בבית המשפט העליון בשבתו
כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"צ 3173 /93

1. גרציה שוקר, ת.ז. 4688193
רח' מעגלי יבנה 114/1 ירושלים

2. רפי שוקר, ת.ז. 5227977
רח' מעגלי יבנה 114/1 ירושלים

3. פנחס נויבירט, ת.ז. 5183122
רח' שבתאי נגבי 63/2, גילה ירושלים

4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
רחוב קרן היסוד 29 ב' ירושלים

באמצעות ב"כ עוה"ד אריאלה אופיר ו/או דעואל פלאי ו/או נטע זיו גולדמן שמענם להמצאת כתבי בית דין: פרוייקט "בזכות", האגודה לזכויות האזרח בישראל, רח' קרן היסוד 29/ב ירושלים
טל; 247646, 02-243984/5 מס' פקס: 02-248910

העותרים

- נ ג ד -

1. שרת העבודה והרווחה
משרד העבודה והרווחה, הקריה ירושלים

2. ממשלת ישראל, באמצעות מזכירות הממשלה
משרד ראש הממשלה, הקריה, ירושלים

3. המוסד לביטוח לאומי
ככר ד"ר גיורא לוטן
שד' ויצמן 13 ירושלים 91909

המשיבים

## עתירה למתן צו-על-תנאי

מוגשת בזה עתירה למתן צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יבטלו את התיקון להסכם הניידות מיום 1.11.1979, וישלמו לעותרים, שהם אנשים בעלי מוגבלות קשה בתחום המוטורי, ניידות והן קצבת שירותים מיוחדים, מבלי להתנות קבלת האחת בויתור על האחרת.

**ואלו נימוקי העתירה:**

**העובדות:**

1. א. העותרים 1-3 הינם אנשים בעלי מוגבלות קשה בתחום המוטורי, ואינם יכולים לנוע אלא באמצעות כסאות גלגלים בעלי הנעה חשמלית או באמצעות סיוע מהזולת.

ב. העותרת 4 הינה עמותה לקידום זכויות האדם בישראל. במסגרתה פועל מזה שנה פרוייקט "בזכות" לקידום זכויות אנשים עם מוגבלויות ולהגנה עליהן.

ג. העותרים 1-3 יקראו להלן "העותרים".

2. א. העותרים 1 ו-2, הנשואים זה לזה, עובדים במפעל "המשקם", שהוא מפעל מוגן להעסקת אנשים עם מוגבלויות: עותרת 1 עובדת כפקידת רישום ועותר 2 עובד כפקיד הזמנות.

ב. העותר 3 עובד במשרד הפנים כפקיד במחלקת בקורת גבולות.

3. א. עקב מוגבלותם הקשה נזקקים העותרים לעזרת הזולת במרבית, או בכל, פעולות היומיום הבסיסיות, הן בטיפול אישי, כגון בעליה למיטה ובירידה ממנה, בהלבשה, ברחצה, בכניסה לשירותים ובאכילה, והן באחזקת הבית השוטפת, לרבות ניקיון, כביסה וכדי.

ב. כמו כן, נזקקים העותרים לעזרה בניידות, בבית ומחוצה לו: בבית ובסביבתו הם מתניידים בעזרת כסא גלגלים המונע חשמלית או בעזרת הזולת, ומחוץ לבית הם יכולים להתנייד רק ברכב גדול המותאם לצרכיהם המיוחדים.

ג. עותרים 1 ו-2 משתמשים בהסעות מיוחדות ברכב גדול המותאם במיוחד לאנשים בעלי מוגבלות כאמור. אין בידיהם להשתמש בתחבורה הציבורית כמו אוטובוסים ומוניות, ועל כן הם נזקקים להסעות מיוחדות.

ד. עותר 3 נוהג ברכבו, שהוא רכב מיוחד המותאם לצרכיו ומצויד בעזרים מיוחדים, לרבות מעלית לכניסה לרכב ומנגנוני נהיגה מיוחדים.

4. א. העותרים 1 ו-2 מקבלים מהמוסד לבטוח לאומי (להלן-המוסד) קצבת שירותים מיוחדים (להלן-שר"מ) שנועדה לאפשר להם מימון טיפול אישי ועזרה בביתם. קצבה זו עומדת, נכון לחודש אפריל 1993, על סכום של 1,205 ש"ח.

(תצלום טופס פירוט תשלום לעותרים 1 ו-2 לחודש אפריל 1993, מצורף לעתירה ומסומן כנספח ע/1).

ב. העותר 3, הנוהג, כאמור, ברכב, מקבל מהמוסד קצבת ניידות שנועדה לסייע לו בהוצאות הרכב. קצבה זו עומדת, נכון לחודש אפריל 1993, על סכום של 1,385 ש"ח.

(תצלום אישור על תשלום גימלת ניידות לעותר 3 מצורף לעתירה ומסומן כנספח ע/2).

ג. העותרים 1 ו-2 פנו אל מנהלת המחלקה לנכות כללית שבמוסד על מנת לברר מדוע אינם מקבלים קצבת ניידות, ושם נאמר להם כי על פי הנהלים אין אפשרות לקבל הן קצבת שר"מ והן קצבת ניידות.

ד. העותרים 1 ו-2 החליטו כי הם מעדיפים לקבל קצבת שר"מ שעליה אינם יכולים לוותר, באשר מבלעדיה יוותרו חסרי אונים לחלוטין במובן הבסיסי ביותר, דהיינו חוסר יכולת לצאת מהמיטה, להשתמש בשירותים, להתרחץ, לאכול וכדי.

כמו כן, במצב דברים זה אין העותרים 1 ו-2 רוכשים רכב, באשר אין באפשרותם לשאת בהוצאות-רכב מבלי קבלת קצבת ניידות.

משמעות הדבר לגביהם הינה תלות מוחלטת בהסעות מיוחדות שזמינותן, הן בהשוואה לזמינותה של התחבורה הציבורית, והן ביחס לצרכי הניידות שלהם, היא נמוכה, ומחירן גבוה ביותר: כד, בנסיעה עירונית המחיר הוא 15-25 ש"ח לכל כיוון, לאדם אחד. לגבי נסיעה בינעירונית (כגון מירושלים לרמת-גן, שבה מתגוררת אמה של העותרת 2) המחיר הוא בין 250 ל-400 ש"ח. עותרים 1 ו-2 נדרשים לממן הסעות יקרות אלה בעצמם, למעט עזרה חלקית שהם מקבלים מלשכת הרווחה שבעירית ירושלים לכסוי הוצאות נסיעותיהם לעבודה בלבד.

עזרה זו הינה לפנים משורת הדין, ואמנם חדשות לבקרים מודיעים לעותרים 1 ו-2 כי סכום העזרה הופחת, והם נאלצים לחזור ולהיאבק על השארת הסכום על כנו.

(חישוב סכומי העזרה כפי שנעשו ע"י עירית ירושלים באוגוסט 1992 בו הופחתה העזרה, ובאוקטובר 1992 לאחר המאבק להגדלתה, מצורפים לעתירה ומסומנים כנספחים ע/3, ע/4, ע/5).

5. לעומת עותרים 1 ו-2, עותר 3 נוהג משנת 1991 ברכב שבבעלותו, ומקבל מהמוסד קצבת ניידות. לפיכך אין הוא מקבל קצבת שר"מ. בהבדל מעותרים 1 ו-2 "מותר" עותר 3 על קצבת שר"מ, וזאת משום שעל-פי סידור מיוחד בין המחלקה הסוציאלית של בית חולים אלי"ן במסגרתו חי עותר 3 בעבר עד לצאתו לחיים בקהילה, לבין עירית ירושלים, מעניקה לו האחרונה, לפנים משורת הדין, סיוע לטיפול אישי ולעזרת בית. הסיוע הוא חלקי ועומד על 720 ש"ח לחודש בלבד. כאמור, קצבת שירותים מיוחדים לה הוא זכאי לפי החוק, הינה בגובה 1,205 ש"ח.

נוהגה של העיריה עם עותר 3 הינו בבחינת חריג, ואמנם אחת לכמה חודשים מקבל העותר 3 הודעה על כוונה לבטל סיוע חלקי זה.

6. ביום 26.8.92 פנו העותרים, באמצעות ב"כ אל המוסד, במכתב בו בקשו, בין היתר, לבטל הנוהל האמור, המונע קבלת 2 הקצבאות, על אף הזכאות העניינית להן.

(צילום המכתב האמור מצורף לעתירה ומסומן כנספח ע/6).

7. ביום 25.1.93 נשלחה תשובה מהמוסד, הדוחה הבקשה האמורה, בזו הלשון:

"לצערי, תחום מתן ההטבות לנכים בפרט, וכלל ההטבות בתחום הביטוח הסוציאלי, נבחנים לא רק מנקודת המבט שבטובת הנכה כי אם גם מבחינת ההיבט התקציבי... לנכה הקשה העונה על שני הקריטריונים: אלה של השירותים המיוחדים ואלה של הסכם הניידות, הזכות לבחור לו איזה משני תחומי ההטבות מתאים למצבו".

(צילום מכתב התשובה האמור מצורף לעתירה ומסומן כנספח ע/7).

<u>הטיעון המשפטי:</u>

8. <u>החוק:</u>

לאור מצבם זכאים העותרים על-פי חוק הן לקצבת שר"מ והן לקצבת ניידות:

<u>קצבת שירותים מיוחדים:</u>

סעיף 127 כה(א) לחוק קובע כדלקמן: "נכה זכאי לגימלאות אלו:

(1) ...

(2) ...

(3) השתתפות המוסד - לפי כללים ובשיעורים שקבע השר בתקנות... במתן שירותים לטיפול אישי בנכה ולעזרת בית לשירותו האישי של הנכה ולמשק ביתו (להלן - שירותים מיוחדים)".

ואמנם, ביום 1.11.78 התקין השר את תקנות הביטוח הלאומי (מתן שירותים מיוחדים לנכה), התשל"ט - 1978 (להלן - התקנות). (שם התקנות שונה בתש"ן לתקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נכות) (מתן שירותים מיוחדים) התשל"ט - 1978).

קצבת ניידות:

סעיף 200 לחוק הבטוח הלאומי [נוסח משולב] תשכ"ח - 1968 (להלן - החוק) קובע כי המוסד לבטוח לאומי (להלן - המוסד) רשאי ליתן, על פי הסכם בינו לבין הממשלה: "הטבות סוציאליות שאינן ניתנות לפי חוק זה או לפי כל חיקוק אחר".

ביום 30.11.75 נחתם בין המוסד לבין ממשלת ישראל "הסכם בדבר גמלת ניידות". הסכם זה הוחלף ביום 1.6.77 בהסכם חדש (להלן - "הסכם הניידות") הקובע, בין השאר, זכאות לקיצבת ניידות.

(הסכם הניידות מצורף לעתירה ומסומן כנספח ע/8).

קיצבה זו מוגדרת בהסכם הניידות כ"קיצבה חודשית המשתלמת למוגבל בניידות ... כהשתתפות בהוצאות הנגרמות לו עקב השימוש ברכב, או הניתנות לפי סעיף 15 להסכם" (קיצבת ניידות לחסרי רכב - א.א).

ביום 1.11.79 תוקן הסכם הניידות. (להלן-התיקון)

בסעיף 3 לתיקון נקבע כדלקמן:

"מוגבל בניידות לא יהא זכאי לקבל הטבות לפי הסכם זה אם וכל עוד הוא מקבל קיצבה מיוחדת כמשמעותה בתקנות הביטוח הלאומי (מתן שירותים מיוחדים לנכה), תשל"ח - 1978".

(התיקון להסכם הניידות מצורף לעתירה ומסומן כנספח ע/9).

מאז התיקון, לא יכולים אנשים הזכאים עניינית הן לקצבת ניידות על פי ההסכם, והן לקצבת שר"מ על פי החוק, לקבל מהמוסד את שתי הקצבאות, וזכותם לאחת מהן מתבטלת.

הסכם הניידות, כמו כל אקט שלטוני, נתון לבקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק, אשר מוסמך לפסול סעיפים בו משנמצאו מפלים, בלתי סבירים וכדי'. (רי בג"צ 516/86 <u>שהינו נ. בית הדין הארצי לעבודה ואחי'</u>, פ"ד מ"ד(1) 143).

9. <u>חריגה מסמכות</u>:

א. סעיף 127כה. לחוק קובע, כאמור, את זכותו של אדם נכה לשלוש גימלאות: קיצבה חודשית, שיקום מקצועי ושירותים מיוחדים.

ודוק: כל אדם העונה על הקריטריונים שנקבעו בחוק או מכוחו לקבלתו של ההקצבאות האמורות, זכאי לקבלן.

ב. סעיף 200 לחוק קובע, כאמור, כי המוסד רשאי ליתן על-פי הסכם עם הממשלה, הטבות סוציאליות <u>מעבר</u> לאלו שמעניק החוק, כלומר, עניינו של סעיף זה <u>בהרחבת</u> מסגרת הזכאויות, בהתעורר הצורך העניני לכך בעיני הגורמים האמורים.

מכוחו של סעיף 200 הנ"ל נחתם הסכם הניידות אשר, אמנם, מצא לנכון לקבוע את זכותו של האדם המוגבל בניידות, לקיצבה בנושא זה.

ג. הקביעה של התיקון להסכם הניידות, כי מוגבלים בניידות אשר מקבלים קצבת שירותים מיוחדים לא יהיו זכאים לקצבת ניידות משמעה, לגבי אדם הזכאי לשתי הקצבאות, אחת משניים אלה: ויתור על קצבת שירותים מיוחדים או ויתור על קצבת ניידות.

ד. פעלו של התיקון כאמור הינו בבחינת חריגת מחוקק המשנה מסמכותו:

בסעיף 200 לחוק הסמיך המחוקק את המוסד להעניק על פי הסכם עם הממשלה הטבות סוציאליות <u>מעבר</u> לאלו הניתנות בחוק, ולא <u>במקומן</u>. הסכם הניידות הוא מימושה של סמכות זו.

הזכות לקצבת שירותים מיוחדים על פי סעיף 127כה. לחוק הינה זכות מוחלטת, וממנה עולה כי כוונת המחוקק היתה לתת מענה הולם ובלתי תלוי, לצרכיו של האדם המוגבל בתחום הטיפול האישי היומיומי.

הכנסתו של האדם הזכאי ענייניות לקצבת שירותים מיוחדים, למצב בו עליו לוותר עליה על-מנת לקבל קצבה אחרת הנותנת מענה לצורך אחר לגמרי, עומדת בניגוד ברור לכוונת המחוקק בסעיף המסמיד.

10. <u>הזכות לשוויון ולכבוד:</u>

א. בחוק הבטוח הלאומי, ובתקנות וההסכם שנתקבלו מכוחו, נתן המחוקק מענה לצרכים מיוחדים של אנשים עם מוגבלויות, ובין היתר הקנה להם את הזכות לקצבת נכידות, ואת הזכות לקצבת שר"מ.

ב. לעותרים, כאנשים בעלי מוגבלויות קשות, זכות לקבל מענה הולם לצרכיהם המיוחדים, הנגזרת מזכות היסוד של האדם לחיים של שוויון וכבוד. ביטוייה של זכויות אלה בענייננו הם הבסיסיים ביותר בכל האמור בהיות האדם בן-חברה.

ג. כד ביטול זכאותם של עותרים 1 ו-2 לקצבת נכידות, משמעה, לגביהם, ויתור על יציאה מהבית, והתנתקות כפויה מהחברה, דהיינו ניתוק פיסי ומנטאלי מהמתרחש בעולם סביב. יתירה מזאת: משמעה העמדת המשך השתלבותם במעגל העבודה בספק, וזאת לאור עלותה הגבוהה של ההסעה לעבודה.

כד ביטול זכאותו של עותר 3 לקצבת שר"מ, ההופכת אותו לתלוי לחלוטין בחסדיה של העיריה, אשר כאמור, לפנים משורת הדין, מעניקה לו סיוע חלקי בלבד בתחום הטיפול האישי. עם ביטול סיוע זה תישלל לחלוטין יכולתו של עותר 3 לחיות חיים עצמאיים.

לא זו אף זו: לגבי עותרים כולם מדובר בפגיעה באפשרותם לתרום לחברה בקרבה הם חיים, אם לא בשלילתה מהם לגמרי. זוהי פגיעה באפשרות להוות גורם קונסטרוקטיבי בקהילה, שהיא בבחינת צורך קיומי אלמנטרי של כל בן אנוש.

ד. ויודגש: שלושת העותרים הם אנשים נכים באותה דרגת נכות ועם אותן מוגבלויות. ההבדל הגדול בין מידת נכידותם של עותרים 1 ו-2 אשר תלויים לחלוטין בהסעות, לבין זו של עותר 3 הנוהג ברכבו שלו, וזאת על אף ששלושתם באותו מצב מוגבלות, ושלושתם יכולים לנהוג ברכב משלהם, מלמד על שרירותיותו של מנגנון הקיזוז בין הקצבאות ועל פגיעתו הקשה.

ה. משמעות הדברים האמורים, במיוחד כשמדובר באנשים עם מוגבלויות, הינה פגיעה קשה בעותרים, הן בזכותם לשוויון, והן בכבודם, וזאת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

11. <u>אפליה</u>:

א. כאמור, העותרים זכאים <u>ענייניות</u> הן לקצבת נכידות והן לקצבת שר"מ.

ב. התיקון להסכם הניידות מעניק את הזכות לקצבת נכידות לאנשים מוגבלים בניידות <u>שאינם</u> זקוקים לקצבת שר"מ, ולאנשים מוגבלים בניידות <u>הזקוקים</u> לקצבת שר"מ וזכאים לה, בתנאי שהם מותרים עליה. משמעות הדבר היא יצירת זהות בזכויות של שתי קבוצות אנשים בעלי צרכים שונים: אנשים המוגבלים ביותר בפעולות היום-יום ובניידותם, ואנשים המוגבלים רק בניידותם. אלה ואלה מקבלים קצבה זהה.

ג. אפליה אינה רק יחס שונה לשווים אלא גם יחס שווה כלפי השונים. יצירת "שיוויון" כאמור בין השונים הינו בבחינת אפליה לרעה את העותרים (ר' בג"צ 528/88, בשג"צ 355/89 <u>אביטן נ. מינהל מקרקעי ישראל ואח'</u>, פ"ד מ"ג(4) 297).

12. <u>תוסר סבירות</u>:

א. קביעתן הנפרדת והמסויימת של שתי הזכאויות האמורות על-ידי המחוקק הינה, כאמור, פרי הכרתו בסוגי צרכים שונים של אנשים עם מוגבלויות קשות.

ב. מציאת פתרון לקשיים תקציביים, בדמות מנגנון של "קיזוז" בין זכויות, הינו פגיעה דוקא בקבוצת האנשים עם המוגבלויות הקשות ביותר, שהעובדה שצרכיהם המיוחדים נחלקים, בעיני המחוקק, לשני סוגים, הינה מקרית גרידא.

ג. מניין הקיצבאות שמקבלים העותרים כשיקול לשלילת זכאות מהותית, מבלי להתייחס למהותן ולתכליתן של הזכאויות הנדונות, וניצול עובדה טכנית זו לחסכון תקציבי, באמצעות מנגנון של קיזוז, הינו בלתי סביר בעליל.

ד. <u>ודוק</u>: אין בעובדת קבלתן של 2 קצבאות משום עדות למצב טוב יותר של מקבלן, ממצבו של המקבל קצבה אחת בלבד. נהפוך הוא: עדות היא לצורך רב יותר בסיוע.

ה. ועוד יודגש: סעיף 200 לחוק מסמיד ליתן הטבות סוציאליות "לכלל תושבי המדינה או לסוגים בהם". זיהויו של סוג כאמור צריך להיות על-פי מפתח ענייני ורלבנטי לסוג ההטבה הסוציאלית המוענקת. ואין בקבוצת המוגבלים בניידותם אשר אינם מקבלים קצבת שר"מ משום "סוג".

13. בשולי הדברים יצויין כי אין בטיעונים המשפטיים האמורים משום עתירה לפסילת השיקול התקציבי ככזה, היינו כשיקול לגיטימי במכלול שיקוליה של הרשות. בבסיס עתירה זו עומדת התביעה להפעלת הכלל המשפטי לפיו עשיית שימוש בשיקול התקציבי, כמו הפעלת שיקול הדעת המינהלי בכלל, כפוף לכללי ההפעלה של שיקול דעת זה, כגון תום לב, סבירות, איסור אפליה ועוד. בבסיס עתירה זו הטענה כי במקרה דנן לא עומד השימוש בשיקול התקציבי במבחנים האמורים, ולפיכך מן הדין לפסול פריו.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כאמור ברישא ולחייב את המשיבים בשכר טרחת עו"ד והוצאות משפט.

דעואל פלאי, עו"ד

אריאלה אופיר, עו"ד