

---

---

הסכמי העבודה בישראל כפופים לחוק, ובתוכו עקרונות יסוד של אי-הפליה מטעמי גיל בתנאי העבודה. לעקרונות אלה ישנם חריגים מסויימים ומצומצמים.

עובדי מפעלי ים המלח (מ"ה) מועסקים בחלקם במפעל בסדום, וחלקם מועסק במשרדים של מ"ה בבאר שבע. בהסכם הקיבוצי המיוחד של עובדי מ"ה, נקבעו ופורטו תנאי העבודה של כלל העובדים. עם זאת, במספר נושאים קובע ההסכם הקיבוצי הסדרים שונים לגבי העובדים בסדום ולגבי העובדים בבאר שבע, כגון בעניין גיל הפרישה לגימלאות, שהוא הנושא הנדון לפנינו. המשיב עבד במ"ה במפעל בסדום במשך למעלה מ-30 שנים. כשעמד להגיע לגיל 58, הגיש תובענה בה טען כי "סעיף הפרישה המוקדמת" שבהסכם הקיבוצי, הוא סעיף מפלה בהשוואה לגיל הפרישה של עובדים אחרים במ"ה ובמשק הישראלי, וכן כי הסעיף האמור נוגד את תקנת הציבור. תביעתו נקבלה ומכאן הערעור.

הנורמות המשפטיות המחייבות ביחסי העבודה בישראל, מורכבות מנדבך סטטוטורי ומנדבך הסכמי, הכולל הסכם קיבוצי והסכם עבודה אישי. הנדבך הסטטוטורי כולל את חקיקת המגן, וכן עקרונות יסוד, כגון: אי-הפליה ושוויון. ככלל, לנדבך הסטטוטורי עליונות על פני הנדבך ההסכמי, וכל הוראה הסכמית הסותרת הוראה סטטוטורית, היא בטלה או מסויגת, אלא אם נקבע בחוק אחרת. המחוקק השאיר לצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים, את הכוח והסמכות לקבוע את תוכנו של הסכם קיבוצי. "סיום עבודתו" של עובד המועסק על-פי חוזה עבודה לתקופה בלתי קצובה, יכול שיהיה בדרך של פיטורים ביוזמת המעביד, או בדרך של התפטרות ביוזמת העובד. כמו כן, סיום העבודה יכול שיהיה בדרך של פרישה ב"גיל פרישה" כפי שנקבע בחוק או בהתאם להסכם קיבוצי.

ההסכם הקיבוצי אינו חסין מפני התערבות הרשות השיפוטית בתכנו. עם זאת, ההלכה היא כי יש להימנע, ככל האפשר, מהתערבות בנורמות שנקבעו בהסכם קיבוצי. אחד הנושאים שבהם נעשתה התערבות, היה הפליה מטעמי מין או גיל בתקופת העבודה ולעת פרישה. הפליה בתנאי עבודה של עובדי מעביד פלוני, ניתנת לתיקון על ידי המעביד, אולם בתיקון ההפליה לא יהא מעביד רשאי לגרוע מזכויותיו של עובד אחר או לשנות את מצבו לרעה. תיקון ההפליה נעשה, אפוא, על ידי השוואת תנאי העבודה של העובד המופלה. בענייננו ההבחנה לגבי גיל הפרישה לגימלאות נקבעה בהסכם קיבוצי. על פי הנורמות המקובלות אין הפרישה הכפויה מחמת גיל נתפסת כפסולה, כאשר גיל הפרישה הכפויה הינו הגיל המקובל באותן נסיבות.

אין זה רצוי ואין זה ראוי כי בית הדין יערוך הסכמים בשביל הצדדים, ויקבע את תוכן תנאי העבודה במקום העבודה, משל היה מתבקש להכריע ולקבוע תנאי עבודה, כאשר הצדדים אינם יכולים להגיע להסכמה בהליך המשא והמתן שביניהם. לכל היותר, רשאי בית הדין להשלים חסר בחוזה. בענייננו, על-פי הרקע העובדתי לקביעת "סעיף הפרישה המוקדמת" בהסכם הקיבוצי, יש לבחון את תקפו ואת חוקיותו של סעיף זה, משתי בחינות: (א) האם "סעיף הפרישה המוקדמת" נוגד את תקנת הציבור; (ב) האם "סעיף הפרישה המוקדמת" נוגד את הוראת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה?

"סעיף הפרישה המוקדמת" נקבע כחלק מפתרון הבעיות שדרשו פתרון, כאשר עובדים במ"ה ראו בו הישג בתחום יחסי העבודה. הקביעה המוסכמת של גיל פרישה שונה לעובדי מ"ה בסדום, שיש בו מרכיב של גיל ושל ותק בעבודה בסדום, לעומת גיל הפרישה של עובדי מ"ה בבאר שבע, נבעה מתנאי העבודה הפיזיים בסדום, ולא מטעמים פסולים שיש בהם להביא לתוצאה של ניגוד

ל"תקנת הציבור". מכאן, שלא היה מקום לביטול "סעיף הפרישה המוקדמת", ועל אחת כמה וכמה שלא היה מקום ל"שנותו", כפי שקבע בית הדין האזורי בפסק דינו. בשל חשיבותה של השאלה הנדונה לפנינו והן לאור טענות ב"כ העובד כי למעשה עבודתו של העובד טרם נסתיימה, יש להתייחס גם לשאלה האם "סעיף הפרישה המוקדמת" נוגד את הוראת סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

החוק אוסר הפליה על ידי מעביד, בין עובדיו או בין דורשי עבודה, בין השאר מחמת גילם, בכל הנוגע גם לתנאי עבודה או לפיטורים. לאיסור זה יש חריגים, אולם אין אנו נדרשים להכריע בהליך שלפנינו בשאלה האם סעיף בהסכם קיבוצי הקובע מועד פרישה לגימלאות של עובד בגיל מסוים או בצירוף של גיל מסויים ואורך תקופת עבודה, הוא בגדר "פיטורים" הנזכרים בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

סוג חובת ההוכחה שראוי להטילה על המעביד בהליך מסוג ההליך שלפנינו, הוא להראות שכל העובדים בהם מדובר, או כמעט כל העובדים, אינם מסוגלים למלא כראוי את התפקיד הנדון מעל הגיל שנקבע או, לחלופין, שאין זה אפשרי או אין זה מעשי מבחינת המעביד לבדוק את המסוגלות של כל עובד ועובד באופן אישי. על המעביד, הטוען לחריג, להוכיח את החריג לפחות על פי מידת ההוכחה הנדרשת כרגיל בעניינים אזרחיים, כלומר, נטייה של מאזן ההסתברות לטובת המעביד. השאלה היא, אפוא, האם לפני בית הדין האזורי היו הראיות הנדרשות לפיהן סעיף הפרישה המוקדמת מתחייב "מאפיינים או ממהותם של התפקיד או המשרה" של עובדי מי"ה בסדום, על-פי החריג שנקבע בחוק.

קיימים הבדלים בתנאי העבודה בין עובדי מי"ה בסדום לבין עובדי מי"ה בבאר שבע. הבדלים אלה מוצאים ביטוי בתנאי העבודה הפיזיים של העובדים בסדום, וכן גם בתמורה שמקבלים העובדים בעד עבודתם. ההבחנה בין תנאי העבודה של עובדי מי"ה בסדום ובבאר שבע נעשתה לא על רקע סקטוריאלי, אלא על רקע של מקום העבודה הגיאוגרפי בו קיימים תנאי עבודה מיוחדים. הבחנה זו לא נעשתה על ידי מי"ה באופן חד-צדדי ושרירותי, אלא היא פרי משא ומתן והסכמה של ארגון העובדים ונציגות העובדים, כמוסבר בעדותו של מזכיר מועצת העובדים. נראה כי סעיף הפרישה המוקדמת אכן מתחייב מאפיינים או ממהותם של תפקידי העובדים במי"ה בסדום. מכאן, שאין בסעיף זה משום הפליה כלפי עובדי מי"ה בסדום. הערעור מתקבל.

רשויות המדינה קבעו כי יתקבלו לעבודה למשרות שונות רק מועמדים עד לגילאים שונים, לפי סוג המשרה, מ-25 ועד 40, וזאת פרט למקרים חריגים. מדיניות המשיבים באשר לגילם של המועמדים מעוגנת בחקיקת משנה.

החוק אינו מגדיר "הפליה" מהי. בהיעדר נתונים על תפיסה מיוחדת בעניין זה, יחולו הדינים הכלליים באשר לשוויון והפליה, הנהוגים במשפט הישראלי. תפיסת השוויון בענייננו משמעותה יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. הפליה משמעותה יחס שונה אל שווים, ויחס שווה אל שונים; שוויון אינו מחייב זהות. לעתים, לשם השגת השוויון נדרש לפעול מתוך שונות. לא כל טיפול שונה הוא טיפול מפלה; עקרון השוויון מבוסס על תפיסת הרלוונטיות.

חובתה של המדינה היא לנהוג בשוויון בין מבקשי העבודה, ולא להפלותם. אחד ממצבי ההפליה הטיפוסיים הוא הפליה מחמת גיל בקבלה לעבודה. במציאות החיים המודרנית בה כוח העבודה הולך ומתבגר, המודעות לקיומה של הפליה מחמת גיל צריכה לגבור אף היא. מודעות זו חשובה, בין השאר, עת בוחנים הטלת מגבלות בשלב הקבלה לעבודה, המהווה את שער הכניסה לשוק התעסוקה. על רקע זה חובתה של המדינה הינה לבחון עניינית את מועמדותו של דורש עבודה בלא הגבלה מראש של גיל המועמד, אלא אם התפקיד המיועד למועמד מצדיק קביעתו של גיל מקסימלי.

במסגרת דרישות המידתיות יש להתחשב במבחן המשנה, לפיו האמצעי המינהלי שנבחר צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. כאשר הפגיעה הנטענת היא הפליה מחמת גיל, יש לבחון האם נתוני התפקיד שנקבעו פוגעים בשוויון בין דורשי העבודה במידה הקטנה ביותר. כאשר דרישות התפקיד כוללות בחובן כוח פיזי ויכולת לעמוד במאמץ פיסי, תהא זו פגיעה במידה קטנה ביותר בדורשי העבודה, אם הבדיקה הפיזית תעשה באופן אינדיבידואלי, ולא ייקבע גיל מינימום למועמדים השונים. נקודת המוצא הינה כי נטל השכנוע מוטל על העובד הטוען כי הופלה על ידי מעבידו. כאשר המעביד קובע גיל מקסימום, עובר נטל השכנוע על שכם המעביד להראות כי קביעת גיל מקסימום מתחייב מאופיו וממהותו של התפקיד.

לעניין המשטרה, תקנותיה מחייבות כי גיל המועמד לשירות לא יעלה על גיל שלושים וחמש, פרט למקרים מיוחדים. עבודת השוטרים כרוכה בפעילות מבצעית בעבודה בשעות לא מוגבלות, ומילוי מהיר של משימות לא מתוכננות. מגוון המשימות הרב כולל, בין השאר, פעילות במחסומים, סריקות שטח, אבטחה, מעצרים וחיפושים. לעיתים נדרשת הפעלת כוח פיסי בהתמודדות עם עבריינים.

כל אלה דורשים מחויבות לשעות עבודה ניכרות וללוח זמנים צפוף. היכולת לעמוד בכל אלה קטנה ככל שעולה הגיל. עם זאת, יש להבחין בין גיל לבין הזדקנות המייצגת תהליך המלווה בירידה ביכולות מסוימות. גם אם ברור שקיים קשר כללי בין הגיל לבין היכולות הפיזיות, ישנם בוודאי מועמדים מעל גיל שלושים וחמש העולים ביכולתם מבחינה גופנית, ומבחינת יכולתם להתמודד עם הלחץ הכרוך בתפקיד השיטור מאנשים צעירים יותר. אפשר לקיים בחינה אינדיבידואלית בקבלה לעבודה, מבלי שהדבר יחייב בחינה אינדיבידואלית באשר להמשכה; ואף אם הדבר יחייב בדיקה כזו, איני רואה בכך כל פגם המצדיק אימוץ מדיניות גיוס המבוססת על גיל מקסימום

בהקשר זה. זאת ועוד: קיומה של בחינה אינדיבידואלית אין בה כל פגיעה בכבוד האדם של השוטר.

בעת הזו המשטרה מתכוונת לגייס אזרחים לסוגים רבים מאוד של משרות לגביהן לא תחול מגבלת גיל מהסוג הקבוע בתקנות. עוד לפני כן נקטה המשטרה בגמישות שעה שגייסה מועמדים לשירות בתפקידים מקצועיים. מצב דברים זה מחליש את טיעוני המשטרה אודות החשיבות שבאחידות ובהיררכיות. שיקולים אלה אינם מנחים אותה באותה עוצמה בה הנחו אותה בעבר. וודאי שאין בהם כדי לבסס מדיניות כוללת של מניעת גיוס שוטרים מעל לגיל שלושים וחמש לכלל תחומי העיסוק במשטרה.

לא הוצגו לפנינו כל נתונים המראים כי מעבר לשיטת בחינה אינדיבידואלית יותר יקשה על המשטרה במידה כזו המצדיקה את מדיניותה. אדם המתקבל לשורות המשטרה אינו מתקבל לשירות ללא תנאי. ניתן לשוב ולבחון את שאלת העסקתו מידי חמש שנים. חזקה על המשטרה כי תדע להתמודד עם אותם מתגייסים מבוגרים שלא יוכלו לתפקד כראוי תחת פיקודם של גורמים צעירים מהם, זאת במידה ויתעוררו קשיים מעין אלה מלכתחילה. המסקנה הינה, כי מדיניות המשטרה בקבלה לשירות, כפי שזו נקבעה בתקנות המשטרה, מפלה על בסיס של גיל. הדרישה באשר לגיל מקסימום אינה מתחייבת מאופיו או ממהותו של תפקיד השוטר; היא אינה סבירה ואינה מידתית.

לעניין שירות בתי הסוהר, קיים פער בין מדיניות הגיוס הקיימת הלכה למעשה לבין מדיניות הגיוס המוצהרת בתקנות. פער זה נוגע הן לגיל, והן להיקף יישומה של מדיניות הגיוס; למעשה אין נוהגים על פי המדיניות שנקבעה. יצויין כי שירות בתי הסוהר לא הציג כל תשתית עובדתית המצדיקה, לשיטתו, את מגבלת הגיל הנתונה. לפיכך, לא עמד שירות בתי הסוהר בנטל המוטל עליו להראות כי מגבלת הגיל מתחייבת מאופיו או ממהותו של תפקיד הסוהר. גם מגבלה זו אינה סבירה ואינה מידתית.

ההוראות באשר לגיל המקסימום לדרישת עבודה הן מפלות ועל כן בטלות. הכרזה זו תכנס לתוקפה שמונה חודשים מהיום. מטרת ההשהיה לאפשר למשיבים להתארגן לקראת מילוי חובת השוויון בקבלה לעבודה המוטלת עליהם. העתירה מתקבלת.

חברת מפעלי ים המלח בע"מ מעסיקה עובדים במשרדיה בבאר-שבע ומפעלה שבסדום. יחסי העבודה בין החברה לעובדיה מוסדרים בהסכם קיבוצי, לפיו גיל הפרישה הכללי לעובדי החברה הוא 65 שנה לגברים ו-60 שנה לנשים. בצד הוראה זו קיימת הוראה מיוחדת בדבר פרישה מוקדמת של עובדי סדום, החייבים לפרוש מוקדם יותר. המשיב שעבד בסדום מבקש לפרוש מעבודתו בלגיל בו כלל עובדי החברה מחויבים לפרוש, אולם בקשתו נדחתה. בית הדין קיבל את תביעתו בחלקה ומכאן הערעור.

תקופת עבודתו של עובד מסתיימת לכל המאוחר עם פרישתו לגמלאות. גיל הפרישה יכול להקבע בחוק, בהסכמים קיבוציים ובתקנות קרן הפנסיה בו מובטחים הזכויות. השאלה העומדת לדיון בפנינו נוגעת להוראה בהסכם קיבוצי הקובעת גיל פרישה שונה (58) לגבי קבוצת עובדים מסוימת של אותו מעסיק, בעוד לכלל עובדי אותו מעסיק קיים גיל הפרישה המקובל (65 שנה).

חוק השוויון אוסר הפליית עובדים בשל גיל, בין השאר בקשר לתנאי הפרישה שלהם, ואולם נקבע בחוק כי אין רואים בהפליה פסול כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה. יש צורך לבחון קיומם של שני תנאים מצטברים: האחד - האם תפקידו של העובד מצדיק קביעת גיל פרישה שונה; השני מתייחס לעניין המידתיות. תנאי זה מחייב בחינה אינדיווידואלית של עניינו של כל עובד. במסגרת זו יש לבחון, בין השאר, האם ההסדר של גיל פרישה שונה קובע מנגנון לבדיקת אפשרות העסקתו של העובד בתפקיד אחר, שאינו כרוך בפרישה מוקדמת.

בענייננו, הסדר גיל הפרישה השונה נקבע לאלה מבין עובדי החברה שמקום עבודתם הקבוע בסדום. הסדר זה נקבע בשל תנאי העבודה המיוחדים של עובדים אלה. מדובר בתנאים אקלימיים קשים במיוחד, בעבודה פיסית קשה ומאומצת, בעבודה יצרנית במפעל תעשייתי בשונה מעבודה משרדית, הכרוכה בנסיעה ממושכת אל מקום העבודה וממנו תוך מעבר בין הפרשי גובה לא שגרתיים. תנאים פסיים ואקלימיים בהם עובדים עובדי החברה בסדום מביאים, ככלל, לשחיקה ביכולת תיפקודו של העובד ולקיצור תוחלת תקופת עבודתו. מסקנה זו מתבקשת מהגיון הדברים ואין צורך להוכיחה במיוחד. סוג העבודה הפיסי בסדום והמציאות המיוחדת הקיימת שם, מצדיקים קביעת גיל פרישה שונה לעובדים.

כמו כן יש לבחון האם הסדר הפרישה השונה לעובדי סדום עומד גם במבחן המידתיות. ההסדר המיוחד מביא בחשבון לא רק את עניין הגיל אלא גם את משך השרות בסדום. שילוב זה הוא נכון וראוי; עם זאת, לוקה ההסדר בכך שהוא מתייחס לעובדי סדום כאל קבוצה אחת, הומוגנית, ואין הוא מביא בחשבון את מצבו האינדיווידואלי של כל עובד. בכך חוטא ההסדר לדרישת המידתיות אשר נועדה להביא לכך שהפגיעה בשוויון תהיה במידה הקטנה ביותר. מבחן המידתיות מחייב גם קביעת הסדר של בדיקת אפשרות שיבוצו של העובד בתפקיד אחר, ועניין זה אינו משתקף בהסדר גיל הפרישה המיוחד לעובדי סדום. באין כיסוי בהסדר למרכיב המידתיות המחייב בחינה אינדיווידואלית של מצבו של כל עובד, פגום ההסדר ונמצא כי קיימת פגיעה בשוויון מעבר למידה הדרושה. מצב זה מחייב תיקונו. ההסדר הקיים, כמות שהוא, אינו יכול לעמוד. השאלה היא מה הדרך הנכונה לתיקון המצב.

עניין לנו בהסדר פרישה המעוגן בהסכם קיבוצי, אשר נתן מענה ענייני לצרכים מיוחדים של ציבור עובדים. אין מדובר בהסדר שנקבע מטעמים פסולים העומד בניגוד לחוק או לתקנת הציבור; עם זאת ההסדר אינו משוכלל דיו שהרי אין בו מענה לדרישת המידתיות. בנסיבות אלה אין הצדקה לבטל את ההסדר על אתר שהרי בכך ייפגעו זכויותיהם של רבים מעובדי סדום אשר - בניגוד לרצונם ואולי גם בניגוד ליכולתם - ימצאו עצמם מחויבים להמשיך לעבוד עד גיל 65. גם אין זה מן הראוי שבית הדין יתערב ביחסי העבודה ויקבע לצדדים הסדר חילופי; אין בית הדין ממהר להתערב בהסדרים המעוגנים בהסכמים קיבוציים ובמיוחד נמנע הוא מלקבוע לצדדים את תוכן ההסכם. קביעת הסדר אלטרנטיבי או - כמו בענייננו - השלמת הסדר שאינו מפורט דיו, הוא עניין לצדדים ליחסי העבודה ולא לבית הדין.

בנסיבות העניין, מן הראוי מצד אחד להכריז על בטלותו של הסדר הפרישה בשל כך שאין מתקיימים בו מבחני המידתיות (ובשל כך בלבד) אך, מצד שני, לאפשר לצדדים ליחסי העבודה להשלים את החסר תוך פרק זמן סביר ולהעמיד על מכונו הסדר שלם ומפורט העונה על דרישות החוק והפסיקה. לצורך כך אנו מצהירים על בטלותו של הסדר גיל הפרישה המוקדמת לעובדי סדום לאחר 6 חודשים מיום מתן פסק הדין, מתוך תקווה שבתוך פרק זמן זה יעלה בידי הצדדים לקבוע לעצמם הסדר מתאים וראוי בהתאם לעקרונות שהתווינו. הערעור מתקבל בחלקו.

הסכם קיבוצי לעובדי אל-על קובע, בין השאר, כי גיל הפרישה של עובדי קרקע הוא 65; טייסים ומהנדסים מוטסים פורשים בגיל 60, אך הם רשאים להתקבל בחזרה לעבודה; ואילו אנשי צוות דיילי אוויר חייבים לפרוש מעבודתם בגיל 60. מספר דיילים פנו לבית הדין האזורי לעבודה וביקשו, בין השאר, כי יוצהר שההוראה בהסכם הקיבוצי לפיה גיל פרישת החובה שלהם הוא 60 - בטלה, וכי יינתנו להם הסעדים המתבקשים כתוצאה מכך. בית הדין האזורי לעבודה דחה את תביעתם. ערעור הדיילים לבית הדין הארצי לעבודה התקבל ברובו. עתירה שהגישו שני הצדדים לבית המשפט העליון נסתיימה בכך שנקבע, כי הוראות ההסכם בעניין פרישת החובה של דיילי האוויר בגיל 60 הן הוראות מפלות, ובשל פגיעתן בעקרון השוויון וכן נוגדות ק שוויון ההזדמנויות, אך בטלות זו חלה רק מהיום שחוק זה תוקן ואסר על הפליה מחמת גיל. העתירות לדיון נוסף הן של אל-על כנגד הקביעה העיקרית בפסק הדין, ושל הדיילים שפרשו מאל-על עוד לפני כניסתו לתוקף של התיקון לחוק שוויון ההזדמנויות.

החוק אוסר להפלות עובדים מחמת גיל, אך אין רואים הפליה כפסולה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה. לצורכי סוג המקרים שלפנינו נקודת מוצא לבחינת השוויון וההפליה היא הנוסחה לפיה יש להעניק יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים במידה פרופורציונית לשוני בין קבוצות אלה. שוויון אינו מחייב זהות; הבנתו של השוויון מחייבת עריכתן של שתי בדיקות נוספות: ראשית, מהי קבוצת בני האדם שכלפיה נדרש יחס שווה. שנית, מהן דרישות השוויון במסגרת קבוצת השוויון.

קבוצת השוויון הרלבנטית לדיון שלפנינו היא עובדיו של המעביד. המעביד רשאי, כמובן, לחלק את עובדיו לקבוצות שונות, אולם מעביד שעושה כן חייב לנהוג בשוויון הן בין העובדים בתוך הקבוצה, והן בין הקבוצות. עם זאת, הסדר שונה לעובדים שונים המתחייב מאופיו או ממהותו של התפקיד אינו פוגע בשוויון. בעתירה שלפנינו קבעה המעבידה גיל פרישה שונה לדיילי האוויר לעומת העובדים האחרים. ההסבר לכך ניתן בתפקיד השונה שיש לדיילי האוויר לעומת עובדי הקרקע, כלומר בכך שתפקידו של דייל אוויר מחייב הופעה נאה וכוח פיסי. אמנם, יש להתחשב בהגדרת התפקיד על ידי המעביד, ואולם מילתו אינה המילה האחרונה. המבחן הוא מבחן של סבירות; השאלה אינה אם קביעת גיל פרישה שונה הינה אפשרית, אלא אם קביעת גיל פרישה שונה מתחייב בנסיבות אלה.

בענייננו, אין בדרישות התפקיד - הופעה נאה וכוח פיסי - כדי להצדיק קביעת גיל פרישה שונה לדיילי האוויר. אל-על לא ביססה כלל את טענתה כי העדפה זו "מתחייבת" ממהות תפקידו של דייל אוויר. טיסה במטוס אינה תצוגת יופי. תפקידו של דייל האוויר הוא לשרת את הנוסעים מכניסתם למטוס ועד צאתם ממנו. דרישה סבירה של התפקיד היא מקצועיות ויעילות. את אלה ניתן להבטיח בלא כל הפליה בין גילם של דיילי האוויר.

הדרישה של כוח פיסי עשויה, בנסיבות מתאימות, להיות רלבנטית לתנאי עבודה. מעביד שעסקו בסבלות אינו מפלה עובדים המחוייבים לצאת לגימלאות כאשר כוחם אינו עוד במתניהם ולא ניתן למצוא להם עבודה אחרת בעסקו. זה אינו המצב באל-על. מטוס אינו זירת התגוששות. תפקידו של דייל האוויר הוא בעיקר להעניק שירות אדיב. דרישות הכוח הפיסי הן מינימליות. גם במצבי חרום, לא נדרש, הלכה למעשה, כוח פיסי רב כדי להגשים את המטלות המתחייבות באופן סביר



מהתפקיד. ניתן גם להבטיח דרישה זו לכוח פיסי, אם היא נחוצה, על ידי בדיקה אינדיבידואלית של כל דייל; בכל הנוגע לבדיקות יופי או "צעירות", אין הן מתחייבות מאופיו של התפקיד, ועל כן אין לערוך כל בדיקה בעניין זה. יהיה גם מקום לבחון, אם נדרש שכל דיילי האוויר יקיימו את דרישות הכושר הפיסי, והאם לא די בכך שבכל טיסה יהיו מספיק דיילי אוויר שיקיימו דרישות אלה. לבסוף יש לבחון האפשרות להעסיק את העובד שאינו מקיים את דרישות הכושר הפיסי בעיסוק אחר אצל מעבידו, בלא על המעביד מעמסה בלתי סבירה. קביעת גיל פרישה שונה מהווה, על כן, הפליה של דיילי האוויר מחמת גילם. אפליה זו אסורה היא על פי חוק שוויון ההזדמנויות. מכיוון שכך, ההסכם הקיבוצי המעגן הפליה זו קובע הוראות אשר תכנן הוא בלתי חוקי, ועל כן בטל.

לעניין דיילי האוויר אשר פרשו פרישת חובה בגיל 60 (בטרם תוקן חוק שוויון ההזדמנויות), הרי שהשוויון הוא חלק מערכיה של מדינת ישראל, גם בתחומי המשפט הפרטי. ובתה של הרשות הציבורית לנהוג בשוויון כלפי הפרט אינה זהה בתוכנה לחובתו של פרט לנהוג בשוויון כלפי פרט אחר. אחד מ"מונחי השסתום" דרכו מוזרמים ערכי היסוד של השיטה, אל המשפט הפרטי הוא זה של "תקנת הציבור". בכך מובטחת הרמוניה כללית בשיטת המשפט. אולם לא די בכך שהוראה חוזית פוגעת בשוויון כדי לפסלה כסותרת את תקנת הציבור. בצד הערך בדבר השוויון קיימים ערכים אחרים, שיש לאזן ביניהם. אחד מהם הוא הערך בדבר חופש החוזים וקיומם. תקנת הציבור היא התוצאה המשוקללת המתבקשת מהאיזונים הפנימיים בין הערכים והעקרונות הבאים בחשבון. כמובן, אסור לגרום לכך שביטולם של חוזים בשל תקנת הציבור יהפך לעניין יומיומי. אך אסור גם להפוך את תקנת הציבור לאות מתה.

השיקול של אוטונומיה של הרצון הפרטי - וחופש החוזים הנגזר ממנו - חזק בחוזה היחיד. שיקול זה נחלש בהסכם קיבוצי, שבו לא נדרשת כלל הסכמתו של העובד, וההוראות האישיות שבו מחייבות את העובד למרות שהוא לא צד להסכם. מבחינה זו דומה ההסכם הקיבוצי יותר לחוק מאשר לחוזה. אל-על גם אינה מעביד רגיל. היא חברה ממשלתית. עקרונות היסוד של המשפט, וביניהם עקרון השוויון, צריכים לקבל משקל כבד במיוחד בפעולותיה. כל אלה גם יחד מקרבים במקרה המיוחד שלפנינו את נקודת האיזון בין הערכים המתנגשים בגדריו של מושג "תקנת הציבור" לנקודת האיזון שהיינו מציבים אילו מדובר היה ברשות שלטונית.

התוצאה היא כי סעיף 16 להסכם הקיבוצי באל-על בטל במידה שהוא קובע גיל פרישה מוקדם לדיילי אוויר, בהיותו סותר את חוק שוויון ההזדמנויות וזאת מיום שחוק זה אוסר על הפליה מחמת גיל. מיום זה, גיל הפרישה של דיילי אוויר מאל-על שווה לגיל הפרישה של עובדי קרקע. אנו מקבלים את העתירה של הדיילים, קובעים כי הוראת סעיף 16 להסכם הקיבוצי באל-על בטלה כלפיהם בהיותה סותרת את תקנת הציבור. עניינם יוחזר לבית הדין האזורי לעבודה, לקביעת התשלומים המגיעים להם מאל-על.