

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

1. בזכות – המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות (ע"ר 580303824)
2. אופק לילדינו (ע"ר 580297406)
3. איל"ן – איגוד ישראלי לילדים נפגעים (ע"ר 580036242)
4. אלו"ט – אגודה לאומית לילדים ובוגרים עם אוטיזם (ע"ר 580064335)
5. אקדם (ע"ר 580607703)
6. אקים ישראל (ע"ר 580034924)
7. ביחד (ע"ר 580504389)
8. בית איזי שפירא (ע"ר. 58071850)
9. חברים בנגב (ע"ר 580628667)

כולם על ידי על ידי עו"ד אביבית ברקאי – אהרונוף

מארגון בזכות, רחוב כנפי נשרים 3, ירושלים

טלפון: 02-6521308, פקס: 02-6221283 ; avivit@bizchut.org.il

וע"י עו"ד הרן רייכמן, הקליניקה למשפט מדיניות וחינוך, הפקולטה

למשפטים, אוניברסיטת חיפה

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, הר הכרמל

טל': 050-5657157; פקס': 04-8141101 ; law.haran@gmail.com

העותרים

נגד

1. משרד החינוך

2. משרד האוצר

שניהם ע"י ב"כ פרקליטות המדינה

טלפון: 02-6466590, פקס: 02-6467011

המשיבים

3. נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

ע"י ב"כ המשיבים 1 ו 2-

משיבה פורמלית

עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי המורה למשיבים 1 ו 2- לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא תבוטל הנחיית המשיב 1 אשר לפיה רמת התפקוד של תלמידים המבקשים שירותי חינוך מיוחדים לפי חוק חינוך מיוחד, תשמ"ח – 1988 (להלן: "חוק חינוך מיוחד" או "החוק") תיקבע ככלל באמצעות שאלון רמת התפקוד (להלן: "שאלון ראמ"ה") מבלי להפעיל שיקול דעת עצמאי כנדרש בחוק.

ב. מדוע לא יבהיר המשיב לוועדות זכאות ואפיון כי עליהן לקבוע את רמת התפקוד ואת היקף סל השירותים בהתאם לשיקול הדעת המקצועי של חברי הוועדה בלבד ביחס לתלמיד הפרטני, ובהתאם לשיקולים המפורטים בסעיף 7(א) לחוק חינוך מיוחד ללא מגבלה של מכסות.

ג. מדוע לא יפרסם מנכ"ל המשיב 1 חוזרי מנכ"ל לקביעת אמות מידה ברורות ושוויוניות לקביעת רמת תפקוד על ידי הוועדות ולקביעת שעות סיוע, כנדרש בסעיף 7(א)(3) לחוק ובהתאם לתוספת השנייה לחוק (בהתאמה).

ד. מדוע לא יימנעו ועדות זכאות ואפיון מלעשות שימוש בשאלון ראמ"ה במקרים בהם השאלון אינו נמסר להורי התלמיד במועד הקבוע בסעיף 9(ב)(3) לחוק.

ה. מדוע לא יאפשר המשיב 1 לתלמידים שנפגעו כתוצאה מהפרת החוק ומהתנהלות לא תקינה לשוב ולקיים דיון בעניינם בוועדות זכאות ואפיון לאור התנהלות הוועדות באופן שאינו תואם את חוק חינוך מיוחד ולאור שינויים שחלו בהנחיות שניתנו לוועדות במהלך החודשים בהם התקיימו דיוני הוועדות, ולאור שינויים נוספים, אם יחולו, בעקבות העתירה דן בעבודת הוועדות.

ו. מדוע לא ימנע המשיב 1 ממתן נהלים בעל פה לחברי ועדות זכאות ואפיון ויפרסם הנחיה- הבהרה לכל חברי הוועדות לפיה אין להגביל את מספר התלמידים הזכאים לשירותי חינוך מיוחדים.

בקשה לצו ביניים ולקיום דיון דחוף בעתירה

נוכח העובדה שהחלטות בדבר זכאות לשירותי חינוך מיוחדים תקפות החל משנת הלימודים הקרובה, שנת הלימודים ה'תשפ"א, אשר צפויה להתחיל כבר ב-1.9.2020, ואלו מתקבלות באופן בלתי חוקי, כפי שיפורט בגוף העתירה, ובגינן נפגעות וייפגעו זכויותיהם של תלמידים רבים, ונוכח העובדה שבחירת ההורים בסוג המסגרת החינוכית ניתנת לשינוי רק עד ליום 1.7.2020 וזו מושפעת במישרין מהחלטות ועדת זכאות ואפיון באשר להיקף סל השירותים אותו יהיה זכאי לקבל תלמיד בשילוב, יבקשו העותרים מבית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים המורה למשיבים לאסור על ועדות זכאות ואפיון, ועדות החריגים ועדות ההשגה להתבסס בהחלטתן על שאלון ראמ"ה, אלא אם כן השאלון נמצא בפני הוועדה ונמסר להורים ולתלמיד כנדרש בחוק.

העותרים יבקשו להבהיר כי נמנעו מלבקש צו ביניים להקפאה גורפת של הדיונים בוועדות על אף התיקונים הדחופים הנדרשים, כפי שעולה בעתירה דנן, וזאת כדי למנוע פגיעה נוספת בתלמידים עם מוגבלות אשר לא יקבלו זכאות לשירותי חינוך מיוחדים. בנסיבות אלו ולאור לוחות הזמנים, מתבקש בית המשפט הנכבד אף לקבוע דיון דחוף בעתירה.

א. העתירה בתמצית

1. עניינה של עתירה זו הוא הפרה של הוראות חוק חינוך מיוחד על ידי המשיב 1 בדרך של מתן הוראות לוועדות זכאות ואפיון שהוקמו מכוח החוק ופגיעה בזכויותיהם של תלמידים עם מוגבלות לחינוך, לשילוב, לשוויון ולהליך הוגן.

2. חוק חינוך מיוחד תוקן ביולי 2018 (להלן "תיקון מספר 11 לחוק חינוך מיוחד" או "התיקון לחוק") באופן ששינה את מנגנון הזכאות לשירותי חינוך מיוחדים אשר היה קיים בחוק בנוסחו הקודם.

3. בניגוד למצב החוקי טרם התיקון, הוקמו במסגרת התיקון לחוק ועדות חדשות (להלן: "ועדות זכאות ואפיון") אשר נציג המשיב 1 עומד בראשן, ואשר הן בלבד מוסמכות לקבוע את הזכאות לשירותי חינוך מיוחדים, את רמת התפקוד של התלמיד ואת היקף סל השירותים שיינתן לו במידה וישולב במערכת החינוך הכללית (מסגרת חינוך "רגילה").

4. מאז כניסתו לתוקף של התיקון לחוק, העלה יישומו תמונה מדאיגה לפיה הוועדות הונחו לפעול בניגוד לחוק.

א. סמכות קבלת ההחלטה נשללה מהן כמעט לחלוטין עד שהפכו להיות גורם חסר משמעות בקביעת זכאות לשירותי חינוך מיוחדים, בקביעת רמת התפקוד של התלמיד ובקביעת היקף סל השירותים לו הוא זכאי בשילוב, וזאת נוכח הנחיה של המשיב 1 המורה לחברי הוועדה לקבוע את רמת התפקוד בהתאם לתוצאה מספרית המתקבלת במחשב לאחר מילוי שאלון על ידי איש צוות חינוכי ("שאלון ראמ"ה"), ונוכח העובדה שהיקף סל השירותים נגזר אף הוא מהזנת נתונים במחשב ולא על ידי חברי הוועדה; ההנחיות של משרד החינוך הפכו את שאלון ראמ"ה אפוא לכמעט חזות הכול, ובכך שוללות כמעט לחלוטין (למעט מקרים חריגים ביותר) את שיקול הדעת המקצועי של הוועדה.

ב. סעיף 7(א)(3) לחוק קובע כי רמת התפקוד תקבע לפי אמות מידה שיקבעו בחוזר מנכ"ל. החוק אף מחייב פרסום חוזר מנכ"ל לצורך קביעת היקף סל השירותים של תלמיד בשילוב, אך מאז נכנס החוק לתוקף לא פורסמו חוזרי מנכ"ל ולא ברור כיצד הוועדות קובעות את היקף סל השירותים כאשר כלל לא נקבעו אמות המידה לשם כך בחוזר מנכ"ל כנדרש בחוק.

ג. החוק מחייב מסירה להורים של כל מסמך הנוגע לתלמיד המשמש לצורך קבלת החלטות בעניינו, אולם, בפועל שאלון ראמ"ה לא נמסר להורים כמו גם לחברי הוועדה.

ד. החוק מחייב מתן זכאות לשירותי חינוך מיוחדים למי שעומד בתנאי הזכאות, אולם למרות זאת, **הוועדות פועלות למעשה על פי מגבלות ומכסות ומונעות מתלמידים זכאות לשירותי חינוך מיוחדים.**

5. כפועל יוצא מהפרות החוק - מקביעת רמת תפקוד והיקף סל השירותים אך ורק על סמך שאלון ראמ"ה ומהצורך לעמוד במכסות או במגבלות תקציביות אחרות - נמצא שתלמידים רבים עם מוגבלות הוגדרו כתלמידים ברמת תפקוד גבוהה יותר - כזו אשר אינה משקפת את מצבם במציאות - ובשל כך נקבע כי כלל אינם זכאים לשירותי חינוך מיוחדים או כי היקף סל השירותים לשילובם במערכת החינוך הכללית הוא כה דל עד שאינו נותן מענה לצרכיהם, ועל כן לא יאפשר להם כלל להשתלב בה.

6. בהעדרם של השירותים תיגרם גם התדרדרות בתפקודם של התלמידים הלכה למעשה, ותימנע מהם האפשרות למצות את הפוטנציאל הטמון בהם, את כישוריהם ויכולותיהם – ובכך גם תיגרם להם פגיעה נוספת, וגם יסוכלו לחלוטין מטרות החוק.

7. הפרות החוק יגרמו אפוא לפגיעה חמורה בזכויותיהם של התלמידים לקבלת שירותי חינוך מיוחדים, למימוש זכותם לחינוך, לשוויון ולשילוב.

8. **לאור התנהלות הוועדות בניגוד להוראות החוק ובאופן הפוגע פגיעה ממשית בתלמידים, נדרשת התערבות בית המשפט כדי שקביעת הזכאות והשירותים תהיה כנדרש בחוק, תוך הבטחת שיקול דעת עצמאי לוועדות, קבלת החלטות על סמך אמות מידה ברורות, שוויוניות ושקופות והבטחת הליך הוגן - הכל כמפורט בסעידי המפורטים בראש העתירה.**

9. סעיף 7(ה) לחוק אשר העניק לכאורה סמכות למשיבים 1-2 להגביל את מספר הזכאים שוועדת זכאות ואפיון יכולה לאשר פורש כבר על ידי בית משפט נכבד זה ואין המשיבים יכולים להיתלות בו. סוגיה זו אף הובהרה בדיוני ועדת החינוך, התרבות והספורט של הכנסת (להלן: **"ועדת החינוך של הכנסת"** או **"ועדת חינוך"**) שדנה בתיקון מספר 11 לחוק חינוך מיוחד. משכך, אף הגבלת מספר הזכאים לחינוך במסגרת הנחיות שבעל פה, כפי שיפורט, בוודאי אינה יכולה לעמוד.

10. לפיכך, ומטעמים נוספים אשר יועלו בגוף העתירה, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על מתן צו ביניים וצו על תנאי, ולהורות על קיום דיון דחוף בעתירה עקב לוחות הזמנים כאמור, הכל כפי שיפורט להלן.

תוכן עניינים

3	פרק א' העתירה בתמצית
6	פרק ב' הצדדים
9	פרק ג' החלק העובדתי
9	ג1. תיקון מספר 11 לחוק כינוך מיוחד
11	ג2. כניסתו של התיקון תוקף
14	ג3. השינויים בהנחיות בעקבות מגפת הקורונה
14	ג4. התנהלות הוועדות הלכה למעשה
17	פרק ד' מיצוי הליכים
18	פרק ה' הטיעון המשפטי
18	ה1. כבילת שיקול דעת הוועדה
18	1.1 פגיעה בעצמאות שיקול הדעת של הרשות
22	1.2 הפגיעה בהליך הוגן ובחובת ההגינות
22	1.2.1 הזכות להליך הוגן
24	1.2.2 היעדר תשתית ראייתית ראויה
25	1.2.3 ריקון זכות הטיעון מתוכן
25	1.2.4 פגיעה בזכות העיון במסמכים
27	ה2. אי פרסום חוזרי מנכ"ל והעדר קריטריונים ברורים כנדרש בחוק
30	ה3. הגבלת מספר הזכאים לשירותי כינוך מיוחדים אינה חוקית
30	1.1 הנחיות סמויות, שאינן מפורסמות ואינן גלויות או ידועות לציבור
31	1.2 שיקולים תקציביים להגבלת זכאות
33	1.3 הפעלת סעיף 7 לחוק אינה חוקית
35	ה4. הפגיעה בזכותם של תלמידים עם מוגבלות לכינוך, לכינוך מותאם ולשילוב
38	ה5. הפגיעה בשלטון החוק
39	פרק ו' סוף דבר

ב. הצדדים

11. **העותרת 1, "בזכות – המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות"**, הינה עמותה רשומה הפועלת לקידום זכויותיהם של אנשים עם כל סוגי המוגבלויות, לשילובם ולשיתופם בחברה בכל תחומי החיים באופן שוויוני, זאת בכלים משפטיים, קהילתיים, ציבוריים וחינוכיים. כך, יזמה, ניסחה וקידמה העותרת מספר חוקים, וביניהם, את חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח – 1998 (להלן: "**חוק שוויון זכויות**"), אשר מהווה את המסד לשינוי התפיסתי ביחס לאנשים עם מוגבלות ולשילובם בחברה הישראלית. כמו כן, פעלה העותרת 1 בזירה הבינלאומית בהליכי ניסוחה של אמנת האו"ם בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות (להלן: "**האמנה**"), אשר אושרה על ידי מדינת ישראל ב- 10.9.12, ואשר מקדמת ומבססת את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות בקרב המדינות החתומות עליה ואף מתייחסת באופן מפורש לעניין נושא עתירה זו.

12. בתחום זכויותיהם של תלמידים עם מוגבלות פועלת העותרת מזה שנים לקידום הכלתם במערכת החינוך הכללית מאז עניין בוצר אשר נדון בפני בית משפט נכבד זה לפני קרוב לשלושה עשורים (בג"צ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים – רעות"**, פ"ד נ(1), 19 (להלן: "**עניין בוצר**")) ואשר האיר באור חדש את היחס המשפטי והחברתי כלפי אנשים עם מוגבלות בכלל ושילובם של תלמידים במערכת החינוך הכללית בפרט. בנוסף, הגישה העותרת 1 עתירות משפטיות נוספות לתקצוב ולקידום מענים לתלמידים עם מוגבלות הלומדים בחינוך הרגיל, יזמה וניסחה הצעות חוק בתחום החינוך, סייעה ונתנה מידע לאלפי הורים, תלמידים ואנשי מקצוע, משתתפת באופן קבוע בדיוני ועדת החינוך של הכנסת בסוגיות הנוגעות לזכויותיהם של תלמידים עם מוגבלות, ואף השתתפה בדיונים בעניין תיקון מספר 11 לחוק חינוך מיוחד.

13. **העותר 2, אופק לילדינו**, הוא הארגון הארצי של הורים לילדים עם עיוורון ולקות ראייה. העמותה מאגדת למעלה מ- 1,000 משפחות ברחבי הארץ ומהווה קהילה סולידארית, אכפתית ופעילה, המעודדת קשר בין המשפחות ונותנת תחושת שייכות וכוח. בנוסף, פועלת העותרת 2 לטיפול ולסיוע לילדים ברכישת יכולות ומיומנויות מעשיות, רגשיות וחברתיות, פיתוח חוסן נפשי, עצמאות, ביטחון ואמונה בעצמם וביכולתם; בפרסום מחקרים ומידע נגיש ועדכני; בייצוג הקהילה וביצירת שיתוף פעולה בין ההורים לבין השירותים בקהילה; לפיתוח הבנה, סבלנות וסובלנות בקרב האוכלוסייה הרחבה לילדים ובוגרים עם לקות ראייה ועם מוגבלויות להגנה ולקידום זכויותיהם של הילדים.

14. **העותרת 3, איל"ן - איגוד ישראלי לילדים נפגעים**, הינה עמותה רשומה ללא כוונת רווח הפועלת זה יותר משישה עשורים למען רווחתם של אלפי ילדים ובוגרים עם מוגבלות פיזית, נפגעי שריר ועצב ובני משפחותיהם ברחבי מדינת ישראל. חזון העמותה הוא: "לאפשר לאנשים עם מוגבלות פיזית, לחיות חיים משמעותיים ואיכותיים לאורך כל חייהם" זאת תוך שיפור איכות חייהם של ילדים ובוגרים עם מוגבלות פיזית וקידום הכלתם בחברה. איל"ן מלווה את מקבלי השירותים שלה בכל שלב בחייהם, החל מגיל לידה, ומספקת שירותים וטיפולים ובכלל זה מעונות יום, שיקום רפואי, שירותים סוציאליים בגנים ובבתי הספר, שירותי תעסוקה, תמיכה כספית, מידע, ייעוץ, הכוונה וקידום זכויות. זאת,

באמצעות מערך הכולל עשרות סניפים ומוסדות שיקום בכל רחבי הארץ. כן פועלת העותרת 3 לקידום מדיניות ציבורית למען ילדים ובוגרים עם מוגבלות פיזית ובני משפחותיהם. לאור הישגיה הרבים של העותרת 3, הוענק לה פרס ישראל על מפעל חיים. כמו כן, בשנת 2019 קיבלה מעמד של גוף מייצג לאו"ם בנושא אנשים עם מוגבלויות פיזיות.

15. **העותרת 4, אלו"ט - אגודה לאומית לילדים ובוגרים עם אוטיזם**, היא עמותת הורים לילדים המאובחנים עם אוטיזם. אלו"ט פועלת לקידום זכויותיהם של ילדים ובוגרים עם אוטיזם ומשפחותיהם; בפיתוח מודלים לקידום הידע בטיפול באנשים עם אוטיזם ובהקמה והפעלה של מסגרות ושירותים למען אנשים עם אוטיזם ומשפחותיהם. נציגת אלו"ט השתתפה בדיוני ועדת החינוך של הכנסת בעניין תיקון מספר 11 לחוק חינוך מיוחד.

16. **העותרת 5, אקדם**, היא עמותה שנוסדה בשנת 2015 על ידי הורים לילדים ולבוגרים על הרצף האוטיסטי בעיר מודיעין-מכבים-רעות. מטרת העמותה הינה לקדם טיפול ועשייה לטובת אוכלוסיית האוטיסטים בעיר, כל פעילותה מושתתת על מתנדבים - הורים לילדים על הרצף האוטיסטי וכן מתנדבים שאינם נמנים עם אוכלוסיה זו. אין בעמותה נושאי משרה בשכר. פעילות העמותה מבוצעת באמצעות הזרוע הביצועית שלה שהינה "בית אקדם" - מרכז שילוב קהילתי עירוני, שיעודו ליזום, להפעיל ולהנגיש רצף שירותים לאוכלוסיית היעד. העמותה נבחרה כעמותה מצטיינת לשנת 2015 על ידי ראש עיריית מודיעין-מכבים-רעות, מתוך הכרה בייחודה, בתרומתה הרבה ובמענה שהיא מעניקה לקהל היעד העיקרי שלה, ובכלל זה המענה הכוללני והרחב לה חותרת העמותה, בין השאר, על ידי מעורבותה בדיוני ועדת החינוך בעת חקיקת התיקון לחוק.

17. **העותר 6, אקים ישראל**, הארגון הארצי לאנשים עם מגבלות שכלית ולמשפחותיהם. ארגון ותיק הפועל למיצוי זכויותיהם, ולקידום איכות חייהם ורווחתם של 34,500 אנשים עם מוגבלות שכלית ומשפחותיהם. הארגון פועל להכללה (inclusion) של אנשים עם מוגבלות שכלית בקהילה, להעצמה של האנשים לסגור עצמי ולשילובם כחלק מן החברה. אקים הוא בבחינת "ארגון יציג" של אנשים עם מוגבלות שכלית בישראל (במסגרת הנהגות ההורים, ובפעילות 65 סניפים ומוקדי פעילות הפרוסים ב-88 ערים וישובים ברחבי הארץ בחברה היהודית ובחברה הערבית) ומפעיל מרכז לסגור משפטי, מיצוי זכויות ומרכז מידע, הפועל לקידום ולמיצוי זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות שכלית ומשפחותיהם בכנסת, בבתי המשפט וברשויות המקומיות. במסגרת זו השתתף העותר 6 בדיוני החקיקה של תיקון מספר 11 לחוק חינוך מיוחד ופעל לתיקונו.

18. **העותרת 7, ביחד - האגודה לשילוב אנשים עם מוגבלות בחברה**, שמה לה למטרה לקדם את השתלבותם של אנשים וילדים עם כל סוגי המוגבלויות בכל תחומי החברה. העמותה פועלת רבות להגברת המודעות בקרב החברה הישראלית הצעירה והבוגרת, לצרכיהם, יכולותיהם וזכויותיהם של אנשים עם מוגבלות, לעידוד השתלבותם בחברה הישראלית והפיכתם מחברה מבודדת לחלק מן המרקם החברתי הפועל, יוזם ותורם לחברה כולה. נציגת העמותה השתתפה בדיוני ועדת החינוך של הכנסת בעניין התיקון לחוק ופעלו לתיקונו.

19. **העותר 8, בית איזי שפירא**, הינו ארגון פורץ דרך המציין את שנת ה-40 להיווסדו. הארגון משפיע על חייהם של כ-500,000 בוגרים וילדים בשנה ומהווה מודל לעשייה בתחום הן במישור הארצי והן בזה הבינלאומי. הארגון פועל כדי להבטיח לאנשים עם מוגבלויות שותפות מלאה בחיי הקהילה ואיכות חיים טובה יותר, וזאת על ידי מתן ופיתוח שירותים חינוכיים טיפוליים חדשניים, פעילות רחבה ליצירת שינוי עמדות חברתי והפעלת מרכז למצוינות, מחקר והכשרה מקצועית בתחום המוגבלויות וע"י אסטרטגיה ייחודית של בניית מודלים איכותיים וחדשניים לפתרון בעיות חסרות מענה והפצת המודלים לאחר מחקרם. הניסיון והמוניטין המקצועי של הארגון, בארץ ובעולם, מאפשרים לו לתרום מהידע שלו בתחום המוגבלויות, להתעדכן בחידושים מרחבי העולם ולקחת חלק פעיל בהטמעת האמנה הבינלאומית לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. בשנת 2011 זכה בית איזי שפירא באות העמותה האפקטיבית ביותר בישראל, בשנת 2012 נבחר הארגון על ידי הועדה הכלכלית חברתית של האו"ם ECOSOC לשמש כיועץ מקצועי מיוחד לאו"ם בתחום טיפול באנשים עם מוגבלויות בעולם. בשנת 2017 נבחר הארגון על ידי אייפאק (AIPAC) כארגון הישראלי אשר הוצג מעל הבמה המרכזית בוועידה השנתית. בשנת 2020, זכתה נעמי סטוצינר, מייסדת הארגון, בפרס ישראל על מפעל חיים- תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה. נציגי בית איזי שפירא השתתפו בדיוני ועדת החינוך של הכנסת בעניין התיקון לחוק ופעלו לתיקונו.

20. **העותרת 9, "חברים בנגב"**, הנה עמותה שהוקמה ע"י הורים לילדים על הספקטרום האוטיסטי בנגב, ושמה לנגד עיניה את קידום המיטבי של הילדים על מנת לאפשר להם חיים מלאי משמעות, כאנשים התורמים לחברה ומשולבים בה באופן מלא. האני מאמין של העמותה הוא שכל אחד ואחת מהילדים זכאי וראוי להשתלב בחברה ככל יכולתו, וכולם מסוגלים לכך בהינתן להם התנאים המתאימים. נציגי העמותה השתתפו בדיוני ועדת החינוך של הכנסת על תיקון מספר 11 לחוק חינוך מיוחד ופעלו לתיקונו.

21. **המשיב 1, משרד החינוך**, אחראי על מתן שירותי חינוך לכלל תלמידי ישראל ובכלל זה על מתן שירותי חינוך מיוחדים לתלמידים שהוגדרו על פי חוק כזכאים. המשיב 1 יזם ותיקן את חוק חינוך מיוחד, נשוא עתירה זו, והניח את הצעת החוק הממשלתית על שולחן הכנסת ביום 19.2.18.

22. **המשיב 2, משרד האוצר**, אחראי לקביעת המדיניות הכלכלית בישראל וביצועה, ובכלל זה אחראי על הגשת הצעת התקציב, לרבות תקציב המשיב 1, לאישור הממשלה.

23. **המשיבה 3, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות**, היא יחידה בתוך משרד המשפטים, אשר הוקמה מכוח סעיף 20 לחוק שוויון זכויות במטרה לקדם מדיניות של שוויון, מניעת אפליה והשתלבות של אנשים עם מוגבלות בחברה הישראלית. על הנציבות הוטל להטמיע את האמנה, ולפקח על יישומה. המשיבה 3 אף ליוותה את הליך החקיקה של תיקון מספר 11 לחוק חינוך מיוחד מראשיתו, ולפי סעיף 9(ו) לחוק נדרש שר החינוך להתייעץ עימה לצורך קביעת הוראות הנוגעות ליישום החוק. המשיבה 3 הינה הגוף המקצועי בתוך הממשלה

לעניין זכויות אנשים עם מוגבלות, ובכלל זה תלמידים עם מוגבלות, ומשום כך צורפה לעתירה זו.

ג. החלק העובדתי

ג1. תיקון מספר 11 לחוק חינוך מיוחד

23. ביום 9.7.2018 עבר בקריאה שניה ושלישית תיקון מספר 11 לחוק חינוך מיוחד. התיקון פורסם ביום 18.7.2018 ונכנס לתוקף ב- 1.1.19 במחוז צפון מתוקף צו חינוך מיוחד (החלה הדרגתית של תיקון מס' 11 לחוק חינוך מיוחד), תשע"ט – 2018 (להלן: **"צו חינוך מיוחד"**) וביום 1.1.20 בכל הארץ מתוקף סעיף 20 לחוק.

24. התיקון, אשר כונה גם **"הרפורמה בחינוך המיוחד"**, לווה בביקורת ציבורית רבה מצד נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, גורמי מקצוע, אנשי אקדמיה, ארגוני הורים וארגוני זכויות. הביקורת התייחסה הן לשינוי מנגנון קבלת ההחלטות באופן המקנה סמכות כמעט בלעדית לנציגי משרד החינוך, והן להנצחת ההפליה באשר להיקף סלי השירותים הניתנים לתלמידים עם מוגבלות הלומדים בחינוך הרגיל ביחס לתלמידים הלומדים במסגרות נפרדות, אשר עתידה להנציח את הפרדתם של תלמידים עם מוגבלות מהחברה תחת שילובם במערכת החינוך הכללית. זאת, אך ורק בשל העדר תקצוב מספיק למענים הדרושים לצורך שילוב.

25. התיקון שינה את מנגנון קביעת הזכאות לשירותי חינוך מיוחדים באופן שבמקום ועדות השמה וועדות השילוב, שהיו מוסמכות עד לתיקון לקבוע זכאות לשירותי חינוך מיוחדים (הגם שוועדות השילוב הוסמכו לקבוע זכאות לשירותי חינוך מיוחדים אך ורק במסגרת ה"רגילה" בה הן ישבו) נקבע כי יוקמו ועדות זכאות ואפיון, שבראשן יעמוד נציג משרד החינוך, ויהיו חברים בהן נציגי רשות החינוך המקומית שהוא מנהל מחלקת חינוך או מי מטעמו שהוא בעל ניסיון או הכשרה בחינוך מיוחד, שני מפקחים מטעם משרד החינוך – האחד, מפקח לחינוך רגיל והאחר מפקח לחינוך מיוחד, פסיכולוג חינוכי מטעם הרשות המקומית והורה לתלמיד עם מוגבלות שימנה השר (סעיף 6 לחוק).

26. ועדות זכאות ואפיון הוסמכו לקבוע את זכאותם של תלמידים לשירותי חינוך מיוחדים, את רמת התפקוד של התלמיד ואת היקף סל השירותים שיינתן לתלמיד אשר הוא או הוריו בחרו ללמוד במסגרת חינוך "רגילה", כאשר אמות המידה לקביעת רמת התפקוד צריכות היו להיקבע בחוזר מנכ"ל (סעיף 7(א)(3) לחוק), אולם נכון למועד הגשת העתירה לא נכתב חוזר מנכ"ל בעניין זה.

27. סוג המסגרת החינוכית בה ילמד התלמיד - כיתה "רגילה" במערכת החינוך הכללית (להלן: **"שילוב"**), כיתה נפרדת בתוך מערכת החינוך הכללית (להלן: **"כיתה חינוך מיוחד"**) או מסגרת ייעודית נפרדת לתלמידים עם מוגבלות (להלן: **"בית ספר לחינוך מיוחד"**) ייקבע, על פי התיקון לחוק, על ידי הוריו של התלמיד (סעיף 7(ב)(2) לחוק), לאחר שוועדת זכאות ואפיון קבעה את זכאותו של התלמיד לשירותי חינוך מיוחדים ואת רמת התפקוד שלו, ולאחר

שקיבלו מידע בכתב בדבר פירוט השירותים שהתלמיד זכאי לקבל בכל מסגרת חינוכית (סעיף 7(ב)(1) לחוק).

28. היקף סל השירותים לו זכאי תלמיד עם מוגבלות ואופיו תלוי בסוג המסגרת בה הוא לומד. הסל נקבע בתוספת השנייה לחוק באמצעות שתי טבלאות. בעוד שהטבלה הראשונה מתייחסת לתלמידים בשילוב, הטבלה השנייה מתייחסת לתלמידים הלומדים בכיתת חינוך מיוחד או בבית ספר לחינוך מיוחד.

29. סל השירותים לתלמידים הנמצאים בשילוב תלוי בסוג המוגבלות שיש לתלמיד וברמת התפקוד שנקבעה לו על ידי ועדת זכאות ואפיון. חלק מהתלמידים זכאים לסל אישי הכולל תקציב גמיש עבור שעות הוראה, טיפול וסיוע וכן הנחיית הצוות במוסד החינוך.

30. בטבלה המצורפת בתוספת השנייה לחוק נקבעו שעות סיוע מינימלי לחלק מהתלמידים בעוד שלחלקו האחר נקבע כי הוועדה תיתן שעות סיוע "בהתאם לצורך לפי הנחיות חוזר מנכ"ל". חוזר מנכ"ל בעניין זה טרם נכתב.

31. עוד נקבע בהקדמה לתוספת השנייה לחוק כי הסל האישי הוא סל גמיש. משמעות הדברים שאת שעות הסיוע ניתן להמיר לשעות הוראה וטיפול, ולהפך – את שעות ההוראה והטיפול ניתן להמיר לשעות סיוע. מתן שעות הסיוע אפוא, ככל שניתן, מאפשר את הרחבת המענים עבור תלמיד עם מוגבלות הזקוק לשירותים מסוג אחר.

32. חלק מהתלמידים זכאים ל"מענה פרטני או קבוצתי", שמשמעם תמיכות מסל המוסד החינוכי. מדובר בתקציב המועבר לכל מוסד חינוכי בהתאם למספר התלמידים הכולל במוסד החינוכי (ולא בהתאם למספר התלמידים עם המוגבלות). הזכאות לקבלת שירותי חינוך מיוחדים מסל זה יכולה להתקבל הן מוועדת הזכאות והאפיון והן מצוות רב מקצועי בתוך המוסד החינוכי הכולל את מנהל בית ספר, מחנך הכיתה או מנהל הגן, פסיכולוג או יועץ חינוכי, עובד הוראה מתחום החינוך המיוחד או נציג המתנ"א (מרכז תמיכה יישובי או אזורי) המומחה למוגבלות של התלמיד המשולב.

33. להורי התלמידים הזכאים לתמיכות מסל המוסד החינוכי בלבד אין אפשרות בחירה בסוג המסגרת: תלמידים אלו זכאים ללמוד בכיתה רגילה במערכת החינוך הכללית בלבד (סעיף 7(ב)(5) לחוק).

34. כך למשל, תלמיד עם "הפרעות נפשיות" ברמת תפקוד 1 הלומד בבית ספר יסודי יהיה זכאי למענה פרטני או קבוצתי בלבד וזאת בכיתה ה"רגילה" בלבד, ואילו תלמיד עם "הפרעות נפשיות" ברמת תפקוד 3 הלומד בבית ספר יסודי יהיה זכאי לבחור בין סל אישי של 2.7 שעות הוראה ו – 16 שעות סיוע לכל הפחות בשילוב או בכיתת חינוך מיוחד או בית ספר לחינוך מיוחד.

35. תלמידים הלומדים בכיתות חינוך מיוחד או בבתי ספר לחינוך מיוחד זכאים על פי החוק גם ליום לימודים ארוך, שנת לימודים ארוכה, היקף שונה של טיפולים פארא-רפואיים וסיוע

כיתתי. היקף הזכאות לשירותים אלו מותנה בסוג המוגבלות אך לא מותנה ברמת התפקוד של התלמיד.

36. התיקון לחוק אף הסדיר את מהלך הדיון בוועדה באופן שלהורה ולתלמיד קיימת זכות לפנות אליה, להופיע בפניה, להזמין נציגים מטעמם ולקבל את כל המסמכים המשמשים אותה לקבלת החלטתה לא יאוחר מ- 14 ימים לפני הדיון. בנוסף, קבע החוק את חובות הוועדה ובכלל זה, כאמור, את חובת חבריה למסור להורי התלמיד מידע בכתב בדבר פירוט השירותים שהתלמיד זכאי לקבל בכל מסגרת חינוכית שבה ילמד.

ג2. כניסתו של התיקון לתוקף

37. ביום 1.1.19 נכנס התיקון לחוק לתוקף במחוז צפון מכוח צו חינוך מיוחד באופן שהוקמו ועדות זכאות ואפיון אשר דנו בזכאותם של תלמידים, וזאת לקראת שנת הלימודים ה'תש"ף.

38. לקראת החלתו של החוק במחוז צפון הקים משרד החינוך צוותי משימה לצורך כתיבת הנחיות מפורטות יותר ליישום.

39. טרם קביעת הוראות בדבר הקמת ועדות זכאות ואפיון וסדרי עבודתן, נדרש המשיב 1 להתייעץ, לפי סעיף 9(ו) לחוק, עם נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ועם ועדת החינוך של הכנסת. התייעצות עם ועדת החינוך לא התקיימה.

40. למען הגילוי הנאות יצוין כי נציגיהם של חלק מהעותרים הוזמנו להשתתף בצוותי משימה לקראת החלתו של החוק, אך ההנחיות נכתבו על ידי המשיב 1.

הנחיות משרד החינוך ליישום תיקון מספר 11 לחוק חינוך מיוחד במחוז צפון (להלן: "הנחיות מחוז צפון") מצ"ב ומסומנות ע/1.

41. במסגרת החלת החוק במחוז צפון, ועדת זכאות ואפיון קבעה את רמת התפקוד של התלמיד, בין השאר, על פי מחוון הבוחן את רמת התמיכה של התלמיד בתחומים שונים ובסביבות חינוכיות שונות, כאשר חברי הוועדה נדרשו למלא את המחוון על סמך המידע שבפניהם, ורמת התפקוד נקבעה על סמך שקלול של רמת המחוון שנקבעה על ידי הוועדה ותוצאה של שאלון ראמ"ה שמילא הצוות החינוכי של הגן או בית הספר בו התחנך התלמיד.

המחוון מצ"ב כנספח 5 להנחיות מחוז צפון.

42. שאלון ראמ"ה הינו שאלון הכולל 184 היגדים שנוגעים ל- 5 תחומים: 1. לימודי; 2. שפתי-תקשורתי; 3. חברתי; 4. רגשי; 5. עצמאות אישית אותו ממלא איש צוות חינוכי אשר אינו בהכרח בעל מומחיות או ידע במוגבלות שיש לתלמיד ובצרכיו.

43. שאלון זה נכתב ותוקף על ידי ראמ"ה (הרשות הארצית למדידה והערכה של משרד החינוך) לצורך יישום פיילוט של ועדה אשר בראשה עמדה כבוד השופטת בדימוס דליה דורנר, **וזאת למטרות תקציביות.** הוועדה הוקמה בשנת 2007 לבחינת מערכת החינוך המיוחד בישראל,

ישבה על המדוכה כשנתיים ומסקנתה העיקרית היתה שהמדינה צריכה לספק את המשאבים הנחוצים לשילוב ולאמץ מדיניות ברורה התומכת בשילוב. וכך נכתב בדפי המידע שהופצו על ידי משרד החינוך למנהלי בתי הספר בעקבות המלצות ועדת דורנר:

"השאלון הוא כלי לבחינת עוצמת קשייו של התלמיד, ולפיכך הוא נדבך הכרחי לקביעת גובה התקציב האישי מתוך סל החינוך המיוחד הארצי שלו זכאי התלמיד."

44. אולם מהנחיה אחת לבאה אחריה, שאלון ראמ"ה הלך ותפס מקום מרכזי יותר ויותר בקבלת ההחלטה, עד שכמעט ולא הותיר מקום לשיקול דעתם של חברי הוועדה בניגוד לקבוע בחוק, כפי שיפורט להלן.

45. לקראת החלתו המלאה של החוק בכל הארץ, פרסם האגף לחינוך מיוחד הנחיות חדשות (להלן: **"חוברת הנחיות מספר 1"**) על סדרי עבודתן של וועדות הזכאות והאפיון, אף זאת ללא התייעצות עם ועדת החינוך של הכנסת כנדרש בסעיף 9(ו) לחוק, הקובע כי **השר יקבע הוראות בדבר הקמת ועדות זכאות ואפיון וסדרי עבודתן לאחר התייעצות עם נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ועם ועדת החינוך של הכנסת.**

בהנחיות החדשות נכתב ביחס לקביעת רמת התפקוד על ידי הוועדות כי:

"במהלך הדיון יעריכו חברי הוועדה את רמת התמיכה הנדרשת לתלמיד בשגרת לימודיו במגוון תחומים ובסביבות שונות בהתבסס על המידע המובא בפניהם. חברי הוועדה יסתייעו בטופס: קווים מנחים לוועדת זכאות ואפיון לצורך קבלת החלטה (נספח 6) לצורך התרשמות ושאלת שאלות בנוגע לתפקודו של התלמיד, חוזקותיו וקשייו ולצורך גיבוש חוות דעתם. כמו כן יוכלו חברי הוועדה להסתייע בנתון של רמת התפקוד שהתקבלה בשאלון רמת התפקוד (שאלון הראמ"ה)."

ובהמשך

"חברי הוועדה יגבשו את דעתם ביחס לרמת התפקוד של התלמיד תוך התייחסות לנתון שהתקבל בשאלון רמת תפקוד (ראמ"ה) כמכונן את ההחלטה על רמת התפקוד."

העמודים הרלוונטיים מתוך חוברת הנחיות מספר 1 מצ"ב ומסומנים ע/ 2.

46. אלא שבחודש ינואר 2020, לאחר שהחלו כבר דיונים בוועדות זכאות ואפיון, יצא עדכון של חוברת הנחיות מספר 1 (להלן: **"חוברת הנחיות מספר 2"**), אף הוא ללא ההתייעצות הנדרשת, ובה נכתב ביחס לקביעת רמת התפקוד על ידי הוועדה כי:

"במקרים בהם נקבעה זכאות, חברי הוועדה יגבשו את דעתם ביחס לרמת התפקוד של התלמיד תוך התייחסות למסמכים ולחוות הדעת שהוצגו בפניהם, ולנתון שהתקבל בשאלון רמת תפקוד (ראמ"ה) כגורם מרכזי בהחלטה על רמת התפקוד."

ובהמשך

"במקרים חריגים ביותר, לתלמידים הזכאים לתמיכה מסל אישי בחינוך הרגיל - אם מצאה הוועדה כי חומרת המוגבלות באה לידי ביטוי בפערים משמעותיים בתחומי תפקוד שונים, היא רשאית:
* להמליץ על תוספת תמיכה מסל מחוזי, בכפוף למשאבים העומדים לרשות המחוז ובהנחיית מנהל/ת המחוז ואז אין לשנות את רמת התפקוד. יו"ר הוועדה יציין במכתב ההחלטה, בהערות, שתבחן המלצה לתוספת תמיכה בכפוף למשאבים העומדים לרשות המחוז.
* לשנות את רמת התפקוד."

העמודים הרלוונטיים מתוך חוברת הנחיות מספר 2 מצ"ב ומסומנים ע/ 3.

47. כחודש לאחר שיצאה חוברת הנחיות מספר 2 יצא עדכון נוסף, שלישי במספר, ובו נותרה קביעה זו לפיה:

"ב. במקרים בהם נקבעה זכאות, חברי הוועדה יגבשו את דעתם ביחס לרמת התפקוד של התלמיד תוך התייחסות למסמכים ולחוות הדעת שהוצגו בפניהם, ולנתון שהתקבל בשאלון רמת תפקוד (ראמ"ה) כגורם מרכזי בהחלטה על רמת התפקוד. חברי הוועדה יסתייעו בטופס: קווים מנחים לוועדת זכאות ואפיון בתהליך קבלת ההחלטה (נספח 6)." אולם הוסף כי:

"ג. במקרים חריגים ביותר, אם מצאה הוועדה כי רמת התפקוד שהתקבלה בשאלון רמת התפקוד (ראמ"ה) אינה תואמת את התרשמותה, קרי, גבוהה יותר או נמוכה יותר, רשאית הוועדה:

* להמליץ על תוספת תמיכה מסל מוסדי או תמיכה מסל מחוזי בכפוף למשאבים העומדים לרשות המחוז ובהנחיית מנהל/ת המחוז, ללא שינוי רמת התפקוד. יו"ר הוועדה יציין בכתב ההחלטה, בהערות, שתבחן המלצה לתוספת תמיכה בכפוף למשאבים העומדים לרשות המחוז.
* לקבוע את רמת התפקוד בהתאם לחוות דעתה המקצועית" (עמוד 27 להנחיות).

חוברת הנחיות מספר 3 מצ"ב ומסומנת ע/4.

48. בהתאם להנחיות החדשות אפוא שאלון ראמ"ה הוא הכלי המכריע בקביעת רמת התפקוד של התלמיד, אשר היא (רמת התפקוד), כאמור, זו שקובעת את היקף סל השירותים של התלמיד בשילוב, ולגבי תלמידים עם מוגבלויות מסוימות - אם ילמדו בחינוך הרגיל עם תמיכות מהסל המוסדי בלבד (מבלי שלהם או להוריהם תהיה זכות בחירה לגבי סוג המסגרת) או שמא יוכלו להיות משולבים בחינוך הרגיל ולקבל תקציב אישי בהתאם לצרכיהם. זאת, כאמור, בשונה מההנחיות הקודמות ובניגוד לקבוע בחוק.

49. שאלון ראמ"ה הינו אף תנאי סף לצורך פנייה לוועדת זכאות ואפיון וקבלת שירותי חינוך מיוחדים עבור תלמידים רבים. לפי סעיף 22 להנחיות (עמ' 21-18) מילוי שאלון ראמ"ה נדרש עבור תלמידים המופנים לראשונה לוועדה; עבור תלמידים אשר כבר לומדים במערכת החינוך; עבור תלמידים מחדשי זכאות משולבים; עבור תלמידים עם מוגבלויות בשכיחות גבוהה. עבור תלמידים שלומדים במסגרות נפרדות – כיתות חינוך מיוחד או בתי ספר לחינוך מיוחד ומבקשים להישאר במסגרות אלו, אין צורך למלא שאלון ראמ"ה- באשר רמת התפקוד אינה נדרשת לצורך קבלת סל השירותים.

50. לאור חשיבותו של שאלון ראמ"ה והיותו מסמך המשמש את הוועדה לצורך קבלת החלטתה נדרש היה ששאלון זה יהיה בפני הוועדה ואף יימסר להורים טרם הוועדה כנדרש בחוק (סעיף 9(ב)(3) לחוק). אולם, בשל סיבות טכניות, כהגדרת משרד החינוך, השאלון, כמו גם תוצאות הניקוד שלו, לא מוצגים או נמסרים לוועדה ולהורים טרם הוועדה או במהלכה. תשובת משרד החינוך בדף מידע שפרסם במתכונת של "שאלות ותשובות" מצ"ב ומסומנת ע/5.

51. לאחר קביעת רמת התפקוד של התלמיד ועל מנת לקבוע את סל השירותים לו הוא זכאי בשילוב, מזין יו"ר ועדת הזכאות והאפיון את נתוניו של התלמיד למחשב ומקבל תוצאה מספרית של סך השעות לו יהיה זכאי התלמיד שענינו נדון בוועדה אם יבחר בשילוב. הנוסחה לפיה מחושב סל השעות בהתאם לנתונים המוזנים לא ידועה, לא ברור מה המשקל שניתן לכל קריטריון ומה הם הקריטריונים הקובעים את התוצאה הסופית. כן לא ידוע אם ומי נתן לה תוקף מחקרי. הוועדה אפוא לא קובעת מה יהיה סל השירותים של תלמיד הבוחר בשילוב, וזאת בניגוד לחוק.

ג3. השינויים בהנחיות בעקבות מגפת הקורונה

52. בפברואר 2020 התפרצה מגפת הקורונה בישראל וביום 15.3.2020 נחתם צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (הגבלת פעילות מוסדות חינוך), ה'תש"ף – 2020 (להלן: **"צו בריאות העם"**), ויצאו הנחיות חדשות לגבי אופן התנהלות ועדות זכאות ואפיון.

53. בהתאם להנחיות החדשות מיום 15.3.2020 נדרשו הוועדות להמשיך ולקיים ישיבות – אף אם אלו יתקיימו במתכונת של שיחה טלפונית או ועידת וידאו. אלא שבעקבות פניות שקיבל המשיב 1, בין היתר, על ידי העותרים, שונו הנהלים והוחלט כי עד ליום 18.4.2020 ועדות יקוימו אך ורק לגבי תלמידים הנדרשים לחדש את זכאותם על פי החוק (סעיף 10 לחוק) המעוניינים להישאר באותה מסגרת חינוכית ועם אותו סל שירותים, או תלמידים המחדשים את זכאותם ומבקשים לעבור למסגרת של חינוך מיוחד.

הנחיות ועדות זכאות מיום 15.3.2020 ומיום 19.3.2020 מצ"ב ומסומנות ע/6 ו-ע/7 בהתאמה.

54. עם החזרה ללימודים מחופשת פסח, פרסם המשיב 1 בשלישית הנחיות באשר לוועדות זכאות ואפיון (להלן: **"ההנחיות החדשות"**) אשר האריכו את האפשרות לפנות לוועדה עד ליום 30.4.2020, את מועדי הדיונים עד ליום 15.6.2020 ואף דחו את המועד לשינוי בחירת ההורים עד ליום 1.7.2020.

55. עוד קובעות ההנחיות החדשות כי הוועדות ימשיכו להתנהל בעניינם של תלמידים שטרם התקיימה לגביהם ועדה, באופן פיזי, ככל שיתאפשר על פי הנחיות משרד הבריאות, או באמצעות ועידת וידאו. עוד נקבע, כי במקרים של חסר במסמכים עקב המצב, יכולה הוועדה לקבוע "חדש" למוגבלות (כלשון ההנחיות) ולאפשר זכאות לשירותי חינוך מיוחדים למשך שנה אחת.

ההנחיות החדשות מיום 14.4.2020 מצ"ב ומסומנות ע/8.

ג4. התנהלות הוועדות הלכה למעשה

56. מאז חזרו ועדות הזכאות והאפיון לפעול באופן מלא קיבלו העותרים פניות רבות מהורים, מנציגי רשויות מקומיות ומפסיכולוגים החברים בוועדות זכאות ואפיון לפיהן נציגי משרד החינוך בוועדות הונחו לפעול לפי הנחיות חדשות – לא כתובות, ואשר אינן תואמות את הנדרש בחוק, המובילות לפגיעה בזכותם הבסיסית של תלמידים לחינוך, לשילוב ולשוויון.

57. הנתונים שעולים מדיוני הוועדות מעלים תמונה מטרידה במיוחד בה שיקול הדעת המקצועי של הוועדות נסוג פעם אחר פעם נוכח רצון המערכת לצמצם את מספר הזכאים לשירותי חינוך מיוחדים כתלות במספר הזכאים ולא על פי בחינה פרטנית, לקבוע רמות תפקוד גבוהות מהנדרש מקצועית ולצמצם את היקף סל השירותים הניתן.

58. במסגרת הדיווחים עלה כי מוסדות החינוך אינם מורשים להפנות תלמידים עם מוגבלות לדיונים בוועדות בטענה שלא מוצו ההליכים בתוך בית הספר, וזאת למרות עמדתם המקצועית של צוותי החינוך, ועל אף שהתקציבים הניתנים למוסדות החינוך אינם מספקים בכדי ליתן מענים הולמים.

59. עוד עלה כי משרד החינוך מנחה לכאורה את יושבי ראש הוועדות ואת מוסדות החינוך שלא להפנות או לא לקיים כלל דיון בתלמידים שהציון שלהם בשאלון ראמ"ה הינו 1 או 2. ובכל מקרה, שאין לשנות את רמת התפקוד שנקבעה לתלמידים אלו. כך נכתב על ידי איגוד מנהלי המחלקות לחינוך ברשויות המקומיות במכתבם למנכ"ל משרד החינוך מיום ט"ז אייר, ה'תש"פ, 10.5.20 (להלן: **"מכתב איגוד מחלקות החינוך"**):

**"התנהלות מגמתית של נציגי משרד החינוך בוועדה תוך שימוש באפשרות ל-
"הצבעה כפולה" על מתן זכאות שמוכילה להפחתת הזכאויות ו/או סל
השירותים הנלווה לתלמידים שהיו זכאים עד למועד הוועדה, ללא קשר למידת
החינוניות. לעיתים מתקיים דיון לא ענייני על ציון הראמ"ה שניתן לתלמיד בין
ה"קוורטט" שתוצאותיו אי מתן זכאות לתלמידים אשר להם ראמ"ה 1-2, גם
כאשר הגורמים המקצועיים בוועדה סבורים שהם ראויים לשירותי חינוך
מיוחד. ... יושבי ראש הוועדה הונחו ככל הנראה ע"י מקבלי ההחלטות
במשרד החינוך שלא להעלות את ציוני הראמ"ה גם אם המסקנות המתבקשות
מוועדות הזכאות מעידות על צורך מהותי בשירותי חינוך מיוחד בעבור
המאופייין. התנהלות מכוונת של היו"רים בוועדות, לצמצם את מספרם של
תלמידי הגן בגילאים הצעירים שיקבלו זכאות לגני חינוך מיוחד, באמצעות
דרישה והכוונת ההורים לקבל טיפול בקהילה. בתי הספר לא הונחו למלא
את שאלון ראמ"ה ולכן לא פעם חלו פערים בין מצבו של התלמיד למציאות.
הפיקוח הכולל למרות שחתם על טופסי ההפניה לוועדות לא פעם הקשה
בוועדות עצמן, וכן העלה את הנימוק שביה"ס "לא מיצה את כלל
הההליכים" – הכיצד?!"**

**עולים קולות רבים מכלל המחוזות ומהפיקוח הכולל כי ניתנו להם הנחיות
ברורות להשתלב בוועדות על מנת למנוע זכאות לתלמידים לחינוך המיוחד
והצורך לצמצם 30% בכמות ל"ל (לדברי מנהל/ת במשרד
החינוך...). הוועדות הפכו לזירת התגוששות בה נדרשים נציגי הרשויות
ומנהלי מחלקות החינוך המיוחד לפעמים לא מועטות, לעמוד על המשמר
ולהילחם על זכויותיו של כל ילד. יו"ר הוועדות נציגי משרד החינוך, נדרשים
לשרת את דרישות המשרד שברובן עוסקות בצמצום היקף המשאבים הניתן,
לא תמיד בהלימה לצרכים האמתיים."**

מכתב איגוד מנהלי המחלקות לחינוך ברשויות המקומיות למנכ"ל משרד החינוך מיום ט"ז
באייר, ה'תש"פ, 10.5.2020 מצ"ב ומסומן ע/9

60. במכתב נוסף מטעם יו"ר איגוד מנהלי אגפי החינוך מיום ט"ו בסיון, ה'תש"פ, 7.6.20 ליו"ר
המרכז לשלטון מקומי נכתב בבהירות:

**"חשוב לציין כי רק בעת האחרונה קיבלנו עדויות רבות על אופן התנהלות
הוועדות ובהן ובצורה שאינה משתמעת לשתי פנים כי המשרד "שולח" את
אנשיו על מנת שלא לאשר ולהקשות את האישורים וזכאות בחינוך המיוחד. וכן**

נאמר במספר מקרים (התחלק) כי נגמר "התקציב נגמר", יש לקצץ במכסות הכיתות ועוד אמירות".

למכתב צורפו עדויות של מנהלי מחלקות חינוך המצביעות על התנהלות חמורה תחת מגבלות ומכסות משמעותיות.

מכתבו של יו"ר איגוד מנהלי אגפי החינוך ברשויות המקומיות, מר אבי קמינצקי, מיום ט"ו בסיון, התש"פ, 7.6.2020 מצ"ב ומסומן ע/10

61. תמונה זהה עולה גם מנציגי ההורים החברים בוועדות. במכתב ששלחה מנכ"לית צח"י (צרכני חינוך ייחודיים) אשר אחראית על כלל נציגות ההורים בוועדות, למנהלת האגף שיתפה אותה בנעשה, וכך כתבה :

"במקרים רבים מאד נאמר שראמ"ה שיצא 3 או 4 אינו משקף נכון את רמת תפקוד התלמיד אך באופן פרדוקסאלי, כשמדובר בראמ"ה 1 ו-2, הטופס בדרך כלל נתפס כמשקף נכון וזאת ללא דיון מעמיק וכנה באשר לתפקוד ולצרכיו של התלמיד המדובר, כפי שמשתקפים מדברי צוותי החינוך וההורים או מהמסמכים שהוגשו לוועדה."

ובהמשך

"ניכרת נטייה ברורה לתת לכמה שיותר תלמידים רמת תפקוד 2. אנו עדים לאמירות כגון: "ממילא התלמיד יקבל את אותן הזכויות, אז מה זה משנה?" או אמירה למשל שתלמיד עם אוטיזם ברמת תפקוד 3-4 שהוריו מבקשים כיתה קטנה, יקבל רמת תפקוד 2 כי הוא ממילא יקבל את הזכאות לכיתה קטנה (בלי להסביר להורים שאם יוותרו על הזכאות לחנ"מ ויחזרו לשילוב, הם ישארו עם רמה נמוכה המתבטאת בסל משאבים קטן ולא מתאים לצרכים). בנוסף, שמעות אמירות ברורות כמו: "אם ילד זה יקבל, לא יישאר לאחרים", "אי אפשר לתת לכולם"."

מכתב ממנכ"לית צח"י בשם נציגי ההורים בוועדות מצ"ב ומסומן ע/11

62. הכלי המרכזי להגבלת מספר הזכאים הוא אפוא שאלון ראמ"ה. כאמור לעיל החלטה על רמת תפקוד גבוהה עבור חלק מהתלמידים משמעותה קבלת מענה מסל המוסד החינוכי בלבד במסגרת החינוך הרגילה, ועל כן הנחיה לפיה אין לשנות את ציון הראמ"ה במקרה שיצא רמת תפקוד 1 או 2; דרישה לאישור הנהלת מחוז במקרים בהם חברי הוועדה מעוניינים לשנות את רמת התפקוד ל- 3 או 4; שינוי רמות תפקוד כאשר בשאלון ראמ"ה התקבל ציון נמוך (3 או 4), וודאי הגבלה באחוזים של מספר התלמידים שניתן לאשר עבורם זכאות לשירותי חינוך מיוחדים – כל אלה וודאי הגבלות נוספות על שיקול דעת הוועדה מטעמים תקציבים גרידא, ולעתים אף הקצאת מכסות של ממש.

63. לזאת יש להוסיף ביקורת העולה מצד גורמי המקצוע הסבורים כי הנתונים המתקבלים מציון שאלון ראמ"ה אינם משקפים תמיד את רמת התפקוד של התלמיד, וזאת לאור העובדה שהשאלון אינו מותאם לכל התלמידים ואינו יכול לשקף נכוחה את רמת התפקוד של כולם.

תצהירה של גב' דליה ואינר, נציגת הרשות בוועדות זכאות ואפיון לגיל הרך בירושלים מצ"ב ומסומן ע/12

וכן תצהירה של גב' צ'ירל קמפר קוצ'ר, מנהלת מחלקת צרכים מיוחדים בעיריית שוהם מצ"ב ומסומן ע/13

64. כך עולה גם מסקר בקרב פסיכולוגים החברים בוועדות בנייר עמדה מיום ו' באייר, ה'תש"פ, 30.4.20 של פורום הארגונים למען הפסיכולוגיה הציבורית:

"עולה מהסקר כי 41% מהמשיבים נתקלו במצב שבו לא התאפשר לשנות בוועדה ציון ראמ"ה למרות הסכמה של כל הגורמים המקצועיים (בניגוד להנחיות). בנוסף, 35% נתקלו בלחץ להוריד לציון ראמ"ה נמוך יותר. כרבע (25%) מהמשיבים נתקלו במצב שבו הופעל על הורים לחץ לממש זכאות בסל אישי במקום במסגרת חנ"מ (היקרה יותר) או לוותר לחלוטין על סל אישי (בטענה שאינו נותן יותר משעות תמיכה מהסל המוסדי). המספרים מעידים כי אלו לא תופעות מקומיות, אלא מגמה המעידה על הליקויים בתהליך אישור הזכאות. כ - 67% מהמשיבים ציינו כי לרוב ציון הראמ"ה אינו משקף את תפקוד הילד באופן מדויק (על סמך דיווח בית הספר וחוות דעת פסיכולוגית)."

נייר עמדה מטעם פורום הארגונים למען הפסיכולוגיה הציבורית מצ"ב ומסומן ע/14

65. אלו רק מקצת הדוגמאות לפניית שהתקבלו, אשר קו משותף לכולן - קבלת החלטה המונעת משיקולים זרים הנוגעים למחסור במשאבים ולהקצאת מכסות.

ד. מיצוי הליכים

66. עם התחלת יישומו של החוק בדצמבר 2019 בכל הארץ, החלו העותרים לקבל פניות מכל רחבי הארץ לגבי אופן יישומו של החוק, במסגרתן התלוננו הורים על אי קבלת מלוא המסמכים לידיהם, ובראשם שאלון ראמ"ה, על קבלת החלטות ללא אמות מידה כדין ועוד.

67. ביום י"ב כסלו ה'תש"פ, 10.12.19 פנתה העותרת 1 לעו"ד אילת מלקמן, היועצת המשפטית של משרד החינוך, וזאת בעקבות התחלת פעילותן של ועדות זכאות ואפיון בכל הארץ. העותרת 1 ביקשה לדעת אם נכתב חוזר מנכ"ל אשר אמור לעגן את הקריטריונים למתן זכאות לשעות סיוע עבור חלק מהתלמידים הבוחרים ללמוד בשילוב כקבוע בתוספת השנייה לחוק, וככל שלא נכתב חוזר מנכ"ל, לפי אילו קריטריונים פועלות הוועדות. **מכתבה של העותרת 1 מיום י"ב כסלו, ה'תש"פ, 10.12.19 מצ"ב ומסומן ע/15.**

68. מכתבה של העותרת 1 לא נענה עד היום.

69. ביום ה' באדר, 1 במרץ, 2020 פנו ב"כ העותרים 1 יחד עם העותרים 3, 6 ו- 8 ועו"ד נוספים לעו"ד אילת מלקמן, היועצת המשפטית של משרד החינוך בעניין התנהלות הוועדות ביישום התיקון לחוק, ובכלל זה ההנחיה בדבר מתן שיקול דעת מכריע לשאלון ראמ"ה, קיום דיונים ללא שאלון ראמ"ה ומסמכים נוספים, ואי התקנת חוזרי מנכ"ל כדין. **מכתבם של העותרים 1, 3, 6, ו- 8 מיום ה' באדר, ה'תש"פ, 1.3.2020 מצ"ב ומסומן ע/16.**

70. אף מכתבם האמור של העותרים לא נענה עד היום.

71. ביום 15.3.2020 נחתם צו בריאות העם, כאמור, אשר סגר הלכה למעשה את כלל מסגרות החינוך בארץ - לרבות מסגרות חינוך מיוחד.

72. עקב צו השעה השתנו, כאמור, אף הנחיות המשיבים באשר לקיומן של ועדות זכאות ואפיון מספר פעמים. בעקבות ההנחיות פנו העותרים בעניין זה למנכ"ל משרד החינוך, מר שמואל אבואב, לממונה בכיר בייעוץ המשפטי במשרד החינוך, עו"ד אילן שי ולמנהלת האגף לחינוך מיוחד, גב' רחל אברמזון. פניות אלו כללו, בין היתר, בקשת התייחסות לניהול ועדות טלפוניות בלבד וללא כל המסמכים.

מכתב ב"כ העותרים בשם העותרת 1 וארגונים נוספים למנכ"ל משרד החינוך מיום י"ט באדר, ה'תש"פ, 15.3.2020 מצ"ב ומסומן ע/17.

מכתב ב"כ העותרים בשם העותרת 1 וארגונים נוספים לגב' רחל אברמזון, מנהלת האגף לחינוך מיוחד ועו"ד אילן שי, ממונה בכיר בייעוץ המשפטי, מיום כ"א באדר, ה'תש"פ, 17.3.2020 מצ"ב ומסומן ע/18.

73. בעקבות ריבוי הפניות, פנו ב"כ העותרים בשנית לעו"ד אילת מלקמן, היועצת המשפטית של המשיב 1 ביום י"ב באייר, ה'תש"פ, 6.5.2020, בדרישה להורות לחברי הוועדות לפעול בהתאם לחוק בלבד ולקיים דיונים חוזרים לתלמידים שהתקיים בעניינם דיון בניגוד לחוק. עוד ביקשו ב"כ העותרת 1 לקבל מענה על מכתבם מיום ה' באדר, 1 במרץ, 2020 (ע/16). **מכתבם של ב"כ העותרים מיום י"ב באייר, ה'תש"פ, 6.5.20 מצ"ב ומסומן ע/19.**

74. עד למועד כתיבת העתירה לא התקבל מענה על מכתבם של העותרים.

ה. הטיעון המשפטי

1. כבילת שיקול דעת הוועדה

1.1 פגיעה בעצמאות שיקול הדעת של הרשות

75. התנהלותו של המשיב 1, ובפרט הנחייתו לוועדות - הגוף הסטטוטורי המוסמך להכריע בדבר רמת תפקודו של תלמיד והיקף סל השירותים לו יהיה זכאי בשילוב - לקבל החלטה על סמך מידע שמתקבל ממקור אחד ועיבודו על ידי אלגוריתם שאימץ - שאלון ראמ"ה - זאת שעה ששאלון זה נעלם מעיני הוועדה כמו גם מעיני ההורים, מנוגדת לחוק, מנוגדת לכללי מינהל תקין ומובילה במישרין לפגיעה קשה בזכותם של תלמידים והורים להליך הוגן, ולפגיעה קשה בזכותם של תלמידים עם מוגבלות לחינוך, לשילוב ולשוויון.

76. סמכויותיה של ועדת זכאות ואפיון, נקבעו בסעיפים 7-9 לחוק. סעיף 7(א) קובע כי:

"(1) **ועדת זכאות ואפיון תקבע** את זכאותו לשירותי חינוך מיוחדים של תלמיד שיש לו אחת או יותר מהמוגבלויות המפורטות בתוספת הראשונה, המגבילה את תפקודו לפי אחת מרמות התפקוד המפורטות בתוספת השנייה, וכן את היקף סל השירותים שיינתן לו לפי רמת תפקודו, כמפורט בחלק א' או בחלק ב' לתוספת השנייה, **ולפי צרכיו** ;

(2) **הוועדה תקבע** את רמת התפקוד והצרכים של התלמיד בהתאם למצבו בין השאר בתחומים אלה: קוגניטיבי, לימודי, שפתי, רגשי, חברתי, עצמאות תפקודית והתארגנות, ותקשורת;"

77. סעיף 9 קובע את אופן קבלת ההחלטה על ידי הוועדות:

(א) ועדת זכאות ואפיון רשאית לצוות על כל אדם להמציא לה כל מסמך שברשותו וכן חוות דעת רפואית או פסיכולוגית הנוגעים לתלמיד עם צרכים מיוחדים, ולהפנות את התלמיד לבדיקות נוספות, לפי הצורך, והכל כדרוש לה לצורך החלטתה.

(ב) לפני דיון בוועדת זכאות ואפיון בעניינו של תלמיד עם צרכים מיוחדים הלומד במוסד חינוך ימסור מוסד החינוך לוועדה מידע על התלמיד ואת חוות דעתו לגביו, והכול בהתאם להוראות שיקבע השר לעניין זה בדרך האמורה בסעיף קטן (ו); המידע וחווה הדעת יהיו לפני הוועדה בעת הדיון;

(2) לדיון בעניינו של תלמיד כאמור בפסקה (1) יוזמן איש צוות ממוסד החינוך שבו לומד התלמיד שהוא איש הצוות הרב-מקצועי במוסד כמשמעותו בפרק ד'1;

(3) הוועדה תזמין את הורי התלמיד ואת התלמיד ותאפשר להם או למי מטעמם להשמיע את טיעוניהם, ולהגיש מסמכים וחווה דעת מטעמם, וכן תמסור להם, לא יאוחר מ-14 ימים לפני הדיון בוועדה, כל מסמך הנמצא בידיה ועשוי לשמש אותה לשם דיונה או קבלת החלטתה;

(4) הוועדה רשאית להזמין אנשי מקצוע מתחומים שונים, לפי הצורך, להשתתף בדיוני הוועדה, ובהם רופא מומחה או עובד סוציאלי כהגדרתו בחוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996; ביקשו זאת הורי התלמיד שעניינו נדון בוועדה, תזמין הוועדה רופא מומחה או עובד סוציאלי כאמור

...

(1ג) על אף האמור בסעיפים קטנים (ב)(3) ו-(ג)(2), הוועדה רשאית להחליט, בהחלטה מנומקת שתירשם בפרוטוקול, כי מסמך שהובא לפניה או פרוטוקול הדיון, כולו או חלקו, לא יימסר להורי התלמיד, אם שוכנעה כי המידע הנכלל בו עלול לסכן את התלמיד או אדם אחר, ובלבד שיינתן להורי התלמיד חלק הפרוטוקול של הדיון שבו השתתפו.

(ד) הוועדה תודיע בהחלטה מנומקת בכתב להורי התלמיד עם הצרכים המיוחדים או למי מטעמם על החלטתה ונימוקה, אלא אם כן החליטה הוועדה כי החלטתה ונימוקה, כולם או חלקם, לא יימסרו להורי התלמיד, אם שוכנעה כי המידע הנכלל בהם עלול לסכן את התלמיד או אדם אחר; ואולם עורך דין, פסיכולוג חינוכי, רופא או עובד סוציאלי מטעמם יהיה רשאי, בכל מקרה, לעיין בפרוטוקול כולו.

78. חברי הוועדה אפוא הם שאמורים על פי חוק לקבוע את זכאותו של תלמיד לשירותי חינוך מיוחדים בשלב הראשון, ואת רמת התפקוד והצרכים של התלמיד בשלב השני, וזאת על סמך המסמכים המוצגים בפניהם ושמיעת המוזמנים לדיון, בהתאם לתחומים המנויים לעיל ועל פי אמות מידה שנדרש שיקבעו בחוזר מנכ"ל (סעיף 7(א) לחוק).

79. יתר על כן, המחוקק הדגיש בסעיף 7(א)(1) לחוק כי הזכאות תקבע לפי רמת התפקוד "ולפי צרכיו". מכוונת המחוקק עולה בבירור כי לא זו בלבד שהוועדה נדרשת להחליט באשר לרמת התפקוד של התלמיד בהתאם לאותן אמות מידה, אלא בסמכותה אף לשנות את רמת התפקוד על פי הצרכים של התלמיד. וכך הבהירה עו"ד מירב ישראלי, היועצת המשפטית של ועדת החינוך של הכנסת בדיון על התיקון לחוק מיום 25.6.18:

"מירב ישראלי: מה שחשוב להגיד זה שמעשתה פה הבחנה בין רמת התפקוד לצרכים, כשרמת התפקוד נקבעת לפי התוספות, אבל הוועדה יכולה לתת אקסטרה. זאת אומרת, הרעיון הוא שהצרכים יכולים להיות מעבר לרמת התפקוד, לכן היה חשוב לשים את הצרכים לחוד ולא להכפיף אותם. הקוגניטיבי, לימודי, שפתי וכולי זאת הערה שהייתה בסוף התוספת השנייה, זו הייתה הערה של נציבות שוויון שלא צריכה להיות בתוספת, אלא בגוף החוק לגבי איך הוועדה בודקת את הדברים ולכן הכנסנו אותה לגוף החוק."

80. בנוסף, הקנה החוק סמכויות נוספות לוועדה. כך, מוסמכת הוועדה לקבוע את השמתו של תלמיד במקרים חריגים בהם היא סבורה על סמך חוות דעת של גורמים טיפוליים כי השמתו של התלמיד בהתאם לבחירת הוריו עלולה להביא לפגיעה ממשית בו או באחרים (סעיף 7(א)(4) לחוק).

81. הוראות נוספות על אופן התנהלות הוועדה נקבעו בהנחיות ליישום תיקון מספר 11 לחוק חינוך מיוחד (נספח ע/4).

82. **קביעת רמת התפקוד וקביעת היקף סל השירותים עומדות אפוא בלב ליבו של שיקול הדעת המינהלי שהופקד בידי הוועדה**, ולמימוש סמכותה העניק המחוקק לוועדה כלים נרחבים לאיסוף מידע ולגיבוש תשתית עובדתית, המפורטים בסעיף 9 לחוק כמפורט בפסקה 77 שלעיל.

83. לא בכדי הפקיד המחוקק את שיקול הדעת בידי ועדה של מומחים. אם מטרת הוועדה היא להיות חותמת גומי של ציון מספרי המתקבל משאלון, אזי די היה בפקיד עם חותמת. אנשי מקצוע באים לקיים דיון, לא לחתום על מספר שהם קיבלו מלמעלה.

84. בהתאם לסעיפים 7(א) לחוק רמת התפקוד והיקף סל השירותים הם אלו שיכריעו את זכאותו של תלמיד לשירותי חינוך מיוחדים, והאם ואיזה סוג המסגרת יכולים הוריו לבחור לילדם. אם רמת התפקוד שתיקבע לתלמיד על ידי הוועדה תהא גבוהה, אזי התלמיד לא יהיה זכאי כלל לשירותי חינוך מיוחדים ולא ייכנס כלל בשעריו של חוק חינוך מיוחד, ואילו היקף סל השירותים שייקבע לתלמיד בשילוב לא יהא מספק לצורך שילובו במסגרת החינוכית ייתכן וזה יהווה עבורו או עבור הוריו שיקול מכריע לבחור בכיתת חינוך מיוחד או במסגרת חינוך מיוחד (ובכך גם תסוכל מטרת החוק). לחילופין, זה יאלץ את ההורים להשקיע מכיסם משאבים לצורך הצלחת השילוב.

85. מילות החוק אינן מותירות מקום לספק באשר לשיקול הדעת שניתן לוועדה. אלא שלמרות הקבוע בחוק, הנחיות המשרד מרוקנות מתוכן את סמכויות הוועדה והופכות אותה לחותמת גומי בלבד שעה שנשללת ממנה לחלוטין הסמכות להפעיל את שיקול הדעת הן ביחס לקביעת רמת התפקוד של התלמיד והן ביחס להיקף סל השירותים לו יהיה זכאי, כפי שעולה מעמוד 27 לחוברת הנחיות מספר 3, תחת פרק קבלת החלטה:

א. חברי הוועדה יקבעו זכאות או אי זכאות לשירותי חינוך מיוחדים.
ב. במקרים בהם נקבעה זכאות, חברי הוועדה יגבשו את דעתם ביחס לרמת התפקוד של התלמיד תוך התייחסות למסמכים ולחוות הדעת שהוצגו בפניהם, ולנתון שהתקבל בשאלון רמת תפקוד (ראמ"ה) כגורם מרכזי בהחלטה על רמת התפקוד. חברי הוועדה יסתייעו בטופס: קווים מנחים לוועדת זכאות ואפיין בתהליך קבלת ההחלטה (נספח 6).
ג. במקרים חריגים ביותר, אם מצאה הוועדה כי רמת התפקוד שהתקבלה בשאלון רמת התפקוד (ראמ"ה) אינה תואמת את התרשמותה, קרי, גבוהה יותר או נמוכה יותר, רשאית הוועדה:
- להמליץ על תוספת תמיכה מסל מוסדי או תמיכה מסל מחוזי בכפוף למשאבים העומדים לרשות המחוז ובהנחיית מנהל/ת המחוז, ללא שינוי רמת התפקוד. יו"ר הוועדה יציין במכתב ההחלטה, בהערות, שתבחן המלצה לתוספת תמיכה בכפוף למשאבים העומדים לרשות המחוז.

- לקבוע את רמת התפקוד בהתאם לחוות דעתה המקצועית.

86. אלא שקביעת רמת התפקוד כאמור בחוק היא הכלל ולא החרג. המחוקק נתן לוועדה את הסמכות להחליט, לא רק להמליץ. ואילו ההנחיות הפכו את היוצרות - הן מפקיעות את חלק הארי משיקול הדעת של הוועדה בנוגע לרמת התפקוד ולקביעת היקף סל השירותים, בניגוד להוראות החוק המפורשות.

87. שכן, למרות רישא ההנחיה המאפשרת לוועדה לגבש את דעתם תוך התייחסות למסמכים וחוות דעת, הרי שהסיפא של אותה הנחיה מייתרת זאת לחלוטין וקובעת כי הגורם המרכזי בקבלת ההחלטה בנוגע לרמת התפקוד הוא **הנתון שהתקבל בשאלון ראמ"ה**. דהיינו: **חלק הארי של שיקול הדעת בדבר הקביעה הקרדינלית של רמת תפקוד של תלמיד נקבע על ידי נתון מספרי המתקבל בעקבות מילוי שאלון על ידי צוות בית הספר**.

88. גם אם הוועדה מוצאת כי רמת התפקוד שנקבעה בשאלון אינה תואמת את התרשמותה הרי **שרק במקרים חריגים ביותר** (כלשון ההנחיות), היא רשאית **להמליץ** (בלבד!) על תמיכה נוספת לתלמיד בפני מנהל המחוז המחזיק **בסל מוגבל** של משאבים או כאפשרות שניה - לקבוע רמת תפקוד בהתאם לחוות דעתה המקצועית. **סמכותה העיקרית של הוועדה אפוא הפכה להיות חריג של החרג**.

89. לא זו בלבד, אלא שאף היקף סל השירותים אינו נתון לשיקול דעת הוועדה, ואין ביכולת הוועדה להגדיל את היקף סל השירותים עבור תלמיד, גם אם היא עצמה סבורה כי צרכיו מצדיקים זאת, וזאת, **הגם שבחוק נקבע רף מינימלי בלבד**.

90. כאמור, סל השירותים אף הוא הינו תוצר של נוסחה המתקבלת על ידי הזנת נתוניו של התלמיד במחשב - זאת, מבלי שהוועדה דנה על מספר השעות לו זקוק התלמיד לאור צרכיו כנדרש בחוק ומבלי שהוועדה יכולה לכפור כלל במספר זה או לדון לגביו באשר היא אינה יודעת כיצד זה חושב.

91. משמעות הנחיות אלו היא **ריקון סמכות הפעלת שיקול הדעת של הוועדה מתוכן**. למעשה, אין צורך כלל בוועדה אלא די בקבלת הנתון המספרי המתקבל משאלון רמת התפקוד כדי להכריע באפשרויות העומדות בפני התלמיד. למעשה רמת התפקוד מוכרעת על ידי שאלון והיקף סל השירותים נגזר אוטומטית מתוכו מבלי שהוועדה הוסמכה לדון בהיקף הנדרש לתלמיד המסוים כדרישת החוק.

92. הענקת שיקול דעת עצמאי לוועדה כנדרש בהוראות הדין מחייבת כי שאלון ראמ"ה של כל תלמיד יימסר לאחר מילוי לוועדה יחד עם כל המסמכים. כך, **חברי הוועדה יוכלו לקיים דיון כהלכתו - לשאול שאלות את ממלא השאלון לאור העולה ממסמכים, ולהפעיל שיקול דעת עצמאי ומלא לצורך קבלת החלטה אודות רמת התפקוד והיקף סל השירותים**.

93. למעשה, במצב הדברים הנוהג כיום כמעט ואין משמעות להצגת המסמכים וחוות הדעת על ידי הורים או מי מטעמם או לדיון המתקיים בוועדה וזאת שעה שהמשקל הניתן למסמכים

או לדברים הנשמעים בדיון הוא כאין וכאפס ביחס למשקל הניתן לשאלון. מצב דברים זה עולה לא רק מן ההנחיות, אלא גם מהתלוות שהגיעו לעותרים כפי שעולה בפרק 4 וכפי שעולה מהתצהירים והמכתבים (ע/10 - ע/14).

94. בישראל נהוג "עקרון הרשות המוסמכת". *"בהתאם לכך, החקיקה המקנה את הסמכות מתפרשת כמייחדת את הסמכות לבעל התפקיד שהופקד עליה"* (דפנה ברק ארז **משפט מינהלי**, כרך א', פרק 5, עצמאות שיקול הדעת, עמ' 160).

95. עקרון הרשות המוסמכת הוא נגזרת מחייבת של עקרון החוקיות ויחדיו מחייבים הם גוף שלטוני להפעיל שיקול דעת עצמאי בהחלטותיו (בג"ץ 6673/01 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר התחבורה אפרים סנה**, פ"ד נו(1) 799, 807 (2001)).

96. עקרון עצמאות שיקול הדעת נקבע כעקרון בעל חשיבות יתירה כבר בהלכה המפורסמת שנקבעה בבג"ץ 70/50 **מיכלין נ. שר הבריאות**, פ"ד ד 319, 323 (1950), לפיה:

"אם חוק מעניק כוח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שיקול דעתו, הרי על המוסד או על הפקיד לפעול בהתאם לזה, ועל כל פנים אינו מחוייב להשמע להוראותיו של מישהו אחר, כי הרי החוק מוסר לו – ולא לאחרים – את הכוח לפעול לפי שיקול הדעת. לפיכך, יש אסמכתא לדעה כי, אם פקיד כזה יפעל על פי הוראות השר במקום לפי שיקול דעתו הוא, תהיה פעולתו בטלה"

97. בעניינו, הדברים מגיעים לכדי אבסורד באשר עצמאות שיקול הדעת של הוועדה הסטטוטורית אשר הוענק לה בחוק מופקעת לטובת תוצאות של נוסחה (עלומה) של שקלול נתונים מתוך מסמך אותו ממלא, כאמור, איש צוות חינוכי אשר אינו בהכרח בעל מומחיות או ידע במוגבלות או בצרכים שיש לתלמיד, ואינו עבר הדרכה מסודרת בכללי מילוי השאלון, וזאת מבלי שנשקלים מסמכים אחרים ובלי שמתבצע הליך שקלא וטריא כדון. ואם לא די בכך, כאמור בעמדת גורמי מקצוע בוועדות (ראו נספחים ע/9 – ע/14), לא ברור גם אם תוצאות המסמך מהימנות ואכן משקפות רמת תפקוד באשר לכלל המוגבלויות.

98. **במצב דברים זה עולה כי סעיפים ב' ו-ג' בעמוד 27 להנחיות המשרד מנוגדים לחוק, למטרותיו ולכוונות המחוקק ועל כן, דינם להתבטל ואין לנהוג לפיהם.**

1.2. הפגיעה בהליך הוגן וחובת ההגינות

1.2.1 הזכות להליך הוגן

99. ההנחיות הקיימות אינן רק פוגעות בשיקול דעת הוועדה אלא פוגעות בזכות התלמידים והוריהם להליך הוגן הן במעמד ועדת הזכאות והאפיון והן במעמד ועדת ההשגה המשמשת כערר על החלטת ועדת זכאות ואפיון (סעיף 13 לחוק).

100. ועדת הזכאות והאפיון היא גוף סטטוטורי אשר הוקם מכוח סעיף 5 לחוק. בהתאם לחוק, וכאמור בפרק הקודם, המחוקק ייחד לוועדה תפקיד מרכזי ביותר בקביעת זכאותו של תלמיד לשירותי חינוך מיוחדים ואופן יישומם.

101. לוועדה, אם כך, תפקיד מרכזי במימוש חובת המדינה להבטחת הזכות לחינוך של תלמידים עם מוגבלות, זכות המגיעה לכדי זכות חוקתית (על המישור החוקתי של הזכות לחינוך בפרק ה4).

102. אחריותה המשמעותית של הוועדה והשלכות החלטותיה על מימוש זכותם החוקתית של התלמידים לחינוך מטילות עליה חובה להבטיח הליך הוגן באופן קבלת החלטתה (ראו בשינויים המחויבים בג"ץ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (להלן: "עניין מנאע"; בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746).

103. בבסיס חובותיהן של רשויות הממלאות תפקיד ציבורי עומדת חובת ההגינות כלפי האזרח. חובה זו אמורה להנחות את הרשות המנהלית או הגוף הממלאים תפקיד ציבורי בכל מעשיהם, להלן:

"מקובל היום על הכול, כי השלטון חב חובת הגינות כלפי הפרט. חובה זו מוטלת על כל מי שבדיו סמכות שלטונית. היא מוטלת כלפי כל פרט באשר הוא אדם. היא חלה לעניין כל פונקציה שלטונית (חקיקתית, ביצועית, שיפוטית). תחילה הוכרו חובות מיוחדות של השלטון כלפי הפרט, כגון החובה לשמוע את הצד שכנגד, החובה ליתן נימוקים, החובה לנהוג בסבירות וללא שרירות. לימים נתבקש ונמצא עיקרון כללי, המונח ביסוד החובות המיוחדות. זהו עקרון ההגינות... חובה זו נובעת מהתפיסה, שהרשות השלטונית אינה פועלת למען עצמה אלא למען הציבור. הרשות השלטונית נתפסת בשיטת המשפט שלנו כנאמן של הציבור, החב לציבור חובת הגינות. עמדותי על כך באחת הפרשות, בצייני: "המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל...מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטהר לב ובתום לב" (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998), פסי 1-2 לפסק דינו של הנשיא ברק).

104. חובת ההגינות מחייבת את הגוף השלטוני לפעול לטובת הציבור בהיותה נאמן הציבור. זוהי מעין חובת תום לב מוגברת. אל לו לפעול לטובתו האישית, אלא עליו לפעול לטובת האינטרס של האזרח. מחובת נאמנות זו נגזרת חשיבותו של ההליך המינהלי; החלטה על סמך תשתית עובדתית ראויה, מתן זכות שימוע, חובת ההנמקה, החלטה על סמך שיקולים ראויים ועוד. פרופ' יצחק זמיר כתב בהקשר זה כי:

"תשעה קבין של הגנה על האזרח מפני פגיעה בזכויותיו על ידי רשות מינהלית נובעים מן הפרוצדורה" (יצחק זמיר "השופט יואל זוסמן: עם פרישתו מבית המשפט העליון" משפטים י, 187 (1980)).

105. הנחיות משרד החינוך לוועדת הזכאות והאפיון אינן רק מפרות את חובת הוועדה להפעיל את שיקול דעתה העצמאי בעניין רמת התפקוד והיקף סל השירותים, אלא מפרות ברגל גסה את כללי ההליך המנהלי התקין כמפורט להלן, וכתוצאה מכך מביאות להפרת זכויותיהם החוקיות של התלמידים. פגיעה זו התחדדה עם פרסום ההנחיות בעקבות מגפת הקורונה כפי שיפורט.

1.2.2 היעדר תשתית ראייתית ראויה

106. אבן יסוד בכל החלטה שלטונית, לא כל שכן החלטה שיש בה כדי להשפיע על זכויות יסוד, כדוגמת הזכות לחינוך והזכות לשוויון של אנשים עם מוגבלות, היא קיומה של תשתית עובדתית ראויה ומבוררת.

"... החלטה שלטונית ראויה מחייבת קביעת תשתית עובדתית ראויה, המבוססת על בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית של המערך העובדתי" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 69 פס' 88 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997)).

ועוד:

"ההחלטה חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית... תהליך קבלת ההחלטה על-ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה), בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות), ולבסוף, סיכום ההחלטה המנומקת. תהליך כגון זה מבטיח, כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, כי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה, וכי תגובש החלטה, אותה ניתן להעביר בשבט הביקורת המשפטית והציבורית" (בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 46 פס' 3 לפסק דינו של מ"מ הנשיא שמגר (1983), להלן "בג"ץ ברגר").

107. כאשר הרשות מפעילה את שקול דעתה ללא בירור העובדות הרלוונטיות, היא אינה מפעילה שקול דעת כנדרש וניתן לטעון שהרשות פועל בשרירות. גם ההגינות והסבירות מחייבות שכל החלטה תהיה מבוססת על תשתית עובדתית (ראו יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** כרך ב', בעמ' 734-733) **בהתאם להלכה זו, בית המשפט חייב פעמים רבות את הרשות המינהלית לקבוע תשתית עובדתית טרם קבלת החלטה** (ראו בג"ץ ברגר).

108. כפי שכבר צוין קודם לכן, חובה זו עמדה לנגד עיניו של המחוקק אשר העניק לוועדה, בסעיף 9 לחוק כלים נרחבים ומחייבים לערוך בירור עובדתי מלא ובכללם:

- א. האפשרות לצוות על כל אדם להמציא לה כל מסמך שברשותו וכן חוות דעת רפואית או פסיכולוגית הנוגעים לתלמיד עם מוגבלות, ולהפנות את התלמיד לבדיקות נוספות.
- ב. קבלת מידע מלא וחוות דעת מהמוסד החינוכי.
- ג. הזמנת הורי התלמיד, שמיעת טיעוניהם ביחס לכל המסמכים שהוגשו לוועדה ואפשרות להגשת מסמכים וחוות דעת מטעמם. כל אלו כחלק הכרחי מקבלת ההחלטה.
- ד. אפשרות להזמין אנשי מקצוע מתחומים שונים, לפי הצורך, להשתתף בדיוני הוועדה, לרבות רופאים מומחים ועובדים סוציאליים.

109. ההסדרים המפורשים בחוק היו אמורים להבטיח דיון מעמיק ורציני אודות כל תלמיד ותלמיד המתחשב במגוון מסמכים וחוות דעת ומאפשר דיון אישי ומקצועי נרחב.

110. הליך קבלת ההחלטות המציב את **הנתון המספרי הסופי** המתקבל משאלון ראמ"ה כגורם המכריע בקביעת רמת התפקוד והיקף סל השירותים, מוציא מכלל אפשרות את הסדרי בירור העובדות על ידי המומחים שנועדו להבטיח בירור עובדתי ומקצועי מקיף, ולמעשה מאפשר לגורם מקצועי אחד – הוא ממלא השאלון – להכריע את עתידו של התלמיד, וזאת

מבלי שגורם זה קיבל הסמכה לכך, מבלי שקיבל הנחיה כיצד למלא את השאלון ומבלי ידיעתו את אופן החישוב ומתן המשקל הניתן לכל תחום בחישוב הכללי, באופן שיותאם לרמת התפקוד של התלמיד בפועל, כפי שהוא מעריכה.

111. חובת הוועדה לקבוע זכאות כפופה לביסוס החלטתה על סמך תשתית עובדתית ומקצועית ראויה. משכך, מתחייב כי הוועדה תתבסס בהחלטותיה על כלל המידע שיש ברשותה אודות התלמיד ותפקודו (אבחונים, חוות דעת מומחים, התייחסות בית ספר, עמדת ההורים וכו'), תשקול אותו היטב ויתן החלטה מנומקת. הכפפת הדיון המקצועי לנתון שאלון ראמ"ה אינה יכולה לעמוד.

1.2.3 ריקון זכות הטיעון מתוכן

112. תנאי מקדמי וחשוב הוא כי קבלת החלטה בעניינו של אדם תיעשה לאחר מתן זכות טיעון ראויה, ודאי כאשר מדובר בהחלטה משמעותית בעלת השלכות כבדות משקל. זכות טיעון הינה תנאי להליך הוגן.

113. ואכן, לפי סעיף 9(ב)(3) לחוק להורה התלמיד קיימת זכות טיעון בפני הוועדה.

114. זכות הטיעון וחובת השימוע מטרתן לאפשר לאדם אשר עלול להיפגע מהחלטה להביא מידע נוסף בפני מקבל ההחלטות, וזה אמור לשקול את הדברים גם על סמך המידע הנוסף. וכפי שנקבע בפסיקה:

"מקום שהגורם המינהלי מפעיל הסמכות הינו בעל אופי מעין-שיפוטי יש להקפיד בקיום דווקני של זכות הטיעון, מאחר שחומרת הפגיעה האפשרית באזרח משפיעה על היקף זכותו להציג את עמדתו. ככל שהפגיעה הצפויה בו חמורה יותר, כן רחבה זכותו לטעון, ולהפך" (בג"צ 7805/00 אלוני, חברת מועצת עיריית ירושלים נ' מבקר עיריית ירושלים, פ"ד נז(4), 577, 598 - 599, להלן: "עניין אלוני")

115. אולם, חרף ההוראה הקבועה בחוק, והחשיבות שיוחסה לזכות טיעון, סעיף 27 להנחיות קובע כאמור מראש כי המשקל המכריע בהחלטה יינתן לשאלון הראמ"ה ובכך מרוקן מכל משמעות את זכות הטיעון כזכות אשר יש בכוחה להשפיע על קבלת ההחלטה.

1.2.4 פגיעה בזכות העיון במסמכים

116. זכות הטיעון כוללת גם זכות עיון במסמכים. שהרי, לא ניתן לממש את זכות הטיעון מבלי להבין את הנימוקים העומדים בבסיס ההחלטה.

"אכן, מזכות הטיעון הנתונה לאדם להעלות טענותיו בפני רשות מינהלית העומדת להחליט בעניינו נגזרת באופן סביר הזכות לעיון במסמכים המשמשים את הרשות לצורך החלטתה.בלעדי זכות העיון זכות הטיעון לעולם לא תהא שלמה. ובלעדי זכות הטיעון – החלטתה של הרשות המינהלית עלולה שלא להיות שלמה וללקות בפגם." (עניין אלוני, 600).

117. ואכן, סעיף 9 (ב) (3) לחוק קובע כי:

"הוועדה תזמין את הורי התלמיד ואת התלמיד...וכן תמסור להם, לא יאוחר מ-14 ימים לפני הדיון בוועדה, כל מסמך הנמצא בידיה ועשוי לשמש אותה לשם דיוניה או קבלת החלטתה;

118. לפי החוק מחויבת אפוא הוועדה להעביר לידי ההורים כל מסמך המונח לפניה אשר עשוי לשמש אותה לשם דיוניה או לשם קבלת החלטתה.

119. כפי שפורט לעיל, סעיף 27 להנחיות מעניק לשאלון משקל כמעט מכריע בקבלת ההחלטה, ועל כן וודאי שמסמך זה משמש את הוועדה לשם קבלת החלטתה, וסעיף 17 להנחיות אף מורה כי הוא בין המסמכים הנדרשים לצורך פתיחת פניה לוועדה (למעט לגבי תלמידים חדשים במערכת החינוך ותלמידים עם מוגבלות בשכיחות נמוכה הלומדים במסגרות חינוך מיוחד ומעוניינים להישאר בהם). **שאלון ראמ"ה אפוא הוא תנאי לקיומה של הוועדה וכאמור, אף ניתן לו משקל מכריע.** דהיינו: לרוב התלמידים, וודאי בשילוב, השאלון מהווה תנאי הכרחי לקיום דיון בוועדה, אך חרף זאת, השאלון לא נמסר להורים ואף לא לחברי הוועדה ואלו כמו אלו אינם יכולים אף לעיין בו.

120. אי העברת השאלון להורים מונעת מההורים להתמודד עם הנטען בו ומהמסקנות העולות ממנו כמו גם להביא תימוכין להפרכתן גם בוועדת הזכאות והאפיון וכן, ככל שיבקשו להשיג על ההחלטה – בוועדת ההשגה. למעשה, כל אשר עומד בפני ההורים והוועדה הוא ציון מספרי שאין לאיש מהנוכחים מושג מדוע הוא התקבל ולפיכך לא ניתן לטעון נגדו, להפריכו או להתווכח עימו. ולמרות זאת, מספר זה הוא בעל המשקל המכריע בהתאם להנחיות להכרעת הוועדה. קשה לחשוב על פגיעה קשה יותר בזכות להליך הוגן.

121. **אי מסירת מסמכים רלוונטיים להורים טרם הדיון בוועדה מהווה הפרה ברורה של החוק ופוגעת בזכות הטיעון של ההורים.** ברי, כי כאשר מתן משקל מכריע לציון הניתן בשאלון התפקוד פוגע בתקינותו של ההליך וביכולת לבסס תשתית עובדתית ראויה, במקום בו המסמך כלל אינו נמצא בידי ההורים, אי התקינות, מטבע הדברים, זועקת לשמיים.

122. הסיבה בגינה לא נמסר שאלון ראמ"ה להורים הינה זועקת לא פחות. זו מופיעה שחור על גבי לבן בדפי המידע להורים (ע/5), שם כתוב כי **"השאלון טרם הוגש מסיבות טכניות."**

123. קשה לקבוע אם אמירות אלו הן מקוממות יותר או מופרכות יותר. לא ברור מהו הקושי הטכני במסירת מסמך, ובכל מקרה ככל שקיים קושי הוא בוודאי אינו יכול לבטל חובה חוקית להמצאת מסמכים מהותיים. לפיכך המדובר בטיעונים בלתי סבירים באופן קיצוני ואשר אינם יכולים להצדיק קיומו של הליך בלתי תקין באופן קיצוני המתנהל מבלי למסור את המסמך המשמעותי ביותר לידי ההורים והוועדה, בניגוד להוראות הדין המפורשות.

124. נוסף על כך, וכפי שנכתב בפרק העובדתי ההנחיות הראשונות שיצאו בתקופת הקורונה אפשרו קיומן של וועדות גם בשיחות טלפוניות. דיונים שהתקיימו באופן זה פגעו אפוא פעם

נוספת בזכות הטיעון כאשר, בין היתר, בדרך זו לא ניתן היה לראות את כל המסמכים ו/או לשתף במסמכים נוספים את כלל חברי הוועדה.

125. העותרים יטענו אפוא כי כל עוד ניתן משקל כלשהו לשאלון בקבלת ההחלטה, על המשיב 1 למסור מידית את השאלון ואת קביעותיו להורים כנדרש בחוק ומתוקף זכותם להליך הוגן. לחילופין, וככל שבשל קשיים טכניים אין המשיב 1 יכול לקיים את הוראות החוק, אזי עליו להפסיק לעשות שימוש במסמך זה באופן מיידי ולהסתפק במסמכים האחרים הנמצאים בידי הוועדה לשם קבלת ההחלטות.

126. בנוסף, ההתנהלות הבלתי חוקית של הוועדות, כפי שעולה לעיל, מחייבת כי הורי תלמידים אשר סבורים כי בשל כך נפגעו ילדיהם יוכלו לבקש דיון חוזר בוועדה.

ה. אי פרסום חוזרי מנכ"ל והעדר קריטריונים ברורים כנדרש בחוק ובתוספת

השנייה לחוק

127. המשיב 1 לא התקין חוזרי מנכ"ל הכרחיים ליישום הוראות החוק לקביעת רמת התפקוד ולקביעת היקף סל שירותים לתלמידים עם מוגבלות אשר בוחרים ללמוד בשילוב, אשר היה מחויב לקבוע מכוח החוק.

128. סעיף 7(א)(3) לחוק קובע כי רמת התפקוד של תלמיד תיקבע בהתאם **לאמות מידה שיקבעו בחוזר מנכ"ל**. על אמות המידה להיות מקצועיות, שקופות ושוויוניות, שאלמלא כן, לא יופעלו באופן שווה בכל ועדה ולגבי כל תלמיד.

129. וכפי שהבהירה היועצת המשפטית של ועדת החינוך של הכנסת בדיון על התיקון לחוק מיום 25.6.18:

"מירב ישראלי: חשוב להגיד שיש פה מעבר לרמות התפקוד כפי שהן יופיעו – המחוון יופיעו בחוזר מנכ"ל, שאמורים גם להסתכל על הילד האינדיבידואלי ולראות מה הוא צריך. זה משהו שהיה חשוב להכניס לסעיף. הנושא של רמת תפקוד נשאר ברמה של עמימות, איך קובעים אותו. הכוונה היא שיהיה חוזר מנכ"ל שיאמר איך עושים את הדברים האלה. היה חשוב להפנות למקום ספציפי שבו הדבר הזה נקבע. זה כדי לא לייצר עמימות, אלא להיפך, לייצר יותר וודאות איך הוועדה קובעת את הזכאות ואת האפיון של הילד."

130. סעיף 7(א)(1) לחוק מטיל כאמור על ועדת זכאות ואפיון את הסמכות לקבוע מהו היקף סל השירותים הניתן לתלמידים עם מוגבלות במוסדות חינוך "רגילים", בהתאם לתוספת השנייה לחוק.

131. בהתאם לתוספת השנייה, היקף סל השירותים אותו מקבל תלמיד משולב יכלול תקציב אישי בסך 2.7 שעות שבועיות של הוראה וטיפול (בגן ילדים, בית ספר יסודי וחטיבת ביניים) ובין 2.4 - 4.55 שעות הוראה וטיפול בחטיבה עליונה (בהתאם למוגבלות). ובנוסף, **שעות סיוע** (שניתן להמיר גם אותן לשעות הוראה וטיפול ולהיפך). שעות הסיוע משתנות בין מוגבלות אחת לשנייה ובין רמות התפקוד השונות בכל מוגבלות, בהתאם לטבלה הבאה:

טור א' סוג המוגבלות	טור ב' רמת תפקוד 1 גבוהה	טור ג' רמת תפקוד 2 בינונית גבוהה	טור ד' רמת תפקוד 3 בינונית נמוכה	טור ה' רמת תפקוד 4 נמוכה
משכל גבולי	מענה פרטני או קבוצתי, וכן הנחיית הצוות	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל
מוגבלות שכלית-התפתחותית	16 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	16 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	16 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	24 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות
חשד למוגבלות שכלית-התפתחותית	16 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	16 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	16 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	24 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות
הפרעות התנהגותיות ורגשיות	מענה פרטני או קבוצתי, וכן הנחיית הצוות	מענה פרטני או קבוצתי, וכן הנחיית הצוות	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל
מוגבלות על רצף האוטיזם/ASD	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל	8 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	16 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	24 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות
הפרעות נפשיות	מענה פרטני או קבוצתי, וכן הנחיית הצוות	8 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	16 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	24 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות
לקות למידה רב-בעייתית AD(H)D	מענה פרטני או קבוצתי, וכן הנחיית הצוות	מענה פרטני או קבוצתי, וכן הנחיית הצוות	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל
מוגבלות פיזית	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל	8 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	16 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	24 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות
מוגבלות שמיעה	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל	8 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	16 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	24 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות
מוגבלות ראייה	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל	8 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	16 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	24 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות
עיכוב התפתחותי בתחום התפקודי	מענה פרטני או קבוצתי, וכן הנחיית הצוות	מענה פרטני או קבוצתי, וכן הנחיית הצוות	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל
עיכוב התפתחותי בתחום השפתי	מענה פרטני או קבוצתי, וכן הנחיית הצוות	מענה פרטני או קבוצתי, וכן הנחיית הצוות	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל
מחלות ותסמונות נדירות	במידת הצורך שעות סיוע לפי הנחיות חוזר מנכ"ל	היקף הסיוע 8 שעות לשבוע לכל הפחות	16 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות	24 שעות סיוע לשבוע לכל הפחות

132. ניתן לראות - ביחס לחלק מהמוגבלויות בחלק מרמות התפקוד - כי שעות הסיוע יקבעו על ידי הוועדה, וזאת על פי הנחיות חוזר מנכ"ל.

133. עד לשלבים מתקדמים של דיוני ועדת החינוך של הכנסת נוסח הצעת החוק כלל פירוט שעות הסיוע ביחס לכל התלמידים זכאי סל אישי- אף אלו אשר הודגשו בטבלה שלעיל - אולם בדיון מיום 25.6.2018 שונה נוסח הצעת החוק באופן הנ"ל אשר מפנה לסל שייקבע בחוזר מנכ"ל.

מצ"ב נוסח הצעת החוק מיום 4.6.18 - טרם שינויו, ומסומן ע/ 20.

134. עיננו הרואות כי הוועדות פועלות בניגוד לחוק. התקנת חוזר המנכ"ל היתה הכרחית על פי החוק לשם קביעת אמות מידה עבור קביעת רמות התפקוד וכן עבור קביעה בדבר שעות סיוע לתלמידים עם מוגבלויות שונות. אלא שלמרות שוועדות הזכאות והאפיון החלו פעולתן כבר לפני יותר משנה במחוז צפון, והשנה בכל הארץ, חוזר מנכ"ל בעניין זה טרם נכתב ואין כל קריטריון מנחה לפעולת הוועדות בהקשר זה, דבר המוביל, ככל הנראה, למניעת שעות סיוע כליל מתלמידים הזקוקים לכך.

מצ"ב החלטה הממחישה אי מתן שעות סיוע לתלמיד הנכנס לרובריקה זו ומסומנת ע/ 21.

135. סמכות המשיב 1 לכתוב ולפרסם חוזר מנכ"ל הינה סמכות שבחובה. במקום בו מדובר בסמכות חובה, אין לגוף המינהלי שיקול דעת אם לבצע את המעשה אותו הוסמך לבצע, אלא חובה על אותו גוף לקום ולעשותו (ראו יצחק זמיר, "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א 81, 86 (התשנ"ב); וכן בג"ץ ברגר לעיל).

136. סמכות זו עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 הקובע כי "הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו – משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות".

137. אי התקנת חוזר המנכ"ל לאחר שהחוק נכנס לתוקף ב-1.1.2019, מעבר לכך שהינה מנוגדת לחוק הינה בלתי-סבירה בעליל וראו לעניין זה בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, פס' 12 לפסק דינו של השופט לוי (1994), וראו גם בג"ץ 1860/18 פלונים נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, פסק דין מיום 22.7.19) בעניין החובה להתקין תכנית לימודית לתלמידים חולים.

138. התקנת חוזר המנכ"ל אינה רק סמכות חובה שעל המשיב 1 לקיים על פי החוק, אלא מתחייבת בכדי לקבוע אמות מידה ברורות ושוויוניות שימנעו שרירותיות וחוסר שוויון מערכתי כך שכלל התלמידים יזכו באופן מותאם והולם בשעות הסיוע המרבי להן הם זכאים בהתאם לאפיונים ורמות התפקוד שנקבעו להם.

139. על חשיבות קיומם של כללים ברורים ליצירת ודאות ושוויון, עמד פרופ' יואב דותן בספרו:

"השורה השנייה של תכונות שמיוחסות למערכת פעולה אנושית המתנהלת לפי כללים הן התכונות של: עקביות, יציבות וציפיות. קיומם של כללים מקדמים, המורים כיצד יופעל הכוח שבידי בעל הסמכות, מסייע למי שכפוף לפעולותיו לתכנן את צעדיו ולצפות את ההשפעה של הפעולה השלטונית על ענייניו."

התכונה החשובה של "ביטחון משפטי" היא פועל יוצא של קיום מערכת כללים משפטיים יציבים וידועים...."

ובהמשך

"התכונה השלישית שצריכה להיות מוזכרת בהקשר של פעולה לפי כללים כלליים היא תכונת השוויון. מערכת פעולה המבוססת על חוקים כלליים תהיה עקבית, במובן זה שהיא תתייחס באופן זהה לכל קבוצת המקרים שנופלים לגדר כלל מסוים, ובמובן זה היא תעניק להם יחס שווה." (י' דותן, הנחיות מנהליות, תשנ"ו, 351-352, להלן: "דותן")

140. אמות המידה שיפורסמו יאפשרו אף ביקורת על תוקפן מצד אחד ועל פעולות הוועדה מהצד השני. על חשיבות פרסום אמות המידה ראו למשל בשינויים המחויבים ברע"פ 1127/93 **מדינת ישראל נ' קליין**, פ"ד מח(3), 485, בעמ' 515-516:

"העיקרון שואב כוחו מטיבו ומאיכותו של הסדר החברתי הראוי, והוא, פתיחותו של השלטון ודרכי פעילותו הראויות – בגלוי ולא במסתרים. שלטון ראוי פועל לאור השמש, בגלוי, וכך חושף הוא עצמו לביקורת מתמדת וממילא אף לתיקון דרכי פעולה מעוותות." (וראו גם בשינויים המחויבים: בג"ץ 6741/99 **ארנן יקותיאל נ' שר הפנים** פ"ד נה(3), 673, 698).

141. הלכה רבת שנים היא, שקיומם של קריטריונים להפעלת שיקול הדעת המסור לנושא משרה שלטונית, הוא אחד מסממניו של מינהל תקין, והוא עולה בקנה אחד עם שלטון החוק (בג"ץ 59/88 **צבן נ' שר האוצר**, פ"ד מב(4), 705, 706) בית המשפט חזר ושנה על החשיבות הרבה בקביעת מדיניות, הנחיות וקריטריונים בעת שרשות שלטונית מפעילה את סמכותה כאמצעי למניעת שרירות וכחלק מעקרון שלטון החוק וכאמצעי שמאפשר קיומה של ביקורת שיפוטית (ראו למשל: בג"ץ 6926/93 **מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד מח (3) 749, 782 (1994)).

142. אי קביעת חוזרי מנכ"ל אשר נדרשים לצורך יישום החוק הלכה למעשה הינה הפרה כפולה של החוק – הן בהפרת החובה הקיימת בחקיקה עצמה והן בחובה לפעול לפי אמות מידה שוויונית ושקופות. ועל כן, יבקשו העותרים מבית המשפט הנכבד לחייב את המשיב 1 בכתיבת אמות מידה שוויוניות בחוזרי מנכ"ל ובפרסומם, וזאת לאחר ההתייעצות הנדרשת בחוק עם המשיבה 3 ועם ועדת החינוך של הכנסת.

ה. הגבלת מספר הזכאים לשירותי חינוך מיוחדים אינה חוקית

3.1 הנחיות סמויות, שאינן מפורסמות ואינן גלויות או ידועות לציבור

143. לצד ההנחיות הכתובות המגבילות את יכולת הוועדות לקבוע רמת תפקוד נמוכה מזו המופיעה בציון שאלון ראמ"ה, המציאות העולה מהנעשה בוועדות הזכאות והאפיון, כפי שפורט בפרק 4 לעתירה, מצביעה על הנחיות נוספות לכאורה הניתנות ליושבי ראש הוועדות ולנציגי משרד החינוך להגביל את מספר הזכאים לשירותי חינוך מיוחדים, לקבוע רמות תפקוד גבוהות ולצמצם את השירותים הניתנים לתלמידים, כל אלו גם במקומות בהם עולים צרכי התלמידים מהדיון המקצועי.

144. מבלי להתייחס עוד לתוכן של ההנחיות - הנחיות לא כתובות העוברות "מפה לאוזן" פוגעות בחובת ההגנות של הרשות.

145. על חשיבות פרסום ההנחיות עמדנו לעיל (פסקאות 139-140), וכפי שכתב פרופ' יואב דותן:
"ההשלכות של ההנחיות על ההגנות, העקביות והשוויוניות שבהתנהגות המינהל תלויות במידה רבה ביכולת של האזרח לעקוב אחר הפעולה המינהלית הקונקרטית ולייחס אותה למדיניות הכללית הנוהגת. גם התפקיד שההנחיות עשויות למלא בתור בלם בפני תופעות של העדפת מקורבים, פרוטקציוניזם על בסיס אישי או סקטוריאלי – מותנה במידה רבה בחשיפת ההנחיות לידיעת הכלל..... חובת החשיפה של ההנחיות לציבור צריכה לכלול את כל ההנחיות שיש להן השלכות מהותיות על אינטרסים של האזרח." (דותן, 479-485).

146. קבלת סעד כנגד "הנחיה שבעל פה" מעוררת מטבע הדברים קושי, אך ריבוי הפניות בדבר התנהלות חמורה הן ידי נציגי מוסדות החינוך, הן על ידי הרשויות המקומיות בוועדות, הן על ידי נציגי ההורים והן על ידי פסיכולוגים היושבים בוועדות מצביעה באופן חד משמעי על קיומן של הנחיות אלו הכוללות:

- א. הנחיות למניעת דיון בוועדה גם למי שלא יוכל לקבל מענים נוספים במסגרת הבית ספרית, ובכל מקרה, שלא לשנות את רמות התפקוד לתלמידים שנקבע בעניינם ציון רמת תפקוד 1 או 2 בשאלון ראמ"ה.
- ב. הנחיות לקבל אישור מגורם בכיר במשרד החינוך לשנות רמת תפקוד לרמת תפקוד נמוכה מזו שנקבעה בשאלון ראמ"ה.
- ג. הנחיות לקבוע רמות תפקוד גבוהות מציון שאלון ראמ"ה במקרים בהם הציון הצביע על רמת תפקוד נמוכה (3-4).
- ד. הנחיה לצמצום מספר הזכאים לשירותי חינוך מיוחדים של תלמידים עם לקויות למידה.

(ראו לעיל נספחים ע/9 – ע/14).

147. הן ההנחיה הכתובה והן ההנחיות הלא כתובות ליושבי ראש הוועדות ולנציגי משרד החינוך של הוועדות אינן רק עומדות בניגוד להוראות החוק המפורשות והאיזונים החלים בו, ופוגעות בסוברניות ובעצמאות שיקול הדעת שניתן לוועדות, אלא אף פוגעות בשורש זכויותיהם החוקתיות של התלמידים כפי שיוצג בהמשך (פרק 4) ועל כן יבקשו העותרים מבית המשפט הנכבד להורות למשיב 1 לפרסם את כל ההנחיות על פיהן מונחות לפעול הוועדות באופן גלוי ושקוף לציבור.

3.2 שיקולים תקציבים להגבלת זכאות

148. מהנספחים ומתצהירים (ע/9 – ע/14) עולה כי התנהלות המשיב 1 מונעת משיקולים תקציביים ואלו אינם עומדים בפרשנותו של בית המשפט הנכבד את חוקי החינוך, אינם לגיטימיים על פי פרשנות הפסיקה ופוגעים בזכותם לחינוך, לשילוב ולשוויון של תלמידים עם מוגבלות.

149. על פרשנות חוק חינוך מיוחד והחובה לתקצב באופן שוויוני תלמידים בשילוב עמד בית המשפט הנכבד בעניין יתד (בג"ץ 2599/00 יתד- עמותת הורים לילדים עם תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5), 834, 844, להלן: "עניין יתד"), ובהמשך בעניין מרציאנו שם דחה בית משפט נכבד זה את טענת המדינה כי שר האוצר רשאי להחליט שלא להקצות את הכספים הנדרשים לשם יישום פרק השילוב, במסגרת הפעלת שיקול-דעתו התקציבי. בפסק-דין שניתן בעתירה נקבע:

"בענייננו יש לפרש את ההוראות האמורות על יסוד חובת המדינה לדאוג למתן חינוך לכלל הילדים על-פי חוק לימוד חובה, תש"ט-1949. חוק זה חל על הילדים כולם – לרבות על ילדים בעלי צרכים מיוחדים הנזקקים לשילוב במסגרות החינוך הרגילות – ואינו מעניק כל שיקול-דעת לשר האוצר. ממילא אין מקום לפרש את אותן הוראות של חוק חינוך מיוחד – המעניקות לרשויות שיקול-דעת לתחום את היקף החינוך המיוחד תוך התחשבות באילוצים תקציביים – כמאפשרות למדינה להשתחרר כליל מחובתה על-פי חוק לימוד חובה. 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. ראו בג"ץ יתד [1], בעמ' 841 והאזכורים שם. והשוו י' רבין הזכות לחינוך [7], בעמ' 65. ממילא אין מקום לפרש את החוק כמאפשר לקצץ דווקא בזכותם לחינוך של הילדים בעלי הצרכים המיוחדים הזקוקים לשילוב במסגרות הרגילות." (בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 270 (2003), לעיל ולהלן: "עניין מרציאנו", 275-276).

150. ההנחיה בכתב וההנחיות שבעל פה לקביעת מכסות לכאורה והגבלת שיקול דעת הוועדות בקביעות רמות תפקוד אינן עומדות בקנה אחד עם פסיקה מפורשת זו של בית המשפט.

151. יתר על כן, עיון בסעיפי החוק ובתוספות מעיד כי היקפי הסיוע להם זכאים תלמידים על פי החוק אינם בלתי מוגבלים וכפופים לקביעות דרגות רמות התפקוד שנקבעו ובהתאם למוגבלויות השונות. דהיינו: ההסדרים בחוק אינם מבקשים להבטיח "מותרות" או "אמצעי סיוע מקסימליים" אלא להבטיח סיוע – ויש מי שיטען – מינימלי – אשר יש בו, לשיטת המחוקק בעצמו – בכדי להבטיח חינוך הולם והגשמת הזכות לחינוך לכלל התלמידים בהתאם לצורך הפרטני של כל תלמיד.

152. עצם קיומה של עלות הכרוכה בהבטחת הזכות אינה יכולה להוות עילה מספקת למניעת הבטחתה. בית משפט נכבד זה כבר פסק בהקשרים שונים כי שיקולים תקציביים נסוגים כאשר על הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות יסוד. כך, למשל, בפרשת מילר:

"על כל פנים, כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות יסוד – וכזה הוא המקרה שלפנינו – משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול. שכן, הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית" (ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד) 528) (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, סעיף 17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.11.1995).

ובפרשת אבו גנאם, שם חייב בית המשפט לתקצב קציני ביקור סדיר בכפרי הבדואים בנגב:

"חובת המדינה להקנות לכל ילד חינוך חובה חינם, וכנגדה – זכותו של כל ילד לחינוך כאמור – מחייבות נקיטת אמצעים ראויים על-מנת להבטיח שהתכלית החשובה של הקניית חינוך לילדי כל מגזריה של האוכלוסיה בישראל תוגשם הלכה למעשה. הצהרות בדבר חובת המדינה לספק חינוך חובה חינם ובדבר זכותו של כל ילד לחינוך חינם נותרות ריקות מתוכן אם אין ננקטים האמצעים המתאימים על-מנת להבטיח את הגשמתן והוצאתן מן הכוח אל הפועל. לצורך כך נדרשים תקציבים בהיקפים מתאימים" (בג"צ 6671/03 אבו גנאם נ' משרד החינוך, נט(5), 577, 584 בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, וכן, עניין בוצר, 27).

153. וכן, ראו דבריה של ד"ר שגית מור, במאמרה "משפט נגיש לכל: הזכות לנגישות ונגישות למשפט – ביקורת מוגבלות" הטוענת בצדק רב:

"מימוש הזכות לנגישות מצריך עיצוב מחדש של הסביבה, ולכן מחייב הכרה בהיבטים חברתיים והחייביים שלה. בהיבט החברתי-הקהילתי – זוהי זכות המבקשת לאפשר לאנשים עם מוגבלויות חלק פעיל בחיים האזרחיים והציבוריים, להשתייך לקהילה, ליהנות מהאפשרויות שכלל האנשים בחברה נהנים מהן ולהשתלב באינטראקציות אישיות וחברתיות בעלות ערך. בהיבט החברתי-החייבי – על מנת שאנשים עם מוגבלויות יוכלו לקחת חלק פעיל בפעילות זו, על המדינה להשקיע משאבים... למעשה, אי אפשר לדבר על נגישות בלא השקעת משאבים ניכרת הן בהיבטים התכנוניים והן בהיבטים של אכיפה ויישום. על אלו נוסף גם היבט חברתי-כלכלי – ככל שהחברה נגישה יותר, כן מצטמצמת השפעת הפערים הכלכליים על יכולת מימוש הזכויות של החברים בה". (חוקים ח 15, 31 (2016)).

154. הנחיות או פעולות מצד המשיב 1 מהן עולה במישורין או בעקיפין כי יש לצמצם את מספר הזכאים לשירותי חינוך מיוחדים בשל שיקולים תקציבים אינן יכולות לעמוד.

3.3 הפעלת סעיף 7 לחוק אינה חוקית

155. אי אפשר להשתחרר מהחשש כי המשיבים מבקשים להעלות מהאוב את סעיף 7(ה) לחוק חינוך מיוחד -בדרך האחורית וללא מתן הנחיה רשמית וגלויה.

156. סעיף 7(ה) קובע: "..... השר יקבע לכל ועדת זכאות ואפיון את מספר הזכאים שהיא רשאית לאשר בכל שנת לימודים, על פי כללים שיבטיחו שסך עלות החינוך המיוחד לכל הזכאים החדשים לא יעלה על התקציב שייקבע כאמור לאותה שנה".

157. סעיף 7(ה), אשר חוקק לראשונה בחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), התש"ן-1990, ותוקן בשנת 2002 כך שהוחל על פרק השילוב (חוק חינוך מיוחד (תיקון מספר 7), התשס"ג – 2002, ס"ח 1876), העניק לשר החינוך ולשר האוצר את הסמכות לקבוע לוועדות ההשמה מראש את מספר התלמידים שיהיו זכאים לקבל זכאות לשירותי חינוך מיוחדים, ובכך הלכה למעשה למנוע שירותי חינוך מיוחדים מתלמידים עם מוגבלות אשר זקוקים לשירותים אלה, ואף עומדים בהגדרת החוק המזכה אותם בשירותים אלו, וזאת אך בשל אותה מכסה שנקבעה על ידם. פרשנות בית המשפט לסעיף זה בעניין יתד ובעניין מרציאנו הבהירו כי פרשנות המדינה לפיה הסעיף מקנה לשר האוצר סמכות להחליט שקבוצה אחת מבין התלמידים עם המוגבלות- היא קבוצת התלמידים בשילוב- לא תקבל את הסיוע הדרוש לה וממילא לא תזכה בחינוך אינה יכולה לעמוד.

158. סעיף זה נדון במסגרת הדיונים בוועדת החינוך של הכנסת בתיקון מספר 11 לחוק כאשר גם למשתתפים בדיון היה ברור כי ניסיון להפעלת הסעיף אינו יכול להיות חוקתי. כך, במהלך הדיונים הבהירה עו"ד מירב ישראלי, היועצת המשפטית של הוועדה, כי הגיעה העת למחוק את הסעיף וכי ממילא לא ניתן יהיה להפעילו נוכח פגיעתו בזכויות לחינוך ולשוויון, להלן:

"... הסעיף של המכסות, בין אם יישאר בחוק ובין אם לא יישאר, אי אפשר לפעול לפיו. אני חושבת שזה מוסכם על כולם. לפחות זאת חוות דעתי. אני לא יודעת איך אתם פועלים. יכול להיות שהגיע הזמן להשמיט אותו מהחוק. זה לגבי זה... בעיני הסעיף הזה לא אומר – אני אומרת את זה לפרוטוקול – משהו אחר. זאת אומרת, הוא לא גובר על הזכויות של הילד ועל השוויון." (פרוטוקול ועדת החינוך של הכנסת מיום 15 במאי, 2018).

159. קריאתה של היועצת המשפטית של הוועדה לא נאמרה בחלל ריק אלא כאמור תואמת את הדין. בנסיבות אלו, אף שלטעמם של העותרים ראוי היה כי הכנסת תמחק אותו מספר החוקים לאור הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, החליטו חברי הגוף המחוקק להותירו.

160. בנסיבות אלו ולמען הסר ספק, אם יבקשו המשיבים להיתלות בסעיף 7(ה) בפעולותיהם לקבוע מכסות לזכאים לשירותי חינוך מיוחדים ולהגבלת סמכות הוועדות לקבוע רמות תפקוד והיקף סל שירותים, הגם שלא פורסם דבר, אזי יבקשו העותרים להרחיב בעניין ולטעון כי סעיף 7(ה) לחוק (כפי שתוקן בשנת 2002 ועתה הוחל על ועדות זכאות ואפיון) אינו חוקתי, שכן הפעלת הסעיף הייתה שוללת את זכותם לחינוך של תלמידים עם מוגבלות, וביתר שאת, את זכותם לחינוך של תלמידים המבקשים להשתלב במערכת החינוך ה"רגילה", ופוגעת גם בזכותם לשילוב ולשוויון באופן שאינו עומד בדרישות הקבועות בפסקת ההגבלה על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (וראו לעניין סעיף שמירת הדינים בג"ץ 6055/95 **שגיא צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג (5) 241).

161. עוד יטענו העותרים כי הפעלת הסעיף אינה עולה בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט ועם מכלול הוראות חוק חינוך מיוחד, וכי אינה אפשרית לאור החובה לפרש אף חוק "ישן" באופן ההולם את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (דנ"פ 2316/95 **עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל**, מט(4) 589 (פסקאות 7-9 לפסק הדין של השופט ברק). כפי שכתב נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרון ברק במקום אחר:

"חובת הכיבוד הנמשכת של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת חלה על כל דין הפוגע בזכות חוקתית בלא לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. לעניין זה אין נפקא מינה אם דין זה הוא דין ישן או חדש ואם הזכות הנפגעת היא שלילית או חיובית. השוני בין הדין הישן לדין החדש הוא לעניין תוקפה, אך לא לעניין חובתה של הרשות השלטונית שיצרה את הדין הישן או החדש להתאימו לדרישותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו." (אהרון ברק, "שמירת דינים" **ספר דורית בייניש** (אוניברסיטת בר אילן, נבו 4, 2018), 413, 434).

162. לפיכך, סבורים העותרים כי סעיף זה הגם שלא נמחק באופן רשמי מספר החוקים – הרי הוא סעיף שאינו בר הפעלה וככזה אין המשיב 1 יכול להיתלות בו או לפעול על פיו באופן

פורמלי ובאופן בלתי פורמלי. זכותו של תלמיד אינה יכולה להילקח מעימו בשל שיקולי תקציב.

163. מתן ההנחיות בכתב ובעל פה לצמצם בזכאות לשירותי חינוך מיוחדים וזאת משיקולים תקציביים מנוגד להוראות החוק ומוביל ליישום החוק באופן שאינו עולה בקנה אחד עם זכויות התלמידים לחינוך, לשילוב ולשוויון, עד כדי שלילה מוחלטת של הזכות לחינוך.

164. נוכח כל האמור לעיל, יטענו העותרים כי הנחיות המשיבים לקבוע מכסות לפעולות הוועדות ו/או להגביל את יכולתם של חברי הוועדות לקבוע רמות תפקוד והיקף סל שירותים אינה כדין ופוגעת בזכויות חוקתיות של תלמידים עם מוגבלות. ועל כן, כיוון שניכר מהמסמכים שנוצר רושם אצל חברי ועדות שיש מגבלות מספריות ותקציביות על מרחב שיקול דעתם, מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד כי יורה למשיבים 1 ו-2 להוציא הנחיה ברורה לכל יושבי ראש הוועדות כי אין מגבלה של מכסות לתלמידים עם מוגבלות, ולחייב את המשיב 1 לקיים דיון מחדש בעניינו של כל מי שזכויותיו נפגעו או עלולות היו להיפגע בשל המגבלות שהוטלו על שיקול דעת הוועדה.

ה. הפגיעה בזכותם של תלמידים עם מוגבלות לחינוך, לחינוך מותאם ולשילוב

165. כפועל יוצא מהתנהלות המשיב 1 כפי שתוארה נמנעת זכאות לשירותי חינוך מיוחדים מתלמידים עם מוגבלות בשילוב וזו מונעת מהתלמידים הלכה למעשה לממש את זכותם לחינוך ולשילוב:

א. כבילת ידי הוועדה מקביעות רמת תפקוד על פי צרכי התלמיד כנדרש בחוק משליכה כאמור על היקף סל השירותים שיקבל בשילוב.

ב. מתן שירותים מצומצמים מאלו להם תלמיד עם מוגבלות זקוק וזכאי על מנת לאפשר את שילובו המלא במערכת החינוך- פוגע הלכה למעשה גם ביכולתו ללמוד ולממש את זכותו לחינוך וגם את יכולתו להשתלב. שכן, בהעדר שירותי חינוך מיוחדים- השילוב ייכשל- והדרך לחינוך הנפרד היא הפתרון היחיד שמערכת החינוך תציע לתלמיד זה.

ג. צמצום מספר הזכאים לשירותי חינוך מיוחדים וודאי פוגע אנושות בזכות לחינוך ולשילוב. שכן, בהעדר זכאות לשירותי חינוך מיוחדים ייכנס התלמיד למערכת החינוך הכללית אמנם, אך ללא התמיכות להם הוא זקוק – נמנעת ממנו אפוא כאמור גם הנגשה מינימלית.

166. הזכות לחינוך היא זכות יסוד במשפט הישראלי, אשר הוכרה כזכות חוקתית הכלולה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, זאת בפרט במקום בו הפגיעה בזכות כרוכה בפגיעה בעקרון השוויון (בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד(1) 820 (2010) (להלן – "פרשת טבקה"); בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, (פורסם בנבו 6.2.11) (להלן: "עניין אבו לבדה"); ובוודאי כאשר הפגיעה נוגעת ללב הזכות לחינוך (בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014) (להלן – "פרשת לימודי הליבה").

167. ייחודה של הזכות לחינוך נעוץ בעובדה שהיא זכות חיובית, המטילה חובה על המדינה ועל הרשויות המקומיות להבטיח חינוך חובה חינוכי לתלמידי ישראל. חובת המדינה מעוגנת בסעיף 7 לחוק לימוד חובה, התשי"ט-1949 (להלן: "**חוק לימוד חובה**") כאשר חוק חינוך מיוחד (ראו למשל סעיף 4(א) לחוק) משלימו בכל הנוגע לתלמידים עם מוגבלות. בית המשפט העליון עמד זה מכבר על טיבה של הזכות לחינוך מיוחד ופסק:

"הזכות לחינוך מיוחד נגזרת מן הזכות לחינוך. הזכות לחינוך של ילדים בעלי צרכים מיוחדים לא תמומש אלא אם כן יזכו לחינוך מיוחד העונה על צרכים אלה." (עניין יתד, 844).

ובעניין מרציאנו:

"תכליתו של חוק חינוך מיוחד היא להשלים את הוראות חוק לימוד חובה ולקבוע את ההסדרים הספציפיים למימוש חובתה הכללית של המדינה בהקשר של מסגרות החינוך המיוחד. זאת, על רקע ההכרה בצורך ובחיוניות של מסגרות אלה, שבלעדיהן לא תוכל המדינה לדאוג למתן חינוך לציבור הנדרש להן, ולא תוכל למלא אחר חובתה כלפי ציבור זה. בהקשר זה אף הודגש, בתיקון 7, מעמד הבכורה הנתון לחלופת השילוב בחינוך מיוחד. ראו: הצעת חוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988, בעמ' 169 והצעת החוק לתיקון 7, שם בעמ' 167. ממילא אין מקום לפרש את אותן הוראות של חוק חינוך מיוחד – המעניקות לרשויות שיקול-דעת לתחום את היקף החינוך המיוחד תוך התחשבות באילוצים תקציביים – כמאפשרות למדינה להשתחרר כליל מחובתה על-פי חוק לימוד חובה." (עניין מרציאנו, 276)

168. הזכות לשירותי חינוך מיוחדים חנים לכלל התלמידים עם הצרכים המיוחדים, כהגדרתם בחוק, אף עוגנה בסעיף 3(א) לחוק במסגרת תיקון מספר 11 לחוק.

169. בין ארבעת יסודותיה של הזכות לחינוך נמנים בין היתר **הזכות לנגישות שווה לחינוך** והזכות **הזכות לחינוך מותאם (adaptability)**, אשר ייתן מענה לאוכלוסיות שונות ומגוונות (ראו דברי השופט הנדל בפרשת לימודי הליבה).

170. הזכות לחינוך של תלמידים עם מוגבלות, לרבות הזכות לשילוב, היא חלק אינטגרלי מהזכות לחינוך. היא קשורה בטבורה הן לדרישה לנגישות שווה לחינוך והן לדרישה לחינוך מותאם לאוכלוסיות מגוונות ומחייבת תקצוב המדינה עבורה. כך נקבע בסעיף 24 לאמנה אשר אושררה על ידי ממשלת ישראל (החלטה מס' 5100), להלן:

1. מדינות שהן צדדים מכירות בזכותם של אנשים עם מוגבלויות לחינוך. במטרה לממש זכות זו ללא הפליה ועל בסיס שוויון הזדמנויות, תבטחנה מדינות שהן צדדים מערכת חינוך מכילה בכל הרמות ובלמידה לאורך החיים, במגמה:

(א) לפתח באופן מלא את היכולות הגלומות בבני האדם, את תחושת הכבוד הפנימי והערך העצמי, ולחזק את הכבוד לזכויות האדם, לחירויות היסוד ולמגוון האנושי;

(ב) לאפשר לאנשים עם מוגבלויות לפתח את מירב האפשרויות הגלומות באישיותם, כישורונותיהם ויצירתיותם, כמו גם בכישוריהם השכליים והפיזיים;

(ג) לאפשר לאנשים עם מוגבלויות להשתתף באופן מועיל בחברה בת-חורין.

2. בממשן זכות זו, תבטחנה מדינות שהן צדדים כי :
 (א) לא יודרו אנשים עם מוגבלויות ממערכת החינוך הכללית בשל מוגבלותם, וכן כי לא יודרו ילדים עם מוגבלויות מהחינוך היסודי, אשר יהא חובה וחיינם, או מהחינוך העל יסודי, עקב מוגבלותם.
 (ב) תהא לאנשים עם מוגבלויות גישה לחינוך יסודי מכל, איכותי ובחינם, ולחינוך תיכוני, בקהילות מגוריהם, בשוויון עם אחרים ;
 (ג) תינתן התאמה סבירה לפי צרכי הפרט ;
 (ד) **אנשים עם מוגבלויות יקבלו את התמיכה הדרושה, במערכת החינוך הכללית, כדי לאפשר עבורם חינוך מועיל ;**
 (ה) יינתנו אמצעי תמיכה בני-תועלת, מותאמים אישית, בסביבות המטפחות את מירב ההתפתחות האקדמית והחברתית, באופן העולה בקנה אחד עם מטרת השילוב המלא.

171. עקרונות אלו באו לידי ביטוי בנוסח מטרות חוק החינוך המיוחד המופיעות בסעיף 2 :

"מטרות שירותי החינוך המיוחדים הן –
 (1) לקדם ולפתח את הלמידה, הכישורים והיכולות של התלמיד עם הצרכים המיוחדים ואת תפקודו הגופני, השכלי, הנפשי, החברתי וההתנהגותי ולהקנות לו ידע, מיומנויות, כישורי חיים וכישורים חברתיים ;
 (2) **לעגן את זכותו של התלמיד עם הצרכים המיוחדים 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 יכולותיו ;**
 (3) **לקדם את שילובם של תלמידים עם צרכים מיוחדים במוסדות חינוך רגילים."**

172. זכותם לשילוב ולשוויון של אנשים עם מוגבלות, נקבעה גם בחוק שוויון זכויות אשר בית המשפט הנכבד הגדירו כחוק יסוד במדינת ישראל (בג"צ 6790/98 אברץ נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים, פ"ד נב(5), 323, 335).

173. סעיף 6(א)(2) לחוק שוויון זכויות קובע כי מימוש זכויות ומתן שירותים לאדם עם מוגבלות ייעשו "במסגרת השירותים הניתנים והמיועדים לכלל הציבור, תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות העניין" ; סעיף 19 קובע איסור הפליה במקום ציבורי ובשירות ציבורי. שירות ציבורי כולל לפי התוספת השניה גם שירותי חינוך. במסגרת סעיף זה נקבע (סעיף 19(א)(2) לחוק) כי "מי שעיסוקו במתן שירות ציבורי לא יקבע תנאים שלא ממין העניין המונעים או המגבילים, במישרין או בעקיפין, שימוש בשירות ציבורי" ובהמשך: "לא ייתן שירות ציבורי .. בתנאים הנופלים מאלה שבהם הוא ניתן בדרך כלל" (סעיף 19(א)(3) לחוק).

174. מעבר לחובה החוקית, הנגשת השירות היא תנאי בלעדי אין על מנת לממש את השתתפותם השווה של תלמידים עם מוגבלות בחברה ואת זכותם לחינוך. כפי שכתב הנשיא ברק בעניין בוצר – טרם חקיקת חוק שוויון זכויות :

"ברמת ההפשטה העליונה ניתן לקבוע כי תכלית החקיקה היא לאפשר את שילובו של הנכה בחברה. מטרתה לאפשר לנכה להשתתף באופן מלא בחיי החברה בכל תחומי החיים. היא נועדה להגשים את הערך המרכזי של השוויון בכל הנוגע לנכה. היא נועדה להעניק לנכה שוויון של הזדמנות. היא באה לאפשר לנכה עצמאות ואי-תלות. היא 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 שוררת ההשקפה כי יש לשלב את הנכה בתוך החברה ולהבטיח לו שוויון של הזדמנויות ("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 - במיקום הרגיל של חיי החברה. ברוח דומה נוהגות מדינות דמוקרטיות." (עניין בוצר, 26).

175. מניעת שירותי חינוך מיוחדים אפוא- המהווים את ההנגשה הנדרשת לתלמיד עם מוגבלות לקבלת שירותי חינוך - מסכלת את האפשרות שיוכל ללמוד וודאי להיות חלק מחברת התלמידים. תלמיד עם מוגבלות אשר לא מקבל את המענים החיוניים – לא יוכל ללמוד בכל מסגרת שהיא. ולפיכך, צמצום סמכותה של הוועדה לאפשר מתן מענים לפי הצורך במסגרת השילוב, וודאי הגבלת מספר התלמידים הזכאים לשירותי חינוך מיוחדים מראש והשארתם של חלק מהתלמידים ללא זכאות לשירותים אלו, פוגעת פגיעה אנושה בזכותם לחינוך, לשילוב ולשוויון.

ה. פגיעה בעקרון שלטון החוק

176. הפרת החוק על ידי הרשות המבצעת האמונה על ביצועו ויישומו של החוק מהווה פגיעה בוטה וגסה בשלטון החוק. על כך אמר כבר בית המשפט הנכבד כי:

"ההימנעות מלממש ולהגשים חוק קיים ומחייב אינה מדיניות ואינה יכולה להיות מדיניות, מכל בחינה שהיא; היא רק גורמת לדמורליזציה ביחסי השלטון והאזרח, וגוררת אחריה פריקת עול של כל חוקי המדינה" (בג"צ 295/65 אופנהימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1), 309, 328).

177. כאשר הרשות האמונה על ביצועו של החוק מתעלמת לחלוטין מהחלטת הרשות המחוקקת, ומהחלטותיה שלה, הרי שהיא נוהגת בחוסר סבירות קיצוני שאין לו צידוק.

178. מהאמור לעיל עולה תמונה קשה של הפרה בוטה של החוק מצד המשיב 1 המופקד על ביצוע החוק החל מצמצום שיקול הדעת של הוועדות, המשך בהפרת הזכות לקבלת מידע ובחובה לפרסם חוזרי מנכ"ל וכלה במניעת שירותי חינוך מיוחדים מתלמידים הזקוקים וזכאים להם.

ו. סוף דבר

179. התיקון לחוק חינוך מיוחד הסמיך ועדות זכאות ואפיון לקבוע זכאות לשירותי חינוך מיוחדים עבור תלמידים עם מוגבלות. זאת, לאחר בחינה של מסמכים וחווות דעת וקיום דיון בו ישמעו כל המוזמנים ובכלל זה הורי התלמיד. לשם כך אף נדרשו הוועדות להעביר להורים 14 יום טרם הדיון את כל המסמכים המשמשים בידם כלי לקבלת ההחלטה.

180. חרף זאת המשיב 1 רוקן מתוכן את סמכות הוועדות כאשר הנחה אותן לתת משקל מכריע לתוצאה מספרית המתקבלת באמצעות תוכנת מחשב המפעילה נוסחה עלומה, וזאת מבלי לקיים דיון מקצועי ושקוף בכל שאר המסמכים המצויים בפני הוועדה.

181. המשיב 1 אף לא פרסם אמות המידה כנדרש בחוק לצורך קביעת רמת התפקוד ולעניין שעות הסיוע - אשר יחולו בכל הוועדות, ובכך פגע קשה בזכותם לשוויון של התלמידים.

182. ואם לא די בזאת, המשיב 1 יצר מצג אשר לפיו קיימות מכסות או הגבלות תקציביות אחרות לזכאות התלמידים לשירותי חינוך מיוחדים, והגביל את יכולת הוועדות לקבוע רמות תפקוד והיקף סל שירותים בהתחשב בצרכיהם של התלמידים. התנהלות זו שנעשתה בחלקה בהנחיות כתובות ובחלקה בהנחיות נוספות אשר הועברו מפה לאוזן מנוגדת לחוק, מונעת את מימוש מטרותיו המוצהרות של החוק ואין בה אלא מטרה אחת – ניסיון לחסוך ולצמצם במשאבים כספיים על חשבון חינוכם של תלמידים עם מוגבלות, זכויותיהם ועתידם.

183. נוכח כל ההפרות האלו נפגעו וממשיכות להיפגע באופן ישיר זכויותיהם של תלמידים עם מוגבלות לחינוך, לשילוב, לשוויון ולכבוד.

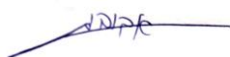
184. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן **צו על תנאי וצו ביניים** כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשות את הצו על תנאי מוחלט, וכן לפסוק לעותרת שכר טרחת עו"ד והוצאות.

185. עתירה זו נתמכת בתצהירה של מנכ"לית העותרת 1, עו"ד נטע דגן.

היום,

י"ט בסיון, ה'תש"פ

11 ביוני, 2020



אביבית ברקאי – אהרונוף, עו"ד

דין ריכמן

הרן רייכמן, עו"ד