

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 7974/04

בפני :
כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' א' לוי

העותרים :
1. פלוני
2. מרכז השופט חיים כהן להגנה משפטית על
זכויות אדם
3. "בזכות" – המרכז לזכויות אדם של אנשים עם
מוגבלויות
4. ח"כ הרב מיכאל מלכיאור, יושב-ראש הוועדה
לזכויות הילד של הכנסת

נ ג ד

המשיבים :
1. שר הבריאות
2. שר הרווחה

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריכי הישיבות :
כ"ג באלול תשס"ד (9.9.04)
י"ג בחשוון תשס"ה (28.10.04)
כ"ו בכסלו תשס"ה (9.12.04)

בשם העותרים : עו"ד רון דרור ; עו"ד שלי דביר

בשם המשיבים : עו"ד דנה בריסקמן

פסק-דין

השופט א' א' לוי :

1. מדינת ישראל מחויבת, על-פי חוק, להקנות לפעוטות הסובלים ממוגבלות גופנית או קוגניטיבית מסגרת טיפולית וחינוכית נאותה, על ידי קליטתם במעון יום שיקומי המיועד לכך. מהו היקפה של חובה זו ככל שהדבר נוגע לפעוטות, אשר בנוסף למוגבלותם להם גם צרכים רפואיים מיוחדים? מהו סל השירותים לו זכאי פעוט הנזקק

לטיפול רפואי בעת שהותו במעון? ומיהו הנושא בעלותו של סל זה? אלו הן השאלות שבמוקד העתירה שבפנינו.

רקע עובדתי

2. עותר 1, פלוני, נולד לפני כשלוש שנים והוא סובל מפגיעות פיזיות קשות. העותר לוקה ביכולתו להפעיל את רפלקס הבליעה. הוא ניזון באמצעות צינור המחובר לבטנו, ואינו יודע טעמים של מאכל ומשקה מהו. הוא סובל מאירועים חוזרים של חנק ושאיפת נוזלים לריאות, וכן מדלקת ריאה. כדי שיוכל לנשום, ועל מנת לנקז את הנוזלים המצטברים בריאותיו, הוחדר לגרונו צינור. פעמים מספר ביום מחובר הצינור למכשיר, באמצעותו שואבים מגופו של העותר את ההפרשות שאין בכוחו לפלוט בכוחות עצמו. בנוסף על כל אלה סובל העותר מפגיעה במפרקי הרגליים, המגבילה קשות את יכולתו לנוע.

שנת חייו הראשונה של העותר עברה עליו ועל משפחתו באשפוזים רבים. מזה כשנתיים הוא מטופל במסגרת שיקומית בבית החולים על-שם שיבא בתל-השומר. פעמיים עד שלוש בשבוע מסייעים אותו הוריו מביתם שברמת-גן למרפאה בבית-החולים. בנסיעה דרושה נוכחותם של שני אנשים – נהג ומלווה, וכן מכשור רפואי מתאים, הואיל ויש להשגיח על העותר כל העת לבל ייחנק. בימים בהם לא מבקר העותר במרפאה הוא נותר בביתו, ואחד מהוריו נדרש לשהות עמו.

לא אפריז אם אומר כי סדר יומם של ההורים, כיתר בני המשפחה, סובב במידה רבה סביב העותר. מדי יום-ביומו הם נאבקים על חייו. על אורח חיים רגיל, אשר ודאי היה בידם לבסס לולא נחתה עליהם מכת-גורל זו, נאלצו לוותר זה מכבר. במקומות עבודתם הפכו בקשותיהם להגמשת תנאי העבודה דבר שבשגרה. פרנסתם נפגעה. בנוסף, העותר אינו בנם היחיד. גם שלושת אחיו זקוקים להורים.

3. על אף חומרת מצבו, אין העותר חסר-תקווה. יכולתו השכלית גבוהה. בעקבות הטיפולים שקיבל הוא מסוגל לזחול מעט, לשבת ולהביא עצמו – תוך הסתייעות באדם אחר – לעמידה. באמצעות טיפול שיקומי מקיף, הכולל פיזיותרפיה, ריפוי בעיסוק וריפוי בדיבור, כמו גם גירויים סביבתיים שכל ילד נזקק להם בתהליך התפתחותו, ניתן לקדם את העותר ולאפשר לו, ולמשפחתו, חיים טובים יותר.

במחלקת שיקום הילדים בבית-החולים בתל-השומר גובשה דעה, כי מוטב לעותר שישולב במסגרת המאפשרת להעניק לו טיפול יומיומי, תחת הטיפול השיקומי

החלקי לו הוא זוכה כיום. הומלץ לשבצו במעון יום שיקומי במרחק סביר ממקום מגוריו. אלא שעד להגשת העתירה לא אותרה מסגרת כזו. הגם שנמצאו מעונות שבכוחם לקדם את העותר מבחינה חינוכית ושיקומית, אף לא אחד מהם מוכן היה לקלוט אותו, עקב חוסר תשתית מתאימה. להורי העותר הוסבר, כי המעונות הקיימים חסרים סגל בעל-יכולת לטפל בבנם, ואין ברשותם הציוד הרפואי הדרוש.

במצוקתה, פנתה אמו של העותר במכתב אישי לשר הבריאות, מר דני נוה. ביום

15.8.04 השיבה משרד הבריאות את הדברים הבאים:

”צר היה לי לקרוא על הבעיה בטיפול הסיעודי בילדך, שהנה משותפת לך ולעוד כ-50 ילדים בארץ. אין לי אלא להדגיש שוב את המציאות הקיימת. תקציב הפעלת חוק מעונות יום שיקומיים ניתן למשרד הרווחה ולא למשרד הבריאות, והוא לא כולל מימון טיפולים סיעודיים מיוחדים כפי שנדרש אצל בנכם. שר הבריאות, חה”כ דני נוה פונה בימים אלו לשר האוצר בבקשה לתקצוב עלות טיפולים מיוחדים אלו. אני מקווה שהוא [שר האוצר] יענה בחיוב ובקרוב נוכל למצוא מענה לבעיה. בשלב זה, לצערי, אין לנו פתרון”. [ההדגשה במקור].

4. או-אז הוגשה העתירה שבפנינו, לה שותפים כעותרים גם מרכז השופט חיים כהן להגנה על זכויות האדם, עמותת “בזכות” לקידום אנשים עם מוגבלויות, ויושב-ראש הוועדה לזכויות הילד בכנסת, ח”כ מ’ מלכיאור. עם התקדמות הדיון בעתירה התברר, כי המדינה מוכנה לערוך את הסידורים הנדרשים לשילובו של העותר במעון היום השיקומי בתל-השומר. עניינו האישי בא איפוא, למצער לעת הזו, על פתרונו, ואולם הבעיה הכללית – המקיפה כ-50 ילדים אחרים מכל רחבי הארץ – נותרה על כנה. לפיכך, החלטנו כי הדיון בעתירה יתמקד בסוגיה העקרונית. בעניין זה הודיעונו הצדדים ביום כ”ו בכסלו תשס”ה (9.12.04), על הסכמתם כי העתירה תידון כאילו ניתן בה צו על-תנאי, וכך אנו עושים.

טענות הצדדים

5. העותרים טוענים כי פעוטות הסובלים ממוגבלויות, חמורות ככל שיהיו, זכאים על-פי דין להיקלט במעון יום שיקומי לשם קידום התפתחותם, שיקומם וחינוכם, ובלבד שעומדים הם בקריטריונים הקבועים בחוק מעונות יום שיקומיים, התש”ס-2000 (להלן גם: החוק). לטענת העותרים, החוק אינו מבחין בין פעוטות בעלי מוגבלות, הזקוקים לסעד רפואי צמוד, לבין פעוטות שאינם נזקקים לכך. אלה גם אלה באים בגדרי הוראותיו.

הציוד הרפואי הנדרש, במלואו, כמו גם נוכחותו של צוות מקצועי מתאים לרבות רופאים ואחים מוסמכים, הם על-פי הטענה חלק בלתי נפרד מזכאותו של כל פעוט בעל מוגבלות לשירותיו של מעון יום שיקומי. לגישת העותרים, נדרשת המדינה לא רק להבטיח את קיומם של שירותים אלה בכל מעון, אלא גם לשאת בעלותם. זאת, הן במעון עצמו והן במהלך הנסיעה מן הבית אליו וחזרה. עוד נטען, כי כל פעוט זכאי להיקלט במעון שיקומי קרוב ככל הניתן למקום מגוריו, ועל-כן מחויבת המדינה לדאוג לקיומה של רשת מעונות בפרישה ארצית.

העותרים מטעימים, כי מחדלם של המשיבים לתקצב כנדרש את המעונות השיקומיים – דבר שאינו מאפשר למעונות אלה לספק את צורכי הפעוטות הסובלים, נוסף על מוגבלותם הבסיסית, גם מבעיות רפואיות – סותר את הוראות החוק ומותיר את הפעוטות ספונים בבתייהם ללא יכולת לקבל את הטיפול השיקומי והחינוכי לו הם זקוקים. כך נפגעים כבודם כבני אדם וזכויותיהם היסודיות לחיים, לבריאות, לחינוך וליחס שווה.

לדעת העותרים, לא רק הוראות החוק, אלא גם השכל הישר, מחייבים כי המדינה תדאג לשילובם המלא של פעוטות בעלי צרכים רפואיים במעונות יום שיקומיים. שכן, כל טיפול שיקומי שייחסך מפעוטות אלה בשלב זה של חייהם, יעלה למדינה ממון רב בעתיד. אי מתן הטיפול המתאים, דווקא בגיל הרך בו גבוהים הסיכויים להשגת תוצאות חיוביות, יותיר את הפעוטות פגועים קשות לשארית חייהם. דבר זה, כך נטען, יסב למדינה, הנושאת ממילא בעול הטיפול באדם בעל מוגבלות, הוצאות כבדות במידה ניכרת מאלו שעליה להוציא ביישום החוק.

מכל מקום, מלינים העותרים, המשיבים לא עמדו אפילו בחובתם לקבוע בחקיקת משנה את היקפו של סל השירותים לו זכאים הפעוטות במעון השיקומי, ואת האופן בו תחולק עלות הסל בין כלל הגורמים המעורבים – המדינה, קופות החולים והורי הפעוטות עצמם.

6. המשיבים, מצדם, אינם מתכחשים לחובתה של המדינה לדאוג לשיבוץ הפעוטות נושאי העתירה במעונות יום שיקומיים. לדבריהם, ההחלטה על הקצאת תקציב ליישום החוק כבר התקבלה. כבר עתה פועלים המשיבים על-פי נוהל, אשר עתיד להיות מעוגן בחקיקת משנה, ובו מוגדר סל השירותים לו זכאים הפעוטות.

מוסיפים המשיבים, כי כעת שוקדים הם על בחינה פרטנית של התקינה הקיימת במעונות היום הרלוונטיים. בתשובתם מוסבר, כי משרד הבריאות החליט ליטול על עצמו הכשרתם של סיעים שיוצבו במעונות השיקומיים. הללו יבצעו, במקרה הצורך, פעולות רפואיות, המתבצעות בדרך כלל בידי אח מוסמך. כך, מציעה המדינה, ניתן יהיה להתגבר על המשוכה התקציבית הקשה הכרוכה בהצבתם של אחים מוסמכים בכל מעון ומעון. שלא כטענת העותרים, סבורים המשיבים כי פתרון זה אינו מנוגד לאמור בתקנות הרופאים (כשירות לביצוע פעולות חריגות), התשס"א-2001 (להלן גם: תקנות הרופאים), ומדגישים כי ממילא פעולות רפואיות שונות מתבצעות בידי בני משפחותיהם של הפעוטות כדבר שבשגרה. עם זאת, מסבירה המדינה כי הדרכתם של הסיעים דורשת זמן וטרם הושלמה, ומכל מקום אין משרד הבריאות מוכן לשאת באחריות לאופן בו ימלאו הללו את תפקידם עם תום ההכשרה. באשר למקרים – הנדירים, לטענת המדינה – בהם דרושה פרוצדורה רפואית מורכבת שאין הסיעים מוסמכים לבצעה, מוצע לשבץ את הפעוטות הרלוונטיים במעון-יום שיקומי הפועל בבית-חולים, כשבמקרה הצורך יוזעק לעזרתם צוות רפואי המצוי בקרבת מקום.

לעניין אספקתו של מכשור רפואי לו זקוקים הפעוטות בעת שהותם במעון, הקדימה המדינה והבהירה כי אין באפשרותה לספק ציוד זה בשל אילוצים תקציביים חריפים. אלא שמתשובתה לעתירה התברר, כי עמדתה זו משענה עצמה גם על טעם עקרוני. לגישת המדינה, מעונות היום אינם אלא תחליף שווה-ערך לביתו של הפעוט. וכשם שבבית דואגים ההורים לקיומו של ציוד רפואי, עליהם לעשות כן גם במעון והם אף הנושאים באחריות לתקינות הציוד ולאופן הפעלתו. בדומה, ציוד רפואי מורכב שאינו נמצא בבית ההורים – מכונת החיאה למשל – אין גם המעון חייב לספקו.

7. עם עמדה זו התקשינו להשלים, ובעקבות הדיון שנערך בפנינו הציעו לבסוף המשיבים, לפני משורת הדין כהגדרתם, כי בבתי-החולים בנהריה, צפת, חדרה, תל-השומר, ירושלים, אשקלון, באר שבע, ואילת, יוכשרו מעונות-יום לקליטתם של פעוטות בעלי צרכים רפואיים מיוחדים. בכל מעון כזה, ובלבד שיהיו בו לכל הפחות שני פעוטות הנזקקים לפעולות הנשמה, תוקצה חצי משרה לאח מוסמך וכן ירכש חלק מן הציוד הרפואי הנדרש. את יתר הציוד יאלצו ההורים לספק. פתרון זה לא סיפק את העותרים, ולא ייתר איפוא את ההכרעה בעתירה לגופה.

המסגרת הנורמטיבית

8. חוק מעונות יום שיקומיים, התש"ס-2000 נועד, כלשונו, "להבטיח לפעוט עם מוגבלות מסגרת שיקומית, טיפולית וחינוכית נאותה" (סעיף 1 לחוק). "פעוט עם

מוגבלות" מוגדר בחוק כילד שאובחן כמפגר שכלית או שמשולמת עבורו גמלת נכות, והוא זקוק ל"טיפולים התפתחותיים, לרבות טיפולים פרה-רפואיים, הניתנים לצורך שיפור [ה]תפקוד היומיומי" (סעיף 2 לחוק). פעוט העונה על קריטריונים אלה זכאי ל"טיפול ולחינוך, להסעה ולליווי בהסעה לפי סל השירותים לפעוט עם מוגבלות, במעון יום שיקומי קרוב ככל האפשר למקום מגוריו" (סעיף 3(א) לחוק). "מעון יום שיקומי" מוגדר בחוק כ"מקום המספק בשעות היום טיפול וחינוך לעשרה פעוטות עם מוגבלות, לפחות, השהים בו" (סעיף 2).

9. החוק קובע את המסגרת הכללית לזכאותו של פעוט בעל מוגבלות להיקלט במעון יום שיקומי, אך אין הוא יורד לפרטיה של זכאות זו. אלה דורשים השלמה בחקיקת משנה, שהחובה להתקנה מוטלת על שרי הבריאות והרווחה (על מהותה של סמכות זו של השרים, החיונית להפעלתו התקנה של החוק, כסמכות חובה ראו גם בג"ץ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 35). וכך נקבע בסעיף 3(ב) לחוק:

השרים [שר הרווחה ושר הבריאות], בהסכמת שר האוצר, ובאישור ועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת, יקבעו את סל השירותים לפעוט עם מוגבלות, את העלות הכוללת של מתן סל השירותים לפעוט עם מוגבלות, ואת הדרך שבה תעודכן עלות הסל.

ומוסיף סעיף 12(א) לחוק, בעניינים הרלוונטיים לסוגיה שבפנינו:

[שר הרווחה ושר הבריאות] ממונים על ביצוע חוק זה, והם רשאים, באישור ועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת, להתקין תקנות בכל ענין הנוגע לביצועו, וכן בענינים אלה -

- (1) ...
- (2) התנאים התברואתיים, הבטיחותיים והחומריים הנדרשים ממעון יום שיקומי;
- (3) תקן עובדי מעונות יום שיקומיים;
- (4) קביעת הרכב הצוות הטיפולי-מקצועי לרבות הוותק המקצועי של כל אחד בו;
- (5) ...
- (6) ...
- (7) ...
- (8) דרכי הפניה וכללי השמה של פעוט עם מוגבלות במעון יום שיקומי.

התקנות שהתקנתן נדרשת אינן נוגעות רק לדרך ניהולם של מעונות היום השיקומיים, אלא גם לאופן בו תתקצב הפעילות במסגרתם. החוק מחלק את נטל העלות, לאו דווקא בחלקים שווים, בין שלושה גורמים: המדינה, קופות החולים והחייבים במזונותיהם של הילדים – קרי, על-פי רוב, הוריהם (סעיף 3(ג) לחוק). מידת הנטל המוטלת על כל אחד מגורמים אלה היא, כאמור, עניין שיש להסדירו בתקנות. סעיף 6 לחוק קובע כי השתתפותם של החייבים במזונות הפעוט בהוצאות שהיה הטיפול והחינוך במעון, תיקבע בתקנות בידי שר הרווחה. ואילו סכום ההשתתפות של קופות החולים ייקבע בידי שר הבריאות ושר האוצר, בהתייעצות עם קופות החולים (סעיף 12(ב) לחוק).

הנה כי כן, על המשיבים הוטלה החובה לצקת תוכן בהסדר הכללי הקבוע בחוק. הם לא עמדו עד כה בחובתם זו, ובארבע השנים שחלפו מאז נכנס החוק לתוקפו, לא הושלמה התקנתן של התקנות הדרושות לביצועו. תקנות אלה עודן בשלבי הכנה, כך מתברר מדברי שר הבריאות בתשובתו לשאלתא שהופנתה אליו בעניין זה במליאת הכנסת (ראו פרוטוקול ישיבתה של מליאת הכנסת השש-עשרה מיום ד' בחשון תשס"ה (19.10.04)). תמונה דומה עולה גם מתשובת המדינה לעתירה זו.

10. מחדלם זה של המשיבים להתקין את התקנות הנדרשות גרר קשיים בישומו של החוק. היה בכך להקשות על הסדרה מלאה של חבותן של קופות החולים לפי החוק (ראו דברי שר הבריאות בישיבת הכנסת הנ"ל, ש"ס); הדבר הכביד גם על גיבושם של הסדרי הסעה למעונות לפעוטות בני פחות משלוש שנים (הללו לא באו, עד לתיקונו בשנת 2002, בגדריו של חוק הסעה בטיחותית לילדים ולפעוטות עם מוגבלות, התשנ"ד-1994, המסדיר כיום את עניינם. ראו בעניין זה דברי ח"כ ת' גוז'נסקי במליאת הכנסת בתאריך ו' באב תשס"ב (15.7.02)); מחדל זה בהתקנת התקנות הוא אף המקור העיקרי לבעיה הקשה בה עוסקת העתירה שבפנינו. בהעדר תקנות, לא זו בלבד שאופן מימונם של השירותים הניתנים על-פי החוק אינו ברור די צורכו, אלא – וזה העיקר – לא ברור כלל מהם שירותים אלה וכיצד יש להתאימם לאוכלוסיות השונות הזכאיות לקבלם.

11. אך ברי הוא, כי בית-משפט זה לא יבוא בנעליהם של הגורמים אשר הוסמכו לקבוע כלים ליישום החוק. זוהי מלאכתם של המשיבים. את שיקול דעתנו לא נשים תחת שיקול דעתם. את התקנות לא נוכל אנו להתקין. בעניינים כגון דא אין בית-המשפט אלא שומר דברה של הכנסת, אשר התוותה, בדבר חקיקה ראשי ובאופן שאינו משתמע לשתי פנים, את הקווים המנחים בסוגיית שילובם של פעוטות מוגבלים

במסגרות חינוכיות. אין אנו נצרכים לדיון מעמיק בזכויות היסוד של פעוטות אלה ובהיקפן. המחוקק עצמו השכיל לעגן זכויות אלה בחוק מעונות יום שיקומיים. על בית-המשפט מוטלת אך מלאכת פרשנותו של החוק וההתחקות אחר תכליתו. ברי אמנם, כי משטרם הותקנו תקנות, חלק ניכר מן ההסדר הנורמטיבי עודו חסר. עם זאת, כבר עתה ניתן לעמוד על תכלית החוק, ועל עקרונות היסוד שהוא בא להגשים. עלינו לבחון איפוא את עמדתה של המדינה, כפי שנפרשה בפנינו, לאורם של כל אלה.

תכליתו של חוק מעונות יום שיקומיים

12. חוק מעונות יום שיקומיים בא לעולם ומטרתו אחת: הבטחת קיומה של מסגרת שיקומית וחינוכית לפעוטות, אשר בשל מוגבלותם אין הם יכולים להתקבל למעונות יום רגילים. על תכלית החוק ניתן ללמוד מלשונו, ובפרט מ"סעיף המטרה" הקבוע בראשיתו (סעיף 1 לחוק), לאמור:

חוק זה בא להבטיח לפעוט עם מוגבלות מסגרת שיקומית, טיפולית וחינוכית נאותה.

הוראה זו מניחה את הבסיס הפרשני לחוק, ומשליכה על האופן בו יש לקרוא גם את הוראותיו האחרות (ראו דברי השופט מ' חשין בבג"ץ 8437/99 רשת גני חב"ד בארץ הקודש נ' שר החינוך, פ"ד נד(3) 69, 91; דברי השופט מ' אלון בע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 104 ובע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 510, וכן א' ברק פרשנות במשפט (חלק ב' – פרשנות החקיקה, תשנ"ג), (304).

על התכלית אנו למדים גם מדברים שאמרה ח"כ ת' גוז'נסקי, מיוזמי החוק, בעת שהחוק הובא לקריאה שניה ושלישית בכנסת:

"...קבוצה שלמה של מאות ילדים, שההורים שלהם רוצים לשלוח אותם למעון בגיל שנה או שנתיים, לא מצאו מעון מתאים, כי המעונות הרגילים לא יכולים לקבל ילדים בעלי נכויות כל כך קשות. ...אנחנו מחפשים פתרון שייתן לילד גם מקום מרוכז שבו יקבל את הטיפולים הפארא-רפואיים שהוא צריך להם, אבל גם מסגרת חינוכית טיפולית כמו שיש לכל ילד. ...אתה אומר שאתה נותן לכל הילדים הזדמנות שווה, ולחלק מהילדים אין גן כי מדובר בילד נכה, בילד מוגבל, אז בעצם אתה לא נותן לו הזדמנות שווה".

[דברי הכנסת כה (תש"ס), 7261]

המחוקק העמיד לנגד עיניו את מצבם הקשה של פעוטות הנדחים מקבלה למעונות קיימים בשל מוגבלותם. ביוצרו את החוק, ביקש הוא ליישם תפישה מתקדמת, המכירה בצורכיהם הטיפוליים המיוחדים של פעוטות אלה, מחד, ובזכותם לקבלת הזדמנות שווה לחינוך, מאידך.

13. זכות זו לקבלת הזדמנות שווה בחינוך, ללא אפליה, אינה חדשה עמנו. היא מעוגנת במשפט הישראלי, כמו ברבות ממערכות המשפט בעולם. יש לה ביטוי באמנות בין-לאומיות ובהן האמנה לשמירה על זכויות הילד משנת 1989 (ראו סעיפים 23(2) ו-28-29 לאמנה (כתבי אמנה 1038, כרך 31, 221)). עמדה על כך השופטת ד' דורנר בעניין ית"ד (ראו בג"ץ 2599/00 ית"ד ואח' נ' משרד החינוך ואח', פ"ד נו(5) 834, 841; עוד ראו דברי השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 4363/00 ועד פוריה עליית ואח' נ' שר החינוך ואח', פ"ד נו(4) 203, 213). זכות זו נועדה לאפשר לכל אדם – על-פי מידת יכולתו וכישוריו – למצות את הפוטנציאל הטמון בו, להרכיב את גבולות עצמאותו ולממשה. השופטת דורנר עמדה על כך גם בבג"ץ 6973/03 מרציאנו ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נח(2) 270, 276 (להלן: עניין מרציאנו):

“הימנעות ממתן חינוך לילדים בעלי צרכים מיוחדים, בשלבים המוקדמים של חייהם מונעת מהם את האפשרות לקנות את המיומנויות הבסיסיות הנדרשות בכל חברה. כך לא יוכלו ילדים אלה לקבל הזדמנות שווה לפתח את אישיותם, להגיע למימוש עצמי ולהשתלב בחברה.”

14. מהאמור אתה למד על תחולתו הרחבה של חוק מעונות יום שיקומיים. החוק נועד לכנס תחת כנפיו שכבה רחבה של פעוטות בעלי מוגבלויות. הוא אינו מוציא מכלל תחולה פעוטות בשל חומרת מצבם. אף עיון מדוקדק בו אינו מגלה זכר לסייג מעין זה. ההפך הוא הנכון. פעוטות שאינם נופלים לגדרי החוק, הם דווקא אלה שמצבם הגופני או השכלי שפיר. אין לקבל איפוא את הטענה כי בשל מצבם הרפואי הקשה לא יוכלו פעוטות העונים על יתר הקריטריונים הקבועים בחוק, ליהנות מסל השירותים המוענק בגדרו.

סל השירותים לפעוט עם מוגבלויות

15. המחלוקת המשפטית בעתירה נוגעת בראש ובראשונה להוראתו של סעיף 3 לחוק, שעניינו סל השירותים לפעוטות. מה כולל סל זה? כפי שכבר ציינתי, על פרטיו להיקבע בתקנות. אולם מתוך תכליתו של החוק, לשונו ו"סביבת" החקיקה בה החוק ממוקם, ניתן לעמוד על עיקריו. נקודת המוצא היא, כי לפעילות המוצעת במעון היום

השיקומי ערך מוסף מובהק על שהותו של הפעוט בביתו. המעון אינו אך תחליף לבית המגורים. השהות בו נועדה לסייע בקידום הפעוט, בפיתוח יכולותיו האישיות ובחינוכו, באופן שאין השהייה בבית, לכשעצמה, מאפשרת. זו תפישת היסוד שביקש המחוקק לעגן בחוק מעונות יום שיקומיים.

16. עקרון מרכזי נוסף שבחוק הוא מתן מענה לצורכיו האישיים של כל פעוט ופעוט. בסעיף 4 לחוק נקבע:

לכל פעוט עם מוגבלות במעון היום השיקומי יקבע הצוות הטיפולי-מקצועי במעון תכנית טיפול אישית, בהתייעצות עם מכוון או יחידה להתפתחות הילד... [ההדגשה הוספה].

אף שבכל מעון שוהה בכל עת קבוצת פעוטות, הרי שמנקודת השקפתו של החוק כל פעוט הוא עולם ומלואו. זכות הפעוטות לקבלתם של שירותי המעון צריכה להיות מיושמת, אם כן, מתוך התייחסות למצבו המיוחד של כל אחד מהם ולמגבלותיו הספציפיות. עם אלה נמנים, כמובן, גם צורכיו הרפואיים הייחודיים, ככל שיש כאלה.

17. באשר למהותם של השירותים אשר בסל – וזהו כאמור העיקר – הרי שמן העבר האחד ביקש החוק להקנות לפעוטות שירותים טיפוליים המכוונים לשיפור מצבם הפיזי, ומן העבר האחר הוא עיגן מתן שירותים פדגוגיים, שמטרתם קידום יכולותיו הקוגניטיביות של הפעוט והעשרת עולמו. אלה כאלה באים בגדר השירותים "הגרעיניים" שבליבת החוק. הם נועדו להעמיד את הפעוטות המוגבלים על רגליהם, תרתי משמע.

18. אך באלה לא סגי. על מנת שהיכולת להעניק את שירותי הליכה לא תסוכל, דרושים גם שירותים ש"במעטפת". עם אלה נמנים, בין היתר, הסעה ממקום מגוריו של הפעוט (או ממקום סמוך לו) אל המעון וממנו, תשתיתו הפיזית של המעון והאמצעים הננקטים בו להבטחת שלומם של השהים. על כל מעון לספק את מכלול המערכות הדרושות להגנה על חייהם ושלומם של הפעוטות. כך, כשם שעליו לכלול, לצורך הדוגמה, אמצעים לכיבוי אש, כך על המעון לספק, במידת הצורך, גם אמצעים להנשמה או כל ציוד רפואי הכרחי אחר. שירותים אלה, אם לא יוענקו בסל השירותים, לא יאפשרו לפעוטות להגיע למעון ולשהות בו, ובכך תסוכל תכלית החוק והוראותיו ירוקנו מתוכנן.

19. אך ברי הוא, כי מתן השירותים – הן אלה הגרעיניים והן שירותי המעטפת – מחייב את העסקתם במעונות של אנשי מקצוע בעלי הכשרה ראויה, כמו גם קיומם של ציוד ומכשור מתאימים. אין הדבר שונה כשמדובר בפעוטות בעלי צרכים רפואיים מיוחדים. העיקר הוא כי יינתן מענה לצרכים המתעוררים בכל מעון ומעון בעת נתונה, אשר בלעדיהם לא יוכל המעון לשמש מסגרת מתאימה לפעוטות המבקשים להיקלט בו.

כמעט מיותר לציין, כי על המענה שיינתן להיות גמיש. לצורך הדוגמה, כשם שאין לצפות כי מעון, בו אין פעוטות הזקוקים להשגחתו של בעל מקצוע פלוני, יעסיק בעל מקצוע זה במשרה מלאה, כך אין זה מתקבל על הדעת כי מקום בו זקוקים הפעוטות לליווי צמוד, תוקצה לצורך כך חצי משרה בלבד. לכן, טוב יעשו המשיבים אם יתנו דעתם על הקמת מנגנון, אשר יבחן מעת לעת את הצרכים המשתנים של פעוטות בעלי מוגבלויות, ויספק תשובה הולמת בכל מקרה לגופו.

כוח האדם הרפואי

20. אופי הכשרתם של הצוותים המקצועיים במעונות היום השיקומיים, אשוב ואציין, עניין הוא למחוקק-המשנה לענות בו. עם זאת, כבר כיום מסדירות תקנות הרופאים (כשירות לביצוע פעולות חריגות), התשס"א-2001, את שאלת סמכותם של אנשי מקצוע, שאינם רופאים, לעסוק בפעולות רפואיות או סמי-רפואיות (ובלשונן של תקנות הרופאים – פעולות חריגות). האם ביצוען של פעולות חריגות, כגון שאיבת הפרשות, חיבור וניתוק ממנשם או טיפול בצינורית הזנה, בידי סיעים, מתיישב עם תקנות הרופאים?

על-פי תקנות אלה, רשאי לבצע פעולות מסוג זה רק מי שהוא אח מוסמך, אח מעשי או "עוזר", קרי אדם בעל הכשרה ב"מקצוע בריאות" (כהגדרתו בסעיף 1 לתקנות). אולם לא די בכך שמבצע הפעולה נמנה עם אלה. תקנות הרופאים מציבות סייגים נוספים ובהם הצורך לקבל הרשאה מפורשת לביצועה של כל פעולה חריגה מאת מנהלו של מוסד רפואי (סעיף 3(ב) לתקנות), הגבלות על המקומות בהם ניתן לבצע פעולות אלה (מוסד רפואי, בית המטופל – ראו סעיפים 7-10 לתקנות), והוראה כי על הפעולה החריגה להיעשות על-פי הנחיות שיקבע מנכ"ל משרד הבריאות (סעיף 4(א) לתקנות). בתוספות לתקנות הרופאים, שבע במספר, מפורטות הפעולות החריגות ובעלי הסמכות לבצען.

משיב 1 – שר הבריאות – אישר את תקנות הרופאים, שהותקנו בידי מנהל משרדו. חזקה עליו כי הוא מכיר את תוכנן. ברי, כי כל עוד לא שונו תקנות אלה בדרך

הקבועה בדין, על כל החלטה שתתקבל לעניין הצוות הרפואי במעונות היום לעלות עמן בקנה אחד. אלא שבכללים הטכניים אשר בתקנות הרופאים לא די. על ההסדר כולו חולשת תכליתו של חוק מעונות יום שיקומיים. לאמור, המבחן לסבירות החלטותיהם של המשיבים בעניין זה הוא כפול: עליהן לעלות בקנה אחד עם האמור בתקנות הרופאים, ובד-בבד עליהן להבטיח – הלכה למעשה – את זכותם של הפעוטות להיקלט במעונות היום השיקומיים. מכך נגזר, בין השאר, כי הרכב הסגל חייב להיות כזה שייתן מענה לצורכי הפעוטות בכל מעון, כי על הכשרתו להיות יסודית דיה, וכי ימצא כשיר להפעלתו של שיקול דעת טיפולי, במענה לבעיות הצצות מעת לעת. שכן, זאת נזכור, ביצוע הפעולות החריגות איננו עניין טכני בלבד. שאלה היא, לעתים קרובות, של חיים ושל, חלילה, מוות.

האחריות ליישומן של סל השירותים

21. האחריות הישירה לאספקתו של סל השירותים, במלואו – הן השירותים הגרעיניים והן שירותי המעטפת – מוטלת על מעונות היום. המעון נדרש להעמיד את כוח האדם המתאים ואת הציוד הרלוונטי כולו. אחריותו משתרעת לא רק על הצורך לספק את האמצעים הנדרשים, אלא גם לדאוג לפעולתם התקינה. עוד נדרש המעון לדאוג להסעת הפעוטות מביתם וחזרה, כפי שנקבע בסעיף 3(ב)(1) לחוק הסעה בטיחותית לילדים ולפעוטות עם מוגבלות, התשנ"ד-1994.

האחריות המוטלת על המעונות נגזרת, בבסיסה, מחובתם לעמוד בתנאיו של רישיון מטעם המשיבים, אשר בלעדיו לא יוכלו לפעול. תנאיו של רישיון זה נקבעים בידי המשיבים. בעניין זה אין מעונות היום השיקומיים שונים מכל מעון אחר. כשם שבחוק הפיקוח על מעונות, התשכ"ה-1965, מוסמך שר הרווחה לסגור מעון "רגיל" החורג מתנאי הרישיון, כך בחוק מעונות יום שיקומיים קבועה סמכותם של שר הבריאות ושל שר הרווחה לסגור מעון יום שיקומי שאינו עומד בדרישותיהם. סעיף 10 לחוק מורה, כי:

(א) נוכחו השרים כי מעון יום שיקומי אינו ממלא אחר הוראה שנקבעה לפי חוק זה או אחר תנאי שנקבע ברשיון, רשאים הם לדרוש ממנהל המעון כי ימלא אחר ההוראה או התנאי בתוך תקופה שיקבעו.

(ב) לא מילא המנהל אחר דרישת השרים ומצאו השרים כי מעון היום השיקומי מתנהל בדרך שאינה לטובת הפעוטות עם מוגבלות, רשאים הם להורות על ביטול

הרישיון וסגירת המעון ואם המעון פועל בלא רשיון -
על סגירתו.

מכאן עולה גם, כי בעוד המדינה אינה נדרשת לנהל בפועל את מעונות היום השיקומיים, מוטל עליה תפקיד מרכזי ברישוי המעונות ובפיקוח על הנעשה בהם. על המדינה להבטיח כי המעונות פועלים כשורה ובהתאם להוראות הדין.

22. אף לא אחת מאותן מטלות – אספקתו של סל השירותים, במלואו, והפיקוח על האופן בו הדבר נעשה – אינן מוטלות על הורי הפעוט או על מי מטעמו. קביעה אחרת, ולפיה על ההורים לשאת באחריות לטיב השירותים להם זוכים ילדיהם במעון, אינה מתיישבת עם הוראות הדין.

עם זאת, יש להבחין, בין האחריות למתן סל השירותים, לבין האחריות למימון. בסוגית המימון קובע סעיף 3(ג) לחוק כי:

המדינה תישא, לפי הוראות חוק זה, בתשלום עלות סל השירותים לפעוט עם מוגבלות, כפי שנקבעה בסעיף קטן (ב), בהפחתות אלה -

(1) הסכומים שקופת חולים חייבת בהם לפי חוק ביטוח בריאות כפי שנקבעו לפי סעיף 12(ב);

(2) הסכומים שחלים על מי שחייב במזונותיו של הפעוט עם מוגבלות, לפי הוראות חוק זה.

המסקנה העולה מהוראה זו היא כי, ככלל, האחריות על מימנם של שירותי המעון היא על המדינה. היא הנושאת העיקרית בעול המימון. עם זאת, המחוקק, בתתו דעתו על הקושי התקציבי הכרוך בהטלתה של מלוא העלות על הרשות המינהלית, ראה לקבוע כי חלק ממנה ישולם בידי קופות החולים וחלקה בידי החייבים במזונות הפעוט (להלן, לצורך הנוחות: הורי הפעוטות). הללו לא נבחרו באופן שרירותי. הקביעה כי יטו כתף למימון החוק – הגיונה בצדה. הרציונל, המחייב את השתתפותן של קופות החולים במימון השהות במעון, אינו מעניינה של עתירה זו. לעומת זאת, ראיתי מקום להידרש בקצרה לעניין השתתפותם של ההורים.

נקודת המוצא היא, כי חוק מעונות יום שיקומיים אינו חלק מן החקיקה המחייבת מתן חינוך חינם. החוק נולד כמענה משלים לחוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-

1988, הקובע את זכאותם של ילדים בעלי צרכים מיוחדים לחינוך חינוכי, אך מחיל עצמו על בני שלוש ומעלה בלבד. שלא כחוק חינוך מיוחד, לו "אח בכור" בדמותו של חוק לימוד חובה, התש"ט-1949 – המעגן את זכותם של ילדים "רגילים" מעל גיל שלוש לחינוך חינוכי – לחוק מעונות יום שיקומיים אין מקבילה חקיקתית להסדרת עניינם של פעוטות שאינם מוגבלים. "סביבה" חקיקתית זו, כשם שהיא משליכה על מה שיש בחוק מעונות יום שיקומיים, יש בה גם כדי ללמד על מה שאין בו. באמצעות החוק, לא ביקש המחוקק אלא להשוות את מצבם של הפעוטות המוגבלים לאלה שאינם מוגבלים, במובן זה שלא להגביל גם לאלה תהא פתוחה הדרך לשיבוץ במעון יום. החוק לא בא להיטיב את מצבם של הפעוטות המוגבלים ביחס לזה של חבריהם הבריאים. הוא אינו סוטה מן העקרון ולפיו במדינת ישראל חינוך חינוכי ניתן אך לילד מגיל שלוש ומעלה.

מסיבה זו, כשם שבמעונות יום אחרים נדרשים ההורים לשאת בעלות השירותים הניתנים, כך גם על הוריהם של פעוטות בעלי מוגבלויות להשתתף במימון השהות במעון השיקומי. עמדה על כך ח"כ גוז'נסקי בהצגה את הצעת החוק בפני הכנסת:

"יהיה הסדר עם ההורים. כפי שההורים משלמים היום על ילדים במעונות יום, גם פה יהיה הסדר".
[דברי הכנסת כ"ה (תש"ס), 7261]

שיעורה המדויק של השתתפות ההורים אף הוא עניין למשיבים להחליט בו. עם זאת, תכליתו של החוק והעקרונות עליהם עמדתי לעיל מחייבים, כי תקרת ההשתתפות לא תעלה על הסכום הממוצע אותו נדרשים לשלם למעון יום הורים לילד שאינו מוגבל. שאם לא כן, תיפגע ההזדמנות השווה שביקש המחוקק להקנות לפעוטות המוגבלים. ראוי הוא בעיני, כי ההסדר שיקבעו המשיבים בעניין זה ייקח אף הוא בחשבון את מצבם הייחודי של כל אחד מהפעוטות, ואת יכולתם של ההורים בכל מקרה קונקרטי לשאת בתשלום.

מוצא אני טעם רב בטענת העותרים, כי על המשיבים ליתן את הדעת לכך שהשקעה לעת הזו בפעוטות המוגבלים, תשתלם לעתיד לבוא. יוזמי החוק עצמם עמדו על כך בקובעם כי:

"כל מה שנשקיע בילדים הפעוטים האלה, בני שנה עד שלוש, כל מה שניתן להם יחזור אלינו כפל כפליים

בעתיד. אין גיל חשוב יותר לילדים האלה מבחינת השיקום שלהם...". [דברי הכנסת, שם]

על עקרון זה עמד אף בית-משפט זה בעניין מרציאנו הנ"ל, שם קבעה השופטת

דורנר כי:

"...[החינוך המיוחד] משרת לא רק את עניינם של הילדים אלא גם את האינטרס הציבורי, ובכללו האינטרס לחסוך במשאבי המדינה. שהרי, הדעת נותנת כי ילדים שלא יוכלו, לכשיגדלו, לדאוג לעצמם, יפלו לנטל על כתפי הציבור" [עניין מרציאנו, בע' 276].

הכיסוי הגיאוגרפי

23. החוק מחייב כי פעוט בעל מוגבלות יוכל להשתלב במעון "קרוב ככל האפשר למקום מגוריו". במצב האופטימאלי, היו הגורמים המוסמכים דואגים מן הסתם להפעלתם ולצידום המלא של מעונות יום שיקומיים ברבים מיישובי הארץ. אולם, כידוע, שום פעולה של הרשות המנהלית אינה מתבצעת בחלל ריק. עליה להתיישב עם יכולתה התקציבית של הרשות, ועם הדרך בה היא בוחרת לקבוע את סדר העדיפות של משימותיה בהתאם לחובותיה בדין ולמדיניותה. עמדתי על כך בעניין אחר:

"כל רשות עומדת בפני הצורך למצוא את האיזון הראוי בין ההיקף, האופן והמידה של קיום תפקידיה-חובותיה על פי הדין, לבין חובתה לשמור על המסגרת התקציבית שלה. לעולם אין היא יכולה לצאת ידי חובת הכל ולקיים את כל תפקידיה באופן אופטימלי, ללא התחשבות במגבלות התקציב. עליה לקבוע לעצמה סדרי עדיפויות וקדימויות וכללים וקריטריונים מנחים ליישומם...".

[בג"ץ 4613/03 עו"ד שחם נ' שר הבריאות, טרם פורסם]

וכן ראו בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 152; בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך התרבות, פ"ד נ(3) 2, 15; בג"ץ 3627/92 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע"מ ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(3), 387, 392.

כפי שכבר ציינתי, המחוקק לא התעלם מן האילוצים התקציביים בעניין מעונות היום השיקומיים, ולא ראה לכפות על הרשות המינהלית, הר כגיגית, הסדרים שתתקשה לעמוד בהם. למשיבים ניתנה איפוא, בגדרי יישומו של החוק, הסמכות להפעלתו של שיקול דעת ובלבד שאין בדבר כדי לסכל את תכלית החוק. על הרשות הוטל למצוא את הפשרה הראויה בין הרצון ליישם את החוק, לבין היכולת לעשות כן.

במצב דברים זה, סבורני כי הצעת המדינה בדבר אופן פרישתם של מעונות יום שיקומיים, כך שימוקמו בסמוך לבתי חולים מרכזיים ברחבי הארץ, היא הצעה סבירה. אעיר עם זאת, כי על יסוד החומר שהוצג בפני בית-המשפט, טוב תעשה המדינה אם בגדרי הפתרון המוצע תיתן דעתה גם על אותם מעונות מרכזיים, אשר אף שאינם ממוקמים בבתי-חולים, עומד לזכותם ניסיון עשיר וייחודי בתחום הטיפול בפעוטות בעלי מוגבלויות.

24. לסיכום הדברים, נזכור ונשנן את שהנחילנו המחוקק בחוק מעונות יום שיקומיים: ראוי לה לחברה כי לא תתכחש לחלשים שבה. אף אדם מוגבל, אדם הוא, וזכאי הוא להזדמנות שווה למיצוי יכולותיו ולטיפול אישיותו.

אציע איפוא לחבכי לקבל את העתירה, במובן זה שייעשה צו מוחלט המחייב את המשיבים לערוך, ברוח העקרונות אשר התוו לעיל, ולא יאוחר מיום י' באב תשס"ה (15.8.2005), הצעת תקנות ובהן פירוט מרכיביו של סל השירותים במעונות יום שיקומיים ואופן מימונו. המשיבים יעשו כל שביכולתם להשלמת התקנתן של תקנות אלה בהקדם, כדי לאפשר את יישומן כבר בשנת הלימודים תשס"ו.

המשיבים ישאו בהוצאות העותרים בסכום כולל של 10,000 ש"ח.

ש ו פ ט

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

ה נ ש י א

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט א' א' לוי.

ניתן היום, י"ב בניסן תשס"ה (21.4.2005).

שופט

שופטת

הנשיא