

----- (חסויה)

באמצעות----- (אפטרופסים והורים ביולוגיים)
באמצעות ב"כ עוה"ד שרון פרימור ו/או מיכאל שינדלר
שמענם להמצאת כתבי בי-דין :
בזכות, ת"ד 34510 ירושלים 91000
טלפון : 02 – 6521308 ; פקס : 02 – 6521219

המערכת

נגד

עו"ס יעל אור, פקידת סעד לחוק הסעד (טיפול במפגרים)
השרות לנכויות התפתחותיות, עיריית תל-אביב
באמצעות היועמ"ש לממשלה
ע"י ב"כ עו"ד חגית מזרחי
ממשרד הרווחה והשירותים החברתיים
שד' ירושלים 22
טל' 03-5138200 ; פקס : 03-513822

המשיבה

כתב ערעור

מוגש בזה ערעור על החלטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו בבש"א 160799/08 מיום 29.5.08 מפי כב' השופטת ניב ריבה, בה הורה בית משפט קמא על העברת המערכת, בניגוד לרצונה ובניגוד לרצון אפטרופסיה, למוסד "נווה נטוע" בחדרה, באופן מיידי תוך עשרה ימים, וליתן את סמכות הביצוע לעשות כן בידי אק"ם.

בית-המשפט הנכבד מתבקש, מכוח סעיף 14 לחוק הסעד (טיפול במפגרים) תשכ"ט –1969, לבטל את החלטתו של בית-המשפט קמא, ולקבוע כי תתקיים בעניינה של המערכת ועדת אבחון חדשה, אשר תקבע את סוג המסגרת המתאימה לה כיום.

החלטתו של בית-המשפט קמא מצורפת ומסומנת מע/1.

ואלה נימוקי הערעור :

פתח דבר

1. עניינו של ערעור זה בהחלטת בית משפט קמא לבקשת המבקשת, לצוות על הוצאת המערכת ממסגרת הדיור המשמשת לה לבית מזה עשרים שנה, בדירה בקהילה המופעלת על ידי אק"ם – תל-אביב ולהשימה בעל כורחה במוסד סגור, הרחק ממרכז חייה, בעיר חדרה.
2. עוד יותר מכך, מדובר בהחלטה שתוצאתה מניעת זכותה של המערכת לחיות חייה במסגרת הקהילה, בשוויון ובכבוד, באופן שבו חיים את חיינו כולנו – בבית, בלב הקהילה, בחברת אנשים ללא מוגבלות. החלטת בית משפט קמא גוזרת על המערכת אורח חיים במסגרת המונית,

סרגטיבית, שאינה הולמת את צרכיה. מסגרת שאין בה שמץ מן החירות האישית, הפרטיות והעצמאות שמהם נהנתה המערערת משך כל חייה – במסגרת דירה מוגנת בקהילה. בקשת המבקשת למתן הצו האמור מצורפת ומסומנת מע/2.

3. להלן ייטעו כי בית משפט קמא:

- שגה בהוציאו, מכוח סעיף 11 לחוק הסעד (טיפול במפגרים) תשכ"ט –1969 (להלן: "חוק הסעד"), הוראות לגבי המערערת שאינן מתיישבות עם תכלית סעיף החוק ולשונו, ולא בא זכרון בהחלטת ועדת האבחון שעליהן אמור להורות;
- שגה שלא הורה על המשיבה לנקוט בדרך האמורה בתקנות לשם בירור המחלוקת שהביאה בפניו;
- שגה שהורה בגוף ההחלטה הוראות שיש בהן כדי לפגוע בזכויותיה של המערערת לכבוד, לאוטונומיה, לשוויון ולשילוב בקהילה וכן כדי לפגוע בשלומה הנפשי ובטובתה;
- שגה באשרו את בקשת המשיבה מבלי לבחון בקפידה הדרושה את התנהלות המשיבה, ובכלל זה את הימנעותה מלפעול בסבירות ובהגינות;
- שגה שלא הורה למשיבה להביא לזימון ועדת אבחון חדשה על מנת שזו תדון במסגרת הדיור החוץ-ביתית המתאימה למערערת כיום.

א. העובדות הצריכות לערעור

4. המערערת היא אישה בת 46 עם מוגבלות שכלית בדרגת פיגור קל-בינוני, בו לקתה בהיותה בת ארבע, עת נחנקה עקב פרכוסים. המערערת גדלה בבית הוריה עד גיל 21. כל משך ילדותה לא עלה על דעת הוריה להשימה במעון. הם גידלו את המערערת במסירות יחד עם אחיה. השקיעו את מרצם ואת כספם בשיטות הוראה שונות כדי לאפשר למערערת לממש את מירב הפוטנציאל שבה. ההתקדמות היתה איטית אך משמעותית. כיום המערערת היא אדם עצמאי ומתפקד: אשת שיחה, קוראת עיתונים, נהנית מסרטים, עובדת חרוצה, חובבת הצגות וארועי תרבות. אוהבת ונאהבת.
5. משבגרה המערערת ביקשו הוריה להבטיח סידור חוץ ביתי הולם לצרכיה. הגם שבימים אלו, טרם מהפכת זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות כלהלן, היה מקובל כי אנשים עם פיגור שכלי כשל המערערת חיים במוסד הרחק מהקהילה, פעלו ההורים יחד עם הורים אחרים על מנת להקים דירות מוגנות לילדיהם בלב העיר. בהן ייהנו מאורח החיים בו חיו תמיד – בבית ולא במוסד.
6. מערך הדירות שהוקם בעיר תל-אביב הסב גאווה רבה לעיר ולתושביה וזכה לתמיכת משרד הרווחה ומחלקת הרווחה בעיר תל-אביב (השניים אלו ייקראו יחד: "המשיבה"). מערך הדירות כלל, כמקובל בעולם הרחב, דירות רגילות בבניין מגורים בעיר, בהן חיים בצוותא עד שישה אנשים עם מוגבלות שכלית, עם צוות מטפל הכולל מדריכים ואב או אם בית. לימים עבר מערך הדיור לניהולה של עמותת אקיי"ם - תל-אביב יפו (להלן: 'אקיי"ם' ו-'הדירה' בהתאמה).
7. משך עשרים שנים חיה המערערת במסגרת מערך דיור זה, חביבה על צוות הדירה ועל הדיירים. המגורים בדירה בקהילה הטיבו באופן ניכר עם המערערת: היא התפתחה להיות אדם עצמאי

ובוגר. חרף מוגבלותה וקשייה האובייקטיביים, עובדת כיום המערערת בתעסוקה מותאמת בבית קפה 'ארומה', נוסעת באופן עצמאי בתחבורה ציבורית, מבצעת קניות בעצמה, משתתפת עם חברים במסגרת מועדון-יום, מתרועעת עם בני משפחתה, יוצאת לאירועי תרבות, מטיילת לבד או עם חברות בעיר להנאתה. חיה חיים "רגילים" בקהילה.

8. כך למשל, זכתה המערערת בפרס "**מתנדבת מצטיינת**" במסגרת עיסוקה באגודה למען הקשיש, שם סייעה בטיפול בקשישים וארחה להם לחברה. מנהלת המקום כתבה למערערת כלהלן:

"...קשיים נערמו לנו בדרך, אך העקביות, ההתמדה, הרצון העז, המוטיבציה, הרגישות, הנכונות לתת ועיקר הלב האוהב שלך הכריעו לטובה. כיום את חלק בלתי נפרד של המטפלים בקשישי המרכז. " המכתב מצורף ומסומן "מע/3".

9. החיים בדירה ידעו עליות ומורדות. כצפוי באוכלוסיית אנשים עם פיגור שכלי, הזקוקה למענים טיפוליים, היו בין הדיירים רגעי קירבה לצד קשיים בין-אישיים, שהגיעו לעיתים לכדי התפרצויות ואלימות מצד דיירי הדירה. המערערת עצמה היתה קורבן להתפרצות אלימה מצד דייר אחר כלפיה ופונתה לבית החולים. מדוח פסיכיאטרי שנערך למערערת מטעם המשיבה בשנת 2005 אנו למדים כי מצבה של המערערת היה בזמנים הרלוונטיים **יציב**. (הדוח אוזכר באבחון שנערך למערערת מטעם המשיבה. העמוד הרלוונטי מצורף ומסומן מע/4א)

10. החל מסוף שנת 2005 חוותה המערערת משבר, שהתבטא בהתדרדרות בולטת בהתנהגותה. המשבר שחוותה, שהוא לא בלתי שכיח בקרב אנשים עם מוגבלות שכלית, אותר למן תחילתו וטופל באופן אינטנסיבי, בעיקר על ידי הוריה של המערערת.

יוטעם, כי משבר זה העומד ברקע בקשת המשיבה וכתוצאה מכך ברקע החלטת בית משפט קמא, ארע באופן בלתי צפוי ומהווה אפיזודה בחייה של המערערת.

11. בזכות הטיפול המקצועי האינטנסיבי שניתן למערערת, התעקשות הוריה, ההשקעה הרבה והמוטיבציה של המערערת, ניכר כי המשבר חלף. **מזה חודשים רבים התנהגותה של המערערת הוטבה באופן משמעותי.** ההתנהגויות הקשות הוטבו, ועלתה באופן ניכר יכולתה של המערערת לשלוט בכעסים ובתסכולים. אף העובדת הסוציאלית שבדירה מעידה על כך במכתב ביום 22.6.08 להורים, כלהלן:

*"מחודש מרץ ועד היום מצבה של ---- הינו טוב יחסית לעבר...בתקופה זו אירעו מספר ארועים בהם ---- היתה על סף התפרצות אך **במולם הצליחה בעזרת הצוות להתגבר בצורות מתאימות יותר על הכעסים.**" המכתב מצורף ומסומן מע/4ב¹.*

12. עם זאת והואיל והמשיבה מבססת את טענותיה על הארועים שהתרחשו בעבר, בעיצומו של המשבר, ראוי להתעכב על עובדות המקרה. עם פרוץ המשבר ביקשו הוריה של מערערת את העזרה המקצועית הטובה ביותר עבורה. בכסף רב מימנו עבורה טיפול פסיכיאטרי ומיוזמתם ביקשו מצוות הדירה להיות שותף בתהליך הטיפול.

תחילתו של הטיפול היה במתן תרופות פסיכיאטריות. אולם לתרופות אלו היתה השפעה שלילית על המערערת. מצב רוחה נע בין אפאטיות וכאון לבין התפרצויות זעם ופגיעה עצמית, והיא סבלה מחוסר איזון הורמונאלי, שהתבטא ברגישות ורגשנות יתר.

¹ אלא אם מצויין אחרת, ההדגשות אינן במקור

13. הקשר הנלווה שבין הטיפול הרפואי כשלעצמו לבין ההתדרדרות בהתנהגות המערערת עולה מחוות הדעת הפסיכיאטרית מטעם המשיבה: "החמרה בהתפרצויות זעם אשר יכולה להיות קשורה לטיפול ע"י SSRI ולשינויים הורמונאליים". (העמוד הרלוונטי מצורף ומסומן מע/ג4).

14. כאשר התבררו תוצאותיו הנלוות השליליות של הטיפול התרופתי, שונה הטיפול בהן ובמקביל הותחל בטיפול עיצוב התנהגות, שכלל כלים התנהגותיים שונים. חלקם הביאו להחרפה בטווח הקצר בהתנהגותה של המערערת. אולם, לאחר כמה חודשים נמצאה נוסחה טיפולית מתאימה שנתנה את אותותיה, וחל שיפור ניכר בהתנהגות המערערת.

בהקשר זה איפוא יש לבחון את התנהגות שאפיינה את המערערת: לא כביטוי לקווי אישיות בעיתיים - אלא כביטוי של משבר, שהוחרף בין היתר על ידי הטיפול שניתן למערערת, וכיום הוטב באופן משמעותי.

15. יוער, כי במהלך המשבר וההתדרדרות בהתנהגותה של המערערת, דווקא התנהלותה מחוץ לדירה היא שהיתה תקינה. יותר מכל מעיד על כך תפקודה במסגרת עבודתה בקהילה, ובתוכו יחסה ללקוחות, לעובדים ולמעסיק. למעשה אין זה מפתיע כלל שהמערערת תיפקדה טוב יותר בסביבה שהיתה סובלנית כלפיה, שקיבלה אותה כפי שהיא, עודדה אותה ואיפשרה לה תחושת ערך עצמי. כך כעולה ממכתבה של גב' חדווה חטמי, נציגת "תעסוקה בדרך אחרת המוסד לביטוח לאומי-אקיי"ם, מספטמבר 2007, האחראית על שיבוצה של המערערת בעבודתה בארומה כלהלן:

"בעבודתה הנוכחית מגלה ----- הרגלי עבודה טובים מאוד... במשך השנים ניתן לראות בה שינוי עצום של מסוגלות לעבודה, רכישת מיומנויות תעסוקתיות וחברתיות. היא יוצאת נשכרת מהסביבה הנורמטיבית ובעצם מהווה חלק מצוות העבודה. הממונים והעובדים מקבלים אותה בחיוב ומתייחסים אליה בהבנה ובסובלנות. מכירים בקשיים שלה ומוכנים להתמודד איתם". המכתב מצורף ומסומן מע/5.

16. כך, אם כן, בששת החודשים האחרונים באופן הדרגתי גרם השילוב של תרופות מתאימות יותר ושיטה חינוכית קיצונית פחות לשיפור ניכר בהתנהגותה של המערערת. הדברים עולים מעמדותיהם של אנשי המקצוע כלהלן.

- חוות דעתו של ד"ר דורון, פסיכיאטר מטעם אקיי"ם, מיום 14.2.08 הנסמכת על דברי צוות הדירה, קובעת: "מאז הפגישה הקודמת היתה התפרצות אחת לאחר ? עם אחד המדריכים סביב העובדה שלא עבדה בימי גשם. ההורים חושבים שהמצב הקליני משביע רצון. גם מהצוות שמעתי שהמצב משביע רצון בהתחשב בכך שהיתה התפרצות אחת (עם טריגר) ב-5 שבועות. לאור התמונה הכוללת לא נשנה את הטיפול התרופתי". סיכום התייעצות פסיכיאטרית מצורף ומסומן מע/6.

- חוות דעתו של הפסיכיאטר המטפל ד"ר פלדינגר מיום 4.3.08 קובעת: "מצבה העכשווי הינו מיוצב מבחינת הטיפול התרופתי ולא קיימות בעיות התנהגות קשות או התנהגות אלימה. לפיכך ניתן להמליץ על המשך מגוריה בדיור מוגן בקהילה והמשך במתכונת הטיפולית כפי שקיימת כיום." חוות הדעת מצורפת ומסומנת מע/7.

• חוות דעתו המעודכנת של ד"ר פלדינגר מיום 7.7.08 שנכתבה לאחר שבדק את המערערת ביום 5.7.08 במטרה להעריך את מצבה הנפשי, קובעת: "על פי התייעוד הקיים (חוות דעת פסיכולוג ועו"ס אק"ם גבי עירית לבנון, ש.פ.) והפרטים שנמסרו על ידי הוריה, במצבה הנפשי כיום, בהשוואה לזה מלפני כשנתיים – ניכרת הטבה משמעותית וקבועה. לפיכך מסוגלת להשתלב בקהילה, למרות מוגבלויותיה". חוות הדעת מצורפת ומסומנת מע/ 8.

• חוות דעתה של ניצן מור, פסיכולוגית שיקומית מיום 15.5.08 קובעת: "הטיפול התרופתי המאוד מאסיבי כנראה עוזר לה לשמור על רגיעה והיא כיום מסוגלת גם להרגיע את עצמה... מומלץ מאוד לאפשר לה להמשיך בחיים עצמאיים בקהילה עם טיפול קוגניטיבי מתאים ולא רק עיצוב התנהגות שמדגיש מה לא לעשות. חשוב במקביל לתת לצוות הדרכה שוטפת כדי שרגישויות קלות ותגובות לא מווסתות לא יהפכו להתפרצויות ו – ACTING OUT עוצמתיים מידי כפי שקורה לה. אם צוות הדירה ילמד להגיב אליה בהתאם לתכנים הטיפולים... רוב בעיות ההתנהגות תיפתרנה". חוות הדעת מצורפת ומסומנת מע/ 9.

17. נוסף יש לציין את התרשמותו של האחראי על המערערת בתחום התעסוקה. מנהל עבודתה בקפה 'ארומה', מר יוסי שובל, מציין:

"----- עומדת בכל הכללים והדרישות. היא מתאמצת להצליח, למרות שאני מבין שלא תמיד קל לה ושהיא מתעייפת... במהלך כל התקופה שבה אני אחראי על ----- בעבודה, לא נתקלתי בהתפרצות של ----- כלפי איש. מעולם לא פגעה בעובד או בלקוח, וגם לא בעצמה. באופן כללי, מעולם לא נתקלתי בהתנהגות חריגה. מבחינתי היא עובדת רגילה.... אשמח מאוד אם ----- תמשיך לעבוד אצלנו". המכתב מיום 8.7.08, ומכתבו הקודם של שובל מיום 1.1.08 מצורפים ומסומנים מע/10 א,ב.

ועדת האבחון וועדת ההשמה

18. עם זאת, תוך כדי תקופת המשבר ועוד לפני שניתן היה לבחון את השפעות הטיפול הפסיכולוגי-פסיכיאטרי, כמתואר מעלה, דרשה אק"ם מהמשיבה שתפעל בדחיפות להוצאת המערערת מהדירה. בהתאם לכך הביאה לזימון ועדת אבחון, ועדה סטטוטורית הפועלת מכוח חוק הסעד, שתקיים דיון בעניינה של המערערת.

כמבוקש התכנסה ועדת אבחון וקיימה שלוש ישיבות. כולן במהלך תקופת ההתדרדרות שחוותה המערערת, בטוח של שלושה וחצי חודשים החל מיום 30.1.06 ועד 16.5.06.

19. בישיבתה האחרונה, מיום 16.5.06, קבעה ועדת האבחון הוראות בדבר דרכי הטיפול בתחום המגורים כלהלן:

"זיקוקה למסגרת מגורים חוץ ביתית מובנית ומוגנת יותר מהמסגרת הנוכחית, בעלת גבולות ברורים, עם צוות כ"א מתוגבר שיתן מענה לבעיות ההתנהגות של ----- על תהליך ההשמה להתבצע עפ"י הנהלים המקובלים באגף". (להלן: 'החלטת ועדת האבחון'). החלטת ועדת האבחון מצורפת ומסומנת מע/11.

20. ההורים עצמם הסכימו וסברו, שטוב יהיה אם בתם תשובץ בדירה אחרת, שבה יפגין הצוות כלפי המערערת אמונה, הערכה ותקווה. בה תרגיש המערערת רצוייה ולא דחוייה, ושיש בה מענים מקצועיים אמפטיים וראויים.

21. המשיבה החליטה, לעומת זאת, כי המערערת תשובץ במסגרת שאינה דיור בקהילה, אלא במעון-מוסד. בהמשך לכך הציעה המשיבה להורים אך ורק מסגרות מעוניות: הוסטלים או מוסדות. כולן מסגרות סגרגטיביות לאנשים עם פיגור, הממוקמות הרחק ממרכז חייה של המערערת. זאת שעה שכמו הדירה שבה חיה המערערת, מעמידה המשיבה באמצעות גורמים מפעילים אחרים דירות מוגנות נוספות בתל-אביב ובאזור המרכז, המיועדות לאנשים עם מוגבלות שכלית ברמות תפקוד שונות.

22. ההורים הביעו את התנגדותם לשיבוץ בתם במסגרות מוסדיות אלו, משום אופיין ההמוני, הסגור והמבודל. חרף זאת הסכימו לבקר בהן, אך התרשמו כי הן אינן מתאימות כלל למערערת. חלק ממסגרות אלו אף לא רצו לקבל את המערערת. אין פלא, שהרי אין אלו מסגרות בהן מתגוררים אנשים בכפייה. כמו כן, כבמעגל שוטים, נחישותה של המשיבה להדגיש את התנהגותה השלילית של המערערת על מנת להביא להוצאתה מהדירה, הביאה לחשוף אך ורק את תמונת המצב לגבי העבר, ולא להאיר את השיפור שחל בחודשים האחרונים.

23. הואיל והמשיבה טענה כי לשיטתה, כביכול, מאפשרת החלטת ועדת האבחון להשים את המערערת במוסד, הגישו ההורים ערר על החלטת ועדת האבחון.

במהלך דיון ועדת הערר, שנערך כשנה וחצי לאחר הגשתו, התברר כי המחלוקת בין הצדדים נטושה רק לגבי המסגרות המסויימות שמציעה המשיבה - לא לגבי קביעת ועדת האבחון. זאת כעולה מדבריה של פקידת הסעד הראשית בדיון ועדת הערר:

'ההחלטה היחידה של הוועדה המשמעונית היא ש----- לא יכולה להמשיך במסגרת הנכבחת ואנחנו צריכים ללכת לוועדה השמה במחוז. עלינו לדון פעם נוספת עם ההורים על מסגרת אחרת. אני לא אומרת הוסטל או פנימייה אחרת... במסגרת מובנית יותר עם כוח אדם אחר, נצטרך לחפש מקום אחר...' (ראו עמ' 1 לפרוטוקול ועדת הערר, המצורף ומסומן מע/12).

הואיל, וכאמור, גם ההורים סברו כי ראוי שבתם תשובץ בדירה אחרת, נדחה בהסכמה הערעור.

24. אולם, במקביל חידש אק"ם את המאמצים להוציא את המערערת מהדירה, גם בטרם נמצאה דירה חלופית. באורח חד צדדי הודיע אק"ם למערערת ולהוריה, בידיעת המשיבה, כי על המערערת לעזוב מיידית את הדירה. פנייתה של ב"כ המערערת מטעם ארגון 'בזכות' הבהירה לאק"ם כי אין בסמכותה לעשות כן. מכתב אקים למשיבה מיום 13.12.07, מכתבו להורים מה- 9.1.08 ומכתב 'בזכות' מיום 13.1.08 מצורפים ומסומן מע/12-ב-D.

25. בנסיבות אלו הגישה המשיבה לבית משפט קמא בקשה, מע/11 לעיל, על פי סעיף 11 לחוק הסעד:

'יהנני פונה לכבוד בית המשפט בתוקף תפקידי כפקידת סעד לחוק הסעד (טיפול מפגרים) תשכ"ט 1969, ועל פי חוק הסעד טיפול מפגרים) תשכ"ט 1969, סעיף 11, בבקשה לסידורה של ----- בהוסטל (גל בחדרה, לדוגמא) או מסגרת חוץ ביתית אחרת...'

26. כך, ללא שהמערערת זומנה כדין לדיון בבקשה על ידי המשיבה, נתן בית משפט קמא, במעמד צד אחד וללא שהוזמנו ההורים לדיון, החלטה המורה על מעבר המערערת תוך 7 ימים להוסטל גל. יוטעם, הוסטל גל הוא הוסטל לאנשים עם פיגור שכלי, שיש להם גם מוגבלות נפשית, והם זקוקים למענים פסיכיאטרים צמודים מבית.

ההחלטה שניתנה במעמד צד אחד בוטלה בידי בית משפט קמא לבקשת המערערת. ביום 20.5.08 פנתה המשיבה שוב לבית המשפט קמא. הפעם בכדי שיאשר הוא את בקשתה להשיב את המערערת, בעל כורחה, במוסד "נווה נטוע", בעיר חדרה.

בשלב זה יוטעם שמדובר במוסד סגור והמוני, מרוחק מרחק ניכר ממרכז חייה של המערערת ומהוריה. במוסד זה משובצים אנשים בדרגת פיגור קשה ברמות תפקוד ועצמאות נמוכות, הזקוקים למענים פסיכיאטרים צמודים.

ההורים ביקרו במקום, תחת מחאה, ובתום הביקור סרבו, ביתר שאת, לשיבוץ המערערת בו.

27. בדיון שנערך ביום 28.5.08 הורה בית המשפט קמא כמבוקש, וציווה על העברתה המיידית, תוך עשרה ימים, למוסד "נווה נטוע". ביום 11.6.08. עוכבה ההחלטה לבקשת המערערת על ידי כב' השופטת לבהר-שרון בבית משפט נכבד זה בבש"א 11500/08.

החלטת בית המשפט קמא במעמד צד אחד; בקשת המערערת לביטול ההחלטה הנ"ל; בקשתה השנייה של המשיבה מיום 20.5.08; בקשת עיכוב הביצוע והחלטת עיכוב ביצוע; מצורפות ומסומנות מע/13 א-ה.

ב. פגמים שנפלו בהחלטת בית משפט קמא

28. המערערת תטען כי בית המשפט קמא שגה באופן שבו יישם את סעיף 11 לחוק הסעד ובאופן שבו הורה על השמת המערערת בכפייה במוסד 'נווה נטוע' כלהלן:

1. בכך שהוציא מלפניו החלטה החורגת מסמכותו על פי סעיף 11 לחוק - הן משום שהשמת המערערת במוסד, בכפייה, אינה בגדר החלטת וועדת האבחון; והן משום תכליתו ומהותו של סעיף 11 לחוק.
2. בכך שהוציא לפניו צו על פי סעיף 11 לחוק, והתעלם מהדרך הקבועה בתקנות להכריע בשאלה נשואת ההחלטה;
3. בכך שהורה בהחלטה גופה הוראות שתוצאותיהן פוגעות באופן ניכר בזכויותיה היסודיות של המערערת לשוויון, לכבוד ולמגורים בקהילה, וכן פוגעות בטובתה;
4. בכך שלא הפעיל כדין את שיקול הדעת המסור לו בחוק באשרו בקשה לפי סעיף 11 לחוק, ובין היתר לא בחן את סבירותה בקשה ואת התנהלות המשיבה כפקידת רשות שלטונית; ולא הורה לה על זימון ועדת אבחון חדשה.

11. החלטת בית משפט קמא חורגת מסמכותו על פי סעיף 11 לחוק הסעד

11א) ההשמה במוסד אינה בהתאם לדרכי הטיפול שעליהן החליטה וועדת האבחון

29. כאמור בסעיף 25 לעיל, בקשת המשיבה מע/2 לבית המשפט קמא נסמכה על סעיף 11 לחוק הסעד, שכותרתו "אמצעי כפייה", הקובע כלהלן: "לא בא מפגר לפני ועדת אבחון, או לא עבר בדיקות בהתאם להוראותיה כאמור בסעיף 6, או לא דאג המפגר או האחראי עליו לביצוען של

דרכי הטיפול שעליהן החליטה ועדת אבחון, רשאי בית המשפט, על פי בקשת פקיד סעד, לצוות על נקיטת אמצעים – לרבות העמדת המפגר תחת השגחתו של פקיד סעד או החזקתו במעון – הדרושים, לדעת בית המשפט, להבטיח כי המפגר יובא לפני ועדת אבחון, שייבדק בהתאם להוראותיה או שיבוצעו דרכי הטיפול שעליהן החליטה הועדה".

30. סעיף 11 לחוק הסעד, כלעיל, קובע כי בנסיבות בהן לא דאג אחראי על מפגר לביצוע דרכי הטיפול שעליהן החליטה וועדת האבחון רשאי בית המשפט להורות על נקיטת צעדים לשם ביצוע.

31. **ועדת האבחון היא גוף בלתי תלוי, שאינו כפוף למשיבה, המוסמך על פי חוק הסעד לקבוע דרכי טיפול באדם עם פיגור.** זימון הוועדה נעשה על ידי המשיבה, אך משהוקמה, דיוניה נערכים באופן עצמאי והחלטתה מחייבת את המשיבה. ועדת האבחון, בין יתר סמכויותיה, היא שמוסמכת לקבוע את סוג מסגרת הדיור אליה ישוב אדם.

סעיף 7א(א) לחוק הסעד, שכותרתו, הזכות לסידור חוץ ביתי, קובע:

"החליטה ועדת אבחון על סידור חוץ ביתי או סידור יומי למפגר מסויים, תקבע גם את סוג המסגרת המתאים לו ביותר."

סעיף 1 לחוק הסעד מגדיר מהם סוגיו של "סידור חוץ ביתי":

"סידור חוץ ביתי" – החזקתו של מפגר במעון, במשפחה אומנת, בדיור בקהילה או במקום אחר מחוץ לביתו כפי שקבע שר העבודה והרווחה.

32. **המדובר הוא בסעיף המקנה לבית המשפט סמכות כבדת משקל אשר תוצאתה עשויה להיות כפיית אמצעי טיפול, שמטבעם הרי נועדו להטיב עם אדם עם מוגבלות.** ממילא נותנת הדעת כי ככל שראוי להפעילו, על השימוש בסעיף להיות מצומצם ודוקני, ולכל היות ניתן לחייב באמצעותו נקיטת צעדים הנובעים במישרין מהחלטת ועדת האבחון. **כפי שיובהר בית המשפט קמא שגה שהורה בהחלטתו צעדי טיפול שאינם מנויים בהחלטת ועדת האבחון.**

33. **החלטת ועדת האבחון לא קבעה: 'שיבוץ מוסד'. במשך למעלה מעשרים שנים החליטו הגורמים המוסמכים כי המערערת תגורר במסגרת מסוג דירה בקהילה. בתחילת שנת 2006, כאמור, כונסה ועדת אבחון כדי לדון בשאלת שינוי סוג המסגרת. כלהלן: "הוועדה התכנסה היום עפ"י בקשת פקידת הסעד כדי להחליט עם (במקור) ----- מתאימה למעון או לדיור בקהילה" (עמ' 2 להחלטת מע/11).**

34. בדיון שקיימה הוועדה הועלו טיעונים לכאן ולכאן ולבסוף, על אף שהתבקשה בידי פקידת הסעד לעשות כן, לא שינתה הוועדה את ההחלטה האחרונה בעניינה של המערערת: מגורים בדירה בקהילה. **כל שקבעה הוועדה הם תנאים לסוג מסגרת זו: מסגרת מובנית, מוגנת, המציבה גבולות והמעסיקה כח אדם מוגבר יותר.**

תנאים אלו מתקיימים בדירות מוגנות הפועלות כיום בישראל ומופעלות על ידי משרד הרווחה. וזאת לנוכח ההכרה ההולכת וגוברת כיום בזכותם של אנשים עם מוגבלות להיות חלק מאיתנו.

35. החלטתו קבע בית משפט קמא כלהלן: **"לטעמי מיועדת בקשה זו, בה אנו דנים היום, אך ורק לקביעת מקום המגורים, המסגרת בה תהיה -----, אך לא לקביעת סוגה, שכן זו נדונה ע"י הוועדות השונות."** זאת עשה (ראו: עמ' 1 להחלטה, שורות 7-9).

בפועל, עם זאת, שינה בית משפט קמא בהחלטתו את החלטת הוועדה האמורה לעיל, וקבע קביעה מהותית לא-לו באשר לסוג המסגרת: מוסד ולא דיוור בקהילה. קביעה שיש בה כדי להכריע בזכויותיה של המערערת לכבוד, לאוטונומיה ולשוויון, כפי שיפורט. שעה שהסמכות להחליט בעניין מסורה על פי חוק אך ורק לוועדת האבחון. היא "המומחה" מטעם המדינה.

36. לחלופין, שגה בית משפט קמא באופן בו פירש את החלטת הוועדה, וקרא לתוכה קביעה שלא בא זכרה: שיבוץ במוסד. אם ביקש להפעיל סמכותו של פי סעיף 11 כי אז היה עליו לנהוג באופן דווקני, ולפרש את החלטת הוועדה על פי לשונה, מבלי להפליג לפרשנויות. בוודאי שלא פרשנות מרחיבה, שיש בה כדי לשנות את החלטת הוועדה באופן מהותי.

37. לחילופי חילופין, שגה בית משפט קמא, בכפורתו על המערערת באמצעות סעי' 11 לחוק את דרכי הטיפול שעליהן החליטה המשיבה - לא יישם הוראות החלטת ועדת האבחון, כמצוות הסעיף. סמכות זו, לכפות דרכי טיפול עליהן מחליט פקיד הסעד, אינה נכללת במסגרת סעיף 11².

38. הלכה היא כי כאשר מאפשרת לשון החוק פגיעה בזכויותיו של אדם יש לעשות בו שימוש ביד קמוצה ובזהירות, באופן שבו יוגשם מכלול מטרותיו של החוק, תוך איזון נאות בין מטרות החוק. מקל וחומר, במצב שבו נכפים על אדם חיים במסגרת סגורה, ושוללת חירות, כפי שנקבע:

"כל הגבלה של תחומיה של זכות כאמור ושל היקפה, העולה מדבר חקיקה, תפורש באופן מצמצם ותוך מגמה לתת לזכות האמורה קיום מירבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק...". (ראו: ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' [4], בעמ' 295). כן נקבע:

"כאשר חוק כלשהו בא להגביל את זכות הפרט או לפגוע בה, אין לפרשו באופן מרחיב וסוחף. פרשנותו הראויה היא מצמצמת ודווקנית... כך חזרנו והבהרנו "יש ליישם הוראותיו של דבר החקיקה... תוך אימוץ גישה, המביאה בחשבון את המשקל הרב המיוחס בהתאם לתפיסותינו לחירויות היסוד". ע"א 9136/02 מיסטר מאני בע"מ נ' רייז 3 (וראו גם (ראו רע"א 1132/94 פי. אף. אי. אסטבלישמנט נ' יונה רוזנר. פ"ד מט(5) 215, ובג"צ 5073/91 תאטראות ישראל נ' עיריית נתניה, פ"ד מז (3) 192).

39. לסיכום, שגה איפוא בית משפט קמא בהורתו מכוח סעיף 11 לחוק על צו החורג מקביעתה של ועדת האבחון; ובפרשו את החלטתה באופן שגוי; ו/או בהורתו על דרך טיפול שקבעה המשיבה-לא הוועדה.

² לשם ההנגדה ראו בסעיף 16 (ב) את סמכות בית משפט לאשר או לדחות צעדים טיפוליים עליהם החליטה פקידת הסעד לשם נקיטת אמצעי חירום, בנסיבות מוגדרות ומצומצמות.

³ C:\Documents and Settings\barniv\Local Settings\Temporary Internet Files\Content.IE5\BYG7J10H\0209136[1].doc

ב1(ב) החלטת בית המשפט קמא אינה מתיישבת עם תכליתו ומהותו של סעיף 11 לחוק.

40. להלן ייטען, כי שגה בית המשפט קמא בקובעו הוראות מכוח סעיף 11 לחוק, הנוגדות במהותן את סוג ההוראות שניתן לכפות על אדם עם פיגור ועל הוריו - אפוטרופסיו החוקיים, והנוגדות אף את מושכלות היסוד שבמטריה המשפטית הרלוונטית.

חוק הסעד בכללותו נועד לעגן את ההסדרים החוקיים ביחס לאנשים עם מוגבלות שכלית, שתכליתם – ראשית כל – להטיב עם האדם. ההנחה ברוב המקרים היא כי אדם עם פיגור שכלי משולל כשרות משפטית וזקוק לאפוטרופוס לפעול בשמו ולייצגו. כאשר פועלים הוריו של אדם עם מוגבלות שכלית על מנת לסדר עבורו מסגרת דיור, פועלים הם בצל חוק הסעד, מכוח אפוטרופסותם על ילדם וסמכותם לייצגו, המעוגנת **בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב – 1962** (להלן "חוק הכשרות").

בשל מוגבלותו ותפקידה של החברה להבטיח את צרכיו המיוחדים, זכאי אדם עם פיגור שכלי לשירותים הניתנים מאת המדינה, והמוסדרים בחוק הסעד. באופן מפורש קבע המחוקק **בס' 7א לחוק הסעד, כי סידור חוץ ביתי, בין במוסד ובין בדירה מוגנת, הוא זכותו של אדם.**

41. פרשנות סעיף 11 לחוק, מכוחו ניתן לכאורה לכפות על אדם עם מוגבלות ועל הוריו צעדים טיפוליים, חייב איפוא לשלב בין שתי הוראות חוק.

כך, שכל עוד פועלים ההורים או האפוטרופוסים החוקיים כראוי במילוי תפקידיהם, בהתאם להוראות הכלליות בדין ובהתאם להוראות סעיף 41 לחוק הכשרות: כדרך שאדם מסור היה נוהג, ובאופן שלא נשקף סיכון לאדם, אין עילה להתערב בהחלטותיהם ולכפות עליהם, ביחס לילדם, מסגרת דיור.

במצב הדברים הנכון מבחינה משפטית, רשאי ההורה להסכים לקבל את קביעת ועדת האבחון ולהסכים לקבל מסגרת מגורים המוצעת לו על ידי המשיבה, בהתאם למשאביה, אן לדחותן.

42. סעיף 11 לחוק אף הוא אינו קובע אמת מידה להתערבות החלטות ההורים. פרשנותו של סעיף החוק, שממילא חייבת להיות מדוקדקת ודווקנית לנוכח תוצאותיו הכופות ושוללות החירות, ראוי כי תהלום את תכליתו של החוק ושל ההקשר המשפטי הכולל.

43. שגה איפוא בית המשפט קמא, שהורה על השמת המערערת במוסד, בניגוד לרצונה ולרצון הוריה, באופן שרירותי מבלי להתייחס כלל לאפוטרופסות ההורים ולמסירותם כלפי המערערת.

נדמה, כי לכל היותו, וכחריג לכלל שבחוק הכשרות, ניתן להגביל את השימוש בסעיף 11 למצבים שבהם ברור לבית המשפט כי יש בשיקול דעת ההורים בכדי לסכן את זכויות ילדם, למשל, מצב שבו ההורים רוצים עבור ילדם סידור חוץ ביתי וקיים חשש שמא בהחלטתם ייקפחו את זכויותיו. למשל כאשר: "יש בסיס לחשש, כי את דרישת ההורים או אפוטרופוסים אחרים לסדר את המפגר במוסד, מניעים אינטרסים אישיים והיא עומדת בסתירה לטובת המפגר" (ראו: דן שניט, החוק, הפרט ושירותי הרווחה (תשמ"ח), בעמ' 296-297).

44. דא עקא, כי פני הדברים בערעור זה שונות בתכלית. מניעי הורי המערערת הם מסירותם העצומה לבתם ואמונתם ביכולתה ובזכויותה לחיות את חייה בכבוד ובשלווה נפשית.

45. שגה איפוא בית משפט קמא בכפותו על המערערת ועל הוריה, מגורים במסגרת סגורה, שיש בה כדי לפגוע בזכויותיה - מבלי שבחן האם מתקיימות נסיבות חריגות כלשהן המצדיקות כפיית אמצעי טיפול על אפוטרופוס.

בית משפט התעלם למעשה מאפוטרופסותם של ההורים ומהקשר ההדוק החיובי והעמוק שבינם לבין המערערת, לרבות מיכולתם לקבל עבור המערערת החלטות ראויות, ולשקול את מכלול זכויותיה ואת טובתה. בכך חטא בית משפט קמא לתכלית ההסדר שבחוק הסעד, ולמושכלות יסוד בדין באשר לאפוטרופסות אדם על ילדו.

2.2. ההחלטה חורגת מהדרך הקבועה בתקנות הסעד להכריע בשאלה נשואת

ההחלטה

46. בין אם בית המשפט קמא הפעיל סמכותו מכוח סעיף 11 לחוק, ובין אם הפעיל סמכות אחרת כלשהי המוקנית לו בדין, הרי כי אז היה על בית משפט קמא לדחות את הבקשה ולהורות למשיבה לנקוט בדרך הקבועה בתקנות לשם בירור הסוגייה נשואת הערעור. ומכל מקום, שגה בית משפט קמא בהחליטו בשאלה שההכרעה בה מסורה מכוח הסדר נורמטיבי ספציפי לגוף אחר.

47. מחוקק המשנה קבע, כי במקום בו נטושה מחלוקת בין אחראי על אדם עם פיגור לבין המשיבה, לגבי העברת אדם ממסגרת אחת לשנייה, לרבות על רקע טענה בדבר חוסר התאמתו למסגרת, נתונה לוועדה האבחון, בכובעה זה, סמכות להחליט במחלוקת⁴.

כלהלן בסעיף 13 (ה) לתקנות שירותי הסעד (הסכם להחזקת נזק-מפגר במעון), התשס"א-2001:

"אחראי המתנגד להחלטת העברה לפי סעיף קטן (א)(1) (3) או (4) יביא, בתוך 15 ימים מיום קבלת ההודעה על החלטת ההעברה, את התנגדותו לידיעת פקיד סער שמונה לפי חוק הסעד (להלן - פקיד סעד) או לידיעת מנהל המעון והוא יעבירה מיד לידיעת פקיד הסעד; פקיד הסעד יעביר התנגדות כאמור, בתוך 15 ימים, לוועדת אבחון והיא תכריע במחלוקת".

48. שגה איפוא בית משפט קמא, בהכריעו במחלוקת באמצעות הסמכות הכללית הקבועה בסעיף 11 לחוק, שעה שאופן ההכרעה מוסדר באופן מפורש בהסדר חקיקה ספציפי, שהגיונו ברור: הואיל ומדובר בהחלטה שנדרש לגביה שיקול דעת מקצועי, ראה מחוקק המשנה לנכון להפקידה בידי גוף מקצועי, בלתי תלוי, המוסמך לערוך את כל הבדיקות הנדרשות.

⁴יוער, כי בתקנות אלו "מעון" מתייחס לכל סוגי המסגרות החוץ-ביתיות, כאמור בחוק הפיקוח על מעונות, תשכ"ה - 1965).

3ב החלטת בית משפט קמא פוגעת בזכויות המערערת וטובתה

49. לחלופין בנוסף לכך שגה בית משפט קמא באופן בו עשה שימוש בסעיף 11 לחוק, הרי שהחלטתו עצמה פוגעת שלא כדין בזכויותיה של המערערת לכבוד, שוויון ומגורים בקהילה. כן פוגעת היא בשלומה הנפשי והרגשי של המערערת. כלהלן:

3ב(א) - הפגיעה במערערת – פגיעה בזכויות היסוד – כבוד, אוטונומיה, שוויון וחירות

50. לאדם עם מוגבלות, ככל אדם, הזכות לחיות חייו בכבוד ולקבל החלטות הנוגעות לחייו. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח – 1998 (להלן: חוק השוויון), חוק אשר נתפס נאצל כחוק יסוד, (ראו: בג"צ 6790/98 אברץ ואח' נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים ואח', פ"ד נב (5) 323, 335) קובע בסעיף 2:

"חוק זה מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו".

עוד קובע החוק בסעיף 4: "אדם עם מוגבלות זכאי לקבל החלטות הנוגעות לחייו, על פי רצונו והעדפותיו, והכל בהתאם להוראות כל דין".

51. החלטת בית משפט קמא פוגעת בזכותה של המערערת לשוויון. בזכותה לחיות את חייה באופן

שבו חיים כולנו – בקהילה. כאחת מאיתנו – ולא כ'בת חורגת', במעון המיועד רק לאנשים עם מוגבלות, הרחק מהמרקם החברתי "הרגיל", מהוריה המסורים ומכל מה שיש לחברה להציע.

עוד בטרם חקיקת חוק שוויון קבע בית המשפט העליון לעניין ערכו של שילובו של אדם עם מוגבלות, כלהלן:

" היא (תכלית החקיקה, שם חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 ש.פ.) באה להגן על כבודו של הנכה וחירותו על-ידי הבטחת שוויון והשתתפות בחברה בכל תחומי החיים. אכן, בעבר שררה ההשקפה כי הנה הוא שונה, ועל-כן יש לטפל בו תוך הפרדה מהחברה *separate but equal*" כיום שורת ההשקפה כי יש לשלב את הנכה בתוך החברה ולהבטיח לו שוויון של *"integrated and equal"*). אכן, הגישה המודרנית הינה כי הפרדה מעמיקה את חוסר השוויון ומנציחה הפליה. הנכה הוא אדם שווה זכויות. אין הוא מצוי מחוץ לחברה או בשוליה. הוא חבר רגיל בחברה שבה הוא חי. מטרת ההסדרים אינה להיטיב עמו בבדידותו, אלא לשלבו - בתוך שימוש לעתים בהעדפה מתקנת - במירקם הרגיל של חיי החברה". (ראו: בג"צ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות" תק-על 196 (1) 818/)

52. כן פוגעת החלטת בית משפט קמא באוטונומיה הרצון של המערערת ושל אפטרופסיה, אוטונומיה שהיא נדבך מרכזי בעקרון כבוד האדם, ומעוגנת בסעיף 4 לחוק השוויון כאמור. הן בהיבט הרחב, שעה שנכפית על המערערת מסגרת שוללת חירות, והן בהיבט החיים במוסד עצמם. החיים בדירה בקהילה מאפשרים לדייר, כמו לכל אחד מאיתנו, לבחור את אורחות חייו. ללכת לסרט או לגן הציבורי, לצאת עם חברה או לבקר את ההורים, ועוד.

שליחתו של אדם למוסד פוגעת בזכותו לקבל החלטות הנוגעות לחייו, אף ברמה הבסיסית והיום-יומית ביותר. משכך – פוגעת בכבודו כאדם.

53. יתרה מכך, עצם כפיית המגורים במוסד, נוסף על הבעייתיות שבהם לגופו של עניין, פוגעת בכבוד האדם. הפסיקה עמדה על כך בהקשר של אשפוז פסיכיאטרי כפוי, ועל אף ההבדל שבין המסגרות המדוברות נדמה כי חזק הגיונם של הדברים, כלהלן:

"אשפוז כפוי פוגע בחירות; אשפוז כפוי פוגע בדימוי העצמי; בחברתנו הוא מטיל סטיגמה בחולה. אשפוזו של חולה בבית חולים לחולי נפש קשה ומר הוא למאושפז ולבני משפחתו, ומשנעשה האשפוז שלא מרצונו של המאושפז, יש בו משום אחת הצורות החמורות והמדכאות של שלילת חירותו של האדם." (ראו: רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי תל אביב יפו, פ"ד נב(1) 697, 707, המצטט את ב"ש 196/80 טולדנו נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 332, 336).

54. עוד נפגע 'כבוד האדם' של המערערת משום ההחלטה להחריג אותה מהחברה ולהרחיקה ממנה. בהקשר זה עמדה הפסיקה על הקשר שבין הזכות לכבוד לבין זכותו של אדם להיות חלק מן החברה הסובבת אותו (בג"צ 366/03, 888/03, עמותת מחוייבות לשלום ולצדק חברתי ואח' נ' שר האוצר ואח', פסק דינם של הש' א' לוי והנשיא ברק (טרם פורסם)).

ב3(ב) הפגיעה במערערת: פגיעה בזכותה לגור בקהילה

55. בדונו בהשמת אדם עם מוגבלות שכלית מחוץ לביתו העניק חוק הסעד עדיפות למגורים בקהילה. ברוח זו נקבע בסעיף 7א(ב) לחוק, כי בקביעת סוג הסידור החוץ ביתי תיתן ועדת האבחון עדיפות לדיוורו של אדם עם פיגור בקהילה. יש להבהיר כי המחוקק לא הבחין לצורך כך בין סוגי אנשים עם פיגור שכלי – לא ביחס לסוג הפיגור ולא ביחס לאופי המוגבלות.

56. **דיוור בקהילה אינו רק 'דרך טיפול' כי אם, ובעיקר, זכות יסודית של אדם.** קביעת העדיפות למגורים בקהילה, שתוקנה על רקע חקיקת חוק השוויון, מבטאת את אחד מהשינויים היסודיים ביותר בהתייחסות המשפטית לאנשים עם מוגבלות. השאלה אם אדם מתגורר בקרב החברה או מוצא ממנה למסגרות מרוחקות והמוניות אך בשל מוגבלותו, היא אבן בוחן לעקרון השוויון. (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון) (נגישות, דיוור בקהילה וכו'), התשס"א – 2000, ה"ח 2951, בעמ' 333).

57. בעוד שבעבר נהוג היה להרחיק אנשים עם מוגבלות מהחברה ולקבוע את מגוריהם במסגרות סגורות, כיום ברור כי אנשים עם מוגבלות הם חלק בלתי נפרד מהקהילה: הם זכאים לבוא בתוכה, לעבוד בה, להתרועע עם יתר חבריה וליהנות משרותיה. החל משירותי בריאות ועד שירותי תרבות וחינוך.

58. הזכות לדיוור בקהילה, בכל סוגי הדיוור הנורמטיביים הקיימים בה, הוכרה גם בדין הבינלאומי, המחייב את ישראל. בראשו האמנה הבינלאומית לזכויות אנשים עם מוגבלות של האו"ם, שנחתמה על-ידי מדינת ישראל ביום 30 במרץ 2007. סעיף 19 לאמנה קובע בלשון שאינה משתמעת לשני פנים:

19. Living independently and being included in the community

States Parties to this Convention recognize the equal right of all persons with disabilities to live in the community, with choices equal to others, and shall take effective and appropriate measures to facilitate full enjoyment by persons with disabilities of this right and their full inclusion and participation in the community, including by ensuring that:

(a) **Persons with disabilities have the opportunity to choose their place of residence and where and with whom they live on an equal basis with others and are not obliged to live in a particular living arrangement;**

(b) Persons with disabilities have access to a range of in-home, residential and other community support services, including personal assistance necessary to support living and inclusion in the community, and **to prevent isolation or segregation from the community.** *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*⁵.

59. לסיכום, החלטת בית משפט קמא להוציא את המערערת מדירה מוגנת בקהילה ולהוציאה למוסד, פוגעת בזכותה לגור בקהילה, באופן העמוק יותר. זאת גם אם המוסד ממוקם בתוך עיר, ובלב שכונה, לא כל שכן שהוא מרוחק ממרכז חייה במשך העשרים שנים האחרונות ומהוריה. לעולם מדובר יהיה במסגרת חיים שאינה כמסגרות החיים הנוהגות בקהילה, ואינה מאפשרת חיי שילוב אמיתיים בקהילה.

ב3(ג) הפגיעה במערערת: פגיעה בשלומה הנפשי

60. נווה נטוע, המוסד עליו הורה בית משפט קמא בהחלטתו, הינו מעון סגור, המוני בו מתגוררים כ- 170 דיירים, המצויים במצב ירוד מבחינה נפשית והתנהגותית. אין צורך להרחיב בדבר הקושי הנפשי העצום שייגרם למערערת אם תושם במסגרת נעולה ומרוחקת, שתחשוף אותה לאנשים במצבים קשים ותנתק אותה ממרכז חייה, ממשפחתה ומחבריה. ואם קשה מעבר למסגרת חיים שונה בתכלית מזו שהיא מורגל, הרי היא קשה שבעתים לאדם עם פיגור, שלעולם קשים עליו ההסתגלות והבנת מצבו.

61. כל זאת:

א. **שעה שחוות הדעת הפסיכולוגית תומכת** בכך שיש לאפשר למערערת לחיות חיים עצמאיים בקהילה. (ראו עמ' 3 לחוות הדעת של גבי ניצן מור, מע/ 9).

ב. **אביה של המערערת מצהיר:** "...ניתוקה מן הדירה, מעבודתה בארומה, מהקרבה אלינו, ההורים ומסביבתה המוכרת לה בתל-אביב והעברתה למקום שלא יאפשר לה להמשיך בכל אלו ולהסתובב עצמאית ולמלא אחר רצונותיה ותחביביה, הוא אסון גדול עבורה, שאין לו תקנה..." התצהיר התומך בבקשת עיכוב ביצוע מצורף ומסומן מע/14.

ג. **גב' לרנר, מנכ"ל ארגון 'בזכות', המנהלת מזה עשור מערך דיור בקהילה מעריכה כי המערערת תתקשה מאוד להשלים עם אובדן העיסוקים שאהבה כל כך ומילאו אותה בסיפוק ובגאווה; מניחה שהמגורים במוסד, שהוא מסגרת סגורה מאוד, עלולים לדרדר את מצבה של**

⁵ <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml/>

המערערת; וכן שהחיים בסביבת אנשים עם מוגבלויות קשות ועם הפרעות התנהגויות עלולים למשוך מטה את התנהגותה ותפקודה של המערערת. תצהירה של לרנר, התומך בבקשה עיכוב הביצוע מצורף ומסומן מע/15.

62. ההשפעות האפשריות הקשות של שלילת זכותה של המערערת לגור בקהילה נלמדות גם מהידע המקצועי שנצבר בארץ ובעולם. מחקרים מוכיחים, כי איכות חייהם של אנשים הגרים בקהילה, לרבות אנשים עם מוגבלות קשה ומורכבת, עולה לאין ערוך על איכות חייהם במוסדות, וכי ניכר שיפור בתפקודם.

63. בשנת 2001 פרסם הגוינט – מכון ברוקדייל מחקר, על פי בקשת משרד הרווחה, אודות איכות חייהם של אנשים עם פיגור שכלי. מסקנותיו של המחקר מוכיחות באופן חד משמעי, כי מקומם של אנשים עם מוגבלות, ואפילו מוגבלויות שכלית קשה שיש לה צרכים סיעודיים, בקהילה, וכי הפנייתם למוסד פוגעת קשות באיכות חייהם. נמצאו יתרונות מובהקים לחיים בקהילה בכל הנוגע לפעילויות פנאי, להתקדמות הדיירים במיומנויות תפקוד שונות, לשילוב מבחינה לימודית, תעסוקתית וחברתית, לתדירות הקשר עם בני המשפחה ועוד. (ראו: דליה מנדלר ודניז נאון, "איכות חיים של אנשים סיעודיים עם פיגור קשה או עמוק בדיור קהילתי" (2001), סעיף 1⁶.)

64. אין מדובר במחקר בודד או יוצא דופן. מחקרים דומים נערכו במדינות שונות בעולם. כולם מוכיחים את היתרון האבסולוטי שבמגורים בקהילה, באופן שבו חיים אנשים בקהילה. חלקם נערכו במדינות אשר סגרו את שערי כל המוסדות בשטחן והעבירו את כל דייריהם לקהילה. מאמר, שסיכם מחקרים מרכזיים בתחום, מצביע על תוצאות יוצאות דופן באחידותן:

"The sum total of rigorous studies over a 25 years period provides conclusive evidence of the superiority of community living... Their qualities of life are enhanced, they are more independent, they display less challenging behavior, their homes are more pleasant, and their families believe that they are far "better off" than they were in developmental centers".

J. Conroy, Deinstitutionalization of People with Mental Retardation and Developmental Disabilities in the United States: Was This Good Social Policy?, (Center for Outcome Analysis, 2005), available at: <http://www.outcomeanalysis.com/readings/DI/deinstitutionalization.htm>

65. שגה בית משפט קמא בהתעלמו ב"שתיקה רועמת" מטענותיה של המערערת לגבי החשש הכבד לפגיעה בזכויותיה אם תושם בכפייה במוסד, אף לתקופת "מבחן". כך כאשר התעלם מהטענות, מחוות הדעת ומהתצהירים המלמדים על היתרונות הגדולים לאין ערוך שבחיים בקהילה. זאת בקובעו כלהלן: "מכיוון שחוות הדעת אשר הוגשו על ידי באת כוחה של משפחת ---, אינן יכולות להעלות או להוריד, לעניין קביעתה של המסגרת העתידית ל-----" (עמ' 1 שורות 10-11 להחלטה).

1. ⁶ לסיכום המחקר; לתקציר המחקר ראו - <http://brookdale1.pionet.com/default.asp?catid={9F20B3F3-3E60-4F57-BA1E-26673ACDB2EE>.

66. לסיכום, שגה בית קמא שהורה על שליחת המערערת למוסד, בעל כורחה. ואם לא די בכך שעשה שימוש שלא כשורה בסעיף 11 לחוק עליו נסמך, כי אז החלטה גופה פוגעת באופן ניכר ועמוק בזכויותיה של המערערת לכבוד, לשוויון ולחיים בקהילה. כן היא פוגעת בשלומה הנפשי.

ב 41 בית המשפט קמא לא הפעיל כדין את שיקול הדעת המסור לו בחוק: לא בחן את סבירות בקשת המשיבה, ולא הורה למשיבה על קיום ועדת אבחון חדשה;

67. בהמשך לכך שגה בית המשפט קמא שלא הפעיל סמכותו על פי סעיף 11 לחוק כראוי וקיבל החלטה הפוגעת בזכויותיה של המערערת, שגה בית המשפט קמא גם בכך שלא בחן את בקשת המשיבה במבחני ההגינות והסבירות הנדרשים ממנה בהיותה פקיד רשות מנהלית, ושגה בהימנעו מלהורות לה להפעיל את סמכויותיה ולזמן ועדת אבחון חדשה.

68. מלשונו של סעיף ותכליתו ברור, כי בית משפט אינו בבחינת 'חותמת גומי' על בקשת פקיד הסעד, אלא מסור לו שיקול דעת עצמאי ופוזיטיבי לאשר החלטה מנהלית. כלהלן בלשון החוק: 'רשאי בית המשפט, על פי בקשת פקיד סעד, לצוות על נקיטת אמצעים – לרבות העמדת המפגר תחת השגחתו של פקיד סעד או החזקתו במעון – הדרושים, לדעת בית המשפט, להבטיח...'

69. המשיבה פנתה לבית משפט קמא בתוקף היותה ונושאת בכהונה ציבורית ולפיכך חלים עליה עקרונות המשפט הציבורי-מנהלי וכללי המשפט הנובעים מהם. אמות המידה במשפט המינהלי הן שהיה על בית משפט קמא לשקול, בדונו האם לאשר את בקשת המשיבה. שהרי, אין מדובר בבקשה לסילוק יד בתחום המשפט הפרטי, אלא בבקשת רשות מנהלית לכפות דרכי טיפול על אדם, מכוח סמכותה השלטונית בדין.

70. אמנם הלכה ידועה היא כי בית המשפט לא ישים את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המנהלית ולא יכפה דעתו עליה (ראו ע"א 311/57 י"מ נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג(2) 1026, 1039). יחד עם זאת תמיד חלה עליו חובה לבחון האם הפרה הרשות את חובתה לנהוג בסבירות ובהגינות. (ראו ע"מ 9316/05 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה נ' איתן בכור ואח', (לא פורסם)⁷).

71. עוד יותר כך בבקשה מסוג זה, המוגשת מכוח סעיף 11 לחוק ובה נתונה לבית המשפט בדין ומלכתחילה סמכות לאשר החלטה שלטונית. כי אז היה על בית המשפט קמא להתייחס בקפידה מיוחדת ובבחינה מדוקדקת לשאלה: האם הפעילה המשיבה את שיקול דעתה בסבירות, ובכלל זה האם שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים, האם נעשו האיזונים הנדרשים, והאם התשתית העובדתית היא מאוזנת ולא סלקטיבית.

(ראו בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 423-426; בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים פד לז(3) 29, 48-49; בג"צ 581/87 צוקר נ' שר הפנים פ"ד מב(4) 529; ;

⁷ http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/05093160-f20-e.doc

4א) שגה בית המשפט קמא בהעתרו לבקשה נטולת תשתית עובדתית מאוזנת

72. שגה בית המשפט קמא באמצו את בקשת המשיבה לכפות על המערערת חיים במוסד, מבלי שבחן כנדרש האם הניחה המשיבה תשתית עובדתית מאוזנת ומקיפה.

73. הלכה היא כי אם החלטת הרשות מתקבלת ללא שהניחה בפניה תשתית עובדתית מוצקה ומאוזנת עשוי בית המשפט לפסול את ההחלטה (ראו זמיר, "הסמכות המינהלית", כרך ב' עמ' 773 738).

מקל וחומר, שבית המשפט עשוי, ואף נדרש, שלא להעתר לבקשה מאת הרשות, שאינה מעוגנת בתשתית עובדתית כנדרש, מקום שמראש נתונה לו הסמכות לאשר את בקשת הרשות.

74. לכאורה נראה שהמשיבה הניחה בפני בית המשפט קמא תשתית עובדתית, המורכבת מדוחות ותסקירים למכביר. אלא שכך אין בכך כדי למצות את חובתה לעניין התשתית העובדתית הנדרשת.

הלכה היא, כי בחינת העובדות בידי הרשות חייבת להיעשות בהתאם לכללים ולעקרונות שיבטיחו את סבירות התוצאה. כך, מחויבת הרשות ליתן לעובדות את משקלן הראוי, ולבחון את משמעותן הכוללת ולשקלן בהקשר הרחב בו הן קיימות. עוד עליה לבחון ולשקלל גם עובדות שאינן מתיישבות עם עמדתה הראשונית, וכן לבחון את התוצאות הצפויות מהפגיעה האפשרית בזכויות אדם. כלהלן:

" בדיקה צריכה להיות עניינית והוגנת, בין היתר, במובן זה שיבואו בפניה גם עובדות אשר אינן עולות בקנה אחד עם גישתה הראשונית. במילים אחרות, אל לה לרשות לתור ולחפש רק אחר ראיות אשר תאששנה את גישתה הראשונית. כדי שהתמונה הרלוונטית כולה תהיה לנגד עיניה, עליה ליתן דעתה גם לראיות אשר משמעותן אינה עולה לכאורה עם גישתה זו... באין איסוף ראיות כנדרש, עלולים עובדות ונתונים הצריכים לעניין שלא להילקח בחשבון, וההחלטה לא תהיה שקולה ומאוזנת..."

אם יש בהן פגיעה בזכויות קיימות, לרבות זכויות קנייניות, הן צריכות להיות ברורות חד משמעיות ומשכנעות כדי שיוכלו להוות תשתית להחלטה. כגודל הזכות העלולה להיפגע, כן גודלה ועוצמתה של הראיה הנדרשת". (ראו: בג"צ 3379/03 מוסטקין ואח' נ' פרקליטות המדינה פ"ד נח(3) 865 ראו סע' 38 לפס"ד).

75. לא כך נהגה המשיבה – העובדות שעליהן הסתמכה בקבלת החלטתה התרחשו בתקופת המשבר שחוותה המערערת.

דא עקא שעובדות המתייחסות להווה, קרי לחודשים האחרונים בהם חלה הטבה משמעותית ועקבית בהתנהגותה של המערערת, כמעט ולא שוקללו. כך נמנעה המשיבה להציג בפני בית המשפט קמא את חוות דעתם של הגורמים המטפלים, בכללם של פסיכולוג ופסיכיאטרים; רשמיהם של אנשי הצוות בעת האחרונה, ראו מע/4 ב לעיל, ורשמיו של המעסיק.

76. המשיבה אף לא ייחסה לעובדות את משמעותן הראוייה. שהרי, המערערת אינה דייר רגיל בדירה רגילה. מלכתחילה זקוק אדם עם מוגבלות שכלית למענים מיוחדים. בדיוק בשל כך שובצה המערערת במסגרת חוץ ביתית בדירה מוגנת, בדיוק בשם כך זכאית היא לשירותים הניתנים על פי חוק הסעד.

על מנת שאנשים עם מוגבלות ישולבו בינינו זקוקים הם להתאמות מיוחדות וליחס תומך.

77. יוער, כי חובה זו לשקול התנהגותו של אדם עם מוגבלות על רקע סוג המוגבלות ומאפייניה נתמכת גם בנורמות המקצועיות החלות על המשיבה.

ידוע בתחום בו אנו דנים, כי מלכתחילה ששכיחות בעיות ההתנהגות בקרב אנשים עם פיגור שכלי גבוהה באופן ניכר מזו שבכלל האוכלוסייה⁸. בעיות אלו דורשות טיפול מקצועי נכון, וחשוב לא פחות רצון טוב מצד מפעילי המסגרות והצוות, ואמונה בצדקת הדרך.

בהקשר הזה ראוי להדגיש שוב את העובדה שגם בתקופת המשבר, הרי שדווקא מחוץ לדירה, במקום עבודה רגיל - בו נדרשה המערערת לבוא במגע עם לקוחות, עובדים ומנהלים, ובו גילו כלפיה את הסבלנות הנדרשת, פירגנו לה והאמינו בה - התנהגותה של המערערת היתה תקינה.

78. **שגה איפוא בית המשפט קמא שאימץ, ללא בחינה, ללא שקילה וללא ביקורת שיפוטית כנדרש את עמדתה של המשיבה, הנסמכה על תשתית ראייתית חלקית ומגמתית.**

79. שגה בית משפט קמא בהימנעו מלהורות על זימונה של ועדת אבחון חדשה

80. אחד מן החסרים הבולטים שבתשתית הראייתית שהמשיבה הציגה בפני בית המשפט קמא, הוא העדר החלטת ועדת אבחון מעודכנת.

החלטת האבחון עליה נסמכה המשיבה, מע/11, התקבלה לפני למעלה משנתיים. יתרה מכך התקבלה ההחלטה במהלך תקופה שבה חלה הידרדרות משמעותית במצבה של המערערת: שלושת הישיבות שהתקיימו בעניינה של המערערת, התקיימו כולן בטווח של שלושה וחצי חודשים, בעיצומו של המשבר ההתנהגותי.

יוער, כי אמנם בעת האחרונה התקיימה ועדת ערר לבקשת המערערת, אולם כעולה מהחלטתה לא נדרשה הוועדה לקביעות מהותיות באשר לצרכיה של המערערת בהווה. זאת בעקבות ההבנות שאליהן הגיעו הצדדים במהלך הדיון, כאמור בסעיף 23 לעיל.

81. חוק הסעד קובע בסעי' 15 (א) כי ועדת האבחון מתכנסת לבקשת פקיד הסעד, מיוזמתו או על פי בקשת האחראי על האדם. אחת לכל שלוש שנים לפחות חייב פקיד הסעד לשוב ולהביא את עניינו של אדם עם פיגור לפני ועדת אבחון, ורשאִי הוא לעשות כן בכל מועד אחר.

82. **יודגש, אם כן, כי מדובר בהחלטה שלא חל עליה עקרון הסופיות.** בכל עת, ובייחוד עם שינוי הנסיבות, נתונה לרשות הסמכות להפוך בהחלטתה ולבוחנה מחדש.

על אף לשון הרשות שבסעיף החוק, ומשום החשיבות המיוחסת להחלטת ועדת האבחון בעניינים הרי גורל כענייננו וטיבם של הנושאים הנדונים על ידה, **יש הסבורים כי הפעלת הסמכות לזמן ועדת אבחון עשוייה להפוך לחובה ולא לרשות** (ראו: תקנות הסעד (טיפול במפגרים), תשל"ו – 1975; דן שניט, לעיל, בעמ' 297).

⁸ A. Dosen, Treating Mental Illness and Behavior Disorders in Children and Adults with Mental Retardation (2001) p. 6; Child and Adolescent Psychiatry, Blackwell's Neurology and Psychiatry Access Series Second Edition (2005) p. 68

83. יוטעם, לא אילוצים טכניים הביאו את המשיבה להסתמך על החלטת ועדת אבחון בלתי עדכנית, אלא החלטה מפורשת שלה עצמה.

הוריה של המערערת פנו למשיבה בחודש אפריל 2008 על מנת שתפעל לכנס ועדת אבחון חדשה כדי לדון במצבה של המערערת בהווה. המשיבה סירבה. נימוקיה כלהלן: "המתנה עכשיו לתהליך של אבחון + אבחון רק יעכב את העברתה של ----- למסגרת אחרת – דבר ש----- מוכנה וממתינה לו".

בקשת ההורים ותשובתה של מרכזת השירות למפגר במשיבה מצורפות ומסומנות מע/ 16 א,ב.

84. מתשובה של המשיבה עולים שרירותיות וחוסר הגינות. ברי כי איזון הדברים לא ניתן לשקול את ההמתנה כנגד הפגיעה המשמעותי בזכויותיה ובטובתה של המערערת.

די בה כדי שבית משפט יחליט על דחיית הבקשה ויורה על למשיבה לגרום לזימון ועדת אבחון חדשה, וזאת מכוח סמכות בית משפט קמא שבסעיף 11 לחוק הסעד המאפשרת "לצוות על נקיטת אמצעים". סמכותה האמורה של בית המשפט נובעת גם מסעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית, לפיו מוסמך בית משפט להורות על נקיטת אמצעים לשמירת עניינו של חסוי.

85. שגה איפוא בית משפט קמא בסורבו להורות על קיום ועדת אבחון חדשה, בקובעו, כלהלן: " אין לי אלא להסתפק באמירה כי במסגרת דיון זה אין לי את הסמכות להפנותם לוועדת אבחון חוזרת (עמ' 2 להחלטה, שורות 1-3).

86. **לסיכום כל אלו, שגה בית משפט קמא כאשר הורה על השמת המערערת בכפייה במוסד סגור וזאת מאחר ששגה:**

(א) באופן בו פירש ויישם את סמכותו על פי סעיף 11 לחוק הסעד;

(ב) בייחסו אל החלטת ועדת האבחון משמעויות שלא נכללו בה;

(ג) בהתעלמו הפרוצדורה המשפטית הקבועה בתקנות להכרעה במחלוקות הנוגעות למעבר דייר ממסגרת אחת לשניה;

(ד) בהורתו על צעד הרה גורל מבלי שיחס משקל לפגיעה בזכויותיה של המערערת, בחירותה ובאוטונומית הרצון שלה;

(ה) באשרו את בקשת המשיבה מבלי לבחון בקפידה הדרושה את התנהלות המשיבה, ובכלל זה את הימנעותה מלפעול בסבירות ובהגינות.

87. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד, מן הדין ומן הצדק, לבטל את החלטת בית המשפט קמא ולהורות כי לא תועבר המבקשת מהדירה בה היא מתגוררת למוסד, או בכלל, וכן להורות על הבאת ענינה של המערערת בפני ועדת אבחון, שבפניה יונחו הנתונים העדכניים הרלוונטיים בעניינה של המערערת.

שרון פרימור, עו"ד
ב"כ המערערת

