

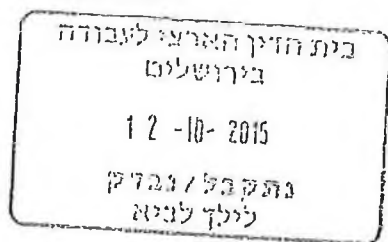
19445-10-15 ס"כ

בבית הדין הארצי לעבודה

בעניין:

- 1. תמימי ת.ז. (קטינה)
  - 2. תמימי ת.ז. (קטינה)
- באמצעות אימן ואפטרופתן הטבעית  
 גב' ונמימי ת.ז.  
 מעיסוויה, ירושלים  
 ע"י ב"כ עו"ד בטאם כרכבי ו/או  
 עו"ד סופי טיקוצקי  
 מרח' החבצלת 12 ג', ת.ד. 850  
 ירושלים 91008  
 טל.: 02-6221611 פקס.: 02-6235277

המערעות



נגד

המוסד לביטוח לאומי  
 ע"י הלשכה המשפטית  
 משד' ויצמן 13  
 ירושלים

המשיב

כתב ערעור

מוגש בזה כתב ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בירושלים (מפי הרכב בראשות כב' השופטת שי שדיאורי) מיום 5.8.15 בתיק ב"ל 11-05-18674 שנתקבל במשרד ב"כ המערעות ביום 11.8.15 (להלן – "פסק הדין").

העתק מפסק הדין מצורף כחלק בלתי נפרד מכתב הערעור ומסומן א'.

תביעת המערעות בפני בית הדין קמא והעובדות המוסכמות

1. תביעת המערעות, בנות קטינות לאב תושב ישראל, הוגשה לבית הדין קמא לתשלום גמלת הבטחת הכנסה (להלן – "הגמלה") בהיות "ילדות אסיר" בגין נתקופת המאסר בפועל של האב מחודש 2/11 עד חודש 9/11, לאחר שהמשיב דחה את תביעותו לגמלה בנימוק שהמערעות נרשמו במרשם האוכלוסין ביום 10.2.11 ולכן, לשיטתו, הן לא היו תושבות ישראל לפני מועד זה ומשכך, לא ענו על תנאי התושבות במשך 24 חודשים רצופים טרם הגשת התביעה לגמלה לפי ס"ק 2(ב) לחוק הבטחת הכנסה, תשמ"א – 1980 (להלן – "חוק הבטחת הכנסה").
  2. כמו כן, המערעות הגישו בפני בית הדין קמא תביעה לקצבת ילדים לתקופה החל מחודש 11/10 ואילך בהתאם לטעיף קטן 296(ב1) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה – 1995 (להלן – "החוק"), בהתאם למועד הגשת התביעה לקצבה למשיב ביום 10.2.11.
- אמנם, המשיב שילם עבור המערעות את קצבת הילדים הוחל מחודש 11/10 אך בהמשך טען כי התשלום בוצע בטעות והוא "שומר על זכותו ליצור חוב בחשבונן של התובעות (המערעות כאן – הח"מ) וגין הקצבה ששולמה שלא כדין בתקופה שטרם הוסדר מעמדן" [ר' סעיף 28 לסיכומי המשיב (הנתבע) בפני בית הדין קמא]. לשיטת המשיב, המערעות לא היו זכאיות לקצבאות ילדים לפני חודש רישומן במרשם האוכלוסין.

3. העובדות הצריכות לענין לא היו במחלוקת בפני בית הדין קמא והינן, כדלקמן:
- המערערות ילידות 8.7.05 ו-1.12.07, בהתאמה.
  - אב המערערות, מר מחמד תמימי, הוכר כתושב ישראל מיום 1.1.09 ואימן, גבי נורה תמימי, חסרת מעמד תושבת ישראל.
  - החל מחודש 1/09 ואילך, המערערות התגוררו עם אביהן ואמן בישראל.
  - המערערות נרשמו במרשם האוכלוסין (להלן – "המרשם") ביום 10.2.11.
  - בעקבות תחילת ריצוי מאסר אב המערערות ביום 11.2.11, הוגשה עבורן בחודש 2/11 תביעה לגמלה בעילת ילד האסיר לפי פריט 25 לתוספת הראשונה לחוק הבטחת הכנסה. כאמור לעיל, תביעה זו נדחתה ע"י המשיב בטענה לחוסר תושבות של המערערות טרם הגשת התביעה לגמלה. המשיב הופנה ע"י בית הדין קמא לבחון אם המערערות עומדות ביתר תנאי הזכאות לגמלה ולא הודיע לבית הדין כי מצא הנמקה אחרת בגינה המערערות לא היו זכאיות לגמלה.

### טענות המערערות בפני בית הדין קמא

4. המערערות העלו בפני בית הדין קמא שתי טענות כנגד עילת הדחייה של תביעתן לגמלה:
- (א) אין לפרש את חוק הבטחת הכנסה כמחייב אותן, בבואו להגיש תביעה לגמלה בזכות עצמן כקטינות בהיעדר הורה זכאי, לעמוד בתנאי המוקדם בס"ק 2(ב) לחוק הבטחת הכנסה.
- המערערות הטעו זאת תוך השוואה עם תנאי הזכאות לגמלה של ילדים נטושים או יתומים - עילה נוספת הנוגעת לזכאות קטינים בזכותם עצמם לגמלה בהיעדר הורה זכאי ושהחריגה מפורשות מתחולת ס"ק 2(ב). לטענת המערערות, היעדר החריגה מפורשת לגבי עילת הזכאות של "ילד האסיר" מקורה בטעות (או "תאונה חקיקתית"). בנוסף, תכלית הגמלה מחייבת להעניק לחוק פרשנות שתקדם בצורה יחידה ושיוניית את מימוש זכות הקטינים לגמלה בזכות עצמם בעילות שונות ונובעות מהיעדר הורה הזכאי לגמלה; כמו כן, לטענת המערערות, פרשנות לפיה נדרשת מילדים עמידה בתנאי התושבות המוקדמת לצורך הזכאות בעילת "ילד אסיר" תגרום לעיוות כוונת המחוקק להעניק זכות לגמלת קיום בנסיבות דומות לנסיבות של ילדים נטושים או יתומים.
- (ב) לחילופין, אם ייקבע שהדין עם המשיב בתחולת ס"ק 2(ב) לחוק הבטחת הכנסה על זכות המערערות לגמלה כבנות האסיר, אזי הן עמדו בתנאי זה והיו תושבות ישראל בחודשים 01/09 – 1/11.
5. נפרט כי לפי טענות החלופית של המערערות בפני בית הדין קמא, הן היו תושבות ישראל לפי מבחן "מירב הזיקות" שמרכז חייהן בישראל גם לפני רישומן במרשם, בחודשים 1/09 – 1/11, שכן עובדת מגוריהן הקבועים עם הורה תושב ישראל בישראל לא היתה שנויה במחלוקת.
6. כמו כן, לטענת המערערות, אין להתנות את קביעת התושבות בתנאי שאינו נדרש בחלכה הפסוקה של בית דין זה בענין קביעת התושבות, כגון: בתנאי של רישום ילד לתושב ישראל במרשם.
7. המערערות הדגישו כי מדיניות המשיב לקבוע את זכותן, בגות רכות בשנים, בתחום הביטחון הסוציאלי באופן שונה ממעמד אביהם תושב ישראל, הזכאי בתקופה המקבילה לכל הזכויות הסוציאליות, פוגעת בכללי הצדק הטבעי ולקויה באפליה אסורה. במלים אחרות, זוהי מציאות הזויה, כאשר הורה רשאי לקבל שירותי בריאות מכות חוק ביטוח בריאות ממלכתי או לתבוע קצבה מהמשיב בזכות עצמו, ואילו ילדיו הקטינים שבחזקתו והם גרים עמו מוחזקים ע"י המשיב כאילו לא קיימים!

8. זאת ועוד, לטענת המערערות בפני בית הדין קמא, הן נרשמו במרשם בחודש 2/11 מכוח נוהל משרד הפנים המתלה מועד רישום ילד לתושב ישראל בעל רשיון ישיבת קבע שכן זוגו אינו תושב לשנתיים לפחות לאחר שהילד וההורה השתקעו ונהיו לתושבי ישראל, הלכה למעשה [ר' סעיף ג. 7.1. והגדרת "מרכז חיים בישראל" בסעיף ג.7.2.12 לנוהל מ' 2.2.0010, תאריך עדכון מיום 12.11.2008] (להלן – "נוהל משרד הפנים").

העתק מנוהל משרד הפנים הנ"ל מצורף לכתב הערעור ומסומן ב'.

9. לאור הנוהל האמור, מועד רישום המערערות במרשם בחודש 2/11 נבע ממדיניות משרד הפנים לבחון את תושבות ההורה בעל רשיון ישיבת קבע וילדו מושא הבקשה לרישום, בישראל, לאורך תקופה של שנתיים לפחות, טרם ביצוע הרישום.

10. עיון בנוהל הנ"ל מביא, בנסיבות המערערות, למסקנות הבאות:

א. רישום המערערות במרשם בחודש 2/11 משמעותו כי משרד הפנים ראה את מרכז תייהן בישראל במשך שנתיים לפחות, קרי: בחודשים 01/09 – 01/11, בישראל. מכאן, לפי הנוהל על לשונו ותכליתו, מועד רישום הילד במרשם נקבע בדיעבד להוכחת מרכז חיים בישראל בפועל, על סמך ראיות, במשך שנתיים לפחות של התורה התושב והילד.

אשר על כן, אין לראות במועד רישום המערערות לפי הנוהל בחודש 2/11 כמועד ממנו ואילך המערערות נהיו לתושבות ישראל. נהפוך הוא, יש ללמוד שהמערערות הגישו בפני משרד הפנים ראיות מספיקות שמרכז חייהן עם התורה התושב היה בישראל שנתיים לפחות לפני מועד הרישום.

ודוק, הנוהל לא מותיר כל אפשרות להקדים את מועד הרישום, בהתאם לראיות שהוגשו, ובכך לראות שמרכז חיי המערערות עם אביהן התושב היה בישראל קודם לכן.

ב. הליך רישום ילד לתושב ישראל במרשם לא נועד לקביעת התושבות בתחום הביטחון הסוציאלי אלא משמעו כשמו של הנוהל: רישום ומתן מעמד לילד בהתאם למעמדו של הורה התושב, לפי חוק הכניסה לישראל והתקנות.

שיקולי משרד הפנים בהתקנת הנוהל, ובפרט בקביעת תקופה בלתי מכוטלת של "בחינת התושבות" של ילד במשך שנתיים לפחות, אינם עולים בקנה אחד עם תכלית התושבות בתחום הביטחון הסוציאלי, כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקת בתי הדין לעבודה. וינדגש, המדובר בילדים לתושב ישראל שתושבותו אינה מוטלת בספק, והם גרים עמו!

אורך התקופה של שנתיים "לפחות" במהלכה נבצר מהילד, למעט במקרים מסוימים הנוגעים למתן ביטוח בריאות ממלכתי לילדים שטרם הגיעו לגיל שנתיים וחצי לפי נוהלי המשלב, לממש זכויות כלשהן בתחום הביטחון הסוציאלי, פוגע פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכויות ילדים אלה.

11. זאת ועוד, המערערות הפנו את בית הדין קמא לכך כי בדיון עקרוני בשאלת תושבות ילדי תושבי ישראל טרם רישומם במרשם, המשיב ויתר על הטענה שיש לראות בילדים אלה שוהים בלתי חוקיים שסעיף 2א' לחוק חל עליהם [ר' בתיק ב"ל 10382/10 נדאא ח'אלאילה ואח' נ' המל"ל, הערעור על החלטת כבי הנשיאה ד' פרוזיינין מיום 2.6.13, שדינה כפסק דינו של בית הדין קמא, תלוי ועומד בפני בית דין זה בתיק עב"ל 13304-07-13 נדאא ח'אלאילה ואח' נ' המל"ל, להלן – "הערעור בענין נדאא ח'אלאילה").

יוער כי הדיון בערעור בענין נדאא ח'אלאילה בו המערערים מיוצגים ע"י ב"כ המערערות כאן, קבוע להודעת המשיבים שם (המשיב כאן והיועץ המשפטי לממשלה) עד ליום 15.10.15 "אם אושר הסדר שיבטיח ביטוח בריאות מסמך לקטינים שהחלו בהסדרת מעמדם מול מרשם האוכלוסין ומעמדם טרם הוסדר, ואם כן מהו ההסדר" [ר' ס' 2 להחלטה מיום 10.6.15 בדיון מאותו תאריך בתיק הנ"ל].

12. זאת ועוד, המערערות טענו בקשר לתביעתן לקצבת ילדים כי לפי סעיפים 56 ו-66 לחוק תנאי התושבות חל רק על "הורה", באשר לגבי "ילד" בגינו זכאי "ההורה" לקצבה, התנאי הינו

הימצאותו של הילד בישראל בפועל, ותו לאו, והן עמדו בתנאי זה ולפיכך, קיבלו את הקצבה החל מחודש 11/10 כדין.

### עיקר נימוקי הערעור

13. טעה בית הדין קמא הנכבד בהגדרת יריעת המחלוקת בפניו כאילו נוגעת לזכות המערערות לתשלום הגמלה החל מחודש 01/09, באשר לשיטת בית הדין קמא, המשיב הסכים לראות במערערות כתושבות הזכאיות לגמלה ממועד רישומן במרשם ביום 10.2.11 [ר' הקדמה לפסה"ד].

המערערות חוזרות על האמור לעיל שהן תבעו את הגמלה ממועד הגשת התביעה לגמלה בחודש 2/11, אז נוצרה העילה לתביעתן, שהינו גם חודש רישומן במרשם. ובכן, טענותיהן לתושבות בתקופה מחודש 01/09 עד חודש 1/11 נבעו מעילות הדחייה של תביעתן לגמלה ע"י המשיב בהסתמך על ס"ק 2(ב) לחוק הבטחת הכנסה.

14. זאת ועוד, טעה בית הדין קמא כשהשווה הענקת רישון לשיבת קבע לילד תושב ישראל ע"י משרד הפנים לקביעת התושבות של אותו ילד לפי החוקים הסוציאליים, תוך אימוץ עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בתיק בית הדין בי"ל 10382/10 נדאא ח'אלאילה נ' המלייל (להלן – "עמדת היועץ בתיק נדאא ח'אלאילה"), הלכה למעשה, ללא הנמקה עצמאית שתבוסס בחקיקה ו/או בפסיקה וז'לבנטית, וללא התייחסות מספקת לטענות המפורטות של המערערות בפניו, שלפי ההלכה הפסוקה של בית דין זה לענין התושבות אין להשוות מושגים אלה [סעיפים 24 – 28 לפסה"ד].

כך, בית הדין קמא לא הטעים, מה בין אקט רישום המערערות במרשם לבין קביעת "זיקה מתמשכת עקבית ויציבה", שלפי עמדת היועץ, נדרשת לצורך קביעת התושבות.

זאת ועוד, טעה בית הדין קמא בבואו לבסס את הכרעתו על עמדת היועץ בתיק נדאא ח'אלאילה, שלא הבחין בשוני המהותי בין נסיבות הילדים הנובעים באותו תיק, שנכון למועד הדיון בבית הדין קמא מרביתם טרם נרשמו במרשם האוכלוסין ולפיכך, לשיטת היועץ, מרכז חייהם בישראל היה טעון בירור באמצעות הליך הרישום, בנימוק מרכזי ששימש את היועץ בעמדתו [ר' סי' 12 לעמדת היועץ] לבין נסיבות המערערות לגביהן אין מחלוקת שהן קיימו מרכז חיים בישראל במשך שנתיים לפני הגשת התביעה לגמלה ובזכות זו גם בקשתן למשרד הפנים הסתיימה ברישום.

יישום הגיונה של עמדת היועץ על נסיבות המערערות מלמד כי באמצעות הרישום הן הוכיחו "זיקה מתמשכת עקבית ויציבה".

נוסיף כי מן הסתם, זיקה מעין זו לא נוצרת בין רגע במועד הרישום אלא הינה תולדה של חיי המערערות בישראל. במלים אחרות, הגיון עמדת היועץ בנסיבות התיק בפני בית הדין קמא מביא למסקנה הפוכה מזו אליה הגיע בית הדין קמא, עם כל הכבוד.

15. זאת ועוד, בית הדין קמא לא נימק מדוע תיקבע התושבות, לצרכי מיצוי הזכויות הסוציאליות, רק לאחר שהות הילד עם הורחו התושב במשך שנתיים לפחות בישראל במהלכן יהיה הילד של תושב ישראל והוא גר עמו בישראל נטול כל זכויות סוציאליות ואף נטול הכרה בתושבות לצורכי צבירת ותט, דוגמת הותק לפי ס"ק 2(ב) לחוק וז'בטחת הכנסה [סעיפים 33 – 35 לפסה"ד].

16. למעשה, משמעות פסק דינו של בית הדין קמא היא קביעת תנאי חדש ומחמיר ביותר בקביעת התושבות, שיחול רק על ילד לתושב ישראל והוא גר עמו, שאינו קיים לגבי כל תושב אחר הרשום במרשם, קרי: קיום מרכז חיים בישראל במשך שנתיים לפחות.

17. כמו כן, עם כל הכבוד, טעה בית הדין קמא שהגיע למסקנה שהמערערות לא היו תושבות ישראל לפני הרישום בתקופה שבמחלוקת, תרף קביעתו עצמו שבתקופת בירור מעמד המערערות במשך שנתיים לפני רישומן במרשם, יש לראות את מרכז חייהן בישראל [ר' סעיפים 24, 25 לפסה"ד].

מצירוף קביעה עובדתית זו עם הקביעה שאין לראות במערערות כמי שנדרשו לצאת את הארץ אלא כמי ש"מעמדן נמצא בבירור" (סי' 26 לפסה"ד) מתבקשת המסקנה שאין לראות במערערות שוהות שלא כדין שסעיף 2א' לחוק חל עליהן, ולפיכך היתה צריכה להוביל להכרה בתושבות המערערות.

ודוק, בית הדין קמא לא הטעים במה שונה "מרכז החיים בישראל" של המערערות לפני הרישום ואחרי הרישום מבחינת מבחן התושבות לפי הפסיקה של בית דין זה.

18. זאת ועוד, טעה בית הדין קמא, עם כל הכבוד, כשביסס את מסקנתו בדבר רישום ילד כתושב ישראל כתנאי בל יעבור לזכאות לזכויות לפי החוקים הסוציאליים על בג"צ 11044/04 דמיטרי סולומטינו ואח' נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, ניתן 27.6.11, לחלן – "בג"צ סולומטינו"). ביחוד, טעה בית הדין קמא בפירוש בג"צ סולומטינו כאילו קובע הלכה ש"החלטת משרד הפנים היא בסיס הזכויות (הסוציאליות – הח"מ)" [ר' סעיף 37 לפסה"ד].

19. עם כל הכבוד, פרשנות בית הדין קמא לבג"צ סולומטינו מתעלמת מהשוני המהותי בין עובדות העתירה כהווייתן שדנה בזכות ילדים לאימהות זרות בטרם נקבעה אבהות מאב תושב ישראל לצורך רישום במרשם מכוח האב הישראלי, ולצורכי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, לבין עובדות התיק בפני בית הדין קמא בו לא היה שוני במחלוקת שהמערערות בנות לאב תושב ישראל.

כמו כן, פרשנות בית הדין קמא מתעלמת מהעובדה שהקביעות המשפטיות של בית המשפט הגבוה לצדק בפסק דינו מוגבלות לנסיבות העתירה בפניו ולא נושאות אופי כללי.

בית הדין קמא אף התעלם מכך שעמדת המשיב בעתירה הני"ל היתה שיש להבחין בין ילדים של תושבי מזרח ירושלים לגביהם נשאלת אך שאלה של תושבות ההורה לצורך קביעת זכות הילדים לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, לבין העותרים שם.

20. כמו כן, טעה בית הדין קמא כשדחה באופן לקוני ובלתי מנומק את טענות המערערות, המבוססות על לימוד הליכי חקיקת שתי עילות הזכאות לגמלה של ילדים קטינים בזכות עצמם (בהיעדר הורה זכאי), לטעות באי החרגה מפורשת של עילת הזכאות "ילד אסיר" מתחולת ס"ק 2(ב) לחוק הבטחת הכנסה והצורך בפרשנות תכליתית, יחידה ושוויונית של תנאי הזכאות בעילה זו, בדרך של הקשה מתנאי הזכאות של ילד יתום או נטוש בזכות עצמו, שהוחרגה מפורשות מתחולת ס"ק 2(ב) לחוק הני"ל.

21. כמו כן, טעה בית הדין קמא, עם כל הכבוד, כשדחה ללא כל הנמקה את תביעת המערערות לקצבת ילדים.

### אי תחולת התנאי של תושבות רצופה קודמת במשך 24 חודשים על תובעי גמלה קטינים

22. בהיעדר התייחסות בית הדין קמא בפסק דינו להנמקת המערערות בדבר אי תחולה של ס"ק 2(ב) לחוק הבטחת הכנסה, הן מבקשות לפרט את טענותיהן בנדון להלן.

23. עילות הזכאות לגמלת הבטחת הכנסה נקבעו בסעיף 2 לחוק הבטחת הכנסה והתוספת הראשונה לחוק. התוספת הראשונה נחקקה בתיקון 18 לחוק [ס"ח 1882, 29.12.02, בתוקף מיום 1.1.2003] (להלן – "תיקון 18").

24. סעיף 2 לחוק הבטחת הכנסה חינו סעיף מורכב. בסעיפי המשנה (א) ו- (ב) הוא קובע תנאים כלליים לזכאות לגמלה, כגון: גיל הזכאות, תנאי התושבות ורצף התושבות לפני הגשת התביעה לגמלה במשך 24 חודשים, וכן עילות הזכאות הפרטניות הנעוצות במצב נזקקות זה או אחר, כגון: היעדר תעסוקה, שכר עבודה נמוך, הורה לילד עד גיל שנתיים וכדו'. במקביל, כלולים בסעיפי המשנה לסעיף 2 לחוק חריגים מתחולת התנאים הכלליים, למשל לענין הגיל: בסעיף קטן 2(א)(א') נקבע שתנאי הגיל לא יחול על הזכאים לפי פריטים מסוימים של התוספת הראשונה שגיל הזכאות שלהם יהיה 18 שנים, במקום 25.

25. לאור חשיבותו, נצטט סעיף 2(ב) לחוק, לאמור:
- (ב) תנאי נוסף לזכאות לגימלה הוא שהחובע היה תושב ישראל עשרים וארבעה חודשים רצופים לפני הגשת תביעתו, אולם תנאי זה לא יהול על מי שמקבל קיצבה לפי פרק ח' או פרק י"א לחוק הביטוח.
26. בסעיפי המשנה (ג) ו- (ה) לסעיף 2 לחוק הבטחת הכנסה נקבעת סמכות שר הרווחה להתקין תקנות לענין עילות זכאות נוספות מגיל 25 שנים, אף בהיעדר עמידה בתנאי התושבות, ועילות זכאות לבני 20 – 25 שנים.
27. משמע סעיפים קטנים 2(ג) ו- (ח) לחוק שהשר אינו מוסמך להתקין תקנות ולקבוע בהן עילות זכאות למי שגילו קטן מגיל 20 שנים.
28. אשר על כן, בתיקון 18 לחוק, המחוקק חוקק גם סעיף משנה 2(ד) לחוק ופריט 1 לתוספת הראשונה הקובע זכאות לגמלה לילדים יתומים או נטושים שלפחות אחד מהוריהם היה תושב ישראל.
29. ואולם, עד לתיקון 35 לחוק לגבי ילדים שסעיף קטן 2(ד) לחוק חל עליהם לא נקבע בלשון החוק שזכאותם אינה מותנית ברצף תושבות למשך 24 חודשים לפי ס"ק 2(ב) לחוק.
30. כפי שהתברר בדיעבד, ההוראה על התרגת ס"ק 2(ד) מתחולת ס"ק 2(ב) נשמטה בטעות גדידא [ר' הצעת תיקון 34 לחוק הבטחת הכנסה, ה"ח 407, 30.7.08, עמ' 746]!
31. ניתן רק לתאר כמה תביעות של ילדים יתומים ונטושים נדחו ע"י הנתבע בנימוק של היעדר תושבות במשך 24 חודשים רצופים לפני הגשת תביעתם!
32. טעות זו תוקנה ע"י המחוקק בתיקון 35 לחוק הבטחת הכנסה [ס"ח 2235, 22.3.10, בתוקף מיום 1.4.10], ומאז על ילד התובע גמלה בעילת ילד יתום או נטוש לא חל התנאי של תושבות רצופה למשך 24 חודשים לפני הגשת התביעה לגמלה.
33. עד לתיקון 35 לחוק, התוספת הראשונה כללה רק עילה אחת של זכאות קטינים מכוח עצמם, פריט (1) המתייחס לילדים יתומים או נטושים כאמור בס"ק 2(ד) לחוק.
34. במסגרת הצעת החוק שנהיה לתיקון 35 הוצע, כלהלן:

**"סעיף 2(א) לחוק קובע כי זכאי לגמלה לפי החוק הוא תושב ישראל שמלאו לו 25 שנים. כחריג לכלל האמור נקבע בסעיף 2(ד) לחוק הסדר מיוחד לתשלום גמלה לילד היתום משני הוריו, לילד היתום מהורה אחד שהורה השני נעדר וכן ל"ילד נטוש". "ילד נטוש" מוגדר לענין זה בפסקה (1) לתוספת הראשונה כ"ילד שהורה נטש אותו בישראל, ובלבד שאחד מהוריו הוא תושב ישראל, או ילד שהורה הוא תושב ישראל נטש אותו בישראל והורה השני נפטר, נעדר או שאינו מתגורר עמו, ונבצר ממנו דרך קבע מלמלא חובותיו כלפי הילד".**

עוד נקבע בסעיף 2(ד) לחוק כי ילד תושבי ישראל שטרם מלאו לו 25 שנים, יהיה זכאי לגמלה ובלבד שהתמלאו בו שני אלה: הוא היה זכאי לגמלה אילו מלאו לו 25 שנים והתמלאו בו התנאים והכללים שנקבעו בתוספת הראשונה שבמחוק.

לאחרינה עלה הצורך למצוא פתרון במסגרת החוק גם לילד תושב ישראל, אשר הורהו התושב אינו זכאי לגמלה בהיותו אסיר או עציר, והורהו השני אינו תושב ישראל אך נמצא עמו בישראל. לפי החוק כנוסחו היום הילד אינו זכאי לגמלה אף שהוא תושב, הואיל ואינו עונה להגדרה "ילד נטוש" שבחוק או לכללים שנקבעו בתוספת הראשונה.

מוצע על כן לתקן את התוספת הראשונה לחוק ולקבוע כי ילד תושב ישראל שהוריו התושב אינו זכאי לגמלה בשל היותו אסיר או עציר לתקופה העולה על 30 ימים, ושהוריו השני אינו תושב, יהיה זכאי לגמלה בשיעור הזהה לזה המשתלם לזכאים לגמלה שבן זוג המתגורר עמו אינו תושב ישראל (היינו בשיעור המשתלם לשני בני זוג בהתאם להרכב משפחתם, פחות סכום השווה ל-7.5% מהסכום הבסיסי בהגדרתו בסעיף 1 לחוק).

עוד מוצע לקבוע כי אם האמור לעיל מתקיים בשני ילדים או יותר, במשפחה אחת, תשולם להם גמלה אחת בלבד בשיעור האמור.

35. לפיכך, בתיקון 35 לחוק הוסף פריט (25) לתוספת הראשונה הקובע את עילת הזכאות של ילד אסיר שהינו תושב ישראל שהוריו השני עמו הוא נמצא אינו תושב ישראל ואינו זכאי לגמלה בזכות עצמו.
36. לאור האמור בהצעת החוק, המחוקק הראשי ביקש לקבוע את עילת הזכאות לגמלה לילדי אסיר שהינו תושב ישראל ואין להם הורה זכאי, כהשלמה לעילת זכאות של ילדים יתומים או נטושים ובאשר הגדרת ילדים אלה אינה מתקיימת לגבי ילדי האסיר [ר' גם עמ' 10 ו- 11, פרוטוקול ועדת העבודה, הרווחה והבריאות מס' 127 מיום 17.11.09, פורסם בנב].
37. המדובר איפוא בשתי עילות ייחודיות של זכאות ילדים קטינים בזכות עצמם שנועדו לתכלית אחת: לדאוג לרווחת ילד תושב ישראל שנעדר לו הורה זכאי.
38. שעה שהמחוקק החליט, בסופו של יום, לתקן את הטעות ולקבוע שילד יתום או נטוש פטור מדרישת התושבות הרצופה, יש להקיש מכך גם על זכות ילד האסיר, אף בהיעדר הוראה מפורשת.
- מסקנה זו נובעת הן מתכלית אחידה של תשלום גמלה לילדים קטינים בזכות עצמם כשאין להם הורה זכאי לפי שתי העילות הנ"ל, והן מטעמי שוויון ומניעת אפליה אסורה בין הילדים הזכאים לפי שתי עילות הזכאות הנ"ל.
39. המערערות יוסיפו שפסיקת בית הדין קמא, אם תישאר על כנה, תוביל לתוצאות אבסורדיות. כך, לפי פרשנות בית הדין קמא תביעות ילדים קטינים תדחנה אוטומטית בכל מקרה בו גיל הילדים פחות משנתיים.
- זאת ועוד, אם תישאר על כנה מדיניות המשיב להתנות קביעת תושבות ילדו של תושב ישראל בעל רשיון לישיבת קבע ברישום הילד במרשם, ובשים לב לנוהל משרד הפנים הדוחה את מועד הרישום לשנתיים לפחות לאחר היווצרות התושבות בפועל, אזי ילדו של אסיר שהנוהל חל עליו יהיה זכאי לגמלה לכל המוקדם מגיל ארבע (שנתיים של ההמתנה עד לרישום ושנתיים המתנה לפי ס"ק 2(ב) לחוק הבטחת הכנסה), אפילו אם נולד וגר כל חייו בישראל!
- תוצאה זו מהווה עיוות כוונת המחוקק שמאחורי פריט 25 לתוספת הראשונה הקובעת זכאות ילדו של אסיר לגמלה.
- לחילופין ובנוסף, היא יוצרת הפליה אסורה ופטולה בין סוגי ילדים קטינים שלא על רקע מצב הנוקדות אלא מטעמים לא רלבנטיים לתנאי הזכאות לגמלה, כגון: גיל הילד כאשר אוטומטית אין זכאות לכל ילדי תושבים שגילם פחות משנתיים ולילדים בעלי רשיון לישיבת קבע שגילם פחות מארבע.
40. לפיכך, המערערות יטענו שזכותן לגמלה בעילת "ילד אסיר" לפי פריט (25) לתוספת הראשונה אינה כפופה לס"ק 2(ב) לחוק הבטחת הכנסה.
41. לחילופין, המערערות יטענו, כאמור לעיל, שממילא הן היו תושבות ישראל, בהתאם למבחנים שנקבעו בהלכה הפסוקה לקביעת התושבות, ולחילופין, לאור קביעת העובדתית של בית הדין קמא שמרכז חייהן במשך שנתיים לפני הרישום במרשם היה בישראל.

## מרכז החיים כמבחן לקביעת התושבות עפ"י חוק הביטוח הלאומי

42. המערערות יטענו שקביעת בית הדין קמא שיש לקבוע תושבות של ילד תושב ישראל ממועד רישום הילד במרשם אינה מעוגנת בהלכה הפסוקה לענין מבחן התושבות לפי החוק ואינה מתיישבת עם העקרונות שהוטבעו בפסיקה לאור תכלית התושבות לפי החוק כמעניקה זכויות סוציאליות.
43. מבחן התושבות מושרש היטב בפסיקתו של בית הדין הזה והוא מהווה מבחן מעשי-פרקטי שנקבע, כלהלן:

"לא יהא זה נכון לקבוע נוסחה כוללת ומרשם כולל, אשר יהיה בהם כדי לענות על כל המצבים שבהם מתעוררת השאלה, אם פלוני הוא תושב ישראל, אם רכש ממעד כזה, או אם הפסיד ממעד כזה. תשובה תבוא ממכלול הנסיבות, כעולה מכל האמור לעיל. יודגש, שבחשבון סופי תקבע הזיקה למעשה, זיקה שלא יהא בה מהזמניות או מהארעיות, וזיקה שיש בה להוכיח ראיית מקום שבתחום ישראל, כמקום ש- "בו הוא חי", ש" זה ביתו"

[עב"ל מה/04-73 עינאדה סנוקה נ' המל"ל, פד"ע, כרך יז תשמ"ו 1985 – 1986, בעמ' 84]

44. באשר למשמעות הרישום במרשם, נקבע שהוא בעל היבט ראייתי בלבד בקביעת התושבות, בתור חזקה שבחוק הניתנת לסתירה, לפי סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין [ר' דב"ע נה/0-19 פאתנה שעאבנה נ' המל"ל, פד"ע כט, 133(1995)].
45. ויודגש, אין בפסיקה של בית דין זה כל קביעה בדבר רישום של ילד תושב ישראל במרשם כתנאי קונסטרוקטיבי בלעדיו אין לילד תושבות המעניקה זכויות סוציאליות, למעט בהיבט השלילי של תחולת סעיף 2א' לחוק על בעלי אשרות ספציפיות או שוהים בישראל שלא כדין, נסיבות שלא מתקיימות במערערות.
46. מבחן התושבות שנקבע בהלכה הפסוקה של בית דין זה מבוסס על "מירב הזיקות", שהעיקרית ביניהן היא מקום ביתו, המצביעות על ישראל כמרכז חייו, ותו לאו. מבחן זה שריר וקיים עד היום והוא לא תוחלף בקביעת מעמד ע"י משרד הפנים (מה עוד שמשרד הפנים חסר סמכות בתחום החקיקה הסוציאלית).
47. בית דין זה חזר על מבחן מרכז החיים לפי מירב הזיקות גם בפסיקתו האחרונה [ר' לדוגמא עב"ל 363/09 עבדאללה חנין צלאח עזה נ' המל"ל, פורסם בנבו, ניתן 13.3.2011, סעיפים 14 – 16; עב"ל 28253-02-12 שמואל שפינט נ' המל"ל, פורסם בנבו, ניתן 18.6.13].
48. בית הדין הנכבד מופנה גם לנימוקי המערערים בערעור בענין נדאא תאלאילה שדרישת רישום ילד כתושב ישראל במרשם כתנאי להכרה בתושבות הילד אינה מעוגנת בחוק ובחלכה הפסוקה, מפרה את ההתחייבויות הבינלאומיות של ישראל לפי אמנת זכויות הילד, נובעת מטעמים זרים ופסולים ומהווה פגיעה בכללי הצדק הטבעי, שעה שאינו ולא יכולה להיות הצדקה להבחין בין זכות הורה תושב לבין זכות ילדיו הקטינים הגרים עמו בישראל בנגישות למערכת הסוציאלית!

## אי תחולה של בג"צ סולומטיו על נסיבות המערערות

49. המערערות יטענו שפרשנות בית הדין קמא לפסק דינו של בית המשפט הגבוה לצדק בבג"צ סולומטיו, עם כל הכבוד, היתה שלא כהלכה.
50. בהליך הנ"ל, בית המשפט הגבוה לצדק דן בעתירה להכיר בזכות ילדים שנולדו לאמהות נתינות זרות שמצויים בישראל ולגביהם הוגשו בקשות לקביעת מעמדם בישראל מכוח אב תושב ישראל, לשירותים רפואיים עפ"י חוק בריאות ממלכתי בתקופה בטרם נמצעה אבהות האב הישראלי לפי בדיקת רקמות כדרישת משרד הפנים.



51. עמדת המדינה בפסק הדין בענין סולומטין היתה שאין להעניק לילדים אלה שירותי בריאות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי "בתקופת הביניים עד לבירור מעמדם כאזרחי בישראל מכוח מעמד הווייהם" (ר' סי' 8 לפסק הדין) (ההדגשה שלי – הח"מ).

52. ודוק, המדינה בתשובתה לעתירה אף הבחינה בין מקרה העותרים הנוכחים לבין את מה שכנתה "פרשת ילדי מזרח ירושלים" (כנראה, הכוונה היתה לבג"ץ 2100/99), באמרה, כלהלן:

**"באותו ענין הושג הסדר מוסכם, אשר נתקבל לפני חקיקת סעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי, והוא מתייחס לילדים של תושבי מזרח-ירושלים, שלא התעוררה לגביהם שאלת אבהות המקרינה על מעמדו של הילד בישראל, כפי הדבר בענייננו. באותה פרשה עלתה רק סוגיית מרכז החיים האמיתי של המשפחה, ביחס להורה שהוא בעל מעמד בישראל, ואשר היה בעת לידת הקטין מבוטח על-פי חוק ביטוח בריאות."**

(ר' סי' 9 לפסק הדין) (ההדגשה שלי – הח"מ)

53. כבג"צ סולומטין, בית המשפט הגבוה לצדק ביסס את פרשנות מונח התושבות לצורך הזכאות לזכויות עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי על אותו מבחן התושבות הרב-שנים המחייב זיקה מהותית ונמשכת לישראל והשתתפות בעול מימון המערכת הציבורית, לעומת "מי שמקיים זיקה ארעית בלבד למדינה, ואינו נדרש לשאת בחבות ובנטלים המוטלים על תושביה", כאשר גם נקבע ש- "אין להניח קיומה של חובה חוקתית לשוויון בהקצאת משאבים – לרבות לצרכי בריאות – בין בעלי מעמד בישראל לאלה שאינם תושביה ובלבד שזכויות היסוד לחיים ולשלמות הגוף של כל אדם באשר הוא תכובדנה" (ר' סעיפים 24 – 26 לפסק הדין).

54. עמדת בית המשפט הגבוה לצדק בענין סולומטין היתה איפוא כי בתקופה בה טרם הוכרה אבהות הילדים העותרים מצד האב הישראלי בדרך שנקבעה ע"י משרד הפנים (ואשר קיבלה גושפנקא משפטית בפסק הדין בענין ויס, [בג"ץ 10533/04 איל ויס נ' שר הפנים, פורסם בנבו, ניתן 28.6.11], זיקתם היחידה של אותם ילדים לישראל מתבטאת אך ורק בשהייתם הפיזית בישראל.

55. לפי בית המשפט הגבוה לצדק, אין די בהימצאות ילד לאם נתינה זרה בישראל, כדי למלא אחרי מבחן התושבות, בטרם הוסדר מעמדו בישראל באמצעותו הילד היה רוכש זיקה נוספת – וקבועה – לישראל מטעם אביו הישראלי, ומטעמים אלה, נדחתה העתירה [ר' סעיפים 17, 18 לפסק הדין].

56. אשר על כן, קביעתו של בית המשפט הגבוה לצדק שהילדים נשוא העתירה אינם נכללים בהגדרת "תושב" עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי כיוון "שמעמדם בישראל טרם הוסדר" (סי' 27 לפסק הדין) יש לקרוא בהקשר של נסיבות העתירה, כמתייחסת להיעדר מעמד בעטן של היעדר הודה תושב ישראל, כלהלן:

**"עולה מכך, כי לא עומדת לילדים, אשר מעמדם בישראל טרם נקבע בשל בירור שאלת האבהות עליהם, זכות חוקתית להיכלל כמבוטחים בחוק ביטוח בריאות."**

(ר' סי' 17 סיפא לפסק הדין) [ההדגשה שלנו – הח"מ]

57. כמו כן, חשוב לציין כי אחד השיקולים העיקריים שהובילו לדחיית העתירה בבג"צ סולומטין היה קיום הסדר חלופי המאפשר לילדים נשוא העתירה גישה נאותה לשירותים רפואיים במימון חלקי של המדינה בהיקף כמעט זהה לסל הבריאות עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי.

המדובר בהסדר למתן שירותים רפואיים לקטינים הנמצאים בישראל ואינם מבוטחים עפ"י החוק שנקבע בחוור מנכ"ל משרד הבריאות מסי' 17/2001 מיום 15.7.01 ועל פיו קופת חולים מאוחדת מעניקה שירותי בריאות נרחבים לילדים אלה במימון המדינה ובהשתתפות הורי הילדים (להלן – "ההסדר").

ואולם, לפי סעיף 2.6 להסדר, ילדים שלהם הורה הרשום במרשם האוכלוסין, מותרים מההסדר.

וכך נקבע בסעיף 2.6 להסדר, לאמור:

**"החריגים לזכאות כוללים: קטינים שהאחראי להם הוא תושב הרש"פ, קטינים שאחד מהוריהם רשום במרשם האוכלוסין הישראלי, וקטינים השוהים בישראל כתיירים, או במסגרת שליחות דיפלומטית, עבודה אקדמית או לימודים אקדמיים של אחראים להם או שלהם".**

58. מכל האמור לעיל מתבקשת המסקנה שבג"צ סולומטין אינו רלבנטי לנסיבות המערערות לגביהן אין מחלוקת שהן בנוות לתושב ישראל, ואין ללמוד ממנו כאילו קובע הלכה פסוקה חדשה המתנה הכרה בתושבות ילדי תושבי ישראל ברישום קודם במרשם.

### **רישום המערערות במרשם מהווה ראיה לתושבותו במשך שנתיים לפני מועד הרישום**

59. בית הדין קמא לא חלק כי משמעות נהל משרד הפנים שלפיו נרשמו המערערות במרשם, מתנה את רישום ילד תושב ישראל בהוכחת מרכז חייהן בישראל בתקופה 1/09 – 1/11, אחרת הן לא היו נרשמות במועד בו נרשמו, בחודש 2/11.

60. יתרה על כן, בית הדין קמא קבע **פקביעה עובדתית פוזיטיבית** שמרכז חייהן של המערערות בתקופה הנדונה היה בישראל, לאור רישומן במרשם בחודש 2/11.

61. נשאלת השאלה: מה בין "מרכז החיים בישראל" לבין "התושבות"? מדוע לאור קביעתו עצמו בדבר מרכז החיים של המערערות בישראל בתקופה זו, הן לא הוכרו כתושבות ישראל?

62. לטענת המערערות, רישומן במרשם, לפי לשונו תברורה של הנוהל ותכליתו לדחות את מועד הרישום לשנתיים לפחות לצורך בחינת כנות התושבות, מהווה ראיה שבתקופה לפני הרישום, הן היו תושבות בפועל.

63. אשר על כן, מבחינת משרד הפנים על מנת שילד תושב ישראל יקבל אשרת ישיבה בישראל, עליו להוכיח תושבות בפועל במשך שנתיים לפחות.

64. שעה שהענקת האשרה ע"י משרד הפנים מותנית בהוכחת התושבות במשך שנתיים, מועד הענקת האשרה אינו מסמן את תחילת התושבות אלא אך מועד ההכרה הרשמית בסטטוס של תושב.

65. לכך יש להוסיף שהטעמים של משרד הפנים לקביעת משך התקופה לגביה נבחנת תושבות בפועל של ילד תושב ישראל בישראל, **אינם משוררים כלל ועיקר לשיקולי זכויותיהם הסוציאליות של ילד** אלא מטרתם לוודא טרם מתן מעמד קבע במדינה שהילד השתקע בישראל ואינו באופן זמני אצל הורחיו תושב ישראל [ר"ע ת"ם 11-11-14295 למא אבו ג'ית ואח'י נ' שר הפנים ואח'י, פורסם בנבו, 13.2.2012, סעיף 11 לפסה"ד].

66. לא זו אף זאת, לא רק שהטעמים לקביעת מעמד ילד תושב ישראל רק לאחר המתנה של שנתיים לפחות לא מתחשבים בזכויות הילד בתחום בריאותו, רווחתו וחינוכו, אלא תנאי זה גורם בפועל לפגיעה קשה בזכויות שנסללות מהילד עקב אי הסדרת מעמדו בתקופת הביניים (קרי: טרם הרישום), פי שצוין ביחס לזכות לחינוך חובה בפסק דין עת"ם 8340/08 למא אבו ג'ית ואח'י נ' שר הפנים ואח'י, פורסם בנבו, 10.2.2008, סעיף 12 לפסה"ד].

67. מבחן מירב הזיקות המוכר בפסיקת בית דין זה גם מקפל בתוכו את משמעות הקביעות, אלא שבניגוד למבחן הבלתי גמיש של תחילת התושבות באקט הרישום, הוא מאפשר את שקילות נסיבות המקרה באופן רחב, ללא התניית הזמן אלא בהתאם לאיכות הקשר עם ישראל, כפי שבא לידי ביטוי בכינויו כמבחן מירב הזיקות.

68. לאור האמור, המערערות יטענו שהתושבות לצורך יישום החוקים הסוציאליים אינה יכולה להיות נגזרת מעובדת הסדרת מעמד הילד של תושב ישראל במשרד הפנים, ואפילו לא מעובדת

משרד הפנים, הוא מאפשר את שקילת נסיבות המקרה באופן רחב, ללא התניית הזמן אלא בהתאם לאיכות הקשר עם ישראל, כפי שבא לידי ביטוי בכינויו כמבחן מירב הזיקות.

83. לאור האמור, המערערות יטענו שהתשובות לצורך יישום החוקים הסוציאליים אינה יכולה להיות נגזרת מהסדרת מעמד הילד של תושב ישראל במרשם, ואפילו לא מעובדת הגשת הבקשה לרישום, אלא צריכה להיגזר ממבחן עתיק ימיו של מירב זיקות הילד לישראל, כפי שנקבע בפסיקת בתי הדין לעבודה, פן זכויות הילד בתחום הבריאות והרווחה תיפגענה באופן קשה.

### זכות לקצבת ילדים עבור המערערות

84. התביעה לקצבת ילדים עבור המערערות הוגשה ביום 10.2.11.
85. לאור מועד הגשת התביעה לקצבה ובהתאם לסעיף 296(ב1) לחוק, המערערות יטענו שהן זכאיות לקצבת ילדים החל מחודש 11/10.
86. המערערות טענו בפני בית הדין קמא שבתקופה זו, בחודשים 11/10 – 1/11, הן היו בגדר "ילד" של תובע הגמלה, שהוא אביהן ותושב ישראל ולפיכך, אביהן עמד בתנאים לזכאות לקצבת ילדים עבורן בהתאם לסעיף 66 לחוק, לאמור:  
"הורה מבוטח זכאי לקצבת ילדים חודשית לפי מ"ק זה בעד כל ילד."
87. המערערות הוסיפו שהגדרת "ילד" בסעיף 65 לחוק אינה כוללת דרישה לתושבות הילד אלא לגילו והימצאותו בפועל בישראל.
88. אשר על כן, התניית זכות אב המערערות לקצבת ילדים עבורן בתושבות המערערות היתה שלא כחוק.
89. לחילופין, המערערות טענו, בהתאם לאמור לעיל, שהן היו תושבות ישראל בתקופה המדוברת.
90. ואולם, בית הדין קמא לא דן מטענות המערערות בענין הזכות לקצבת ילדים ודחה את התביעה לסעד זה ללא כל הנמקה.

אשר על כן, בית הדין הנכבד מתבקש לקבל את הערעור ולקבוע שהמערערות זכאיות לגמלת הבטחת הכנסה עבור החודשים 2/11 – 9/11 ושאינן חוב קצבת ילד בגין התקופה מחודש 11/10 ועד חודש 2/11. כמו כן, בית הדין הנכבד מתבקש לפסוק למערערות הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

---

סופי טיקוצקי, עו"ד  
ב"כ המערערות

---

בסאם כרכבי, עו"ד  
ב"כ המערערות