

בעניין שבין:

1. ריבי בלר, ת.ז. 050586254
2. טוביה שפירא, ת.ז. 003077690
3. אלימלך סולומון, ת.ז.
4. "והדרת - הכוח השלישי" - ע.ר. 580514644
5. כן לזקן" - ע.ר. 580428183
6. האגודה הישראלית לגרוטולוגיה - ע.ר. 549300058
7. הסתדרות הגימלאים - ע.ר. _____
8. מרווה - משפט רווחה והעצמה - ע.ר. 580613255
9. המשפט בשירות הזקנה - ע.ר. 580382992

באמצעות עו"ד יפעת סולל ו/או עו"ד דורית אלון-כשר ו/או עו"ד קרן צפירי ו/או עו"ד נעמה הלר ו/או עו"ד יעל הבסי-אהרוני ו/או עו"ד ליעד סטרולוב, כולם מאוניברסיטת תל אביב - הקליניקות המשפטיות
טלפון: 03-6408864, נייד: 054-2470158 פקס: 03-6407422
דואל: liadst@tauex.tau.ac.il; yaelhavassy@tauex.tau.ac.il

העותרים

- נגד -

1. ראש הממשלה, בנימין נתניהו
2. משרד ראש הממשלה, קריית הממשלה, גבעת רם, ירושלים.
3. מדינת ישראל - משרד הבריאות
משרד הבריאות, רחוב ירמיהו 39, ירושלים
4. מדינת ישראל - משרד האוצר
קריית הממשלה, גבעת רם, ירושלים.
4. מדינת ישראל - המשרד לשוויון חברתי
רחוב קפלן 3, הקריה ירושלים
כולם באמצעות ב"כ היועץ המשפטי לממשלה וב"כ מחלקת הבגצ"ם, פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 31, ירושלים
טל: 073-3925590, פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה מתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיבים ליתן טעם מדוע לא תוכרז כבטלה הוראת סעיף 9 לתוספת השנייה לתקנות שעת חירום (הגבלת מספר העובדים במקום עבודה לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש)(תיקון מס' 4), התש"ף-2020 ולחילופין מדוע לא יורו על ביטולה לאלתר.

העתק התקנות כפי שפורסמו ברשומות מצ"ב כנסת א'.

א. מבוא

עתירה זו נוגעת למקומם, מעמדם, וזכויותיהם הבסיסיות של קבוצת האזרחים הוותיקים העובדים בישראל בתקופת המעבר לחזרה לשגרה אגב משבר וירוס הקורונה. ממשלת ישראל, במסגרת תקנות שעת חירום, אימצה מדיניות השוללת את זכותם של אזרחים ותיקים עובדים לחזור בפועל לשוק עבודה (שלא באמצעות המשך עבודה מהבית) – כל זאת בשעה שכל יתר העובדים זכאים לעשות כן.

כפי שייטען בהרחבה בעתירה זו, המסתמכת על חוות דעת מומחים בתחום הרפואי והחברתי ועל תקדימים משפטיים של בית משפט נכבד זה, תקנות שעת חירום אלה, המתיימרות להגן על קבוצת האזרחים הוותיקים העובדים, וכן על החברה הישראלית בכללותה, לא רק שאינן נותנות מענה לסיכון הבריאות/רפואי הכרוך כיום בהתמודדות עם וירוס הקורונה בקרב קבוצות אוכלוסייה שונות – אלא גורמת באופן בלתי מידתי לקבוצת האזרחים הוותיקים לפגיעה נפשית, כלכלית וחברתית קשה, לאפליה, ולעידוד והנצחה של תפיסת עולם גילנית, שאינה עומדת באמות המידה החוקתיות והמנהליות במשפט הישראלי.

אשר על כן, בהתחשב בחומרת הפגיעה וההשפלה של קבוצת חברתית רחבה של אזרחים וותיקים עובדים ופעילים בישראל - מחד, ובהתחשב בחלופות המידתיות הקיימות לממשלת ישראל המאפשרות לתת מענה לצורך להתמודד בתקופת חירום זו עם אתגרי וירוס הקורונה תוך מתן מענה לסיכונים הכרוכים עימה ומבלי להדיר אזרחים ותיקים משוק העבודה - מאידך, מוגשת עתירה זו.

ב. הצדדים

- 1. העותרת 1**, הגב' ריבי בלר (להלן - "ריבי"), בת 69, המייסדת והמנהלת של העותרת 5 מזה עשור, נעדרת מחלות רקע ובריאה לחלוטין. במסגרת עבודתה פועלת ריבי לשילוב אזרחים מבוגרים בעבודות מכבדות. במקביל, מנהלת ריבי מאבק בתופעת הגילנות, ומפעילה מערך של הסברה רחבה בטענה כי יש לראות את האדם והאזרח הזקן כנכס ולא כנטל.
- 2.** עקב העובדה כי ריבי מכהנת בתפקיד ניהולי, האיסור להגיע למשרד בשל מגפת הקורונה פגע פגיעה קשה במפעל חייה, ביכולת הסיוע שלה לאנשים מבוגרים המבקשים להמשיך ולעבוד, ביכולת שלה לשמור על שגרת יומה ועל תחושת החיוניות שלה. חמור לא פחות - תיוגה בסטיגמה של קשישה חסרת תועלת, אשר אינה מורשית לצאת את ביתה לעבודה, יש בו משום השפלה קשה ועלבון גדול.
- 3.** ריבי רואה באיסור לשוב לעבודה, כאשר הוא מוחל על פי קריטריון אחד ויחיד של גיל כרונולוגי חלף בחינת גילם הביולוגי לצד בחינת מהותית של האדם, מחלותיו, מצבו התפקודי ועוד, כעולה לכדי גילנות, ובהתאם לניסיונה – אין ספק כי כליאת אנשים בביתם ומניעה מהם לחזור לשגרת יומם מסוכנת יותר לבריאותם ממגפת הקורונה.
- 4. העותר 2**, מר טוביה שפירא, בן 72 (להלן - "טוביה"), נעדר מחלות רקע. טוביה עבד במשרד לביטחון פנים, עד ליציאתו לגמלאות בשנת 2015 בהגיעו לגיל 67 (כפוף לחוק גיל פרישה). מאז חודש יולי 2019 ועד יום 22.3.20 עבד טוביה במשרה חלקית באחת מסוכנויות הרכב הגדולות. ביום 22.3.2020 הוצא טוביה לחל"ת בשל צמצום העבודה בסוכנות למינימום המותר בשל מגפת הקורונה.

5. טוביה העביר את הניירת לרבות הסכמתו לחל"ת לשרות התעסוקה ולביטוח לאומי. בביטוח
הלאומי לא ניתן היה להגיש את הטופס המקוון מאחר וגלו הינו 72 ולכן הוא נאלץ לשלוח אותו
בפקס למשרד בכ"ס. התשובה שקיבל בסמס הייתה: "הזכאות למענק למי שעבר את גיל 67 היא
למי שמקבל פנסיה נמוכה מ-5000 ₪ בחודש." טוביה אינו מקבל דמי אבטלה והמענק היחיד שקיבל
היה 500 ₪ "מענק קורונה מיוחד" בתאריך 16.4.20.
6. העבודה בסוכנות הרכב תרמה מאד לטוביה הן בפן הכלכלי והן בשמירה על כשירות מקצועית
ומנטלית והתמודדות מוצלחת בסביבת עבודה צעירה ומאתגרת. כתוצאה מהיציאה לחל"ת היכולת
שלו להמשיך לסייע למשפחתו, לילדיו ולנכדיו הוגבלה.
7. טוביה סבור ומרגיש כי זכות היסוד שלו לצאת ולעבוד או להתנדב נפגעה. הוא מבקש לאפשר
לאזרחים ותיקים לעבוד בכל עבודה אצל מעסיק שקיבל את ה"תו הסגול", כולל בדיקת חום,
הצהרת בריאות ותשאול אודות מצבם הרפואי – הכל ללא קשר לגילם וככל העובדים האחרים
המגיעים לעבודה.
8. **העותר 3**, מר אלימלך סולומון, בן 70 (להלן - "אלימלך"), אינו סובל ממחלות רקע והינו בריא
לחלוטין. אלימלך עובד כאב בית, בחברת נדל"ן בעשרת החודשים האחרונים.
9. ביום 18.3.20 הוצא אלימלך לחל"ת של חודש, אשר הוארך לאחרונה עד ליום 3.5.2020. אלימלך
מקווה מאוד שיוכל לחזור לעבודתו והוא, כמובן, תלוי במגבלות המוחלות על אוכלוסיית האזרחים
הוותיקים.
10. אלימלך אינו זכאי לפנסיה, והוא ואשתו מתקיימים מקצבאות זקנה בתוספת המשכורת שהשתכר
עד לפרוץ המגיפה. לאחרונה קיבל אלימלך מענק בסך 2,000 ₪ מן המוסד לביטוח לאומי. אלימלך
מעיד על פגיעה כלכלית קשה וחיים בצמצום, שלו ושל אשתו, נוכח חוסר הוודאות לגבי אורך
התקופה שנתרה עד החזרה לשגרה. לאלימלך שלושה ילדים, אחת מהן מתגוררת בהוסטל, ונתמכת
על-ידי אלימלך ואשתו, דבר המוסיף דאגה וקושי כלכלי.
11. **העותרת 4**, עמותת "והדרת - הכח השלישי", הוקמה במטרה לפעול לחיזוק והעצמה של
אוכלוסיית הגיל השלישי בישראל, ולשינוי עמדות החברה ויחסה כלפי אוכלוסייה זו. העמותה
פועלת במישורים שונים על מנת לקדם את מעמד אזרחי המדינה הזקנים, ככוח יצרני וחיוני לחברה
הישראלית. בראש סדר העדיפויות של העמותה עומדת תעסוקת מבוגרים, באמצעות מיזם "דרוש
ניסיון" (בשיתוף המשרד לשוויון חברתי ובסיוע עמותת מט"ב), אשר הוכר כפרויקט לאומי. המיזם
מפעיל אתר אינטרנט ומפגיש בין מעסיקים גדולים וקטנים לעובדים מנוסים ובעלי ידע שמעוניינים
להמשיך לעבוד גם אחרי גיל פרישה. בשש השנים האחרונות סייעה העמותה בהעסקתם של כ-
2,000 איש. בנוסף העמותה פועלת לביטול גיל הפרישה מהטעם שכל אדם זכאי לבחור בעצמו את
גיל פרישתו (להלן - "והדרת").
12. **העותרת 5**, עמותת "כנ לזקן – לקידום הזקנים בישראל", הוקמה ב-2004 על מנת לעצור את
הפגיעה בזקנים, להבטיח את זכויותיהם ולפעול להגברת המודעות לזכויות הזקנים ולסייע להם
במיצוי זכויותיהם. העותרת פועלת כגוף התנדבותי, עצמאי ובלתי תלוי, ללא מטרת רווח. במסגרת

פעולתה, מקבלת העותרת פניות ציבור בכל תחומי החיים, בכל הקשור לזקנים בישראל ונותנת להן מענה, בהתאם לצורך, ללא תשלום; וכן פועלת לשינוי מדיניות ולחקיקה שיקדמו את זכויות הזקנים בישראל ויבטיחו את קיומן. (להלן – "כ"ן לזקן").

13. **העותרת 6**, "האגודה הישראלית לגרונטולוגיה" פועלת לקידום איכות חייהם ושמירה על זכויותיהם של האזרחים הוותיקים בישראל, לקידום הידע והמידע בתחום הזקנה, וכן חותרת להשפעה על מדיניות הממשלה והחברה בכל הנוגע לאוכלוסיית האזרחים הוותיקים. (להלן – "האגודה").

14. **העותרת 7**, **הסתדרות הגימלאים**, היא חלק בלתי נפרד מהסתדרות העובדים הכללית החדשה בהתאם להוראות פרק י"א לחוקת ההסתדרות. בין מטרותיה וסמכויותיה - לפעול להבטחת זכויות הגימלאים וקידומם ולייצג את הגימלאים בפני הרשויות הממלכתיות, מוסדות ההסתדרות, רשויות מוניציפאליות, גופים ציבוריים, מקומות עבודה, קרנות פנסיה. בעותרת 8 חברים יותר מ-60 אלף אזרחים ותיקים, שחלקם ממשיך להיות פעיל בשוק העבודה (להלן – "הסתדרות הגמלאים").

15. **העותרת 8**, עמותת "מרווה - משפט רווחה והעצמה" פועלת לשמירה על שלומם, כבודם וחירותם של אנשים המתמודדים עם קושי לדאוג לצרכי חייהם, לנהל את ענייניהם ולמצות את זכויותיהם, הכל תוך שילוב עולמות התוכן של משפט ורווחה. במסגרת פעילותה מעניקה העמותה סיוע משפטי לאזרחים ותיקים ולאנשים עם מוגבלות, וכן היא פועלת לשינוי מדיניות שתוביל להטבת מצבם של אוכלוסיות אלו. (להלן – "מרווה").

16. **העותרת 9**, עמותת "המשפט בשירות הזקנה" פועלת במטרה לקדם את זכויותיה של האוכלוסייה הזקנה בישראל. העמותה פועלת בדרכים משפטיות וציבוריות למימוש מטרותיה לרבות טיפול בפניות הציבור, התדיינויות מול גופי ממשלה וחברי כנסת והגשת עתירות לבג"צ. העמותה הינה בעלת מומחיות וידע בתחום זכויות האוכלוסייה הזקנה בישראל ומייצגת, באמצעות חברי הוועד המנהל שלה, חברה וקהל היעד שלה, את האינטרסים החוקיים הייחודיים של הזקנים ובני משפחותיהם בישראל (להלן – "המשפט בשירות הזקנה").

17. כל העותרים יהיו מיוצגים לצורך עתירה זו ע"י ב"כ המפורטים בכותרת לצד שמם, וכתובתם להמצאת כתבי בי דין תהא אצל ב"כ הנ"ל.

18. **המשיב 1** הוא ראש ממשלת ישראל, אשר הינה הגוף המוסמך על התקנת תקנות לשעת חירום מכוח סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה ובהן התקנות נשוא העתירה.

19. **המשיב 2**, משרד הבריאות, אמון על תחום הבריאות בישראל, לרבות התמודדות המדינה עם משבר הקורונה. משרד הבריאות הינו אחד מהגופים המנחים את ממשלת ישראל כיצד לפעול בימים אלו ומספק את המידע הנדרש אודות הנגיף לשם צמצום התחלואה. הנחיותיו מהוות בסיס להתקנת הוראות ותקנות שעת חירום בתקופת הקורונה.

20. **המשיב 3**, משרד האוצר, אמון על אוצר המדינה וניהול המשק. משרד האוצר הוא שהציע את התקנות נשוא עתירה זו, והיועץ המשפטי של המשרד כתב חוות דעת משפטית, הנלווית להצעה.

21. **המשיב 4**, המשרד לשוויון חברתי, הוא האמון על קידום קבוצות אוכלוסייה שונות, בהן האזרחים הוותיקים, וכולל בחובו יחידה ייעודית (בעבר: "המשרד לאזרחים ותיקים"), האחראית על פיתוח שירותים ייחודיים לאוכלוסייה זו.
22. כל המשיבים בעתירה זו מיוצגים למיטב הידיעה ע"י ב"כ המפורטים בכותרת לצד שמם, ולמיטב הידיעה כתובתם להמצאת כתבי בי דין הינה כמפורט לעיל.

ג. תקנות שעת החירום נשוא עתירה זו

23. ביום 22.3.2020 התקינה ממשלת ישראל, מכוח סמכותה לפי סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה, את תקנות שעת חירום (הגבלת מספר העובדים במקום עבודה לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש) התש"ף-2020 (להלן: "**תקנות להגבלת מספר עובדים**"). תקנות אלו קבעו בסעיף 2(א) כי במקום עבודה יהיו לכל היותר 10 עובדים או 30% מסך העובדים, הגבוה מבין השניים. התקנות החריגו מהוראה זו מקומות עבודה שונים, במגזר הפרטי והציבורי והן הוחלו באופן מיידי ועד ליום 16.4.2020.
24. ביום 31.3.2020 תוקן סעיף 2(א) לתקנות להגבלת מספר עובדים, כך שהופחתה מצבת העובדים המותרת ל-10 עובדים או 15% מסך העובדים, הגבוה מבין השניים.
25. ביום 7.4.2020 עודכנו תקנות להגבלת מספר עובדים באופן זמני לתקופת חג הפסח בבתי עסק. התיקון נכנס לתוקפו בתאריך ה-8.4.2020 ועד ליום 10.4.2020 ועם פקיעתו שבו לחול המגבלות שהותקנו ביום 31.3.2020.
26. ביום 14.4.2020 הוארך תוקפן של התקנות להגבלת מספר עובדים עד ליום 19.4.2020.
27. ביום 19.4.2020 הותקנו תקנות להגבלת מספר עובדים (תיקון 4) (להלן: "**התקנות המעודכנות**"), אשר היו חלק מהקלות שקבעה הממשלה במטרה להחזיר בהדרגה את הפעילות במשק. העתק התקנות המעודכנות מצ"ב **כנספת א'**.
28. התקנות המעודכנות קובעות בסעיף 2ב כי ניתן להגדיל את מצבת העובדים מעבר למגבלה הקבועה בסעיף 2(א), בכפוף לשמירה על כללים להפחתת הסיכון להדבקה, כפי שאלו מפורטים בתוספת השנייה. תוספת זו מפרטת הנחיות למעסיק כגון: החזקת אמצעי שאינו פולשני למדידת חום במקום העבודה (סעיף 2 לתוספת השנייה) מתן אפשרות לעובד לעשות עבודתו ככל הניתן מחוץ לכותלי מקום העבודה (סעיף 5 לתוספת השנייה) וכיו"ב.
29. סעיף 9 בתוספת השנייה לתקנות המעודכנות קובע כדלקמן:

"(9) מעסיק לא יאפשר כניסה של עובד שגילו 67 שנים או יותר למקום העבודה ושהייה של עובד כאמור במקום עבודה, אלא אם כן אותו עובד שהה במקום העבודה בתקופה שמיום כ"ו באדר התש"ף (22 במרס 2020) עד יום כ"ד בניסן התש"ף (18 באפריל 2020), כולה או חלקה".

30. סעיף 9 בתוספת השנייה לעיל (להלן: "התקנה" או "תקנה 9") – הינו המוקד של עתירה זו, ואת חוקיותו תוקפים העותרים.

ההליכים שקדמו לעתירה ומיצוי ההליכים

31. ביום 20.4.2020 פנו חלק מהעותרים למשיבים, וכן למחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, במכתב מיצוי הליכים. במכתבם טענו כי סעיף 9 לתוספת השנייה מיום ה-19.4.2020 הינו הוראה גורפת, שרירותית, בלתי מידתית ובלתי סבירה לאור פגיעתה בזכויות יסוד מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

העתק הפניה מצ"ב כנספח ב/1.

32. עוד נטען במכתב כי הוראה זו מהווה ביטוי פסול של גילנות, כי לא הונחה תשתית ראייתית לכך שבני 67 או יותר הינם בעלי נטייה גבוהה להידבק בנגיף הקורונה, וכי עיון מדוקדק בנתוני הרקע של הנפטרים, בגין נגיף הקורונה, חושף שהמשתנה הרלוונטי אינו הגיל הכרונולוגי, אלא דווקא מחלות הרקע. יתרה מכך, התקנה מבצעת אבחנה בין אזרחים ותיקים, שהמשיכו לעבוד בתקופה הקבועה, בתקנה, ואלה יכולים להמשיך לעבוד, לבין אלו שהופסקה עבודתם מסיבות אלו ואחרות בשל המגפה, בשעה שאין ביניהם הבדל מבחינת סיכון לכאורה.

33. בנוסף, המדיניות המגבילה את יכולתם של אלפי אזרחים ותיקים לשוב למעגל העבודה, גורמת להם ולמשפחותיהם נזק רב ברמה הכלכלית, ברמה הפסיכולוגית וברמה הבריאותית וניתן היה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, כגון: הגבלת החזרה לעבודה על סמך מסמכים רפואיים המאמתים חוסר במחלות רקע. הבניה זו ממצבת את האזרחים הוותיקים כקבוצה מוחלשת, פגיעה, שאין לסמוך על שיקול דעתה. כמו-כן חלופה זו מהווה פגיעה בחירות הפרט ובחופש העיסוק תוך התעלמות ממצבו האינדיבידואלי של כל אדם שלעצמו לשם ייעול המערכת.

34. ביום 27.4.2020 נתקבלה תשובת מחלקת הבג"צים כי המכתב אינו מסוג העניינים המטופלים על ידי המחלקה טרם הגשת עתירה. שאר המשיבים לא ענו למכתב, נכון לכתיבת שורות אלו.

העתק תשובת מחלקת הבג"צים מצב כנספח ב/2.

35. מכאן העתירה.

ד. תעסוקת אזרחים ותיקים בישראל

36. הואיל ועניינה של עתירה זו נוגע לאוכלוסיית האזרחים הוותיקים העובדים, מן הראוי לפרוש בפני בית המשפט את הרקע עובדתי אודות אוכלוסייה זו. באופן כללי, יש לדעת כי אוכלוסיית המבוגרים מהווה חלק משמעותי מהמשק הישראלי.

37. סקר כוח אדם האחרון שנערך על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, לשנת 2018, שפורסם ביום 27.2.2020 (להלן - "סקר כוח האדם" או "הסקר"), מצביע על מעורבות בלתי מבוטלת של בני ה-65 ומעלה בשוק העבודה בישראל. מהסקר עולה כי מתוך 3.9 מיליון מועסקים בישראל, כ-225,800 הם

בני 65 ומעלה והם מהווים 5.8% מהמועסקים בישראל. אחוז המשתתפים בכוח העבודה מבין כלל בני ה-65 ומעלה נמצא במגמת עלייה עקבית, וכיום עומד על 22.4%.

38. בשונה ממה שאולי ניתן לחשוב, בני ה-65 ומעלה מפוזרים, באופן רחב, בכל התפקידים במשק, ואינם מועסקים בתפקידים זניחים ושוליים בלבד. הם נמצאים בכל ענפי הכלכלה הישראלית, ומהווים נתח לא מבוטל ממגזרים חיוניים לחברה הישראלית. לשם ההמחשה - בני ה-65 ומעלה מהווים כיום 9% מענף התעשייה, 5% מענף החינוך, 8% משירותי התחבורה ו-9.5% משירותי הבריאות והרווחה. כמו כן הם מהווים למעלה מ-5% מכלל המנהלים במשק, 7% מעובדי המכירות והשירותים וכ-14% מהעובדים המקצועיים בחקלאות.

39. חשוב לציין כי בני ה-65 ומעלה אינם מהווים מקשה אחת, אלא, כפי שהסקר מרמז, קיימת שונות - הן מבחינת גיל והן מבחינות אחרות - גם מתוך קבוצה זו. הסקר מחלק את בני ה-65 לשתי קבוצות גיל נוספות, בני ה-65-69, ובני ה-70 ומעלה. נכון ל-2018, ישנם כ-145,300 מועסקים בני 65-69 המהווים 3.7% מכלל המועסקים בישראל, וכ-80,500 מועסקים בני 70 ומעלה המהווים כ-2% מכלל המועסקים בישראל.

40. בניגוד למה שנהוג לחשוב, אוכלוסיית האזרחים הוותיקים אינה נשענת על חסכוניות וקצבאות בלבד. ממחקר שנעשה לאחרונה במכון מאירס-ג'וינט-ברוקדייל אודות בני ה-65 ומעלה, בישראל, עולה כי הכנסה מעבודה עדיין מהווה עבור קבוצה מגוונת זו נדבך מהותי מכלל ההכנסה למשק בית. הכנסה מעבודה מהווה כ-28% מההכנסה הממוצעת ברוטו לחודש לבני ה-65 ומעלה, כאשר אצל בני 65-69 חלקה של ההכנסה מהעבודה עומד על כ-50%, ואצל בני 70-74 עומד על כ-25%. (כל הנתונים בסעיף זה נסמכים על: מכון מאירס-ג'וינט-ברודייל בני 65+ בישראל - שנתון סטטיסטי 2018, נגיש בטקסט מלא און-ליין).

41. על החשיבות של עבודה בקרב האוכלוסייה המבוגרת ניתן ללמוד גם ממסקנות הוועדה לשילוב מבוגרים בתעסוקה וקהילה של המשרד לאזרחים ותיקים (ראו דוח המשרד לאזרחים ותיקים מסקנות הוועדה לשילוב מבוגרים בתעסוקה וקהילה (אוקטובר 2014) - נגיש בטקסט מלא און-ליין).

42. ממסקנות הוועדה עולה כי שיעורי ההשתתפות והתעסוקה בכוח העבודה של מבוגרים עלו מאז ראשית שנות האלפיים, שינוי אשר בא לידי ביטוי בעלייה של גיל הפרישה הממוצע בפועל, שהינו גבוה גם בהשוואה בינלאומית. עוד עולה כי החזרה מאבטלה לעבודה קשה יותר ככל שעולה הגיל, וכן עולה כי הסיכוי של מועסקים-מבוגרים להיות עצמאים גבוה בהשוואה למועסקים-צעירים שכן בהתאם למסקנות - עם עליית הגיל עולה שיעורם של העצמאים מתוך כלל המועסקים (בפרט אצל הגברים), בעוד ששיעורם באוכלוסייה לא גדל.

43. התעסוקה משמרת את האדם המבוגר פעיל ותפקודי, מעניקה לו משמעות ושומרת עליו במסגרת חברתית באופן שמקטין את תחושת הבדידות, תחושה שעלולה להוביל להתדרדרות בבריאות הפיזית והנפשית. נקודה זו היא משמעותית ביותר במיוחד נוכח העובדה כי שיעור אוכלוסיית בני ה-65 ומעלה צפוי להמשיך ולגדול בעשורים הקרובים. ככל שמבוגרים ימשיכו להיות מועסקים כך הדבר ישפיע לחיוב על ההוצאה הציבורית בכלל ועל רכיבי הבריאות וקצבאות זקנה וסיעוד בפרט.

הטיעון המשפטי

ה. פגמים בהליך

העדר תשתית ראייתית/מדעית לזיקה שבין גיל כרונולוגי ובין סיכון יתר לתמותה מנגיף הקורונה – בכלל, ובין חזרה פיזית למקום עבודה והסיכון מנגיף הקורונה – בפרט.

44. בטרם ישטחו העותרים טיעוניהם לגופה של התקנה, העותרים יטענו כי נפלו פגמים מהותיים בהליך המנהלי שקדמו להתקנתה, באופן המסביר את חוסר סבירותה הקיצוני, ואת אי עמידתה בדרישות הסף לחוקיותה.

45. בפסיקת בית המשפט העליון, נקבעה הדרך, לבחינת האופן בו על הרשות המנהלית ללקט ולבחון את העובדות, בטרם תיפול החלטתה:

46. בבג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת ואח' (להלן: "בג"צ יורונט") קבע כב' השופט זמיר (כתוארו אז) מעין "מפת דרכים", בת ארבע תחנות, שיפורטו להלן, שעל הרשות, העומדת להחליט החלטה מנהלית, ללכת לפיה:

א. **איסוף הנתונים** – הרשות המנהלית צריכה לאסוף את הנתונים הנדרשים לקבלת ההחלטה. לצורך זה עליה לפעול באופן סביר, לפי מהות הסמכות, מיהות הרשות ונסיבות המקרה. כאשר מדובר במקרה פשוט – כך גם איסוף הנתונים. ביהמ"ש מציין כי בחינת שלב זה (האם יידרש איסוף פשוט או מורכב) תלוי באופי המקרה וכי יש מקרים בהם מותנית ההחלטה בבדיקה של מערכת מקרים מורכבת, בה משולבים נתונים שנשאבו מתחומי מדע או טכנולוגיה שונים (לעניין זה מפנה לבג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, להלן: "בג"צ ברגר").

ב. **השייכות לעניין** – באיסוף הנתונים חייבת הרשות המנהלית להבדיל בין נתונים השייכים לעניין לבין נתונים שאינם שייכים לעניין. הנתונים השייכים לעניין הם, ורק הם, השיקולים הענייניים שאותם רשאית הרשות לקחת בחשבון לצורך קביעת העובדות וקבלת ההחלטה.

ג. **אמינות הנתונים** – לא כל נתון השייך לעניין ראוי לבוא בחשבון שיקוליה של הרשות המנהלית. כדי שהרשות תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון יעמוד במבחן הראיה המנהלית. זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המנהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית המשפט, כגון עדות שמיעה. עם זאת, לא כל שמועה פורחת די בה כבסיס להשתית עליו ממצא. מדובר במבחן של סבירות – הרשות המנהלית רשאית לסמוך על נתונים הנוגעים לעניין שרשות סבירה הייתה סומכת עליהם לצורך קבלת החלטה בעניין העומד על הפרק.

ד. **ראיות מהותיות** – על פי ההלכה – התשתית העובדתית צריכה להיות מוצקה במידה מספקת כדי לתמוך בהחלטה. המבחן לגבי מהי מידה מספקת – גם הוא מבחן של סבירות. היינו, תשתית העובדות צריכה להיות כזאת שרשות סבירה הייתה מסתמכת עליה לצורך קבלת ההחלטה הנכונה. מדובר במבחן הראיות המהותיות, הנהוג אף בארה"ב והמכונה שם: substantial evidence rule. מידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שהחלטה המנהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד (כמו במקרה שלפנינו, כאשר מדובר בפגיעה בחופש העיסוק) צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד" (ההדגשה אינה במקור).

47. על מנת לבחון אם ואילו נתונים עמדו בפני מתקני התקנה, יש בפנינו אך את דברי ההסבר להצעת ההחלטה (להלן: "מסמך הצעת ההחלטה"). עיון במסמך זה מעלה כי לא נאמר בו דבר לגבי נתונים עובדתיים ו/או תשתית אמפירי אחרת, למעט: "לאור הנתונים העדכניים בדבר התפשטות נגיף SARS-COV-2 ובריאות הציבור...". הא ותו לא (לעניין אזכור נתונים עובדתיים, הכוונה). מה הם הנתונים העדכניים הללו? מה יש בהם המבסס את התשתית העובדתית לתקנה? הדברים אינם מפורטים ומובאים כאילו הם "ברורים מאליהם".

מסמך הצעת ההחלטה מצ"ב כנספח ג'.

48. העותרים יטענו בהקשר זה, בזהירות המתבקשת (שכן לא נכחו בדיון עצמו בעת התקנת התקנת שבנדון ואין בידם הפרוטוקולים של אותם הדיונים), שההתייחסות הראייתית שעמדה בבסיס התקנת הייתה אך ורק בהתייחס לאיזון בין המצב הכלכלי בארץ, עקב משבר הקורונה (שגם לגביו, נראה כי הנתונים הם בבחינת "תחושת בטן" או "האזנה לרחשי לב הציבור", שכן כפי שניתן לראות בהצעת ההחלטה נכתב: "נתונים כלכליים והשפעה על משק המדינה: אין"), לבין ההגדרה המעורפלת אותה נתנו למצב הבריאותי.

49. העותרים יטענו כי בחינה מהימנה ומקיפה של התשתית העובדתית הרלבנטית להתקנת התקנה מצביעים על כך שאין לה כל הצדקה. בהקשר זה מצורפות לעתירה זו שתי חוות דעת מומחים, המצביעים על המצב העובדתי לאשורו. כך לדוגמא, עיון בחוות דעתו של המומחה הרפואי, הד"ר יורם מערבי, המצורפת לעתירה זו (להלן: "חו"ד ד"ר מערבי"), מעלה חשש כבד כי, בתיקון התקנה, כמו בהחלטות אחרות שהתקבלו בעניינם של האזרחים הוותיקים במדינה, בזמן משבר הקורונה, נתערבבו להם נתונים מסוגים שונים, ונראה כי ההחלטה, בה עסקינן, נובעת מתפיסה לא מבוססת של המצב הרפואי, בעניינם של החולים קשה והנפטרים מנגיף הקורונה, הגורסת כי אם יש בינם, יחסית, אחוז גבוה של זקנים – יש לאסור על הזקנים לעבוד (למה בעצם? מה הייחוד בעבודה, לעניין הבריאותי? שהרי לגבי כל הפעילויות האחרות לא הושת עליהם כל איסור חוקי, אלא ניתנה המלצה בלבד).

חוות דעת מטעמו של ד"ר יורם מערבי מצ"ב כנספח ד'.

50. לא צוין בהצעת ההחלטה כי היא נסמכת על חוות דעת רפואית, המלווה בניתוח המקרים, בארץ ובעולם, על מנת לקבוע עד כמה מרכיב הגיל הוא המרכיב המשמעותי, או שמא, דווקא המצב התפקודי, או מחלות רקע הם אלו ש"שיחקו" כאן "תפקיד ראשי" (וראו לעניין זה, הניתוח של בחו"ד ד"ר מערבי, את מקרי המוות מקורונה בניו יורק, כאשר יש פער עצום בין אחוז המתים מעל גיל 65, ללא מחלות רקע (0.05%) לעומת צעירים, מתחת גיל 65, עם מחלות רקע (23%)).

51. בחוות הדעת המשפטית, שצורפה להצעת ההחלטה, קיים סעיף הקרוי: "קשיים משפטיים, ככל שישנם, ודרכי פתרונם". האזהרות היחידות, שחוות הדעת המשפטית מציינת, הן העובדה שמדובר הן בתקנות שעת חרום (המקנות לממשלה שיקול דעת רחב, יחסית להליכי חקיקה "רגילים") והן התייחסות לכך שהממשלה המתקינה את התקנה הינה ממשלת מעבר, המחויבת, כמצוין במסמך,

ממילא, באיפוק וריסון בביצוע כל פעולותיה). לעובדה כי התקנה פוגעת בזכויות יסוד, ועל כן איסוף וניתוח הנתונים צריך להיעשות ביתר דקדקנות וקפידה – אין איזכור בסעיף או בחוות הדעת כולה.

52. בהליך קבלת ההחלטות גם נעדרה התייחסות עובדתית וראייתית למשמעות החברתית הכרוכה בשימוש בגיל כרונולוגי (בשונה מגילאים ו/או קריטריונים אחרים) כאמת מידה לאבחנה החוקית בין אלה שיוכלו לחזור לעבודה שלא בביתם ובין אלה שלא. בהקשר הזה, וכפי שמובא בחוות דעתו של פרופ' ישראל איסי דורון (להלן: "חו"ד פרופ' דורון"), בעקבות ביקורת חברתית ומדעית חריפה על השימוש בגיל כרונולוגי ככלי לארגון חברתי, הנטייה הכללית כיום היא להימנע מהשימוש בקריטריון זה כקריטריון בלעדי בעיצוב מדיניות חברתית, ולהעדיף חלופות פוגעניות פחות כגון אמות מידה תפקודיות ואינדיבידואליות.

חוות דעת מטעמו של פרופ' ישראל איסי דורון מצ"ב כנספת ה'.

53. לסיכום אם כך, ובהתחשב גם בנתונים, בטיעונים, ובמידע שיפורט בהמשך עתירה זו, העותרים יטענו כי למעשה המשיבים אישרו את התקנתה, תוך פגיעה בזכויות יסוד של המשיבים, מבלי שעמדה לפנייהם התשתית הראייתית המינימאלית הנדרשת להצדקתה.

העדר ייצוג והעדר שמיעת קולותיהם של האזרחים הוותיקים ו/או של נציגיהם בממשלה בנדון – דהיינו, המשיבה 4, השרה לשוויון חברתי

54. העותרים יטענו, כי לא זו בלבד שהליך התקנת התקנה שבנדון לא נסמך על תשתית ראייתית מינימלית אשר מצדיקה את התקנתה, אלא שגם חובת השמיעה – במשמעות של לקיחה בחשבון של מגוון השיקולים, הטיעונים, והקולות החיוניים לשם הערכת הצדקתה – לא מולאה בנסיבות העניין.

55. חובת השמיעה וזכות הטיעון כאבן יסוד במשפט המנהלי. חובת השמיעה המוטלת על הרשות (או זכות הטיעון) הוכרה זה מכבר כאבן יסוד של כללי הצדק הטבעי במשפט המנהלי, והיא שמורה לכל מי שעלול להיפגע מהחלטה של הרשות (ור' לעניין זה למשל, בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב, 1493; בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2), 649; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2), 481; וכן יי זמיר, הסמכות המנהלית (כרך ב', מהדורה שנייה מורחבת, 2011) עמ' 1147 ואילך, ד' ברק-ארז, משפט מנהלי (כרך א', 2010) עמ' 461 ואילך).

56. אמנם, הלכת ברמן סייגה את חובת השמיעה, וקבעה כי היא איננה חלה בהליכים לחקיקת משנה בת פועל תחקיתי, אולם פסיקה מאוחרת יותר, הגם שלא מצאה לנכון לסטות מסייג זה באותם מקרים קונקרטיים שבאו בפני ביהמ"ש הנכבד, הכירה בכך שהוא זכה לביקורת רבה (ר' למשל, בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2), 481), (להלן: "בג"צ חוף עזה") ואף עמדה על כך ש"טעמי המסתייגים טעמים כבדי משקל הם" (עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל, בעמ' 722), וששאלת קיומה של זכות טיעון, וחובת שמיעה בהליכי חקיקת משנה, היא שאלה עקרונית שניתן להעלותה (ר' בג"ץ 6437/04 תבורי נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד נח(6) 369).

57. בעניין **המועצה האזורית חוף עזה** עמד ביהמ"ש הנכבד על כך שאחד הטעמים העיקריים לסייג שנקבע לחובת השמיעה בהליכי התקנת תקנות הוא החשש ששמיעת צבור רחב של אנשים תשבש את ההליך המנהלי ואת האורח התקין של חקיקת התקנות (באותו מקרה, קבע ביהמ"ש, כי קיום חובת שמיעה במובנה פשוט והישיר תביא בהכרח לשיבוש התוכנית המדינית, ואף לביטולה, זאת כאשר הלכה למעשה התקיימה חובת השמיעה בדרך חלופית באמצעות נציגים ואנשי מקצוע).
58. ברי, כי מידת בכירותה של הממשלה, כרשות המתקינה תקנות שעת חירום, והיקף העניינים שבהם היא נדרשת לטפל, במיוחד בימים אלה של משבר הקורונה, יכולים להשפיע על **האופן** בו תיושם זכות הטיעון. יחד עם זאת, רב המרחק בין העדר חובה לשמוע באופן ישיר כל אזרח שעלול להיות מושפע מהתקנות, לבין אי קיום גורף של חובת השמיעה במובן של אי מתן קול לאוכלוסיית האזרחים הוותיקים, לכל הפחות באמצעות "נציגיה" המקצועיים במשרדי הממשלה עצמה (כדוגמת אנשי המקצוע בקרב המשיבה מס' 4), ואי קבלת המידע הרלוונטי וההתייחסות העניינית באמצעות אנשי המקצוע המתאימים העוסקים מטעם הממשלה בתחום.
59. העותרים מודעים לעובדה שמדובר בתקופת חירום, וכי בהקשר זה הפסיקה הכירה בנסיבות בהן הצורך בפעולה דחופה יוביל להגבלת תחולתה של זכות הטיעון. עם זאת, הפסיקה קבעה עוד, כי: **"את תחולתה של דוקטרינת הצורך יש לצמצם לחיוני בלבד, ולא לעשותה פתח לדחיקת רגלם של כללי הצדק הטבעי"** (ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות' חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337, 366).
60. ואכן, במאמרה **"זכות הטיעון - בין צדק פרוצדורלי ליעילות"**, מציינת פרופ' ברק-ארז, כי חריג הצורך מתקיים בהעדר חלופות לפעולה ללא מתן זכות טיעון, וכאשר מתן זכות הטיעון יסכל את הגשמת תכלית התקנות. לדבריה, במצבים כדוגמת פעולה מנהלית דחופה למניעת התפשטות מחלות ומגפות, ככל שעיכוב ההליך לשם מתן זכות הטיעון עלול לגרום לנזק של ממש לאינטרס הציבורי, יהיה מקום לדחות את מתן זכות הטיעון למועד מאוחר יותר (וגם במקרה זה, אין המדובר בשלילתה של זכות הטיעון לחלוטין, ר' עמ' 843 למאמר).
61. העותרים יטענו, כי בעניינה של התקנה, נשוא עתירה זו, לא התקיימו התנאים אשר הצדיקו את אי קיומה של חובת השמיעה – בדרך של מתן סיפק בידי נציגי השרים השונים – בכלל, והמשיבה 4 ואנשי משרדה - בפרט, בשל צורך דוחק בפעולה מהירה. ענייננו בתקנה אשר היא חלק מתקנות המבקשות להקל על הציבור הרחב, לאחר שבמשך מספר שבועות הוטלו על הציבור בישראל מגבלות שונות, בהיקפים הולכים ומתרחבים, ואשר נועדו למניעת התפשטות נגיף הקורונה, והיה ניתן לנקוט בהליך שהיה מביא בחשבון את קולם של העותרים, ונציגיהם, בין היתר באמצעות מתן מספיק זמן למשיבה 4 ולנציגיה ו/או לנציגים מקצועיים העוסקים ואחראיים על אוכלוסיית האזרחים הוותיקים בקרב המשיבה 1 - להתייחס לתוכן התקנה שבנדון. בפועל, למיטב ידיעת העותרים, דבר שכזה לא קרה הלכה למעשה.
62. יתרה מכך, הצורך בבחינת צעדים אפשריים להקלה על האוכלוסייה היה ידוע לגורמי הממשלה לכל הפחות מאז הוטל הסגר על האוכלוסייה בערב חג הפסח, ופניה יזומה של הארגונים החברתיים אל גורמי הממשלה בבקשה להימנע משימוש בקריטריון הגיל הכרונוולוגי להגבלת היקף ההקלות בסגר נעשתה, כאמור, כבר ביום 16/4/2020. בנסיבות אלה לא ניתן לראות בתקנה פעולה דחופה

המצדיקה את שלילתה של זכות הטיעון ומתן זכות התייחסות (כגון הצגת חלופות), ובוודאי שלא ניתן לומר, כי קיומה של חובת השמיעה במקרה זה הייתה מסכלת את תכלית התקנת התקנות, או ורמת לנזק של ממש לאינטרס הציבורי.

63. אשר על כן, העותרים יטענו כי הפגמים שנפלו בהליך התקנת התקנות ותוארו לעיל, די בהם כדי להביא לבטלות תקנה 9 נשוא עתירה זו.

ו. הפגיעה בזכות לשוויון ואפליה פסולה מטעמי גיל בעבודה

64. ואולם, העותרים יטענו כי אי החוקיות, חוסר המידתיות ופסלות תקנה 9 נובעת לא רק בשל הכשלים ההליכיים, אלא בשל פגמים מהותיים היורדים לשורש מהותה: פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד המוכרות בחקיקה ובפסיקה הישראלית. כפי שיפורט להלן, זכויות אלה כוללות את הזכות לשוויון ואיסור האפליה מטעמי גיל, הזכות לעיסוק, לעבודה, ולקדום בכבוד, והאיסור על גילנות.

65. ראשית, העותרים יטענו כי תקנה 9 מהווה אפליה פסולה מטעמי גיל ופגיעה בזכות היסוד לעבודה. הזכות לעבודה היא זכות מוכרת במשפט הבינלאומי ובדין הישראלי. ס' כ"ג בהכרזה לכל באי עולם קובע:

כל אדם זכאי לעבודה, לבחירה חופשית של עבודתו, לתנאי עבודה צודקים והוגנים והגנה מפני האבטלה.

(2) כל אדם, ללא כל אפליה, זכאי לשכר שווה בעד עבודה שווה.
(3) כל עובד זכאי לשכר צודק והוגן, אשר יבטיח לו ולבני ביתו קיום ראוי לכבוד האדם שיושלים, אם יהיה צורך בכך, על ידי אמצעים אחרים של הגנה סוציאלית.

(4) כל אדם זכאי לאגד אגודות מקצועיות ולהצטרף לאגודות כדי להגן על ענייניו.

66. סעיף 6 באמנה הבינלאומית לזכויות לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קובע כי:

מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות לעבודה, הכוללת את זכותו של כל אדם להשיג אפשרות להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, או יקבלנה, באורח חופשי, והן ינקטו צעדים מתאימים כדי להבטיח זכות זו.

67. על אלה מוסיפה האמנה מחויבויות לשוויון הזדמנויות, לזכות להתאגדות ולביטחון סוציאלי.

68. הזכות לעבודה, אם כן בנויה ממספר נדבכים בשיח הזכויות, יש בה את צד החירות ובכלל זה: החירות לבחור את מקום העבודה, הזכות לשוויון הזדמנויות, הזכות לשוויון בשכר על עבודה שווה ולצידן את הזכות הפוזיטיבית: הזכות לעבוד, להשתכר, להתקיים בכבוד.

69. הדין הישראלי הכיר בזכויות הליברליות הנובעות מהזכות לעבודה, בהקשר החירות של אדם לבחור את עבודתו ומקצועו, המעוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק ובזכות לפעול בשוק העבודה באופן שוויוני, ללא אפלייה.

70. עיקרון השוויון הוא אחד מיסודות שיטת המשפט בישראל. הוא הוכר כעיקרון יסוד מראשית ימיה של מדינת ישראל ומעת חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוכר כעיקרון חוקתי, שאושר בעשרות פסיקות של בית המשפט העליון. כך כתב הנשיא בדימוס ברק, בספרו פרשנות במשפט:

”בגזירת השוויון מכבוד האדם יש כדי להגשים את הוראתה של פסקת עקרונות היסוד, לפיה זכויות האדם בישראל – ובענייננו, כבוד האדם – מושתתות על ההכרה בערך האדם. כן יש בכך כדי לתת ביטוי להוראותה של פסקת עקרונות היסוד, לפיה יש לכבד את זכויות היסוד של האדם בישראל” ברוח העקרונות שבהכרזה על מדינת ישראל”. הכרזה זו נותנת משקל כבד לעקרון השוויון. היא קובעת כי מדינת ישראל “תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין”. זאת ועוד: פירוש זה של כבוד האדם, הגוזר ממנו את השוויון – מביא לידי כך שניתן ביטוי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.”

(א. ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי, בע' 425).

71. השוויון בשוק העבודה עוגן באופן ספציפי בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 קובע בסעיף 2 כי:

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

(1) קבלה לעבודה;

(2) תנאי עבודה;

(3) קידום בעבודה;

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית;

(5) פיטורים או פיצויי פיטורים;

(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה.

72. הדין הישראלי מכיר איפוא בזכות לעבוד ואוסר באורח גורף אפלייתם של עובדים, גם מטעמי גיל. עקרון השוויון לפי גיל הוגבל בחוק גיל פרישה התשס"ד-2004, אשר קבע בסעיף 4:

הגיל שבהגיעו אליו ניתן לחייב עובד לפרוש מעבודתו בשל גילו, הוא גיל 67 לגבר ולאישה.

73. החרגה זו אין משמעה איסור של מי שעבר את גיל 67 לעבוד, כמובן, אלא יצירת כלי בידי מעסיק לגבש מדיניות רחבת היקף, המאפשרת החלטה להביא לפרישתו של מי שהגיע לגיל פרישה, מבלי לעמוד בהוראות החלות באותו מקום עבודה על פיטורי עובד ככלל.

74. אולם גיל הפרישה אינו קוגנטי. ס' 10 לחוק גיל פרישה, קובע, כי ניתן להתנות על גיל הפרישה בהסכם ובהסדר, בין כללי ובין פרטני.

75. לא רק שניתן להתנות על גיל פרישת החובה, הרי שבית הדין הארצי לעבודה קבע, כי כאשר מבקש עובד לדחות את מועד פרישתו, נוצרת חובה לבחון את בקשתו באורח פרטני. בע"ע 209/10 וינברגר ואח' נ' אוניברסיטת בר אילן קבע בית הדין כדלקמן:

"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...

...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 שכישוריו פחתו עם הגיל (עם מתן אפשרות לבדיקת תפקוד אינדיבידואלית במידת הצורך), האם יש אפשרות להעבירו לתפקיד אחר וכיו"ב." (שם בע' 33)

76. בעתירה שהוגשה לבג"צ לאחר פסק הדין לעיל, בג"צ 9134/12 גביש ואח' נגד הכנסת ואח', אמנם אושרה חוקתיותו של ס' 4 לחוק גיל הפרישה, אולם נקבע במפורש, כי החובה לבחון באורח פרטני כל בקשה של עובד להמשיך בעבודתו תלויה ועומדת. וכך נכתב:

"החוק העומד לבחינתנו, לפי לשונו ותכליתו, הוא חוק גורף וכוללני. הוא מבחין לעניין פרישה מעבודה בין עובדים צעירים לבין עובדים מבוגרים ללא כל זיקה ישירה לכישוריהם או ליכולת העבודה שלהם (ראו: לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן). הוא חל על כלל העובדים במשק, מבלי להבחין בין סוגים שונים של עיסוקים, סוגי עובדים או תנאי העסקה. בנסיבות כאלה, מובן כי יחידים עשויים להיפגע."

הדברים נכונים וביתר שאת, לתקנות נשוא עתירה זו.

77. יתרה מכך, בית המשפט העליון, באשרו את חוקתיותו של חוק גיל פרישת חובה, קבע, כי החוק סותר את עקרון השוויון. הסיבות בגינן לא נפסלה ההוראה בדבר גיל פרישת חובה מבוססות על תכלית החקיקה ועל מידתיותה, כדלקמן:

“פרישה כפויה מחמת גיל – כפי שהיא עוגנה בחוק גיל פרישה – פוגעת בזכות לשוויון הנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד האדם.” (סעיף 32 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) נאור).

78. בהקשר זה מן הראוי לחזור ולהזכיר כי בפסיקת בתי המשפט בישראל הצטבר גוף עשיר של קביעות המכירות את עוצמת הפגיעה הכרוכה באפליה מטעמי גיל בתחום העבודה – בכלל, ובהקשר של פגיעה בעובדים מבוגרים – בפרט.

79. כך לדוגמא, כב' השופט הנדל בפרשת בג"צ 9134/12, פרופ' גביש נ' הכנסת מפרט כיצד:

“הפליה מחמת גיל בהקשר של שוק העבודה כורכת עימה פגיעה רחבה ועמוקה ברגשות, בזכויות יסוד ובערכים שבלבית השיטה. כחברתי, הנשיאה מ' נאור, אף אני סבור כי בנסיבות העתירה קיימת פגיעה בשוויון, העולה כדי פגיעה בכבוד האדם. אכן, “בענייננו אין מדובר בפגיעה של מה בכך” (פסקה 33 לחוות דעת הנשיאה). אך לטעמי מדובר בפגיעה רחבה, שורשית ועמוקה הרבה יותר, שראוי להדגישה. יפה לענייננו תיאורו של השופט י' זמיר בבג”ץ רקנט, ביחס להפליה בנוגע לגיל פרישה מהעבודה והפגיעה הנלווית לה: “אדם שהיה פעיל ויעיל, מעורב ומועיל, מושם לפתע, בעיני עצמו ובעיני הסביבה, כלי אין חפץ בו” (בג”ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ”ד נא(3) 289, 342 (1997)). בנוסף, לטעמי הפגיעה בשוויון – העולה כדי פגיעה בכבוד האדם בנסיבות העניין – איננה הפגיעה היחידה. גם חירותו של הפרט לעסוק, ליצור ולבטא את עצמו, חירות המשקפת היבט בולט אחר של כבוד האדם, נפגעת כאן, ובאופן ניכר. לא רק פגיעה בשוויון, בכבוד ובחופש העיסוק, אלא גם בחירות ובאוטונומיה.” (פסקה 2 לפסק דינו של השופט הנדל בבג”צ גביש לעיל).

80. דברים ברוח זו חזרו ונאמרו תוך הדגשת הפגיעה הקשה הכרוכה באפלייתם של עובדים אך ורק בשל גילם הכרונולוגי. כך לדוגמא כב' השופט ג' בך בפרשת בג”צ 104/87 ד”ר נעמי נבו נ' הסוכנות היהודית, קבע כי:

“במקרים רבים, אדם הפורש מעבודתו בשל גילו המתקדם מרגיש, כי אין הוא עוד שותף למערכת היצרנית של החברה. הוא חש, כי נשללים ממנו הסיפוק שבעשייה והסיפוק שבקבלת תגמול עבור עמלו. הרגשה זו מתחזקת גם בשל יחס החברה, אשר במקרים רבים מתייחסת אליו כאל ‘זקן’, שאין בו עוד תועלת. הדברים חריפים יותר בימינו, כאשר תוחלת החיים הממוצעת גדלה, ובריאותו של האדם נשמרת גם בגילאים מתקדמים. בשל כך גדל מספר השנים, שבהן אדם מבוגר, איתן בגופו ובנפשו, נאלץ, למרות סגולותיו, לפרוש מפעילותו

בשוק העבודה ולהביט, לעתים קרובות בתיסכול, בזרם החיים הפעלתי שלא ניתן לו עוד ליטול בו חלק" (שם, בעמוד 755).

81. או כפי שציינה כב' השופטת א' חיות בעניין זוזל:

"פרישה מעבודה של אדם מבוגר נושאת משמעויות כבדות-משקל והשלכות מהותיות על חייו הן בהיבט הכספי, הן בהיבט החברתי, ולא פחות מכך על דימויו העצמי, בהינתן הפגיעה הנגרמת לכבודו של מי שיכול וחפץ להמשיך ולעבוד" (שם, פסקה 15).

82. כך גם כדבריו של השופט י' זמיר בבג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 342, 289 (1997):

"הפליה של אדם בשל השתייכות לקבוצה, כגון הפליה מחמת גזע, דת או מין, פוגעת בכבוד האדם. היא משפילה. ... כך הדבר גם לגבי הפליה בנוגע לגיל הפרישה מן העבודה. אדם שהיה פעיל ויעיל, מעורב ומועיל, מושם לפתע, בעיני עצמו ובעיני הסביבה, כלי אין חפץ בו. הפגיעה הנגרמת כרגיל לאדם אשר נאלץ לפרוש מן העבודה בגיל שנקבע כגיל כללי לפרישת חובה, מתעצמת כאשר אדם משתייך לקבוצה של עובדים הנאלצת לפרוש מן העבודה בגיל מוקדם יותר" (שם, בעמוד 342).

83. בשלב זה אם כך, העותרים יטענו כי תקנה 9 שבנדון, המפלה ומבחינה בין עובדים מתחת לגיל 67, ובין אלה שמעל גיל 67, אך ורק על בסיס גילם הכרונולוגי, תוך שלילה מוחלטת למעשה מאוכלוסיית האזרחים הוותיקים שאינם מסוגלים להמשיך לעבוד מביתם לחזור לשוק העבודה – הינה אפליה פסולה, פגיעה ישירה בזכות לשוויון, ופגיעה בזכות לעבוד.

ח. הפגיעה בזכות לאוטונומיה וכבוד האדם והאיסור לפגוע בכבוד האדם באמצעות תקנות שעת חירום מקום שכבר יש כנסת נבחרת ומתפקדת

84. העותרים יוסיפו ויטענו כי תקנה 9 איננה פוגעת רק בזכות לשוויון ואיסור האפליה, אלא אף פוגעת מהותית בזכות לכבוד האדם ולאוטונומיה. התקנה נשוא עתירה זו פוגמת באופן קיצוני באוטונומיה של הרצון הפרטי, המעוגנת אף היא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שהגדיר זאת אהרון ברק, בספרו פרשנות במשפט, חלק שלישי, בעמוד 426:

"כבוד האדם מתבטא בחופש הבחירה הנתון לפרט, ובכוחו לפתח את אישיותו ולהחליט על גורלו. כל פרט מהווה ישות רוחנית הנהנית מהחופש לפתח את עצמה. כל פרט חופשי להחליט, על פי שיקוליו הוא, על מי ליצור קשר וממי להתרחק. האוטונומיה של הרצון הפרטי היא יסוד מהותי בכבוד האדם וחירותו."

85. באשר עסקינן בזכות חוקתית, הנובעת מעיקרון השוויון ובאוטונומיה של הרצון הפרטי המעוגנים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לבחון את התקנת התקנות, בהתאם לאמור בחוק היסוד, כדלקמן.

86. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 12:

אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.

87. סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה החליף את סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 ונקבע בו כדלקמן:

39. (א) במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים; תקנות שעת חירום יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

(ב) ראה ראש הממשלה כי לא ניתן לכנס את הממשלה וכי קיים צורך דחוף וחיוני להתקין תקנות שעת חירום, רשאי הוא להתקינן או להסמיך שר להתקינן.

(ג) תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים, והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק.

(ד) אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם.

(ה) לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

(ו) תוקפן של תקנות שעת חירום יפקע כעבור שלושה חודשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת.

(ז) תקנות שעת חירום ייכנסו לתוקף עם פרסומן ברשומות; לא ניתן לפרסמן ברשומות, הן יפורסמו בדרך מתאימה אחרת, ובלבד שיפורסמו ברשומות מיד כשניתן יהיה לעשות כן.

(ח) חדל מצב החירום להתקיים, יוסיפו תקנות שעת חירום להתקיים לתקופת תוקפן אך לא יותר מ-60 ימים מסיום מצב החירום; תקנות שעת חירום שתוקפן הוארך בחוק, יוסיפו לעמוד בתוקפן.

88. ההכרזה על מצב חירום צריכה להיעשות על ידי הכנסת, כאמור בסעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה:

38. (א) ראתה הכנסת שקיים במדינה מצב של חירום רשאית היא, ביוזמתה או על פי הצעת הממשלה, להכריז על מצב חירום.

(ב) תקופת תוקפה של ההכרזה תהא כפי שנקבע בה, אך לא תעלה על שנה; הכנסת רשאית לחזור ולהכריז על מצב חירום כאמור.

(ג) ראתה הממשלה שקיים במדינה מצב של חירום ושעקב דחיפות העניין יש להכריז על מצב חירום עוד לפני שניתן לכנס את הכנסת, רשאית היא להכריז על מצב חירום; תוקפה של ההכרזה יפקע כעבור שבעה ימים מיום נתינתה, אם לא אושרה או בוטלה קודם לכן על ידי הכנסת בהחלטה של רוב חבריה; לא התכנסה הכנסת, רשאית הממשלה לחזור ולהכריז על מצב חירום כאמור בסעיף קטן זה.

89. אמנם מצב החירום הנוכחי הוכרז כאשר הכנסת עדיין לא כונסה לאחר הבחירות האחרונות שהתקיימו ביום 2 במרץ 2020, אולם ביום 16 במרץ, התכנסה לראשונה הכנסת ה-23 והושבעו חבריה. למרות ניסיונות הגבלת פעולתה של הכנסת, בשל התערבותו של כבוד בית המשפט, חזרה הכנסת לתפקוד, וביום 24.3.2020 הוקמה הוועדה המסדרת והוקמו מספר ועדות כנסת. מאז הכנסת התכנסה ומתכנסת לדיונים מרובים – אף מעבר להסדרים הנהוגים בה בימים רגילים.

90. למרות האמור לעיל, ובניגוד לס' 38 לחוק יסוד: הממשלה, לא הביאה הממשלה בפני הכנסת החלטה בדבר הכרזה על מצב חירום והכנסת לא יזמה הכרזה כאמור. בהעדר הכרזה על מצב חירום, לא היה מקום להתקין תקנות לשעת חירום.

91. התקנה נשוא עתירה זו התקבלה ביום 19 באפריל 2020, קרי, לאחר כינוסה של הכנסת ולאחר שזו החלה לפעול באורח שוטף ולדון בנושאים שונים. למרות האמור בסעיף 39 א' לחוק יסוד: הממשלה, לא הובאה התקנה נשוא הליך זה לדיון בכנסת.

92. בבג"צ 2109/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נגד ראש הממשלה ואח' (להלן: "פרשת האגודה לזכויות האזרח") קבעה הנשיאה חיות:

"וידגש – שאלת "המסלול הראוי" להסדרת הסמכת השב"כ איננה עניין טכני שניתן להקל בו ראש. בדמוקרטיה ייצוגית, אשר בה הריבון הוא העם "ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל עלידי הגוף שנבחר עלידי העם לקבל הכרעות אלה" (עניין רובינשטיין, בעמ' 108). לעיקרון בסיסי זה נודעת חשיבות גדולה בפרט בישראל, שבה חל תהליך מתמשך של התחזקות הרשות המבצעת על חשבון הרשות המחוקקת (דפנה ברק ארז אזרח, נתין, צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה 42-43 (2012)). יתרון נוסף בקיומו של הליך חקיקתי היטיבה לבטא השופטת ד' זורנר בבג"ץ 5936/97 לס נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673 (1999):

”... במרבית המקרים הליך החקיקה בכנסת הוא מורכב, ממושך ויקר יותר מן ההליך המינהלי, אך יעילות אינה דווקא יתרון מקום שבו עומדת על הפרק פגיעה בזכויות האדם. דווקא ”סרבולה” של פעולת החקיקה הראשית, והתנאתה של קבלת חוק בהשגת רוב בקרב נבחרי העם, מהווים ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש”. (שם, בעמ’ 685)” (בסעיף 31 לפסק דינה של הנשיאה).

93. המשנה לנשיאה, כב’ השופט מלצר, הוסיף בפרשת האגודה לזכויות האזרח לעיל וקבע כי :
”במצב החירום בו אנו מצויים כיום בעקבות מגיפת הקורונה (בשונה מחילוקי הדעות שנפלו בנושא זה בעניין גלאון), דומה כי עתה בארץ ובעולם – כולי עלמא לא פליגי – שהרשויות רשאיות לפעול על פי עקרון הזהירות המונעת, והן אכן נוהגות כך. עקרון זה גורס כי כדי להתמודד עם הקושי שנוצר בפער בין הידע הקיים בזמן נתון לבין הנזק הפוטנציאלי האדיר והלא ודאי שעלול להיגרם מפעילות כלשהי, אם לא ינקטו לגביה אמצעי זהירות ראויים – יש לאפשר לרשות (המחוקקת, או המבצעת) לנקוט בצעדים שתכליתם מניעת הקטסטרופה, וזאת כאשר נשקף איום משמעותי לנזק רחב בלתי הפיך, אפילו הוא קיים בהסתברות נמוכה בלבד, וגם כאשר אין ודאות מדעית מוכחת שהנזק אכן יתממש (ראו: עניין גלאון, שם בפיסקאות 34-42 לחוות דעתי).

יחד עם זאת, אף לעקרון האמור יש להציב גבולות, או כפי שהתבטא חברי, השופט א’ רובינשטיין בעניין גלאון – גם בעקרון הזהירות המונעת יש לנקוט בזהירות.

.....

(א) שימוש בעקרון זה של ”זהירות מונעת”, אפילו במצבי חירום, צריך – מעבר לדחיפות המיידית – ליבון בפרלמנט (זו אף דעתם של מבקרי העקרון, כמו פרופ’ Cass R. Sunstein בספרו: *Laws of Fear: Beyond the Precautionary principle* (2005) at p. 214.

(ב) יש לבדוק קיומם של אמצעים חלופיים ומידתיים יותר להשגת אותה תכלית, או תכלית דומה (הן במישור תת-המבחן השני למידתיות שב”פיסקת ההגבלה” והן במסגרת תת-המבחן השלישי של המידתיות במובן הצר).

(ג) יש להישמר מהדרדרות – ב”מדרון חלקלק” של שימוש באמצעים שיאושרו, או במשכם...” (סעיף 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה).

94. בעניין נשוא עתירה זו, אשר מגביל באופן קשה את חזרתם לשגרה של עשרות אלפי אזרחים ותיקים והגבלתם, חובה לנקוט בדרך של זהירות מונעת. העדר מועד סיום ההגבלות, והגדרתן באופן גורף עלול להביא לכך שהרחקתם של אזרחים ותיקים ממקומות עבודתם תהיה לתמיד – ודאי לאור הגידול העצום במספר המובטלים והגילנות בה לוקים רבים מהמעסיקים מלכתחילה.

95. לא למותר להזכיר, כי הממשלה שהתקינה את התקנות כאמור הינה ממשלת מעבר ולעניין זה נקבע בבג"צ 8815/05 לנדשטיין ואח' נגד שפיגלר ואח' (פורסם באתרים) כי:
- "מיתחם הסבירות של פעילות גוף השלטוני בתקופת ממשלת מעבר נבחן, איפה, בשים לב למאפייניה של הסמכות הקונקרטית המופעלת, ובהתחשב באיזון הנדרש בין הצורך בעשייה לבין דרישת האיפוק..."**
96. באשר לא הוגדר מצב חירום, ובאשר לא הובאו תקנות אלה בפני הכנסת, יש לקבוע כי הן בטלות.

ז. ההכרח לעבוד – הזכות לביטחון סוציאלי

97. לצד הזכות לעבוד, לשוויון, ולכבוד האדם, כמפורט לעיל, עומד ההכרח של רבים בני 67 להמשיך לעבוד. אמנם קבועות בישראל זכויות סוציאליות ובכלל זה קיצבת זיקנה, אולם אלה אינן מאפשרות קיום בכבוד, בהעדר הכנסות ממקורות נוספים.
98. סכום קיצבת הזיקנה ליחיד עומד על 1558 ₪ ליחיד ועל 2342 ₪ לזוג. לבני 80 ומעלה 1646 ₪ ליחיד ו- 2430 ₪ לזוג. תוספת ותק תוסיף עד 50% על סכום הקיצבה כאמור. השלמת הכנסה למי שזו הכנסתם היחידה תביא את הקיצבה לסכום של 3269 ₪ ליחיד מתחת לגיל 80 ול-5166 ₪ לזוג בלבד.
99. צו ההרחבה הכללי במשק, המחייב הפקדה לצרכי פנסיה נכנס לתוקף ב-2008 ונותן פתרון (חלקי אף הוא) עתידי בלבד. גם רבים מהזכאים לפנסיה אינם חיים חיי רווחה. הפנסיה הממוצעת בישראל עומדת על 3800 ₪ בלבד.
100. באשר כך, רבים מבין האזרחים הוותיקים המצויים בשוק העבודה, עושים זאת בשל כורח כלכלי, בשל חוסר היכולת להתקיים בכבוד בלא עבודה זו, בצד אזרחים ותיקים, אשר עבודתם מהווה חלק בלתי נפרד מזהותם והם מבקשים להמשיך ולהחזיק בה (וראו לעיל את הנתונים בעניין זה).

ח. הפגיעה בחופש העיסוק

101. בנוסף להיות התקנה משום פגיעה בכבוד האדם וחירותו, פגיעה בזכות השוויון ואפליה פסולה, העותרים יטענו כי התקנה פגומה ברמה החוקתית בשל היותה סותרת את זכות היסוד לחופש העיסוק, הכל כמפורט להלן:
102. התקנה קובעת כי כל עובד שגילו 67 שנים או יותר, לא ייכנס ולא ישהה במקום העבודה, אלא אם עבד במהלך התקופה המפורטת בתקנה.
103. למעשה, קובעת התקנה מבחן אחד ויחיד לחזרה לעבודה: מבחן הגיל הכרונולוגי. על משמעות המושג "גיל כרונולוגי" והנגדתו ל"גילאים" אחרים, בית המשפט הנכבד מופנה לחוות הדעת הגרונטולוגית של פרופ' דורון, המצורפת כנספח ה' לעתירה זו. כמו כן, הפגם המהותי הנעוץ באימוץ דפוס גילאי זה – בשונה מגילאים אחרים – אף מפורטת בהרחבה בטיעון אי החוקיות הנעוץ בגילנות – בהמשכה של עתירה זו.

104. יתרה מכך, לא זו בלבד שהתקנה מתמקדת בגיל הכרונולוגי בלבד - התקנה לא מתייחסת כלל למצבו הרפואי של העובד או מצבו התפקודי, לפגיעה שתיגרם לעובד כתוצאה מהאיסור ולנזק הכלכלי שייגרם לו. כמו כן, מתעלמת התקנה משיקולים הקשורים במקום העבודה: מספר האנשים העובדים באותו מקום, גודל החלל והאפשרות לשמור מרחק זה מזה, האפשרות לעבודה במשמרות ועוד.

105. בהתאם לתקנה, עובדים שגילם הוא מעל 67, אשר לא עבדו בתקופה המפורטת בתקנה, המועסקים במקום עבודה אשר איננו מאפשר עבודה מהבית (שאינה אסורה בהתאם לאמור בתקנה), מנועים מחזרה לעבודה – כל זאת אך ורק על בסיס גילם הכרונולוגי.

106. תוצאת הדברים היא בפגיעה קשה בעובדים שכירים: ביחס לעובדים שכירים, נפגע חופש העיסוק שלהם במהלך התקופה – שמשכה אינו ידוע – בה נאסר עליהם להגיע למקום העבודה, וייתכן שגם לאחריה, ככל שיימצאו עובדים אחרים שיחליפו אותם גם לאחר תום התקופה בה נאסר עליהם לעבוד.

107. העותרים יטענו להלן בהרחבה כי בכך פוגעת התקנה פגיעה קשה בזכות היסודית לחופש העיסוק של העובדים מעל גיל 67, המעוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק.

108. חשיבותו הרבה של חופש העיסוק באה לידי ביטוי בעיגון ההגנה עליו במסגרת חוק יסוד: חופש העיסוק (להלן: "החוק"). סעיף 3 לחוק קובע כך:

כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד.

109. ס' סעיף 6 לחוק יסוד: חופש העיסוק קובע כדלקמן:

אין בכוחן של תקנות-שעות-חירות לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים.

110. לענין המניעה מלהתקין תקנות שעות חירות, הסותרות הוראות בחוק יסוד, ראה פרק ח' לעיל.

111. גם לו ניתן היה להגביל את הוראות חוק היסוד, הרי שהיה לעשות כן רק תוך עמידה בכללי פסקת ההגבלה, המעוגנים בסעיף 4:

אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

112. בבג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס ואח' נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 7.12.06), הדגיש בית משפט נכבד זה את משמעותו של חופש העיסוק, בעמ' 20:

"חופש העיסוק הוא ביסודו חופש הנתון לאדם לפעול בעסקיו בלא הפרעה, בין מצד פרטים אחרים ובין מצד השלטון. זוהי במהותה זכות בעלת אופי הגנתי, שנועדה להבטיח לאדם מרחב מחיה משלו בלא הפרעה, בלא התערבות המדינה ובלא התערבות אחרים..."

”... הוא משקף את הזכות הטבעית הנתונה לאדם, שהולידה את הזכות החוקתית, לעסוק במשלח יד שבחר לעצמו, כל עוד הוא אינו אסור על פי החוק, וחובת המדינה שלא להפריע לכך (בג”צ 1/49 בז’רנו נ’ שר המשטרה, פ”ד ב 80).”

113. כלומר, חופש העיסוק משמעו זכותם של העובדים מעל גיל 67 להמשיך ולעבוד, מבלי שהמדינה תמנע מהם לעשות כן.
114. בהקשר זה יובהר, כי ענייננו אינו בחובת הפרישה של עובדים מעל גיל 67. ההיפך הוא הנכון: מדובר בעובדים עצמאיים או בעובדים אשר רצו, יכלו והמשיכו בפועל לעבוד מעבר לגיל הפרישה, ואף המעסיקים היו מעוניינים בהמשך העסקתם טרם כניסתן לתוקף של המגבלות על העבודה בשל נגיף הקורונה.
115. בהתאם לסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, הפגיעה בו תתאפשר בכפוף לעמידה בארבעה תנאים: בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.
116. בענייננו, הפגיעה בחופש העיסוק נעשתה בתקנות שעת חירום, שהותקנו בהתאם לסמכותה של ממשלת ישראל הקבועה בסעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה. מטרת התקנות היא שמירה והגנה על כלל הציבור, ועל ציבור האנשים הזקנים בפרט. מטרה זו עולה בקנה אחד עם ערכיה של המדינה כיהודית ודמוקרטית (כאמור, על התקנת התקנות בעת הזו, בפרק ח לעיל).
117. באשר לתכלית הראויה, “בעיקרו של דבר, תכלית היא ראויה אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם” (סעי’ 91 לפסק דינו של הנשיא ברק, בע”א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ’ מגדל כפר שיתופי, [פורסם בנבו, 9.11.1995]). שמירה על אוכלוסיית המבוגרים מעל גיל 67 מפני תחלואה ותמותה מנגיף הקורונה, היא אכן תכלית ראויה שמשרתת מטרה חברתית חשובה. יחד עם זאת, עמדת העותרים היא כי במסגרת ההתמודדות עם מגפת הקורונה, בעיקר ביחס לאוכלוסייה המבוגרת, מן הראוי היה לקבוע תכלית רחבה, המתייחסת להגנה על חייהם ושלומו של הזקנים ככלל, ולא רק להגנה מפני הקורונה. קביעת תכלית שכזו היתה יכולה לתכלל שיקולים רחבים יותר משיקולי ההגנה מפני הקורונה, כגון – רווחתם הנפשית של הזקנים, בריאותם הכללית, יכולותיהם הכלכליות ועוד.

ט. אי עמידה בתנאי פסקת ההגבלה, חוסר המידתיות, וקיום חלופות פוגעניות פחות

118. ס’ 39 (ד) לחוק יסוד: הממשלה קובע באופן ברור, כי לא ניתן לקבוע בתקנות שעת חירום הוראה הפוגעת בכבוד האדם. האיסור הינו כללי ומוחלט ואינו מאפשר להתנות עליו ובהתאם אינו מצריך בחינה של מידתיות ההוראות הקבועות בו. בבג”ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחר בע”מ נגד מגדל כפר שיתופי, פ”ד מט(4) 221, 312 (1995) קבע הנשיא (כתוארו אז) שמגר, כי:

”עם כניסתו לתוקף של חוק יסוד: הממשלה החדש אין כל אפשרות לפגוע ב”כבוד האדם” בחקיקת חירום. סעיף 50(ד) הנ”ל משתלב מבחינה מהותית

**בסעיף 12 שלפנינו. מובן שסעיף 50(ד) הנ"ל בא להוסיף על סעיף 8 לחוק יסוד:
כבוד האדם וחירותו ולא לגרוע ממנו."**

119. באשר כך, יש לקבוע, כי התקנות, אשר פוגעות בזכות היסוד לשוויון כמו גם באוטונומיה של הרצון הפרטי, הינן בטלות.

120. למען הזהירות ולחילופין נטען כי גם לו היתה ההוראה כאמור מחוקקת בחקיקה ראשית, הרי שהיה צורך לבחון אותה בהתאם לפיסקת ההגבלה:

**"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."**

121. כפי שנטען בהרחבה לעיל, בתקנה 9 נשוא עתירה זו, יש פגיעה במספר זכויות יסוד המעוגנות היטב במשפט החוקתי, חוקי-היסוד, ועקרונות הפסיקה של המשפט הישראלי. אולם, עדיין בהקשר זה אין די בעצם זיהוי הפגיעה בזכויות היסוד, אלא שיש להראות כיצד הן אינן עומדות בפסקת ההגבלה, ובמבחן חוסר המידתיות.

122. באשר למבחן המידתיות, נקבעו בפסיקה שלושה מבחני-משנה:

א. **מבחן הקשר הרציונלי** - על פיו נדרש קשר של רציונליות בין המטרה הראויה לבין האמצעי שנבחר. הרציונליות אינה טכנית. היא מחייבת לעתים הוכחתם של קשרים סיבתיים, המבססים את הקשר הרציונלי. לעניין קשרים אלה, לא נדרשת, מחד גיסא, ודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו, ומאידך גיסא, אין להסתפק בסיכון "קלוש ותיאורטי". נדרשת אותה מידת הסתברות שהיא ראויה בהתחשב במהות הזכות, עוצמת הפגיעה בה והאינטרס הציבורי שהפגיעה נועדה להגשים.

ב. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה** - בוחן אם מבין האמצעים אשר מגשימים את מטרת החוק, בחר המחוקק את האמצעי שפגיעתו בזכויות אדם היא הפחותה ביותר. ההנחה הינה כי מבחן המשנה הראשון מכיר במספר אמצעים המקיימים את הקשר הרציונלי בין התכלית הראויה לבין האמצעי שנבחר. מבין אמצעים אלה יש לבחור באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. על פי מבחן זה, נדרש כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה. החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, אינה שקולה כנגד החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות. החובה היא לבחור, מבין האופציות הסבירות העומדות לרשות, את זו הפוגעת פחות. יש להשוות, איפוא, בין האפשרויות הרציונליות, תוך בחירה של אותה אפשרות, אשר בנסיבות הקונקרטריות, יש בכוחה להשיג את התכליות הראויות תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם. ראו לעניין זה: בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים**, פ"ד סא (2006) 202 (2) (להלן: "**בג"צ עדאלה**"). מרכיב משמעותי במבחן הצורך הוא **מניעת השימוש בהסדר גורף. הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה.** כבוד הנשיא לשעבר ברק ציין בבג"צ עדאלה לעיל (סעיף 70 לפסק דינו) כי:

”כמובן, ייתכנו מצבים בהם הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף. עם זאת, בטרם מגיעים למסקנה זו יש להשתכנע, על בסיס נתונים ראויים, כי אין תחליף ראוי לאיסור הגורף. לעתים הבחירה באיסור הגורף באה בשל כישלון בעיצוב הבדיקה האינדיבידואלית ולא משום שבדיקה כזו אינה יעילה... הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מיידיות. כך הדבר במשפטנו שלנו.” (ההדגשות הוספו – הח”מ)

עוד נאמר בפסיקה כך :

”יצוין, כי מבין מבחני המשנה לעקרון המידתיות החשוב ביותר הוא מבחן המשנה השני. הדרישה, כי החוק יפגע בזכות המוגנת במידה הקטנה ביותר האפשרית, היא לב לבו של מבחן המידה שאינה עולה על הנדרש” (סעי’ 95 לפסק דינו של הנשיא ברק, 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח’ נ’ שר האוצר [פורסם בנבו, 24.9.97]).

ג. מבחן המידתיות במובן הצר - דורש כי יתקיים יחס ראוי בין תכלית החוק לבין הפגיעה בזכויות החוקתיות הנלוות לו. מבחן זה בוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין הפגיעה בזכות החוקתית. במבחן זה אנו בוחנים את האיזון בתועלת הצומחת מן המדיניות לעומת הנזק שהיא מביאה בעקבותיה. בית המשפט ציין בהקשר זה כי ”מבחן משנה זה בוחן את התועלת מול הנזק... על פיו, החלטה של רשות שלטונית צריכה לקיים איזון סביר בין הצרכים של הכלל לבין הפגיעה בפרט. מטרת הבדיקה היא לבחון אם חומרת הפגיעה בפרט והטעמים המצדיקים אותה הם ביחס ראוי זה לזה. הערכה זו נעשית על רקע המבנה הנורמטיבי הכללי של מערכת המשפט.” ראו : בג”צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נח 807 (5).

123. בענייננו, העותרים יטענו כי ההסדר שנקבע בתקנה אינו עומד במבחן השני למידתיות, שעניינו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, וכן במבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר.

124. באשר למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה - בענייננו, מהווה התקנה שנקבעה על-ידי המשיבים ”אמצעי חשוד בחוסר מיידיות”, כאמור בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, שכן מדובר באיסור גורף ללא קביעת אבחנות או התאמות כלשהן שיש בהם כדאי לצמצם את ממדי הפגיעה בזכויות היסוד של בני אדם בני 67 ומעלה לכבוד, לשוויון ולחופש העיסוק.

125. חוסר הסבירות הקיצוני והעדר המידתיות בקביעת איסור גורף לקבוצת גיל שלמה של בני 67 ומעלה לעבוד, מתחדד על רקע העובדה שבכל הנוגע לאנשים בעלי מחלות רקע, שהם בעלי סיכון שאינו פחות, וייתכן שאף מוגבר לתמותה מנגיף הקורונה, לא כוללות התקנות איסור או הגבלה, אלא בעניין זה הסתפקו המשיבים בקביעת הנחיה להימנע מהגעה פיזית למקום העבודה.

126. בענייננו כאמור, בנסיבות העניין קיימות חלופות שונות שהינן פוגעניות פחות, אשר היה בהן כדאי להגשים את התכלית הראויה של הגנה על החיים והבריאות של אנשים בני 67 ומעלה לצד הבטחת יכולים להשתלב בשוק העבודה ולהשתכר למחייתם ומשכך לא עומדת התקנה במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

בין חלופות אלו, ניתן למנות:

א. **קביעת הגבלות על בסיס רמת סיכון המבוססת על מחלות רקע:** כאמור בחוות דעת המומחים, המצורפות לעתירה זו, קיימת שונות גדולה במצב הבריאותי והתפקודי של בני 67 ומעלה, כך שבתוך קבוצת גיל זו, קיימים אנשים בריאים ומתפקדים אשר השתלבותם במרחב הציבורי של שוק העבודה, תוך נקיטה באמצעי זהירות הולמים, אינה מהווה סיכון בריאותי מוגבר עבורם. התקנה בענייננו כלל לא לקחה פלח אוכלוסייה זו בחשבון, וקבעה שלילה גורפת של היכולת של בני 67 ומעלה, חלקם בריאים ומתפקדים ללא מחלות רקע, להשתלב בשוק העבודה. זאת, חלף הבדיקה האם ניתן לקבוע הגבלה מעין זו על אנשים אשר הצירוף של גילם ומחלות הרקע הספציפיות שלהם עלולים להציב אותם בסיכון מוגבר לחלות. למצער, יכלו המשיבים לקבוע הנחיה לאנשים זקנים עם מחלות רקע כשם שקבעו המשיבים עבור אנשים עם מחלות רקע, ללא התייחסות לגילם, להימנע מהגעה פיזית למקום העבודה ולעגן זאת בהנחיה ולא בתקנה לשעת חירום.

ב. **מתן המלצות ספציפיות לצד עידוד משמעת עצמית ואחריות אישית:** אמצעי נוסף שפגיעתו פחותה בו יכלו לנקוט המשיבים, הינו מתן המלצות לאנשים בני 67 ומעלה בכל בנוגע לחזרה לעבודה, תוך פירוט הסיכונים הבריאותיים הכרוכים בחזרה לעבודה לצד פירוט אמצעי המיגון המחייבים והמומלצים עבור אוכלוסייה זו במקרה שבו עליה לעבוד. המלצות אלו, יכולות להוות ביטוי לאיזון הנדרש בין הגנה על החיים והבריאות של אוכלוסייה זו לבין הגנה על זכויות היסוד שלה לכבוד, לשוויון ולחופש העיסוק. עוד יהווה אמצעי זה ביטוי למדיניות נעדרת פטרנליזם וגילנות, אשר מבוססת על מתן כבוד לאוטונומיה ולשיקול הדעת של אנשים בכל גיל לשקלל את בחירותיהם והעדפותיהם בעת הזו בהסתמך על נתונים עובדתיים שקופים ומהימנים.

ג. **התייחסות למקומות עבודה בהם העובד שוה לבדו או בהם העבודה מתבצעת באוויר הפתוח:** בהתאם לנוסח התקנה, אין הבדל בין מקומות עבודה שונים ואין כל משמעות למידת הסיכון הקיים בשהייה במקום העבודה. בכך, נפגע ציבור גדול של עובדים, אשר עבורו, לא קיים כל סיכון (או קיים סיכון נמוך בלבד) בהגעה למקום העבודה, כגון – עובדים אשר שוהים לבדם במקום העבודה, או עובדים אשר עבודתם מתבצעת בחוץ.

ד. **התאמות במקום העבודה:** בענייננו, ניכר כי המשיבים לא בחנו כלל האם ניתן לנקוט באמצעי זהירות והתאמות במקום העבודה אשר יאפשרו לאנשים בני 67 ומעלה לעבוד. אמצעים אלו יכולים להיות לדוגמא: לבישת מסכות וכפפות, קביעת מרחקי זהירות, חללים נפרדים לעבודה, כללי חיתוי, חלוקה לקבוצות עובדים לפי שעות, הגבלה על מספר העובדים המצויים במקום העבודה וכיוצ"ב. נראה כי כללים אלו הוחלו על מגזרים שונים של עובדים שהוחזרו לעבודה, אך לא נשקלו כלל לגבי בני 67 ומעלה. כך לדוגמא, נקבעו על-ידי המשיבים ביום 25.4.2020, כללים לעניין שורה ארוכה של קבוצות עובדים אשר מאפשרים את חזרתם לעבודה, לצד פירוט הנחיות כיצד על העבודה להתבצע לצורך שמירה על בריאות וחיי העובדים ומקבלי השירות בהתייחס לאופי העבודה. מדובר על כללים והנחיות לחזרתם למרחב העבודה הציבורי של מטפלים, מכוני

יופי, קוסמטיקאיות, מספרות, שירותי איסוף עצמי ממסעדות וחנויות שאינן קניונים. לפיכך, גם בכל הנוגע לעובדים בני 67 ומעלה, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, מוביל למסקנה כי ניתן היה לקבוע לגביהם כללים והתאמות במקום העבודה שישמרו על חייהם ובריאותם ויאפשרו את עבודתם, כפי שנקבע לגבי קבוצות עובדים אחרות.

128. בנוסף, העותרים יוסיפו ויטענו כי התקנות לא עומדות גם בתת המבחן השלישי למידתיות, שהינו מבחן המידתיות במובן הצר.

129. העותרים יטענו כי בעקבות התקנה נשוא עתירה זו ייגרם למשיבים, ולכלל האזרחים הותיקים העובדים בישראל שנשללה זכותם לחזור למקום עבודתם – נזק כבד. נזק זה הינו רפואי, פסיכולוגי, וחברתי – כמפורט בהרחבה בחו"ד המומחים המצורפים לעתירה זו: חוה"ד הרפואית של ד"ר יורם מערבי, וחוה"ד הגרונטולוגית של פרופ' ישראל (איסי) דורון.

130. כך לדוגמא, כפי שמציינת חוות דעת המומחה של ד"ר מערבי המצורפת לעתירה זו, קיים סיכון משמעותי כי בידודם של אנשים מגיל 67 ומעלה, בפרט אנשים שעבדו והיו פעילים עד להתפרצות משבר הקורונה, למשך זמן ממושך, תגרום להידרדרות במצבם הבריאותי הכולל בשל ירידה תפקודית וקוגניטיבית, אשר עלולה בתורה להביא לעליה בתמותה.

131. גם אם נניח, כי כוונתם של המשיבים בתקנה הנידונה הינה להגן על החיים והבריאות של אנשים זקנים באמצעות מניעת עבודתם במרחב הציבורי, הרי שתקנה זו עלולה לפגוע בחיים ובבריאות של אותם אנשים עליהם היא מבקשת להגן, בשל השלכותיה הבריאותיות הקשות על התפקוד הכולל של אותם אנשים.

132. חוסר הסבירות והמידתיות שבקביעת קריטריון גיל כרונולוגי לבדו לצורך שלילת זכויות יסוד, נלמד גם מהעמדה המקובלת בהקשרים רפואיים אחרים, שלא להתחשב בגיל כרונולוגי כקריטריון בלעדי לקביעת מדיניות, אלא להעדיף בחינה אינדיבידואלית של מאפייניו הספציפיים של האדם, כאשר גיל ביולוגי יכול להוות בנסיבות העניין אחד מהשיקולים ולא שיקול סף.

133. ראו לדוגמא לעניין זה:

• מכתב משרד הבריאות לעותרים מיום 1.4.2020 בנושא "מדיניות החיבור למכונות הנשמה- משבר הקורונה";

מכתב משרד הבריאות מיום 1.4.2020 מצ"ב כנספת ו'.

• נייר עמדה: תעדוף חולים קשים בתקופת מגיפת הקורונה - ועדה משותפת למועצה הלאומית לביו-אתיקה, ללשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל ולמשרד הבריאות- נייר עמדה של הוועדה הציבורית לתעדוף חולים קשים בתקופת מגיפת הקורונה- ניסן תש"פ אפריל 2020; העתק נייר העמדה, מצורף לעתירה זו ומסומן כנספת ז'.

• דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת סוגית הגיל כקריטריון לרישום להשתלת איברים מתורמים נפטרים, דין וחשבון התשע"ד-2014. (דוח הוועדה נמצא בטקסט מלא און ליין).

134. להלן נפרט את עיקרי דו"חות אלו בהקשרה של עתירה זו, אשר המסקנה הקבועה בכולם הינו כי אין לקבוע גיל כרונולוגי כקריטריון בלעדי בקביעת מדיניות בהקשרים בריאותיים.

נייר עמדה: תיעדוף חולים קשים בתקופת מגיפת הקורונה- ועדה משותפת למועצה הלאומית לבני-אתיקה, ללשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל ולמשרד הבריאות- נייר עמדה של הוועדה הציבורית לתיעדוף חולים קשים בתקופת מגיפת הקורונה- ניסן תש"פ אפריל 2020 (נספח ז')

135. מדובר בנייר עמדה מטעם ועדה ציבורית שהוקמה ביום 2 באפריל 2020 על פי מינוי של מנכ"ל משרד הבריאות מיום ז' בניסן תש"פ 1 – באפריל 2020. הוועדה משותפת למועצה הלאומית לבני אתיקה, לשכת האתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל ומשרד הבריאות. מדובר בוועדה רב תחומית, שמיוצגים בה מומחים בתחומי הרפואה, האתיקה, המשפט, החברה, ההלכה היהודית, הנצרות והאסלאם (להלן, בסעיפים 96-101: "הוועדה"). מטרת הוועדה, שהוקמה על רקע מגפת הקורונה, הייתה לדון בשאלת ההקצאה של אמצעים מצילי חיים וכוח אדם מיומן במקרה שייווצר חוסר באמצעים אלה. בהקשר לכך, קובע נייר עמדה מטעם הוועדה עקרונות מנחים אתיים, משפטיים ודתיים, ושיקולים יישומיים רפואיים טיפוליים במצב חירום רפואי בתקופת מגפת הקורונה בזמן שאין מחסור באמצעים מצילי חיים וכוח אדם מיומן ובזמן שנוצר מחסור כזה (להלן – "נייר העמדה").

136. בין המלצות נייר העמדה, נקבע כי בקביעת תעדוף לקבלת טיפול רפואי אין לקבוע קריטריונים גורפים דוגמת גיל, אלא על בסיס נתוניו הספציפיים של כל חולה וחולה.

137. ראו לדוגמא, לעניין זה, סעיפים י"ט וכ' לנייר העמדה בתת פרק "אי שוויון חלקי במצבי חירום ומחסור - עקרונות לקביעת תעדוף" (עמוד 6):

"יט. הכלל העקרוני לתיעדוף חולים במצבי חירום ומחסור במשאבים הוא הצלת כמה שיותר בני אדם, על פי העקרון של סיפוק מירב התועלת למירב הנזקקים. היינו הסטייה היחידה מעקרון השוויון היא רק על בסיס הבדלים רפואיים להצלחת הטיפול ולסיכויי ההישרדות.

כ. לפיכך, גם במצבי חירום ומחסור אין להפלות בין חולים שונים על סמך מאפיינים שאינם רפואיים, או על סמך מאפיינים כלליים של קבוצות אנשים, אלא יש לקבוע את התיעדוף באופן אינדיבידואלי, על פי הנתונים הרפואיים הספציפיים לכל חולה." (ההדגשות הוספו- הח"מ)

138. בהמשך לעקרונות אלו, קובע נייר העמדה בסעיף לט לתת פרק "כללי תעדוף רפואי", כי גיל כרונולוגי כשלעצמו אינו יכול להוות קריטריון בקביעת תעדוף טיפול בחולים, אלא הבדיקה הנדרשת היא אינדיבידואלית, בזו הלשון (עמוד 9):

"התיעדוף יתקיים רק על בסיס רפואי, וכמבואר לעיל. לפיכך אין לכלול בתיעדוף את הגורמים הבאים:

- דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית, מצב סוציו אקונומי, מעמד חברתי, מעמד משפחתי, מעמד אזרחי במדינה, עיסוק וכיו"ב
- שנות חיים, ובכלל זה שיקולי גיל. היינו, הגיל הכרונולוגי כשלעצמו איננו מהווה שיקול לגיטימי בתיעדוף לטיפול מציל חיים, אלא כחלק ממכלול גורמי הסיכון
- דברים העלולים להיחשב כעומדים לחובתו של החולה, ובכלל זה התרשלות שאולי גרמה להידבקות בקורונה.
- זכויות העומדות לחולה מתוך מעשיו עד עתה." (ההדגשות הוספו- הח"מ)

139. עוד קבעה הוועדה לעניין זה, כי ככל שיש להתחשב בקריטריון הגיל, הרי שההתחשבות הינה בגיל הביולוגי (היינו מצבו הרפואי- פיזיולוגי-תפקודי של האדם) ולא בגיל הכרונולוגי שאין בו כדאי להוות אינדיקציה מהימנה לגבי סיכויי החלמתו.

140. ראו לעניין זה עמוד 19, סעיף 8 להמלצות הוועדה:

מתן עדיפות על פי גיל

גיל הוצע כפרמטר משפיע על החלטות טריאז' להקצאת-משאבים בחסר. באיטליה ובספרד קשישים מתו מ-Covid-19 מכיוון שהרופאים החליטו שלא להנשים או לקבלם לטיפול נמרץ בגלל גילם. (12) העדפת חולים צעירים יותר מטרתה לאפשר שוויון הזדמנויות לעבור את שלבי החיים שמבוגרים יותר עברו.

גיל לא יהווה הגורם הקובע היחיד בהחלטות טריאז' (2) 'אם כי יש לקחת בחשבון את גיל החולה ביחד עם משתנים אחרים בקביעת קדימות בהקצאת משאבים. מה שחשוב הוא הגיל הביולוגי ולא הגיל הכרונולוגי. (ההדגשות הוספו- הח"מ)

141. עוד ראו לעניין זה, נספח ג'3 לנייר העמדה- ועדת משנה משפטית, אשר עגנה את הכלל של בדיקה פרטנית והסתמכות על גיל כחלק ממכלול השיקולים, על פני שיקול יחיד (עמוד 29 לנייר העמדה):

"אסור לקבוע כלל גורף שלפיו אין מטפלים בסוג מסוים של חולים ללא הסתמכות על בדיקה פרטנית והערכה פרטנית של החולה הנדון. כך למשל, אין לקבוע כלל גורף לפיו מגיל מסוים לא יינתן טיפול רפואי מציל חיים. אולם מותר כמוכן לקחת פקטור של גיל כמדד אחד מבין המדדים המשפיעים על הסיכויים של החולה לשרוד את המחלה." (כל ההדגשות במקור- הח"מ)

מכתב משרד הבריאות מיום 1.4.2020 לעותרים בנושא "מדיניות החיבור למכונות הנשמה- משבר הקורונה" (נספח ו')

142. מכתב זה מטעם פרופ' ירון ניב, סמנכ"ל בכיר לאיכות ובטיחות הטיפול במשרד הבריאות, במענה לפנייתם של העותרים, הבהיר באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי גיל אינו יכול להוות שיקול בלעדיו אין בעיצוב כללי המדיניות בנוגע לתעדוף חולים בחיבור למכונות הנשמה, בזו הלשון:

"סינון בלעדי על סמך גיל אינו על הפרק. מדובר במרכיב אחד בתוך קבוצת השיקולים והמבחנים. השיקולים המנחים אותנו הינם רפואיים ואתיים, מבוססי ספרות וניסיון רחב של טובי המומחים. מסגרת הדיונים, נבחנים קריטריונים רבים ופרוטוקולי מיון וקבלת חולים, המקובלים בעתות משבר. לדיונים אלה שותפים רופאים מומחים ממגוון המקצועות הרלבנטיים (ביניהם מומחים בטיפול נמרץ וגריאטריה) אתיקאיים וגורמי מקצוע נוספים."

מסקנות דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת סוגית הגיל כקריטריון לרישום להשתלת איברים מתורמים נפטרים, דין וחשבון התשע"ד-2014:

143. ועדה סטטוטורית נוספת שדנה בסוגיית הגיל כקריטריון לצורך קבלת החלטות רפואיות, הינה הוועדה לבחינת סוגית הגיל כקריטריון לרישום להשתלת איברים מתורמים נפטרים, דין וחשבון התשע"ד-2014 (להלן, בסעיפים 104-112 – "הוועדה").

144. ביום 9.4.2013 החליט מנכ"ל משרד הבריאות דאז פרופ' רוני גמזו, למנות ועדה ציבורית שתפקידה לבחון את סוגית הגיל כקריטריון לרישום להשתלת איבר מתורמים נפטרים.

145. תפקיד הוועדה היה לבדוק, בין השאר, את השאלות האלו: האם גיל הנתרמים (מועמדים להשתלה), צריך ויכול לשמש קריטריון רלוונטי לרישום ממתנינים להשתלה ברשימה הארצית להשתלות מתורמים נפטרים? האם יש מקום להגביל את גיל הנרשמים ועל בסיס איזה קריטריון? מהם השיקולים המשפטיים, האתיים והמוסריים בהקשר זה? בוועדה היו חברים משפטניים, אתיקנים, נציגי מושתלים ועוד.

146. במסגרת המלצותיה, קבעה הוועדה באופן חד משמעי כי גיל אינו יכול להוות קריטריון לצורך החלטה בעניין זכאות להשתלת איברים, ובלשונה של הוועדה (עמוד 14 להמלצות הוועדה):

א. "יבוטל הגיל כקריטריון מדיר לרישום מועמדים להשתלת איברים".
ב. הגיל לא ישוקלל בנוסחת ההקצאה, למעט כשיש לכך הצדקה רפואית עניינית. שקלול הגיל המקובל כיום בכליות, יישאר מטעם זה על כנו.
ג. הוועדה ממליצה לוועדת ההיגוי לבחון את מנגנוני ההקצאה הקיימים, כדי להבטיח שאלו אינם נותנים משקל כלשהוא לגיל הכרונולוגי, אלא מנימוקים רפואיים בלבד. ניתן לשקול להכליל מדדים חלופיים שאין בהם שקלול גיל כרונולוגי ושיש להם תוקף רפואי (דוגמת מדד השבריריות), בנוסחת ההקצאה (כלומר לא כתנאי סף). " (ההדגשות הוספו- הח"מ)

147. בין נימוקיה לביטול קריטריון הגיל לצורך קביעת זכאות להשתלות, ציינה הוועדה כדלקמן (עמוד 37):

"יצוין כי בהקשר זה הייתה הסכמה מלאה של כל חברי הוועדה שכל אדם, בלי קשר לגילו, זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו. כל חברי הוועדה מקבלים לחלוטין את העיקרון שערך חייו של אדם אינו פוחת עם הזדקנותו. ככל שהתגלעה מחלוקת בין חברי הוועדה, היה זה בעיקר בשאלת המשקל שיש לתת לתוחלת חייו של אדם ולשימוש בהנחות המבוססות על גיל כרונולוגי כאמצעי לעיצוב נוסחת הקצאה הוגנת ואובייקטיבית." (ההדגשה הוספה- הח"מ)

148. עוד ציינה הוועדה כבסיס להמלצותיה, כי הגם שקריטריון גיל עשוי להיות בעל משמעויות סטטיסטיות בקביעת מדיניות וחקיקה, הרי שהאיזון הראוי, לדוגמה בהקשר של רישיון נהיגה, מחייב בדיקה אינדיבידואלית של האדם, על פני קביעת קריטריון קשיח וגורף של גיל, זאת, בין היתר, לאור עוצמת הזכות המוגנת (עמוד 38):

"כלומר המחוקק רואה בגיל במקרים אלו כנושא משמעויות סטטיסטיות, מתוך התפיסה שלגיל עלולה להיות השפעה שלילית על יכולת הנהיגה, אך גם מתוך מודעות לכך שהשפעה זו אינה הכרחית- היא משתנה מאדם לאדם. כל זאת, על רקע הבנת המחוקק שהמוביליות של האדם (או שלילת החופש התנועה שלו או הגבלתו) היא חשובה ביותר. לכן משמעויות אלו אינן בעלות תוצאה מדירה, אלא מחייבות בדיקה אינדיבידואלית." (ההדגשות הוספו- הח"מ)

149. ועוד לעניין חשיבות הבדיקה האינדיבידואלית, על פני שיקול המבוסס על גיל כרונולוגי בלבד, ראו עמוד 41 לדו"ח הוועדה:

"נדמה אפוא שניכר מעבר מכללים פורמליסטיים, המבוססים על גיל כרונולוגי בלבד, לכללים מהותיים של בחינה קונקרטיית של מכלול נסיבות העניין, ולהפעלת שיקול דעת ענייני. לא מן הנמנע אפוא שההקשר, מאזן הצרכים הקונקרטיים, שיקולים מערכתיים, הסיטואציה הספציפית וחלופות הפעולה הקיימות הם שיחליפו את ההסתמכות הבלעדית על הגיל הכרונולוגי בהכתבת התוצאה בדילמות המשפטיות הגילאיות." (ההדגשות הוספו- הח"מ)

150. בעניין זה אף קבעה הוועדה כי קביעת הגיל כקריטריון בלעדי לעניין זכאות להשתלה, מהווה קריטריון מדיר וגילני, באשר אינה מאפשרת לפרט להוכיח את כשירותו, בזו הלשון (עמוד 41):

“קריטריון הגיל להשתלות אינו נתון לשיקול דעת או להסכמות – לא מצד הצוות הצוותים הרפואיים ולא מצד המטופלים. זהו גיל מדיר לכל דבר ועניין ואין בצד ההדרה כל אפשרות לפרט להוכיח כי הוא כשיר להירשם כמועמד להשתלה.”

151. בענייננו כאמור, המסקנה המתגבשת ממסמכי המשיבים שפורטו לעיל, כי חלף שלילת זכויות גורפת כפי שנעשה בתקנה דן, יש מקום, בין היתר, לבחינה אינדיבידואלית של מידת הסיכון הנגרמת לפרט - כל פרט - בהגעה למקום העבודה, כאשר שיקול הגיל הביולוגי - להבדיל מזה הכרונולוגי - עשוי להיות שיקול רלבנטי לצד שיקולים אחרים, דוגמת מחלות רקע, שבריריות, אמצעי הזהירות הננקטים, כמו גם ההתאמות שיכול לספק מקום העבודה לצורך יצירת סביבת עבודה מוגנת ובטוחה.

י. הנזק והפסול חברתיים הטמונים בתקנה: גילנות ומשמעותה המשפטית

152. לבסוף, העותרים יטענו, כי אי החוקיות של התקנה נעוץ בהיותה גילנית: היא מעוגנת בהבניה חברתית שלילית של ה"זיקנה" (בניגוד ל"הזדקנות"), והיא מנציחה את הדרתם ואפלייתם של אזרחים ותיקים רק בגלל גילם הכרונולוגי. על רקע זה, ובדומה לאי החוקיות הנעוצה בתופעות חברתיות אחרות כגון גזענות (racism) או מיננות (sexism) – העותרים יטענו שהסדרים חוקיים המעוגנים ומנציחים הבניה חברתית קבוצתית שכזו – הינם פסולים בשל היותם סותרים את עקרונות שיטת המשפט הישראלית ואת פסיקת בית משפט נכבד זה.

153. בהקשר הנדון יתבססו העותרים על חוות דעתו של פרופ' ישראל (איסי) דורון, גרונטולוג המצורפת לעתירה.

154. יודגש כי כפי שמפורט בחו"ד של פרופ' דורון, תופעת הגילנות לא נעלמה מעיני בית משפט נכבד זה, ובמספר הזדמנויות הוא הביע את דעתו ביחס למשקל החוקי והחוקתי שיש ליתן לתופעה זו בבחינת חוקיותם של הסדרים משפטיים.

155. כפי שמצויין בחו"ד של פרופ' דורון, כבר מאז מחצית המאה העשרים, נמתחה ביקורת חריפה על השימוש בגיל כרונולוגי כ"מארגן" חברתי:

“מקור הביקורת השני נגד השימוש בגיל כרונולוגי כ"מארגן חברתי" הגיע משיח זכויות האדם ומתחומי הסוציולוגיה הביקורתית. הביטוי הבולט ביותר של ביקורת זו נקשר להמשגת וחשיפת תופעת ה"גילנות" (ageism). גילנות הוגדרה באופן היסטורי כדלקמן (ראו לעניין זה אצל Butler, 1969; Butler & Lewis, 1973):

Ageism can be seen as a process of systematic stereotyping of and discrimination against people because they are old, just as racism and sexism accomplish this for skin color and gender. Old people are categorized as senile, rigid in thought and manner, old-fashioned in morality and skills [...] Ageism allows the younger generations to see older people as different from themselves, thus they subtly cease to identify with their elders as human beings.

במילים אחרות, גילנות, בדומה לתופעות חברתיות דומות כגון גזענות (כלפי שחורים) או מינניות (סקסיזם) (כלפי נשים), או אנטישמיות (כלפי יהודים), או אבליזם (ableism) (כלפי אנשים עם מוגבלות) – מייצרת באופן תרבותי קטיגוריות חברתיות שאינן מסתפקות בזיהוי ותיוג ה"אחר" בהיבטי שוני "ניטרליים" (כגון צבע עור שונה, או ביולוגיה מינית שונה) – אלא "מלבישות" עליהן תכונות קבוצתיות (שליליות ונחותות) המעוגנות בערכים, מוסר, שיפוט, ויחסי כוח חברתיים.

156. ההכרה במסגרת ההיסטורית והחברתית של תופעת הגילנות, והביקורת נגד השימוש בגיל כרונולוגי כ"מארגן" חברתי, מביאה את פרופ' דורון למסקנתו ביחס להשלכות של השימוש בגיל כרונולוגי בהקשר של התקנה הספציפית נשוא עתירה זו:

"בהיבט חברתי, ותוך התבססות על העקרונות של פרופ' בטלר שתוארו לעיל, (אשר תובנותיו הכלליות אודות משמעות תופעת הגילנות והשלכותיה, אומצו ואוששו במחקרים רבים בתחום הגרונטולוגיה החברתית) - אני סבור לפי מיטב מומחיותי המדעית כי שימוש בגיל הכרונולוגי כקריטריון יחיד ובלעדי לעיצוב המדיניות להחזרת עובדים לשוק העבודה – הינו בלתי סביר באופן קיצוני שכן מתעלם מהנזק, הפגיעה, ההשפלה והאפליה הבלתי מוצדקת הכרוכה במדיניות גילנית זו כלפי "קבוצת" האנשים שמוגדרים בעקבותיה כ"זקנים". היא משקפת ומחזקת דעות קדומות, הטיות, וסטריאוטיפים שגויים ביחס לאופייה של אוכלוסיית הזקנים, ומאמצת תפיסה פסולה לפיה ניתן לשפוט יחידים אך ורק בשל שייכותם ה"קבוצתית", תוך התעלמות מוחלטת מייחודיותם או מהיבטי כבודם האינדבידואלי. לפיכך, היא אינה שונה מהותית מגישות שחלפו מהעולם, בהן ביססו מדיניות חברתית אך ורק על בסיס מינו, דתו, או גזעו של אדם – בכך שגם אלה התעלמו מהיכולות או האיכויות האינדבידואליות של בני אנוש, ו"קיטלגו" אותם על בסיס הכללות סטטיסטיות חלקיות או דעות קדומות.

חשוב בהקשר זה לזכור כי דווקא הידע הגרונטולוגי הוא זה המאפשר לנו להכיר בכך שבתוך אוכלוסיית הזקנים ישנן תתי-אוכלוסיות שהן אכן מוחלשות וזקוקות להגנה (תתי-אוכלוסיות המהוות בפועל אחוז קטן מכלל אוכלוסיית האזרחים הותיקים). תתי אוכלוסיות אלה בקרב הזקנים – כדוגמת אלו השוהים במסגרות מוסדיות, או אלו הסובלים ממחלות הפוגעות ביכולות הקוגניטיביות והמייצרים תלות באחרים לביצוע פעולות מחיה יומיומיות – הן אכן ניתנות לזיהוי כאוכלוסיות ברות סיכון והראויות להגנה מיוחדת. אך הגנה זו אינה נובעת רק בשל גילם הכרונולוגי בלבד – אלא בשל ההצטלבותיות (intersectionality), שבמסגרתה על מימד הגיל הכרונולוגי מתווסף הקשר נוסף (כגון חיים במוסד) או תלות (בהקשר של דמנציה). לפיכך, בעוד מדיניות המגינה על תתי-אוכלוסיות מוגדרות הינה ראויה ומוצדקת, הרי שמרבית האנשים מעל גיל 67 במדינת ישראל אינה זקוקה ל"הגנה" שכזו, וודאי שלא באמצעות חוקים מפלים ופוגעניים.

יא. סיכום

157. העותרים מבקשים לחזור ולהדגיש כי זמן חירום אין משמעו כי רשאית ממשלה לקבוע הוראות גורפות, בניגוד לזכויות מהעוגנות בחוקי היסוד ותוך התעלמות מפגיעה בתושבים ובאזרחים רבים, גם אם ההצדקה המוצגת היא הגנה על בריאות הציבורי. בהקשר זה קבע כבוד בית המשפט הנכבד זה מקרוב כי גם בתקופה המתגרת של וירוס הקורונה:

”גם כשנגיף הקורונה מתהלך ברחובותינו המוזות אינן שותקות והביקורת הפרלמנטרית והשיפוטית אינן נאלמות דום. בימים אלה של מצב חירום, ובמיוחד בימים אלה, היד אינה צריכה להיות קלה על ההדק, והפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות צריכה להיות מידתית וממוקדת ככל שניתן” (כב' השופט עמית בפרשת בג"צ 2491/20, המנהל הקהילתי רמות אלון ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' ס' 1 לפסק הדין).

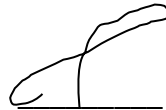
158. אשר על כן, ולאור מכלול הטיעונים שהוצגו לעיל, העותרים יטענו כי על אף תקופת החירום בה נתונה המדינה, ועל אף המציאות שבה על בית המשפט לבצע "איזון אופקיי" בין זכויות יסוד, כאשר על צידה האחד עומדת זכות חשובה ויסודית – הזכות לבריאות, הרי שבנסיבות העניין, זכויות היסוד של האזרחים הוותיקים העובדים בישראל, בריאותם ורווחתם, גוברת.

159. לפיכך, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות למשיבים לבוא ולנמק מדוע לא יוכרז סעיף 9 לתוספת השניה לתקש"ח כבטל, ולחילופין מדוע לא יודיעו על ביטולו לאלתר. כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בסעד כללי, לרבות בהוצאות המשפט ושכ"ט העותרים.

160. עתירה זו נתמכת בתצהיר מטעם העותרים.



עו"ד יעל הבסי-אהרוני



עו"ד ליעד סטרולוב



עו"ד יפעת סולל

עו"ד נעמה הלר

עו"ד קרן צפריר

עו"ד דורית אלון-כשר