקיד. שלישית, התובע זקוק לעבודה כיוון שאינו זכאי בגילו לפנסיה ואין לו שום מקור הכנסה אחר.

במילים אחרות התובע זקוק לעבודה אצל הנתבעת בכדי לקיים את עצמו ואת משפחתו. הוא יכול ומעוניין לעבוד כל עוד כוחו במותניו ואם תישלל ממנו האפשרות לעבוד אצל הנתבעת הוא עתיד לאבד מקור הכנסה בטוח ועיסוק בו מצא סיפוק ותכלית. מובן כי במצב זה לא יוכל להמשיך ולצבור את זכויותיו לפנסיה תעסוקתית ולהבטיח את רמת חייו לעת זקנתו.

10. כפי שצוין לעיל, מעסיקו הקודמים של התובע כמו גם האחראי על הגיוס אצל הנתבעת מעידים עליו כי הוא כמהנדס ומנהל מסור, נאמן ומקצועי ביותר, יכול לתרום בתפקיד אותו מציאה הנתבעת באופן משמעותי. יודגש כי הנתבעת מעולם לא טענה, ובצדק, כי התובע אינו בעל הכישורים הפיזיים ו/או המקצועיים הנדרשים. מוסכם כי התובע הינו מועמד בעל כל הכישורים והניסיון הנדרשים לצורך התמודדות לתפקיד המוצא אצל הנתבעת.

11. הפגם היחיד המונע מהתובע להתמודד על התפקיד המבוקש הוא - גילו.

12. באופן מצער, עד לעצם כתיבת בקשה זו בחרה הנתבעת שלא לענות לתובע וזאת על אף שהמכתב התקבל אצלה עוד באותו היום.

לאור העובדה שמועד סיום המיון לתפקיד קרב, מוגשת הבקשה בצירוף התביעה העיקרית כאמור.

ג. הטיעון המשפטי

13. כפי שמתואר בהרחבה בתביעה ובבקשה, סיפורו של התובע הינו סיפורם של עוד רבים הנדחים על ידי מקומות עבודה רק בשל גילם. התובע סבור כי בעניינו יש אינטרס משותף לעובדים רבים אשר אינם חלק מהליך זה. התובע יטען כי דחייתו בשל גילו הינו בלתי חוקי וזאת בשל היותו סותר עקרונות יסוד במשפט הישראלי ואף במשפט הבינלאומי, הכל כמפורט להלן:

היות אי קבלה לעבודה בלתי חוקי בשל היותו הפליה מטעמי גיל

14. ממכתבי הנתבעת כפי שהוזכרו לעיל, עולה כי הסיבה לאי קבלתו של התובע לעבודה הינו גילו.

15. הפליה מטעמי גיל פסולה ואסורה מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה) הקובע בסעיף 2 כדלקמן:

2. איסור הפליה

(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, בכל אחד מאלה:

(1) קבלה לעבודה;

(2) תנאי עבודה;

(3) קידום בעבודה;

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית;

(5) פיטורים או פיצויים פיטורים.

(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה.

...

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

16. לפיכך, ככלל, אי קבלה של עובד רק בשל הגיעו לגיל מסוים הינה, על פניו, הפליה מטעמי גיל משום שהעובד אינו יכול להתקבל לעבודתו רק משום שהוא שייך לקבוצת גיל מסוימת.

17. איסור העסקתו של עובד ו/או חיוב הפסקת עבודתו אך ורק בגין גילו הכרונוולוגי, עומד אם כך בניגוד לחוק ובניגוד לחובת המדינה לנהוג בשוויון בין דורשי העבודה. בית המשפט העליון אמר את דברו בעניין הנדון במספר הקשרים. כך למשל הוא קבע כי:

"במצואות החיים המודרנית בה כוח העבודה הולך ומתבגר, המודעות לקיומה של הפליה מחמת גיל צריכה לגבור אף היא ..."בג"צ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים. פ"ד נח(2) 358 פסקה 7; וכי חובתה של המדינה לבחון עניינית את מועמדותו של דורש העבודה בלא הגבלה מראש של גיל המועמד, אלא אם התפקיד המיועד למועמד מצדיק קביעתו של גיל מקסימלי (בג"צ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים. פ"ד נח(2) 358 פסקה 11).

18. יצוין כי התובע אינו חולק על כך שלנתבעת זכות שלא לקבל מועמד לעבודה אצלה, במידה ואין בידו הכישורים הנדרשים. אלא, שהנתבעת קבעה כי התובע אינו יכול להיות מועמד לתפקיד רק בגלל גילו ולא בשל יכולתו המקצועית. הכללה גורפת ונוקשה זו חוטאת למציאות והיא מפרה גם את המשפט החוקתי של מדינת ישראל. היא עושה כן, משום שהיא מבטלת את הצורך לבחון את יכולתו האישית של האדם שזכות היסוד שלו לשוויון ולחופש עיסוק הופרו, והיא חוטאת למחקרים הרבים המעידים על יכולותיהם של עובדים מבוגרים למלא את תפקידם בחברה. (רות בן ישראל, שוויון הזדמנויות בעבודה, חובת פרישה מהעבודה, עמוד 1179).

19. עשרות רבות של מחקרים בדקו את הקשר בין רמת הביצוע בעבודה לבין גיל, ובאופן עקבי לא נמצאה עדות לקשר הכרחי בין גיל כרונולוגי לבין רמת ביצוע. במילים אחרות, לא נמצא כי גיל כרונולוגי הוא מנבא יעיל ליכולות תפקוד תעסוקתיות. יכולת התפקוד התעסוקתית – בהעדר תשתית ראייתית אחרת - היא אינדיבידואלית, והיא תלויה, בין היתר בתפקיד הספציפי שממלא העובד. (דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת גיל פרישה מהעבודה).

20. יתרה מכך מחקרים רבים מלמדים כי דווקא העובדים הוותיקים הם בעלי "משקל סגוליי" מיוחד. הניסיון המקצועי הרב שצברו בתוספת לניסיון החיים והבגרות מבאים אותם לעמדה בה תרומתם רבה יותר. מעסיקים צריכים לבחון את המועמדים לתפקיד על פי הכישורים המקצועיים הנדרשים. הם צריכים לראות בניסיון ובבגרות יתרון ולא חיסרון.

21. אשר על כן, הודעת הנתבעת כי התובע מנוע מלהתמודד על תפקיד אצל הנתבעת אך ורק בשל גילו הכרונולוגי, וללא קשר לכישוריו ו/או יכולותיו למלא את התפקיד, מהווה הפליה פסולה, האסורה מכוח עקרונות יסוד של המשפט הישראלי והאסורה סטטוטורית מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

22. יתרה מכך, נטל ההוכחה מוטל על כתפי הנתבעת לשכנע את בית הדין מדוע הפרת איסור ההפליה מטעמי גיל מוצדק בנסיבות העניין – נטל, שכפי שיוסבר להלן, אין בידי המשיב היכולת לעמוד בו.

אי חוקיות וסוגיית נטל ההוכחה והשכנוע

23. בשל העובדה כי, כפי שיפורט להלן, הנהלים נשוא תביעה זו נוגעים לזכות יסוד, ומהווים הפליית של קבוצה שלמה – העובדים הוותיקים – אך ורק בשל גילם הכרונולוגי, התובע יטען כי נטל ההוכחה ונטל השכנוע, ביחס לחוקיות הנהלים, מוטל על כתפי הנתבעת.

24. הואיל והתובע עמד בכל אמות המידה שנדרשו מבחינת דרישות התפקיד, נטל ההוכחה כי אי קבלתו לתפקיד לא היתה בגין אפליה פסולה מטעמי גיל מוטלת מכוח החוק על כתפי הנתבעת.

25. משבחרה הנתבעת לבחור בקריטריון גיל בקבלה לעבודה הרי שנטל ההוכחה מוטל על כתפיה להראות כי לא התקיימה הפליה: "אכן, על המדינה להראות בעתירה שלפנינו מדוע נבחר המבחן של גיל המקסימום ולא מבחן שהוא פוגעני פחות, שעניינו בדיקה אינדיבידואלית של כושרם של המועמדים השונים. לעניין זה יש חשיבות לנטל. נקודת המוצא הינה כי נטל השכנוע מוטל על העובד הטוען כי הופלה על ידי מעבידו. כאשר המעביד קובע גיל מקסימום, עובר נטל השכנוע על שכם המעביד להראות כי קביעת גיל מקסימום מתחייב מאופיו וממהותו של התפקיד." בג"צ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נגד השר לביטחון פנים ואח', פסקה 9.

26. הדברים נכונים ויפים גם כאשר אין מדובר בהפסקת עבודה אלא בקבלה לעבודה. כאשר המעביד קובע קריטריון של גיל מקסימום, עובר נטל השכנוע אל המעביד. הוא נדרש להראות כי קביעת גיל מקסימום, בקבלה לעבודה, מתחייב מאופיו וממהותו של התפקיד.

27. יתרה מכך, התובע יטען, כי בדומה למקרים בהם מדובר בהפליה כלפי אוכלוסיה שבאופן היסטורי סבלה מהדרה והשתקה – כדוגמת הפליה כנגד נשים, ערבים, אנשים עם מוגבלויות – גם מקום שמדובר על הפליה כנגד עובדים מבוגרים מטעמי גיל, רמת והיקף הראיות של הנתבעת צריכה להציג בפני בית הדין הינו בשיעור גבוה מזה שנדרש לשם הצדקת אי קבלה לעבודה "רגילה".

28. בהקשר זה חובת הנתבעת לא רק להצביע על כך שבמסגרת שיקול דעתה בעיצוב המדיניות נשוא תביעה זו, הם הביאו בחשבון את ההשלכות הפוגעניות הכרוכות בהחלטתם על התובע; לא רק שעל הנתבעת להצביע על כך שנתנה משקל הולם לערך השוויון במכלול שיקוליה; אלא – על הנתבעת להצביע ולהראות ראיות אמפיריות, אובייקטיביות, אשר מצביעות ברמת הסתברותית גבוהה ביותר, כי התובע אינה יכולה לבצע את תפקידו בשל גילו הכרונוולוגי.

29. התובע יטען כי הנתבעת לא עמדה בכל אמות המידה המשפטיות המפורטות לעיל, ולפיכך החלטתה והמדיניות עליה היא מתבססת – פסולה ואינה חוקית.

שלילת זכות של התובע לעבוד מהווה פגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק

30. התובע טוען שגם אם הנתבעת פעלה כדין, לכאורה, הרי שנפגעה זכותו החוקתית של התובע לחופש העיסוק.

31. אף בטרם כונן חוק היסוד: חופש העיסוק, הוכרה הזכות לעיסוק כזכות טבעית, בעלת מעמד בכורה משפטי. הכרה זו הופיעה באחד מפסקי הדין הראשונים של בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ:

" כלל גדול הוא, כי לאדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן ההתעסקות בעבודה או במשלח יד אינה אסורה מטעם החוק... מדובר בזכות שאינה קבועה עלי ספר אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה..."(בג"צ 1/49 סלומון שלמה בז'רנו נ' שר המשטרה פ"ד ב, 82, 80) (להלן: "בג"צ בז'רנו")

32. ההכרה בחופש העיסוק כזכות יסוד המשיכה והשתרשה בפסקי דין מאוחרים יותר כזכות הנובעת במישרין מאופיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש. בראשית שנות ה-90 התחזק מעמדו הנורמטיבי של חופש העיסוק, והוא זכה למעמד חוקתי בגדרו של חוק יסוד: חופש העיסוק. על פי חוק היסוד: כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד. (סעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק).

33. כפי שנטען לעיל, הודעת הנתבעת על אי העסקת התובע גורמת להפלייתו על רקע השתייכותו לקבוצת גיל מסוימת. הפליה זו פוגעת בעקרון השוויון. ביסוד ההפליה על רקע קבוצתי, כדוגמת המקרה דנן, עומד ייחוס מעמד נחות למופלה בשל השתייכותו לקבוצה בעלת תכונה שבדרך כלל אינה ניתנת לשינוי. לכן להפליה מסוג זה נלוות תחושת השפלה עמוקה. פגיעה בשוויון המלווה בהשפלה פוגעת בכבוד האדם באשר הוא אדם.

בית המשפט העליון אמר את דברו בעניין בו עסק בהפליה על רקע קבוצתי:

" סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. על-כן, היסוד המרכזי בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן. דעתי היא אפוא, כי חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם."

(בג"צ 4541\94 אֵלִיס מִילֵר נ' שֵׁר הַבִּיטְחוֹן מֵט (4)94, 129)

34. לא זו אף זו, מסתבר כי מבחינה עובדתית שיקולים לאי קבלת אדם לעבודה בשל גילו אינם נכונים, ובסופו של יום מעוגנים כולם בתפיסה לפיה מעמדו של העובד הוותיק פחות מזה של המועמד הצעיר. ראשית, השיקול התפקודי בהכרח מבוסס על סטריאוטיפים ודעות קדומות לפיהן לכל אדם מבוגר יש ירידה בתפקוד ובתפוקות. האבחנה הגילאית האמורה נוקשה והיא חוטאת למציאות ולמחקרים רבים המעידים על יכולותיהם של זקנים להמשיך ולמלא תפקידים חברתיים. (בן ישראל, 1997) מחקרים אלה בדקו את הקשר בין רמת ביצוע בעבודה לבין גיל ובאופן עקבי לא נמצאה עדות לקשר הכרחי בין גיל כרונולוגי לבין רמת ביצוע. במילים אחרות, לא נמצא שגיל כרונולוגי הוא מנבא יעיל ליכולות תפקוד בעבודה. נהפוך הוא, יכולת התפקוד התעסוקתית היא אינדיבידואלית וקשורה במצב בריאותו של העובד ובתפקיד אותו הוא ממלא (דוח הוועדה הציבורית לבחינת גיל הפרישה מעבודה, 2000).

35. שנית, השיקולים הכלכליים והארגונים מתעלמים מהיתרונות הגלומים בעובדים ותיקים. שכן, מדובר בכ"א מנוסה, מיומן, לרוב ללא ילדים קטנים והתחייבויות אחרות המאפשרים לעובדים לא להיעדר ממקום העבודה. בשם היעילות הכלכלית אולי עדיף היה דווקא לא לבזבז כוח אדם איכותי שיהיה קושי באיתור והכשרת אחר במקומו. מנקודת מבט מקרו-כלכלית הדרתם של עובדים ותיקים ובעלי תפוקה, ומניעת תרומתם הכלכלית לחברה כעובדים פעילים, היא בזבז משאבים כלכלי, אשר גורם נזק כלכלי אדיר לחברה. הדברים מתחדדים במיוחד בעידן של הזדקנותה של החברה, עליה מתמדת בתוחלת החיים, ועליה משמעותית בחלקה של האוכלוסייה הזקנה בחברה הישראלית.

36. שלישית, השיקול הבינדורי המבקש מעובדים ותיקים לפנות מקום לצעירים מעדיף העדפה גסה את טובתם של הצעירים. העדפה זו אינה ברורה מאליה ויתכן וגם היא מבוססת על עמדות

גילניות. יתרה מכך, כלל לא ברור מבחינה אמפירית כי אי קבלת עובדים ותיקים לעבודה אכן מפנה מקומות עבודה לעובדים צעירים יותר או משפיעה באופן ממשי על שיעורי האבטלה של צעירים. שיעורי אבטלה של צעירים מושפעים מנתונים מאקרו-כלכליים שאין להם דבר עם חובת הפרישה של עובדים ותיקים.

37. יתרה מכך, כל השיקולים שהוזכרו מתעלמים מחוסר הצדק כלפי העובד הוותיק, האינדיבידואל. אי קבלת עובד ותיק לעבודה מתעלמת מהעובדה שישנם עובדים מבוגרים שהם עדיין במלוא כושרם, יכולים ורוצים לעבוד והם מודרים ממעגל העבודה רק בגלל גילם (בן ישראל, 1997). פגיעה שכזו באוטונומיה של העובד הוותיק אינה הולמת את הערך המרכזי של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית והוא ערך השוויון.

38. הירידה ביכולת הביצוע הינה פונקציה של מצב בריאות, של מצב נפשי, של הקשר חברתי ותרבותי - ולא פונקציה של גיל כרונולוגי. גיל לכשעצמו לא יכול לשמש מנבא נכון של מצב הבריאות ויכולת ביצוע העבודה של העובדים הזקנים. (רות בן ישראל, גיל פרישה במבחן השוויון - פרישה ביולוגית או פרישה תפקודית, הפרקליט מג, חוברת ג, 268).

39. השימוש בגיל כרונולוגי בלבד כקריטריון לשלילת זכותו של התובע להמשיך ולהיות פרודוקטיבי בשוק העבודה גורם לבזבוז משאבי כוח אדם שניתן לנצלם במשק. מדובר בכוח אדם עתיר ניסיון, מיומן. על כך ניתן להוסיף כי ממחקרים עלה שעובדים בגיל מתקדם גילו תכונות חשובות אחרות כגון מהימנות ואחריות גבוהות בכל מה שקשור לביצוע התפקיד ושיעור היעדרויות נמוך יותר בהשוואה לצעירים. (דן שניט, חובת הפרישה לגמלאות - הערכה מחדש, הפרקליט לב (3)-511-512,507).

40. הפליה על רקע גיל היא בדיוק כמו הפליה על רקע מין, דת, או מוצא. הפליה על רקע גיל פוגעת משפילה ואסורה בדיוק כמו הפליות אחרות. במילים אחרות, כשם שלא יעלה על הדעת שהנתבעת תורה על הפסקת עבודתם של כל הנשים, הערבים או החילוניים רק בגלל תכונה זו הרי שלא הגיוני שתורה על אי קבלתם לעבודה של כל העובדים המבוגרים בגלל גילם.

שלילת זכותו של התובע להמשיך לעבוד כפגיעה במכלול הביטחון הסוציאלי בגיל זקנה

41. הפגיעה בתובע איננה רק בהקשר של הפליה ופגיעה בחופש עיסוק – אלא, כפי שיובהר להלן, מדובר גם בפגיעה שיש לה השלכות כלכליות אישיות ובעלות השלכה על הביטחון הכלכלי והסוציאלי שלו.

42. הנתונים האמפיריים מצביעים על כך שככלל, הזקנים בישראל עניים. אחוז העניים בקרב ציבור הזקנים הינו גבוה. אחוז זה עלה מ-22.3% ל-25.1% בשנת 2004 כך ע"פ דוח העוני האחרון לשנת 2004. זאת ועוד, בעקבות התיקון משנת 2003 לחוק הביטוח הלאומי, החל מיום 1.1.2006 הוחלפה הצמדת קצבת הזקנה מהצמדה לשכר הממוצע אל הצמדה לשכר הבסיסי. שינוי שיטת

ההצמדה יוביל לנסיגה תלולה ברמת החיים של מקבלי הקצבאות ככלל ושל אוכלוסיית הזקנים בפרט. כך לדוגמא, שיעור קצבת הזקנה ליחיד הינו כ- 16% מהשכר הממוצע במשק. עפ"י התיקון לחוק עשויה קצבת הזקנה ליחיד להישחק עד לשיעור 11% מהשכר הממוצע במשק בשנת 2020.

43. אחת הדרכים להתמודד עם תופעת העוני בזקנה, היא מתן אפשרות לזקנים להמשיך ולעבוד, באופן מלא/ חלקי, בעבודות שבהם הם מסוגלים להמשיך ולתרום מיכולתם ומכישוריהם. מודל זה, אשר יש המכנים אותו "הרובד הרביעי" של הביטחון הסוציאלי בזקנה, מופיע לדוגמא במאמרו של דב פלג (הרובד הרביעי בפנסיה עבודה חלקית ופנסיה חלקית, בטחון סוציאלי 51, 1998, 116-142). כאמור במאמרו של פלג, עידודו ופיתוח של הרובד הרביעי – רובד התעסוקה – בהקשר של הביטחון הסוציאלי של הזקנים הינו חיוני הן למשק המדינה והן לעובד הזקן.

44. העבודה מטיבה עם העובד מבחינה פסיכולוגית, בריאותית וחברתית. לעבודה של עובדים ותיקים, יש יתרונות כגון שימוש בידע ובניסיון שהצטברו. גמישות והשתלבות במקום העבודה. יתרון נוסף הוא נאמנות רבה הגוררת עמה פחות היעדרויות "לא מוסברות".

45. עם כל הכבוד, הנתבעת התעלמה לחלוטין מההשלכות הכלכליות והאישיות שיש להחלטתה על הביטחון הסוציאלי של התובע, והתעלמה מזכותו הכלכלית-חברתית של התובע לעבוד.

46. לבית הדין הסמכות המקומית והעניינית לדון בתביעה.

47. על כן מתבקש בית הדין הנכבד :

- א. ליתן צו המחייב את הנתבעת להמשיך בהליך קבלתו לעבודה של התובע.
- ב. לחילופין, לפסוק פיצויים לטובת התובע בגין הפליה אסורה על רקע גיל.
- ג. ליתן כל סעד אחר שימצא לנכון וראוי לתיתו בנסיבות העניין.

48. כן מתבקש בית המשפט לחייב את הנתבעת בהוצאות התובע, לרבות שכ"ט עו"ד ומע"מ כחוק.

התובע