**בבית הדין הארצי לעבודה ע"ע 2514-07-20**

**בירושלים**

**בעניין: שמעון הכסטר**, ת.ז. 000388587

ע"י ב"כ עוה"ד אופיר טל ו/או לואיז ספורטס ואח'

**טל, קדרי, שמיר ושות'- עורכי דין**

מרח' וושינגטון 4, ירושלים

טל. 02-5674000; פקס. 074-7137001

**המערער**

**- נ ג ד –**

1. **נציבות שירות המדינה**
2. **מדינת ישראל – משרד האוצר**
3. **הממונה על הגימלאות**

שלושתם על ידי עו"ד חן אדרי ואח'

פרקליטות המדינה

רחוב צאלח א-דין, ירושלים

**המשיבות**

**תשובה להשלמת טיעון מטעם המשיבות**

בהמשך להשלמת הטיעון מטעם המשיבות ("השלמת הטיעון"), ולהחלטת בית הדין הנכבד מיום 08.02.2021, מתכבד המערער להשיב להשלמת הטיעון, כמפורט להלן:

1. המערער יבקש להזכיר, בראשית הדברים, כי אנו עוסקים בדחייה על הסף של תביעה שהגיש המערער. **השאלות העומדות על הפרק הן שאלות הנוגעות להליכים של דחייה על הסף ולא להליכים העיקריים בתיק.** בהתאם, וככל שיש שאלה שראויה לדיון, ודומה שבכל הנוגע לסוגיית גובה הגימלה של המערער אין ספק עוד כי מדובר בשאלה הראויה לדיון לגופה, יש לקבל את הערעור ולהחזיר את הדיון לבית הדין קמא.
2. עיקר המחלוקת, העולה מהשלמת הטיעון, נוגעת לשאלה מי קבע את נוסחת החישוב של הגימלה (להלן "**נוסחת החישוב**"). לשיטת המשיבות, הסמכות בעניין זה נתונה למינהל הגימלאות, ובהתאם היה על המערער להגיש ערעור בהתאם להוראות סעיף 43 לחוק שירות המדינה (גימלאות).

נוסחת החישוב נקבעה ולא על ידי הממונה על הגימלאות

נזכיר עוד כי המערער טען וטוען שסעיף 43 לחוק הגימלאות כלל לא חל כלל עליו, ובנושא זה מופנה בית הדין הנכבד לטיעוניו של המערער במסמכים שהגיש ובדיונים שהתקיימו בתיק שבכותרת.

1. כפי שנפרט להלן, התנהלות המשיבות מלמדת באופן חד-משמעי כי הסמכות בעניין חישוב גימלתו של המערער היתה נתונה לנציבות שירות המדינה, שגם קיבל את ההחלטה בפועל, בין היתר בהתחשב בעובדות שלהלן:
2. **הנציבות - ולא הממונה על הגימלאות – ביצעה את חישוב הגימלה בפועל, לרבות דרך החישוב וקביעת הנוסחה לחישוב הגימלה;**
3. **הנציבות הורתה לממונה על הגימלאות מה הגימלה שעליו לשלם למערער;**
4. **כאשר המערער פנה למינהל הגימלאות בטענות על דרך חישוב הגימלה, הממונה במינהל הגימלאות הפנתה את המערער לנציבות שירות המדינה.** למעשה, הממונה על הגימלאות הבהירה למערער כי היא לא יכולה לסטות מהנחיות שניתנו לה אישית במכתבו של סגן נציב שרות המדינה מיום 21.8.2012, וכי עליו לפנות אליו והיא תפעל בהתאם להנחיותיו.
5. עוד נעיר כי **המערער הבין מהממונה כי היא מסכימה עם טיעוניו, אך ידיה כבולות, מה שמעיד שאכן ההחלטה לא היתה בידי הממונה על הגימלאות, אלא בידי נציבות שירות המדינה**;
6. **הנציבות היא שענתה למערער בעניין טענותיו ביחס לחישוב הגימלה, והנציבות היא שהתכתבה עם המערער בפועל בעניין זה, ולא מינהלת גימלאות.**
7. בנסיבות אלה, וכפי שנוסיף ונפרט להלן, הניסיון של המשיבות להציג תמונה שונה, לפיה מינהל הגימלאות קיבל את ההחלטה, אינו ראוי ואף נגוע בחוסר תום לב. מעבר לכך, וכאמור ברישא, המשיבות אינן יכולות לטעון כי מדובר בהליך המתאים לדחייה על הסף, אלא לכל היותר מדובר בשאלות הדורשות ליבון ובירור. הטענה לא ברורה, אבל כבר הסברתי שהמיקוד הוא בכך שהדיון אינו לגופו של עניין, אלא בשאלות של דחייה על הסף. אני לא צריך לשכנע בנכונות הטענות אלא רק לשכנע שהטענות ראויות לדיון ולא לסילוק על הסף. זה רף נמוך יותר, שיותר קל יהיה לעבור אותו. לא אחזור על הדברים פעם נוספת
8. במסגרת השלמת הטיעון המשיבות מתייחסות לשני מסמכים, אשר רלבנטיים לשאלת מי החליט על נוסחת החישוב ומי מוסמך לקבל את ההחלטה: (1) אישור אישור נש"מ מיום 21.8.2012 (שנשלח בפועל למינהל הגימלאות ביום 03.12.2012); (2) מכתבו של המערער לנציבות שירות המדינה מיום 8.1.2013.

להלן נתייחס לשני המסמכים האמורים, על מנת להבהיר את האמור בהם ולחדד את הטענות בהקשרים הנוגעים להכרעה בסוגיית נוסחת החישוב:

* 1. ראשית, בסעיף 2 להשלמת הטיעון כתבו המשיבות, כי אישור נש"מ הובא לידיעתו של המערער "*ביום 3.12.2012 באמצעות הפקס..."*. המשיבות אינן מדייקות שכן המערער לא טען שהוא זה שקיבל את אישור נש"מ באמצעות פקסימיליה, אלא שהאישור נשלח באמצעות הפקסימיליה למינהל הגימלאות רק ביום 3.12.2012 וכי הוא קיבל אותו – "*בימים אלו לבקשתי ממנהל הגימלאות*". נושא זה גם הובהר בדיון עצמו, ולא ברור מדוע חוזרות המשיבות על טעות זאת.

*\*\* למען הנוחות, מכתב המערער מצורף כנספח 1 לתשובה זאת.*

* 1. שנית, הפתיח של מכתב המערער מגלה בדיוק מיהו הגורם אליו הופנה המערער לצורך קבלת תשובה על שיטת החישוב של הגימלה. בשל חשיבות הדברים נביא אותם ככתבם וכלשונם:

**"ממינהל הגימלאות נמסר לי כי הסכומים חושבו ע"פ הנחיותיך במכתב שבסימוכין**  (העתק מכתבך *המצ"ב, הועבר אלי בימים אלו לבקשתי ממינהל הגמלאות****) והובהר לי כי עלי להפנות אליך את* הערותי לנוסחת חישוב הגימלה שבמכתב**."

כלומר, **המערער פנה לממונה במינהל הגימלאות על מנת לברר כיצד בוצע חישוב גימלתו, אך הופנה על ידה לסגן נציב שירות המדינה, שאליו פנה המערער בהתאם להנחיות הממונה במינהל הגימלאות.**

**בעקבות פנייתו הטלפונית של המערער לסגן הנציב, ביקש האחרון מהמערער להעלות על הכתב את טענותיו, וכך עשה, כפי שכתב בפירוש במכתבו:**

**"בהמשך לשיחתנו הטלפונית בענין ולבקשתך, (ובלי קשר לטענותי על הפסקת עבודתי והוצאתי לגימלאות), אני מפרט להלן את הערותי לדרך חישוב הגימלה במכתבך שבסימוכין:"**

מכתבו של המערער תומך, אם כן, בטענותיו כי **נאמר לו במפורש למצות את ענייניו מול הנציבות ולא למהר ולהגיש ערעור**. אף בכך יש לחזק את טענותיו של המערער כי **הוצג בפניו במפורש שהוא לא נדרש להגיש ערעור גימלאות**, **אלא לנהל הליכים מול נציבות שירות המדינה כי הם המוסמכים לכך.**

הדבר גם מחזק את טענת המערער שסעיף 43 לחוק הגימלאות אכן לא חל עליו, שהרי כל הנוגעים בדבר התנהלו כאילו המגבלה הקבוע בתקנות אינה רלבנטית למערער.

זה פחות חשוב ולמיטב זכרוני גם לא מדויק. אתה אמרת לי שנאמר לך שאתה צריך להגיש תוך שנה ולא תוך 60 ימים... נדגיש כי הממונה במינהל הגימלאות, גב' שוורץ, היתה מכותבת למכתבו של המערער (ר' בתחתית המכתב) ולא סתרה את הכתוב בו מעולם.

* 1. שלישית, אישור הנש"מ מיום 21.8.2012 **קובע את נוסחת החישוב של הגימלה המגיעה למערער.**

ודוק - כעולה מלשון האישור, **אין מדובר בהמלצה או באישור לחישוב שביצע מינהל הגימלאות, אלא בהנחיה של נציבות שירות המדינה כיצד יש לחשב את גימלתו של המערער**.

ראו את הרישא של האישור:



ראו גם סעיף 4 לאישור ואת ההדגמה של הנוסחה שלפיה יש להכין את הגימלה:



*\*\* למען הנוחות, הנחיית נציבות שירות המדינה מצורפת כנספח 2 לתשובה זאת.*

* 1. מהאמור לעיל עולה בבירור כי –
* **נציבות שירות המדינה היא שקבעה את שיעור הגימלה ונוסחת החישוב, והיא שהנחתה את מינהל הגימלאות כיצד לחשב את גימלתו של המערער.**
* **אישור הנש"מ מיום 21.8.2012, ש**נשלח לממונה על הגימלאות רק ביום 3.12.2012, **הוצג למערער רק אחרי שפנה בעצמו למינהל הגימלאות לקראת סוף דצמבר 2012**, **וממינהל הגימלאות נאמר לו במפורש לפנות לנציבות שירות המדינה בעניין נוסחת החישוב, וכך עשה.**

כידוע, המשך הדיונים נעשה גם הוא מול נציבות שירות המדינה, כמי שקבעה את נוסחת החישוב וכמי שמוסמכת לדון בנושא זה, ובעניין זה נוסיף ונפרט להלן.

* 1. כמו כן מבקש המערער להפנות את תשומת בית הדין הנכבד לכך שלאורך השלמת הטיעון המשיבות עצמן מתייחסות למסמך ההנחיות של מר אהרונוב כ- "**אישור נש"מ**" לגימלה.

1. קראנו בעיון את טענותיה של המדינה בעניין חלוקת הסמכויות בין המשרד והנציבות – הקובעות את תנאי ההעסקה והפרישה; וסמכות מינהל הגימלאות – לחישוב הגימלה בהתאם לתנאי החוזה ובהתבסס על נתוני השכר והדרגה ערב הפרישה (סעיף 6 להשלמת הטיעון).

בכל הכבוד, טענות אלה מתעלמות לחלוטין מההתנהלות בפועל, כפי שעולה בבירור מהמסמכים הכתובים, ומהתנהגות המשיבות זמן אמת. בעניין זה נבקש להפנות גם לסיכום הדיון מיום 1.11.2016 (נספח 17 לכתב התביעה), סיכום שנערך ונכתב על ידי המשיבות עצמן או מי מהן:

* 1. סיכום הדיון נושא את הכותרת "***שיטת חישוב הגימלה של מר שמעון הכסטר***"**.** בהתאם, ואם היה ממש בטענות המשיבות, היינו מצפים לראות כי הדיון מנוהל על ידי מינהל הגימלאות, או לכל הפחות – לראות נציג המינהל משתתף בדיון כאמור.
  2. עיון ברשימת המשתתפים מלמד כי **בדיון כלל לא היה נוכח נציג של מינהל הגימלאות.** הדיון התקיים מול נציג הנציבות, מר ציון לוי, בנוכחות נציגת משרד האוצר ונציגת החשב הכללי (שלא התערבו בדיון). **מי שקבע וקובע את נוסחת חישוב הגימלה היא הנציבות**, שאם לא כן – מינהל הגימלאות היה מנהל את הדיון או לכל הפחות נציגו היה נוכח בדיון.

**היעדרו הזועק של מינהל הגימלאות מהדיון מלמד כי המינהל פעל בעניין זה בהתאם להנחיות הנציבות, שהיא הגוף המוסמך לקבוע נוסחת החישוב.**

*\*\* למען הנוחות, סיכום הדיון מצורף כנספח 3 לתשובה זאת.*

* 1. כמו כן תשומת לב בית הדין הנכבד לכך שמר לוי מבטיח בסיכום הדיון כי הוא מתכוון "לשקול בחיוב" את שינוי הפנסיה, ללא נוכחות מינהל הגימלאות או כל רמיזה לכך שהוא נדרש לאישור מינהל הגימלאות להחלטתו.
  2. יתרה מכך, בסיכום הדיון קובע מר לוי – "***ההחלטה היא לא שלי בלבד"***. בדיון עצמו הוא הסביר כי עליו לקבל את אישור המחלקה המשפטית של הנציבות (וכך הוא גם כתב בהודעת דואר אלקטרוני מיום 4.12.2016 המצורפת כנספח 4 לתשובה זאת), כך שהכוונה היתה כי **ההחלטה של נציבות שירות המדינה בלבד.**
  3. בשולי הדברים נשוב ונפנה את בית הדין הנכבד **להתחייבות של מר ציון לוי כי הדרגה תתוקן בכפוף לתנאי החוזה**. המערער עדיין ממתין לתיקון, כאשר גם לאחר הדיון הוא נאלץ להמשיך "לחזר על הפתחים" על מנת לקבל תשובות (ראו לדוגמא מכתב המערער מיום 15.3.2017).

כל מה שכתבת להלן הוא מיותר, שכן בסוגיית הדרגה כבר ניתנה הסכמת הפרקליטות לקבלת הערעור. חבל על הזמן ששנינו משחיתים בנושא.

1. המערער יוסיף ויבהיר כי ייתכן שטענותיה של המדינה בנושא ראויות לדיון וייתכן שלאו - נוכח העמדה שהציגה למערער בזמן אמת וחובות תום הלב וההגינות המנהלית החלות עליה. דבר אחד ברור – **אין מדובר במקרה המתאים לדחייה על הסף של התביעה, אלא לכל היותר טענות הראויות להתברר במסגרת התביעה בבית הדין קמא**.

בית הדין הארצי יכול לקבוע שלא היה מקום לסילוק על הסף. לא היה דיון באיזורי, ויש כאן טענות עובדתיות שצריכות להתברר, ולכן הערעור יביא לכל היותר לכך שפסק הדין של האיזורי יתבטל ויתקיים דיון לגופן של הטענות.

נדגיש כי **המדינה לא הציגה נוהל פנימי ו/או מסמך אחר המציג את חלוקת הסמכויות בין הממונה על הגימלאות לנציבות שירות המדינה ולמשרד המעסיק את העובד**, ועל כן טענותיה בעניין זה אינן ברורות וממילא אינן יושבות על קרקע מוצקה. **בפועל – מי שהכריע בעניין הגימלה היא נציבות שירות המדינה ולא הממונה על הגימלאות, ובית הדין הנכבד יתבקש להכריע כי כך היה בפועל.**

1. המערער יוסיף ויטען כי העובדה שנציבות שירות המדינה היא שדנה בשאלות הנוגעות לנוסחת החישוב ולדרגה הקובעת מעידה כי אכן סעיף 43 לחוק הגימלאות לא חל על יחסי הצדדים. אם היתה תחולה לסעיף 43 הרי שהממונה על הגימלאות היה עוסק בנושא, ומן הסתם גם מתריע בפני המערער, במסגרת הדיון בטענותיו של המערער, כי היה עליו להגיש ערעור בפרק הזמן הקצוב בתקנות.

בעניין היעדר התחולה לסעיף 43 לחוק הגימלאות שב המערער ומפנה לכל טענותיו בנושא, שהוא כמובן עומד עליהן, ולטעמנו – אלה טענות שלכל הפחות דורשות הכרעה לגופן ולא במסגרת של הליכים לסילוק על הסף.

זה לא בדיוק מה שכתוב שםזה נעשה פעמים רבות (וכנראה לא שכנע את שני בתי הדין). כתבתי לך שלחזור על כך במסגרת הזאת עלול להסיט את תשומת הלב מהשאלה החשובה שעומדת על הפרק. רק כדי שתנוח דעתך הוספתי פיסקה בנושא למעלה.

1. לסיכום – **נוסחת החישוב של הגימלה בוצעה בפועל על ידי נציבות שירות המדינה, וההשגה המשפטית על ההחלטה, במסגרת בית הדין לעבודה, היא בהתאם לכללי ההתיישנות. קרי – שבע שנים ממועד קבלת ההחלטה אצל המערער בחודש דצמבר 2012.**
2. בטרם נסיים נבקש להבהיר כי –
3. כי באת כוח המדינה, בהגינותה, חזרה ואישרה בהשלמת הטיעון כי היא מסכימה כי טענותיו של המערער בעניין דרגת הפרישה יתבררו לגופן בבית הדין קמא.
4. כי המערער העלה טענות בקשר לאפלייה ביחס לגימלאים אחרים, ודין טענות אלה להתברר בבית הדין קמא, כאמור בערעור.
5. כמו כן יודגש כי המערער עומד על כל טענותיו, לרבות –
6. כי סעיף 43 לחוק הגימלאות לא חל על היחסים בין הצדדים, כפי שעולה, בין היתר, מסעיפים 11, 12 ו-13 לחוזה העבודה, וכי מירוץ הזמנים בכל העילות יכול היה להתחיל, לכל המוקדם, מהמועד שבו קיבל המערער לידיו את ההחלטה של הגורם המוסמך להפסקת עבודתו, בחודש דצמבר 2012;
7. כי מועד פיטוריו יכול להיות, לכל המוקדם, במועד בו ניתנה החלטת הנציבות בעניינו בחודש דצמבר 2012, ובהתאם לכך – כל טענותיו נגד הליך הפיטורים לא התיישנו עת הגיש תביעתו לבית הדין קמא.

זה מיותר, לדעתי, אבל הוספתי פיסקה שאני מקווה שלא תזיק

**על כן מתבקש בית הדין הנכבד לקבל את הערעור, בהתאם לעמדה שהציג המערער במסגרת הדיונים שהתקיימו בבית הדין הנכבד ביחס לרכיבי התביעה עליהם עומד המערער.**

**ירושלים, היום, 22 בפברואר 2021.**

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ אופיר טל, עו"ד

טל, קדרי, שמיר ושות' עורכי דין

ב"כ המערער