

## ”דין אלמן כדין אלמנה” – האומנם?

מאת ורד שפילמן ורונית רוזנשטיין\*

א. מבוא

ב. פרשת פידלמן

ג. השוויון

1. שוויון, מגדר ודיני עבודה
2. שוויון – האם לנשים בלבד?

ד. שונות רלוונטית

ה. הסדרים מפלים בביטוח הלאומי

1. קצבת שאירים
2. קצבת זקנה
3. עקרת הבית

ו. העדפה מתקנת

ז. יחסים בין הרשויות

1. היחסים בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת
2. היחסים בין הרשות השופטת לרשויות האחרות

ח. מסקנות והמלצות

א. מבוא

מאמר זה בא לבחון מקצת מהסוגיות העולות מפרשת פידלמן<sup>1</sup> שנדונה באחרונה<sup>2</sup> בבית הדין הארצי לעבודה. בפסק הדין נקבע כי תקנה 35 לתקנות מבטחים<sup>3</sup> (להלן: תקנה 35), אשר מעניקה זכויות פנסיה נבדלות לאלמן ולאמנה, בטלה בשל היותה מפלה ונוגדת את עקרון השוויון.

מטרת המאמר הנה לעמוד על הרציונלים שבבסיס ההחלטה לפסול את התקנה, ולבחון אם אותם רציונלים חלים על הסדרי חקיקה מפלים אחרים הנמצאים בחקיקת הביטוח הלאומי. תחילה נסקור את פסק הדין ונתמקד בהוראות הדין הרלוונטיות. לאחר מכן נעמוד על מקומו של עקרון השוויון, במיוחד על השוויון המגדרי בשיטת המשפט הישראלית, ובמיוחד בדיני העבודה. בהמשך נבחן אם קיימים רציונלים המצביעים על שונות רלוונטית, שמצדיקים הבחנה בקצבאות השאירים בין אלמן לאלמנה. נסקור הסדרים חקיקתיים מפלים בביטוח הלאומי. נבדוק אם בבסיסם עומדים רציונלים דומים לאלו שבתקנה 35. אם הרציונלים דומים, נבחן גם כאן אם יש בסיס מוצדק לשונות רלוונטית. אם נראה שאין שונות רלוונטית המצדיקה הבחנה, נבדוק אם יש בהסדרים אלה שימוש בדוקטרינת ההעדפה המתקנת, והאם שימוש זה ראוי. לבסוף נביט ברטוריקה בין

\* סטודנטיות בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה.

1 ע"ע 1407/01 פידלמן נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (טרם פורסם) (להלן: פרשת פידלמן).

2 פסק הדין ניתן בתאריך 17 באוקטובר 2004.

3 תקנה 35 לתקנון מבטחים, מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ. יש להדגיש כי אין מדובר בחקיקת משנה, אלא בסעיף בחוזה בין מבטחים לבין המתקשרים עמה. עם זאת התקנה מופנית לציבור רחב והנה בעלת מאפיינים ציבוריים משום שמטרת המערך הפנסיוני בישראל להבטיח לתושבים מקור הכנסה בקרות מקרה ביטוח. תקנות מבטחים הן במהותן מערך חוזי, וככל חוזה אחר, בפרט חוזה שהמדינה צד לו או מעורבת בו, גם תוקפן של תקנות מבטחים מותנה בכך שתעלינה בקנה אחד עם תקנת הציבור וקיום ערכי יסוד של השיטה כגון עקרון השוויון.

הרשויות, החבוייה בפרשת **פידלמן**. נבחן את היחסים בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת ובין הרשות השופטת ליתר הרשויות.

המסקנה שאליה נוביל היא כי על המחוקק לשנות הסדרים מפלים בביטוח הלאומי, המבוססים על רציונלים שתם זמנם, וזאת כדי להשריש את השוויון בתחום דיני העבודה, שם קיימים הסדרים שאינם עולים בקנה אחד עם המציאות החברתית והנורמטיבית.

## ב. פרשת פידלמן

פסק הדין דן בשאלת השוני בזכאות לקצבאות פנסיה הניתנות מקרן מבטחים (להלן: מבטחים) לאלמן ולאלמנה. המסגרת הנורמטיבית המשפיעה על זכאות זו שונתה כמה פעמים במרוצת השנים: בתקנה 35, שהייתה בתוקף עד תאריך 8/11/2000, נקבע כי הזכאות לפנסיה של אלמנה הנה בשיעור 40% מהשכר הקובע, ואילו אלמן זכאי לשיעור של 50% מהפנסיה שהייתה מקבלת האלמנה. כלומר האלמן זכאי רק ל-20% מהשכר הקובע.

בתאריך 8/11/2000 נכנס לתוקף חוק השוואת זכויות פנסיה לאלמן ואלמנה, תשס"א-2000 (להלן: חוק השוואת זכויות הפנסיה).<sup>4</sup> בסעיף 2 נקבע כי אלמן ואלמנה יהיו זכאים לפנסיית שאירים בשיעור זהה מהשכר הקובע, וזאת על אף האמור בתקנוני קופות גמל לקצבה. בסעיף 4 לחוק נקבע כי הוצאות קופות הגמל הנובעות מיישום הוראת החוק יכוסו מאוצר המדינה.

כעבור כחצי שנה הושהה חוק השוואת זכויות הפנסיה על פי חוק ההסדרים במשק המדינה.<sup>5</sup> תוקף ההשהיה החל בתאריך 1/4/2001 עד תאריך 31/12/2001. חוק השוואת זכויות הפנסיה חזר לתוקף בתום תקופת ההשהיה, אך בוטל סופית על פי חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל.<sup>6</sup> הביטול נכנס לתוקף בתאריך 1/6/2003.

מכוח חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל, תוקן פרק ז' 1 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981.<sup>7</sup> בסעיף 78ט נקבע, כי על המפקח להכין תקנון אחיד לכל קרנות הפנסיה הוותיקות. מכוח סעיף זה פורסם "התקנון האחד לקרנות פנסיה וותיקות". בתקנון זה נקבע בסעיף 23 כי אלמן זכאי למחצית הקצבה שלה זכאית האלמנה.<sup>8</sup> למעשה ההסדר זהה להסדר הקבוע בתקנה 35. כלומר התקנון האחד שנוצר מכוח החוק מעגן את היחס השונה לאלמן ולאלמנה.

4 חוק השוואת זכויות פנסיה לאלמן ולאלמנה, תשס"א-2000, ס"ח 4.

5 סעיף 13 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת 2001) (תיקון, ביטול והתליה של חקיקה שמקורה בהצעות חוק פרטיות), תשס"א-2001, ס"ח 236 (תיקון עקיף לחוק השוואת זכויות פנסיה לאלמן ולאלמנה, תשס"א-2000) (להלן: חוק ההסדרים).

6 סעיף 19 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003 ו-2004), תשס"ג-2003, ס"ח 386 (תיקון עקיף לחוק השוואת זכויות פנסיה לאלמן ולאלמנה, תשס"א-2000).

7 חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981, ס"ח 208.

8 בפרק יד לחוק התכנית הכלכלית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003 ו-2004), תוקן פרק ז' 1 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח. בסעיף 78 ט לחוק נקבע, כי "המפקח יכין תקנון אחיד לכל הקרנות הוותיקות שמונה להן מנהל מיוחד". מכוח זה פורסם "התקנון האחד לקרנות פנסיה ותיקות". סעיף 23 לתקנון האחד העוסק ב"חישוב קצבת שאיר מבוטח פעיל" הוא המסדיר את חישוב קצבאות האלמן והאלמנה.

מר פידלמן, המערער בפסק הדין, הנו אלמן אשר אשתו בוטחה כעמיתה בקרן מבטחים, המשיבה בפסק הדין. עם מותה של גב' פידלמן קמה לבעלה ולשני ילדיה זכות לקבל גמלת שאירים מקרן מבטחים. מר פידלמן עתר בבקשה להשוות את הגמלה, שלה הוא זכאי, לגמלה המשולמת לאלמנה, כלומר בשיעור 40% מהשכר הקובע, מיום זכאותו לגמלה ואילך.

בית המשפט פסק כי תקנה 35 נוגדת את עקרון השוויון ואת תקנת הציבור. לכן, לאור חשיבות עקרון השוויון ואיסור ההפליה במקום העבודה, ובפרט חשיבות השוויון המגדרי, קבע בית המשפט כי יש לבטל את התקנה המפלה וכן את ההסדר בתקנון האחד המאמץ אותה. יש לציין כי ביטול התקנה הושעה למשך שנה ממועד מתן פסק הדין כדי לאפשר לכל הנוגעים בדבר לבחון מחדש את הנושא ולקבוע שיטה אשר תבטיח זכויות שוות לאלמן ולאלמנה.

## ג. השוויון

### 1. שוויון, מגדר ודיני עבודה

השוויון הנו ערך יסוד במשפט הישראלי ומנשמת אפה של המדינה הדמוקרטית.<sup>9</sup> עקרון השוויון מעוגן בחקיקה הישראלית,<sup>10</sup> ומוכר כחלק ממגילת הזכויות שפיתחו בתי המשפט בישראל. עיקרון זה מהווה אמת מידה לפרשנות דברי חקיקה, על פיה יש להעדיף את הפירוש המיטיב להבטיח את השוויון.<sup>11</sup>

זהו ערכו של השוויון בכלל, וזהו ערכו של **השוויון המגדרי** בפרט.<sup>12</sup> הפסיקה מתייחסת באופן ספציפי לסוגיית **השוויון בעבודה**. יש הרואים בעקרון השוויון בעבודה זכות יסוד חוקתית המתגבשת בעקיפין על פי

<sup>9</sup> בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693, 698 (להלן: עניין **ברגמן**).

<sup>10</sup> תחילה בהכרזת העצמאות הקובעת שוויון בין האזרחים ובהמשך בדברי חקיקה שונים המיישמים עיקרון זה: סעיף 1 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248, קובע כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית...". סעיף 42 לחוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959, ס"ח 32, אוסר על לשכת שירות התעסוקה להפלות בשליחת אדם לעבודה. חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964, ס"ח 166 (להלן: חוק שכר שווה לעובדת ולעובד), בא להבטיח שוויון בשכר העובד והעובדת. חקיקה מיוחדת נועדה לאפשר העדפה מתקנת של האישה (ראו סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, ס"ח 132). חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשס"ד-2004, ס"ח 48, קובע כי האישה רשאית לבחור לפרוש לפנסיה בין גיל 62 לבין גיל 67. בנוסף, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח 1988, ס"ח 38, קובע כי אסור למעביד להפלות בין עובדיו מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי או היותם הורים. לשיאה הגיעה התפתחות זו עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, אשר עיגן את השוויון כזכות חוקתית על-חוקית. זכות השוויון אינה מוזכרת במפורש בחוק היסוד ולכן שאלת עיגונה עוררה מחלוקות רבות. ברק נוקט פרשנות אובייקטיבית, וגורס כי אין להכיר במושג כבוד האדם, בלי לגזור מכך, כמסקנה הכרחית, את השוויון בין בני האדם. ראו: א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא (תשנ"ד-1994) 271, 278-279. יש הגורסים, וביניהם סומר כי יש לבחור בפרשנות צרה, על פיה המחוקק נמנע מלהזכיר זכות זו במכוון, ולכן אין לפרש את החוק ככולל אותה. ראו: ה' סומר "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח (תשנ"ז-1997) 257, 317. אולם קיימת הסכמה לעמדת בנינים, כפי שהוצגה על ידי השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94 (להלן: עניין **מילר**) הגורסת, שפגיעה בשוויון, הנובעת מהפליה קבוצתית, גורמת להשפלה ואין ספק שתכלית חוק-היסוד להגן מפני השפלה.

<sup>11</sup> עניין **ברגמן**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 698. וגם בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(2) 221, 274 (להלן: עניין **שקדיאל**).

<sup>12</sup> ע"ע (ארצי) 1353/02 **מרגלית אפלבוים - ניצה הולצמן** (טרם פורסם). ראו גם בג"ץ 953/87 **פוז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309, 333. שם השופט ברק, כתוארו אז, ראה בשוויון בין המינים אחד מעקרונות היסוד של המשפט והחברה. בעניין **מילר** נקבע כי מדיניות זה"ל שלא לגייס חיילות למקצוע הטייס, דינה להיפסל בשל היותה נגועה בהפליה פסולה על רקע מין. השופטת דורנר מציינת בפסק דינה כי השפלתו של אדם פוגעת בכבודו, ובסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי (ובתוכם הפליה מחמת מין) טמונה השפלה עמוקה לקרבן ההפליה. פגיעה העולה כדי השפלה מהווה פגיעה בזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בבג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501 (להלן: עניין **שדולת הנשים**), נפסק כי יש להכיר בדוקטרינת העדפה מתקנת כאמצעי להשגת שוויון תוצאתי. ההפליה המגדרית בין

דוקטרינת זכויות היסוד הנגזרות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>13</sup> הפסיקה שניתנה טרם חקיקת חוקי היסוד מקנה לעקרון השוויון התעסוקתי מעמד של זכות יסוד הלכתית.<sup>14</sup> כך, למשל, בפרשת **עדנה חזין**<sup>15</sup> ביטל בית הדין לעבודה הוראות בהסכם קיבוצי, שמצאן מפלות עובדות בשל היותן נשים. כך גם בפרשת **נבו**,<sup>16</sup> שם בוטלה הוראה בהסכם קיבוצי אשר חייבה עובדת לפרוש לפנסיה בגיל 60 בעוד גבר חויב לפרוש רק בגיל 65. הגישה המכירה בחשיבות השוויון התעסוקתי כזכות יסוד, זכתה לחיזוק בפרשת **דנילוביץ**.<sup>17</sup> שעסקה באיסור הפליה במקום העבודה על רקע נטייה מינית. בפרשת **ניב**<sup>18</sup> נקבע כי מסלולי פרישה שונים לעובדים ולעובדות הנם בגדר הפליה פסולה. בפרשת **רקנט**<sup>19</sup> נקבע כי קביעת גיל פרישה שונה לחלק מהעובדים, בהיעדר שונות רלוונטית, היא בגדר הפליה מחמת גיל. בעניין "**עלית**"<sup>20</sup> נקבע כי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד מגן על זכות יסוד – הזכות שלא להיות מופלה. כמו כן נקבע ששכרם של עובד ועובדת יהיה שווה כאשר הם מבצעים את אותה עבודה בעיקרה.

ברוח זו של מגמה מתגברת הן בחקיקה והן בפסיקה למנוע הפליה, נפסק בפרשת **פידלמן** כי תקנות מבטחים הקובעות קצבת פנסיית שאירים שונה בגודלה לאלמן ולאמנה פוגעות בשוויון. יש לציין כי אין מדובר בחקיקת משנה, אלא בסעיף בתקנון בין מבטחים לבין המצטרפים אליה. עם זאת התקנה מופנית לציבור רחב והנה בעלת מאפיינים בני פועל תחיקתי משום השלכתה על ציבור בלתי מסוים, והיותה מרכיב מרכזי במערך הפנסיוני בישראל. מטרת מערך זה היא להבטיח לכל תושבי המדינה מקור הכנסה עם קרות מקרה ביטוח או עם הגיעם לגיל פרישה, ולפיכך ניתן לראות את מבטחים ותקנותיה ככפופים לעיקרי המשפט הציבורי לעניין זה, מה גם שלא ברור אם עקרון חופש החוזים בא לידי ביטוי של ממש בגיבוש תוכן התקנות. בה בעת, סיווגן של תקנות מבטחים כנורמות חוזיות במהותן (או בעלות מאפיינים חוזיים), אמנם מעלה קושי בנוגע להחלת המשפט הציבורי, אך באותה נשימה מתנה את תוקפן בכך שתעלינה בקנה אחד עם תקנת הציבור, קרי: עם קיום ערכי יסוד של השיטה, ובהם עקרון השוויון.<sup>21</sup> מכאן, בין שנראה בתקנות אלו נורמות הכפופות לעיקרי המשפט הציבורי ובין שנראה בהן חלק ממערך חוזי, נמצא כי בנסיבות העניין ועקב תחולתן הרחבה כפופות התקנות לעקרון השוויון.<sup>22</sup>

---

גבר לאישה הנה הפליה "גנרית ולא הפליה פרטיקולרית". היא מתייחסת לשאלה המגדרית ומתעלמת מנתונים אישיים של מושא ההפליה.

13 בן-ישראל "דיני עבודה: שוויון בעבודה נוסח שנת אלפיים - המרשם הישראלי" **ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו** (תשנ"ו-1997) 577, 586-590.

14 שם, בעמ' 590-591.

15 דב"ע לג/25-3 **ועד אנשי צוות דיילי אוויר - עדנה חזין**, פד"ע ד 365 (להלן: עניין חזין).

16 דב"ע מו/73-3 **ד"ר נעמי נבו - הסוכנות היהודית**, פד"ע יח 197 (להלן: עניין נבו).

17 בג"ץ 721/94 **אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749 (להלן: עניין דנילוביץ). יש לציין כי לדעת השופטת דורנר, זכות השוויון זכתה לחיזוק עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו השופט ברק ביסס את פסק דינו על חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

18 בג"ץ 6845/00 **ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נו(6) 663, 688 (להלן: עניין ניב).

19 דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330 (להלן: עניין רקנט).

20 דב"ע לז/71-3 "**עלית**" **חברה ישראלית לתעשיית שוקולד בע"מ - לדרמן**, פד"ע ט 255 (להלן: עניין עלית).

21 פרשת **פידלמן**, לעיל ה"ש 1, סעיף 5.

22 על אף דברים אלו, לא ניתן להתעלם מהעובדה שביטול התקנה על ידי בית המשפט מהווה התערבות במערך החוזי שבין מבטחים לבין גב' פידלמן המנוחה. תקנות מבטחים (והיום התקנון האחיד) הן חלק ממסמכי היסוד של מבטחים כתאגיד,

כפיפות המערך הפנסיוני לעקרון השוויון עלתה לדיון גם בבית המשפט העליון של ארצות הברית, אם כי בהקשר העוסק בדין המדינה בלבד. בפסק דין **וינברגר**<sup>23</sup> שניתן בשנת 1975, נפסק כי ההוראה בחוק הביטוח הלאומי אשר העניקה לאלמנה זכויות נבדלות לפנסיית שאירים מאלו שניתנו לאלמן, בטלה משום שהייתה מנוגדת לתיקון החמישי לחוקה האמריקנית בהיותה פוגעת בשוויון. בפסק דין **גולדפרב**<sup>24</sup> דן בית המשפט העליון של ארצות הברית בחוקיות סעיף בחוק פדרלי אשר העניק לאלמנה קצבת שאירים אך התנה את זכאות האלמן בכך שלפחות מחצית מפרנסתו הייתה תלויה בעבודתו אשתו טרם פטירתה. הוראת החוק נפסלה בשל היותה נוגדת את התיקון החמישי לחוקה האמריקנית בשל חוסר השוויון והפליית האישה העובדת, בכך שנמנע ממנה לדאוג לבעלה לאחר מותה.<sup>25</sup> לאור החקיקה האמריקנית בדבר איסור ההפליה במגזר הפרטי,<sup>26</sup> יש להניח כי הפליה סיסטמטית לא תותר גם במערך פנסיוני חוזי.

## 2. שוויון – האם לנשים בלבד?

השוואת זכויות של אלמן לאלה שמקבלת האלמנה מעוררת, היא עצמה, שאלה בתחום החלת השוויון. ראשית יש לציין כי הזכות לשוויון איננה מוזכרת במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. גישת הביניים המקובלת להחלת הזכות לשוויון היא הגישה המוצגת על ידי השופטת דורנר בפרשת **אליס מילר**. לפי גישה זו, על אף הימנעותו המפורשת של המחוקק מלהכליל את הזכות בחוק היסוד, עדיין תחום מסוים של הזכות לשוויון כלול בזכות לכבוד. הזכות לשוויון נכללת בזכות לכבוד בהתקיים שניים: הראשון, חברי קבוצה מקובעת שסבלה וסובלת מדעות קדומות והפליה מקבלים יחס שונה עקב חברותם בקבוצה; השני, יחס שונה זה, ובכלל זה יחס המעוגן בחקיקה ראשית, פוגע בחברי אותה קבוצה בגלל השתייכותם לקבוצה.

אם כך, השאלה המתעוררת בענייננו היא אם אלמן המשתייך לקבוצה "חזקה", המין הגברי, זכאי ליהנות מההגנה של הזכות לשוויון. מחד גיסא על פי הקריטריונים הנ"ל האלמן איננו משתייך לקבוצה מקובעת הסובלת מדעות קדומות והפליה, ועל כן איננו זכאי להגנה זו. מאידך גיסא, קיימת תפיסה שונה

---

ועליהן מושתתת מערכת היחסים בין מבטחים לעמיתיה. כל חבר בקרן כורת חוזה עם הקרן, ובהצטרפו לקרן מקבל עליו את התקנון. ראו בג"ץ 7691/95 **חבר-כנסת גדעון שגיא נ' ממשלת ישראל**, פ"ד (5) 577, 586. ראו גם: דבי"ע לד/3-46 **פלצנר - "הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ**, פד"ע ה' 477, 487. בבסיס עקרון חופש החוזים עומדת ההנחה כי צד שהתקשר בחוזה, בחר לעשות כן מרצונו החופשי, וכי קיבל עליו את כל האמור בחוזה. מעבר לכך, בתקנון של מבטחים נשמר איזון בין הזכויות של העמיתים בתמונה הכוללת. איזון זה מקיים את עקרון השוויון בין העמיתים. לא ניתן לשנות סעיף בתקנון בלי להפר את האיזון הפנימי שערכה מבטחים בתקנון. אם נפר איזון זה, נפגע במבטחים כצד לחוזה, המביע את רצונו על יסוד חופש ההתקשרות. עם זאת, כאמור, מרכזיותו של המערך הפנסיוני כחלק מהזכויות החברתיות בישראל בוודאי היווה שיקול מרכזי להתערבות בית המשפט בתוכן החוזה. ראו ע"ע (ארצי) 629/97 **אליאב - קרן מקפת מרכז לפנסיה ותגמולים אגודה שיתופית בע"מ**, פד"ע לו 721, 774. כך גם העובדה שאין מדובר בצדדים שווים הכורתים חוזה, ואף שאפשר לראות בתקנון מבטחים מעין חוזה אחיד, היוו שיקול לעניין זה. בנוסף יש לזכור כי עקרון חופש החוזים איננו מוחלט וחסר גבולות, וכי בית המשפט ייטה להתערב מחמת שיקולי תקנת הציבור, במיוחד כאשר מדובר במעין חוזה אחיד, בעל סממנים ציבוריים. אין לראות בעצם התקשרותו של עמית בחוזה, הסכמה מצדו לוותר על זכותו לשוויון. ראו גם עניין **ניב**, לעיל הי"ש 18, בעמ' 715-711. בנוסף, ניתן לראות בתקנון מבטחים מעין חוזה רב משתתפים, ובהם המדינה. היות שמדובר במערך חוזי, וככל חוזה אחר, בפרט שהמדינה מעורבת בו, גם תוקפן של תקנות מבטחים מותנה בכך שתעלינה בקנה אחד עם תקנת הציבור וקיום ערכי יסוד של השיטה, כגון עקרון השוויון. ראו גם פרשת **פידלמן**, לעיל הי"ש 1, בפסק דינו של הנשיא אדלר. לאור כל זאת, התערבות בית המשפט ביחסים שהם בבסיסם חוזיים, מובנת ואף ראויה.

<sup>23</sup> **Weinberger v. Wisenfeld**, 420 U. S. 642, 95 S. Ct 1230

<sup>24</sup> **Califano v. Goldfarb**, 430 U. S. 199, 97 S. Ct 1021 (1977)

<sup>25</sup> **Dawson v. Public employees retirement association**, 664 P. 2d 702 (1983). פסק דין זה השווה את קצבת השאירים שניתנה לילד מנישואים קודמים לזכאותו של ילד מנישואים נוכחיים.

<sup>26</sup> Title VII of the Civil Rights Act (1964)

באשר להחלת הזכות לשוויון. כך, למשל, בארצות הברית, כאשר בוחנים פגיעה בשוויון לא מסתכלים על מיהות הנפגע, אלא על אופי הקריטריון הפוגע. אם הקריטריון כשהוא לעצמו מפלה והופך את ההליך לבלתי הוגן, יש לפוסלו ואין זה משנה אם הקבוצה הנפגעת היא קבוצה חזקה או חלשה. דוגמה בולטת ליישום מדיניות זו ניתן למצוא בפסק דין **הוגאן**<sup>27</sup> שנדון בבית המשפט העליון של ארצות הברית. פסק הדין עסק בבקשתו של גבר להתקבל לבית ספר לאחיות. אף שהיה כשיר להתקבל לבית הספר, על פי כל הקריטריונים, הוא נדחה רק משום היותו גבר. בית המשפט העליון פסק שהפליה על פי מגדר מפרה את חוקת ארצות הברית, בלא הבחנה אם ההפליה היא כלפי קבוצה חזקה. עצם העובדה שהליך אי-קבלתו לבית הספר נבע מקריטריון מפלה היא שמפעילה את הגנת הזכות לשוויון.

לענייננו, פרשת **פידלמן** בחנה את עצם הקריטריון המפלה בין זכויות האלמן לזכויות האלמנה. לא ניכרת בפסק הדין התייחסות לעובדת היות האלמנים קבוצה חזקה לעניין הזכות לשוויון. יש בכך משום יישום הגישה המרחיבה של הזכות לשוויון, כפי שקיימת בארצות הברית ולא יישום גישת הביניים של השופטת דורנר המוצגת בפסק דין **אליס מילר**. עם זאת יצוין כי פסק הדין אינו נסב על הזכות לכבוד האדם, ולפיכך ייתכן שעיון ההסדר בחקיקה ראשית יצמצם את האפשרות המשפטית של האלמנים לעתור כנגד החוק, אם תתקבל גישתה של השופטת דורנר כלשוונה.

לדעתנו, הגישה הגורסת כי יש להחיל את השוויון באופן הבוחן את הקריטריון המפלה ולא את הקבוצה המופלית, היא הגישה הראויה. הרציונל שבבסיס החלת הזכות לשוויון הוא רציונל לפיו כל בני האדם שווים. לפיכך אין חשיבות למינו של האדם שמוחל עליו הקריטריון המפלה, אלא די בכך שמתבצעת הפליה כלפיו. נקיטת גישה שמחילים שוויון רק על קבוצה מופלית תגרום לאי-שוויון כלפי מי שאינו נמנה עם קבוצה שכזו בלא סיבה מוצדקת. בהקשר זה יפים דבריו של השופט ברק בפרשת **שקדיאל**: "הגבר לא יופלה משום היותו גבר, והאישה לא תופלה משום היותה אישה."<sup>28</sup>

למרות האמור לעיל, מודעים אנו לכך שהחלת השוויון על זכויות הפנסיה של האלמן מעוררת בעייתיות, שכן היא משליכה או עשויה להשליך בעתיד על האלמנה וזכויותיה. עצם פסילת התקנה וחיוב מבטחים במתן קצבאות שוות לאלמן ולאלמנה מעמידה את קרן הפנסיה לפני קושי תקציבי. מעמסה תקציבית זו עלולה להביא לידי כך שמבטחים לא תוכלו להשוות את תנאי האלמן לתנאי האלמנה ועל כן תיאלץ להפחית את גודל הקצבה המוענקת לשתי הקבוצות. בכך ניצור פגיעה באלמנות שהן חלק מקבוצה מקובעת חלשה – המין הנשי – הסובלת מדעות קדומות והפליה. אם כך בפועל, באמצעות החלת השוויון כלפי קבוצה חזקה, עלולים אנו לפגוע בטווח הארוך דווקא בקבוצה החלשה.

#### ד. שונות רלוונטית

משהראינו כי עקרון השוויון חל, ומשטענו כי הוא חולש גם על תביעותיו של הגבר, עלינו לבחון אם אמנם היחס השונה כלפי האלמן מהווה הפליה. שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שווה כלפי שונים, על פי

<sup>27</sup> *Mississippi University For Woman ET. AL v. Hogan*, 458 U. S. 718; 102 S. Ct. 3331; 73 L. Ed. 2d 1090; (1982).

<sup>28</sup> עניין **שקדיאל**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 274.

מידת שונותם.<sup>29</sup> היעדר יחס שווה כלפי שווים מהווה הפליה. "...לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת."<sup>30</sup> משמע, אם בבסיס תקנת מבטחים שנקבעה כמפלה קיימים הבדלים המצדיקים הבחנה בין הקצבאות, הרי מדובר בשונות רלוונטית לגיטימית.

פרשת **פידלמן**<sup>31</sup> בחנה את הרציונלים האפשריים ששימשו בסיס לתקנה 35: **ראשית**, בתקופה שבה נקבעו התקנות של מבטחים הוותיקה, הייתה עדיפות בשוק העבודה לעובד על פני עובדת. על כן ידע העובד (בניגוד לעובדת) כי בהפרישו כספים לקרן הפנסיה, הוא למעשה דואג לפרנסת משפחתו לאחר פטירתו. **שנית**, שכרו של הבעל היה גבוה משל האישה ולכן עיקר עול פרנסת המשפחה נפל על כתפיו. הפגיעה בפרנסה עקב פטירתה של אישה עובדת הייתה פחותה מהפגיעה שנבעה מפטירת הבעל. **הטעם השלישי** יסודו בכך שהכספים שהפרישה האישה העובדת לקרן מבטחים בשנות עבודתה היו פחותים מאלה שהפריש הבעל העובד (בין השאר משום גיל הפרישה המוקדם של העובדת), ולכן נהנתה אלמנת הבעל מפנסיה בשיעור גבוה יותר. **לבסוף**, שיעור הנשים בכוח העבודה היה פחות משיעור הגברים, כלומר נשים רבות היו תלויות לחלוטין בפרנסת בעליהן.

נדמה כי הרציונלים שצוינו לעיל היו נכונים בתקופה שבה נקבעה התקנה. אפשר שרציונלים אלה, בימים עברו, הצדיקו את ההבחנה בשיעורי קצבת השארים של האלמן והאלמנה. עם זאת, במהלך השנים חלו תמורות רבות בשוק העבודה, במציאות החברתית במדינת ישראל בכלל ובמעמדן של הנשים בפרט.

בעבר, ועל פי הגישה המסורתית, נועדו לאישה תפקידים בתוך המשפחה. אולם כיום תפיסה זו אינה מקובלת, לא ערכית ואף לא אמפירית. הולך וגדל מספר הנשים העובדות, ביניהן מתגבר גם שיעור האמהות העובדות.<sup>32</sup> הנשים מהוות בימינו כמחצית מכוח העבודה במשק. כיום מוטלת פרנסת המשפחה המודרנית על שכמם של שני בני הזוג.<sup>33</sup> במרוצת הזמן חל שיפור ביחס שבין שכר העובד והעובדת. אמנם עדיין קיים פער לטובת העובד, אך הוא הצטמצם בצורה משמעותית,<sup>34</sup> ועל כל פנים התביעה החוקית היא לבטלו לחלוטין.

בנוסף, לאחר חקיקת חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, רשאית העובדת לבחור לצאת לפנסיה בגיל 67, ואיננה מחויבת עוד לפרוש בגיל 62, כך שלמעשה הצטמצם חלק מהפער שהיה קיים בין סכום ההפרשות של גבר ואישה עובדים לקרן מבטחים. מנגד, אפשר לראות בחוק זה דווקא שריד להבחנה בין העובדת לעובד משום שהאחרון איננו זכאי לפרוש לפני גיל 67.<sup>35</sup>

תמורות אלו בשוק העבודה ובתפיסה הערכית של הנעשה בו מראים כי יישומו של עקרון השוויון עשוי להשתנות עם שינוי העתים. ייתכן שהכרה חברתית באשר לאיסור ההפליה בתחום מסוים, תתגבש במועד

29 עניין **מילר**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 133.

30 ד"נ 10/69 **בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל**, פ"ד כה(1) 7, 35.

31 פרשת **פידלמן**, לעיל ה"ש 1, בסעיף 10 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

32 ר' בן-ישראל, **שוויון הזדמנויות ואיסור הפליה בעבודה** כרך ב (ט' צורף עורכת, ב' בן-ברוך ומ' קרסין מתרגמות, תשנ"ח-1998) 593-596.

33 פרשת **פידלמן**, לעיל ה"ש 1, בסעיף 10 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

34 שם, שם. ראה גם חוק שכר שווה לעובד ועובדת הקובע כי נשים וגברים העושים אותה עבודה זכאים לשכר שווה. מנגד ראו: נ' ישובי **איפה ואיפה: מאזן השוויון בישראל** (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 2000). מאמר זה מצביע על כך שהפער בשכר, על אף ההתקדמות עקב החקיקה והפסיקה, עדיין קיים, ונשים משתכרות פחות מגברים.

35 שם, שם.

מאוחר יותר ממועד חקיקת תקנה בת פועל תחיקתי, כך שזו תימצא סותרת את ההסכמה החברתית.<sup>36</sup> בנסיבות אלה, אף שקיימת הכרה חברתית שלא קיים צורך המצדיק שיעור קצבה גבוה יותר לאלמנה, הדין הנוהג איננו נותן לה ביטוי. בנסיבות אלו ראוי כי הדין הנוהג ישתנה בעקבות התובנה החברתית.

בנוסף, בפרשת **פידלמן** קובע השופט פליטמן,<sup>37</sup> כי משום שחובת ההפרשה לדמי גמולים לחבר ולחברה בקרן מבטחים זהה, וכן אופן חישוב הזכאות לפנסיית זקנה, פנסיית נכות והחזר כספי צבירה גם הם זהים, הרי שיעור הזכאות לפנסיית שאירים צריכה גם היא להיות זהה. משמע, אין שונות רלוונטית המצדיקה הבחנה בין שיעור הזכאות של אלמן ואלמנה.

ניתן לראות כי הרציונלים לעיל, ששימשו בסיס לתקנה 35, היוו את התשתית לחקיקת הסדרים סוציאליים רבים אחרים, אשר אף הם מעניקים יחס שונה לגבר ולאישה. דוגמאות בולטות לכך ניתן למצוא בהוראות חוק הביטוח הלאומי והתקנות הנגזרות ממנו. בפרק הבא נבחן דינים מספר של הביטוח הלאומי המושתתים על רציונלים דומים.

## ה. הסדרים מפלים בביטוח הלאומי

### 1. קצבת שאירים

חוק הביטוח הלאומי<sup>38</sup> קובע בסעיף 238 מי יחשבו ל"אלמנה" ול"אלמן" לצורכי חוק זה. קיימים הבדלים בהגדרות אלו המשליכים על הזכאות לגמלת השאירים. "אלמנה" מוגדרת כ"מי שהייתה אשתו של המבוטח בשעת פטירתו", ואילו "אלמן" מוגדר כ"מי שהיה בן זוגה של המבוטחת בשעת פטירתה, כל עוד יש עמו ילד או הכנסתו אינה עולה על ...". כלומר הגדרת האלמנה מותנית אך ורק בפטירת הבעל, ואילו על הגבר, כדי להתאים להגדרת אלמן, לעמוד בתנאים נוספים המהווים מסננת מהותית. אם אין לבעל ילד, או שמדובר בילד שאיננו עומד בתנאים הקבועים בסעיף, הבעל לא ייחשב לאלמן לצורך חוק הביטוח הלאומי. זאת, אלא אם כן יעמוד במסננת השנייה, לפיה הכנסתו אינה עולה על כ-57% מהשכר הממוצע במשק. ברי כי גם תנאי זה מצמצם את מספר הגברים שיוכרו כאלמנים לצורך חוק הביטוח הלאומי.

סעיפים רבים בחוק הביטוח הלאומי<sup>39</sup> נשענים על הגדרות אלו של "אלמן" ו"אלמנה". בכך נמנעת מגברים קבלתן של קצבאות וזכאויות שונות בנסיבות שבהן נשים זכאיות לקצבה. דוגמה לכך נמצאת בסעיף 255 לחוק הביטוח הלאומי הקובע תשלום מענק לאלמנה בהתקיים תנאים מסוימים. סעיף 255ד, שהוסף לחוק בתיקון משנת 1971, קובע ש"דין אלמן לעניין זה כדין אלמנה". אולם מכיוון שגברים נדרשים לעמוד בתנאים נוספים מלבד פטירת בת הזוג, הם לא בהכרח ייחשבו ל"אלמנים".

כפי שהראינו לעיל, כאשר בבסיס חוק מסוים עומדים רציונלים מהותיים ורלוונטיים המצדיקים הבחנה, אין לראות בה הפליה אסורה. ניתן לשער כי הרציונלים שעמדו בבסיס החוק המקורי שהבחין בין הגדרת אלמן ובין הגדרת אלמנה דומים בעיקרם לרציונלים שעמדו בבסיס תקנה 35, שבוטלה בפרשת **פידלמן**

<sup>36</sup> בן-ישראל, לעיל ה"ש 32, בעמ' 622-623.

<sup>37</sup> פרשת **פידלמן**, לעיל ה"ש 1, בסעיפים 5-2 לפסק דינו של השופט פליטמן.

<sup>38</sup> חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, ס"ח 210 (להלן: חוק הביטוח הלאומי).

<sup>39</sup> שם, בפרק יא לחוק הביטוח הלאומי.



בשל היותה מפלה. חשוב לציין שגם בפסק הדין מציין הנשיא אדלר שהטעמים העומדים בבסיס חוק הביטוח הלאומי ובבסיס תקנות מבטחים ככל הנראה זהים.<sup>40</sup> כאמור, לאור התמורות הרבות בשוק העבודה ובהכרה החברתית, תמורות אשר הביאו לידי ביטול תקנות מפלות בפרשת **פידלמן**, קיים ספק אם עדיין ישנה הצדקה בחוק הביטוח הלאומי להבחנה בין הגדרות האלמן והאלמנה.<sup>41</sup>

מלבד ההבדלים בהגדרת האלמן והאלמנה, ישנם מקרים שבהם הדין מטיל סייגים נוספים על זכאותו של האלמן. סעיף 252 לחוק הביטוח הלאומי, למשל, הקובע גמלת שאירים בשיעור זהה לאלמן ולאלמנה, מתנה את זכאותו של האלמן ל"כל זמן שהילדים עמו", בעוד זכאותה של האלמנה איננה מותנית בכך. כלומר זכאותה של האלמנה לגמלת שאירים רחבה יותר מזו של הגבר. על כן עולה תהייה מסעיף זה (וכן מהגדרת האלמן), אם זכאותו של האלמן מתגבשת רק משום היותו אחראי לגידול ילדיה של הנפטרת, ולא מעצם דאגת המחוקק לאלמן עצמו.

בהקשר זה יוזכר גם סעיף 258 לחוק הביטוח הלאומי, העוסק במבוטח שהניח אחריו יותר מאלמנה אחת. הסעיף קובע כי כל אחת מהאלמנות תהא זכאית לגמלת שאירים, כאילו היא אלמנה יחידה. החוק לא קובע זכאות מקבילה לאלמן. אי-אפשר שלא לתהות מה מצדיק הבחנה זו, מדוע צורכי האלמנות עולים על אלה של האלמנים, כאשר מדובר בנסיבות זהות.

## 2. קצבת זקנה

סעיף 245 לחוק הביטוח הלאומי<sup>42</sup> קובע גיל זקנה שונה לגבר ולאישה. גיל הזקנה שנקבע לגבר הוא 70, ואילו גיל הזקנה שנקבע לאישה הוא 65. ההבחנה מתבטאת בכך שנשים תהיינה זכאיות לקבלת הקצבה כחמש שנים לפני הגבר. האם קיימת הצדקה להבחנה בין גילאי הזקנה?

בפרשת **נבו**<sup>43</sup> נאמר בסוגיית ההבדלים בגילאי פרישה: "... אין ספק שקיימים הבדלים ביולוגים וגם נפשיים בין גבר ואישה, ושיש מהם שהם רלוונטיים ביחסי עבודה כגון: לידה, הנקה ואמהות... אין הוכחה כי האישה יכולה לבצע עבודתה בגיל 60 או בגיל 65 פחות טוב מהגבר. אין הוכחה כי יש תופעה ביולוגית או אחרת המיוחדת לאישה בגיל 60...". ייתכן שניתן להקיש מדברים אלו לעניין גיל הזקנה, כך שאין הבדל ממשי המצדיק שוני בין גבר לאישה.

## 3. עקרת הבית

סעיף 238 לחוק הביטוח הלאומי מגדיר עקרת בית, אך החוק אינו מכיר במושג "עקר בית" או באפשרות שאישה רווקה תהיה עקרת בית. סעיף 351 פוטר את עקרת הבית מתשלום חובה לביטוח לאומי, בעוד רווקה חייבת בדמי ביטוח כל ימי חייה עד גיל 65, או עד שהיא מתחתנת. הגדרה זו מצביעה על תפיסה מיושנת

<sup>40</sup> פרשת **פידלמן**, לעיל ה"ש 1, סעיף 10 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

<sup>41</sup> סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע כי חוקים שנחקקו טרם חקיקת חוק היסוד, אינם עומדים לביקורת שיפוטית, כלומר מוגנים מפני פסילתם על ידי בית המשפט. אולם יש לפרש את החוקים ברוח האמור בחוק היסוד. עולה השאלה כיצד יתמודד בית המשפט עם הסדרים מפלים רבים בחוק הביטוח הלאומי שנחקקו קודם לחקיקת חוק היסוד.

<sup>42</sup> סעיף 245 לחוק הביטוח הלאומי קובע בסעיף א שהגבר יהיה זכאי לקבל קצבת זקנה כבר בגיל 65 בהתקיים התנאי המפורט בסעיף. סעיף ב לחוק קובע שאישה תהיה זכאית לקבל הקצבה כבר בגיל 60, בהתקיים התנאים המפורטים בסעיף.

<sup>43</sup> עניין **נבו**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 227-228.

ומסורתית לפיה על האישה להתחתן ולהיות תלויה בגבר לפרנסתה. גם הגבר חייב בתשלום דמי ביטוח לאומי, אף אם אינו עובד או דואג למשק הבית. עמדה על כך המלומדת עדה שמיר במאמרה "מעמדה של עקרת הבית בביטוח הלאומי":

"הגדרת עקרת הבית יכולה ללמד על תפישתן החברתיות של המחוקק, שעל פיהן נחקק החוק. ההגדרה מפלה בין גבר ואישה הנמצאים במצב זהה. לדעת המחוקק, גבר נשוי העובד במשק ביתו או שאינו עובד כלל, אינו יכול להיות "עקרת בית". לפי תפיסת המחוקק יש הבדל בין תפקידי הגבר והאישה. עול הפרנסה והדאגה למשפחה מוטל על הגבר, ולפיכך הוא מבטח בביטוח חובה אף אם אינו עובד. האישה נושאת באחריות דומה רק כאשר היא פנויה. כאשר אישה נישאת ואינה עובדת, אין היא מחויבת בביטוח חובה."<sup>44</sup>

יש הגורסים שזכותם של בני הזוג להחליט בעצמם על חלוקת התפקידים ביניהם. "תפיסה שוויונית של מעמד הגבר והאישה מחייבת לנקוט באחת משתי אפשרויות: להכיר בכל עבודות הבית כעבודה לכל דבר ועניין או שלא להכיר בהן. מינו של מבצע עבודות הבית איננו שיקול רלוונטי להכרעה בין אפשרויות אלו."<sup>45</sup>

ככל הנראה, אין כל הצדקה להבחין בין גבר לאישה לעניין עבודות הבית ובאשר לזכויות ולחובות הנובעות מעצם הסטטוס של "עקרת בית". המלומדת רדאי גורסת במאמרה "על השוויון"<sup>46</sup>, שהגדרת תפקיד ניהול משק הבית כתפקיד נשי בביטוח הלאומי מראה כי החקיקה מפגרת אחר הדינמיקה החברתית.

בפרשת **פרנקפורט**,<sup>47</sup> שנדונה באוקטובר 2004, נפסלה בבית הדין הארצי לעבודה תקנה 4(2) לתקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נכות).<sup>48</sup> נפסק כי קביעת תאריך קובע שונה לעקרות בית לעניין אבדן כושר ההשתכרות מהווה הפליה שאין לה כל בסיס מוצדק.<sup>49</sup> משהכיר המחוקק בעקרת הבית כמי שיש לה עיסוק והיא עלולה, בגין נכות, להפסיד מכושרה לעסוק בעיסוקה במשק הבית, אין להפלותה לעומת מי שעוסק מחוץ לביתו למחייתו. ניתן ללמוד מפסק הדין שבית הדין חותר להשוואת זכויות גם לעניין עקרת הבית. ייתכן שראוי כי השלב הבא בתהליך השוואת הזכויות, יהיה להכיר גם בגברים וגם ברווקות שאינם עובדים כעקרי בית.

חשוב לציין כי במהלך השנים בוצעו שינויים בחוק הביטוח הלאומי המצביעים על מגמה כלשהי להשוות זכויות. כך, למשל, הגדרת ה"אלמן" שונתה פעמים מספר והורחבה אך עדיין קיים פער בין ההגדרות,

44 ע' שמיר "מעמדה של עקרת הבית בביטוח-הלאומי" **מעמד האשה בחברה ובמשפט** (פ' רדאי, כ' שלו, מ' וליבן-קובי עורכות, תשנ"ה-1995) 148, 157.

45 שם, בעמ' 163-164.

46 פ' רדאי "על השוויון" **מעמד האשה בחברה ובמשפט** (פ' רדאי, כ' שלו ומ' ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה-1995) 19, 42-44.

47 עב"ל 1411/02 **המוסד לביטוח - לאומי נ' פרנקפורט** (טרם פורסם).

48 תקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נכות) (הוראות מיוחדות לעניין עקרות בית), תשמ"ד-1984, ק"ת 2023.

49 חשוב לציין כי הסיבה לביטול תקנה 4(2) נעוצה בחוסר סמכות השר להתקין בתקנות תאריך קובע שונה לעקרות בית. אולם נאמר כי גם לו הותקנה התקנה בסמכות, עדיין הייתה התקנה נחשבת למפלה בלא כל בסיס מוצדק.

והגדרת האלמנה רחבה מזו של האלמן.<sup>50</sup> כמו כן סעיף 255(ד) לחוק הביטוח הלאומי, שהוזכר לעיל, קובע בתיקון שנעשה בשנת 1971: "דין אלמן לעניין זה כדין אלמנה." ניתן להסיק משינויים אלו כי המחוקק מודע לתמורות במציאות החברתית, כפי שצוינו לעיל, וראה צורך לשנות את המצב הקיים בחוק.

לסיכום, ניתן לראות כי בחוק הביטוח הלאומי ובתקנות שהותקנו מכוחו ישנם הסדרי חקיקה המבוססים על תפיסות לא שוויוניות שהיו מתאימים לתקופה שבה הם נחקקו. אולם, כאמור, הרציונלים שבבסיס ההסדרים אינם רלוונטיים עוד במציאות החברתית כיום ועל כן אין הצדקה להבחנות אלה.

כעת יש לבחון אם ההפליה שבחוקים אלו אינה אלא העדפה מתקנת, שהיא לגיטימית ורצויה, אשר מטרתה להביא לידי שוויון תוצאתי בין גברים לנשים.

## 1. העדפה מתקנת

עמדנו על חשיבותו של עקרון השוויון כעקרון יסודי בשיטת המשפט בישראל, אולם חשוב להכיר בכך שלעתים אין די ביחס שוויוני כדי להבטיח שוויון. לעתים יש פער גדול בין קבוצות, עקב קיפוח ממוסד או הפליה ממושכת, על רקע חולשה של בני קבוצה מסוימת, דעה קדומה או רקע היסטורי אחר. כדי ליצור שוויון בין קבוצות אלו, יש הטוענים כי צריך, לפחות לתקופה מסוימת, לנקוט יחס לא שוויוני, כלומר להעדיף את הקבוצה החלשה.<sup>51</sup>

מושג ההעדפה המתקנת הנו למעשה תולדה של ההכרה בכך שעקרון השוויון הפורמלי נכשל בהשגת השוויון בפועל.<sup>52</sup> רק כאשר עמדת המוצא היא שווה ניתן להחיל שוויון פורמלי.<sup>53</sup>

מערכת המשפט בישראל אימצה את דוקטרינת ההעדפה המתקנת בכמה חוקים. בין היתר, סעיף 6(א) לחוק שווי זכויות האישה מעגן חובת ייצוג הולם לנשים בגופים ציבוריים וקובע כי יש להעדיף את האישה על פני הגבר כאשר כישוריהם זהים. סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות קובע ייצוג הולם לשני המינים בדירקטוריון של חברות ממשלתיות. ישראל אף אישרה את ההעדפה המתקנת באמנת האומות המאוחדות משנת 1979 לביטול הפליית נשים.<sup>54</sup>

גם הפסיקה אימצה את הדוקטרינה הזו. בפרשת **שדולת הנשים**<sup>55</sup> נתן כבי' השופט מצא גושפנקא רחבה למוסד ההעדפה המתקנת. לדבריו, העדפה מתקנת "... מבוססת על התפיסה כי בחברה שחלק ממרכיביה

<sup>50</sup> בחוק המקורי שנחקק בשנת 1968 הוגדר אלמן כ"מי שהיה בעלה של המבוטחת בשעת פטירתה שנה אחת לפחות וכל פרנסתו עליה, אם היה אותה שעה בן 55 ומעלה, או אם אינו מסוגל לכלכל עצמו". ראה: חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968, ס"ח 104. בתיקון 10 לחוק שהתקבל ב-1973 שונתה הגדרת אלמן: "מי שהיה בין זוגה של המבוטחת בשעת פטירתה שנה אחת לפחות, כל עוד יש עימו ילד, או אינו מסוגל לכלכל עצמו, או הכנסתו אינה עולה על...". ראה: חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 10), תשל"ג-1973, ס"ח 126.

<sup>51</sup> י' זמיר ומ' סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** ה (תש"ס-1999) 165, 200.

<sup>52</sup> פ' רדאי "על העדפה מתקנת" **משפט וממשל** ג (תשנ"ה-1995) 145.

<sup>53</sup> א' רובינשטיין וב' מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** כרך א (מהדורה חמישית, ירושלים: שוקן, תשנ"ז-1996), 289-293.

<sup>54</sup> Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (1979). האמנה אושררה על ידי ישראל בשנת 1991: האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1979) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991).

<sup>55</sup> עניין **שדולת הנשים**, לעיל ה"ש 12.

מצויים בעמדת מוצא נחותה, אין די במתן הזדמנות שווה לכל... תיקון עוולות העבר והשגת שוויון מעשי יכולים, לכן, להיעשות רק בהענקת יחס מועדף לבני הקבוצה החלשה.<sup>56</sup> אולם חשוב לציין כי דוקטרינת ההעדפה המתקנת טומנת בחובה מגרעות. יש הגורסים כי זהו ניסיון לעשות צדק לנפגעי עוול באמצעות עשיית עוול לאחרים. השגת השוויון של קבוצה אחת מתבצעת על ידי פגיעה בשוויון של קבוצה אחרת.<sup>57</sup>

בפרשת **פידלמן** נבחנה השאלה אם תקנה 35 מבטאת העדפה מתקנת. נקבע כי לא ראוי להחיל בעניין קצבת שאירים העדפה מתקנת, וזאת מכמה טעמים:<sup>58</sup> **ראשית**, נראה כי טענת ההעדפה המתקנת בעניין זה באה רק כדי להצדיק הפליה היסטורית, ואינה מהווה בחירה מודעת. **שנית**, העדפת האלמנה מהאלמן פוגעת באישה העובדת אשר, כמו הגבר, דואגת לפרנסת בעלה ומשפחתה לאחר מותה. **שלישית**, קיפוח הנשים במרוצת השנים בתחומים שונים איננו מצדיק הפליה לרעה של מי שרעייתו נפטרה. האלמן זקוק לפרנסה לאחר אבדן אשתו בה במידה שזקוקה לה האלמנה. אין מקום ליישם העדפה מתקנת כאשר מצבן של שתי הקבוצות, האלמנות והאלמנים, קשה בה במידה. **רביעית**, הקביעה המקנה לאלמנה קצבה גבוהה יותר משל האלמן איננה ממזערת את הפערים הקיימים בשוק העבודה. להפך, הענקת קצבה גבוהה יותר לאלמנה משרישה את התפיסה שהגבר הוא המפרנס העיקרי בתא המשפחתי, ואילו ההעדפה המתקנת באה למנוע בפועל את ההפליה, ומניחה שההעדפה תביא לידי שינוי התפיסות החברתיות הבלתי שוויוניות. **חמישית**, וכפי שציין הנשיא אדלר, טענת ההעדפה המתקנת במקרה זה הנה אך למראית עין, שכן הטעם האמיתי להבחנה בשיעורי הקצבאות נעוץ בשיקולים כלכליים תקציביים:<sup>59</sup> חקיקת חוק השוואת זכויות הפנסיה מעידה על כך שהמחוקק הכיר בחשיבות של השוואת הזכויות, ולא ראה מקום להעדפה מתקנת בתחום זה. אולם חוק זה הושהה, ובהמשך בוטל אך ורק בשל שיקולים תקציביים, שכן החוק הטיל על אוצר המדינה את כיסוי ההוצאות הנובעות מיישומו.

כפי שראינו, בדיני הביטוח הלאומי קיימים הסדרים המפלים בין גבר לאישה בכלל, ובין אלמן לאלמנה בפרט. אין מנוס מהתהייה שמא השיקולים שהובילו לקביעה כי אין מקום להעדפה מתקנת בתקנה 35, חלים גם על הסדרי הביטוח הלאומי.

בהחלט ייתכן שגם בבסיס ההוראות המפלות בחקיקת הביטוח הלאומי מועדפת האישה מן הגבר (לעניין קצבאות שאירים וקצבאות זקנה), רק כדי להצדיק הפליה היסטורית. כך גם לעניין הגדרת אישה נשואה בלבד כעקרת בית לעומת אישה רווקה וגבר העוסקים במשק הבית. גם בהסדרי הביטוח הלאומי, מצבן של שתי הקבוצות המובחנות קשה בה במידה, ואין סיבה מהותית להעדפת אחת מהן. בנוסף, יש בהעדפה זו משום הנצחת תפיסות חברתיות ישנות שאין להן מקום עוד.

ככל הנראה הסיבה העיקרית לכך שהבחנה עדיין קיימת בהסדרים אלו, מקורה בכך שהשוואת הזכויות תחייב עלויות תקציביות גבוהות מאוד. אינדיקציה לכך נמצאת בהשלכות של פרשת **פונקפורט** על

56 שם, בעמ' 517-516.

57 ס' פלאוט "העדפה מקלקלת" **משפט וממשל** ג (תשנ"ה-1995) 235.

58 פרשת **פידלמן**, לעיל ה"ש 1, בסעיף 11 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

59 שם, שם.

הביטוח הלאומי שנאלץ להתמודד עם מציאת פתרונות תקציביים ליישום הכרעת פסק הדין.<sup>60</sup> ניתן לראות כי בתי הדין ובתי המשפט נוטים בפסיקותיהם לאמץ גישה הגורסת שאין בשיקולים תקציביים כדי להצדיק הפליה וחוסר שוויון. כך נקבע בפרשת **מילר** כי כאשר השיקול הוא כספי בלבד, ניתן לומר שהחברה צריכה לשלם את המחיר, כדי למנוע פגיעה בזכויות אדם.<sup>61</sup> בפרשת **רקנט** נאמר כי זכויות אדם, ובכלל זה הבטחת השוויון, עולות כסף.<sup>62</sup> כך גם בעניין **חזין** נקבע שכבוד האדם והרגשת השוויון אינם נשקלים בכסף.<sup>63</sup> מאידך גיסא, העובדה שהבטחת זכויות אדם עולה כסף אין משמעה שחובה להשקיע כל עלות שהיא (גם אדירה) כדי למנוע כל פגיעה שהיא (גם מזערית).

כלומר אם יעלו למבחן שיפוטי הסדרי הביטוח הלאומי שהוזכרו לעיל, ויוכח כי הטעם העיקרי העומד בבסיסם הוא השיקול התקציבי, ייתכן שבית המשפט יקבע כי חוקים אלו אינם עומדים במבחן הביקורת השיפוטית. כך יפסוק אם יוסיף לגרוס שאין השיקול התקציבי לבדו ראוי לפגוע בזכויות יסוד,<sup>64</sup> אך ייתכן שבית המשפט יטה אוזן גם לשיקול התקציבי אם ההתעלמות ממנו תביא לידי תוצאה לא מידתית.

## ז. יחסים בין הרשויות

### 1. היחסים בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת

חוק השוואת זכויות הפנסיה מקורו בהצעת חוק פרטית.<sup>65</sup> אולם, כאמור, הוא לא זכה לימי חסד רבים. החוק הושהה על פי חוק ההסדרים, ובהמשך בוטל בחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל. אם כן, אף שהמחוקק נתן דעתו על הצורך להשוות את זכויות הפנסיה, הרשות המבצעת, משיקולים תקציביים, לא אפשרה לרשות המחוקקת להשאירו בתוקף, ואכפה דין חדש באמצעות משמעת קואליציונית ובלא דיון הולם.

בפרשת **מגדלי העופות**<sup>66</sup> נדונה סוגיית היחסים בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת לעניין השימוש במנגנון חוק ההסדרים. נאמר כי חוק ההסדרים מתאפיין בכך שהוא מוצמד לרוב לחוק התקציב וכך מובטחת משמעת קואליציונית באישורו. מדובר בהליך חקיקה המקשה מאוד את קיומו של דיון מעמיק וממצה, הפוגע ביכולתם של מקבלי החלטות בממשלה ובכנסת לגבש עמדה מבוססת בנוגע לכל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק. בעיה זו מקבלת משנה תוקף כאשר הליך החקיקה (כמו במקרה של השהיית חוק השוואת זכויות הפנסיה) פוגע בזכויות יסוד. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מתיר פגיעה בזכויות יסוד רק מכוח חוק. מטרת דרישה זו היא לחייב את המחוקק לשקול בכובד ראש פגיעה בזכויות. ספק רב אם חוק ההסדרים ממלא דרישה זו.

60 בהתבסס על מידע שהועבר מהלשכה המשפטית של הביטוח הלאומי.

61 עניין **מילר**, לעיל ה"ש 10.

62 עניין **רקנט**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 355.

63 עניין **חזין**, לעיל ה"ש 15. ראו גם עניין **עלית**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 273. וראו גם עניין **ניב**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 68.

64 אולם, כפי שנראה בהמשך המאמר, בתי המשפט משתדלים להימנע ככל הניתן מהתערבות בשיקולים תקציביים של המדינה בשל ההשלכות העתידיות הכרוכות בכך.

65 חבר הכנסת עמיר פרץ יזם את הצעת החוק.

66 בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14.

אמנם מנגנון חוק ההסדרים הנו מנגנון יעיל לקידום מדיניות הממשלה, שבמציאות הכלכלית והפוליטית בישראל ספק אם הייתה מאושרת בהליך חקיקה רגיל. אך כפי שצוין בפרשת **מגדלי העופות**, הטעויות בזכות יעילותו של מנגנון חקיקה זה אינם יכולים לעמוד לעומת חשיבות עקרון הפרדת הרשויות ועקרונות המשטר הדמוקרטי. לפיכך, לנוכח הבעייתיות הרבה הכרוכה במנגנון חקיקה זה, נראה כי מן הראוי שהשימוש בו, אם בכלל, יהא מושכל ומוגבל.

לא מן הנמנע כי שהייתו וביטולו של חוק השוואת זכויות הפנסיה מהווה התערבות של הרשות המבצעת בהחלטת הרשות המחוקקת. ספקות ותהיות מתעוררים משום שההחלטה התקבלה בחוק ההסדרים ובחוק תכנית להבראת כלכלת מדינת ישראל, כחלק מחקיקה כוללת תקציבית שאינה מאפשרת שיקול דעת ראוי ומיוחד בנוגע לחוק השוואת זכויות הפנסיה ולפגיעה בזכות לשוויון הנגרמת מביטולו.<sup>67</sup>

## 2. היחסים בין הרשות השופטת לרשויות האחרות

קביעת המדיניות החברתית-כלכלית נתונה למחוקק, והגשמתה נתונה לממשלה. יש לאפשר לרשויות אלה להפעיל את שיקול דעתן בגבולות מרחב התמרון הנתון להן. דווקא בתחומי המשק והכלכלה ייתכנו לעתים קרובות כמה דרכי פעולה הפתוחות לפני רשויות השלטון; ההחלטה מבוססת על הערכה אשר טמון בה יסוד רב של אי-ודאות.<sup>68</sup>

"... אל לבית-המשפט ליטול לעצמו תפקיד כללי של מעצב מחדש של התכליות ושל המדיניות הכלכלית או הפיסקאלית, לפי העניין. דבר זה אינו מוצדק במערכת יחסים חוקתית בריאה בין הרשויות. המחוקק קובע את המדיניות ומתווה על פיה את התכלית והאמצעים."<sup>69</sup>

אם כן ייתכן שאין זה תפקידו של בית המשפט לשנות מדיניות כלכלית שקבעה הרשות המוסמכת לכך, במיוחד לאחר שהמחוקק גילה דעתו והחליט כי אין זה הזמן המתאים מבחינה תקציבית להחלת השינוי, בכך שביטל את חוק השוואת זכויות הפנסיה.

כך גם הסדרי החקיקה בביטוח הלאומי, שהובאו לעיל, הם בעלי השלכות כלכליות-תקציביות, והתערבותו של בית המשפט בהם תחייב שינוי המדיניות הכלכלית, כלומר תחייב חלוקה תקציבית שונה שתכפה עליהם על ידי הכרעותיו של בית המשפט. יתר על כן, בית המשפט עלול לגרום לנזק שהוא אינו מודע לו משום שאינו רואה את התמונה התקציבית הכוללת, וכדי ליישם את החלטתו, ייגרעו כספים מיעדים אחרים הראויים להם לא פחות.

עם זאת חששות אלו, ככל שהם תקפים, מחייבים דיון מקצועי לצד דיון ציבורי ער, בפרט לנוכח הפגיעה הנטענת בזכות לשוויון. דומה כי על הרשות המחוקקת והמבצעת לנהל דיון שכזה. בהקשר זה יוזכר כי

<sup>67</sup> א' רייכמן "הגרעון הדמוקרטי וחוקתיות התוכנית הכלכלית" **עבודה חברה ומשפט** (תשס"ד-2004) 307, 314.

<sup>68</sup> בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367.

<sup>69</sup> ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 348.

בפרשת **פידלמן** ניתנה לצדדים שהות של שנה להסדיר את עניין קצבאות הפנסיה מחדש תוך אימוץ השינויים המתאימים.

פרשת **פידלמן** ובעקבותיה פרשת **פּרנְקפורט** הן חלק מהמגמה המתמשכת של מאבק בית הדין להטמעת השוויון בדיני העבודה בכלל ובהסדרים הסוציאליים בפרט. ייתכן שבפסקי דין אלו ניתן להבחין באיתות בית הדין למחוקק כי ההסדרים החקיקתיים בדיני העבודה והביטוח הלאומי, המבוססים על רציונלים דומים, אינם רלוונטיים עוד, והגיעה העת לשנותם. בית המשפט מאותת למחוקק שיבצע שינויים בהסדרים אלו. אם המחוקק לא יבצע שינוי, ייתכן שכל הסדר חקיקתי מסוג זה יזכה לביקורת שיפוטית קפדנית מצדה של הרשות השופטת.<sup>70</sup>

### ח. מסקנות והמלצות

הראינו כי ישנה מגמה להנחיל את עקרון השוויון בשיטת המשפט בישראל ובמיוחד את השוויון המגדרי. מגמה זו נמצאת גם בתחום דיני העבודה ומתחזקת במרוצת השנים. ראוי כי הדין ישתנה בעקבות המציאות, קידום מעמד האישה שאינה עוסקת עוד רק במשק הבית, ויעניק ביטוי לשוויון הראוי בין גברים לנשים גם בתחום העבודה.

בחינת הסדרי חקיקה המבחינים בין גבר לאישה לעניין קצבאות הביטוח הלאומי מראה כי אין שונות רלוונטית המצדיקה את ההסדרים הללו, או לפחות את חלקם, משום שהרציונלים שבבסיסם אינם רלוונטיים בישראל של המאה העשרים ואחת. כמו כן אין בהם משום העדפה מתקנת.

ניתן לשער כי המחוקק מודע להפליה בהסדרי הביטוח הלאומי, הסותרת את המציאות החברתית העדכנית. השערה זו מבוססת על שינויים שונים שבוצעו בחקיקה להשוואת זכויות, על התיקונים בחוק הביטוח הלאומי ועל הניסיון החקיקתי להשוות את זכויות הפנסיה של האלמן והאלמנה. ניתן לשער כי שיקולים תקציביים הם שמונעים את המשך הרפורמה השוויונית בדיני הביטוח הלאומי, אולם ייתכן שגם תפישות מיושנות משאירות את המצב על כנו.

עוד ניתן להסיק כי בית המשפט מנסה לעודד שינוי ההסדרים המפלים והתאמתם למציאות החברתית. ייתכן שבית המשפט ימשיך לפסול הסדרים המבוססים על רציונלים מפלים מיושנים, בעיקר כאשר יוכח שהשיקול המרכזי להמשך קיומם הוא תקציבי. בנוסף, נראה כי בית המשפט מאותת על נכונות מצדו להתערב עוד בהסדרים מפלים. מצביעה על כך התערבותו בסוגיה תקציבית אף שהמחוקק גילה בה את דעתו המפורשת.

לדעתנו פסיקת בית המשפט העליון מראה כי חוק ההסדרים איננו המנגנון הראוי לפגיעה בזכויות יסוד, משום שאין למחוקק אפשרות לשקול ברצינות את הפגיעה והשלכותיה.

<sup>70</sup> עולה תהייה אם בית המשפט, כפי שפסל תקנות מפלות, יפסול גם סעיפי חוק מפלים. אמנם בפסק דין **פּרנְקפורט** ביטל בית המשפט תקנות מפלות, אך האומנם באותו אופן יבטל סעיפי חוק מפלים שיועמדו לביקורת שיפוטית? או שמא ישאיר זאת לשיקול דעת המחוקק?

ורד שפילמן ורונית רוזנשטיין "דין אלמן כדין אלמנה" – האומנם? "הארץ דין ב(1) (התשס"ה) 1

לדעתנו, על המחוקק לפעול נמרצות לשינוי ההסדרים המפלים ולא להשאיר מלאכה זו בידיו של בית המשפט. לעניות דעתנו הדרך הראויה היא לקבוע הסדרים חדשים שבהם הזכאויות השונות ייבחנו על פי קריטריונים אישיים ולא קבוצתיים.