

בעניין :

**פישביין אדית**

**פישביין רג'ינה**

ע"י ב"כ עו"ד קרן צפריר

מהקליניקה לזכויות זקנים וניצולי שואה

ו/או כל עורכת דין אחרת ממערך הקליניקות המשפטיות

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן 5290002

טל' /פקס : 03-7384470

**המערעות**

- נ ג ד -

**המוסד לביטוח לאומי**

ע"י עו"ד שרון חגיגי ו/או כל עו"ד אחר מן הלשכה המשפטית

רח' יצחק שדה 17 תל אביב 6777517

טל' : 03-6250730 ; פקס : 03-5127149

**המשיב**

**כתב ערעור**

המערעות מתכבדות בזאת להגיש לכבוד בית הדין ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב בב"ל 15-06-1277, אשר ניתן ביום 12.1.2017, אך הובא לידיעתן של המערעות רק בתאריך 22.1.2017 (המצאה כדין נעשתה בתאריך 5.2.2017). פסק הדין דחה את בקשת המערעות לקבלת קצבת שאירים בנימוק שלא ניתן להכיר באחיות המקיימות משק בית משותף כ"ידועות בציבור".

[א'] העתק פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בב"ל 15-06-1277 מצורף לכתב ערעור זה ומסומן באות א'.

בית הדין הנכבד מתבקש לקבל את הערעור ולקבוע כי המערעות זכאיות לקצבת שאירים בגין היותן ידועות בציבור זו של זו.

**ואלה נימוקי הערעור**

## **א. מבוא**

1. עניינו של תיק זה הוא בזכות הבחירה של המערערות, אשר החליטו מתוך בחירה חופשית לחלוק את חייהן זו עם זו. החליטו, ועשו: במשך כל חייהן מנהלות המערערות זוגיות מלאה באהבה, דאגה ושיתוף מלא, תוך שהן מעדיפות זו את חברתה של זו על פני אחרים, ולא רואות עתיד אחר מלבד עתיד משותף יחדיו.
2. אלמלא היה מדובר באחיות, קשה להאמין שהמשיב היה מתנגד להגדרתן כידועות בציבור זו של זו, והיה מעניק להן זכויות מכח הזוגיות ארוכת-השנים שהן מנהלות, בהתאם לתכלית החברתית והסוציאלית של גמלת השאירים.
3. ואולם, בחירתן הלגיטימית של המערערות והאופן בו החליטו לחיות את חייהן עומדים עתה לביקורת, שעה שהמשיב, כמו גם בית הדין קמא הנכבד, קבעו כי מערכת יחסים זו איננה ראויה לתמיכת המדינה.
4. למעשה, קבע בית הדין קמא כי אינטרס הציבור איננו בבחירה החופשית של שתי אחיות בוגרות, המחליטות מרצונן המלא לחיות את חייהן יחד. לדידו של בית הדין קמא, אינטרס הציבור עליו יש להגן טמון בבחירתם של שני אנשים זרים לחלוק את חייהם זה עם זה, בזוגיות "רומנטית" (כדברי בית הדין קמא הנכבד, בעמ' 14 שורה 4 לפסק הדין).
5. המערערות יטענו להלן, כי שגה בית הדין קמא בפסק דינו, עת שלל באופן גורף וללא כל התחשבות בנסיבות את יכולתן של המערערות להיחשב כידועות בציבור זו של זו לצורך קבלת גמלת שאירים מהמשיב, אך ורק בשל היותן אחיות.

## **ב. רקע כללי**

6. המערערות רגינה ואדית פישביין, ילידות שנת 1922 ושנת 1927 בהתאמה, הן אחיות אשר חיו כל חייהן יחד, הן לפני פטירתם של הוריהן והן לאחר מכן. המערערות מתגוררות באותה דירה בדור מוגן במרכז העיר תל-אביב, אליה עברו יחד בשנת 2007, והן חולקות את חייהן זו עם זו באופן מלא: חולקות חשבון בנק משותף, ממנו משולמות גם הוצאות המחיה, חולקות זו עם זו את החופשות והפעילויות החברתיות, וכך גם את יתר היבטי החיים.
7. כפי שהובהר בפני בית הדין קמא, למען הסר ספק, המערערות מצהירות כי הן אינן מקיימות יחסי אישות זו עם זו ולא קיימו יחסי אישות זו עם זו מעולם.
8. יחד עם זאת, מידת האהבה, התלות וההסתמכות הכלכלית והרגשית של האחיות זו על זו היא כשל זוג לכל דבר ועניין: הקשר הרגשי אשר נרקם בין האחיות, אשר חולקות חיים שלמים זו עם זו, הוא משמעותי ביותר ואיננו ניתן מבחינתן להשוואה או להמרה בזוגיות אחרת פרט לזוגיות זו. בנוסף, כאמור, המערערות מנהלות חשבון בנק משותף אליו משולמות כל הכנסותיהן, וממנו הן משלמות עבור כל הוצאות קיומן. מכאן, שהמערערות נסמכות זו על זו הן מההיבט הרגשי והן מההיבט הכלכלי.
9. ברי לכל, וגם למערערות עצמן, כי עם פטירתה של הראשונה מביניהן, תישאר האחות הנותרת – לראשונה בחייה, ובגיל מבוגר ביותר – לבדה בעולם, ללא כל משענת רגשית וכלכלית.
10. מצב זה בדיוק מבקשות המערערות למנוע, ומכאן הערעור.

11. על מנת להכריע בשאלת הזכאות לגמלת שאירים, הלך בית הדין קמא בדרך הבאה: ראשית, בחן את לשון חוק הביטוח הלאומי וקבע כי לשון החוק איננה מאפשרת להכיר בזוג אחיות כמקיימות קשר כשל איש ואשה; בהמשך, המשיך בית הדין קמא ובחן את הפרשנות התכליתית של הסעיף, וקבע כי תכלית גמלת השאירים מורכבת הן מסוג הקשר המשפחתי והן מהתלות הכלכלית בין מבקש הגמלה לבין המנוח; נוכח תכלית זו, בחן בית הדין קמא את השאלה, האם מערכת היחסים בין המערערות עונה על תכלית החוק כפי שהוגדרה על-ידו, וקבע כי מטרת המחוקק היא הגנה על התא המשפחתי, המבוסס על "אהבה רומנטית", אשר איננה מתקיימת בענייננו; משום כך, המשיך בית הדין קמא וקבע בהתבסס על לשון החוק, כי אחים ואחיות אינם יכולים להיות מוגדרים כשאירים על פי דין; עוד קבע בית הדין קמא כי אין מדובר בענייננו באפליה פסולה של האחיות לעומת זוגות אחרים שהוכרו כידועים בציבור, אלא בהבחנה מותרת. לבסוף קבע בית הדין קמא, כי האפשרות להכיר בתאים משפחתיים חדשים לצורך גמלת השאירים צריכה להתבצע בחקיקה, ולא באמצעות פסיקה מרחיבה של ערכאות משפטיות שונות.

12. בערעור להלן יבקשו המערערות לטעון, כי שגה בית הדין קמא הנכבד בכמה סוגיות מרכזיות:

13. ראשית, שגה בית הדין קמא הנכבד בקביעתו כי תכלית גמלת השאירים לפי חוק הביטוח הלאומי נגזרת באופן שווה הן מסוג הקשר המשפחתי בין הצדדים והן מהתלות הכלכלית ביניהם.

14. עוד שגה בית הדין קמא הנכבד בקביעתו כי מטרת המחוקק היא הגנה על התא המשפחתי, המבוסס על אהבה רומנטית ולא על סוגי זוגיות אחרים.

15. כמו כן, שגה בית הדין קמא הנכבד גם בקביעתו כי ההבחנה בין מערכת היחסים הזוגית שמנהלות המערערות לבין מערכות יחסים זוגיות "אחרות" היא הבחנה מותרת ולא אפליה פסולה.

16. לבסוף, שגה בית הדין קמא הנכבד בקביעתו, כי ההרחבה אותן מבקשות המערערות ליצור צריכה להתבצע באמצעות תיקון חקיקה ולא באמצעות החלטה שיפוטית.

### **ג. תכלית גמלת השאירים לפי חוק הביטוח הלאומי**

17. שגה בית הדין האזורי הנכבד כאשר קבע, כי תכלית גמלת השאירים היא "פונקציה הן של סוג הקשר המשפחתי והן של התלות הכלכלית", ועל בסיס זה קבע כי התלות הכלכלית כשלעצמה איננה מספיקה כדי להקים זכאות לגמלת השאירים.

18. אמנם, כבר בראשית דבריו, חזר בית הדין קמא הנכבד על ההלכה הרווחת, לפיה תכליתה של גמלת השאירים היא לפצות על אובדן התמיכה הכלכלית (סעיף 18 לפסק הדין, עמ' 10 בשורות 27-29). ואולם, על אף ההלכה הברורה הנוהגת בתחום, החליט בית הדין קמא הנכבד לסטות מההלכה הקיימת ולפרש מחדש את תכלית החקיקה.

19. על מנת לנסות ולהתחקות אחר תכליתה של גמלת השאירים, התבסס בית הדין האזורי הנכבד על האבחנה – השגויה לעניות דעתנו – בין גמלת שאירים לבין גמלת תלויים, ומתוך אבחנה זו התרשם (כמאמרו בעמ' 11 שורות 24-25 לפסה"ד) כך –

**”אנו מתרשמים שבקביעת הזכאות לגמלת שאירים הדגש מושם ראשית על הקרבה**

**המשפחתית, קרי, על זהות השאיר וזאת לפני שאלת התלות הכלכלית.”**

20. בכך, קבע בית הדין האזורי הנכבד הלכה חדשה, המבוססת על היקש מפסק דינו של בית המשפט העליון אשר עסק בתשלום פיצויים לתלויים כהגדרתם בפקודת הנזיקין. פסיקה זו עומדת בניגוד מפורש לפסקי דין רבים שניתנו על ידי בתי המשפט השונים, לרבות בית המשפט העליון וכבוד בית הדין הארצי לעבודה, בהקשר המדויק של גמלת השאירים ותכליתה. למעשה, בית הדין הארצי הנכבד קבע כי תכלית גמלת השאירים היא הפוכה לזו המפורטת בפסק דינו של בית הדין קמא:

**”חוק הביטוח הלאומי, בענפי הביטוח לעת זקנה, ביטוח שאירים וביטוח נפגעי עבודה, בא להגן מפני מחסור כלכלי שעלול לבוא עקב הפסקת הכנסות כתוצאה מפגיעה בעבודה, זקנה או מות המפרנס. אין הוא בא להעניק זכויות לאדם באשר הוא קרוב משפחה של אחר, אלא למנוע, מחוג מוגדר של אנשים, סבל של מחסור בהפסק הכנסתם או הכנסת מפרנסם; אין הוא גם בא להסדיר יחסים בין אדם לרעהו, אלא בין הפרט והציבור הדואג לבטחונו הסוציאלי.**

**בקביעת הזכאות לגימלה, משקל רב ליחס הקירבה המשפחתית בין מי שבזכותו ניתנת הגימלה ובין מי שלו ניתנת הגימלה או שבגיננו ניתנת תוספת הגימלה, אך אין יחס זה הקובע הבלעדי. הזדקקות למבחן הקירבה המשפחתית בא לקבוע הנחה של ”תלות” במפרנס ולפטור בכך מהצורך להוכיחה...**

...

**מטרת המחוקק כפי שעמדנו עליה חייבת להיות לנגד עינינו של הבא לפרש את ההוראות הרלבנטיות של החוק, במידה שאותן הוראות צריכות פירוש או ניתנות לפירוש לכאן ולכאן.”** (דיון מס' ל/19-0 המוסד לביטוח לאומי – רחל מנו, פד”ע ב (1) 72, 77).

21. באופן דומה, פירש גם בית המשפט העליון את תכלית גמלת השאירים:

**”הנה כי כן, קצבאות שאירים ותלויים המשולמות על-פי חוק הביטוח הלאומי תכליתן לפצות על אובדן התמיכה הכלכלית שהייתה נתונה לאדם מבן זוגו כמי שהיה תלוי בו בהקשר זה ולשמר את רמת חייו פחות או יותר כפי שהייתה לפני פטירת בן הזוג...”** (בגץ 5492/07 סמדר בוארון נ' בית הדין הארצי לעבודה, פורסם בנבו, פס”ד מיום 19.9.2010).

22. עוד נוסף, כי גם המשיב עצמו – המוסד לביטוח לאומי – סבור כי **”תכלית קצבת השאירים נועדה להעניק מחסה כלכלי עקב מות המפרנס בין בני הזוג ולא נועדה לקצבה אשר תשולם בעקבות פטירת אחד מקרובי המשפחה”** (סעיף 4 לסיכומי המשיב).

23. משום כך, מתבקש בית הדין הארצי הנכבד לקבוע, כי שגה בית הדין קמא בפרשנותו את תכלית גמלת השאירים, וכי תכליתה העיקרית של הגמלה – בהתאם להלכה הנוהגת בנושא – היא הגנה מפני מחסור כלכלי בשל פטירתו של בן הזוג.

24. להשלמת התמונה נציין, כי במסגרת ניהול התיק בפני בית הדין קמא, הוחלט בין הצדדים כי לא מתקיימת כל מחלוקת עובדתית אמיתית, אלא אך ורק מחלוקת משפטית בשאלת היותן של

האחיות "ידועות בציבור" לצורך קבלת גמלת שאירים. ואכן, במסגרת העובדות שאינן שנויות במחלוקת (המפורטות בסעיף 8 לפסק הדין), נקבעו בין היתר העובדות הבאות, המלמדות על תלות כלכלית בין המערערות:

**"ג. התובעות גרות בדיור מוגן באותה יחידת דיור החל משנת 2007.**

...

**ה. לתובעות חשבון בנק משותף, קצבאות הזקנה הועברו ועדיין מועברות לאותו חשבון.**

**ו. התובעות מנהלות את הכנסותיהן והוצאותיהן מאותו חשבון בנק."**

25. כלומר, אין מחלוקת על כך שבין האחיות קיימת תלות כלכלית אמיתית וארוכת שנים. מכאן, שעם פטירתה של האחות הראשונה, ייגרם מחסור כלכלי משמעותי לאחות הנותרת. כפי שהוסבר לעיל, עם מצב זה בדיוק אמורה גמלת השאירים להתמודד, ולהפחית את הפגיעה הכלכלית שתיגרם לאחות שתיוותר לבדה.

#### **ד. הכרה באחיות כידועות בציבור לצורך קבלת גמלת שאירים**

26. שגה בית הדין קמא הנכבד כאשר קבע בפסק הדין, כי מטרת החוק היא "הגנה על התא המשפחתי", אשר בו "הזוגיות המבוססת את התא המשפחתי עדיין מכוונת, להבנתנו, לאהבה רומנטית שהיא שונה מהותית מקרבה מסוג אחר." (עמ' 14 לפסה"ד, שורות 4-1).

27. עמדה זו של בית הדין הנכבד מבקשת למעשה לחדור לטיבה של מערכת היחסים הזוגית, ודורשת הגדרה של מערכת היחסים על פי סממנים חיצוניים – קיומו של "פוטנציאל ליחסי אישות" (כדברי בית הדין בעמ' 13 שורה 31 לפסק הדין). זאת, להבדיל מהתכלית העומדת מאחורי גמלת השאירים המבוססת בעיקרה, כאמור לעיל, על תלות כלכלית בין בני הזוג, ואשר בינה לבין קיומה של זוגיות רומנטית אין דבר וחצי דבר.

28. ואולם, משנקבע בפסיקה – אליה מפנה גם בית הדין קמא הנכבד – כי לא קיימת דרישה פוזיטיבית לקיומם של יחסי אישות, הרי שהדרישה לקיומו של פוטנציאל ליחסי אישות מהווה היפוך של ההלכה הנוהגת בהקשר זה, וסותרת את הרציונל העומד מאחוריה.

29. דרישת בית הדין קמא הנכבד לקיומו של פוטנציאל ליחסי אישות איננה שונה, לעמדת המערערות, מהדרישה לקיומם של יחסי אישות בפועל, ומבוססת על הנחת המוצא לפיה מערכת יחסים זוגית חייבת להתבסס על קיומם של יחסי אישות. עמדה זו מבטאת, לדעת המערערות, תפיסה שמרנית הרואה בבחירה בזוגיות כבחירה המבוססת (בין היתר) על קשר מיני, ואיננה יכולה להתקיים בלעדי מרכיב זה. זאת, בעוד כיום ידוע כי קיימים סוגים רבים ושונים של מערכות יחסים זוגיות, אשר המרכיב המיני איננו בהכרח חלק מהן.

30. זאת ועוד: משנקבע בפסיקה, כי תכליתה של ההטבה הסוציאלית היא בהגנה על בת הזוג שהיתה תלויה כלכלית בבת הזוג שנפטרה, הרי שאין כל טעם בבחינת קיומם של יחסי אישות בין הצדדים, אשר אינם רלוונטיים לשאלת התלות הכלכלית והרגשית בין בנות הזוג. באופן דומה, לא תישלל גמלת שאירים מבת זוג של גבר אשר נהג כלפיה באלימות, על אף שבין בני הזוג לא מתקיימים יחסים רומנטיים כלל ועיקר. וכך גם באשר למערכות יחסים אחרות אשר

בהן לא נבחנת שאלת קיומה של רומנטיקה, על אף שברי לכל כי לא כל מערכות היחסים אשר על פניהן נראות "נורמטיביות", אכן מבוססות על אהבה, שותפות גורל ויחסי אישות.

31. על כן, סבורות המערערות כי יש לשוב אל עיקרי הדברים, ולקבוע כי קיומם של יחסי אישות בין הצדדים – או למצער, קיומו של פוטנציאל ליחסי אישות – יכול להוות אינדיקציה בלבד לקיומה של מערכת יחסים זוגית, אך היעדרם איננו יכול לשלול מניה וביה את הקביעה כי מדובר במערכת יחסים שכזו.

32. עמדה זו עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית הדין הארצי הנכבד, אשר קבע כי יש לבחון את מכלול הנסיבות לצורך שלילת הטענה כי מדובר בידועים בציבור, ולפרש בהרחבה את לשון החוק והדרישות המנויות בו. כך, נקבע בעניין דב"ע מד/0-62 (ארצי) **המוסד לביטוח לאומי נ' משעלי**, פ"ד טז(1) 003, המאוזכר על ידי בית הדין קמא הנכבד, כי הדרישה למגורים משותפים צריכה להיבחן באופן רחב, ובהתחשב בשיקולי "גיל, מצב בריאות ובכל הנסיבות" (שם, בעמ' 8). בהתאם, קבע בית הדין הארצי הנכבד באותו מקרה, כי על אף שבני הזוג לא התגוררו יחד – דרישה העולה מנוסח החוק – הרי שאין בכך כדי לשלול את היותם ידועים בציבור, וזאת נוכח נסיבות המקרה והוכחת קיומה של מערכת יחסים המבססת את ההכרה בהם כידועים בציבור.

33. וכך גם בע"א 107/87 **אלון נ' מנדלסון**, פ"ד מג(1) 431, המצוטט בפסיקתו של בית הדין קמא הנכבד, שם הובהר על ידי בית המשפט העליון בעמ' 437 כך:

**"עניינו של יסוד חיי המשפחה הוא באותם 'חיים אינטימיים כמו בין בעל ואשתו המשותפים על אותו יחס של חיבה ואהבה, מסירות ונאמנות, המראה שהם קשרו את גורלם זה בזה...'" (בלשונו של השופט ברנזון בע"א 621/69, בעמ' 619). קיומם של יחסי אישות הוא מרכיב חשוב במסגרת זו. מובן שלא די ביחסי אישות גרידא לשם ביסוסם של 'חיי משפחה'. כפי שמציין השופט קיסטר, בע"א 235/72, בעמ' 648:**

**"חיי משפחה אינם מתמצים ביחסי מין, והמחוקק לא השתמש בחוק במונח 'חיי אישות' או במונח אחר דומה, לשם ציון הקשר בין בני-זוג המזכה בחלק מן הירושה, אלא השתמש במונח - 'חיי משפחה במשק בית משותף' דוקא."**

34. וכך גם מתבקש בית הדין הנכבד לקבוע, כי קביעת היותן של המערערות ידועות בציבור זו של זו צריכה להיקבע תוך בחינת כלל מרכיבי הזוגיות הרלוונטיים לעניין גמלת שאירים, ואילו קיומם של חיי אישות – או קיומו של פוטנציאל לחיי אישות – איננו מרכיב הכרחי בהגדרת ידועים בציבור לצורך עניין זה.

#### **ה. הפליה פסולה או הבחנה מותרת**

35. שגה בית הדין קמא הנכבד בקביעתו כי תכלית גמלת השאירים היא דאגה למחסורם של בני זוג המקיימים מערכת יחסים זוגית הדומה לקשר שבין בעל ואישה, ומשכך, הסיק בית הדין הנכבד – באופן שגוי, לעמדת המערערות – כי בענייננו מדובר בהבחנה שהיא ממין העניין, ולא בהפליה פסולה.

36. לצורך הקביעה כי אין מדובר בהפליה פסולה, העלה בית הדין קמא הנכבד מספר תהיות, אשר על-בסיסן קיבל את ההחלטה בנושא זה: ראשית, תהה בית הדין קמא מה היה קורה אילו היה מדובר לא בזוג אחיות אלא בשלוש אחיות או יותר. שנית, תהה בית הדין קמא מה היה קורה אילו המערערות לא היו אחיות – האם עדיין היו מקיימות ביניהן את אותו קשר זוגי כפי שהוא מתקיים כיום.
37. בהקשר זה נבקש לציין, כי שתי תהיות אלה, התופסות יחד כמחצית מהנמקת בית הדין קמא הנכבד בסוגיה מרכזית זו, כלל אינן רלוונטיות לענייננו: עסקינן בזוג אחיות, ולא בשלוש או יותר. עסקינן בזוג אחיות, ולא בשתי זרות אשר בחרו לחלוק חיים שלמים יחדיו.
38. יתרה מכך: עם כל הכבוד, טענת בית הדין קמא כי גורלן של המערערות היה קשור מיום לידתן ולפיכך הקשר ביניהן לא נבע מבחירה חופשית כי אם מגורל מולד, היא שגויה מן היסוד. מרביתו המוחלטת של הציבור הבוגר בישראל בוחר שלא לחלוק את כל חייו עם אחיו ואחותיו, על אף הגורל המשותף והקרבה המשפחתית.
39. דווקא בשל כך, ברי כי החלטתן של המערערות לחלוק את חייהן זו עם זו לא נבעה מהתמשכות טבעית של החיים בבית ההורים, אשר נעשתה ללא כל מחשבה ושיקול דעת, כפי שרומז בית הדין קמא. חיי היום-יום אשר זימנו להן החלטות רבות, הביאו אותן שוב ושוב לבחור זו בזו על פני חיים אחרים, בנפרד. עסקינן **בהחלטה פוזיטיבית** של המערערות, שתי נשים בגירות אשר **בחרו** לחיות את חייהן זו עם זו לאורך כל חייהן הבוגרים, במשך עשרות שנים, תוך **בחירה אקטיבית** לשיתוף בהיבטים הרגשיים והכלכליים של החיים.
40. בחירתן של המערערות לנהל את חייהן זו עם זו היא חלק מהאוטונומיה של הפרט, המהווה את אחד הביטויים המרכזיים של הזכות לכבוד, המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (וראו: ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה**, פ"ד נג(4) 526). בחירתן של המערערות שלא לחיות את חייהן בזוגיות עם בני זוג אחרים איננה רלוונטית, ואיננה צריכה להוות שיקול בהחלטה בדבר תשלום גמלת שאירים.
41. ויודגש: ההפליה הנטענת טמונה בקביעה הגורפת לפיה מערכת הזוגיות הראויה להגנה על ידי החוק היא אך ורק מערכת יחסים "רומנטית" (כהגדרת בית הדין קמא), מקום בו מידת הרומנטיקה בין בני הזוג כלל איננה רלוונטית לצורך הוכחת תלות כלכלית ורגשית, אשר היא-היא תכליתה של גמלת השאירים.
42. נזכיר, כי בניית תכליתה של גמלת השאירים קבע בית הדין קמא הנכבד, כי התכלית היא **"לפצות על אובדן התמיכה הכלכלית שהייתה נתונה לאדם מבן זוגו כמי שהיה תלוי בו בהקשר זה, ולשמר את רמת חייו פחות או יותר כפי שהייתה לפני פטירת בן הזוג"** (עמ' 10 לפסק הדין, שורות 27-29). מכאן, ששאלת קיומה של הפליה צריכה להיבחן – גם לשיטתו של בית הדין קמא – בהתאם לתכלית זו.
43. על ההבחנה בין הפליה אסורה להבחנה מותרת עמד בית המשפט העליון בשורה ארוכה של פסקי דין, ובהם בג"ץ 6758/01 **ליפשיץ נ' שר הביטחון**, פ"ד נט(5) 258, שם נקבע בעמ' 269-270:

16". ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה מותרת נעוץ כידוע בשאלת קיומה של שונות רלוונטית בין הקבוצות שלהן העניקה הרשות יחס שונה. 'הכלל הוא, כי שונות רלוונטית עשויה להצדיק הבחנה...', ואילו 'מקום בו אין מתקיימת שונות רלוונטית, החלת דין שונה על בני-אדם שצורכיהם שווים, מהווה הפליה פסולה...' (בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון..., בעמ' 460. כן ראו: ד"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, בעמ' 35 ובג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון (להלן - פרשת מילר), בעמ' 109). את שאלת קיומה של שונות רלוונטית '...יש לבחון, בכל מקרה נתון, בשים לב למטרה הפרטיקולרית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה. לאמור:

הזיקה הנדרשת בין התכונות המיוחדות המצויות באחד ואינן מצויות בזולתו, לבין המטרה שלשם השגתה מותר להעדיף את הראשון על פני האחר, חייבת להיות ישירה וקונקרטי... (פרשת מילר הנ"ל, בעמ' 110).

44. וכך גם בענייננו: כפי שהוסבר לעיל, המערערות חולקות זו עם זו את כל היבטי חייהן – הכלכליים והרגשיים, באופן אשר יקשה על האחת להתקיים לאחר פטירתה של השניה. לשם כך בדיוק – לצורך מתן סיוע ותמיכה מפני מחסור כלכלי לאחר פטירת בן או בת הזוג, ולא לשם חיזוק הקשרים הרומנטיים בישראל – נועדה גמלת שאירים. תוצאתה של החלטה השוללת מהמערערות את הזכות לגמלת שאירים, על אף שהרציונאליים העומדים בבסיסה של גמלת שאירים מתקיימים גם בעניינן, היא תוצאה המפלה אותן לרעה לעומת זוגות אחרים, וזאת ללא כל הצדקה ממשית.

45. אשר על כן, מתבקש בית הדין הנכבד לקבוע כי בין המערערות לבין זוגות אחרים המקיימים זוגיות המוכרת כידועים בציבור, אין כל הבדל ממשי, ולפיכך אין הצדקה לשלול מהן את הזכות לקבלת גמלת שאירים.

#### ו. סמכות בית הדין הנכבד להרחיב את תחולת גמלת שאירים ביחס למערערות

46. שגה בית הדין קמא הנכבד כאשר קבע בסעיף 23 לפסק דינו, כי שינויים בזהות הזכאים לגמלת שאירים צריכים להיעשות על ידי המחוקק בלבד (וראו: עמ' 20 שורות 27-23 לפסק הדין).

47. דיני הידועים בציבור התפתחו במידה רבה על ידי בתי המשפט בישראל, אשר הרחיבו והגמישו שוב ושוב את מגוון האפשרויות להיחשב ידועים בציבור, תוך צמצום תנאי הסף לצורך החלת ההגדרה על זוגות במצבים שונים. בספרו של פרופ' שחר ליפשיץ, **הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה**, הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה ונבו הוצאה לאור בע"מ, תשס"ה-2005, מסביר ומדגים פרופ' ליפשיץ בעמ' 30-23 את ההחלטות המרכזיות שהתקבלו בנושא על ידי בתי המשפט השונים, לצד פיתוח החקיקה הקיימת בתחום.

48. מגמה זו עולה בקנה אחד עם גישתו של פרופ' אהרון ברק, במאמרו "חקיקה שיפוטית", **משפטים** י"ג, תשמ"ג, בעמ' 25, אשר הסביר את משמעותה והיקפה של החקיקה השיפוטית כך (בעמ' 41):



”הרשות השופטת עוסקת ביצירתן של נורמות משפטיות כלליות. היא עוסקת אפוא בחקיקה. היא עושה כן הן במסגרת פירושה של נורמה חקוקה והן במסגרת פעילותה במקום שאינה קיימת נורמה חקוקה החלה במישרין על הענין...”

וכן, בעמ' 80 :

”החקיקה השיפוטית היא חלק ממצואות חיינו המשפטיים. השופט יוצר משפט. אין הוא רק ראי המשקף את תמונת הדין. הוא היוצר את התמונה במו ידיו. בפרשנות מתבטאת אמנותו בביצוע יצירה אשר התווים לה נכתבו בידי המחוקק. מחוץ לפרשנות - במסגרתו של 'משפט מקובל' - מתבטאת אמנותו בכתיבת התווים עצמם.”

49. בהמשך אותו מאמר בוחן פרופ' ברק את המקרים בהם ראוי כי בית המשפט יבצע חקיקה שיפוטית, וקובע, בין היתר, כי מדובר במקרים בעלי היקף תחולה מצומצם (להבדיל מרפורמה גדולה וגורפת); אשר בהם אין מדובר בפתרון הדורש הקמת מבנים מוסדיים חדשים אלא רק צמצום או הרחבת אחריות, קביעת אמות מידה וכדומה; כאשר מערכת השיקולים היא מערכת אשר הפעלתה נעשית באופן תדיר על ידי בתי המשפט (שיקולי צדק, זכויות אדם וכדומה להבדיל משיקולים פוליטיים או מאקרו כלכליים).

50. שיקולים אלה יפים גם לענייננו: כאשר בית הדין קמא הנכבד מציין כי מדובר בנסיבות ייחודיות, אשר דורשות פרשנות של דבר חקיקה קיים (להבדיל מלאקונה חקיקתית), וכאשר מדובר בענף משפטי אשר חלק ניכר ממנו הוסדר באמצעות פסיקות של בתי המשפט, אין כל מניעה מביצוע הרחבה בדיני הידועים בציבור על ידי בית הדין הנכבד.

51. ואף למעלה מזאת: המערערות סבורות, כי בנושא בו עסקינן, דווקא בית הדין הנכבד, אשר טובת המבוטחים היא נר לרגליו, ואשר מתמחה בפירושם של דיני הביטוח הלאומי, הוא המקום הראוי ביותר לביצוע פרשנות מרחיבה בנושא בו עסקינן, ולהתאמת הדין למציאות הנוהגת ולהתפתחויות החלות כל העת בצרכי המבוטחים. וראו: בג' 8210/14 ג'לאל מרוח סילאוי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס"ד מיום 26.7.2016, שם חזר בג"ץ והבהיר, בנושא תאונות עבודה :

”21. חוק הביטוח הלאומי הוא חוק סוציאלי בעיקרו העוסק בביטחון סוציאלי של אזרחי המדינה בכלל ושל ציבור העובדים בפרט. כידוע, פרשנות דבר חקיקה העוסק בביטחון סוציאלי מחייבת שימת לב מיוחדת למטרות וליעדים הסוציאליים שנועד לקדם, ומשכך נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין כי ככל שיש ספק בנוגע לפרשנותו, יש לפרשו לטובת המבוטח (ראו בעניין פלונית בפסקה 66 והאסמכתאות שם). אמנם, יש ליתן את הדעת כי סעיף 180(1) לחוק מהווה 'חריג' המרחיב את הביטוח גם כלפי סיכונים שאינם 'סיכוני עבודה' במובהק, ומשכך הפרשנות אינה יכולה להיות מרחיבה מדי (ראו בעניין גלולה, בעמ' 1377). עם זאת, דומה כי לאורך השנים ביכרו בתי הדין את הפרשנות המרחיבה של סעיף 180(1) בהקשרים שונים על פני פרשנות מצמצמת המותירה את העובד חסר זכויות, וכבר הורה השופט ש' לוי בעניין זילברשטיין (בעמ' 8522), כי את החוק יש לפרש 'ברוח לב ולא בצרות עין, בנדיבות ולא ביד קפוצה'. כל זאת, כמובן, בכפוף לגבולות הסבירות, וזהירות

**יתר בכל הנוגע להשלכות הרחב שבפרשנות המרחיבה, לרבות בעניין שמירת המסגרת התקציבית של הביטוח הלאומי שגם היא מהווה שיקול מבין כלל השיקולים (עניין פלונית, בפסקה 6; עניין זילברשטיין בעמ' 863).**"

52. וכך גם בענייננו: בחינת מטרות גמלת השאירים ופירושו של החוק בעניין זה לטובת המבוטחות, בד בבד עם בחינת המשמעויות הכספיות המצומצמות יחסית הנובעות מפסיקה מרחיבה שכזו (נוכח מספרם המועט של זוגות הדומים למערערות, כפי שעמד על כך גם בית הדין קמא הנכבד), צריכה להביא, לטענת המערערות, להפיכת פסק דינו של בית הדין קמא וקבלת תביעתן להכרה בהן כידועות בציבור לצורך קבלת גמלת שאירים, וכך גם מתבקש בית הדין הארצי הנכבד לקבוע.

#### **ז. השלכת ההכרה במערערות כידועות בציבור על כלל הזכויות והחובות מכח חוק הביטוח הלאומי**

53. בסוף פסק דינו, מציין בית הדין קמא הנכבד כי הקביעה ביחס להיותן של המערערות ידועות בציבור זו של זו היא בעלת השלכות על כלל זכויותיהן וחובותיהן מכח חוק הביטוח הלאומי (עמ' 20 לפסק הדין, שורות 29-34).

54. בהקשר זה נבקש להבהיר בקצרה, כי ההכרה במערערות כידועות בציבור מתייחסת לתקופה שתחילתה ביום פטירתה של האם בשנת 1993, או לכל המאוחר, ביום המעבר שלהן לדור המוגן בשנת 2007. בתקופה זו, היו כבר המערערות בגמלאות, ולפיכך הוצהר על ידי הביטוח הלאומי במסגרת ההליך בבית הדין קמא, כי חישוב מחדש של זכויות וחובות המערערות כזוג ולא כבודדות, לא גורם להיווצרות חובות מצידן לביטוח הלאומי (וראו: פרוטוקול הדיון בפני בית הדין קמא מיום 10.9.2015, בעמ' 8 שורות 28-30).

[ב] העתק פרוטוקול הדיון בפני בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב מיום 10.9.2015 מצורף לכתב ערעור זה ומסומן באות ב'.

#### **ח. סוף דבר**

55. שגה בית הדין קמא משדחה את תביעתן של המערערות, חרף מכלול הנסיבות כפי שהוצגו בפניו.

56. אשר על כן ולנוכח הנימוקים דלעיל, מתבקש בית הדין הארצי הנכבד לקבל את הערעור, להפוך את פסק הדין מיום 12.1.2017 ולבטל את החלטת המוסד לביטוח לאומי.

57. מן הדין ומן הצדק להיעתר למבוקש בכתב ערעור זה.

---

עו"ד קרן צפרייר

מנהלת הקליניקה לזכויות זקנים וניצולי שואה  
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן