



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

ניתן ביום 18 אוגוסט 2013

<u>המערער בעב"ל 6574-05-10</u>	אבו חרוב
<u>המערערת בעב"ל 14613-10-10</u>	גודה
<u>המערער בעב"ל 33160-08-10</u>	ג'ומעה

המשיב

המוסד לביטוח לאומי

מתייצב בהליך

היועץ המשפטי לממשלה

בפני: סגן הנשיאה יגאל פליטמן, השופט עמירם רבינוביץ, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה  
נציג ציבור (עובדים) מר אבישי ספיר, נציג ציבור (מעבידים) מר משה מרבך

בשם המערערים – עו"ד באסם כרכבי ועו"ד סופי טיקוצקי  
בשם המשיב – עו"ד תהילה כוזרי  
בשם היועץ המשפטי לממשלה – עו"ד איתמר הד אבן

### פסק דין

#### השופט עמירם רבינוביץ

##### פתח דבר

1. לפנינו שלושה ערעורים ועניינם אחד – האם זכאי מבוטח המקבל גמלת הבטחת הכנסה ובן או בת זוגו אינם תושבי ישראל למלוא גמלת הבטחת הכנסה ללא ניכוי 7.5% מהגמלה.
2. בשלושת פסקי הדין שנתנו בבית הדין האזורי בירושלים (ב"ל 11237/07 אבו חרוב - המוסד לביטוח לאומי, ניתן ביום 28.12.2009 מפי השופטת אורנית אגסי; ב"ל 11170-09 גודה – המוסד לביטוח לאומי, ניתן ביום 10.6.2010 מפי הנשיאה דיתה פרוז'ינין ונציגי הציבור מר אפרים פוסט ומר אריה שפירא; ב"ל 11167-09 ג'ומעה עסילה - המוסד לביטוח לאומי, ניתן ביום 27.7.2010 מפי השופטת אורנית אגסי ונציגי הציבור גבי יעל רייכמן ומר אורי בירן) נדחו תביעות המערערים להכרה



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 10-05-6574

בזכאותם לתשלום גמלת הבטחת הכנסה ללא ניכוי בשיעור 7.5% מהגמלה. בשל השאלה המשפטית הזוהה, אוחד הדיון בערעורים.

3. בהחלטה מיום 19.5.2011 נקבע, כי נדרשת עמדת היועץ המשפטי לממשלה לגבי השאלות המתעוררות בתיקים אלו. היועץ המשפטי לממשלה הודיע על התייצבותו להליך מכוח סמכותו בסעיף 30(א) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט – 1969 ובהתאם הגיש טיעונו בערעורים.

### תמצית העובדות הרלוונטיות לענייננו

**עב"ל 10-05-6574 אבו חרוב**

4. המערער הינו יליד 1979, אב לארבעה ילדים, תושב ירושלים בעל תעודת זהות ישראלית. המערער נישא לגברת חתאם אבו חרוב שהינה תושבת האזור, אשר נתנה לה אשרת שהייה שהוארכה במשך 3 שנים. בני הזוג מנהלים משק בית משותף, מגדלים בצוותא את ילדיהם ומתגוררים יחד.

5. המערער, שמקבל באופן קבוע גמלת הבטחת הכנסה, טען כי הינו זכאי למלוא גמלת הבטחת הכנסה ללא ניכוי בשיעור 7.5% מהגמלה לה הוא זכאי.

6. בית הדין האזורי נדרש להכריע בשאלה, האם המשיב (להלן: **המוסד**) מנכה כדין מגמלת הבטחת הכנסה של המערער 7.5% לפי תקנה 7(5) ו-8(ג) לתקנות הבטחת הכנסה, התשמ"ב-1982 (להלן: **תקנות הבטחת הכנסה**) ולאור סעיף 6(ד) לחוק הבטחת הכנסה התשמ"א-1980 (להלן: **חוק הבטחת הכנסה**).

7. בית הדין האזורי דחה את תביעת המערער וקבע, כי על אף שאשתו של המערער בעלת חיתר שהייה בישראל ומתגוררת בישראל, אין לראות בה כתושבת ישראל. בית הדין הוסיף, כי יש לתת למונח "תושב", את הפרשנות לפי סעיף 2א' בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] התשנ"ה-1995 (להלן: **חוק הביטוח הלאומי**), אשר הוראותיו הוחלו על חוק הבטחת הכנסה, בהתאם לסעיף 23 לחוק הבטחת הכנסה. משכך דחה בית הדין את התביעה להכיר באשת המערער כתושבת ישראל.

8. בית הדין הוסיף וקבע, כי אינו מקבל את הפרשנות אשר טען לה המערער מהיקש לחוק הכניסה לישראל, ולפיה בשל שהותה של אשת המערער מעל 3 שנים בישראל, הרי שיש להכיר בה כתושבת ישראל.



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

9. עוד קבע בית הדין, כי חוק הבטחת הכנסה מחייב את בחינת תשלום גמלת הבטחת הכנסה על פי היקף המשפחה, בן זוג ומספר ילדים, ואף דורש מבני זוג כתנאי לזכאות כי שניהם גם יחד יעמדו בהוראות החוק ובתניות המופיעות בו. מחוקק המשנה בבואו ליישם את הוראות החוק הבחין בין סוגים שונים של תובעים, ואפשר לתובע לקבל גמלת הבטחת הכנסה, גם אם בן זוגו המתגורר עימו אינו תושב ישראל. קביעה זו של מחוקק המשנה מוכיחה את העדר האפליה שבחוק. בית הדין הוסיף, כי לשון תקנות 7 ו-8 ברורה, ולפיה זכאי הנשוי למי שאינו תושב ישראל, גמלתו תשולם בניכוי 7.5% מהסכום המשתלם לשני בני הזוג בהתאם להרכב המשפחתי, וכי כל פרשנות אחרת מתעלמת מהלשון הברורה של התקנות.

10. בית הדין דחה את הטענה כי ישנה אפליה בין בני זוג זכאים תושבים לבין זוג מעורב של תושב ושאינו תושב, שכן ההפחתה בשיעור 7.5% עליה החליט מחוקק המשנה מהווה הפחתה מידתית, שאינה שוללת לחלוטין מבן הזוג התושב את כל זכאותו לגמלה. אדרבה, לולא הייתה נערכת אבחנה בין השניים, הרי שהייתה בכך אפליה, וזאת מכיוון שהיה מתאפשר לתובע לקבל את מלוא הגמלה למרות שאשתו אינה עומדת בתנאי הזכאות.

**עב"ל 14613-10-10 ראיזה גודה**

11. המערערת נשואה, ולה 7 ילדים. בעלה של המערערת הינו תושב האזור, והוא מתגורר עימה דרך קבע. המערערת מקבלת גמלת הבטחת הכנסה בשיעור מופחת של 7.5% החל מחודש מאי 2008.

12. המערערת טענה, כי תקנה 8(ג) הינה פסולה ואינה חוקית. לטענתה, נועדה תקנה 8(ג) להיטיב עם בני זוג שאחד מהם אינו תושב ישראל, באופן ששיעור הגמלה המשתלמת להם יהיה נמוך מזה המשולם לבני זוג ששניהם תושבי ישראל, אך גבוה מגמלת יחיד. אולם כבר במעמד התקנת התקנה לקתה התקנה בחוסר סבירות, בשל ההפניה לסעיף 6(ד) לחוק, העוסק למעשה בנושא אחר. עוד טענה המערערת כי תיקון 18 לחוק הבטחת הכנסה שינה את המצב, כך שהגמלה המושלמת לבני זוג שאחד מהם אינו תושב ישראל נמוכה מגמלת יחיד עם ילדים, ובשל כך נגרם עיוות חמור של כוונת המחוקק. בנוסף נטען, כי המוסד נהג בחוסר



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

תום לב, כאשר לא פעל לתיקון העיוות שנגרם, ובכך גרם להפליה חמורה, במיוחד כאשר מרבית הקבוצה שבהם אחד מבני הזוג אינו תושב ישראל משתייכת לאוכלוסייה הערבית.

13. המוסד טען בתמצית כי: תקנה 8(ג) לתקנות מפנה לסעיף 6(ד) אך ורק לשיעור הגמלה הקבוע בו; יכולתה של המערערת להפיק הכנסה גדולה מזו של אם חד הורית, שצריכה לדאוג לפרנסה ולשמירה על הילדים בו זמנית; בסמכות השר לקבוע את שיעורי הגמלה המשתלמים; השינוי בשיעור הגמלה במסגרת תיקון 18 לחוק נעשה בחקיקה ראשית ולא בחקיקת משנה, ותיקון 18 אף קיבל את אישור בג"צ; תקנה 7(5) חלה על כל מי ששוהה בישראל באשרה בלי קשר ללאום, ולכן אין מדובר באפליה של האוכלוסייה הערבית; ישנה אבחנה מותרת המבוססת על שונות רלבנטית בין מי שהינו תושב לבין מי שאינו תושב.

14. בדרותו את התביעה, קבע בית הדין האזורי, כי יש להבחין בין הפליה פסולה לאבחנה מותרת, וכי במקרה הנוכחי קיימים הבדלים מהותיים בין אם חד הורית לבין מי שנשוי לבן זוג שאינו תושב ישראל. הבדלים אלה רלבנטיים ביותר לזכאות לתשלום גמלת הבטחת הכנסה, שכן הם נוגעים הן ליכולת ההכנסה של שני בני זוג שהם הורים לילדים, והן להתמודדותם עם המטלות המוטלות עליהם כהורים. בית הדין הוסיף, כי העובדה שבן זוגה של המערערת אינו תושב ישראל מבדילה אותה מן הזכאים האחרים לגמלת הבטחת הכנסה, גם מפני שגמלה זו משולמת רק למי שהינם תושבי ישראל. משכך, אין מדובר אפוא בהיעדר שיקול ענייני, אלא באבחנה מותרת. גם הטענה שהתקנה אינה מתיישבת עם הכוונה להיטיב עם בני זוג שאחד מהם אינו תושב ישראל נדחתה, בנימוק שאילולא התקנה הנ"ל, ייתכן והמערערת לא הייתה זכאית לגמלה כלל, שכן היא אינה עונה להגדרת "יחיד" ואינה אם חד-הורית, מכאן שמדובר בהטבה חרף הניכוי בשיעור 7.5%.

15. טענת המערערת כי תקנה 8(ג) לוקה באי סבירות המחייבת את ביטולה, נדחתה על ידי בית הדין, מהנימוק שבית הדין מתערב בחקיקת משנה בזהירות רבה, ורק אם אכן מדובר בתקנה שהינה בלתי סבירה ביותר. במקרה הנוכחי, קבע בית הדין, כי אין מדובר בתקנה בלתי סבירה, ובפרט לאור המסקנה דלעיל שאין מדובר בהפליה אסורה אלא באבחנה מותרת.



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

עב"ל 33160-08-10 גומעה עסילה

16. המערער הינו תושב ישראל, נשוי לאישה שאינה תושבת ישראל. למערער ואשתו ילדים, והם מתגוררים יחדיו בתחומי מדינת ישראל. עד לחודש 7/08 המערער קיבל גמלת הבטחת הכנסה במעמד של "יחיד עם ילדים" מחודש 8/08 ועד חודש 10/08 המערער לא קיבל גמלת הבטחת הכנסה. בחודש 11/08 הגיש המערער תביעה חדשה לקבלת גמלת הבטחת הכנסה, תביעתו אושרה על ידי המוסד במעמד של "בני זוג עם ילדים", תוך הפחתה של 7.5% מהגמלה המשולמת בגין אי תושבותה של אשתו.

17. המערער טען, כי המצב שבו כיחיד תשולם לו גמלה גבוהה יותר מאשר כנשוי הינו לא תקין, מעוות ונגוע בהפליה פסולה, וכי החוראה המורה על הפחתת 7.5% משיעור הקצבה איננה חוקית, אינה סבירה, ולכן יש להורות על ביטולה.

18. בית הדין האזורי דחה את התביעה. בית הדין קבע, כי תנאי התושבות לצורך קבלת קצבאות מהמוסד לביטוח לאומי מהווה אבחנה מהותית ורלוונטית ויוצר תבחין ברור בין מי שזכאי ומי שאינו זכאי. טענתו של המערער, כי יש להשוות את שיעור הגמלה המשולמת לו כבני זוג בהפחתה של 7.5% אל מול שיעור הגמלה אשר הייתה משולמת לו כיחיד איננה נכונה, היות וזכאותו של המערער כיחיד כלל לא הייתה עומדת על הפרק, שעה שהמערער איננו יחיד אלא נשוי.

19. בית הדין הוסיף, כי בדין הופחתו משיעור הגמלה המשולמת למערער 7.5%, וכי שיעור ההפחתה מגלם למעשה את ההבחנה בין בני זוג אשר שניהם תושבים לבין בני זוג אשר אחד מהם איננו תושב. מדובר כאמור באבחנה נכונה ומותרת, ואין בה כל פסול. לולא הייתה קיימת ההפחתה של 7.5%, היה נוצר מצב בו שיעור הגמלה היה זהה הן לבני זוג תושבי מדינת ישראל והן לבני זוג אשר אחד מהם איננו תושב ישראל. מצב זה היה מבטל באופן מלא את האבחנה אשר קיימת בין תושבים לאלו אשר אינם תושבים ויוצר אפליה וחלוקת נטל גבוהה עוד יותר על תושבי מדינת ישראל ועל קופת המדינה.

20. בית הדין ציין, כי חוקתיות תיקון מס' 18 לחוק הבטחת הכנסה אושרה כבר בבג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, ניתן ביום 12.12.2005 (להלן- בג"צ 366/03) וכי בניגוד לטענת המערער, סוגיית שיעור הגמלה לאלו שבני זוגם אינם תושבים ובחינת זכאותם אל מול זכאותם של יחיד



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

עם ילדים, כלל לא עלתה באופן הרלוונטי לענייננו במסגרת דברי ההסבר להצעת תיקון החוק.

### הערעור

#### עיקר הטענות בערעור

21. לאור ההחלטה לדון בערעורים במאוחד ולאור דמיון של הטענות שהובאו בשלושת ההליכים, יובאו אלה במאוחד, אלא אם נאמר במפורש אחרת.

#### תמצית טענות המערערים

22. המערערים מבססים את אדני ערעורם על ארבע טענות עיקריות אשר נפרטן להלן.

23. טענה ראשונה – אין סמכות למוסד לשלם גמלה בשיעור נמוך מהשיעור שנקבע

בחוק. טענה זו מבוססת לדברי המערערים על התוצאה שלפיה המוסד משלם את הגמלה בשיעור נמוך מזה הקבוע בחוק וללא הסמכה מפורשת בחוק. לטענת המערערים, השיעורים הקבועים בחוק ביחס לאותה קבוצת גיל והרכב משפחתי הם מחייבים, ומגבילים את מחוקק המשנה בבואו להתקין תקנות ביחס לזכאים בעילות שלא נקבעו במפורש בחוק. במילים אחרות, המוסד אינו רשאי לשלם גמלה לזכאים שבני זוגם אינם תושבי ישראל בסכום הפחות מהסכום המשותלם ליחיד באותה קבוצת גיל ועם אותו מספר ילדים, שהוא השיעור לתשלום הנמוך ביותר. טענה נוספת אותה מציינים המערערים היא, כי אופן התקנת תקנה 8(ג) צריך להביא לבטלותה, וזאת משום שהיא מפנה לסעיף 6(ד) לחוק הבטחת הכנסה אשר עוסק במקרה שונה לגמרי, ומשכך לא היה כלל מקום להתקין את התקנה בדרך זו.

24. טענה שנייה – נוצר עיוות של כוונת מחוקק המשנה הראשונית ביחס לקביעת

שיעור הגמלה לזכאים ע"פ תקנה 7(5), וזאת בעקבות השוואת שיעור הגמלה לזוג וליחיד על פי תיקון 18 לחוק. לטענת המערערים, אופן יישום תקנה 8(ג) בעקבות תיקון 18 לחוק שהשווה את שיעורי הגמלה ליחיד ולבני זוג, גורם לעיוות כוונת מחוקק המשנה. בעוד שמחוקק המשנה התכוון שגיכוי 7.5% יצור גמלה זוגית מופחתת שאיננה פחותה משיעור הגמלה ליחיד, ישום תקנה 8(ג) בעקבות



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

תיקון 18 גורס לכך, שזכאים שבני זוגם אינם תושבי ישראל משולמת להם גמלה הפחותה מזו המשולמת ליחיד עם אותו מספר ילדים.

25. **טענה שלישית – ישנו חוסר תום לב, ומדיניות פגומה ומפלה של המוסד בקביעת שיעור הגמלה לזכאים על פי תקנה 57(5).** במסגרת זו נטען, כי המוסד ממשיך לשלם גמלה ללא ניכוי 7.5% גם למי שבן זוגו אינו תושב ישראל, אך תביעתו הוגשה טרם שינוי המדיניות שהונהג במוסד. לטענת המערערים, נהג המוסד לפרש את תקנה 57(5) כחלה רק על זכאי שבן זוגו אינו תושב ישראל אך שוהה בישראל כדין. לעומת זאת, מי שבן זוגו שהה בישראל שלא כדין סווג על ידי המוסד כ"יחיד". מדיניות זו ממשה את הכוונה לשלם גמלה זוגית מופחתת למי שבן זוגו שוהה בישראל כדין. מדיניות זו של המוסד נמשכה גם לאחר תיקון 18, ועד לשנת 2006. כתוצאה מיישום מדיניות זו לאחר תיקון 18 נוצר המצב הבא: בעוד שמי שבן זוגו שוהה שלא כדין קיבל גמלה בשיעור המגיע ליחיד, מי שבן זוגו שהה בישראל כחוק קיבל גמלה בניכוי 7.5%, כך שבמבחן התוצאה היה זכאי לגמלה פחותה מזו של מי שבן זוגו שוהה שלא כדין. מדיניות זו בוטלה כאמור בשנת 2006, באופן שכל מי שבן זוגו אינו תושב ושוהה בישראל, בין אם באופן חוקי ובין אם לאו, יופחת שיעור הגמלה בשיעור 7.5%. לטענת המערערים, הניכוי איננו חל על מי שקבל את הגמלה בשיעור שניתן ליחיד בטרם שינוי המדיניות, והוא ממשיך לקבל זאת בשיעור זה, עד היום.

26. **טענה רביעית – אפליה אסורה כתוצאה ממחדלי המוסד בתיקון המצב המעוות.** לטענת המערערים, הפגיעה בזכאים שבן זוגם אינו תושב מעלה חשש ממשי להפליית זכאים אלו על רקע לאומם, באשר רובם של זכאים אלה משתייכים לאוכלוסייה הערבית. המערערים הוסיפו, כי ההבחנה בין קבוצת הזכאים שבן זוגם אינו תושב ישראל, לזכאים יחידים ללא בן זוג, היא אבחנה שאיננה ממין העניין.

### תמצית טענות המוסד

27. תקנה 57(5) המאפשרת לשלם קצבה גם למי שבן זוגו איננו תושב, מהווה חריג לכלל שקובע כי הזכאות לגמלה מותנית בכך שמתקיימים התנאים גם בבן הזוג, ולפיכך יש לפרש תקנה זו בצמצום.

28. הרקע להתקנת תקנה 57(5) היה הרצון להיטיב עם זכאי לגמלה שבן זוגו אינו תושב ישראל, ואלמלא התקנת התקנה כלל לא הייתה קמה לו הזכות לגמלה. במקביל



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 10-05-6574

36. באשר לטענת האפליה – תקנה 57(5) חלה על כל מי שאינו תושב ללא קשר ללאום שלו ובכלל זה: תלמידי ישיבות בעלי דרכון זר, סטודנטים, עובדים זרים ופליטים. ההבחנה שנעשתה בחוק בין מי שתושב למי שאינו תושב היא הבחנה מותרת, שנעשתה מטעמים ענייניים בלבד. עקרון התושבות הוא העיקרון המנחה בהענקת זכויות סוציאליות, כאשר מי שאינו תושב ישראל גם אינו נושא בחובות אותם נושא תושב, כגון תשלום דמי ביטוח.
37. באשר לטענת חוסר תום הלב ויחס מפלה – טענה זו נטענה בעלמא, ולמוסד קיימת חזקת תקינות ההליך המנהלי אשר לא נסתרה. צוין, כי עובר לתיקון 18 מי שבו זוגו היה שוהה שלא כדין קיבל גמלה בשיעור גמלת יחיד, שהיא גמלה נמוכה יותר, וזאת על מנת שלא יצא החוטא נשכר. לאחר תיקון 18 שהשווה בין שיעור גמלת יחיד לשיעור גמלת בני זוג, התעורר הצורך להחיל את תקנות 57(5) ו-8(ג) הן על שוהה חוקי והן על שוהה בלתי חוקי, וזאת כדי למנוע מצב שבו שוהה לא חוקי יקבל גמלה גבוהה משוהה חוקי, ובכך יהא עידוד ותמריץ לשהייה בלתי חוקית. הובהר כי ישום תקנות 57(5) ו-8(ג) לא חל באופן רטרואקטיבי, וזאת על מנת לאזן בין עקרונות הצדק והמנהל התקין מחד גיסא, ובין חשש להסתמכות לכאורה שנוצרה אצל מקבלי הגמלאות מאידך גיסא.
38. קבלת עמדת המערערים לבטל את תקנה 8(ג), משמעה פגיעה באוכלוסיות חלשות אחרות, שכן יהיה צורך להפחית את הגמלאות המשולמות לאוכלוסיה הבוגרת (מי שהינו מעל גיל 55), שאפשרויותיה להשתכר מצומצמות יותר.
39. המוסד הפנה להלכה לפיה שינוי המושגת על טעמים שבמדיניות סוציאלית וכרוך בעלות תקציבית גבוהה, הוא עניין הצריך להיות מונח לפתחו של המחוקק, ואילו בית משפט נדרש לנהוג בעניין בריסון ובזהירות.
40. לאור כל האמור, התבקש בית הדין לדחות את הערעורים.
41. נעיר כי בעניין אבו חרוב טען המוסד, כי יש לדחות את הערעור משום שמדובר בטענות חדשות הנטענות לראשונה בפני בית הדין של הערעור, אשר לא נטענו, וממילא לא נדונו בפני הערכאה הדיונית. ברם בדיון שהתקיים בפנינו, הסכימו הצדדים, בהמלצת בית הדין, לוותר על טענה זו, וכי ההלכה שתתקבל תחול לגבי שלושת הערעורים. משכך, לא נדרש במסגרת דיונינו לטענה זו.





## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

### עמדת היועץ המשפטי לממשלה

42. עמדת היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש) הינה, כי אין מקום להתערב בפסיקות בתי הדין האזוריים העומדות במוקד הערעורים שבפנינו.
43. לעמדת היועמ"ש, אין באף לא אחת מטענות המערערים כדי לבסס את הסעד לו הם עותרים – והוא שתשולם להם גמלת הבטחת הכנסה, מבלי שתבוצע הפחתה בשיעור 7.5%.
44. אין מחלוקת כי המערערים אינם בגדר "יחיד שעמו ילדים". מחוקק המשנה לא קבע זיקה או תלות בין שיעור הגמלה המשולמת ליחיד שעימו ילדים לבין שיעור הגמלה המשולמת לבני זוג שאחד מהם אינו תושב ישראל. משכך, אין מקום לפרשנות כי יש לשלם למערערים בהתאם לשיעור הגמלה המשתלמת ליחיד שעימו ילדים.
45. תשלום גמלה לבן זוג הנשוי למי שאינו תושב ישראל שעוגנה בתקנה 7(5), מטרתה להטיב עם זכאים אלו, שלא יאבדו כליל את זכאותם. אך מדובר בחריג לכלל הקבוע בסעיף 4(א) לחוק הבטחת הכנסה, הקובע כי זכאות של בני זוג נבחנת במשותף, וכי כל תנאי הזכאות חייבים להתמלא בשני בני הזוג, כל אחד בנפרד.
46. בשנת 1995 הוגדר שיעור הגמלה שתשולם במקרה שאחד מבני הזוג אינו תושב ישראל, כנגזרת משיעור הגמלה שתשולם לזוג בהתאם להרכב המשפחה, ולא כנגזרת מהגמלה שתשולם ליחיד.
47. הרציונאל המונח בבסיס חוק הבטחת הכנסה הינו, כי הגמלה משמשת רשת מגן אחרונה לתושבי ישראל שאין בכוחם להתפרנס כדי מחייתם. משכך, נקבע כי הגמלה תשולם בהתאם להרכב המשפחתי, ובשים לב לכלל מקורות הפרנסה ופוטנציאל ההכנסה.
48. אין מקום לראות במערערים כיחידים שעימם ילדים, שהרי המטלות לקיום משק הבית אינן מונחות על כתפיהם בלבד. אין ספק כי יכולתם להפיק הכנסה, גדולה מזו של יחיד שעימו ילדים הצריך לדאוג לבדו, בו זמנית, הן לפרנסתו ופרנסת ילדיו והן לשמירה עליהם. במקרה של המערערים, אין הצדקה להתכחש לנוכחותו של בן הזוג בחיי המשפחה, אף אם הוא אינו תושב ישראל, ולהתייחס אל המערערים כאל יחידים הנושאים לבדם בעול המשפחה.



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 10-05-6574

49. נוכח העובדה שלבני הזוג של המערערים אין זכאות לכשעצמם לגמלה, כי הם אינם תושבי ישראל, אין כל הצדקה לשלם להם גמלה בשיעור המשולם ליחיד שעומו ילדים, ולמעשה לראותם כבני זוג אשר שניהם תושבי ישראל.
50. טענת המערערים כי אין סמכות לשלם גמלה בשיעור הנמוך מהשיעורים שנקבעו בחוק הבטחת הכנסה – דינה להדחות. הפחתה בשיעור 7.5% היא תוצאה ישירה של החלת החוק והתקנות, ואין לראות בטבלה המופיעה בתוספת השנייה לחוק הבטחת הכנסה כ"רשימה סגורה" של המקרים המזכים ושל שיעורי הגמלה שישולמו.
51. לטענת המערערים, לאחר תיקון 18 נוצר עיוות בכוונת מחוקק המשנה שהקפיד ששיעור הגמלה המגיע לזוג שאחד מבני הזוג אינו תושב ישראל, לא יפחת משיעור הגמלה ליחיד. לעמדת היועמ"ש אין לקבל טענה זו. כלל לא ברור שמחוקק המשנה אכן התכוון כי שיעור הגמלה במקרה זה לא יפחת משיעור הגמלה ליחיד. אדרבה, מחוקק המשנה הגדיר באופן פוזיטיבי את הזיקה שבין מצבם של המערערים לבין מצבם של בני זוג אשר שניהם תושבי ישראל, וקבע כי שיעור הגמלה של המערערים יגזר משיעור הגמלה של בני זוג אשר שניהם תושבי ישראל. מחוקק המשנה לא קבע זיקה או תלות בין שיעור הגמלה המשולמת ליחיד שעומו ילדים לשיעור הגמלה המשולמת לבני זוג שאחד מהם אינו תושב ישראל.
52. בעת שחוקק תיקון 18, המחוקק הותיר על כנו את הכלל, ולפיו גמלתם של בני זוג שאחד מהם אינו תושב ישראל תיגזר מהגמלה המשולמת לבני זוג אשר שניהם תושבי ישראל. לו סבר המחוקק כי יש לשנות את הכלל ולקבוע כי גמלתם תיגזר מגמלת יחיד שעומו ילדים, היה המחוקק עושה כן. תיקון 18 לחוק בא לטפל במצבו של יחיד שעומו ילדים ולהשוותו למצב של בני זוג עם ילדים, ולא לטפל בבני זוג שאחד מהם אינו תושב ישראל. המחוקק, בתיקון 18 לא שינה מהכלל, ולפיו שיעור הגמלה של המערערים יגזר משיעור הגמלה המשולמת לזוג ששניהם תושבי ישראל.
53. השוואה בין מצבם של המערערים ובין מצבם של יחידים עם ילדים היא שגויה, באשר קבוצת היחידים שעמם ילדים היא קבוצה בעלת מעמד מיוחד במשפט הרווחה הישראלי.
54. הטענה כי פעילות המוסד נגועה בחוסר תום לב, אינה מגבשת עילה לתקיפת ההחלטות בעניינם של המערערים, אשר התקבלו כדין ובסמכות, כפועל יוצא מיישום הדין הקיים.



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

55. מדיניותו החדשה של המוסד, שאיננה מבחינה בין שוהים כדין לבין שוהים שלא כדין - בדין יסודה, והיא מתיישבת עם לשון החוק והתקנות.
56. אין יסוד לטענה כי פעילות המוסד נגועה באפליה פסולה על רקע לאום. מעמדו של אדם כתושב מהווה קריטריון לגיטימי וחוקתי להקניית זכויות במשפט הביטחון הסוציאלי. לפיכך, פעולה על פי קריטריון זה, מהווה הבחנה מותרת ולא אפליה, גם אם תוצאותיה ניכרות בקבוצת אוכלוסייה אחת יותר מאחרת.
57. קבלת תביעת המערערים, משמעה כי המערערים יסווגו למעשה כבני זוג שעומים ילדים אשר שניהם תושבי ישראל, דבר המתנגש באופן ברור עם כוונת המחוקק, שיש לראותם כזוג, אולם להפחית את השיעור שנקבע לכך.
58. סיכומם של דברים הוא, כי פעולת המוסד עולה בקנה אחד עם הוראות הדין ותכליותיו, ואין מקום להתערב בפסקי הדין של בית הדין האזורי.

### תגובות הצדדים לעמדת היועץ המשפטי לממשלה

59. המוסד הגיב, כי עמדתו של היועץ המשפטי עולה בקנה אחד עם עמדת המוסד, וכי עמדת היועץ המשפטי מדברת בעד עצמה.
60. המערערים מעלים בתגובתם מספר טיעונים כנגד עמדת היועץ המשפטי:
61. הטיעון הראשון הוא, כי בניגוד לעמדת היועץ המשפטי, הם אינם מבקשים להשוותם להורים יחידים, וכי טענתם היא, כי הם זכאים לתשלום גמלה בסכום שלא יפחת מגמלת יחיד עם ילד, שהינו שיעור הגמלה הנמוך ביותר שנקבע בחוק.
62. מדברי המחוקק בהצעת החוק לתיקון 18 ניתן להסיק שהן הגמלה הזוגית והן הגמלה ליחיד (שאינו הורה יחיד) נועדה להבטית קיום של זכאי יחיד בלבד. על כן יש לדחות את טענת היועץ המשפטי, כי ההפחתה בשיעור 7.5% מבוצעת על חשבון חלקו של בן הזוג שאיננו תושב.
63. מבחן ההכנסות חל על משפחות בהן בן זוג אחד אינו תושב ישראל באופן זהה למשפחות בהן שני בני הזוג זכאים לגמלה, אך מבחינת גובה הגמלה, הם מקבלים פחות אפילו מתושב יחיד הזכאי לגמלה.
64. הפגיעה הקשה במשפחות בהן אחד מבני הזוג אינו תושב מחריפה, לאור העובדה כי נטל המחייבה המוטל עליהן גבוה ממשפחות אחרות, וזאת בשל העדר ביטוח בריאות, העדר היתר עבודה לעבוד בישראל, העדר זכויות סוציאליות ועוד. על כן, אין לראות במצבם הכלכלי של המערערים כעדיף ממצבו של יחיד.



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 10-05-6574

65. הטיעון השני הוא, כי לא נסתרה טענת המערערים לגבי אפליה אסורה. בעמדתו, היועמ"ש איננו מכחיש כי ישנה אפליה, אלא שלעמדתו זו אינה אפליה על רקע לאומי ומכל מקום מדובר באבחנה מותרת.

66. המערערים טוענים מתוך ידיעה אמפירית שקיום משפחות, שאחד מבני הזוג אינו תושב ישראל, שכיח בעיקר אצל תושבי ישראל הערבים, ומשידוע שתופעה זו הולכת וגודלת עקב הגבלות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, תשלום הגמלה בשיעור נמוך לוקה באפליה אסורה על רקע לאום.

67. היועמ"ש היה יכול להפריך את הטענה על ידי הצגת נתונים סטטיסטיים של מקבלי הגמלה לפי מוצאם הלאומי, והימנעותו מלעשות כן מלמדת כי מדובר באפליה על רקע לאומי.

68. פרשנות היועמ"ש לכוונת מחוקק המשנה בהתקנת תקנות 7(5) ו-8(ג) סותרת את הדברים שנאמרו על ידי המוסד בוועדת העבודה והרווחה של הכנסת, בעת הדיונים בהצעת התקנת התקנות הנ"ל. פרשנות המוסד כפי שהוצגה בכנסת הייתה, כי שיעור הגמלה המשולם לזכאי לפי תקנה 7(5) יהיה פחות משיעור הגמלה לבני זוג אך גבוה משיעור הגמלה ליחיד, ולא יפחת משיעור הגמלה ליחיד.

69. לאור אופייה המורכב של קביעת תשלום הגמלה בחקיקת המשנה, אין ממש בעמדת היועמ"ש שהמחוקק בתיקון 18 לחוק היה מודע להשלכות התיקון על שיעור הגמלה לזכאים מכוח תקנה 7(5). ישנה אי התאמה בין כוונת מחוקק המשנה בקביעתו את שיעור הגמלה כגמלה זוגית בניכוח 7.5%, לבין תיקון 18 שהשווה את שיעורי הגמלה לזוג וליחיד עם ילד או ילדים, וכתוצאה מכך איין את תכלית תקנה 8(ג), והפך את יישומה הדווקני לסותר את כוונתו המקורית של מחוקק המשנה בהתקנת התקנה.

70. מכל האמור לעיל, מבקשים המערערים כי בית דין זה יקבע כי הינם זכאים לגמלה בשיעור של יחיד עם ילדים, שאינו הורה יחיד, החל ממועד זכאותם לגמלה. לחלופין בקשו המערערים, להכריז על אי חוקיות יישום תקנה 8(ג) לאחר תיקון 18 לחוק, ולחייב את המוסד לפעול לתיקון החקיקה, על מנת שהזכאים לגמלה מכוח תקנה 7(5) יזכו לגמלה ששיעורה שווה לתושב ישראל יחיד, שאינו הורה יחיד, עם אותו מספר ילדים.



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 10-05-6574

### דיון והכרעה

71. בטרם נפנה לחכרעתנו נפרוש תחילה את המסגרת החקיקתית בשאלות המתעוררות בערעורים שבפנינו.

#### התשתית הנורמטיבית

72. סעיף 2 לחוק הבטחת הכנסה קובע כתנאי לזכאות, כי תובע הגמלה יהא תושב ישראל.

73. סעיף 4 (א) לחוק הבטחת הכנסה קובע, כי זכאותו של כל אחד מבני הזוג לגמלה מותנית בכך שמתקיימים גם בבן הזוג השני תנאי הזכאות לפי סעיף 2. עם זאת סעיף 4(ב) הסמיך את שר העבודה והרווחה לקבוע על מי כלל זה לא יחול, ואכן השר התקין בשנת 1995 את תקנה 7(5) לתקנות הבטחת הכנסה, הקובעת כי:

"זכאותו לגמלה של כל אחד מבני זוג לא תהיה מותנית בכך שמתקיימים גם בבן זוגו תנאי הזכאות לפי סעיף 2 לחוק כאמור בסעיף 4(א) לחוק, כל עוד מתקיים אחד מאלה:

...

(5) בן הזוג, המתגורר עם הזכאי, אינו תושב ישראל"

74. תקנה 8(ג) לתקנות הבטחת הכנסה קובעת:

#### "שיעור הגמלה

הגמלה לזכאי שתקנה 7 חלה עליו תהיה בשיעור הרגיל, ואם מתקיים בו התנאי האמור בסעיף 2(א)(4) לחוק - בשיעור המוגדל, המשתלמים לפי סעיף 5(א) לחוק ליחיד, בהתאם להרכב משפחתו, ובכפוף לאמור בסעיף 5(ב) ו- (ג) לחוק. ואולם הגמלה לזכאי שנתקיים בו האמור בתקנה 7(1) תהיה בשיעור המשתלם לפי סעיף 5(א)(2)(ב) לחוק להורה יחיד, והגמלה לזכאי שנתקיים בו האמור בתקנה 7(5), תהיה כאמור בסעיף 6(ד)

#### לחוק."

75. סעיף 6(ד) לחוק הבטחת הכנסה, קובע כי:

"גמלה לבני זוג:



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

אדם שאינו זכאי לגמלה לפי חוק זה רק בשל האמור בסעיף 3(1),  
תשולם הגמלה לבן זוגו הזכאי, בשיעור המשתלם לשני בני זוג,  
בהתאם להרכב משפחתם, פחות סכום השווה ל- 7.5% מהסכום  
הבסיסי."

76. יוער כי סעיף 3(1) לחוק עוסק באי-זכאותו של מי שנמצא במוסד ועלות החזקתו במוסד מוטלת על המדינה או גופים ציבוריים אחרים שנקבעו, וכי המונח "הסכום הבסיסי" מוגדר בסעיף 1 לחוק הבטחת הכנסה.

77. משילובן של הוראות החוק והתקנות אנו למדים על הדרך בה צעדו המחוקק ומחוקק המשנה בבואם לקבוע את זכאותם לגמלה של המעוררים.

78. נקודת המוצא בהתאם לסעיף 2 לחוק היא, כי המעוררים מלכתחילה לא היו זכאים לגמלה, מכיוון שבן זוגם אינו מקיים את תנאי הזכאות הבסיסי – קרי, איננו תושב ישראל. יחד עם זה, על מנת להיטיב עם מבוטחים כדוגמת המעוררים, וכדי שלא תמנע מהם קבלת הגמלה באופן מוחלט, נקבעה בתקנה 7 זכאותם של מבוטחים שאינה מותנית בקיום תנאי הזכאות אצל בני זוגם, ובכלל זאת מבוטח אשר בן זוגו המתגורר עמו אינו תושב ישראל. כאמור, זהו החרג כלכלי, בעוד הכלל – נוכח ראיית התא המשפחתי-משקי כמכלול אחד לצורך חוק הבטחת הכנסה – הוא שמי שבן זוגו אינו עומד בתנאי הזכאות כלל אינו זכאי לגמלה. לאחר שנקבעה בתקנה 7(5) עצם הזכאות לגמלה, קובעת תקנה 8(ג) את שיעור הגמלה לה זכאים אלו העומדים בתנאי תקנה 7(5). ברם תקנה 8(ג) אינה קובעת מפורשות מהו שיעור הגמלה, אלא היא מפנה לשיעור הקבוע בסעיף 6(ד) לחוק. כאמור לעיל, סעיף 6(ד) לחוק קובע כי שיעור הגמלה הוא "בשיעור המשתלם לשני בני זוג בהתאם להרכב משפחתם פחות סכום השווה ל- 7.5% מהסכום הבסיסי". כאן המקום להדגיש, כי ההפניה של תקנה 8(ג) לסעיף 6(ד) לחוק נעשתה לצורך שיעור הגמלה בלבד שכן, בעוד תקנה 8(ג) מתייחסת למבוטח שבן זוגו שאינו תושב מתגורר עמו, סעיף 3(1) לחוק אליו מתייחס סעיף 6(ד), מדובר על מקרה בו בן הזוג איננו מתגורר עמו, אלא נמצא במוסד. ברור איפוא שההפניה לסעיף 6(ד) לחוק היא לעניין שיעור הגמלה בלבד.

79. יצוין, כי שיעור הגמלה שנקבע לבני זוג אשר אחד מהם איננו תושב, נעשה טרם שחוקק תיקון 18 לחוק. בתיקון 18 לחוק השווה המחוקק בין שיעור גמלת יחיד עם ילדים לשיעור גמלת בני זוג עם ילדים. כך נוצר מצב, כי ניכוי 7.5% מגמלת בני



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 10-05-6574

זוג שאחד מהם אינו תושב, גרם לכך שגמלתם תהא פחותה מגמלת יחיד עם אותו הרכב משפחה. נתייחס לעובדה זו בהמשך הדברים.

80. בטרם נתייחס לגופן של טענות, מצאנו מקום להביא מקצת הדברים על מהותו של חוק הבטחת הכנסה:

"חוק הבטחת הכנסה קובע מנגנון מורכב של הענקת גמלאות לתושבי ישראל חסרי אמצעים שאינם מתפרנסים, או שהכנסתם נמוכה מאוד, ואשר אינם זכאים לגמלה מכוח מסגרת אחרת של ביטוח סוציאלי. מנגנון מסוג זה מתקיים ברבות ממדינות המערב, במתכונת דומה במידה זו או אחרת לזו הנהוגה בישראל. לפי חוק הבטחת הכנסה, גמלאות הבטחת הכנסה משולמות על בסיס השתייכות לאחת הקבוצות המנויות בחוק כמקימות זכאות (סעיף 2), ובהסתמך על בחינה עתית של היכולת הכלכלית והתעסוקתית של תובע הגמלה. היא מחושבת כאחוז מן השכר הממוצע במשק (סעיף 5, תוספת שניה), וכך שומרת על זיקה קבועה למצב המשק. כמות הזכאים להבטחת הכנסה, מאז נחקק החוק, עולה בהתמדה, משנות ה-90 בשיעור גבוה מגידול האוכלוסיה ...

חוק הבטחת הכנסה נועד לספק לאנשים ולמשפחות מעוטי-אמצעים את הבסיס הכלכלי (החומרי) הנדרש לקיום במדינת ישראל (ראו דברי ההסבר להצעת חוק הבטחת הכנסה, תש"ס-1979, ה"ח 1417, עמ' 2). (בג"צ 366/03).

81. בפסק דין נוסף עמד בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ על תכליות חוק הבטחת הכנסה:

חוק הבטחת הכנסה, במסגרתו נקבע ההסדר הנתקף בעתירות, נחקק בשנת 1980. הוראותיו המסועפות טוות את רשת המגן האחרונה העומדת לתושבי המדינה הנחשפים למצב של מחסור קיומי. תכליתו המרכזית של החוק היא לתמוך בתושבי המדינה הנקלעים למצב בו אין ביכולתם לספק לעצמם את צרכיהם הבסיסיים. כפי שנקבע בדברי ההסבר להצעת חוק הבטחת הכנסה, "מטרת החוק המוצע היא להבטיח לכל אדם ומשפחה בישראל, שאין בכוחם לספק לעצמם הכנסה הדרושה לקיום, את



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

המשאבים לסיפוק צרכיהם החיוניים" (ה"ח 1417 מיום 30.9.1979, תש"ם, בעמ' 2) ... יישומה של תמיכה זו נעשה באמצעות גמלה דיפרנציאלית, המותאמת לגילו ולמצבו המשפחתי של מבקש הגמלה. החל משנת 2006 נגזרת הגמלה מסכום בסיסי המעודכן מידי שנה בהתאם לשיעור עליית המדד במשק, דבר המאפשר לה להתעדכן ולהתאים עצמה בהתאם למצב הכלכלי ויוקר המחיה בישראל (ראו, הגדרת "הסכום הבסיסי" בסעיף 1 לחוק הבטחת הכנסה ושיעורי הגמלה הקבועים בתוספת השניה לחוק; בעבר התבצע העדכון לפי השכר הממוצע במשק – ראו סעיף 1 לחוק; בן ישראל, בעמ' 872).

7. הנחת היסוד הגלומה בחוק היא כי הדרך המרכזית להשגת והבטחת קיום אנושי בכבוד היא עבודה. הנחה זו משתקפת בשני היבטים משלימים של החוק: ראשית, גמלת הבטחת הכנסה ניתנת רק למי שאינו מסוגל לפרנס את עצמו בכוחות עצמו. אופייה של הגמלה, בהגדרה, הינו שיורי: היא מוענקת רק לתושב המדינה שאינו מקבל הכנסה מספקת מעבודה, מגמלאות או ממקור מכניס אחר, ואין לו משאבים מספקים להעמיד לצורך קיומו הבסיסי (הצעת חוק הבטחת הכנסה, בעמ' 2-3). שנית, הפן המשלים של מתן הכנסה חלופית בידי הפרט, הוא מניעת מצב בו הכנסה זו הופכת בעצמה תמריץ שלילי ליציאה לעבודה. תכלית הגמלה היא לקיים את הפרט בתקופת הביניים בה הוא מוצא עצמו מחוסר משאבים, אך לא למנוע ממנו לשוב ולהשתלב בשוק העבודה. נהפוך הוא, המדינה מעוניינת לעודד את תושביה לצאת לעבוד, ולא להישאר נזקקים ותלויים בתמיכת הציבור לאורך זמן. החוק שואף אפוא להבטיח כי הגמלה תהא תחליף זמני – ולא קבוע – לעבודה" (בג"צ 10662/04 סלאח חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, טרם פורסם (ניתן ביום 28.2.2012)).





## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 10-05-6574

82. לאור תכליות אלו של חוק הבטחת הכנסה נפנה לבחון את הטענות אותן מעלים המערערים בענייננו.

83. המערערים העלו בטיעוניהם ארבע טענות עיקריות. הטענה הראשונה היא, כי למוסד אין סמכות לשלם גמלה בשיעור נמוך מהשיעור שנקבע בחוק. לטענתם המוסד אינו רשאי לשלם גמלה לזכאים שבני זוגם אינם תושבי ישראל בסכום הפחות מהסכום המשתלם ליחיד באותה קבוצת גיל ועם אותו מספר ילדים, שהוא השיעור לתשלום הנמוך ביותר. טענה זו יש לדחות. התוצאה לפיה שיעור הגמלה המשתלם למערערים הוא נמוך משיעור הגמלה המשתלם ליחיד באותה קבוצת גיל ועם אותו מספר ילדים, נובעת כתוצאה מתיקון 18 לחוק. תיקון 18 השווה את שיעורי הגמלה ליחיד ולזוג, כך נוצר מצב ששיעור הגמלה המגיע למערערים נמוך יותר מהשיעור ליחיד באותה קבוצת גיל ועם אותו מספר ילדים, ברם יש לזכור כי השינוי בשיעור הגמלה במסגרת תיקון 18 לחוק, נעשה בחקיקה ראשית ולא בחקיקת משנה, ועתירה לבג"צ כנגד חוקתיותו של תיקון 18 נדחתה, כך שאין מדובר בגמלה ששיעורה נמוך מ"החרף התחתון בחוק", כי עצם הורדת החרף, ובהתאמה ירידת סכום הבסיס ממנו מנוכה 7.5% נעשתה בחקיקה ראשית.

84. איננו מקבלים את טענת המערערים לפיה התקנת תקנה 8(ג), אשר מפנה לסעיף 6(ד) לחוק הבטחת הכנסה, לוקה בפגם משפטי, בחוסר סבירות, והיא ניתנת לביטול. זאת מכיוון שההפניה לסעיף 6(ד), הינה רק ביחס לשיעור הגמלה שנקבע בסעיף. דהיינו, יש לקרוא לתוך תקנה 8(ג) הקובעת את שיעורי הגמלה לזכאי לפי תקנה 7(5), את שיעור הגמלה לפי ההפחתה בשיעור 7.5% משכר הבסיס המופיעה בסעיף 6(ד). משכך, אין מקום לטענה כי לא ניתן להפנות לסעיף 6(ד) בחוק, בשל השוני בין המקרים.

85. טענתם השנייה של המערערים היא, כי נוצר עיוות של כוונת מחוקק המשנה הראשונית ביחס לקביעת שיעור הגמלה לזכאים ע"פ תקנה 7(5), וזאת בעקבות השוואת שיעור הגמלה לזוג וליחיד על פי תיקון 18 לחוק. כפי שהובהר בעמדת היועמ"ש, מחוקק המשנה הגדיר באופן פוזיטיבי את הזיקה שבין מצבם של המערערים לבין מצבם של בני זוג אשר שניהם תושבי ישראל, וקבע כי שיעור הגמלה של המערערים יגזר משיעור הגמלה של בני זוג אשר שניהם תושבי ישראל. מחוקק המשנה לא קבע זיקה או תלות בין שיעור הגמלה המשולמת ליחיד שעימו ילדים לשיעור הגמלה המשולמת לבני זוג שאחד מהם אינו תושב ישראל. יתר על כן, בעת שחוקק תיקון 18, המחוקק הותיר על כנו את הכלל, לפיו גמלתם של בני



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 10-05-6574

זוג שאחד מהם אינו תושב ישראל תיגזר מהגמלה המשולמת לבני זוג אשר שניהם תושבי ישראל. גם אם נוצר כתוצאה מכך מצב אנומלי – הפתרון הינו בפנייה למחוקק או מחוקק המשנה לצורך תיקון החקיקה, מבלי שהמשיב רשאי להחליט על דעת עצמו לשלם שיעור גמלה שונה מזה שנקבע במפורש בתקנות.

86. טענה נוספת שטענו המערערים היא, כי ישנו חוסר תום לב, ומדיניות פגומה ומפלה של המוסד בקביעת שיעור הגמלה לזכאים על פי תקנה (57). טענה זו גם היא דינה להידחות. ההחלטות בעניינם של המערערים התקבלו כדין ובסמכות, כפועל יוצא מיישום הדין הקיים. גם לגופה של טענה לא מצאנו כי יש בה ממש, מה גם שמדיניותו החדשה של המוסד, אשר אינה מבחינה בין שוהים כדין לבין שוהים שלא כדין, בדין יסודה, והיא מתיישבת עם לשון החוק והתקנות. בהקשר זה מקובלים עלינו הסברי המוסד, כי עובר לתיקון 18, מי שבן זוגו היה שוהה שלא כדין קיבל גמלה בשיעור גמלת יחיד, שהיא גמלה נמוכה יותר וזאת על מנת שלא יצא החוטא נשכר. לאחר תיקון 18, שהשווה בין שיעור גמלת יחיד לשיעור גמלת זוג, התעורר הצורך להחיל את תקנות (57) ו-8(ג) הן על שוהה חוקי והן על שוהה בלתי חוקי, וזאת כדי למנוע מצב בו שוהה לא חוקי יקבל גמלה גבוהה משוהה חוקי, ובכך יהא עידוד ותמריץ לשהייה בלתי חוקית. הובהר כי ישום תקנות (57) ו-8(ג) לא חל באופן רטרואקטיבי, וזאת על מנת לאזן בין עקרונות הצדק והמנהל התקין מחד גיסא, ובין חשש להסתמכות לכאורה שנוצרה אצל מקבלי הגמלאות מאידך גיסא, כאשר נושא זה לא נדון בפנינו וממילא אין צורך כי נביע דעתנו לגביו.

87. טענתם העיקרית של המערערים היא, שהפגיעה בזכאים שבן זוגם אינו תושב מעלה חשש ממשי להפליית זכאים אלו על רקע לאומי, באשר רובם של זכאים אלה משתייכים לאוכלוסייה הערבית. טענה זו דינה להידחות.

88. בית המשפט העליון עמד על משמעותה של אפליה אסורה פעמים רבות. כך למשל בעניין אבו רביע (רע"ב 3969/97 מדינת ישראל נ' אבו רביע חאלד, טרם פורסם (ניתן ביום 11.12.1997)) נאמר בזו הלשון:

"הציר המרכזי בענייננו, סובב סביב טענת האפליה. האפליה היא הפן השני של הזכות לשוויון. השוויון מחייב אי אפליה. הזכות לשוויון הוכרה בשיטתנו המשפטית, בזכות יסוד של האדם באשר הוא אדם, מימים ימימה. זכות זו היא נשמת אפו של משטרנו החוקתי. השוויון שהגדרתו אינה אחידה, הוגדר בהגדרה היפה לענייננו, כ"יחס שווה אל בני אדם,



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 10-05-6574

אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטים לאותה מטרה." (ד"נ 10/69 בורנובסקי ג' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 7, 37). ביסוד ההפליה טמונה ההנחה כי השניים שווים זה לזה בתכונותיהם ולפיכך זכאים הם לזכות שווה. אולם כאשר יש בין השניים הבדלים של ממש, רלוונטיים לאותה המטרה, הופכת ההפליה מהפליה פסולה להבחנה מותרת. יש איפוא, להבדיל בין אפליה פסולה לבין אבחנה מותרת. אומר על כך הנשיא אגרנט בד"נ 10/69 הנ"ל, בע' 35: "בית משפט זה, קבע, לא פעם אחת, כי יש להבדיל תמיד - הן לצורך פרשנות החוק והן כקנה מידה לסבירות הפעולה המינהלית של רשות ציבורית בעלת סמכות דיסקרציונית - בין הפליה פסולה (להלן: הפליה) לבין הבחנה מותרת. עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף מטעמים של צדק והגינות להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה... 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... תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניזון מהיותם נתונים בשים לב למטרת הטיפול במצב של אי שוויון רלוונטי (ראה מובאות שם)". אומר על כך השופט זוסמן בע"א 5/51 המצוטט בהסכמה על ידי השופט לוין בבג"צ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יו"ר הכנסת, פ"ד ל"ז(3) 141, 149 מול האות א': "כאשר מסיבותיהם של שני מקרים הן שונות, רשאי, ולפעמים אף חייב, המחוקק להתייחס אליהם בצורה שונה, וכל הפליה שמקורה בשוני המסיבות, אין לערער עליה. בדי שייפסל דבר מחמת היותו הפליה, יש לברר אם ההפליה היא בלתי צודקת או בלתי הוגנת היינו אם מסיבות זהות גררו אחריהן יחס שונה מטעם המחוקק. האבחנה בין מסיבות שונות, מאידך, אין בה משום הפליה". בשורת פסקי דין שניתנו לאחר הכנסו לתוקף של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נאמרו דברים ברוח זו. ראו: בג"ץ 4541/94 מילר נגד שר הביטחון, פ"ד מט(4), 94, 109: "...הכלל הוא כי שונות רלוואנטית



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

עשויה להצדיק הבחנה. הלוא בכך טמון שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה בשרה".

89. לאור עקרונות אלו יש לבחון אם אכן בעניינינו ישנה אפליה אסורה ביחס למערערים.

90. ראשית נזכיר, כי חוק הביטוח הלאומי כמו גם חוק הבטחת הכנסה מקנים זכויות סוציאליות למי שהינו במעמד תושב במדינת ישראל. קריטריון זה הוכר בפסיקה כקריטריון לגיטימי וחוקתי לצורך הקניית זכויות סוציאליות. כך למשל נקבע בעניין אביוב (דב"ע נ/286 צפריר אביוב - המוסד לביטוח לאומי, ניתן ביום 29.05.1997):

"הבסיס העיקרי להיות אדם מבוטח במסגרת הביטוח הלאומי בישראל, הוא היותו 'תושב ישראל'. תנאי התושבות בישראל הוא תנאי לתחולה של כמעט כל ענפי הביטוח הלאומי, ואף של חוקים אחרים במסגרת הביטוח הסוציאלי בישראל (ראה לדוגמה, סעיף 2(א) לחוק הבטחת הכנסה, תשמ"א-1980; סעיף 1 לחוק משפחות חד הוריות, תשנ"ב-1992; סעיפים 2 ו-3 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994). תנאי זה נגזר מ'הזיקה היציבה שבין המבוטחים לבין המדינה, זיקה שאין בה מהזמניות או מהארעיות, וחיוצרת מחויבות של החברה כלפי המבוטחים בתחום הביטוח הסוציאלי' (דב"ע נד/233 - 0 המוסד לביטוח לאומי - חשימה עבד רדואן, בעמ' 112)".

91. בפסק דין שניתן אך לאחרונה על ידי בית זה (עב"ל 09-344 אכלאס חלאק ואח' - המוסד לביטוח לאומי, ניתן ביום 31.1.2013), נאמרו הדברים הבאים היפים גם לענייננו:

"מעמדו של אדם כ'תושב ישראל' מהווה תנאי בסיסי לצורך הענקת זכויות סוציאליות, הנוהג במדינות רבות (וראה לעניין זה בג"ץ 494/03 עמותת הרופאים למען זכויות אדם ואח' - שר האוצר ואח', פ"ד נט (3) 322 (להלן - עניין עמותת הרופאים למען זכויות אדם); וראו: עב"ל 190/99 שמשון רחמיאן - המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לו (548) ... הזיקה היציבה בין המבוטחים לבין המדינה, אשר הינה פועל יוצא של התושבות, היא זו אשר יוצרת מחויבות מצד המדינה לתושביה, שעה שלמי שאינו תושב צדיכה לדאוג מדינת תושבותו. וכלשון חברתי השופטת (כתוארה אז) נילי ארז בעניין נוסייבה: 'תקציבו של המוסד



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 10-05-6574

לביטוח לאומי מוגבל, ומשכך יש ליתן עדיפות בכל הנוגע לחלוקת הקצבאות לכל מי שהינו תושב המדינה בפועל" (בעב"ל 1465/04 האלה נוסייבה – המוסד לביטוח לאומי, ניתן ביום 18.5.06). על טעמי מבחן התושבות עמד בית המשפט הגבוה לצדק בבג"ץ סולומוטין, בקובעו כי:

*"אך ברור הוא כי המדינה תיתן עדיפות להקצאת משאבים לסיפוק צרכיהם הסוציאליים של תושביה הקבועים ... כלפיהם נושאת המדינה באחריות מיוחדת. אין פירוש הדבר כי אין למדינה חובה גם כלפי אחרים הנמצאים בתחומה... עם זאת אין להניח קיומה של חובה חוקתית לשוויון בהקצאת משאבים ... בין בעלי מעמד בישראל לאלה שאינם תושביה, ובלבד שזכויות היסוד לחיים ולשלמות הגוף של כל אדם באשר הוא תכובדנה" (להלן: עניין סולומוטין); ולאור "האחריות המיוחדת" של המדינה לתושביה בכפוף למשאביה, אין בהסדר זה אפליה בין תושבי ישראל למי שאינם תושביה אלא קיימת שונות מהותית רלבנטית. (וראו: בג"ץ 890/99 מיכאל זולמיש - המוסד לביטוח לאומי ואח', ניתן ביום 17.9.00)."*

92. במקרה דנא לא התעוררה מחלוקת כי בני זוגם של המערערים אינם חוסים תחת קריטריון התושבות. משכך, כשבאים לפרש את תחולת החוק והתקנות ביחס אליהם, הרי שהפרשנות הנכונה צריכה להיות פרשנות הלוקחת בחשבון כי ככלל – מי שאינו תושב אינו זכאי לזכויות מכוח חוק הביטוח הלאומי וחוק הבטחת הכנסה. זאת כאמור לאור כך שהזכויות הסוציאליות המוענקות נועדו בעיקרן להיות מוענקות לאלו החוסים תחת קריטריון "התושבות", ואילו אלו אשר אינם חוסים תחת קריטריון זה, מהווים החרג לכלל.

93. עוד יש לזכור, שכאשר בסופו של דבר קבע המחוקק כי המערערים יהיו זכאים לגמלה, לא הבחין בין מוצאם של אלו עליהם יחול החוק לבין אלו אשר לא יהיו זכאים לגמלה. תקנה 7(5) חלה על כל מי שאינו תושב. ללא קשר ללאום שלו ובכלל זה: תלמידי ישיבות בעלי דרכון זר, סטודנטים, עובדים זרים ופליטים. ההבחנה היחידה שנעשתה בחוק היא בין מי שתושב למי שאינו תושב. כאמור לעיל, הבחנה זו היא הבחנה מותרת, שנעשתה מטעמים עניינים בלבד. כפי שהוטעם, עקרון התושבות הוא העיקרון המנחה בהענקת זכויות סוציאליות, כאשר מי שאינו תושב ישראל, גם אינו נושא בחובות אותם נושא תושב, ועל כן



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

איננו זכאי באופן מלא לזכויות לחן זכאי תושב ישראל מכוח חוק הביטוח הלאומי וחוק הבטחת הכנסה.

94. לעניין פגיעה לכאורה בעקרון השוויון, כל טענתם של המערערים נסמכת על כך שבמבחן התוצאה מי שמופלה הם מבוטחים שלאומם הוא ערבי אשר בן זוגם איננו תושב ישראל. אכן "קיומה או היעדרה של הפליה נקבע, בין השאר, על-פי האפקט שדבר חקיקה משיג הלכה למעשה... על-כן דין שניסוחו 'נייטרלי' עשוי להיות מפלה, אם האפקט שלו הוא מפלה. אכן, הפליה עשויה להיות בלתי מכוונת... אפילו מטרתה של נורמה משפטית אינה ליצור הפליה, אם ההפליה נוצרת, הלכה למעשה, הנורמה נגועה בהפליה" (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 241-242; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 279; ע"ע 203/09 רשת הגנים של אגודת ישראל – שמחה בוסי, מיום 2.10.11; סק"כ 51/09 סאוט אלעאמל להגנת זכויות העובדים והמובטלים – שר התעשייה והמסחר, מיום 3.1.12).

95. ברם, במקרה הנוכחי קבלת עמדה זו של המערערים, תביא לתוצאה שאינה מתיישבת כלל וכלל עם כוונתו המקורית של המחוקק, והיא הענקת זכויות סוציאליות על בסיס העיקרון של תושבות. האבחנה על בסיס עקרון זה הינה אבחנה מותרת, לפיכך פעולה על פי קריטריון זה, אינה מהווה אפליה, גם אם תוצאותיה לכאורה ניכרות בקבוצת אוכלוסייה אחת יותר מאחרת.

96. המערערים מבצעים השוואה בינם לבין "יחיד עם ילדים", וטוענים כי הינם מופלים לרעה לעומתו. עם זאת, ההשוואה הרלוונטית אינה בין המערערים לבין מבוטחים שהינם "יחידים", אלא בין המערערים לבין מבוטחים אחרים שיש להם בני זוג – וכנגדה לא טענו המערערים דבר. לא בכדי לא תקפו המערערים את תקנה 8(ג) - הקובעת את שיעור הגמלה - לאחר חקיקתה, וזאת שכן גם הם מודעים לשוני הרלוונטי בינם לבין בני זוג שניהם תושבים. היינו, אלמלא תיקון 18, המערערים לא רואים היו פגם כלשהו בקבלת גמלה המופחתת ב - 7.5% לעומת הגמלה המשולמת לזוג עם אותו הרכב משפחתי כשלהם, וזאת נוכח ההבחנה הלגיטימית והמידתית שביצע מחוקק המשנה בין בני זוג שניהם תושבים לבין בני זוג שרק אחד מהם תושב. הקושי של המערערים נוצר רק לאחר תיקון 18 לחוק, במסגרתו הופחת משמעותית שיעור הגמלה המשולם לזוג עם ילדים והשווה לשיעור הגמלה המשולם ליחיד עם ילדים. רק בשל הפחתה זו של הגמלה – שנעשתה באופן רוחבי ועתירה לביטולה נדחתה (בג"צ 366/03) – טוענים



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 10-05-6574

המערערים כי יש להשוותם ל"יחיד" ולשלם להם את שיעור הגמלה המגיע לו. עם זאת, המערערים לא הצביעו על הצדקה כלשהי להשוותם ל"יחיד" דווקא, ולמעשה מנסים לתקוף בדלת האחורית את תיקון 18 לחוק.

97. המערערים טוענים כאמור שהקבוצה הנפגעת מדרך יישומה של תקנה 8(ג) הינה ברובה מקרב האוכלוסייה הערבית, ומציינים שקבוצה זו הולכת וגדלה נוכח ההשלכות של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג – 2002 (להלן: **חוק הוראת השעה**). למעשה רומזים המערערים כי הייתה הצדקה להכיר בבני זוגם כ"תושבים" בהתבסס על מבחן "מרכז החיים", אך לא ניתן לעשות זאת נוכח הוראתו המפורשת של סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי – המוציא מגדר "תושבים" את כל מי ששוהה בישראל מכוח אשרת שהייה זמנית (וחל על חוק הבטחת הכנסה מכוח הוראתו המפורשת של סעיף 23 לאותו חוק). לכך יש להוסיף את חוק הוראת השעה, האוסר על הענקת רישיון לישיבה בישראל לתושבי האזור למעט במקרים חריגים.

בפסיקה כבר הובעה ביקורת על התוצאה הקשה הנגרמת משילוב הוראותיהם של סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי וחוק הוראת השעה (פסק דין של השופטת לאה גליקסמן ב-בלי (תי"א) 48371-05-10 **איהאב נאסר – המוסד לביטוח לאומי**, מיום 11.3.13), ובערעורם לפנינו למעשה מנסים המערערים לתקן באופן עקיף את השלכות החקיקה דלעיל. עם זאת, אין בפנינו תקיפה חוקתית של הוראות חוק כלשהו; מעבר לצורך נציין כי בית המשפט העליון כבר דן בתוקתיותו של חוק הוראת השעה (בג"צ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ. שר הפנים**, מיום 14.5.06; בג"צ 466/07 **גלאון נ. היועץ המשפטי לממשלה**, מיום 11.1.12), וכיום תלויה ועומדת בפניו עתירה נוספת בעניין זה (בג"צ 2649/09 **האגודה לזכויות האזרח ואח' נ. שר הרווחה ואח' – במסגרתה התבקש שר הרווחה לעשות שימוש בסמכותו מכוח סעיף 378 לחוק הביטוח הלאומי, ולהקנות זכויות לבני זוג של אזרחים ותושבים ישראלים אשר לא קיבלו מעמד של תושב בשל חוק הוראת השעה**).

98. מכלל האמור לעיל עולה כי המערערים הצביעו על מצב אנומלי לכאורה, שנוצר כהשלכה עקיפה של תיקון 18 לחוק, והביא לכך שגמלתם נמוכה מזו של יחיד באותו הרכב משפחתי – בניגוד לכאורה לכוונתו המקורית של מחוקק המשנה בעת חקיקתה של תקנה 8(ג). מקובלת עלינו טענת המערערים כי בהתחשב באופיין



## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 10-05-6574

המורכב של החקיקה וחקיקת המשנה במסגרתן נקבע שיעור הגמלה (תוך שילוב תקנות 57(ו) – 8(ג) יחד עם סעיף 6(ד) לחוק) לא ניתן להסיק בהכרח כי המחוקק היה מודע, במסגרת תיקון 18, להשלכות התיקון על הזכאים לגמלה מכוח תקנה 57(ו), קל וחומר כאשר לוקחים בחשבון כי התיקון נעשה במסגרת חוק ההסדרים. עם זאת, האמור לעיל אינו מקנה למערערים את הסעד היחיד לו עתרו במסגרת ערעור זה – והינו חיוב המשיב להתעלם מהוראות דין מפורשות, תוך תשלום גמלה בשיעור אחר מזה שנקבע לגביהם בחוק ובתקנות. המשיב אינו רשאי להחליט על דעת עצמו לעשות זאת, ואין כל דרך לפרש באופן תכליתי את הוראות החקיקה באופן המוביל לתוצאה המבוקשת על ידי המערערים.

נזכיר, כי אין בפנינו תקיפה חוקתית, והמערערים כלל לא ניסו לטעון כי הפחתת הגמלה פוגעת בזכותם החוקתית לקיום אנושי בכבוד (בג"צ 366/03).

99. סיכומם של דברים הוא כי דין הערעורים להידחות. בני זוגם של המערערים אינם תושבי ישראל, ובדין הוחלו עליהם תקנות 57(ו) ו-8(ג). התקנות הינן תקפות, ואין הצדקה לבטלן. כמו כן לא הוכח כי ישנה אפליה אסורה. עם זאת, נוכח המצב האנומלי שנוצר לכאורה, פסק דין זה יישלח למנכ"ל המוסד לביטוח לאומי, על מנת שיבחן את הטענות שהועלו על ידי המערערים וישקול – לאחר בחינת הסוגיה על מורכבותה והשלכותיה – את הצורך בפנייה למחוקק או מחוקק המשנה לצורך תיקון החקיקה.

### סוף דבר

100. הערעורים נדחים. אין צו להוצאות.

### סגן הנשיאה יגאל פליטמו

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי השופט עמירם רבינוביץ, ודין הערעור להידחות לדעתי נוכח הוראתו הברורה של החוק. מעבר לזאת, אני מצטרף להמלצתו שיש להסב את תשומת לב המחוקק לכך, שעקב תיקון החוק נוצר מצב בו קצבת היחיד עולה בשיעורה על קצבת זוג שאחד מהם איננו תושב.





## בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 6574-05-10

### השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

אני מצטרפת לחוות דעתו של חברי השופט עמירם רבינוביץ, לרבות בנוגע לצורך בהפניית תשומת לב המחוקק לאנומליה שנוצרה.

### נציג עובדים, מר אבישי ספיר

אני מסכים עם פסיקתו של השופט עמירם רבינוביץ.

### נציג מעבידים, מר משה מרבך

אני מצטרף לחוות דעתו של השופט עמירם רבינוביץ כי דין הערעור להידחות, וכי יש מקום שהמוסד לביטוח לאומי יבחן הצורך בפנייה למחוקק או למחוקק המשנה על מנת להביא לתיקון החקיקה.

ניתן היום, י"ב אלול תשע"ג (18 אוגוסט 2013) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

סיגל דוידוב-מוטולה,  
שופטת

עמירם רבינוביץ,  
שופט

יגאל פליטמן,  
סגן נשיאה, אב"ד

מול משה מרבך,  
נציג ציבור (מעבידים)

מר אבישי ספיר,  
נציג ציבור (עובדים)