

Baruch Avrahami, Adv.

Jacob Liraz,, Adv. (M.B.A , L.L.M)

Tzachi Herman, Adv & Notary

Rinat Shafrut, Adv. (L.L.B)

Hagit sharabi, Adv. (L.L.B)

Ruben Babadzhanov, Adv. (L.L.B) (mediator)

Rachel Ratovitch, Adv. (L.L.M)

Dr. Avi Rimmer, Adv.

Ety Peretz, Adv. (L.L.B)

Tal Ofir, Adv. (L.L.B)

ברוך אברהמי, עו"ד

יעקב לירז, עו"ד ונוטריון (M.B.A , L.L.M)

צחי הרמן, עו"ד ונוטריון (M.B.A , L.L.M)

רינת שפרוט, עו"ד (M.B.A , L.L.M)

חגית שרעבי, עו"ד (L.L.B)

ראובן בבדז'נוב, עו"ד (L.L.B) (מגשר)

רחל רטוביץ, עו"ד (L.L.M)

ד"ר אבי רימר, עו"ד (B.Med.Sc., D.M.D) - יועץ

אתי פרץ, עו"ד (L.L.B)

טל אופיר, עו"ד (L.L.B)

רשום

בפקס-02-6525038

תל אביב, 25 באוגוסט, 2015

לכב'

פרופ' שלמה מור יוסף

מנכ"ל המוסד לביטוח לאומי

שד' וייצמן 13 ירושלים, 91909

נכבדי,

**הנדון: תשלומי ביטוח לאומי שנוכו בטעות
שלא כדין מפורשי צה"ל**

כללי – בשם מי פנייתי

1. אני פונה אלייך בשם מרשיי, "צוות" הארגון המייצג את גמלאי צה"ל.
2. כמו כן, אני פונה אלייך בשם מרשיי גמלאי צה"ל אשר נוכו מהם דמי ביטוח לאומי ומס בריאות שלא כדין ובניגוד להנחיות הביטוח הלאומי.

הנושא

3. הובהר למרשיי כי בעת היותם בחופשת פרישה עקב ניתוק יחסי העבודה והשרות בצה"ל נוכו מהתשלומים ששולמו להם בצה"ל בטעות דמי ביטוח לאומי ומס בריאות. ניכויים אלה הועברו לביטוח לאומי. מן הדין ומן הצדק כי טעות זו תבוא על תיקונה וכי המוסד לביטוח לאומי המחזיק בכספים הללו ישיבם לבעליהם.
4. התברר כי, לא יושמו בצה"ל ההוראות של חוזר מינהל הביטוח והגביה של המוסד לביטוח לאומי מחודש יולי 1995. כך לפחות היה בעת פרישתם של מרשיי בתקופות שהיו הם בחופשת פרישה מצה"ל.
5. לשם הסרת ספק יובהר כי השרות בצבא מתאפיין בכל המאפיינים על פי דין של יחסי עובד מעביד אך למעלה מכך. אומנם, המשרתים אינם מאורגנים בארגון עובדים ובהסכמי עבודה ואולם הטעמים לכך לא רלבנטיים לנושא. לעניין הנדון יש לראותם כעובדים. הם עומדים בדרישות ובמטלות למעלה מהמוטל על כל אחד מהעובדים, שזכות הנתונה לכל עובד ועובד בודאי נתונה להם. אין מקום לעניין הנדון להפלותם לרעה בהשוואה לכל העובדים כולם.

זכויות המשרתים בצה"ל

6. זכויות המשרתים בצה"ל אינן תלויות במוסד לביטוח לאומי. פסיקת בתי הדין ובתי המשפט בחנה אם מתקיימים יחסי עבודה הלכה למעשה לפי אמות מידה וסממנים, כגון מבחן המרות, מבחן ההשתלבות, מבחן הארגון וכו'. הפסיקה לא ראתה בהסכם העבודה ובנאמר בו את העיקר ולא פעם פסקו בניגוד לכך. כך למשל:

נקבע בדב"ע (ארצי) לב/3-43 יגאל הלפרין נ' הסתדרות מדיצינית "הדסה" כי "מן המפורסמות הוא, כי התואר שבו מכנים אדם בחוזה שבין שניים, אין בו כדי לקבוע את "מעמדו" של אדם, ואף קביעה חד-משמעית שהיחסים בין שניים אינם יחסי עובד ומעביד, אין בה כדי לקבוע, עת מהותם של היחסים מצביעים על ההיפך".
וכן בתע"א (ת"א) 5489/09 ד"ר סם סלוצקי נ' קופת חולים לאומית כי "המבחן הנוהג לקביעת מעמדו של מבצע עבודה הוא המבחן המעורב, אשר בבסיסו מבחן ההשתלבות על שני פניו, ולצידו מבחני משנה נוספים כגון הסכמת הצדדים לגבי אופן ההעסקה, אופן הפיקוח על ביצוע העבודה, מקום ביצוע העבודה, אופן תשלום השכר וניכוי תשלומי החובה, ביצוע העבודה באופן אישי, משך ההתקשרות ורציפותה ועוד".
עוד נקבע לעניין זה ע"י הנשיא בדימוס א. ברק בבג"צ 5168/93 שמואל מור - בית הדין הארצי לעבודה ואח' פ"ד נ. (1996) 628 (4), כי: "בתחום יחסי העבודה נדרש 'מבחן מעורב'. מבחן זה יוכל להיות גמיש דיו כדי ליתן פתרון לצורכי החיים המשתנים. אין לך תחום תוסס כתחום יחסי העבודה. מסגרות שנהגו בעבר שוב אינן נוהגות כיום. יחסי עבודה חדשים נוצרים. צורת העבודה משתנה. יחסי העבודה משתנים. מודלים חדשים של מערכות עבודה נוצרים... כל אלה מחייבים גמישות בהגדרת המושג "עובד". גמישות זו מושגת על-ידי איזון בין מרכיבים שונים שיש לקחתם בחשבון. גמישות זו מושגת על-ידי המבחן המעורב, שאינו דבק בנוסחה קבועה מראש".

המשרתים כעובדים במעמד מיוחד

7. משרתי הקבע בצה"ל הם, במהותם, עובדים. על כך נוספים מאפיינים מיוחדים כסטטוס. אך אין בכך כדי לגרוע זכויות ומעמד כלפי הביטוח הלאומי. בפסיקת בתי המשפט בשנים האחרונות נשמעו עמדות השופטים באשר לסוגיית החייל כ"עובד". המשפט אינו קופא על שמרו ועם שנוי העיתים יש שנוי גם במצב המשפטי.

8. כך, בע"ע 1247/01 ד"ר אניל גדרה נ' מדינת ישראל מיום 16.1.06 (פורסם בינבוי, להלן: "פרשת גדרה") נקבע כי לאור הפסיקה בעניין מבחן התכלית, אין להוציא מכלל אפשרות שיתעוררו מקרים מתאימים, אף כי חריגים, בהם יבוא חייל בשירות קבע בגדר "עובד", לצורך הוראות מסוימות.

9. באותה פרשה קבע כב' השופט צור, בדעת מיעוט, סעיף 14 לפסק הדין (וכן ר' דעת כב' השופט צור בע"ע (ארצי) 214/05 אירית שעל-מדינת ישראל (פורסם בינבוי)) כי שרות הקבע בצה"ל אינו בבחינת 'סטטוס' מיוחד השונה במהותו מיסטטוס' של עובד ציבור אחר או של עובד רגיל. "מבחן החוזה שבצידו שכר כלכלי מביא אותנו לתוצאה שבחייל בשירות קבע מתקיים מאפיין בסיסי של יחסי עובד ומעביד. חיל בשירות קבע מתקבל לשירות מרצונו ותוך הסכמת השרות לקבלו. הקבלה היא לתקופת זמן ובכפוף למגבלות של פקודות צבא, שירות זה יכול להסתיים על ידי כל אחד מן הצדדים גם לפני תום התקופה. מדובר בהתקשרות רצונית שאמנם לא משורטטת בקווים ובצבעים של חוזה, אך קיימים בה מאפיינים ברורים של חוזה. השרות בצבא הקבע כרוך בתשלום שכר מסודר, לפי מרכיבים ברורים וידועים, שכר שבעיקרו של דבר אינו שונה במהותו ובמתכונתו (להבדיל מרכיביו וגובהו) משכרו של כל משרת ציבור. למשרת הקבע קיים הסדר של פנסיה

תקציבית המעוגן בחוק (חוק שירות הקבע בצה"ל (גמלאות) תשי"ד-1954), בדומה להסדר הקיים לעובדי מדינה. אכן, לגבי משרתי הקבע קיימים גם מרכיבי מעמד שונים, כגון- כפיפותו לחוק השיפוט הצבאי, לפקודות הצבא, קיומם של תנאי שירות מיוחדים הנובעים מטיבו של הארגון הצבאי כארגון הירארכי וסמכותי, העדר קיומם של יחסים קיבוציים ועוד; אלא שגם עובדי ציבור אחרים עובדים במסגרת הירארכית-אמנם נוקשה פחות- וגם הם כפופים להוראות חוק בדבר משמעת. נדמה שההבדל הקיים בין משרתי הקבע בצה"ל לבין עובדי ציבור אחרים-הבדל ניכר בפרטיו- הינו רק הבדל של דרגה ומינון ולא של מהות. לדעתי, בעיקרו של דבר, אלה כאלה משרתי ציבור הם הממלאים תפקידים מרצונם, על בסיס תשתית משפטית של חוזה. סבור אני שאין יסוד לקבוע ששרות הקבע בצה"ל הוא בבחינת "סטטוס" מיוחד השונה במהותו מ"סטטוס" של עובד ציבור אחר או של עובד רגיל".

10. בהמשך פסק הדין בענין גדרה (סעיף 25 לפסק הדין) מביא כב' השופט צור את עמדתם של המלומדים גיא י' זיידמן ואייל רז במאמרם "מעמדו של משרת הקבע בצה"ל כעובד" (עיוני משפט כג 291 (2): "המחברים מציעים עקרונות כלליים למודל המכיר בתחולת דיני העבודה על משרתי הקבע בצה"ל. לטעמם, השארת משרתי הקבע במעמד של 'סטטוס' מקוממת...בעלי המאמר קובעים כי משרתי הקבע בצה"ל זכאים להכרה כעובדים מכוח עקרונות בסיסיים העומדים ביסודה של כל מערכת יחסי עבודה. היינו-קיומה של מערכת יחסים חוזית בין משרתי צבא הקבע לבין צה"ל, שמטרתה ליצור יחסי עבודה". כמו כן, עומדים משרתי הקבע בתנאי המבחנים של דיני העבודה לקיום יחסי עבודה. יתר על כן, טוענים המלומדים כי זכותם של משרתי הקבע להכרה בהם כעובדים נגזרת מזכותם לשוויון, בשל העובדה ששוטרי משטרת ישראל המשרתים אף הם בכוחות הביטחון של מדינת ישראל הוכרו ככאלה, וכי אי הכרה במשרת הקבע כעובד כמוה כפגיעה בזכותו לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מבחן התכלית

11. נשיא בית הדין לעבודה דאז השופט סטיב אדלר סקר בפרשת גדרה את מצב החקיקה והפסיקה לענין השאלה השנויה במחלוקת (כדבריו) בדבר מעמדו של חייל כ"עובד", ובהמשך קבע: "כללם של דברים- בהתחשב במאפיינים של החוזה בין הצבא לבין חייל קבע ובדמיון בין יחסיהם לבין יחסי עובד-מעסיק, ייתכנו מקרים בהם מכוח מבחן התכלית יבוא חייל קבע בגדר "עובד"..."

12. גם כב' השופטת (כתוארה אז) נילי ארד ציינה באותו פסק דין: "דא עקא, שבינתיים חלה תפנית בהלכה הפסוקה, תוך שנקבע כי ההתקשרות החוזית אינה עוד התנאי היחיד לכינונם של יחסי עובד-מעביד, והעדרה של התקשרות חוזית אין בה, כשלעצמה, כדי לגרוע מעובד זכויות הנובעות מיחסי עבודה בינו לבין מעסיקו. יכול אדם להיות בעל "מעמד" לעניין חוק מסוים, כגון נבחר ציבור או משרת קבע צה"ל, ולמרות כן להיחשב כ"עובד" לצורך מימוש זכויות הנובעות מיחסי עבודה בינו לבין מעסיקו" ובהמשך: "הנה, אפוא, הפרשנות התכליתית הינה "כלי עזר" רב חשיבות בידינו, בעת בירור מעמדו של אדם התובע זכויות שמקורן במשפט העבודה, ובמעמדו כ"עובד" יכול וייקבע על פי תכליתו של החוק ממנו נובעת הזכות הנתבעת ובשים לב לנסיבות העניין. מסקנה זו ניתן להחיל אף על משרת הקבע בצבא התובע זכויות שבמשפט העבודה, ומעמדו כ"עובד" ייבחן על פי הזכות הנתבעת ותכלית החוק המקים אותה". וכן בענין שעל הנ"ל: "...גבי דידי, אין נפקא מינא בכך שעילת תביעתה של המערערת מושתתת על יחסי עבודה הנובעים מהעסקתה בצבא, ולא מעבודתה אצל מעביד אחר כלשהו, בשירות הציבורי או בשוק הפרטי. איני רואה ייחוד ב"מעמדה" של המערערת ואין הוא צריך לעמוד לה למכשול. מן הדין היה להכיר בה כ"עובדת"..." (עמ' 13 לפסק הדין).

13. בבג"צ 6651/05 רס"ן אהרון רוני שפירא מיום 26.1.2006 (פורסם ב'נבו', עמ' 10 לפסק הדין) אמר כב' השופט רובינשטיין (מ"מ נשיא בית המשפט העליון כיום) וציין: "אכן, השירות בצה"ל נתפס מושגית וערכית כשליחות ולא כ"עבודה", ואולם מי יוכל לומר במבט מישיר כי איש הקבע רחוק במהות בתחומים רבים מלהיות עובד בצה"ל, והרי צה"ל הוא מקום עבודתו, מקום עיסוקו, הכל כמובן בשינויים המחויבים הקשורים לאופיו של שירות צבאי..."

המשרתים בצה"ל כעובדים בשירות הציבורי

14. בבג"צ 6337/06 עידו אדלר נ' הרמטכ"ל מיום 5.10.2006 (פורסם ב'נבו') ציין כב' השופט רובינשטיין: "לא היה נפגע בכך הסטטוס המיוחד של החיילים והשוטרים - שבמהות הם ממלאים את תפקידם בעבודה בשירות הציבורי, קרי הם במהות עובדים, אלא שמסוג מיוחד במובהק. סבורני כי לא היתה מתרחשת חלילה האפוקליפסה שמציגים המשיבים, כאילו יגרום הדבר לכך שחייל יוכל לנטוש את המערכה בעת קרב, אם מצבו המשפטי הוא כשל עובד, היכול לפרוש מעבודתו".

15. דברי כב' השופט רובינשטיין בבג"צ שפירא הנ"ל אף עמדו בבסיס הצעת חוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (ערר, ערעור ועתירה על החלטות הנוגעות לחיילים בשירות קבע), התש"ע-2009. (ה"ח הממשלה תשס"ט 458 מיום 26.10.09, עמ' 26). בהצעת חוק זו צוין כי "בעקבות הערות שופטי בית המשפט העליון בעניין זה, החלה עבודת מטה בין-משרדית שנועדה לבחון את שאלת מעמדם של משרתי הקבע בצה"ל וכן מהי הערכאה המתאימה לדון בתנאי השירות והשכר של משרתי הקבע... עבודת המטה בעניין הסדרת מעמדם של משרתי הקבע טרם בשלה כדי חקיקה".

16. בחוק שחוקק בעקבות הצעת החוק הנ"ל - שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (הליכים לעניין החלטות הנוגעות לחיילים בשירות קבע), תש"ע-2010 נקבע כי חייל בשירות קבע הרואה עצמו נפגע בענייני שכר וזכויות נלוות לשכר, ובכלל זה ניכויים מהשכר, רשאי לערור על ההחלטה בפני ועדת הערר שהוקמה בחוק (ר' סעיף 4 לחוק).

17. גם האמור בחוק הנ"ל עולה בקנה אחד עם התפיסה לפיה חייל הקבע הוא, במהותו, עובד שיש לו זכויות אדם, זכויות סוציאליות וזכויות חברתיות. ואין העובדה שאין הוא זכאי למשל, לשבות או לנקוט עיצומים גורעים מזה דבר.

18. לסיכום נושא זה - משרתי הקבע בצה"ל הם אכן, במהותם, עובדים (מסוג מיוחד) או מועסקים כעובדים במעמד סטטוס מיוחד.

19. ואף אם אין הם מוכרים כעובדים לכל דבר וענין הרי שלפי מבחן התכלית שנקבע בפסיקה ניתן לקבוע כי הם עובדים לצורך הנושא הנדון.

20. בשלב זה אין אנו מאריכים עוד בתימוכין ובסימוכין משפטיים.

על מהות חופשת הפרישה

21. נוסף ונאמר כי ההתבוננות אל מהותה של חופשת הפרישה מחזקת את הצורך להשיב לפורשי צה"ל את הסכומים שנוכו מהם בטעות. שהרי המשרתים בצה"ל התמסרו לשירות לפי צרכי הצבא. קשה להם יותר מעובדים רגילים להשתלב במעגל העבודה ולהוסיף ולהתפרנס במשק. גדלו הפערים בינם לבין עובדים אחרים שפרשו וגם גיל הפרישה מוכתב במידה רבה מצרכי הצבא. על הפורשים מהשרות להתחיל בגיל מתקדם מבראשית. חופשת הפרישה היא, על כן, חופשה לרגל סיום יחסי העבודה והשרות והיא ענין סוציאלי הנחוץ לביטחונם הסוציאלי של משפחות הפורשים והתלויים בהם.

22. מכל מקום, לאור מטרות הביטוח הלאומי אין לשלול מפורשי צה"ל זכויות של עובדים פורשים ולהחמיר דווקא איתם בפרשנות.

העדר צידוק לניכוי

23. בתקופת חופשת הפרישה מצה"ל מוסיף הפורש לקבל את זכויותיו בצה"ל והוא משתייך לצה"ל. הוא מקבל את צרכיו הרפואיים מצה"ל ולא מקופות חולים בעבורן גובים את מס הבריאות. אין הוא נזקק לתגמולי הביטוח הלאומי בעבור שרות מילואים והרי הוא עדיין בשרות בצה"ל. אם הוא נפגע לרבות אם הפך חלילה לנכה הוא מקבל את זכויותיו ממשרד הביטחון. אין הוא רשאי לתבוע, למשל, בשל תאונת עבודה אלא רק את קצין התגמולים לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) התשי"ט-1959. המימון לכך הוא מתקציב הביטחון.
24. הנה כי כן, אין צידוק לניכוי דמי ביטוח לאומי ומס בריאות לגבי פורשי צה"ל. וכיוון שבטעות לא יושמו הוראות המוסד לביטוח לאומי משנת 95 חובה לתקן את הטעות ואת תוצאותיה.

השבה

25. גם על זכות ההשבה נראה כי אין צורך עתה להכביר מילים. יסודה בחוק, המשכה בפסיקת בתי המשפט והמשכה במנהגו של המוסד לביטוח לאומי. ככל שיהיה צורך נביא אסמכתאות משפטיות לרב.

סיכום

26. פניה זו היא עקרונית וכללית ובאה לחסוך את הצורך בתביעות משפטיות פרטניות הכרוכות בהוצאות מיותרות של שכר טרחת עורך דין, יועצים, והליכים משפטיים. אנו מאמינים כי המוסד לביטוח לאומי ינהג בהגינות וביושרה ויכיר עקרונית בזכותם של פורשי צה"ל שהתמסרו ללא תנאי ונתנו את הטובות בשנותיהם לטובת העם והמדינה. לעת פרישה זכויותיהם בתקופת הפרישה חייבות להיות ככל הפורשים האחרים במקומות העבודה השונים.
27. אישורכם העקרוני הנדרש משמעו כי כל פורש צה"ל שישתבר כי בתקופת פרישתו מצה"ל נוכו מהתשלומים ששולמו לו בחופשת הפרישה דמי הביטוח הלאומי ומס בריאות יוחזרו לו סכומים אלה.
28. נבקש אישורך ותשובתך הדחופה.

בברכה,

ברוך אברהמי, עו"ד

העתק: יועמ"ש המוסד לביטוח לאומי.
צה"ל, רמ"ט מטכ"ל אכ"א.
יו"ר צוות.
צה"ל, הפרקליט הצבאי הראשי.
צה"ל, היועץ הכספי לרמטכ"ל.

צוות- הצעת מכתב לביטוח לאומי השבת כספים שנוכו שלא כדין

