

”לא בטיפול” – מעבר משיח טיפולי לשיח של אוטונומיה וזכויות אדם בהליך מינוי אפוטרופוס לאדם

בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות
(תיקון מס' 18), התשע"ו–2016

יותם טולוב ואורי שלומאי

תקציר ♦ **מבוא** ♦ **א. טיפול או זכויות** 1. האבולוציה של הגישות כלפי אנשים עם מוגבלות 2. טיפול מול זכויות – ההקשר הישראלי ♦ **ב. אפוטרופסות כדוגמה למתח בין טיפול לזכויות** 1. האבולוציה של היחס לאפוטרופסות 2. שינויים חקיקתיים בעולם בעקבות קריאת התיגר על מוסד ♦ **ג. הרפורמה בחוק הישראלי** 1. החוק הישראלי טרם תיקונו 2. הביקורות על החוק והליך תיקונו על רקע המעבר משיח טיפולי לשיח של אוטונומיה 3. החידושים בעיקריים של החוק לאחר תיקונו ♦ **ד. התיקון לחוק כהדגמה למעבר משיח טיפולי לשיח זכויות** 1. ההיבט התהליכי 2. ההיבט התוכני 3. תיקון 18 לחוק הכשרות המשפטית – סיכום ביניים ♦ **במקום סיכום: עם המבט קדימה – המשך שינוי התפיסה בזירות השונות.**

תקציר

בתיקון 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות משנת 2016 יש משום רפורמה של ממש בזכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ואנשים זקנים. המאמר סוקר את החידושים המרכזיים בתיקון לחוק, ובראשם ייפוי כוח מתמשך וקבלת החלטות נתמכת. המאמר אף מתייחס לייחודיות של תהליך החקיקה, אשר כלל שיתוף פעולה מלא עם חברה אזרחית והשתתפות משמעותית של אנשים עם מוגבלויות בכל שלבי הדיונים בכנסת. עוד מבקש המאמר לטעון כי התיקון לחוק מסמן שינוי מהותי בגישת המחוקק כלפי אנשים עם מוגבלות ומעבר מגישה טיפולית לגישת זכויות, גישות שנסקרו בהרחבה במאמר. המאמר סוקר את האבולוציה בגישות ביחס לאנשים עם מוגבלות ובפרט לסוגיית האפוטרופסות. הוא מתאר את הגישה הטיפולית אשר שלטה בכיפה במשך שנים בכל הנוגע לאנשים עם מוגבלות ואת המתח בינה לבין גישת הזכויות, וזאת בארבע זירות שונות - חקיקה, הגדרת המומחים בתחום, פיתוח שירותים ואופי

* **יותם טולוב** – דוקטורנט, הפקולטה למשפטים, ומרכז מינרבה לחקר אוכלוסיות מודרות בזיקנה, אוניברסיטת חיפה. מנכ"ל "בזכות" לשעבר.
אורי שלומאי – ייעוץ וחקיקה (ציבורי-חוקתי), משרד המשפטים.
המחברים מבקשים להודות לקוראי המאמר בשלבי המוקדמים והמתקדמים ולמערכת מחקרי משפט על הערותיהם הטובות שתרמו לפיתוח המאמר ולעיצובו. הכתוב במאמר הוא על דעתם האישית של המחברים ועל אחריותם בלבד.

יותם טולוב ואורי שלומאי

השיח הציבורי. על רקע סקירה זו המאמר מציג את האופן שבו תהליך חקיקת החוק וכן ההכרעות העקרוניות שנעשו בתוכן החוק משקפים את המתח בין הגישה הטיפולית לגישת הזכויות, ואת כברת הדרך שעשה המחוקק הישראלי אל עבר גישת הזכויות.

מבוא

ביום 29.3.2016 חוקקה כנסת ישראל את חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (תיקון מס' 18), התשע"ו-2016 (להלן – התיקון לחוק), אשר יצר מהפכה של ממש בתחום הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות. לא בכדי היו שכינו את קבלת החוק בכנסת "יום העצמאות" של אנשים עם מוגבלות,¹ שכן התיקון לחוק סימן שינוי דרמטי בחשיבה המשפטית, החברתית והערכית בנוגע לזכויות של אנשים עם מוגבלות ואנשים זקנים. התיקון לחוק הינו רפורמה של ממש בכל תחום הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, והוא כולל כמה שינויים, בין היתר: ביטול המונח "חסוי" בחקיקה, הנתפס כמתייג, והחלפתו ב"אדם שמונה לו אפוטרופוס"; האפשרות למנות אפוטרופוס לעניינים מסוימים שהוא אחראי עליהם, תחת האפשרות הבלעדית למנות אפוטרופוס לכלל העניינים, וקביעת חובה לפרט במפורש את העניינים הנתונים לסמכותו; הגדרת הרצון של האדם כעיקרון מנחה בשיקול הדעת של האפוטרופוס; הגדרת זכויות לאנשים שמונה להם אפוטרופוס, לרבות הזכות לקבל מידע מהאפוטרופוס ולהמשיך ככל האפשר לקחת חלק בקבלת החלטות; הזכות לעצמאות ולפרטיות; הגבלת הסמכות של האפוטרופוס לכפות החלטה בנושאים מהותיים; חובתו של האפוטרופוס להנגיש כל מידע לאדם בהתאם לצרכיו; הגדרת זכות ייצוג על ידי הסיוע המשפטי במשרד המשפטים (להלן: "הסיוע המשפטי") לאדם שמונה לו אפוטרופוס במקרים של חילוקי דעות על החלטות רפואיות; הסמכה להתקין תקנות שיסדירו את טיבן של תעודות המומחה בהליך מינוי האפוטרופוס.

נוסף על כך, ואולי זהו המהפך המשמעותי ביותר, תיקון החוק כונן את התשתית המשפטית לקיומן של חלופות לאפוטרופוסות אשר מאזנים בין ההכרה בצורך במתן תמיכה לבין השאיפה להגן על כשרותו המשפטית של האדם; החלופות החדשות יוצרות רצף של פתרונות עבור אנשים שעד כה מונה להם אפוטרופוס, ויש בהן רכיבים אשר שומרים ומחזקים את האוטונומיה, העצמאות והכשרות המשפטית של האדם הנזקק לסיוע. עיקרון חשוב שנכנס לתיקון בהקשר זה הוא העיקרון המורה על צמצום המקרים שבהם ימונה אפוטרופוס למצבים שבהם הדבר הכרחי כדי למנוע פגיעה באדם ("עיקרון הצורך") וכאשר אין אמצעי מגביל פחות כגון אלו וכאשר אין אמצעי מגביל פחות כגון אלו שיפורטו להלן ("עיקרון המידתיות"). בין היתר, נקבעו בחוק חלופות שעל פיהן יתאפשר לאדם, בעודו כשיר ומסוגל לקבל החלטות בענייניו באופן עצמאי, לערוך

1 שירית אביטן-כהן "יום העצמאות שלהם" מקור ראשון (1.4.2016) [tinyurl.com/yeeeg42u22](https://www.tinyurl.com/yeeeg42u22)

"לא בטיפול" – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 18)

מסמכים כגון "ייפוי כוח מתמשך" "מסמך הבעת רצון" ו"הנחיות מקדימות לאפוטרופוס", שנועדו לבטא את רצונו ביחס לדרכי הפעולה שיש לנקוט, החלטות שיש לקבל או פעולות שיש לבצע בעניינים הנוגעים אליו בעתיד, אם לא יהיה מסוגל לקבל החלטות בעצמו. על מנגנונים אלה נרחיב בהמשך המאמר, אך נזכיר כבר כעת כי ייפוי כוח מתמשך, חלק חשוב בתיקון לחוק, הנו בעצם חלופה חדשה לאפוטרופסות. מדובר במסמך שאדם יכול לחתום עליו כאשר הוא בעל כשירות ובמסגרתו להחליט מי יקבל החלטות בענייניו (הרכושיים או האישיים, לרבות הרפואיים) אם תיגרע כשירותו. נוסף על כך, התקבלה ההכרה ונקבעה התשתית החוקית לקבלת החלטות נתמכת כחלופה למינוי אפוטרופוס לאדם, בכך שהיא מאפשרת למנות לאדם שיכול לקבל החלטות בעצמו אך זקוק לעזרה בתהליך קבלת ההחלטות, לקבל תומך החלטה, וזאת במקום אפוטרופוס, שמינויו היה מגביל את האדם באופן לא מידתי ביחס לצרכיו.

כפי שיוצג בהמשך הדברים, הן המדינה והן ארגוני החברה האזרחית סבורים כי נותר פער בין הרצוי למצוי בתחום גם לאחר תיקון החוק. עם זאת התיקון הינו נקודת ציון חשובה ביחס לאנשים עם מוגבלות ומעמדם בישראל.

נקודת המוצא שלנו במאמר זה היא שחקיקה הנוגעת במיוחד לקבוצה מסוימת באוכלוסייה מבטאת גישות חברתיות כלפי קבוצה זו. לעיתים החקיקה היא הקרון, קרי זו שמשקפת הלכי רוח חברתיים בנוגע לקבוצה, ולעיתים היא הקטר שרותם ומאיץ שינויים חברתיים. רוב הזמן מתקיים קשר גומלין מסובך בין הקרון לבין הקטר, ויש בחקיקה שילוב של שניהם. כך או כך, נקודת המוצא להבנתו של שינוי חקיקה בנוגע למדיניות כלפי אנשים עם מוגבלות, זקנים, אנשים החיים בעוני, וקבוצות נוספות, צריכה להיות בהבנת הגישות החברתיות כלפי כל קבוצה.

על רקע האמור, מטרתנו במאמר זה היא כפולה: ראשית, לסקור את התיקון לחוק, הן בתוכנו והן בתהליך חקיקתו; שנית, להצביע ולהדגים כיצד תיקון החוק מראה על שינוי מהותי בגישת המחוקק ביחס לאוכלוסיות שנכנסות בגדרו של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, כלומר אנשים עם מוגבלות ואנשים זקנים. משכך, מטרתו השנייה של המאמר היא לבסס את הטענה שהתיקון לחוק מבטא נקודת תפנית חשובה במעבר משיח טיפולי כלפי אנשים עם מוגבלות לשיח זכויות. בכך התיקון לחוק הוא חלק משינוי תודעתי רחב בהרבה, הנוגע לשאלת מעמדם של אנשים עם מוגבלות בחברה, תפקידה של המדינה ביחס לאנשים עם מוגבלות ומקומם של אנשים עם מוגבלות בקבלת החלטות בעניינם – הן ברמת הפרט והן ברמה הציבורית הרחבה יותר.

יש אפוא חשיבות רבה לקרוא את החוק באספקלריה של השינוי בגישה כלפי אנשים עם מוגבלות בכלל ובהקשר של מוסד האפוטרופסות בפרט, הן בעולם והן בישראל, שינוי שמומשג במאמר זה במעבר מהגישה הטיפולית לגישת זכויות. אנו סבורים כי סקירה מעמיקה של התיקון לחוק צריכה אפוא להיעשות על רקע המשגתן של שתי הגישות הללו, שעמדו למבחן בשעת תיקון החוק. נראה כי תיקון החוק מבטא שיא במעבר משיח

ותודעה של טיפול לשיח ותודעה של זכויות. התיקון לחוק אף קידם את המעבר הזה ויצר שינוי בשיח בתחום. הדברים באו לידי ביטוי בשני אופנים: (א) באמירה העקרונית של הממשלה והכנסת שיש לכבד את האוטונומיה של אנשים לקבוע את גורלם, ולפיכך גם יש לצמצם את מינויי האפוטרופסות למצבים נדרשים שבהם אין בחלופות אחרות כדי לתת מענה; (ב) באופי הדיונים בכנסת, אשר התאפיינו בשילוב אקטיבי של אנשים עם מוגבלות, שהיו חלק בלתי נפרד מהליך החקיקה.

אנו סבורים שהשינוי הדרמטי הגלום בתיקון לחוק, הן בבחינת המהות והן בבחינת תהליך החקיקה שקדם לו, יכול להיות דוגמה לתהליכי חקיקה נוספים לא רק בנוגע לאנשים עם מוגבלות, אלא גם בנוגע לאוכלוסיות נוספות, כגון אנשים החיים בעוני וקבוצות מיעוט בחברה הישראלית. העבודה המשותפת והמעמיקה שנעשתה בין הממשלה לחברה האזרחית בכל שלבי הכנתה של הצעת החוק, השיתוף והפתיחות להטמעת עמדותיהם של אנשים עם מוגבלות בחקיקה, היסודיות שבה נערכו הדיונים בכנסת והתאמת הדיונים עבור אנשים עם מוגבלות, הנכונות לשנות את הצעת החוק המקורית כך שתיתן מענה לדרישה שעלתה מהשטח ולצד זאת ההכרה בנקודות המחלוקת שנותרו בעינם – כל אלה הופכים את הליך החקיקה עצמו למודל ללמידה. כתיבת המאמר על ידי מי שהיו שותפים לתהליך הן מנקודת המבט הממשלתית (מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים) והן מנקודת המבט של חברה אזרחית (עמותת "בזכות") היא הזדמנות לרפלקציה על החקיקה, על הישגיה וגם על חולשותיה.

עוד נבקש להדגיש כי במאמר זה נתמקד בהקשר של אנשים עם מוגבלות, אף על פי שהתיקון לחוק נוגע במידה רבה מאוד לאוכלוסייה נוספת וחשובה – אנשים זקנים המתמודדים עם מחלות הכוללות ירידה בתפקוד הקוגניטיבי, כגון דמנציה. הבחירה להתמקד באנשים עם מוגבלות נובעת הן מהיעדר מומחיות מספקת של הכותבים בהיבטים של זקנה וכשרות משפטית והן מפאת מגבלות המקום. אנו תקווה כי למאמר זה תתווסף כתיבה נוספת שתנתח את תיקון החקיקה מנקודת המבט של זכויות אנשים זקנים.²

המשך המאמר הוא כלהלן: החלק הראשון של המאמר עניינו סקירה כללית של השיח סביב זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות והמשגת השיח הטיפולי אל מול שיח הזכויות, בהקשר ההיסטורי והמשפטי, בהתייחס למצב בעולם ולהקשר הישראלי. בהקשר הישראלי שיח זה בא לידי ביטוי בכמה "זירות", שעליהן נרחיב דברים בהמשך המאמר ונראה כי במדינת ישראל מתחולל מאבק מתמיד בין שתי גישות עיקריות בכל הנוגע לגיבוש מדיניות כלפי אנשים עם מוגבלות. בחלק השני של המאמר נתמקד בגישות השונות בעולם ובישראל ביחס לאפוטרופסות, וגם זאת על רקע השיח והמעבר מהגישה הטיפולית לגישת הזכויות. לאחר סקירה זו נעסוק בלב המאמר: תיקון החוק, שהביא לידי

2 ראו למשל מיטל סגל רייך "מאפוטרופסות גורפת לתמיכה בהחלטות – התאמת ארגז הכלים המשפטי למצבים של ירידה ביכולת" הון משפחתי א(3) 1 (2015).

”לא בטיפול” – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות (תיקון מס' 18)

ביטוי את שינוי הגישה בישראל ביחס לאנשים מוגבלות, הן בהליך והן במהות החקיקה, ואשר הביאו בשורה של ממש באופן שבו נתפסים אנשים עם מוגבלות בעיני המדינה ובשימוש בכלי של מינוי אפוסטרופוס ביחס לאוכלוסיות שונות. ואולם, תיאור המצב העובדתי לפני התיקון ואחריו הוא רק הסנונית לבאות, ובמאמר זה נבקש לטעון כי העבודה על הנעת המטוטלת לכיוון של שיח זכויות עוד רבה. עם זאת, אנו סבורים כי מודל החקיקה של התיקון לחוק ראוי לאימוץ ביחס לדברי חקיקה עתידיים בתחומים הנוגעים לאנשים עם מוגבלות, כמודל ששם דגש של שיח הזכויות בהליך החקיקה ובתכניה.

א. טיפול או זכויות

1. האבולוציה של הגישות כלפי אנשים עם מוגבלות

יש כמה המשגות לגישות ששלטו בכיפה בתחום המוגבלות במשך מאות שנים, שניתן להן כאן את הכותרת הרחבה ”המודל הפרטני למוגבלות”³. גישה זו שמה דגש בלקות של האדם ובהשפעתה של הלקות על תפקוד האדם ויכולתו לבצע פעולות בחייו. עקב כך, הדגש של הגישה הפרטנית היה כפול – מחד גיסא מציאת הדרכים לצמצם את הפגיעה התפקודית של הלקות (שיקום וריפוי), ומאידך גיסא פיתוח מנגנוני התערבות שנועדו להתמודד עם הפער שנוצר בין תפקוד האדם לבין מה שנתפס כתפקוד נורמטיבי.⁴ נושאי הבשורה וגורמי הביצוע של המודל הפרטני היו אנשי המקצוע שהוגדרו כמומחים לאנשים עם מוגבלויות, בייחוד רופאים ועובדים סוציאליים.⁵ בכך המודל הפרטני שם דגש חזק בפעולת הטיפול. הולר מתאר את המעבר שעשה מקצוע העבודה הסוציאלית בהקשר של אנשים עם מוגבלות, ממתן תמיכות וסעד כספי לטיפול באדם:

3 מייקל אוליבר ”מתוך הפוליטיקה של ההנכיה: גישה סוציולוגית” לימודי מוגבלות: מקראה 57 (שגית מור ואח' עורכים, 2016).

4 שגית מור ”שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה” עיוני משפט לה 97, 102–104 (2012) (להלן: מור ”שוויון זכויות”); יותם טולוב וארנן ס' קנטר ”של מי החיים שלי? המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם מוגבלויות” מעשי משפט ו 45 (2014) (להלן: טולוב וקנטר ”של מי החיים שלי?”).

5 דבורית גלעד ודורית ברק ”שיקום בעידן תמורות בשיח בין אנשים עם מוגבלות לבין החברה” עבודה סוציאלית בישראל 593 (מאיר חובב, אלי לונטל ויוסי קטן עורכים, הקיבוץ המאוחד, 2012).

מוגבלות נתפסה לא רק כנובעת מלקותו הגופנית של האדם הנכה, אלא גם כתופעה פסיכולוגית הנובעת גם (ובעיקר) מאישיותו ומהתמודדותו הנפשית עם לקותו ועם יחסה של הסביבה אליו.⁶

הגדרת תפקידם של אותם אנשי מקצוע הייתה בראש ובראשונה טיפול באדם עם המוגבלות, ומטרת הטיפול הייתה לסייע לו להתגבר על קשייו – קשיי אישיותו, הכרה במגבלותיו והשלמה עימן, התגברות על התנגדותו לעזרה וקידום שיתוף הפעולה בינו לבין המערכת. הגישה הטיפולית ראתה אפוא במוגבלות תופעה פרטנית של מצב רפואי ואישיותי אשר דורש תיקון.⁷

המודל הטיפולי אשר הדגיש את חוסר ההסתגלות של הפרט עם המוגבלות לחברה הצמיח מסגרות ייעודיות טיפוליות וכן הביא להקצאת משאבים לא מעטים לטובת אנשים עם מוגבלות (קצבאות ותמיכות ממשלתיות).⁸ כך למשל, הפלח הגדול ביותר בתקציב משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (להלן – משרד הרווחה) משמש למימון שירותים עבור אנשים עם מוגבלות.⁹

ואולם, המודל הטיפולי-פרטני, בראייה ביקורתית, גבה מחיר כבד מאנשים עם מוגבלות.¹⁰ הוא שהביא הן בארצות הברית והן באירופה להשמה מסיבית של אנשים עם מוגבלות במוסדות, ובפרט אנשים עם מוגבלות נפשית שהושמו בבתי חולים פסיכיאטריים ואנשים עם מוגבלות שכלית שהושמו במוסדות.¹¹ נוסף על כך, המודל הטיפולי, אשר צבע באופן גורף כל התערבות שנוגעת לאנשים עם מוגבלות כ"מעשה טיפולי", הביא להקלת ראש בזכויות אדם בסיסיות כגון הקפדה על הליך הוגן, מידתיות

6 רוני הולר "בין האישי לחברתי: עבודה סוציאלית ואנשים עם מוגבלויות בעשורים הראשונים להקמתה של מדינת ישראל" לא צדקה אלא צדק: פרקים בהתפתחות העבודה הסוציאלית בישראל 336-309 (גיוני גל ורוני הולר עורכים, עתיד להתפרסם (2019) (להלן: הולר "בין האישי לחברתי").

7 Morgan Hannah, *The Social Model of Disability as a Threshold Concept: Troublesome Knowledge and Liminal Spaces in Social Work Education*, 31 SOC WORK 215 (2012); Morgan Hannah, *The Social Model of Disability as a Threshold Concept: Troublesome Knowledge and Liminal Spaces in Social Work Education*, 31 SOC. WORK EDUC. 215 (2012).

8 Arik Rimmerman, *Social Work Rehabilitation in Israel: From Generic Social Work toward Specialization*, in MEETING THE CHALLENGES OF A CHANGING SOCIETY: FIFTY YEARS OF SOCIAL WORK IN ISRAEL 196 (Meir Loewenberg ed., 1998).

9 ראו נתוני משרד הרווחה לשנת 2018 המציגים 2.67 מיליארד ₪ (36% מתקציב המשרד והפלח הגדול ביותר בהשוואה לאוכלוסיות אחרות), משרד העבודה הרווחה והשירותים החברתיים "אודות תקציב המשרד" www.molsa.gov.il/About/BudgetAndDonations/Pages/localbudget.aspx

10 JAMES CHARLTON, NOTHING ABOUT US WITHOUT US: DISABILITY OPPRESSION AND EMPOWERMENT (1st ed. 1998).

11 ARIE RIMMERMAN, DISABILITY AND COMMUNITY LIVING POLICIES (2017)

"לא בטיפולי" – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 18)

וסבירות, שכן פעולות של שלילת חירויות יסודיות תוארו כטיפול.¹² כך היה בקשירות ובידודים בבתי חולים פסיכיאטריים ובמוסדות,¹³ בכפיית טיפול רפואי פסיכיאטרי,¹⁴ בהוצאת ילדים מחזקת הורים עם מוגבלות בשל מה שמוגדר על ידי אנשי המקצוע כחוסר מסוגלות הורית,¹⁵ וכפי שנרחיב במאמר זה – גם במקרה של שלילת כשרות משפטית ומינוי אפוטרופוס לאנשים עם מוגבלות. במקרים קיצוניים המודל הטיפולי אף הביא לתפיסות אאוטגניות אשר ביקשו למזער את תופעת המוגבלות בחברה הן באמצעות בידוד והשמה במוסדות והן באמצעות סטריליזציה ועיקור.¹⁶ בשל כל אלה נטען לא פעם במסגרת לימודי מוגבלויות שאנשי הטיפול ומסגרות הטיפול הם חלק מהבעיה שאנשים עם מוגבלות מתמודדים עימה וכי רק הכרה בבעייתיות הזו תאפשר שינוי של ממש במצבם של אנשים עם מוגבלות ובהצלחת מאבקם לשוויון.¹⁷

המחצית השנייה של המאה העשרים הביאה לתמורות דרמטיות בגישות כלפי אנשים עם מוגבלות. **תנועת הנורמליזציה**¹⁸ – תנועה שראשיתה בשנות השישים בשוודיה – ביקשה לנרמל את גישת החברה לאנשים עם מוגבלות ולהכיר בזכותם לחיות בתנאים רגילים ככל האדם. על פי תפיסה זו, אנשים עם מוגבלות תויגו באופן כוללני לאורך ההיסטוריה כאנשים אבנורמליים בשל מצבם הרפואי, תוך שימת דגש מוגזם בהגנה

- Arlene S. Kanter, *The Law: What's Disability Studies Got to Do With It or An Introduction* 12
Kanter, *to Disability Legal Studies*, 42 COLUMBIA HUM. RTS. L. REV. 403 (2011) (להלן: "The Law").
- 13 שרון פרימור "שוברים קשירה, קשירות מטופלים באשפוז הפסיכיאטרי. כרוניקה של הפרת זכויות אדם – דוח והמלצות" **זכות** (2016) (להלן: פרימור, "שוברים שתיקה") tinyurl.com/h2ay3p9, וכן משרד הבריאות **דין וחשבון: ועדת ההיגוי לצמצום ההגבלה המכנית בישראל** (2017).
- 14 Bernadette McSherry, *Protecting the Integrity of the Person: Developing Limitations on Involuntary Treatment*, 26 LAW IN CONTEXT: A SOCIO-LEGAL J. 111 (2008)
- 15 רוני רוטלר "אמהות ישראלית וטכנולוגיות פריון בראי זכויותיהן של נשים עם מוגבלות" **ביטחון סוציאלי** 67, 103 (2018); כרמית נעה שפיגלמן "קולן של אמהות עם מוגבלות פיזית" **עיונים בשפה ובחברה** 7, 184 (2015); Doron Dorfman, *The Inaccessible Road to Motherhood - The Tragic Consequence of not Having Reproductive Policies for Israelis with Disabilities*, 30 COLUM. J. GENDER & LAW 49 (2015)
- 16 על המחקר בתחום אאוטגניקה ואנשים עם מוגבלות ראו Robert A. Wilson & Joshua St Pierre, *Eugenics and Disability*, in RETHINKING DISABILITY: WORLD PERSPECTIVES IN CULTURE AND SOCIETY 93 (Patrick Devlieger et al. eds., 2016). על הקשר הישיר בין אאוטגניקה להפתחות של מוסדות ייעודיים לאנשים עם מוגבלות ראו ריינרמן, לעיל ה"ש 11.
- 17 רוני הולר **לימודי מוגבלות והחברה בישראל – היסטוריה פוליטית, תרבותית וחברתית** (אוניברסיטת תל אביב, 23.6.2016).
- 18 Bengt Nirje, *The Basis and Logic of the Normalization Principle*, 11 AUSTRALIA AND NEW ZEALAND JOURNAL OF DEVELOPMENTAL DISABILITIES 65, 65–68 (1985)
- Michael J. Oliver, *Capitalism, Disability and Ideology: A Materialist Critique of the Normalization Principle*, in A QUARTER-CENTURY OF NORMALIZATION AND SOCIAL ROLE VALORIZATION EVOLUTION AND IMPACT 163 (Robert J. Flynn & Raymond A. Lemay eds., 1994).

וטיפול. תנועת הנורמליזציה דיברה על ה-Dignity of Risk¹⁹ (הזכות להסתכן, שהיא חלק מהאוטונומיה של כל אדם) ועל הזכות לשילוב בדיוור, תעסוקה ומכלול היבטי החיים. לתנועה הייתה השפעה אדירה הן על מדיניות של מדינות בצפון אמריקה ואירופה והן בפיתוח גישות חדשות בתחום המוגבלות.²⁰ עשור מאוחר יותר, מעבר לים, התפתחה בארצות הברית התנועה לחיים עצמאיים. תנועה זו, אשר החלה את פעולתה בברקלי בשנת 1972 על ידי אנשים עם מוגבלות פיזית ואשר דרשה שוויון אזרחי מלא, התרחבה לאנשים עם מוגבלות שכלית, והללו הקימו את תנועת People First במטרה להיאבק בתיוגם כנכים הזקוקים לשיקום וטיפול ואשר מודרים מהקהילה והחברה.²¹ התנועה לחיים עצמאיים הדגישה את חשיבות השליטה של האדם (שהוגדר כצרכן ולא כמטופל) בשירותים שהוא מקבל.²² תנועות אלה סללו את הדרך לפיתוח תפיסות חדשות כלפי אנשים עם מוגבלות, תפיסות אשר יגדירו מחדש את יחסי הגומלין שבין אנשים עם מוגבלות לבין החברה.

במבט לאחור ניתן להצביע על שני מודלים שהניחו את המסד התאורטי והיישומי הרחב ביותר אל מול המודל הפרטני (על שלל מופעיו – הרפואי, הטיפולי, השיקומי וכו'): המודל החברתי למוגבלות ומודל זכויות האדם.²³ המודל החברתי למוגבלות²⁴ (הקרוי בשמות נוספים, כגון ה"גישה הביקורתית למוגבלויות") ראה בנכות תוצר של יחסי גומלין בין האדם לבין הסביבה. הגישה הביקורתית העבירה את הזרקה להבניה החברתית של המכשולים אשר מונעים מאנשים עם מוגבלויות להשתתף באופן פעיל

- 19 Robert Perske, *The Dignity of Risk and the MR*, 10 MENTAL RETARDATION 24 (1972)
- 20 CHRISTINE BECKER & ROBERT PALLIN, PERSON-CENTERED PLANNING APPROACHES: A LITERATURE REVIEW (2001)
- 21 Connie Lyle O'Brien & John O'Brien, *The origins of person-centered planning: A community of practice perspective*, in PERSON CENTERED PLANNING: RESEARCH, PRACTICE, AND FUTURE DIRECTIONS 1 (Steve Holburn & Peter Vietze eds., 2000)
- 22 Connie Lyle O'Brien & John O'Brien, *Person-centered planning has arrived... or has it?*, 35 MENTAL RETARDATION 480, 480-484 (1997)
- 23 John Lord & Peggy Hutchison, *Individualised support and funding: building blocks for capacity building and inclusion*, 18 DISABILITY & SOCIETY 71, 71-86 (2003) (& Hutchison, *Individualised support*)
- 24 השלכות לתחום הביו-אתיקה "ביו-אתיקה פורום צפת", 15, 20 (2016) [www.zefat.ac.il/_Uploads/dbsAttachedFiles/file\(1\).pdf](http://www.zefat.ac.il/_Uploads/dbsAttachedFiles/file(1).pdf)
- 24 Tom Shakespeare, *The social model of disability*, in THE DISABILITY STUDIES READER 197 (Lennard J. Davis ed. 2nd ed., 2006); Tony Makin, *The Social Model of Disability in, COUNSELLING: THE BACP COUNSELLING READER V.2* 184, 184-185 (Pat Milner & Stephen Palmer eds., 2001); Tom Shakespeare & Nicholas Watson, *The social model of disability: an outdated ideology?*, in EXPLORING THEORIES AND EXPANDING METHODOLOGIES: WHERE WE ARE AND WHERE WE NEED TO GO 9, 9-28 (Sharon N. Barnart & Barbara M. Altman eds., 2001)

”לא בטיפול” – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות (תיקון מס' 18)

בחברה ולממש את זכויותיהם. כך למשל, אם לדידו של המודל הרפואי, אדם המתנייד באמצעות כיסא גלגלים הינו אדם בעל תפקוד לקוי אשר זקוק לטיפול של החברה, הרי שלאור הגישה החברתית מדובר בראש ובראשונה באדם המתמודד עם חסם חברתי בדמות מדרגות ודרכים לא נגישות. לצד המודל החברתי פעל מודל זכויות האדם,²⁵ שהתפתח בתנועה לזכויות האזרח בארצות הברית. תנועה זו, שלידתה במאבקים לשוויון נשים, שחורים ולהט”ב, התרחבה גם לאנשים עם מוגבלות. הזכות לשוויון והאיסור על אפליה הוחלו גם על עולם המוגבלויות ותורגמו לזכות לשילוב בקהילה, לחיים עצמאיים, לאוטונומיה, לנגישות ועוד.²⁶ האדם עם המוגבלות נעשה לנושא זכויות, והשירותים הניתנים לו נדרשו לעמוד בסטנדרטים של אוטונומיה, שוויון ובחירה.²⁷ אמנת האו”ם בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות (להלן: ”האמנה”),²⁸ אשר נוסחה בין השנים 2001–2006, היא המסמך המכונן של המודל החברתי למוגבלות ושל גישת זכויות האדם.²⁹ האמנה כוללת 50 סעיפים העוסקים, בין היתר, בזכות לחיים עצמאיים בקהילה, באיסור על אפליה, בנגישות, בזכות לחינוך מכליל, בנגישות לצדק, תוך הדגשה שזכויות אלו קנויות לכל אדם עם כל מוגבלות בכל רמות התפקוד.³⁰ לא בכדי המילה ”טיפול” מופיעה באמנה רק בהקשרים בודדים: תחת סעיף 25 העוסק בטיפול רפואי, תחת סעיף 23 העוסק במשפחה ובשני הקשרים נוספים, המצביעים על הפגיעה שאנשים עם מוגבלות חשופים לה מצד מטפלים. בתפיסה הביקורתית אשר באה לידי ביטוי באמנה, הטיפול הפך מעיקרון מנחה בכל הקשור לאנשים עם מוגבלויות לעקרון ”חשוד”, אשר מצומצם לכל היותר לנושאים רפואיים בלבד.³¹ כפי שעולה מהאמנה, התפיסה הטיפולית אינה עוד אבן יסוד בגישה כלפי אנשים עם מוגבלות, והיא

- JOSEPH P. SHAPIRO, NO PITY: PEOPLE WITH DISABILITIES FORGING A NEW CIVIL RIGHTS MOVEMENT (1994) 25
- ראו Kanter, *The Law*, לעיל ה”ש 12. 26
- לסקירה על תהליך חקיקתו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, המשקף תמורה במקומם של אנשים עם מוגבלות בחברה הישראלית, ראו Hila Rimon-Greenspan, *Disability Politics in Israel: Civil Society, Advocacy, and Contentious Politics*, 27 SOC’Y FOR DISABILITY STUD. (2007). (להלן: Rimon-Greenspan, *Disability Politics in Israel*: ניתן למצוא גם בכתובת dsq-sds.org/article/view/47/47) 27
- אמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות (נפתחה לחתימה ב-30.3.2007, ונכנסה לתוקף ב-3.5.2008) http://www.un.org/disabilities/documents/natl/crpd_hebrew.pdf 28
- מדינת ישראל חתמה על האמנה ב-30.3.2007, והיא אושררה בספטמבר 2012. 29
- Arlene S. Kanter, *The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 34 SYRACUSE J. INT’L L. & COM. 287 (2006) 30
- ראו ניסיון להתאים מחדש את אתוס הטיפול בהקשר של ריפוי בעיסוק לתפיסות הביקורת על הגישה האינדיבידואלית-טיפולית ב- Shanon Phelan, *Constructions of Disability: a Call for Critical Reflexivity in Occupational Therapy*, 78 CANADIAN J. OF OCCUPATIONAL THERAPY 164 (2011). 31

אף מזוהה עם פטרנליזם ופגיעה בזכויות של אנשים עם מוגבלות.³² בישראל, חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק שוויון זכויות), אשר יידון בהמשך המאמר, משקף את המעבר מחקיקה טיפולית בנוגע לאנשים עם מוגבלות לחקיקה מבוססת זכויות.³³ ואולם, כפי שנציג להלן, גישת הזכויות לא החליפה את גישת הטיפול, אלא ניצבה לצידה, והמתח בין השתיים עודנו קיים שכן אלה עדיין מתמודדות על הבכורה בכל הנוגע לגישה כלפי אנשים עם מוגבלות בישראל.

2. טיפול מול זכויות – ההקשר הישראלי

במאמר זה אנו מבקשים להשוות ולהנגיד בין גישת הטיפול, כפי שזו באה לידי ביטוי במודל האינדיווידואלי, לבין גישת הזכויות. כדרכם של חילופי גישות, הן אינן מתחלפות באופן ליניארי אלא ממשיכות לדור בכפיפה אחת, זו לצד זו, תוך שהמפגש ביניהן מעורר מתחים ואף מדיניות סותרת. ניתן לחוש היטב את המתח שבין המודל הטיפולי למודל הזכויות בהקשר של אנשים עם מוגבלות בישראל. נציין בקצרה כמה זירות שבהן המתח הזה מקבל ביטוי של ממש:

הזירה המשפטית – חוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית התפתחותית) משנת 1969 הוא דוגמה בולטת לאופן שבו הגישה הטיפולית יכולה להיתרגם לפרקטיקה משפטית. לאחרונה שונתה כותרת החוק (המונח "מפגר" הוחלף ב"מוגבלות שכלית התפתחותית"),³⁴ אולם מלבד שינוי סמלי זה, תוכן החוק לא שונה – זהו חוק המגדיר אנשים עם מוגבלות שכלית כאנשים שמחמת לקותם נזקקים לטיפול; הטיפול מגדיר את האדם. כפועל יוצא גם נגזר מעמדו המשפטי של האדם – אנשי מקצוע, בין אם העובדים הסוציאליים לפי חוק הסעד ובין אם חברי ועדת האבחון, מחזיקים בכוח לקבל החלטות בענייניו. החלטות ועדת האבחון מחייבות, והחוק כולל אמצעי כפייה להשליט את הטיפול על האדם (העמדת האדם תחת השגחת העובד הסוציאלי, החזקה במעון והוצאה אף ללא הסכמת האדם עצמו מרשות האחראי עליו). חוק זה, אשר הינו החוק המשמעותי ביותר זה כ-50 שנה עבור כ-35,000 אנשים עם מוגבלות שכלית בישראל, ממשיך את המסורת של המודל הטיפולי – מצד אחד, מתן שירותים ממומנים על ידי המדינה, המקיפים את מרבית תחומי חייו של האדם, ומצד אחר, ראיית האדם כאובייקט טיפול הנתון למרות החלטותיהם של אנשי המקצוע והנושא זכויות פרוצדורליות מעטות מאוד בתהליכי קבלת ההחלטות בחייו.³⁵ חוק הסעד, לצד חוקים נוספים כגון חוק טיפול בחולי

Rhoda Olkin & Constance Pledger, *Can Disability Studies and Psychology Join Hands?*, 58 APA 296 (2003).

33 יודגש כי קיים פער בין חקיקה מתקדמת כגון זו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות לבין יישומה בפועל.

34 ראו דברי הסבר להצעת חוק להחלפת המונח מפגר (תיקוני חקיקה), התשע"ז-2016, ה"ח 665, 12.

35 למחקר שממפה את הפער בין השירותים הניתנים לאנשים עם מוגבלות שכלית לבין תת-ניצול של השירותים ראו יואב לך ודורי ריבקיין "אנשים עם מוגבלות שכלית התפתחותית שאינם במסגרות של

”לא בטיפול” – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות (תיקון מס' 18)

נפש, התשנ”א–1991, וחוקים חדשים המקודמים כעת בכנסת, כגון הצעת חוק שירותי רווחה לאנשים עם מוגבלות, התשע”ה–2015 (הידוע גם כ”חוק האוטיסטים”), מייצגים גם הם במידה רבה את גישת המודל הטיפולי, גישה הכוללת הגנה וטיפול, סגרגציה, הכרה בסמכות הבכירה של אנשי טיפול והתבססות על מודל רפואי-תפקודי.

לעומתם ניצב חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, שמתרגם את המודל החברתי ואת גישת הזכויות לחקיקה.³⁶ חוק זה, אשר הוגדר על ידי בית המשפט העליון כבעל מעמד מעין-חוקתי בכל הנוגע לזכויות של אנשים עם מוגבלות,³⁷ יוצא מנקודת הנחה שכל אדם עם מוגבלות זכאי, ככל אדם, לזכויות חברתיות, לכבוד, לשוויון ולשילוב בחברה. על החברה להתאים את עצמה באמצעות הנגשה, התאמות בעבודה, איסור אפליה ועשייה אקטיבית, הן מצד הממשלה והן מצד גורמים אחרים בחברה, לקידום תפיסה זו. האחזיות למימוש הזכויות בחוק שוויון זכויות מופנית כלפי החברה ולא כלפי האדם באשר לחובת ביצוע הנגשות ומתן התאמות או ייצוג הולם בעבודה. המונחים ”טיפול” ו”שיקום” כלל אינם מופיעים בחוק, והמילה ”הגנה” מופיעה רק בקשר לזכות של אדם להגנה על פרטיותו. המשרד הממונה על ביצוע התפקידים ועקרונות היסוד המוגדרים בחוק הוא משרד המשפטים, באמצעות נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות הממוקמת במשרד המשפטים, ולא משרדי הרווחה והבריאות, האמונים על מתן שירותים לאנשים עם מוגבלות בישראל.

לסיכום, שתי מערכות החוקים הללו, אשר חיות זו לצד זו בספר החוקים של מדינת ישראל, מייצגות היטב את המתח בין הגישה הטיפולית לבין גישת הזכויות.

זירת הסמכות והמומחיות – על פי הגישה הטיפולית אנשי המקצוע הם שמחזיקים בסמכות ובמומחיות בכל הנוגע לקבלת החלטות הנוגעות לאנשים עם מוגבלות.³⁸ לרופאים שמור עד היום מעמד בכיר, אשר בא לידי ביטוי בוועדות הביטוח לאומי, בוועדות פסיכיאטריות³⁹ וכן בהחלטות בנוגע לרכי הטיפול באנשים עם מוגבלות.⁴⁰ לצידם ניתן תפקיד הרה גורל לאנשי המקצוע הטיפוליים, ובראשם לעובד הסוציאלי, אשר מעמדו בישראל חריג בעוצמתו בהשוואה למדינות אחרות.⁴¹ מחקרים ביקורתיים הצביעו

משרד הרווחה: סקר במחוז חיפה והצפון” מאירס-גוינט-ברוקדייל (2015) brookdale.jdc.org.il/wp-content/uploads/2018/01/693-15_Hebrew-report.pdf

36 ראו סקירת חוק שוויון זכויות בהקשר של תעסוקה לאור הגישות השונות כלפי מוגבלויות אצל מור “שוויון זכויות”, לעיל ה”ש 4.

37 בג”ץ 6069/10 מחמלי נ’ שירות בתי הסוהר, פס’ 23–31 לפסק דינו של השופט מלצר ופס’ א–ב’ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.5.2014).

38 Lord & Hutchison, *Individualised support*, לעיל ה”ש 22.

39 ס’ 24 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ”א–1991, ס”ח 1339.

40 ראו למשל הרכב ועדת השמה לפי ס’ 6(4) לחוק חינוך מיוחד, התשמ”ח–1988, ס”ח 1256.

41 לסקירת התפתחות מעמדו של העובד הסוציאלי בכל הנוגע לטיפול באנשים עם מוגבלות ראו הולר “בין האישי לחברתי”, לעיל ה”ש 6. וכן למעמד הייחודי של עובדים סוציאליים בישראל בהשוואה לעולם לא רק בתחום המוגבלות ראו *Idit Weiss, Social Work in Israel: Professional*

על כך שעובדים סוציאליים משמשים מקבלי החלטות ומומחים בנוגע לחייהם של אנשים עם מוגבלות במרבית הצמתים (למעט בתחום בריאות הנפש). הם מאיישים את תפקידי הפיקוח ומתווי המדיניות במשרד הרווחה, הם מנהלים שירותים לאנשים עם מוגבלות (הן ברשות המקומית והן בקרב גופים מפעילים) והם עומדים בראש ועדות מקצועיות אשר מכריעות בענייניהם של אנשים עם מוגבלות. גם בתחומים שאינם נוגעים במישרין למוגבלות – כמו קביעת כשירות לעמוד לדין, כשירות הורית או יכולת להשתלב בשוק העבודה – שבהם מעורבים אנשים עם מוגבלות, מקובלת התפיסה שיש לערב גורמי טיפול אשר מתמצאים בתחום של אנשים עם מוגבלות ומחזיקים בכלים מקצועיים שמאפשרים להם לגבש המלצות בכל הנוגע לאנשים עם מוגבלות.⁴² נוסף על האמור, נטען כי עובדים סוציאליים נושאים בתפקידים רבי השפעה בהכרעות שיפוטיות (עו"ס לעניין סדרי דין, עו"ס לפי חוק הסעד) וחוות דעתם מקבלות על פי רוב משקל ניכר בעת קבלת החלטות שיפוטיות.⁴³

על רקע הביקורת כלפי המודל הרפואי צמחה ביקורת רבה גם על גישות כלפי אנשים עם מוגבלות בתחום העבודה הסוציאלית. ראשית, הקריאה המרכזית של תנועת המוגבלויות, "שום דבר עלינו בלעדיו", מבטאת קריאה חריפה לכך שהאדם הוא המומחה לחייו ועל כן הוא שצריך להחזיק בסמכות לקבל החלטות על חייו. קריאה זו מערערת על המעמד של אנשי מקצוע טיפוליים בהליכי קבלת החלטות הנוגעות לאנשים

Characteristics in an International Comparative Perspective, 13 INT. J. SOC. WELF. 287 (2004).

42 יוער כי תפיסה זו אינה ייחודית לישראל, וגם במדינות רבות בעולם נעשה שימוש בחוות דעת של עובדים סוציאליים במגוון נושאים שתוארו בגוף הטקסט. בין היתר, עובדים סוציאליים עוברים משמעותיים בהליך מינוי אפוטרופוסים לאדם – ראו למשל באנגליה ווילס: Denzil Lush, *reply to questionnaire for the country reports – England and Wales* (2016); http://www.international-guardianship.com/pdf/GBC/GBC_England_and_Wales.pdf
 בקנדה אונטריו *Providing Property Guardianship Services: The Role of the Office of the Public Guardian and Trustee*, OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN AND TRUSTEE (2007) [.https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/family/pgt/roleinguardianservices.pdf](https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/family/pgt/roleinguardianservices.pdf)
 43 על היקף סמכותו של עובד סוציאלי בהליך שיפוטי ראו לדוגמה: חוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים), התשט"ו-1955, ס"ח 187; חוק הגנה על חוסים, התשכ"ו-1966, ס"ח 480; ס' 70 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380; ס' 62 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, ס"ח 507; ס' 3(ד) וס' 5(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח 1357; כן ראו תקנון עבודה סוציאלית 3.20 "תפקידו ודרכי עבודתו של עובד סוציאלי לעניין סדרי דין" (30.12.2014) www.molsa.gov.il/CommunityInfo/Regulations/SocialRegulations/Pages/Tas_perek_3.aspx על השפעת אנשי מקצוע טיפוליים בבתי המשפט ראו מיכאל שינדלר "הגנה על שלום הזקן ומינוי אפוטרופוס" *חברה ורווחה* כו 315 (2007); וכן ישראל דורון ומיכאל שינדלר "התעללות והזנחה כלפי זקנים שאינם חסרי ישע מצד צאצאיהם: עיון ביקורתי בהתמודדות החוקית במסגרת חוק למניעת אלימות במשפחה" *המשפט* כב 105 (2016).

”לא בטיפולי” – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס’ 18)

עם מוגבלות.⁴⁴ שנית, בכתיבה ביקורתית מהשנים האחרונות הועלתה טענה ליחסי כוח בלתי שוויוניים עד כדי דיכוי שמאפיינים את היחסים שבין אנשי טיפול לבין אנשים עם מוגבלות.⁴⁵ השיח של אנשי טיפול כלפי אנשים עם מוגבלות, המתבטא בכתיבה אקדמית, בחוות דעת מקצועיות ובוועדות מקצועיות, הוא פעמים רבות שיח דכאני, הכולל מבט פרטני אגב התעלמות מהחסמים החברתיים. לאורך השנים עבר השיח המקצועי גלגולים שונים – משיח מְסֻכָּנוֹת לשיח אישיותי, אשר שם דגש במאפיינים פסיכולוגיים של האדם, ואף לשיח פתולוגי.⁴⁶ דומה כי המשותף לכל אלה הוא ההתייחסות לאדם עם המוגבלות כאל ”אובייקט”, שהתנהגותו שונה באופן מהותי מזו של החברה הרגילה ומצדיקה את הטיפול הייחודי שניתן לו. בתוך העולם של עבודה סוציאלית צמחה גם תפיסה ביקורתית (עבודה סוציאלית ביקורתית או רדיקלית), הרואה כחלק מתפקידה לערער על הסטטוס קוו שנוצר בעקבות תהליכים חברתיים דכאניים.⁴⁷ כך למשל, תפיסה ביקורתית תשים דגש במהלכים שהביאו לפגיעה ביכולת של אדם עם מוגבלות שכלית לקבל החלטות בענייניו (פטרונות של מסגרות הטיפול בו, הדרה חברתית, הנחה סביבתית בדבר חוסר כשירות) ולגזור מכך לא את הצורך במינוי אפוטרופוס, אלא את החובה לספק תמיכות כדי לחזק את היכולות של האדם לנהל את ענייניו.⁴⁸ עבודה סוציאלית ביקורתית אף מגדירה אמות מידה חדשות לכתיבת דוחות סוציאליים ולמילוי תפקיד העובד הסוציאלי לעניין סדרי דין – העובד הסוציאלי כשותף של האדם וכנושא באחריות להביא את נקודת המבט של האדם אל לב הדיון המשפטי, וזאת אל מול הגישה הרווחת שלפיה העובד הסוציאלי לעניין סדרי דין הינו שלוחו של בית המשפט בבירור ”אובייקטיבי”, הנעשה מעל לראשו של האדם (כיום, למשל, התסקירים מוגשים אך ורק לבית המשפט ואינם

The Changing Roles and Tasks of Social Work From Service Users' Perspectives: A Literature Informed Discussion Paper, JAMES BLEWETT, JANET LEWIS & JANE TUNSTILL (2007) https://www.researchgate.net/publication/237834709_The_Changing_Roles_and_Tasks_of_Social_Work_A_Literature_Informed_Discussion_Paper

עידית וייסגל, ליה לוי ומיכל קרומר-נבו ”המבקר, המבוקר והביקורת: התבוננות ברוח סוציאלית ביקורתית בעבודה סוציאלית” **בטחון סוציאלי** 89, 89–119 (2012), וכן Sagit Mor, *Nothing about Us without Us: A Disability Challenge to Bioethics*, in *BIOETHICS AND BIOPOLITICS IN ISRAEL: SOCIO-LEGAL, POLITICAL, AND EMPIRICAL ANALYSIS* 97 (Hagai Boas ed., 2017)

לסקירה מקיפה של גלגולי השיח השונים של עובדים סוציאליים כלפי אנשים עם מוגבלות, כפי שאלו באו לידי ביטוי, ראו הולר, ”בין האישי לחברתי” לעיל ה”ש 6.

ראו אברהם מנסבך ”ביקורת ללא פחד: מבט ביקורתי על העבודה הסוציאלית לנוכח הגותם של קארל מרקס ומישל פוקו” **חברה ורווחה** כה 167 (2005); עידית וייס ”העבודה הסוציאלית בראי הביקורת” **חברה ורווחה** כה 249 (2005); וכן בהקשר של מוגבלות MICHAEL OLIVER & COLIN BARNES, *DISABLED PEOPLE AND SOCIAL POLICY: FROM EXCLUSION TO INCLUSION* (1998).

Leslie Salzman, *Rethinking Guardianship (Again): Substituted Decision Making as a Violation of the Integration Mandate of Title II of the Americans with Disabilities Act*, 81 U. COLO. L. REV. 157 (2010)

מומצאים לאדם מושא התסקיר, אף על פי שהוא בעל דין בתיק).⁴⁹ לבסוף, בשנים האחרונות ניצבים מקצועות ודיסציפלינות שמאגרים את ההגמוניה של המקצועות הטיפוליים בהקשר של אנשים עם מוגבלות. משפטנים,⁵⁰ פעילי זכויות אדם ומסגרים עצמיים (קרי אנשים עם מוגבלות הפעילים לקידום זכויות של אנשים עם מוגבלות)⁵¹ עומדים לא פעם אל מול אנשי המקצוע הטיפוליים עם דרישה להכיר במומחיות הרלוונטית שלהם בשאלות הנוגעות לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלות.^{52, 53} לצד הביקורת המהותית על עבודתם של אנשי הטיפול, ובראשם העובדים הסוציאליים, אי אפשר להתעלם מהקושי האובייקטיבי של העובדים הסוציאליים לעשות את מלאכתם נאמנה. קושי זה מקורו בעומס הרב המוטל עליהם וחוסר תקינה תמידי אל מול הצרכים ההולכים וגוברים, ציפיית המערכת מהם לספק פתרונות מיטיבים גם בהיעדר שירותים הולמים והקושי הנפשי העצום המוטל עליהם בקבלת החלטות קשות מנשוא באופן יום-יומי.⁵⁴ נוסף על כך, מקצוע העבודה הסוציאלית שם דגש בפן החברתי ומראש אינו מסתפק במבט פרטני, ובכך דווקא קיים בו הפוטנציאל להנכיח את הגישה הביקורתית למוגבלות.

זירת השירותים – בשנים האחרונות ניטש ויכוח על סוג השירותים שמדינת ישראל מפתחת עבור אנשים עם מוגבלות. שירותי חינוך, בריאות, תעסוקה, דיור ופנאי – כל אלה נמצאים בלב המחלוקת שבין הגישה הטיפולית לגישת הזכויות. הוויכוח נוגע הן לנפרדות השירותים והן למקום שניתן לאדם בבחירת אופי השירותים שהוא מקבל. הגישה הטיפולית דוגלת בפיתוח שירותים ייעודיים לאנשים עם מוגבלות, אשר אופיים (כולל בשאלת השילוב בקהילה) ייקבע על ידי אנשי המקצוע. הדגש של השירותים האלה הוא הגנה ונפרדות, והדבר בא לידי ביטוי, בין היתר, הן בשמות השירותים (דיור מוגן, מפעל מוגן, חינוך מיוחד) והן בשמות הקודמים של היחידות שהיו אחראיות על מתן שירותים לאוכלוסייה (האגף לטיפול באדם עם מוגבלות שכלית התפתחותית, השירות לטיפול

49 וייס-גל, לוי וקרמר-נבו, לעיל ה"ש 45, בעמ' 92–94.

50 נטע זיו "עריכת דין לשינוי חברתי בישראל: מבט לעתיד לאחר שני עשורי פעילות" **מעשי משפט** א 19 (2008).

51 Leanne Dowse, *Contesting practices, challenging codes: self advocacy, disability politics and the social model*, 16 *DISABILITY & SOCIETY* 123 (2001)

52 ביקורת זו מתקשרת עם הביקורת הפוסט-מודרניסטיות על העבודה הסוציאלית, ראו וייס "העבודה הסוציאלית בראי הביקורת", לעיל ה"ש 47, בעמ' 270–272.

53 כך למשל, הוויכוח הציבורי בישראל על קשירת מטופלים באשפוז פסיכיאטרי נסב לא מעט סביב שאלת הסמכות המקצועית – פסיכיאטרים ראו בשאלת הקשירות שאלה מקצועית-טיפולית הנתונה לסמכותם ולשיקול דעתם, ואילו פעילים עם מוגבלות ומשפטנים ראו בה שאלה של זכויות אדם, שצריכה להתנהל במישור האתי והאידיאולוגי של זכויות אדם שבו אין לאנשי הטיפול כל יתרון. ראו פרימור "שוכרים קשירה", לעיל ה"ש 13.

54 ראו לדוגמה מיכאל שינדלר "ברידותם של העובדים הסוציאליים לחוק הגנה על חוסים" **גרונטולוגיה וגריאטריה** מא 95 (2014).

”לא בטיפולי” – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס’ 18)

באדם עם אוטיזם, אגף השיקום במשרד הבריאות).⁵⁵ אנשי הטיפול הם שמפתחים את השירותים האלה, מפקחים עליהם ומנהלים אותם. על פי הגישה הטיפולית אנשים עם מוגבלות הם אולי המוטבים ומקבלי השירות, אך בפועל הם צד שלישי בהתקשרות החוזית והפיקוחית שבין הממשלה לבין נותני השירות. משמעות הדבר היא שלאדם יש יכולת מועטה מאוד לבחור את השירותים שהוא מקבל, למתוח עליהם ביקורת או לפעול בניגוד לעמדתם של נותני השירות שלו.⁵⁶ מנגד ניתן להצביע על מגמה חדשה של פיתוח שירותים הן על ידי אנשי מקצוע והן על ידי אנשים עם מוגבלות,⁵⁷ המבוססת על גישת הזכויות ואשר שמה דגש בבחירה, תמיכה ושילוב.⁵⁸ סל סיוע אישי מוצב כחלופה בין היתר לדיור המוגן,⁵⁹ תעסוקה נתמכת כחלופה למפעל המוגן,⁶⁰ שירותי בריאות נפש הניתנים בקופות החולים במסגרת סל השירותים הכללי מוצבים כחלופה למערכת הפסיכיאטרית המובחנת.⁶¹ שירותים אלה מבקשים להעביר את השליטה מאנשי המקצוע הטיפוליים (רופאים, עובדים סוציאליים ואנשי מקצוע פרה-רפואי) לאדם עצמו.

הזירה הרעיונית (השיח הציבורי) – שיח של חסד ורחמים עדיין שולט ביד רמה בכל הנוגע לאנשים עם מוגבלות בחברה הכללית. הדבר מוצא ביטוי בידיעות תקשורתיות, בקמפיינים ציבוריים וברעת הקהל הכללית.⁶² הגישה הטיפולית משתלבת היטב בשיח החסד בשימה דגש בחוסר היכולת של האדם לדאוג לעצמו ובצורך של החברה לגלות

- 55 יוער כי משרד הרווחה עובר שינוי ארגוני שכולל ביטול היחידות הנפרדות ומיזוגן ל”מנהל מוגבלויות”, שנותן מענה לכלל המוגבלויות. ואולם, האיחוד המבני עדיין לא בא לידי ביטוי בנפרדות השירותים והזכויות בחוק ובתע”ס. ראו: פרוטוקול ישיבה מס’ 509 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-20 (10.5.2017).
- 56 **בזכות ארץ האפשרויות המוגבלות – זכותם של אנשים עם מוגבלות שכלית לגור בקהילה** (נעמה לרנר עורכת, 2008).
- 57 כגון תמיכת עמיתים, צרכנים נותני שירות, קבוצות סגור עצמי.
- 58 Robert L. Schalock & Ruth Luckasson, *What’s at Stake in the Lives of People with Intellectual Disability? Part II: Recommendations for Naming, Defining, Diagnosing, Classifying, and Planning Supports*, 51 INT’L DEV. DESIGN SUMMITS 94 (2013).
- 59 Steve Holburn et al., *The Willowbrook Futures Project: A longitudinal analysis of person-centered planning*, 109 AM. J. MENT. RETARD. (2004).
- 60 Jo-Ann Sowers, Debra McLean & Cynthia Owens, *Self-Directed Employment for People with Developmental Disabilities Issues, Characteristics, and Illustrations*, 13 J. DISABIL. POLICY STUD., 97 (2002).
- 61 מאיירס-ג’וינט-ברוקדייל **דפוסי השימוש של המתמודדים עם בעיות נפשיות קשות בשירותי בריאות הנפש: סקר צרכנים** (2016) brookdale.jdc.org.il/wp-content/uploads/2017/12/Mental_Health_Utilization_hebreport_750-1.pdf.
- 62 מדדי ההכללה של אקי”ם לאורך השנים המצביעים על תפיסות של הדרה בקרב הציבור הכללי כלפי אנשים עם מוגבלות שכלית. ראו: ”מדד ההכללה ה-5 של אקים ישראל לשנת 2017 הוגש ב-26.03.17, ליושבי ראש השדולה לאנשים עם מוגבלות בכנסת” **אקים** (2017) <http://www.akim.org.il/index.php/item/991-madad-akim2017>

אחריות חברתית ופטרנליזם כלפי אנשים עם מוגבלות.⁶³ הפוליטיקה של הפילנתרופיה אף היא משפיעה על אופי השיח – קל יותר לגייס כספים מתוך רחמים והצגת מסכנות וקל יותר לגייס כספים למבנים ייעודיים מאשר לשירותים "שקופים" ואישיים.⁶⁴ עם זאת בתוך עולם המוגבלויות נשמעים קולות רבים יותר ויותר מצד אנשים עם מוגבלות, בני משפחותיהם ואנשי מקצוע, המבקשים לעבור לשיח של זכויות המושתת על עקרונות של שוויון, כבוד ושילוב. הדמוקרטיזציה של השיח באמצעות הרשתות החברתיות מאפשרת הרחבה של השיח הביקורתי כלפי הממסד וגישתו הטיפולית. הדבר בא לידי ביטוי בהתארגנויות של עובדים במפעלים מוגנים, בביקורת על הפרות זכויות במוסדות ובדרישה גוברת לכך שאנשים עם מוגבלות יהיו שחקנים מרכזיים בדיוני מדיניות בכנסת, בממשלה ובאקדמיה.⁶⁵

לסיכום, אנשים עם מוגבלות נתונים כיום בליבו של מאבק בין שתי גישות אשר נאבקות על הבכורה בכל הנוגע לגיבוש מדיניות כלפי אנשים עם מוגבלות. יודגש כי אין הכרח להנגיד בין שתי הגישות הללו ואף יש מאמצים ליישב בין השתיים. ואולם, לדידנו יש ערך בחידוד ההבדל בין שתי הגישות הן כדי להבין את הליך החקיקה בתחום הכשרות המשפטית והן כדי להבין את הצורך ביישוב המתח ובפיתוח סינתזה חדשה.⁶⁶ כפי שנראה בפרק הבא, השוני מתבטא בהבדלי הגישות בכל הנוגע לאפטרופוסות ולכשרות משפטית.

ב. אפטרופוסות כדוגמה למתח שבין טיפול לזכויות

1. האבולוציה של היחס לאפטרופוסות

הגישה המסורתית בישראל ראתה באפטרופוס גורם אשר אמון על דאגה לטובתו של האדם. לא בכדי בחר האפטרופוס הכללי להגדיר את חובותיו של האפטרופוס תחת הכותרת "סל טיפול" באופן הבא:

63 עמית קמה "הקורבן האומלל ונכה העל" פנים 26 (2003).

64 PAUL LONGMORE, TELETHONS: SPECTACLE, DISABILITY, AND THE BUSINESS OF CHARITY (2015).

65 ראו מור "שוויון זכויות", לעיל ה"ש 4, בעמ' 102–104.

66 Christine Kelly, *Making "Care" Accessible: Personal Assistance for Disabled People and the Politics of Language*, 31 CRITICAL SOC. POLICY 562 (2011); Nick Watson et al., *(Inter)dependence, Needs and Care: The Potential for Disability and Feminist Theorists to Develop an Emancipatory Model*, 38 SOCIOLOGY 331 (2004).

”לא בטיפולי” – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (תיקון מס’ 18)

מטרת המינוי של אדם כאפוטרופוס היא לדאוג לצרכיו ולרווחתו של אדם אשר מסיבות שונות אינו מסוגל לדאוג להם בעצמו ולפיכך יש צורך שאדם אחר יבוא במקומו וידאג להם.⁶⁷

האפוטרופוס, כמו גורמי הרווחה, הוגדר כמי שאמון על הטיפול באדם שתחת חסותו. ואכן, רכזי הטיפול במרבית תאגידי האפוטרופוס⁶⁸ הם עובדים סוציאליים, הגם שלא פעם ההיבטים של ניהול הרכוש הם המרכזיים. כפי שנראה בהמשך המאמר, הייעוד הטיפולי זר להיסטוריה של מוסד האפוטרופוסות, אך הוא משקף את התפיסה הרווחת שכל התערבות הנוגעת לאנשים עם מוגבלות צריכה להיות בראש ובראשונה בעלת מאפיינים טיפוליים. ההיסטוריה של מוסד האפוטרופוסות וקו פרשת המים שאליו הגיע מוסד האפוטרופוסות בשנים האחרונות הם כר מרתק לבחינת המתח שבין הגישה הטיפולית לגישת הזכויות.

מהמשפט הרומי ועד למאה העשרים שימשה האפוטרופוסות ככלי פוליטי ומשפטי שנועד להעניק לקבוצה מסוימת באוכלוסייה כוח ושליטה על קבוצות אחרות. נשים, מיעוטים גזעיים, תושבי-חוץ, ילדים, אנשים עם כל סוגי המוגבלויות וזקנים הושמו תחת אפוטרופוסות משיקולים שונים.⁶⁹ כך למשל, תושבי-חוץ היו במשפט הרומי תחת אפוטרופוסות בתחומים כלכליים, בעיקר כדי לחזק את המעמד המשפטי והעסקי של אזרחי המדינה.⁷⁰ נשים ובני מיעוטים הושמו תחת אפוטרופוסות כחלק מההגמוניה של גברים לבנים בעולם המערבי, אשר אפשרה להחזיק עבדים ולשמור על העליונות הכלכלית, המשפטית והפוליטית של גברים.⁷¹ תולדות האפוטרופוסות והאוכלוסיות שהיו תחת אפוטרופוסות חותרות תחת הנחת המוצא הרווחת שהשיקול המרכזי שעומד ביסוד מינוי אפוטרופוס הינו טיפול באנשים הזקוקים לכך. השיקולים היו תמיד רחבים ומורכבים יותר והם נגעו למאמצים של קבוצות באוכלוסייה לשמר סדר חברתי מסוים. במאות השנים האחרונות עבר מוסד האפוטרופוסות שלושה גלי שינוי משמעותיים

67 האפוטרופוס הכללי של טיפול בחסויים – הנחיות לאפוטרופוסים: הנחיות לעניינים אישיים ולרכוש 5 www.justice.gov.il/Units/ApotroposKlali/Guide/saltipuleishirechush.pdf

68 כ-15% מכלל האנשים הנמצאים תחת אפוטרופוסות נמצאים תחת מינוי של תאגיד אפוטרופוס, כלומר גוף חיצוני שמעניק שירותי אפוטרופוסות בתשלום. נוהל תאגידי אפוטרופוסות ממליץ כי האחראי על הטיפול יהיה “פסיכולוג או עובד סוציאלי”. ראו: נוהל האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי “נוהל לתאגידי אפוטרופוסות ולאפוטרופוסים מקצועיים” 45 (2016) <https://tinyurl.com/y2unbaar>.

69 Israel Doron, *From Lunacy to Incapacity and Beyond*, 19 HEALTH. L. CAN. 97 (1999) עם זאת יצוין כי המשפט העברי שם דגש דוקא במינוי אפוטרופוס כאביהם של יתומים, וזאת על מנת להגן על קטינים חסרי אב מפני אחרים (רמב”ם משנה תורה, ספר שופטים, הלכות נחלות י, ה). המונח “אפוטרופוס”, שמקורו מיוונית, משמעותו המילולית היא “אביהם של יתומים”.

70 ראו טולוב וקנטר “של מי החיים שלי?” לעיל ה”ש 4, בעמ’ 46.

71 להקבלה בין מאבקן של נשים לשוויון לזה אנשים עם מוגבלויות ראו מור “שוויון זכויות”, לעיל ה”ש 4.

שעיצבו ושינו אותו, ואשר מבטאים, בין היתר, את המתח בין גישה טיפולית לגישת זכויות.⁷²

הגל הראשון – הדין האנגלי, שהינו הבסיס לדין הישראלי, צמצם את מוסד האפוטרופוסות לשלושה קהלים – אנשים עם מוגבלות, זקנים וילדים. בבסיס האפוטרופוסות עמדה גישה טיפולית הרואה בקבוצות אלו אנשים בעלי תפקוד חסר עם פוטנציאל ברור לניצול. המטען הכפול והכאוב של גישת הטיפול באידי ביטוי גם בחקיקה האנגלית בתחום האפוטרופוסות. מצד אחד, קבלת אחריות חברתית על אנשים מקבוצות מוחלשות, ומנגד – שלילת זכויותיהם כחלק מובנה מתהליך הטיפול בהם. המדינה באמצעות מינוי אפוטרופוס הגדירה את האחראי על האנשים הללו תוך שהיא מגבילה מאוד את כשרותם המשפטית ואף שוללת אותה מהם והופכת אותם לאזרחים שקופים בעלי זכויות מוגבלות (באנגלית "civil death").⁷³ הדבר באידי ביטוי במדינות רבות בשלילת זכויות בסיסיות – נישואין, הצבעה בבחירות, השתכרות מעבודה, בחירת מקום מגורים, הגשת הליכים בבתי משפט, כולל "מלכוד 22" שעדיין רווח בכמה מדינות בעולם – אדם שמונה לו אפוטרופוס אינו יכול לערער על מינוי האפוטרופוס, היות והוא חסר כשרות משפטית לנהל הליכים משפטיים בענייניו.⁷⁴

הגל השני – במהלך שנות השמונים, בעקבות חשיפת מעשי ניצול ושחיתות של אפוטרופוסים בעיקר כלפי זקנים בארצות הברית ובאירופה, חלחלה ההבנה שיש לערוך רפורמה במוסד האפוטרופוסות. הרפורמה התבטאה בשלושה אופנים – מידתיות, הליך הוגן וקידום כלי חדש של ייפוי כוח מתמשך. **מידתיות** – לאור ההכרה שאפוטרופוסות הינה פגיעה בזכויות אדם ולא פחות מכך כי גם מבחינה טיפולית מינוי אפוטרופוס עשוי לחשוף אדם לניצול, נעשה מאמץ לצמצם את מינוי האפוטרופוסות למינימום הנדרש. על בסיס עקרון המידתיות (המכונה גם עקרון הצורך) נקבע כי מינוי אפוטרופוס יהיה רק בתחומים ההכרחיים ולתקופה המינימלית הנדרשת. כמו כן יהיו תחומים שלא ניתן להגביל בהם את הכשרות המשפטית של האדם ולמנות לו אפוטרופוס – כגון הצבעה בבחירות או יזום תהליכים משפטיים מסוימים. לצד עקרון המידתיות קודם עקרון ההליך ההוגן, שנועד להבטיח כי הליך מינוי האפוטרופוס יהיה הוגן ככל האפשר.⁷⁵ הדבר בא

72 הסקירה כאן מבוססת, בין היתר, על Doron, לעיל ה"ש 69; טולוב וקנטר "של מי החיים שלי?" לעיל ה"ש 4; וכן Eilionóir Flynn & Anna Arstein-Kerslake, *Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity*, 10 INT'L J.L. IN CONTEXT 81 (2014).

73 Henry David Saunders, *Civil Death — A New Look at an Ancient Doctrine*, 11 WM. & MARY L. REV. 988 (1970).

74 *Stanev v. Bulgaria*, App. No. 36760/06, Eur. Ct. H.R. 46 (2012).

75 יעל וקסמן היבטים פרוצדוראליים במינוי אפוטרופוס לבגירים — בחינת החסרים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות והצעות לשינוי (עבודת מחקר לתואר "מוסמך במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2010).

”לא בטיפול“ – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 18)

לידי ביטוי בהגדרת פרוצדורה שיפוטית, בחובת השתתפות האדם בהליך, בזכות לייצוג משפטי, בחובת ההנמקה של ההחלטה השיפוטית ובחובה לבחון מחדש את ההחלטה באופן יזום. לבסוף, שינויי חקיקה הטמיעו את השימוש בכלים של ייפוי כוח מתמשך והנחיות מקדימות, בעיקר על רקע מחלות זחלניות כגון דמנציה. כלים אלו העניקו לאדם שליטה גדולה יותר על תהליך קבלת ההחלטות העתידי בנוגע אליו, אולם הם עדיין מושגתים על תפיסה של קבלת החלטות חלופית ואובדן כשרות. כל השינויים הללו, אשר תורגמו לשינויי חקיקה, מדיניות ופרקטיקה במדינות רבות בעולם, ואשר כמעט ולא באו לידי ביטוי בישראל עד שנת 2016, משקפים תפיסה מעורבת של טיפול לצד זכויות. מצד אחד הכרה במחיר שהטיפול עשוי לגבות ובחשיבות הזכות לכשרות משפטית, ומצד אחר אשורור הנחות המוצא הקיימות, שלפיהן טיפול, הגנה והענקת סמכות לגורמים אחרים הם הכרחיים ונכונים עבור אנשים עם מוגבלות וזקנים.

הגל השלישי – החל משנות התשעים, וביתר שאת בעשור האחרון, בהשפעת האמנה, החלו גורמים שונים בזירה הבין-לאומית לקרוא לראשונה תיגר על מוסד האפוטרופסות כשלעצמו. אם הטענה בגל השני הייתה שאפוטרופסות היא שלילה הכרחית של זכויות אשר נדרשת כדי לטפל באוכלוסייה הרלוונטית באופן מיטבי (בדומה לטענה שנשמעת לא פעם בנוגע לאשפוז בכפייה, השמה חוץ-ביתית בכפייה ועוד) הרי שהטענה החדשה היא שאפוטרופסות, בכל מצב, היא שלילת חירות בלתי מוצדקת וכי על החברה לפתח מודל אחר, שונה במהותו מאפוטרופסות, אשר מושגתת על תפיסת הזכויות.⁷⁶ המודל של קבלת החלטות נתמכת הוא הביטוי המזוקק ביותר לתפיסה החדשה.⁷⁷ על דרך ההיקש, כפי שהחברה מחויבת במתן הנגשות לאנשים עם מוגבלות פיזית כדי לאפשר השתתפות שוויונית, כך על החברה לפתח ולתת תמיכות שיאפשרו לאנשים עם מוגבלות, ובעיקר מוגבלות שכלית, תקשורתית או נפשית ליהנות ממלוא יכולותיהם ולממש את כשרותם המשפטית. השיח הנוכחי כלפי מוסד האפוטרופסות מושפע מתמורות נוספות, שבחלקן מחזקות את הגישה הטיפולית ובחלקן מחזקות את גישת הזכויות. כך למשל ערעור על המונח ”טובתו של אדם“ בהשפעת גישות פלורליסטיות שמכירות בכך שקשה להגדיר טוב אובייקטיבי ועל כן ברוב המקרים יש לתת עדיפות לרצונו של האדם,⁷⁸ מחקרים רבים מתחום הפסיכולוגיה והכלכלה שהצביעו על שיבושים בתהליכי קבלת

76 על הגבלת כשרות משפטית כחסם לנגישות לצדק ראו Sagit Mor, *With Access and Justice for All*, 39 CARDOZO L. REV. 611 (2017).

77 ראו יתם טולוב **תמיכה בקבלת החלטות – מודל שירות** (2016); וכן לדוגמה Nina A. Kohn, Jeremy A. Blumenthal & Amy T. Campbell, *Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship*, 117 PENN ST. L. REV. 1111 (2012).

78 ראו ג'ררד קוין "re-imagining personhood and public policy" (הרצאה ב-Killamey, 22.4.2013) www.fedvol.ie/_fileupload/Immersion/Presentations/1%20-%20Gerard%20Quinn.pdf וכן Gerard Quinn, *Personhood & Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD*, HARV. LAW SCHOO, CONCEPT PAPER Vol. 20 2010.

החלטות של מרבית האוכלוסייה, אשר חיזקו את הזכות של אנשים, ובהם אנשים עם מוגבלות, לקבל החלטות לא רציונליות,⁷⁹ פיתוח מדדי איכות חיים אשר שמים דגש בשמירת האוטונומיה והבחירה בחייו של האדם⁸⁰ והכרה בתלות הדדית כחלק מהחוויה האנושית אגב טשטוש ההבחנה בין עצמאות לתלות⁸¹ – כל אלה חיזקו את גישת הזכויות בקריאתה להכיר בכשרות המשפטית של כל אדם. מנגד, התגברות החשש מפני תביעות משפטיות על רקע רשלנות מקצועית,⁸² ההד התקשורת שניתן למקרים של ניצול כלכלי ולסיכון שאנשים עם מוגבלות נתונים בו והתגברות האמצעים הטכנולוגיים שמאפשרים פיקוח וניטור (מערכות מידע ממוחשבות, השימוש התכוף בהסכמי ויתור סודיות) – כל אלה הגבירו את החשש מפני ניצול ופגיעה והגבירו את הדרישה להתערבות המדינה במתן הגנה באמצעות הגבלת האדם והשמטו תחת אפוטרופסות.

2. שינויים חקיקתיים בעולם בעקבות קריאת התיגר על מוסד האפוטרופסות

כפי שצוין לעיל, כבר משנות השמונים והתשעים החלה במדינות רבות בעולם מגמה של בחינה מחדש של חוקי האפוטרופסות.⁸³ במדינות רבות נערכו שינויים במסלולים שונים:⁸⁴

במדינות כמו קנדה,⁸⁵ אנגליה ווילס,⁸⁶ אוסטרליה⁸⁷ ועוד פותחו כלי תכנון משפטיים כגון ייפוי כוח מתמשך, ייפוי כוח רפואי, הנחיות מקדימות, הסכמי ייצוג. כמו כן הונחו כללים לעניין מידתיות – בחירתו של האמצעי המגביל פחות (יש מדינות שפיתחו בהתאם לעקרונות אלה מינוי מגביל פחות ממינוי אפוטרופוס, כמו מנהל, עוזר אישי מנחה או מלווה), הגבלת משך המינוי, צמצום של תחום המינוי, הימנעות ממינוי אפוטרופוס כאשר אפשר להסתפק באמצעים מגבילים פחות. נוסף על כך נמצאו פתרונות חלופיים לאפוטרופסות – בדרך של הגנה מפני נזקים מבלי לשלול את הכשרות המשפטית.

- DAN ARIELY & SIMON JONES, THE UPSIDE OF IRRATIONALITY: THE UEXPECTED BENEFITS 79
OF DEFYING LOGIC AT WORK AND AT HOME (2010).
- Schalock & Luckasson, לעיל ה"ש 58. 80
- Watson et al., לעיל ה"ש 66. 81
- אחד החסמים למימוש כשרות משפטית הוא החשש שמעלים צדדים שלישיים (בנקים ורופאים למשל) מפני תביעות רשלנות על רקע התקשרות עם אנשים עם מוגבלות, דבר המוביל לא פעם לדרישה למינוי אפוטרופוס. 82
- ראו טולוב וקנטר "של מי החיים שלי?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 90–92. 83
- Israel Doron, *Elder Guardianship* בין משטרי אפוטרופסות שונים ראו *Kaleidoscope: A Comparative Legal Perspective*, 16 INT'L J. LAW POL'Y & FAM. 368 (2002). 84
- ראו למשל באונטריו S.O. 1992, c. 30. Substitute Decisions Act. 85
- Mental Capacity Act, 2005, c.9 (UK). 86
- Guardianship and Administration Act, 2000 ובניו סאות' וילד – Powers of Attorney Act, 2003. 87

”לא בטיפולי” – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס’ 18)

במדינות כגון קנדה,⁸⁸ שוודיה⁸⁹ ואירלנד⁹⁰ פותח גם המוסד של ”תמיכה בקבלת החלטות”, שעיקרו מתן מענה לאדם המתקשה לנהל את ענייניו באמצעות במיניו תומך, שיסייע לו בקבלת החלטות על בסיס רצונו של האדם, אך לא יחליף אותו בקבלת החלטות. כמו כן פותחו כלים פרוצדורליים שיבטיחו הליך הוגן – חובת נוכחות האדם בדיונים בענייניו, בחינה תקופתית, ייצוג משפטי, דרישות ביחס לחוות דעת המומחה בהליך ועוד.

ככלל, החוקים שנחקקו במהלך העשור האחרון נותנים מקום מרכזי לזכויותיו של האדם בהתאם למגמות שתוארו לעיל בנוגע ל”גל השלישי”. כך נקבע כי יש לאפשר לאדם, ככל האפשר, לקבל החלטות בעצמו בנוגע לגופו, לרכושו ולחיי (עקרון ה”הגדרה העצמית” – self determination), כי יש לאדם זכות לקבל את המידע הנוגע לענייניו תוך הנגשתו, כי יש לשמור על האוטונומיה של האדם וזכותו לקבל החלטות על חייו גם לאחר מינוי אפוטרופוס.⁹¹

גם כאן האמנה מסמלת יותר מכול את המעבר משיח טיפולי לשיח של זכויות ובמרבית המדינות הינה זרז לשינויי חקיקה.⁹² בין היתר, סעיף 12 לאמנה קובע כי:

(2) מדינות שהן צדדים מכירות בכך שאנשים עם מוגבלויות הינם בעלי כשרות משפטית שווה לזו של אחרים, בכל היבטי החיים.

- 88 באלברטה ראו Adult Guardianship and Trusteeship Act, S.A. 2008, c A-4.2; ביוקון ראו Decision Making, Support and Protection to Adults Act, 2003, c 21.
- 89 TOMMY BJORKMAN, CASE MANAGEMENT FOR INDIVIDUALS WITH SEVERE MENTAL ILLNESS – A PROCESS-OUTCOME STUDY OF TEN PILOT SERVICES IN SWEDEN (2000).
- 90 לקריאת החוק ראו TITHE AN OIREACHTAIS Assisted Decision-Making (capacity) Act 2015, HOUSES OF THE OIREACHTAS (DEC. 30, 2015), <https://www.oireachtas.ie/en/bills/bill/2013/83/>. לסקירה של שר המשפטים האירי על החוק החדש ראו *Speech by Minister for Justice, Equality & Defence at the Assisted Decision – Making (Capacity) Bill 2013: Consultation Symposium, Printworks Conference Centre, Dublin Castle, 25 September 2013*, DEPARTMENT OF JUSTICE AND EQUALITY (sep. 25, 2013) <http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/SP13000341>. להתייחסות לחוק החדש דרך פריזמת סעיף 12 לאמנה ראו <http://www.humanrights.ie/mental-health-law-and-disability-law/assisted-decision-making-capacity-bill-2013-finally-published/>.
- 91 ראו דברי ההסבר לתזכיר חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (יפוי כח מתמשך, הנחיות מקדימות והוראות שונות), התשע”ב–2012 <https://tinyurl.com/yajje99b> (להלן: דברי ההסבר לתזכיר החוק).
- בדברי ההסבר מובא גם העיקרון של ”טובת האדם” כעיקרון מנחה במודלים החדשים בחקיקה, אך יש עוררין על עיקרון זה, שבא פעמים רבות על חשבון רצונו של האדם, וראו להלן את הדיון שנערך בנושא גם במסגרת תיקון החוק.
- 92 ARLENE S. KANTER, THE DEVELOPMENT OF DISABILITY RIGHTS UNDER INTERNATIONAL LAW: FROM CHARITY TO HUMAN RIGHTS 236 (2015).

(3) מדינות שהן צדדים תנקוטנה אמצעים הולמים כדי להבטיח לאנשים עם מוגבלויות גישה לתמיכה שהם עשויים להזדקק לה, על מנת לממש את כשרותם המשפטית.

(4) מדינות שהן צדדים תבטחנה כי כל האמצעים הנוגעים למימוש הכשרות המשפטית יכללו הגנות הולמות ומועילות למניעת ניצול לרעה, בהתאם למשפט הבינלאומי של זכויות האדם. הגנות אלה תבטחנה כי אמצעים הנוגעים למימוש הכשרות המשפטית יכבדו את הזכויות של האדם, את רצונו ואת העדפותיו; יהיו נטולי ניגוד עניינים והשפעה בלתי הוגנת; יהיו מידתיים ומותאמים לנסיבותיו של האדם; יחולו לפרק זמן קצר ככל האפשר ויהיו כפופים לביקורת סדירה של רשות או גוף שיפוטי מוסמכים, עצמאיים וחסרי פניות. היקף ההגנות ייקבע באופן יחסי לדרגת ההשפעה של אמצעים אלה על זכויותיו וענייניו של האדם [...].

סעיף 12 קורא לרוויזיה כוללת בתחום האפוטרופסות – הכרה בכשרות המשפטית של כל אדם עם מוגבלות ככל אדם אחר בחברה וקריאה למעבר ממודל של קבלת החלטות חלופית (substitute decision making) למודל של תמיכות מגוונות, אשר תאפשרנה לאדם לקבל החלטות על חייו (supported decision making).⁹³

לסיכום הדברים עד כה, סעיף 12 לאמנה והדיון הער ברחבי העולם בדבר הצורך ברפורמות מקיפות בתחום האפוטרופסות בשנים האחרונות הם ביטוי נוסף לעלייתה של גישת הזכויות ולאופן שבו היא מאתגרת את גישת הטיפול כלפי אנשים עם מוגבלות. על רקע המגמות האלה מעניין לבחון את הרפורמה שהתרחשה בשנת 2016 בחוק הישראלי, שנבעה בעיקר מהשפעת האמנה, הן בהיבט התוכן והן בהיבט התהליך. טענתנו היא כי בשני ההיבטים האלו הרפורמה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מסמנת נקודת ציון חשובה במתח שבין שיח טיפולי לשיח של זכויות. בפרק הבא נסקור את המצב החוקי בישראל קודם לשינוי החוק ונרחיב בדבר התיקון לחוק הישראלי. לאחר מכן נבקש לנתח את תיקון החוק, הן במהות והן בתהליך, נוכח המתח שתואר בין השיח הטיפולי לשיח הזכויות.

ג. הרפורמה בחוק הישראלי

1. החוק הישראלי טרם תיקונו

93 יצוין כי חרף לשון ס' 12 לאמנה ובניגוד לפרשנות הרשמית של האו"ם לסעיף זה, הקוראת לביטול מוסד האפוטרופסות, הפרשנות של מדינת ישראל היא שהאמנה מתירה את המשך השימוש במוסד האפוטרופסות, אך יש להגביל את השימוש בכלי זה ככל האפשר.

”לא בטיפולי” – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (תיקון מס' 18)

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ”ב–1962 (להלן – החוק) הוא חוק מיושן, שלא עבר שינוי של ממש במשך יותר מ-50 שנה, משנות השישים של המאה הקודמת ועד תיקון החוק בשנת 2016. לא בכדי חוק הכשרות המשפטית הישראלי נחשב לאחד החוקים המיושנים בעולם המערבי, בעוד במרבית המדינות המערביות נערכו שינויים מהותיים בהסדרי האפוטרופוסות כבר לפני שנים רבות.⁹⁴

החוק עוסק בכשרותם של קטינים ובגירים לפעולות משפטיות. חלקו הראשון של החוק, שעניינו כשרות משפטית, קובע כי כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם כשרותו נשללה או הוגבלה בחוק או בפסק דין של בית המשפט. הפרק השני של החוק עוסק בקטינים ומסדיר את אפוטרופוסותם של הוריהם. הפרק השלישי של החוק מסדיר את מוסד האפוטרופוסות לבגירים ואת הליך מינויו של אפוטרופוס על ידי בית המשפט.

הוראות החוק טרם תיקונו מבטאות גישה טיפולית בנוגע למינוי אפוטרופוס, כלומר גישה פרטנית, השמה את הדגש באדם ולא בחסמים החברתיים, ראיית האדם דרך פריזמת הטיפול ותיוג וסימון של האדם כחלק מהליך הטיפול. כך למשל, ההגדרה של אדם אשר יש למנות לו אפוטרופוס אינה ”היעדר כשירות”, כפי שניתן היה לצפות, אלא אדם שנקבע כי אינו יכול לדאוג לענייניו. גם סעיף 43 לחוק (שנמחק במסגרת התיקון) כלל את החובה של האדם לציית להוראות האפוטרופוס שמונה לו, הוראה ללא נפקות מעשית, המבטאת יותר מכול גישה פטרונית כלפי אנשים שמונה להם אפוטרופוס. היכולת להכריז על אדם ”פסול דין” בסעיף 8 לחוק (אפשרות אשר נותרה בחוק גם לאחר התיקון) משמשת גם היא ככלי לסימון האדם.⁹⁵

ארכאיותו של החוק באה לידי ביטוי גם בהוראות שהיו חסרות בו, כגון: הבניית שיקול הדעת של בית המשפט במינוי אפוטרופוס,⁹⁶ ראיות הנדרשות להוכחה שאדם אינו מסוגל לדאוג לענייניו לרבות התוויות תעודות מומחים שנעשה בהן שימוש בהליך המינוי,⁹⁷ עקרונות מנחים לפעולותיו של האפוטרופוס וקביעת אמות מידה לפיקוח על

94 מיכל בראל, ישראל (איסי) דורון ורוני סטריאר ”אפוטרופוסות – סקירה ביקורתית” **ביטחון סוציאלי** 64, 55, 96 (2015); טולוב וקנטר ”של מי החיים שלי?”, לעיל ה”ש 4.

95 ס’ 8 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות קובע כך: ”אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לעניינים, רשאי בית המשפט, לבקשת בן-זוגו או קרובו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, ולאחר ששמע את האדם או נציגו, להכריזו פסול-דין”. המונח ”פסול דין” מופיע בעשרות דברי חקיקה, ראו למשל: ס’ 10(א) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ”ה–1995, ס”ח 1539, הקובע כי רשות רשאית לבטל רישיון, בין היתר, אם בעל הרישיון הוכרז כפסול דין, וכן ס’ 17(א) לחוק הגז (בטיחות ורישוי), התשמ”ט–1989, ס”ח 1286. ראו גם ס’ 227(א) לחוק החברות, התשנ”ט–1999, ס”ח 1711 וכיו”ב. להרחבה בנושא ראו גם יצחק אנגלרד **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ”ב–1962**, ס’ 1–13 (מסדרת **פירוש לחוקי החוזים מיסודו של גר טדסקי**, מהדורה שנייה, התשנ”ה).

96 פרט לקביעה, שנכנסה כתיקון לחוק בשנת 2004, במסגרת ס’ 35(א), שלפיה בית המשפט ימנה כאפוטרופוס מי שנראה לו מתאים ביותר לטובת האדם שמונה לו אפוטרופוס.

97 ראו בראל, דורון וסטריאר, לעיל ה”ש 94.

האפוטרופוס⁹⁸, היעדר חלופות לאפוטרופוסות, היעדר הוראות המגבילות למינימום הנדרש את עצם מינוי האפוטרופוס ואת סמכותו של האפוטרופוס להחליט החלטה בניגוד לרצון האדם. למותר לציין כי החוק – טרם תיקונו – נעדר כל הוראה בדבר התאמות נדרשות לאנשים עם מוגבלות או זקנים, שהם קבוצות האוכלוסייה העיקריות שהחוק מתייחס אליהן.

את מקום ההוראות המהותיות החסרות בחוק תפסה הפרקטיקה הנוהגת אשר במהלך השנים התוותה את הליך מינוי האפוטרופוס ודרכי פעולתו. פרקטיקה זו שמה דגש ניכר בהיבט הטיפולי והתעלמה מההיבט של שלילת הזכויות הנלוות למינוי אפוטרופוס. כך, ניתן מקום מכריע לתעודות הרפואיות ולתסקירים של עובדים סוציאליים לסדרי דין, אשר בוחנים את טובתו של האדם. האדם נעדר לחלוטין ממרבית ההליכים, וההתייחסות אליו אינה כאל בעל דין אלא כאל מושא הדיון, אשר לכל היותר יש לשמוע את עמדתו בטרם תתקבל החלטה בעניינו, אך גם זה קרה בפועל במיעוט המקרים. בהיעדר הגבלה בחוק, בתי המשפט נהגו לצוות על מינוי בלתי מוגבל בזמן ובהיקף גם במקרים שבהם אין צורך במינוי כזה. מנגד יש להזכיר כי בתי המשפט מיעטו, בהדרגה, בהכרזה על אנשים כפסולי דין, בשל המשמעות מרחיקת הלכת של הכרזה כזו, השוללת את הכשרות המשפטית מכול וכול, ובפועל הם ממנים אפוטרופוס לאדם מבלי להכריז עליו כפסול דין. לא בכדי, לעומת אלפי הליכים (לסוגיהם) למינוי אפוטרופוס המתנהלים מדי שנה, יש הכרזות בודדות בלבד על אנשים כפסולי דין.

יצוין כי הוראותיו המיושנות של החוק והיעדרן של הוראות מהותיות עומדים ביחס הפוך להיקף התופעה של מינוי אפוטרופוסים בישראל. הלכה למעשה מתמנים מדי שנה אלפי אפוטרופוסים לאנשים זקנים ולאנשים עם מוגבלויות שונות בעילה שהם אינם יכולים לדאוג לענייניהם, כקבוע בסעיף 33(4) לחוק. כמות תיקי האפוטרופוסות הרשומים כפעילים ונתונים לפיקוח האפוטרופוס הכללי עולה אף היא בשיעור לא פרופורציונלי משנה לשנה בשני העשורים האחרונים: בשנת 1997 היו 21,000 אנשים שמונו להם אפוטרופוסים מתוך אוכלוסייה של 5.9 מיליון תושבים; בסוף שנת 2009 היו בישראל 37,000 אנשים שמונו להם אפוטרופוסים מתוך אוכלוסייה של 7.5 מיליון תושבים; בשנת 2014 היו 40,000 אנשים שמונו להם אפוטרופוסים מתוך אוכלוסייה של 8.3 מיליון תושבים; בשנת 2016 חלה עלייה דרמטית: שיעור התיקים הפעילים על כ-56,000 תיקים

98 גם מבקר המדינה קרא למחוקק לערוך שינויים החוק הכשרות, בהיבט של הפיקוח על האפוטרופוסים. מבקר המדינה ציין בדוחות כי הפיקוח הקיים אינו מספיק וכי רק פיקוח פעיל ואפקטיבי של המדינה יבטיח את שלומם של האנשים שמונו להם אפוטרופוסים והשמירה עליהם ועל רכושם. מבקר המדינה קרא למחוקק לבצע תיקוני חקיקה שיאפשרו פיקוח נאות ובזמן אמת על האפוטרופוסים הן על תחום הרכוש והן על עניינים אישיים (באמצעות הרחבת סמכותם של המפקחים גם לכניסה לבתי מגורים ולקבלת מידע על נכסי האנשים שמונו להם אפוטרופוסים מלשכות מקרקעין וממוסדות כספיים) וכן על אפוטרופוסים מרובי חסויים. ראו מבקר המדינה, דוח שנתי 2004) 2004; וכן מבקר המדינה, דוח שנתי 62 850–851 (2012).

"לא בטיפול" – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (תיקון מס' 18)

מתוך אוכלוסייה של 8.6 מיליון תושבים (גידול של 100% ב-13 שנה).⁹⁹ לא בכדי ישראל נתפסת, במידה רבה של צדק, כמדינה שבה מספר האפוטרופוסים גדול מאוד ביחס למספרם במדינות אחרות.¹⁰⁰

2. הביקורות על החוק והליך תיקונו על רקע המעבר משיח טיפולי לשיח של זכויות

על רקע הנעשה בעולם בתחום, בשני העשורים האחרונים, נמתחה ביקורת נוקבת על מוסד האפוטרופוסות בכלל ועל המצב החוקי בישראל בפרט.¹⁰¹ לצד הביקורת המהותית על המוסד ועל היעדר אפשרויות מגבילות פחות מאפוטרופוסות, נשמעה גם ביקורת על אופן פעולתו של המוסד – הדרת האדם מהליך המינוי, היעדר עקרונות במינוי אפוטרופוסות, מידת השימוש בו וכיוצא באלה.¹⁰² גם בישראל נשמעה ביקורת על אופן הפעלתו של מוסד האפוטרופוסות. הגישה שראתה באפוטרופוסות כלי טיפולי בעיקרו, שנלווית לו הגבלה מסוימת של האדם, נאלצה להתמודד עם ביקורת שראתה באפוטרופוסות בראש ובראשונה כלי השולל זכויות אדם.

בתי המשפט, בייחוד לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היו הראשונים שהמשיגו את השימוש באפוטרופוסות כשלילה של זכויות יסוד. מאוחר יותר היה אפשר לראות שימוש בכלים יצירתיים שנועדו לצמצם את הפגיעה באוטונומיה של האדם.¹⁰³ בבע"מ 815/05 פלונית נגד היועמ"ש (פורסם בנבו, 30.11.2005) נקבע על ידי השופט שפירא כי יש להגביל את השימוש במוסד האפוטרופוסות ככל האפשר:

מאחר ויש מי שמוכן לטפל בנכסיה של המערערת (בנה) הרי שלא מתקיימים התנאים למינוי אפוטרופוס, על פי סעיף 33(א)(4). בנוסף, אף אם היו מתקיימים התנאים, אזי מינוי אפוטרופוס אשר ישלול בנכסיה של המערערת באופן קבוע, אינו הפיתרון הראוי המאזן בין זכויותיה החוקתיות ובין הרצון להגן על נכסיה בעיתות בהן היא נדרשת להגנה זו

99 הנתונים נמסרו מאגף הפיקוח של האפוטרופוס הכללי במשרד המשפטים (תכתובת מייל מיום 7.9.2006).

100 בראל, דורון וסטריאר, לעיל ה"ש 94, בעמ' 64; סוגיות במינוי אפוטרופוס לבגיר – סקירה משווה (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2011).

101 לסקירות ביקורתיות על מוסד האפוטרופוסות בישראל בכל הנוגע ליישומן על אזרחים ותיקים ראו ישראל דורון "הבלתי נראים: הזקנים בצל אפוטרופוסות משפטיות" הדרה חברתית וזכויות אדם בישראל 205–232 (יאיר רונן, ישראל דורון וורד סלונים-נבו עורכים, 2008); וכן ראו ישראל דורון וכרמית שי "גילנות, הזנחה והפקרה: על הצורך במדיניות חברתית אלטרנטיבית בתחום הזיקנה" מדינה מפקירה מדינה משגיחה: מדיניות חברתית בישראל 249–270 (ח' כץ וא' צפדיה עורכים, 2010); וכן וקסמן, לעיל ה"ש 75.

102 טולוב וקנטר "של מי החיים שלי?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 87–88.

103 ראו לדוגמה את פסקי הדין של בית המשפט העליון המובאים שם, בעמ' 94–95.

[...] אף העדפת בן מאיים על אחר, הינה תופעה נפוצה, ועדיין אין הדבר מצדיק מינוי אפוטרופוס לכל אדם מזדקן. במקרה דנן, לא מדובר באדם עתיר נכסים, כמפורט לעיל, ולפיכך, מינוי אפוטרופוס למערכת אינו מידתי. יחד עם זאת, ביטול המינוי יהיה בכפוף להגבלות המוסכמות אף על המערכת [...].

בה בעת, ובר בבר עם הליכי החקיקה, פיתחו בתי משפט לענייני משפחה בשנים האחרונות, ובהשפעת האמנה, מודלים חלופיים לאפוטרופוסות, בעיקר באמצעות מינוי תומך בקבלת החלטות כחלופה לאפוטרופוס.¹⁰⁴

התיקון לחוק היה פרי יוזמתה של מחלקת ייעוץ וחקיקה (ציבורי-חוקתי), במשרד המשפטים אשר רתמה אליה שותפים מבית ומחוץ על מנת להביא לרפורמה שנעשתה. השינויים בתפיסות החברתיות בארץ ובעולם, הן בנוגע לאנשים עם מוגבלויות והן בנוגע לאנשים בגיל זקנה, אשרור אמנת האו"ם על ידי מדינת ישראל וכן העלייה בתוחלת החיים בישראל, כל אלה הביאו לחשיבה במשרד המשפטים בדבר הצורך לפעול לשינוי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, וזאת – כלשון דברי ההסבר לתזכיר החוק – כדי "להביא לידי ביטוי את הגישה החדשה ואת העקרונות העומדים ביסודה, אל תוך חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות ובכך לחזק את מעמדם של חסויים במדינת ישראל, ואת שמירת כבודם וזכויותיהם".¹⁰⁵ ואכן, לאחר עבודה מאומצת שכללה, בין היתר, מחקר משווה רחב היקף והתייעצות עם ארגונים חברתיים, הפיץ משרד המשפטים בשנת 2012 את תזכיר חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (יפוי כוח מתמשך, הנחיות מקדימות והוראות שונות), התשע"ב–2012, וכעבור כשנתיים, ביום 27.10.2014, התפרסמה ברשומות הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (תיקון מס' 19), התשע"ה–2014.

את העבודה, החל מגיבוש תזכיר החוק דרך הליווי שלו בוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת וכלה בחקיקתו, הובילה מחלקת ייעוץ וחקיקה (ציבורי-חוקתי) במשרד המשפטים¹⁰⁶ בשיתוף פעולה עם משרדי ממשלה רלוונטיים – משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים ומשרד הבריאות, וכן עם גופים ממשלתיים – האפוטרופוס הכללי, הנהלת בתי המשפט ונציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, יחד עם ארגונים העוסקים בזכויות של אנשים עם מוגבלויות וזכויות זקנים, וכן עם תאגידי אפוטרופוסות.

104 החלטת השופטת אספרנצה אלון בא"פ (משפחה חי') 43640-01-15 פלוגית נ' האפוטרופוס הכללי מחוז חיפה והצפון (לא פורסם, 8.4.2015); ראו גם מיטל סגל רייך ומיכאל (מיקי) שינדלר "אפקט הפרפר: מפרקטיקה של אפוטרופוסות בזקנה אל קבלת החלטות נתמכת באמצעות עריכת דין לשינוי חברתי" מעשי משפט ו 129 (2015).

105 דברי ההסבר לתזכיר החוק, לעיל ה"ש 91.

106 את העבודה על תזכיר החוק עד לגיבוש החוק הובילה עו"ד מוריה כהן (בקשי), כיום ראש אשכול ילדים, משפחה ומערכות שיפוט דתיות במחלקת ייעוץ וחקיקה (ציבורי-חוקתי) במשרד המשפטים.

”לא בטיפול“ – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 18)

במסגרת זו הופצו טיוטות מוקדמות של תזכיר החוק לגורמים שונים ואף נערכו ”שולחנות עגולים“ בהשתתפותם של הארגונים העוסקים בתחום.¹⁰⁷ שחקן מרכזי נוסף בשיח סביב התזכיר, ולאחר מכן סביב הדיון בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, היה ”הקואליציה לקידום כשרות משפטית“, שעליה נרחיב את הדיבור בהמשך המאמר, וארגונים אזרחיים נוספים שלא היו חלק מהקואליציה. למותר לציין כי הגופים המוזכרים לקחו חלק פעיל מאוד בהליך החקיקה, במיוחד במסגרת הדיונים בהצעת החוק. מצידם של הארגונים האזרחיים לקחו חלק פעיל אנשים עם מוגבלות ונציגים בכירים של הארגונים עצמם. מצידה של הממשלה לקחו חלק נציגי המשרדים והגופים הממשלתיים, שכללו, נוסף על נציגי ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, גם את הייעוץ המשפטי של משרד הרווחה ומשרד הבריאות, וכן גורמי מקצוע, כגון העובדת הסוציאלית הראשית לסדרי דין במשרד הרווחה. כמו כן לקחו חלק פעיל בדיונים מנהלת היחידה הארצית לפיקוח על אפוטרופוסים באפוטרופוס הכללי ומנהלי עיזבון ומנהלת תחום שילוב בקהילה בנציבות לשוויון אנשים עם מוגבלות. גם הסיוע המשפטי היה גורם מרכזי במסגרת הדיונים בוועדה, ואף על פי שהוא חלק ממשרד המשפטים, הוא אִתגר את הממשלה בכמה סוגיות ליבה מהותיות. מקום מרכזי בדיונים תפסה היועצת המשפטית מטעם ועדת חוקה חוק ומשפט, שהפגינה מחויבות עמוקה לקידום החוק והייתה מעורבת מאוד בכל פרט בהליך החקיקה וכן בניהולם של השולחנות העגולים שהתקיימו בין הדיונים בנוגע לסוגיות ליבה שבגינן התגלעו מחלוקות עקרוניות בין הממשלה ובין הארגונים האזרחיים. כל זאת נעשה בניצוחו של יו”ר הוועדה, ח”כ ניסן סלומינסקי, שגילה מחויבות לנושא ודאג לקדמו במהירות רבה.

3. החידושים העיקריים של החוק לאחר תיקונו

דברי ההסבר להצעת החוק מבטאים באופן ברור את הקו המנחה של הצעת החוק:

הנחת היסוד של הצעת החוק היא כי לא בכל מקרה יש צורך בהתערבות שיפוטית ובפיקוח ישיר בנוגע לפעולותיהם ולמצבם של אנשים שאינם מסוגלים לדאוג לענייניהם בעצמם, עם כל הבירוקרטיה הכרוכה בהתערבות ופיקוח אלה והחדירה לאוטונומיה האישית והמשפחתית.¹⁰⁸

ואכן, הצעת החוק, ובעקבותיה החוק שאושר, כוללים הסדרים חלופיים למוסד האפוטרופסות, שרכיב הפיקוח עליהם והתערבות בית המשפט ביישומם מצטמצם עד

107 המידע הובא לידיעת המחברים מגורמים במחלקת ייעוץ וחקיקה שהובילו את ההליך.
108 הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 19), התשע”ה-2014, ה”ח הממשלה 890.

מאוד, וביניהם, בין השאר: ייפוי כוח מתמשך, הנחיות מקדימות ומסמך הבעת רצון, שעליהם נרחיב דברים להלן. כמו כן תוקן הפרק המסדיר מינוי אפוטרופוס על ידי בית המשפט, בין היתר, בעניינים הבאים: באופן שבו יפורטו השיקולים שעל בית המשפט לשקול בעת מינוי אפוטרופוס; קביעה שעל בית המשפט לשקול אילו עניינים יהיו תחת מינוי של אפוטרופוס; עיגון עקרונות מנחים שעל פיהם יהיה חייב אפוטרופוס לפעול, לרבות שמירה על כבוד האדם ופרטיותו; התנהלות בדרך שתאפשר לאדם לממש את יכולותיו ולשמור על מרב העצמאות; חובתו לשמוע את דעתו של האדם בטרם קבלת החלטה. בה בעת, ובעקבות דוח מבקר המדינה, הוסדרו מינוייהם וסמכויותיהם של מפקחים במשרד האפוטרופוס הכללי, אשר יפקחו על אפוטרופוסים, יסמיכו אותם לדרוש מידע מגופים שונים ויבצעו ביקורת גם באמצעות כניסה לחצרים (ולא רק בדרך של דרישת דוחות ובדיקתם, שהייתה דרך המלך לבקרה ולפיקוח עד אז).

שינויים נוספים בחוק, העולים בקנה אחד עם המגמות השמות את האדם שמונה לו אפוטרופוס במרכז, הם: הגדרת זכויות לאנשים שמונה להם אפוטרופוס (זכות לקבל מידע ולהשתתף בקבלת החלטות, זכות לעצמאות, זכות לפרטיות ועוד); זכות ייצוג (אומנם חלקית) של אדם שמונה לו אפוטרופוס על ידי הסיוע המשפטי במקרים של התנגדות להחלטות רפואיות; ביטול האפשרות למנות אפוטרופוס לכלל העניינים, ללא פירוט העניינים הנתונים לסמכותו; ביטול המונח "חסוי" בחקיקה, הנתפס כמתייג וצובע את כל זהותו של האדם שמונה לו אפוטרופוס, והחלפתו במונח "אדם שמונה לו אפוטרופוס"; ביטול חובת הציות של האדם לאפוטרופוס וכן באמצעות קביעת חיובים ודרכי פעולה של האפוטרופוס והגדרת רצון האדם כעיקרון מנחה בחוק, דבר הבא לידי ביטוי, בין השאר, במסגרת שיקול הדעת שעל פיו על האפוטרופוס לפעול.

שינוי דרמטי בחוק הוא להשקפתנו בהליך מינוי האפוטרופוס, ובמיוחד בסעיף 33א לחוק, שמחיל הלכה למעשה שני עקרונות יסודיים שנעשה בהם שימוש רחב בעולם בהליך מינוי אפוטרופוס: "עקרון הצורך" ו"עקרון האמצעי המגביל פחות". לפי עקרון הצורך, אין למנות אפוטרופוס לאדם אלא אם כן יש צורך אמיתי בכך, ואכן סעיף 33א(א) קובע כי אין למנות אדם אפוטרופוס אלא אם כן התקיימו כל התנאים המנויים בסעיף, שהם: (1) בלא מינוי עלולים להיפגע זכויות, אינטרסים או צרכים של האדם; (2) לא הופקד בעניינו של האדם ייפוי כוח מתמשך; (3) לא ניתן להשיג את המטרה שלשמה נדרש המינוי ולשמור על טובתו של האדם בדרך המגבילה פחות, וזאת לאחר שבית המשפט בחן את החלופות האחרות בנסיבות העניין, לרבות מינוי של תומך בקבלת החלטות. התנאי השלישי מבטא גם את עקרון האמצעי המגביל פחות, בכך שהוא מחייב את בית המשפט לבחון חלופות לאפוטרופוס לפני המינוי. עקרון האמצעי המגביל פחות חל גם בהקשר של צו המינוי, כאשר בית המשפט מחויב לפרט בהחלטתו מהם העניינים שיימסרו לאפוטרופוס, לפי הרשימה המנויה בחוק (עניינים רפואיים, אישיים, רכושיים או ענייני מסוים), וכן בהקשר של החובה החלה על בית המשפט לצמצם ככל האפשר את

”לא בטיפולי“ – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (תיקון מס' 18)

העניינים שיימסרו לאפוטרופוס שמונה ”אם ניתן להשיג את המטרה שלשמה מונה האפוטרופוס ולשמור על טובתו של האדם בלי לקבוע עניינים נוספים“ (סעיף 33א(ה)) וכן לשקול את צמצום תקופת המינוי אם ניתן להשיג את אותה המטרה במינוי לתקופה מוגבלת (סעיף 33א(ו)).

עם זאת, החידוש המרכזי בתיקון לחוק הוא עיגונם של כלים חלופיים לאפוטרופוסות במסגרת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, שעליהם נרחיב דברים להלן. הכלי של ”יפוי כוח מתמשך“ מאפשר לאדם לתכנן את עתידו ולמנות, באמצעותו, מיופה כוח אשר יהיה מוסמך לפעול ולהחליט בענייניו של הממנה ולייצגו בקשר אליהם, אם הממנה יגיע למצב שבו לא יהיה מסוגל לקבל החלטות בעצמו בשל מצבו הנפשי או השכלי.¹⁰⁹ מוסד משפטי זה מעמיד את רצון האדם במרכז ומאפשר לו לבחור את נציגו מראש, דבר שככלל ייתר את הצורך במינוי אפוטרופוס. ההסדר שבחוק כולל גם אפשרות לחתום על הנחיות מקדימות, שבהן הממנה מנחה את מיופה הכוח כיצד לפעול בנוגע לענייניו האישיים, הרכושיים או הרפואיים, אם יגיע בהמשך חייו למצב של חוסר כשירות. החוק קובע מי רשאי להתמנות כמיופה כוח, סמכויותיו וחובותיו, דרכי פעולתו וקבלת החלטות. כמו כן, החוק מסדיר מנגנון לבידור תלונות ולהתערבות בית המשפט במקרה הצורך. החוק מאפשר גם חלופת ביניים שבה אדם מעוניין שימונה לו אפוטרופוס (עם כל הפיקוח ומעורבות בית המשפט החלים על מינוי כזה), אך הוא רוצה להביע את רצונו מראש באשר לזהותו של האפוטרופוס ולתת הנחיות לפעולתו.

כלי חלופי נוסף, ”קבלת החלטות נתמכת“, זכה לעיגון חקיקתי בתיקון לחוק הגם שלא נכלל במסגרת התזכיר והצעת החוק. כפי שהראינו, כלי זה נהוג כבר במדינות מספר בעולם, ועיקרו במינוי של תומך לאדם המצוי במצב שבו הוא מתקשה לקבל החלטות על ענייניו אך עדיין מסוגל לעשות זאת עם סיוע. הפקידו של התומך לסייע לאדם בתהליך קבלת החלטות כאמור מבלי שיקבל את ההחלטות במקומו. החוק מגדיר את תפקידיו של התומך ואת סמכויותיו, לרבות סיוע בקבלת מידע, הבנתו, הבאת החלופות העומדות בפני האדם וסיוע במימוש ההחלטה גם כלפי צדדים שלישיים. המתווה החקיקתי, שעליו סוכם לאחר דיונים רבים, היה הענקת מסגרת חקיקתית להסדר אשר יושלם עם התקנת תקנות בנושא במסגרת סעיף 67ב לחוק. סעיף 67ב(ו) מסמיך את שר המשפטים (בהסכמת שר האוצר ושר הרווחה ושירותים חברתיים) להתקין תקנות שישלימו את ההסדר של תומך בקבלת החלטות, ובין היתר בעניינים הבאים: מי רשאי להתמנות כתומך בקבלת החלטות, איזו הכשרה נדרשת, מהן חובותיו ואחריותו של התומך, מועד סיום התמיכה ואופן ההתקשרות לצורך תמיכה בקבלת החלטות. כאמור, לצורך התקנת התקנות יצאו לדרך

109 יפוי כוח מתמשכים היו קיימים גם לפני התיקון לחוק, אבל בהקשר הרפואי בלבד והשימוש בהם היה מועט ומוגבל. למחקר אשר סקר כלים אלה ומיעוט השימוש היחסי בהם ראו ישראל דורון ועידו גל ”מניעה ותכנון משפטי בזיקנה“ המשפט ט 427 (2004).

שתי תוכניות הרצה ("פיילוטים"), של משרד המשפטים ושל משרד הרווחה, שמטרתן להלמד מהליך המינוי של תומכי החלטות על ידי בית המשפט על מנת לבחון את ההסדר הראוי להפעלתו.

נוסף על כך, החוק כולל גם אפשרות למתן הנחיות מקדימות לאפטרופוס, שבאמצעותן יוכל אדם לבקש מינוי של אדם מסוים או תאגיד כאפטרופוס בידי בית המשפט, והאפטרופוס יוסמך לפעול בענייניו ולפי הנחיותיו אם וכאשר לא יהיה מסוגל לעשות כן בעצמו. מסמך זה יכול לכלול הנחיות מקדימות שיינתנו ביחס לאפטרופוס שמינויו מתבקש או ביחס לכל אפטרופוס שימונה לאותו אדם. מסמך נוסף שהתווסף במסגרת התיקון לחוק הוא מסמך הבעת רצון, המאפשר להורה המשמש אפטרופוס לקרובו שהוא ילד או לבגיר, לרבות אפטרופוס למעשה,¹¹⁰ להביע את רצונו בנוגע לאדם שהוא מבקש כי ימונה כאפטרופוס לילדו או לקרובו שכאמור הוא משמש לו כאפטרופוס, אם הוא עצמו לא יהיה כשיר ומסוגל לדאוג להם ולא יוכל למלא עוד את התפקיד. מסמכים אלה יובאו בפני בית המשפט בהליך למינוי אפטרופוס לאדם ויינתן להם משקל רב, גם אם לא מכריע.

לסיכום, חוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות, לאחר תיקונו, מבשר שינוי מגמה וניכר כי הוא שואף להידמות לנעשה בעולם לאחר הגל השלישי ביחס למוסד האפטרופוסות. התיקון לחוק גם הולך יד ביד עם המגמות של החוקים מעבר לים שנסקרו לעיל, והוא כולל עקרונות המבטאים את מרכזיותו של האדם שמונה לו אפטרופוס והשמירה על רצונותיו ועל האוטונומיה שלו. ואולם, מעבר לשינוי המהותי שבחוק, כפי שנראה בפרק הבא, התיקון לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות היה נקודת ציון חשובה במאבק שבין הגישה הטיפולית לגישת הזכויות כלפי אנשים עם מוגבלות, הן בתהליך החקיקה והן בתוכנו.

ד. התיקון לחוק כהדגמה למעבר משיח טיפולי לשיח זכויות

1. ההיבט התהליכי

כפי שתוארו לעיל, על השאלה "מי המומחה הרלוונטי לקבל החלטה בנוגע לאנשים עם מוגבלות" משיבה כל גישה חשובה אחרת. הגישה הטיפולית רואה באנשי המקצוע בני-סמך מובילים ואת האדם לכל היותר כגורם אשר יש לשמוע את עמדתו ורצונו ולהתחשב בה בטרם תתקבל החלטה בענייניו על דרך הטיפול המתאימה עבורו. גישת הזכויות, לעומת זאת, שמה דגש בזכות של האדם עצמו לקבוע את גורלו, בבחינת "שום

¹¹⁰ אפטרופוס למעשה מוגדר בס' 67 לחוק "כמי שפועל כאפטרופוס, חובותיו ואחריותו כלפי אדם שמונה לו אפטרופוס או שבת המשפט היה רשאי למנות לו אפטרופוס יהיו לפי הוראות פרק זה, אף אם לא נתמנה כלל או שהיה פגם במינויו או שהתפטר או פוטר או שפקעה אפטרופוסותו".

"לא בטיפולי" – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 18)

דבר עלינו בלעדינו". ההבדל בין הגישות משפיע לא רק על דרך קבלת ההחלטות בענייניו של אדם ספציפי, אלא על האופן שבו צריכה להיקבע מדיניות בנוגע לאנשים עם מוגבלות ועל מקומם של אנשים עם מוגבלות בהליכי מדיניות בעניינם. החקיקה המרכזית בנוגע לאנשים עם מוגבלויות בעולם ובישראל נקבעה לאורך השנים על ידי אנשי מקצוע, פקידות ציבורית ובני משפחה. תנועות המחאה של אנשים עם מוגבלות, שצמחו ברחבי העולם משנות השישים ואילך, דרשו שינוי לא רק בתוכן המדיניות אלא גם באופן קביעתה. אמנת האו"ם הייתה ועודנה אחת הדוגמאות הבולטות ביותר לתהליך שנוהל באופן רשמי על ידי נציגי המדינות, אך בפועל, מתחילתו ועד סופו, הונהג בראש ובראשונה על ידי אנשים עם כל סוגי המוגבלויות, מרחבי העולם.¹¹¹ קבוצות של אנשים עם מוגבלות נפשית היו דומיננטיות בדיונים על כשרות משפטית ועל אשפוז פסיכיאטרי, קבוצות של אנשים עם מוגבלות שכלית שזכו להנגשה מלאה של הדיונים היו מעורבים בדיונים על הכללה ועל חיים בקהילה, וכך גם יתר המוגבלויות. פעילי זכויות למען אנשים עם מוגבלות ופעילים עם מוגבלות שהיו מעורבים בניסוח האמנה בין השנים 2001 ל-2006 חזרו למדינותיהם והובילו הליכי חקיקה משמעותיים,¹¹² כך למשל, הרפורמה בחוק האפוטרופסות בהודו מובלת על ידי קבוצות פעילים של אנשים עם מוגבלות מרחבי המדינה,¹¹³ בארצות הברית הובל התיקון לחוק בטקסס על ידי פעילי הקהילה האוטיסטית, בקנדה הובילו פעילים עם מוגבלות שכלית את המאבק נגד מדיניות העיקור במדינה,¹¹⁴ באירלנד קואליציה שכללה נציגות אקדמית לצד פעילים עם כל סוגי המוגבלות הובילו ניסוח של חוק כשרות משפטית חדש.¹¹⁵

בישראל מקומם של אנשים עם מוגבלות בקביעת מדיניות הינו מורכב.¹¹⁶ חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות היה נקודת ציון חשובה, אשר אפשרה מקום מרכזי יותר לאנשים עם מוגבלות בקידום חקיקה ובהפעלת לחץ על קובעי מדיניות, אולם חוק זה הינו

- Gerard Quinn, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics of Disability*, TEX. J. ON C.L. & C.R. 15, 33 (2009) 111
- Arlene S. Kanter & Yotam Tolub, *The Fight for Personhood, Legal Capacity, and Equal Recognition under Law for People with Disabilities in Israel and beyond*, 39 CARDOZO L. REV. 557, 593–606 (2017) 112
- Amita Dhanda, *אחת הפעילות הבולטות בהודו היא אמיטה דהנדה. ראו כתיבתה בנושא: Universal Legal Capacity as a Universal Human Right*, MENTAL HEALTH AND HUMAN RIGHTS: VISION, PRAXIS, AND COURAGE 177 (2012) 113
- The Right to Make Choices: New Resource on Supported Decision-Making, ASAN (feb. 1, 2016) <https://autisticadvocacy.org/2016/02/the-right-to-make-choices-new-resource-on-supported-decision-making> 114
- Flynn Eilionóir & Anna Arstein-Kerslake, *The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction or Fantasy*, 32 BERKELEY J. INT'L L., 124 (2014) 115
- לדיון עקרוני בנוגע לשיתוף הציבור בהליך חקיקה (בהקשרו של חוק אוויר נקי, תשס"ח–2008, ס"ח 2174) ראו גלית עופר ואורן פרו "שיתוף הציבור בחוק אוויר נקי: מציאות, חזון או פיקציה" **חוקים ז** 131 (2005).

החריג לכלל. ככלל, הייצוג של ארגוני הורים או ארגוני זכויות אדם היה לרוב דומיננטי יותר מאשר נציגות של ארגוני סגור עצמי או אנשים עם מוגבלות, והנציגות הבולטת של אנשים עם מוגבלות, כשהייתה כזו, היא לרוב של אנשים עם מוגבלות פיזית או חושית.¹¹⁷ תיקון 18 לחוק הכשרות המשפטית היה משמעותי בהקשר הזה הן בעבודתה של קואליציית הארגונים,¹¹⁸ הן בממשק בין החברה האזרחית לממשלה והן בשיתוף הישיר של אנשים עם מוגבלות. בעקבות קול קורא משותף של עמותת "בזכות" ועמותת "המשפט בשירות הזקנה" התכנסו בתחילת 2014 אחד-עשר ארגונים לתהליך למידה שנועד להביא לגיבוש עמדה משותפת לחברה אזרחית בנוגע לתיקונים שיש לקדם בחוק הכשרות המשפטית.¹¹⁹ התהליך החל בעקבות ההצעה לתיקון החוק, שמשרד המשפטים הפיץ טיוטה שלה לגורמים שונים ומגוונים, לרבות ארגונים חברתיים, תאגידי אפטרופוסות, אנשי אקדמיה וכו', עוד טרם הפצתו של תזכיר החוק. לאחר הישיבה הראשונה, שבה נקבעו תשעה נושאי ליבה שיש להתמקד בהם, נערכו כמה ישיבות לאורך חצי שנה, שהובילו להקמת "קואליציה לקידום כשרות משפטית" ולגיבוש מסמך עקרונות לתיקון חקיקה, שעליו היו חתומים תשעה ארגונים שונים וכן פעילים בתחום.¹²⁰ כמו כן היו מעורבים בליווי החוק ארגונים נוספים שלא היו חלק מהקואליציה, וביניהם ארגוני הורים (כמו עמותת עוצמה¹²¹), אשר אומנם היו שותפים לחשיבה אך נמנעו בשלב ראשון מלחתום על מסמך העקרונות. מסמך זה היה רדיקלי ביחס לחקיקה הקיימת וכלל דרישות רבות, כגון מעבר מעקרון "טובתו" לעקרון "רצונו", ביטול מוסד פסול הדין, ביטול האפשרות למינויים כלליים, ביטול חובת הציות, ביטול ההמלצה הרפואית בדבר מינוי אפטרופוס וגולת הכותרת – קידום תמיכה בקבלת החלטות כחלופה לאפטרופוסות. עם הזמן התרחבה קואליציית הארגונים וכללה 19 ארגונים, שהם רוב הארגונים הבולטים בתחום, כולל ארגונים נוספים של אנשים עם מוגבלות וכן ארגוני הורים וארגונים מקצועיים. העמדות שנחשבו רדיקליות בתחילת הדרך הפכו לקונצנזוס בקרב מרבית הארגונים.

- 117 Rimon-Greenspan, *Disability Politics in Israel*, לעיל ה"ש 27.
- 118 בהקשר זה יודגש שיתוף פעולה ייחודי בין ארגוני מוגבלויות לארגוני זקנה, אשר למרות החפיפה הרבה בנושאים כמעט ולא פעלו יחדיו בישראל לקידום שינוי מדיניות.
- 119 לקריאת סיכום עמדת הקואליציה לקראת הדיון על הצעת החוק כפי שפורסם ב-1.9.2015 ראו הילה רימון-גריןשפן "הקואליציה לקידום כשרות משפטית קוראת לשינוי הצאת החוק הממשלתי" **בזכות** bizchut.org.il/he/2247.
- 120 ארגוני סגור עצמי של אנשים עם מוגבלות (אס"י, לשמ"ה), קליניקות משפטיות (הקליניקה לזכויות אדם במרכז האקדמי למשפט ולעסקים, הקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות באוניברסיטת בר-אילן, הקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות באוניברסיטה העברית), ארגוני זכויות זקנים (עמותת "המשפט בשירות הזקנה" ויד ריבה) עמותת "בזכות" והאגודה לזכויות האזרח וכן יואב קרים, פעיל ותיק בתחום.
- 121 עמותת המייצגת הורים לאנשים עם מוגבלות נפשית.

"לא בטיפול" – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות (תיקון מס' 18)

עבודת הארגונים הבשילה בד בבד עם מועד קביעת הדיונים בכנסת על הצעת החוק. אל הדיון הראשון,¹²² שהיה טקסי ברובו, הגיעו כ-60 משתתפים, ביניהם גם אנשים פרטיים שביקשו להשפיע על הליך החקיקה (בהם אנשים שהיו תחת אפוסטרופסות וכן בני משפחתם). כל האנשים שביקשו לדבר השמיעו את סיפורם.

האפקט של הדיון הראשון היה מרשים – שמיעת האנשים עצמם והדרישה שלהם לשנות באופן מהותי את החוק כך שיכלול הכרה בקבלת החלטות נתמכת כחלופה לאפוסטרופסות לצד צמצום כוחו של מוסד האפוסטרופסות הביאה לדרישה ברורה מצד יו"ר הוועדה למשרד המשפטים לדון בהכללת קבלת החלטות נתמכת בהצעת החוק. ככל שהדיונים התקדמו ומספר המשתתפים הקבועים התייצב, נוצרה דינמיקה שאינה אופיינית לדיונים בכנסת. מן הפרוטוקולים של מרבית דיוני הוועדה עולה כי מתוך 592 משתתפים (רובם משתתפים חוזרים) היו כ-65 משתתפים שהזדהו כאנשים עם מוגבלות (סינון כמות המשתתפים החוזרים מצביע על 21 משתתפים שונים עם מוגבלות), חלקם אנשים עם מוגבלות נפשית, שכלית ואוטיות שהיו תחת אפוסטרופסות וחלקם פעילים בולטים עם מוגבלות. גם בדיונים המקצועיים הרבים בין הממשלה לחברה אזרחית וגם במסגרת שולחנות עגולים בין הישיבות בוועדה שנועדו להגיע להסכמות משותפות לפני הדיונים הייתה נציגות בולטת לפעילים עם מוגבלות, שהיו מרכזיים בקידום תפיסת העולם של הקואליציה לקידום כשרות משפטית.

התוצאה הייתה עוצמתית בכמה היבטים. המשתתפים בדיונים השילו מעליהם את הקליפה המשפטית ונאלצו להישיר מבט למציאות החיים העגומה שחוק הכשרות המשפטית הישן יצר. נוסף על כך, האמירה העקרונית של הממשלה, שיש לצמצם מינויי אפוסטרופסות רק למצבים שיש בהם הכרה ולכבד את הכשרות המשפטית של אנשים לקבוע את גורלם, עמדה למבחן בדרישת האנשים עצמם להיות חלק מהליך החקיקה ולהשפיע עליו.

בסופו של דבר, הצעת החוק שעברה מתקדמת מבחינת תפיסת הזכויות גם ביחס להצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת. מתוך 26 ההערות המרכזיות של הקואליציה נדחו 12 (חלק מטעמים עקרוניים וחלק מטעמים פרקטיים של מניעת עיכוב החקיקה), עשר התקבלו וארבע התקבלו באופן חלקי.¹²³ כך למשל לא התקבלו מרבית דרישות הארגונים בנוגע להליך הוגן (הזכות לייצוג משפטי, הגבלת משך המינוי, חובת שמיעת האדם בהליך) וכן דרישות הנוגעות לצמצום סמכותו של האפוסטרופוס (הגדרת זכויות ליבה קוגניטיות שלא ניתן להעביר מידי של האדם לסמכותו של אפוסטרופוס). קבלת החלטות נתמכת נכנסה לחקיקה, אף על פי שהיו היסוסים מצידה של הממשלה בקשר להכנסת חלופה זו לחוק במסגרת התיקון האמור, וזאת טרם ליכון מכלול ההיבטים הקשורים בה ועריכת פיילוט בנושא. באופן סמלי, לאחר ההצבעה על אישור החוק

122 פרוטוקול ישיבה מס' 44 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 (13.10.2015).

123 מסמך ההערות של הקואליציה מצוי בידי המחברים.

בוועדה, בצילום קבוצתי שנערך באולם הוועדה נראים יו"ר הוועדה ניסן סלומינסקי, ח"כ יעל גרמן, שהייתה פעילה מאוד בקידום תפיסת הזכויות בחקיקה, ובמרכז התמונה, בין שני חברי הכנסת, רונן גיל – פעיל אוטיסט וממייסדי ארגון אס"י – קהילת אנשי הספקטרום האוטיסטי בישראל, על כיסא גלגלים וממוביליה הבולטים של קואליציית הארגונים. מה שהחל בחוק שבמרכזו עומדים אנשי המקצוע הסתיים בהליך חקיקה שבמרכזו האדם עצמו.¹²⁴

1. ההיבט התוכני

ציינו כי בהיבט התהליכי הייתה הכרעה ברורה בדיונים בכנסת לטובת גישת הזכויות הרואה באנשים עם מוגבלות שחקנים שווים אשר צריכים ליטול חלק מרכזי בגיבוש מדיניות בעניינם. בכל הנוגע לתוכן החקיקה, התנועה משיח טיפולי לשיח זכויות הייתה מורכבת יותר. הדיונים בוועדת החוקה של הכנסת בנושא תיקון החוק היו אינטנסיביים, שבוע אחר שבוע, והתפרסו על חודשים רבים – מיום 13.10.2015 ועד 28.3.2016 (סה"כ 18 דיונים); בין הדיונים התקיימו היועצויות ושולחנות עגולים בין כלל הגורמים השותפים. כפי שתארנו לעיל, הדיונים בוועדת החוקה היו ייחודיים במובן זה שהיו פלטפורמה לדיאלוג בין הממסד (ממשלה) לבין ארגונים חברתיים בתיווכה של הוועדה, ובמיוחד של יו"ר הוועדה ושל הייעוץ המשפטי שלה, והם שיקפו את המתח בין הגישה הטיפולית לגישת הזכויות, שעמד כאמור בבסיסה של הצעת החוק.

שאלה מרכזית שלא נדונה בדיונים בכנסת, אף שהוזכרה, היא אם אפוטרופוסות היא כלי לגיטימי ברצף המענים שהמדינה מפתחת לאנשים עם מוגבלות או שמא יש בה משום שלילת זכויות אדם. הדיונים לא העלו את האפשרות, הגם שלפי פרשנות הארגונים האזרחיים, זו נגזרת מאמנת האו"ם של ביטול מוסד האפוטרופוסות. במובן זה נקודת המוצא של הדיונים בכנסת הייתה שעל אף העובדה שמינוי אפוטרופוס מגביל את כשרותו של האדם דה-פקטו, הרי שהיא מענה הכרחי ולגיטימי אשר יש לצמצם את השימוש בו ככל הניתן תוך פיתוח חלופות לציודו.

עם זאת סקירה של סוגיות ליבה שנדונו בוועדת החוקה מדגימה היטב את המתח בין גישת הטיפול לגישת הזכויות בצמתים שונים: טובתו של אדם מול רצונו, קבלת החלטות נתמכת ומעמדו של האדם בהליך.

טובתו של אדם מול רצונו – שאלת ההתנגשות בין טובה לרצון עמדה במרכז הדיונים בין ממשלה לארגוני החברה האזרחית. לא נגזים אם נאמר כי מרבית הסוגיות שהיו במחלוקת בין הממשלה לבין ארגוני החברה האזרחית נבעו מהבדלי התפיסות בשאלת מילוי הרצון של האדם מול הדאגה לטובתו. עמדת הארגונים הייתה שהמונח "טובתו"

124 ראו בהקשר זה דפנה ברק ארז "לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במרכז" עיוני משפט לט 5 (2016).

”לא בטיפולי“ – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 18)

מחזיק לא מעט מהעול ההיסטורי שנעשה לאנשים שמונה להם אפוטרופוס. בשם ”טובתו“ (טובה אשר נקבעת לא פעם על ידי אנשי מקצוע) נמחקו הרצון, הזהות, האוטונומיה והבחירה של האדם. עוד נטען כי היות שאין כל דרך לדעת מהי טובתו של אדם, עלינו להסתפק במבחן ברור וודאי בהרבה – הרצון של האדם. לבסוף נטען כי העמדה של ”טובתו“ מול ”רצונו“ היא כשלעצמה מלאכותית. בפועל מדובר ברצון האפוטרופוס והגורמים הטיפוליים לעומת רצון האדם וכי על החוק לפתח מבחנים מחמירים וצרים הרבה יותר להתערבות ברצון של האדם, כגון במקרים של חשש ודאי לנזק ממשי. מנגד, עמדת נציגי המדינה, ובפרט זו של משרד הרווחה, הייתה, באופן כללי, כי הגם שיש לתת מקום מרכזי לרצונו של האדם, האחריות החברתית מחייבת לבחון את תהליכי קבלת החלטות בנוגע לאנשים שמונה להם אפוטרופוס על פי מבחן טובתו, תוך מתן משקל לרצונו של האדם ולשיקולים שונים בהתאם למצבו. טענתם הייתה שלעיתים קשה לברר את רצונו של האדם, שכן עקב מצבו המנטאלי יש לו קושי בהבנה של משמעות החלטות או הפעולה ותוצאותיה, ולפיכך הרצון שאותו הוא מביע אינו משקף בהכרח רצון אמיתי. במצבים אלה ייתכן שהוא מביע את דעתם של גורמים שהוא מבקש לרצותם או להיות תלוי בהם. יתר על כן, לעיתים האדם עצמו מביע רצון שונה מזה שהביע בעבר, כשהייתה לו יכולת טובה יותר להביע את רצונו. נוסף על כך, יש קבוצת אנשים שהיכולת שלהם להביע את רצונם מוטלת בספק על ידי הסכיבה או אין להם כל יכולת להביע רצון (כגון אנשים הנמצאים במצב של תרדמת). באשר לקבוצה זו, עמדת המדינה (ובייחוד זו של משרד הרווחה) הייתה שמחובתה של המדינה להגן עליה באמצעות שיקולי ”טובת האדם“.¹²⁵ מנגד טענו הארגונים כי החקיקה מראשיתה נתנה עדיפות לעקרון טובת האדם על פני עקרון הרצון, ומשכך לא פותחו לאורך השנים כלים לבירור רצון אנשים בנסיבות שתוארו. בשל כך הציפייה היא להתמקד בבירור רצונו של האדם תוך פיתוח כלים ומומחיות בבירור הרצון מבלי להיתפס לפתרון הקל של העדפת עקרון הטובה. שאלת ה”טובה“ מול ה”רצון“ ונקודת האיזון ביניהם עלתה הן בנוגע להליך מינוי האפוטרופוס והן באשר לדרכי פעולתו של האפוטרופוס. כפי שנראה, נושא זה גם הביא בסופו של דבר לשינוי מסוים בעמדות.¹²⁶

באשר להליך מינוי של האפוטרופוס – בסעיף 33א להצעת החוק, שעניינו שיקול דעת בית המשפט במינוי אפוטרופוס, נקבע כי ”לא ימנה בית המשפט אפוטרופוס לבגיר

125 יצוין שמשרד הרווחה טען לאורך כל הדרך כי אחד הקשיים של התיקון לחוק הוא שהוא חל על כולם כמקשה אחת, ושנציגי המשרד ראו מחובתם לשמש במהלך הדיונים ”פה“ לקבוצת האנשים שאינם יכולים להביע את עמדתם.

126 יש לציין כי המתח בין רצון נוכחי לרצון עבר משתקף גם בהקשר של ייפוי הכוח המתמשך, כגון: האם מייפה הכוח יכול לבטל את ייפוי הכוח לאחר שייפוי הכוח נכנס לתוקף והוא חדל להבין בדבר?; מה דינה של התנגדות של מייפה הכוח לטיפול רפואי או לכל פעולה אחרת לאחר כניסה לתוקף של ייפוי הכוח?; המתח בין רצון קודם לרצון נוכחי כאשר ייפוי הכוח יכול להיכנס לתוקף ולפוג בהתאם למצבו של מייפה הכוח.

[...] אלא אם כן ראה כי יש צורך בדבר לשם שמירת טובת האדם [...]. במסגרת הדיונים בוועדה הובעה מצד הארגונים התנגדות חריפה לקריטריון הראשון למינוי – "טובת האדם", בטענה שהגבלת כשרות משפטית אינה יכולה להיחשב טובתו של אדם וכי מבחן הצורך אינו צריך לעסוק בטובת האדם אלא במניעת נזק שעלול להיגרם לו אלמלא ימונה לו אפוטרופוס. המדינה סברה מנגד כי לאור ההגדרה הרחבה של טובת האדם שבתיקון לחוק, הכוללת את מכלול האינטרסים והזכויות שלו, הרי שטובת האדם יכולה בהחלט להיות קריטריון ראשוני למינוי.¹²⁷ בעקבות התנגדות הארגונים להצבת ה"טובה" כמבחן העיקרי, הוחלט על מבחנים מצטברים למינוי, שלפיהם בית המשפט ימנה אפוטרופוס אם ראה כי לולא המינוי צפויים להיפגע "זכויות, אינטרסים או צרכים של האדם" (זו בעצם ההגדרה של המונח "טובה" בחוק), וכן לאחר שבחן חלופות אחרות וראה כי לא ניתן להשיג את המטרה שלשמה נועדה האפוטרופוסות בדרך אחרת. בנוגע לדרכי פעולתו של אפוטרופוס, כבר בשלב הצעת החוק התווסף רכיב הרצון של האדם לרכיב הטובה, וכך נקבע בסעיף 67ה(7) שעניינו דרכי הפעולה של האפוטרופוס:

האפוטרופוס יפעל בביצוע תפקידיו, ככל האפשר וככל שהדבר מתיישב עם טובתו של החסוי –

(א) בהתאם לרצון החסוי, אם הוא מסוגל להבין בדבר וניתן לברר את דעתו;

(ב) אם החסוי אינו מסוגל להבין בדבר או לא ניתן לעמוד על רצונו – בהתאם לרצון החסוי כפי שהובע בעת שהחסוי היה מסוגל להבין בדבר או כפי שניתן ללמוד מהתנהגותו בעבר;

(ג) אם לא ניתן לעמוד על רצון החסוי על פי רצונו בעת שהיה מסוגל להבין בדבר או מהתנהגותו בעבר, בהתחשב בהשקפת עולמו ואורח חייו של החסוי כפי שהיו בעבר.

גם בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי העיקרון שבסעיף מבטא את כיבוד רצונו של האדם. חרף האמור, לסעיף זה קמה התנגדות מצידם של הארגונים, מאחר שבסופו של דבר טובת האדם ולא רצונו היא הנמצאת בראש הפירמידה. בעקבות כך הובא לדיון בוועדת החוקה נוסח מתוקן של הסעיף, אשר השמיט את קריטריון ה"טובה" של האדם כקריטריון המרכזי בדרכי הפעולה של האדם. עם זאת הוצע כי במדרג הפעולות של האפוטרופוס כלפי האדם ייקבע שאם לא ניתן לעמוד על רצונו העכשווי או רצון העבר של האדם, האפוטרופוס יפעל בהתאם לטובתו של האדם ומתוך התחשבות ברצונו

127 פרוטוקול מס' 88 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 26–28 (29.12.2015).

”לא בטיפולי” – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 18)

הנוכחי (סעיף 67(ב)(3) לחוק).¹²⁸ נוסף על כך התווספה לסעיף ההגדרות שבחוק הגדרה מדויקת לטובתו של אדם המתחמת את רכיב ה”טובה” ל”מכלול הזכויות, האינטרסים והצרכים של האדם” בלבד. היטיב לתאר את המתח בין הגישות ואת העברת המטוטלת יו”ר הוועדה, חה”כ ניסן סלומינסקי, בפתח אחת הישיבות, לאחר כחודשיים של דיונים אינטנסיביים בהצעת החוק, באומרו כך:

אנחנו כאן בדיונים כבר מזה כמה חודשים טובים דנים במהלך שהוא, אפשר לומר, מהפך, לפחות בישראל, מהפך מהכיוון הזה שאנחנו אומרים שהנקודה המרכזית צריכה להיות לא מה טוב לאיש אלא מה רצונו. רצונו זה כנראה טובתו. תמיד יש קווים אדומים רחוקים שבהם יש התערבות, אם חושבים שהרצון יכול להביא לאסון, אבל במצב רגיל, כמו לכל אדם רגיל – אף אחד לא יכול לומר לי מה טוב לי, כי אני יודע מה טוב. זה מה שאני רוצה. גם אם משהו אחר חושב שיותר טוב לי היה ללכת למקום אחר, או לקחת ועדה אחרת, או להיות סגן שר – אני חשבת שזה יותר טוב, שבבילי יותר חשוב וכו'. כלומר רצונו של האיש זה הדבר החשוב. אז קודם כל אנחנו עושים את המהפך הזה, ואנחנו משתדלים מאוד שההסתכלות שלנו תהיה כל הזמן מה אדם רוצה. לנסות לדעת מה הוא רוצה [...].¹²⁹

בפועל התיקון לחוק הוא צעד חשוב אל עבר הרצון, במובן שההגדרה ”טובתו של האדם” שבחוק כללה במסגרת התיקון את ”מכלול הזכויות, האינטרסים והצרכים של האדם”, קרי רצונותיו; ואולם, המונח ”טובתו של אדם” נותר בין העקרונות המנחים, גם אם לא עיקרי, בנוגע לתפקיד האפוטרופוס, הן בהליך מינוי האפוטרופוס לאדם (סעיף 33א(א)(3)), הן ככלי למסירת הסמכויות לאפוטרופוס (סעיף 33א(ה) והן בדרכי הפעולה של האפוטרופוס בענייניו של האדם (סעיף 67(ב)).¹³⁰

דוגמה מוחשית נוספת לדגש שהושם ברצון האדם במסגרת הדיונים בוועדה ובעקבותיהם היא לעניין ההנחיות המקדימות למיופה הכוח. בסעיף 32כה(ג) להצעת החוק המקורית נקבע כי מיופה הכוח יהיה פטור מלפעול לפי ההנחיות המקדימות באחד מהמקרים הבאים: ביצוע ההחלטה בלתי אפשרי, בלתי חוקי או עלול לגרום פגיעה חמורה לממנה או בעניין אישי מהותי כשהממנה מתנגד לפעולה. ואולם, בעקבות טענות הארגונים האזרחיים שלפיהן יש לשים בראש את רצונו של האדם, גם לאחר שייפוי הכוח

128 פרוטוקול מס' 125 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 13 ואילך (21.2.2016).
129 פרוטוקול מס' 81 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 3 (15.12.2015); ראו גם את דבריה של ח”כ יעל גרמן בפרוטוקול מס' 96 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 35 (12.1.2016).
130 ראו, לדוגמה, פרוטוקול מס' 58 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 17 (3.11.2015).

נכנס לתוקף, ולתת לרצון עדיפות על פני הטובה, ובעקבות דיון נרחב שנערך בנושא בוועדה,¹³¹ התווסף לחוק סעיף (32לד(ד)1), אשר קובע כי "[...] מיופה הכוח לא יפעל בהתאם להנחיה מקדימה אם הממנה מסוגל באותה שעה להבין את העניין שלגביו ניתנה ההנחיה ואת משמעות ההחלטה או הפעולה, ומביע רצון לסטות מההנחיה".¹³²

קידום חלופה של קבלת החלטות נתמכת – כאמור, קבלת החלטות נתמכת לא נכללה בהצעת החוק המקורית ואף לא בתזכיר החוק שהופץ, אך כמתואר לעיל, חרף היעדר חקיקה מסודרת בנושא כבר נעשה שימוש בכלי זה פעמים מספר באמצעות החלטות של בתי משפט לענייני משפחה מכוח סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.¹³³ כמו כן, בשנת 2014 נערכה תוכנית הרצה ("פיילוט") על ידי ארגון "בזכות", אשר כללה מתן תמיכה ל-22 אנשים שמונה להם אפוטרופוס או שנקבע כי יש למנות להם אפוטרופוס. הפיילוט, אשר לווה במחקר הערכה, הציע לראשונה מודל למתן תמיכה שיכולה להחליף את האפוטרופסות.¹³⁴ אף על פי שקבלת החלטות נתמכת לא נכללה בהצעת החוק, הנושא הועלה פעמים רבות בדיוני הוועדה והוצע נוסח על ידי קואליציית הארגונים. הממשלה מצידה היססה אם להכניס את הנושא במסגרת תיקון החוק בשל העובדה שהנושא לא לובן דיו ולא נוסה עד כה בישראל בהיקף שיכול ללמד על השלכותיו. ואולם, כבר בדיונים הראשונים בוועדה הופעל על הממשלה לחץ מצידם של גורמים שונים, בהם הסיוע המשפטי וקואליציית הארגונים,¹³⁵ וכן לחץ מצידה של הוועדה¹³⁶ להסדיר את הנושא בחקיקה.

- 131 פרוטוקול מס' 68 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 (24.11.2015) וכן פרוטוקול מס' 81 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 (15.12.2015).
- 132 בהקשר זה יש להזכיר את הדיון הרחב שהתקיים בשאלת הסכמי היוליסס, דהיינו מתן הסמכה מראש למיופה הכוח לתת הסכמה לאשפוז פסיכיאטרי, ובשאלה אם הממנה יכול לקבוע בהוראה מפורשת שבעת עריכת יפוי הכוח יש להעדיף את רצונו לעניין האשפוז על פני התנגדות שלו (אקטיבית או פסיבית) לפעולה בשעת מעשה. שאלה זו נגזרת באופן מובהק מהמתח שבין טובת האדם לבין רצונו, שכן לעיתים האדם מתנגד בשעת מעשה לאשפוז בניגוד למה שיוגדר כטובתו הרפואית. בעניין זה נשמעו דעות קוטביות על ידי הארגונים האזרחיים מצד אחד ומשרד הבריאות מצד אחר. לבסוף הוסכם על נוסח ביניים אשר מחד גיסא ייתן מקום לרצון, אך מאידך גיסא יטיל אחריות רבה יותר על הממנה ובעל המקצוע בשלב החתימה על יפוי הכוח. כך נקבע בהוראת ס' 132(ג)(2)(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: "הסכמת מיופה כוח לפי פסקה זו [לטיפול פסיכיאטרי – י"ט, א"ש] לא תהיה תקפה אם במועד שבו התבקשה ההסכמה מתנגד הממנה לבדיקה, לטיפול או לאשפוז, אלא אם כן ייפוי הכוח המתמשך לעניין זה נחתם גם בפני פסיכיאטר, והממנה הסמיך במפורש את מיופה הכוח לתת הסכמה למרות התנגדותו".
- 133 ראו סגל רייך ושינדלר, לעיל ה"ש 104.
- 134 בזכות סיכום כנס סעיף 12 – עוברים מאפוטרופסות לקבלת החלטות נתמכת בזכות bizchut.org.il/he/wp-content/uploads/2016/01/kenes12-compressed.pdf (21.12.15).
- 135 פרוטוקול מס' 68 של ועדת החוקה חוק ומשפט, לעיל ה"ש 131, בעמ' 39–45.
- 136 יו"ר הוועדה, ח"כ ניסן סלומינסקי, פתח ישיבות רבות בהזכירו את חשיבות הנושא. ראו לדוגמה: פרוטוקול מס' 88 של ועדת החוקה חוק ומשפט, לעיל ה"ש 127 בעמ' 3; פרוטוקול מס' 81 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 131.

”לא בטיפול” – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות (תיקון מס' 18)

בדיון הראשון בוועדה אף הציגה הקואליציה לקידום כשרות משפטית בפני הוועדה את הפיילוט שערכה ”בזכות” ביחס לקבלת החלטות נתמכת, ובוועדה אף השתתפו אנשים שלקחו חלק בפיילוט, כתומכים וכנתמכים.¹³⁷ כפי שעולה מדיוני הוועדה, דומה כי עמדתו של משרד המשפטים באשר לקידום קבלת החלטות נתמכת הייתה אמביוולנטית. מצד אחד, נציגי המשרד הצהירו כי הם מאמינים בכלי של קבלת החלטות נתמכת ומעוניינים לקדמו, אך מצד אחר הועלו ספקות באשר לטיבו של ההסדר והדרך הנכונה להבנייתו, בהיעדר ניסיון קודם.¹³⁸ מנגד, משרד הרווחה הביע התנגדות להכללת הנושא במסגרת התיקון לחוק מבלי שהסדר זה נבנה ונוסה קודם לכן, בין היתר מתוך החשש להיעדר הסדרה של סמכויות וחובות של התומכים וגם משיקולים של היעדר היערכות תקציבית למתן שירותי תמיכה בקבלת החלטות ועומס בלתי מתוכנן על המערכת.¹³⁹ לא ניתן להפריד בין הדיון הקודם במתח בין טובת האדם לרצונו ובין העמדות השונות בעניין קבלת החלטות נתמכת. מתוך קריאת הפרוטוקולים של הדיונים שעסקו בנושא עולה המתח המובנה שמשרדי הממשלה היו שרויים בו – בין הרצון להשלים את מלאכת הבנייתם של הכלים החלופיים לאפטרופסות ובין הדאגה לאדם בשל כלי שטיבו לא נבחן עד תום.

לקראת ההצבעה על התיקון לחוק השיקה קואליציית הארגונים קמפיין שכותרתו ”ההחלטות שלי תלויות בהחלטה אחת שלך”. פעילים רבים, בהם הורים ואנשים עם מוגבלות, פנו במישרין לשרת המשפטים וליו”ר ועדת חוקה בבקשה להכליל קבלת החלטות נתמכת בתיקון לחוק.

על אף האמור, וחרף חששות הממשלה, ערב ההצבעה על הצעת החוק הובאה בפני ועדת השרים לענייני חקיקה הצעה להכללת קבלת החלטות נתמכת במסגרת התיקון לחוק, והוחלט על הכנסת הסדר כללי ”רוזה”, שיהיה מתווה מסגרת שיושלם בתקנות.¹⁴⁰ על פי אותו מתווה, שנכנס בסופו של דבר לחוק, נערך תיקון לסעיף 33א(3) שלפיו במסגרת החלופות שעל בית המשפט לשקול בבואו למנות אפטרופוס לאדם ישקול אף מינוי תומך בקבלת החלטות, עם הוראה שלפיה הסדר זה ייכנס לתוקפו לאחר שנתיים מפרסום החוק; החוק קבע כללי מסגרת לקבלת החלטות נתמכת במסגרת סעיף 67ב, שבהם נקבעו, בין היתר, תפקידי של תומך בקבלת החלטות וסמכויותיו בכפוף למינויו של התומך על ידי בית המשפט. כמו כן נקבעה הסמכה לקבוע תקנות בעניינים שונים,

137 פרוטוקול מס' 44 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 14, 24–26 (13.10.2015).

138 פרוטוקול מס' 166 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 86 (27.3.2016).

139 שם, בעמ' 95.

140 החלטה חק/1018 של ועדת שרים לענייני חקיקה, הממשלה ה-34 ”הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות (תיקון מס' 19), התשע”ה–2014” (27.3.2016) (להלן: החלטה חק/1018). שם נקבע: ”לעניין תומך בקבלת החלטות תיבחן חלופה של קביעת מינוי תומך בקבלת החלטות באופן שבו תהיה הסכמה לקביעת המתווה בתקנות על ידי שרת המשפטים בהסכמת שר הרווחה והשירותים החברתיים ושר האוצר”.

ובכלל זה בענייני ההכשרה הנדרשת כדי לשמש תומך בקבלת החלטות, בשאלה מי יכול להתמנות כתומך בקבלת החלטות, כללים בדבר ביטול ופקיעה של צו מינוי תומך ומצבים שבהם יידרש תומך לפנות לבית המשפט ולבקש לבחון מחדש את המינוי או חלופות אחרות.

מעמד האדם בהליך – בדומה לנעשה בעניין קבלת החלטות נתמכת, גם נושא עיגון מעמדו של האדם בהליך לא הופיע בתזכיר החוק ובהצעת החוק, אך הועלה פעמים רבות בדיונים בוועדת החוקה של הכנסת. מבין כלל הנושאים שנוגעים למעמד האדם בהליך – הנגשת הדיון, ייצוג משפטי, המצאת מסמכים לאדם – הדגש המרכזי היה בנושא שמיעת האדם בהליך על ידי בית המשפט.¹⁴¹ חוק הכשרות המשפטית והאפורטרופסות קובע בסעיף 36, עוד טרם תיקון החוק, חובה לשמוע את האדם בטרם ימונה לו אפורטרופוס, אם הוא מסוגל להבין בדבר ואפשר לברר את דעתו.¹⁴² ואולם, ממחקר שנערך בנושא (ביחס לשנים 2000–2002) עולה שבפועל האדם שבנוגע אליו ננקט ההליך נוכח בדיון רק לעיתים נדירות ושכית המשפט אינו מתרשם מהאדם באופן בלתי אמצעי.¹⁴³ כמו כן, לפי העדויות שבשטח, במרבית המקרים בית המשפט אינו שומע את האדם גם כשחוות הדעת הרפואית אינה קובעת כי הוא אינו מסוגל להבין בדבר. גם דוח מבקר המדינה משנת 2004 הראה כי בקשות למינוי אפורטרופוס אינן נשלחות לאנשים עצמם, וכי בית המשפט אינו עומד בחובתו על פי חוק לשמוע את האדם בטרם קבלת החלטה בנוגע אליו.¹⁴⁴ עוד נטען כי ה"רף" של "מי שאינו מסוגל להבין בדבר" אינו רף נכון וכי לכל אדם שניתן לברר את דעתו עומדת הזכות להישמע בפני בית המשפט, גם אם דבריו אינם משקפים דעה צלולה והבנה מלאה של המצב, וכי לשמיעה יש חשיבות רבה גם אם בסופו של דבר בית המשפט לא ייתן לעמדתו של האדם משקל רב בהחלטתו.

על רקע האמור, דרישת הוועדה הייתה לבחון את הרחבת החובה לשמיעת אדם בטרם ימונה לו אפורטרופוס, אלא אם כן לא ניתן לברר את דעתו, לאחר שניתנה לו הזדמנות להישמע.¹⁴⁵ בעקבות בקשת יו"ר הוועדה התקיימו במשרד המשפטים כמה דיונים בעניין תיקון סעיף 36 לחוק. מהפרוטוקולים של הוועדה עולה כי הקושי העיקרי היה תקציבי וכי חרף ההצדקות הברורות לתיקון הסעיף, המתווה שהוצע על ידי הוועדה מחייב תוספת תקנים ניכרת לבתי המשפט ולמצבת באי כוחו של היועץ המשפטי לממשלה במשרד הרווחה (המתייצבים כמשיבים לכל בקשה מכוח הדין) והעובדות הסוציאליות לסדרי דין

141 ראו לדוגמה, פרוטוקול מס' 68 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל 131, בעמ' 47 ואילך.
142 ס' 36 לחוק הכשרות המשפטית והאפורטרופסות מורה כי "לפני מינוי האפורטרופוס ישמע בית המשפט את דעת החסוי אם הוא מסוגל להבין בדבר וניתן לברר דעתו".
143 דורון "הבלתי נראים": זקנים בצל אפורטרופסות משפטית", לעיל ה"ש 101.
144 ראו, מבקר המדינה דו"ח שנתי 54 – לשנת 2003 ולחשבונות שנת הכספים 2004 664–663 (2002).
145 פרוטוקול מס' 158 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 (20.3.2016) (להלן: פרוטוקול 158).

”לא בטיפול“ – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 18)

ברשויות המקומיות.¹⁴⁶ משרד המשפטים צידד בתיקון לחוק מן הטעם שהזכות להישמע בבית המשפט היא זכות בסיסית עבור כל אדם שבעניינו מתנהל הליך משפטי, כל שכן כאשר מדובר בהליך משפטי שבמסגרתו עשוי להתמנות לו אפוטרופוס, מהלך שיש לו השלכות דרמטיות על חיי היום-יום שלו, על חירותו ועל זכות הבחירה העצמית שלו.¹⁴⁷ הנהלת בתי המשפט הציגה לראשונה נתונים בפני הוועדה ולפיהם מדי שנה מתקיימים 14,000 הליכים על פי החוק ורק 10% מהם (1,400 תיקים) מגיעים לדיונים בבתי המשפט. מספר ההליכים שבהם האדם נשמע נמוך עוד יותר. הנהלת בתי המשפט הביאה את הנתונים האלה כדי להראות את הנטל הרב שהרחבת חובת השמיעה צפויה להטיל על כתפי בתי המשפט, אך בכך גם נחשפו לראשונה הנתונים המראים כי רוב רובם של הליכי האפוטרופסות מתנהלים ללא דיון ובוודאי ללא נוכחות האדם בהליך ושמיעתו. במסגרת הדיונים בוועדה הוצעו כמה נוסחים לתיקון המצב הקיים. משרד המשפטים, שכאמור היה נתון לשיקולים תקציביים, הציע בתחילה נוסח מצומצם, שנותן מענה חלקי בלבד לבעיה באמצעות שינוי ה”רף” בנוגע למי שקיימת חובה לשומעו (”מי שמסוגל להביע דעתו ומעוניין בכך”). לעומת זאת, הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה צידד בנוסח רחב יותר, בלשון הבאה: ”לפני מינוי אפוטרופוס ישמע בית המשפט את דעת החסוי באופן המותאם לצרכיו אלא אם מטעמים שיירשמו לא ניתן לברר את דעתו גם בהינתן התאמות לפי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות”.¹⁴⁸ השוני העיקרי בין הנוסחים הוא בבירור המחדל: בעוד ברירת המחדל בנוסח הרחב היא שכולם יישמעו, אלא אם כן אדם מבקש במפורש שלא להישמע, הרי שבנוסח הצר יותר ברירת מחדל כזו אינה קיימת. למותר לציין כי הארגונים האזרחיים התנגדו להצעה ה”צרה”, והיו שטענו כי היא אף מריעה את המצב לעומת הנוסח הקיים, שאינו כולל את הלשון ”ומעוניין בכך”. ח”כ גרמן הציעה מתווה משלה, רחב מזה שהוצע על ידי הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה, ולפיו תיקבע זכות של אדם להישמע בפני בית המשפט ולא תקבל החלטה מבלי שהאדם שמבקשים למנות לו אפוטרופוס נשמע בעצמו או באמצעות נציג מטעמו. בהתאם לכך אף הוצע על ידי חברת הכנסת גרמן וכן על ידי יושב ראש הוועדה, שלכל אדם שאי אפשר לשומעו או הוא אינו מסוגל לכך ימונה עורך דין שייצג את עמדתו.¹⁴⁹ נוכח המחלוקות העקרוניות והקושי התקציבי דרש משרד הרווחה כי שאלת תיקון החוק בעניין השמיעה יועלה לוועדת השרים לחקיקה.¹⁵⁰ בהחלטתה מיום 27.3.2016

146 שם, בעמ' 26.

147 שם; נציגת משרד המשפטים (ייעוץ וחקיקה) אף התבטאה באופן חריג למדי באומרה כך ”לא תמיד אני מוצאת עצמי במקום שאני מאמינה במשהו ומנסה להתמודד עם האילוצים שיש. כמו רבים שדיברו כאן, אני חושבת שהבעתי את הדברים גם בישיבות הקודמות”.

148 פרוטוקול 158, לעיל ה”ש 145, בעמ' 37.

149 שם, בעמ' 38–39, 42.

150 שם, בעמ' 39 ו-41.

קבעה ועדת השרים לחקיקה¹⁵¹ כי הנושא לא ייכלל במסגרת הצעת החוק והמתווה התקציבי לקידום שמיעת אנשים בהליכים למינוי אפוטרופוס ייקבע על ידי מנכ"ל משרדי המשפטים, האוצר והרווחה במסגרת דיוני התקציב לשנים 2017–2018. כמו כן נקבע על ידי ועדת השרים שאם הדבר יתאפשר משפטית תפוצל ההצעה לעניין השמיעה באופן שיאפשר את הכללת הנושא בכנסת לאחר גיבוש המתווה התקציבי.¹⁵² בעקבות החלטתה של ועדת השרים לחקיקה התקיימו כמה "שולחנות עגולים" עם הארגונים ונציגי הממשלה וכן התקיימו דיונים בין מנכ"ל משרד המשפטים והרווחה, אך לא התקבלה החלטה בנושא. חרף האמור, באמצע שנת 2017 הוקמה, באמצעות החלטת ממשלה, ועדה בין-משרדית בעניין ייעול השירות בתחום האפוטרופסות והפיקוח על אפוטרופוסים, שנועדה לבחון את מבנה השירות הממשלתי בתחום האפוטרופסות והפיקוח על אפוטרופוסים. מטרתה הייתה לשפר ולייעל את השירות בתחומים אלה ואת ההגנה על אוכלוסיות שאינן מסוגלות לדאוג לענייניהן, ובין היתר נדון בה גם נושא מעמד האדם בהליך המינוי. המלצות הוועדה הוגשו למנכ"ל משרדי המשפטים, הרווחה והבריאות בפברואר 2019, אך טרם אומצו על ידי הממשלה, והדרך ליישומן תיאלץ לעבור את המשוכה התקציבית, שטרם זכתה למענה.

במהלך הדיונים הועלתה על ידי הסיוע המשפטי הצעה נוספת, שלא הייתה בהצעה המקורית: בית המשפט ישקול מינוי עורך דין מטעם הסיוע המשפטי לאדם שאינו מיוצג בעניינים רפואיים מהותיים, זאת כאשר האדם התנגד או מתנגד להחלטה או במקרה שבו האפוטרופוס מבקש לקבל מבית המשפט הוראות בעניין פעולה או החלטה על מתן טיפול בעניין רפואי מהותי, שהאדם שמונה לו אפוטרופוס מתנגד או התנגד לה בסמוך לפני כן. נושא זה אכן עבר בסופו של יום בוועדת חוקה בהסכמת כל הגורמים הנוגעים בדבר, ונכנס במסגרת סעיף 68א לחוק.

3. תיקון 18 לחוק הכשרות המשפטית – סיכום ביניים

התיקון לחוק הכשרות המשפטית מבשר מגמה של מעבר משיח של טיפול לשיח זכויות, הן בהיבט התהליכי והן בהיבט התוכני, ובמובן זה מדובר בתיקון חשוב המורה על שינוי פרדיגמה במסגרת הליך חקיקת-חברתי. לתכנים שהתווספו לחוק, ובכללם מנגנונים חלופיים לאפוטרופסות כמו גם שימת האדם במרכז, תכנים שלא היו בו עד היום, יש פוטנציאל רב לשינוי מציאות, והאופן שבו חוקק התיקון הוא אכן דרך חשובה בהליך חקיקה במיוחד בתחומים חברתיים.

חרף האמור, לא ניתן להתעלם מכך שהאופן שבו תוקן החוק – יציקת תכנים מתקדמים המבוססים על גישת הזכויות אל תוך חוק שביסודו היה מעוגן בגישה הגנתית –

151 ראו החלטה חק/1018, לעיל ה"ש 140.

152 מדובר בפיצול "טכני" של הצעת החוק, כך שהכנסת תצביע על הצעת החוק, אך יישאר סעיף שיפוצל משאר הצעת החוק באופן שיאפשר לבנות עליו מאוחר יותר את כל הסדר השמיעה.

”לא בטיפול” – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות (תיקון מס' 18)

טיפולית – הביא לתוצאה בלתי נמנעת של חוק המדבר בשני קולות שונים. נביא כמה דוגמאות לכך: מחד גיסא הוא רואה באפטרופסות שלילת חירות, ומאידך גיסא כלי שמטרתו לדאוג לטובתו של האדם; מחד גיסא הוא מקדם שימוש בתמיכה בקבלת החלטות שנועדה להבטיח את מימוש האוטונומיה של האדם, ומאידך גיסא זו מוצגת כחלק מרצף מענים שניתנים לאדם לצד אפטרופסות; מחד גיסא הוא מחזק את מעמדו של האדם אל מול האפטרופוס ומאידך גיסא הוא עדיין מבוסס על מבחני כשרות; מחד גיסא הוא מבטיח את הזכות להתאמות ונגישות בהליך ולאחר המינוי ומאידך גיסא הוא מאפשר מינוי אפטרופוס לאדם בעל כשירות אשר אינו יכול לדאוג לענייניו; מחד גיסא הוא הולך כברת דרך אל עבר סעיף 12 שבאמנה, ומאידך גיסא הוא עדיין אינו עומד בדרישת האמנה להבטיח כשרות משפטית לכול (על פי פרשנות רשמית של האמנה על ידי האו"ם).

חוק המדבר בשני קולות עלול להביא לתוצאה לא מיטבית, בעיקר כשאנו עוסקים בחקיקה חברתית שתוצאותיה הרות גורל לאנשים וגורלם תלוי במידה רבה בפרשנות של החוק. לכך מתווספת העובדה שהנוסח של התיקון לחוק מסורבל ואינו נגיש דיו, שכן הוא כולל פרטים רבים המופיעים בעשרות סעיפים ותתי-סעיפים, המקשים את קריאת החוק. גם היישום של החוק, ובמיוחד של המנגנונים החלופיים לאפטרופסות, מצריך מעקב לאורך השנים הבאות. מצד אחד, נכון להיום (מחצית 2019) נערכו הופקדו למעלה מ-16,000 ייפויי כוח מתמשכים, ואלפי עורכי דין כבר עברו הכשרה. מצד אחר, נשמעים קולות מהשטח המבקרים את העובדה שהמחוקק לא הגביל את שכר טרחתם של עורכי הדין בעריכת ייפויי כוח מתמשכים. כמו כן נמתחת ביקורת ביחס לנגישות הטפסים של ייפויי כוח מתמשכים, במיוחד זו של הטופס הרפואי, בשל היותו ארוך ומפורט מדי ולאור העובדה שהוא אינו חייב להיערך בפני עורך דין המצוי בנבכי החוק והתקנות. בהקשר של ייפויי כוח רפואיים אף נזכיר כי במסגרת התיקון לחוק נקבע כי ייפוי כוח לטיפול רפואי לפי חוק זכויות החולה יהיה כפוף להסדרים של ייפוי כוח מתמשך; התוצאה הייתה ביטול האפשרות לחתום על ייפוי כוח המשלב בין ייפוי כוח לפי סעיף 16 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996 ובין ייפוי כוח לפי חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו–2005. תוצאה זו הובילה לביקורת מצד גורמי הרפואה, אשר דרשו לערוך מסמך משולב חדש, הכולל ייפוי כוח לפי חוק זכויות החולה ולפי חוק הנוטה למות. בעקבות הביקורת הופץ תזכיר לתיקון תקנות הכשרות המשפטית והאפטרופסות (ייפוי כוח מתמשך, הנחיות מקדימות לאפטרופוס ומסמך הבעת רצון), התשע"ז–2017,¹⁵³ שאמור להידון בוועדת החוקה של הכנסת.

153 תקנות הכשרות המשפטית והאפטרופסות (ייפוי כוח מתמשך, הנחיות מקדימות לאפטרופוס ומסמך הבעת רצון) (תיקון), התשע"ח–2018.

כמו כן ניתן להצביע על כמה ציוני דרך בהטמעת החלק בתיקון לחוק הנוגע לקבלת החלטות נתמכת. ביוני 2017 פורסם נוהל קבלת החלטות נתמכת של משרד המשפטים. מאז מרץ 2016 ניתנו כ-300 צווי בית משפט הממנים תומכים בקבלת החלטות. ברובם המכריע התומך הוא בן משפחה, ובכ-20 מקרים התומכים הם מתנדבים. במספר בודד של מקרים התומך הנו מקבל שכר. בעוד הנוהל יצר חיץ ברור כאשר אסר על אפוטרופוסים מקצועיים לשמש גם כתומכי החלטה הרי שבאוקטובר 2019 האפוטרופוס הכללי הודיע על כוונתו לאפשר, בשלב ראשון במסגרת פיילוט, לתאגידי אפוטרופוס להציע שירותי תמיכה בקבלת החלטות. החלטה זו עומדת בניגוד לעמדת ארגוני חברה אזרחית וכן גורמים בממשלה אשר ראו בכך פתח לניגוד עניינים ולשחיקת האבחנה בין תמיכה בקבלת החלטות לאפוטרופוסות. כמו כן מנתוני משרד הרווחה עולה כי במהלך 2018 נערכו למעלה כ-100 תסקירים למינוי תומך החלטות, כרבע מהם (28%) לאנשים זקנים וכ-שלושת רבעי לאנשים עם מוגבלות (בחלוקה שווה של אנשים עם מוגבלות שכלית, מוגבלות נפשית ואוטיזם). משרד המשפטים התקשר עם מסד-נכויות בג'וינט להוציא לפועל פיילוט של תמיכה בקבלת החלטות לכ-80 אנשים וכן מקודמת הכרה אקדמית להכשרה של התומכים. תמיכה בקבלת החלטות, אם כן, מתחילה לקרום עור וגידים אך אפוטרופוסות נותרה ברירת המחדל הגורפת למרבית ההליכים מכוח חוק הכשרות המשפטית.¹⁵⁴

ה. במקום סיכום: עם המבט קדימה – המשך שינוי התפיסה בזירות השונות

התיקון לחוק הכשרות המשפטית הוא דוגמה יפה לתיקון חקיקתי היוצר מציאות משפטית שונה מזו שהיינו רגילים אליה. התיקון שינה פרדיגמות שמדינת ישראל הייתה שבויה בהן יותר מיובל שנים, שהשתחררות מהן תארך שנים רבות, בעיקר עבור הרגולטור והגופים האמונים על ביצוע החוק. תיקון החוק לא יכול היה להתבצע ללא שני כוחות משמעותיים אשר ליוו אותו לאורך הדרך: האחד, שינוי הפרדיגמה בנושא, אשר באה לידי ביטוי בראש ובראשונה בסעיף 12 לאמנת האו"ם ובשיח הבין-לאומי בנושא שהוביל לרפורמות חקיקה במדינות שונות בעולם; הכוח האחר הוא החברה האזרחית בישראל, אשר התאגדה לצורך שינוי החוק בשיתוף פעולה פורה עם הממשלה, שלולא הכוח המניע שלה, המחויבות שלה לנושא והנכונות שלה לקיים דיאלוג עם חברה אזרחית לא היה אפשר לקדמו.

ואולם, תיקון החוק, משמעותי ככל שיהיה, ושיתופי הפעולה, המפרים ככל שיהיו, הם רק תחילת הדרך, ועוד נכונה עבודה חקיקתית, תודעתית וחברתית כדי לממש את התכלית

154 מבוסס על שיחה עם אורנית דן, ממונה ארצית על קבלת החלטות נתמכת במשרד המשפטים מיום 8.11.2019.

"לא בטיפול" – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (תיקון מס' 18)

של תיקון 18 לחוק. נמנה לסיום את הזירות המרכזיות שבהן תוכרע מידת הצלחתו של תיקון 18 לחוק:

הזירה המשפטית – תיקון מס' 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות שינה את התפיסה בנוגע למקום הנכון של המטוטלת שנעה בין הטיפול לזכויות, אך לא השלים את המלאכה. עם זאת, כאמור, ייפוי הכוח המתמשך כבר החל לפעול בשטח, הותקנו תקנות בעניין הפקדה ועריכה של ייפוי כוח מתמשך¹⁵⁵ ונעשו שינויים הכרחיים בתקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (סדרי הדין והביצוע), התש"ל-1970.¹⁵⁶ הפעלת תמיכה בקבלת החלטות באמצעות תקנות תהיה השלב הבא בדרך להשתחררות מכבלי האפוטרופוסות לטובת חלופות ראויות יותר, במקרים המתאימים. כמו כן יש לצפות לתקנות המסדירות את מנגנון התמיכה בקבלת החלטות, לרבות חשיבה ארוכת טווח הכוללת הכרה בהסכמי תמיכה בקבלת החלטות והגדרת פרוצדורה מתאימה. תיקון חשוב נוסף, שלא נכלל בסופו של דבר בהצעת החוק, הוא ביטול מוסד פסול הדין, שאינו עולה בקנה אחד עם אמנת האו"ם והתפיסה ביחס לאנשים עם מוגבלות. לצד תיקון החוק עומדת גם שאלת הטמעתו, ושנתיים לאחר העברת החוק לא ברורה מידת ההשפעה של התיקון לחוק על תסקירי העובדים הסוציאליים ועל החלטות בתי המשפט. לאור החיסיון של תיקי כשרות משפטית, נדרש מחקר, ביוזמת המדינה, כדי לבחון את השפעת החוק על ההחלטות וההחלטות בפועל.

זירת הסמכות והמומחיות – בימים אלו תלויות ועומדות תקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (חוות דעת מומחים), התשע"ח-2018 לאישור ועדת חוקה של הכנסת לאחר פרסומן של התקנות להערות הציבור.¹⁵⁷ חשיבותן של התקנות רבה, לאור המשקל הרב שניתן לחוות דעת מומחים הן במסגרת ייפוי כוח מתמשך והן במסגרת הליכי מינוי אפוטרופוס, שכן בכוחן לקבוע, בין היתר, כי אדם הוא בעל כשירות, כי אדם אינו מסוגל להבין בדבר וכי אדם אינו מסוגל לדאוג לענייניו. למותר לציין כי החוק כיום אינו מתייחס לדרך שבה יוכח כי אדם אינו מסוגל להבין בדבר, והוא גם נעדר קריטריונים ביחס למתן חוות דעת כאמור וביחס לראיות הנדרשות לצורך קביעה שאדם אינו מסוגל לדאוג לענייניו ויש למנות לו אפוטרופוס. כיום, לפי החוק, אין חובה להביא חוות דעת כאמור וגם האופן שבה תוגש אינו מוסדר, אך בפרקטיקה מקובל להגיש לבית המשפט חוות דעת רפואיות המעידות על מצבו הרפואי של האדם ומכוח חוות דעת זו לגזור את הצורך באפוטרופוס. לאורך הדיונים בכנסת טענו הארגונים האזרחיים כי מצב זה שגוי ופסול; ובמסגרת ההליך לתיקון החוק ביקשו הארגונים לשנות את המגמה גם בעניין זה ולהרחיב

155 תקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (ייפוי כוח מתמשך, הנחיות מקדימות לאפוטרופוס ומסמך הבעת רצון), התשע"ז-2017, ק"ת התשע"ז, 968.

156 קנות הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (סדרי הדין וביצוע) (תיקון), התשע"ז-2017, ק"ת התשע"ז, 1210.

157 טיוטת תקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (חוות דעת מומחים), התשע"ח-2018. www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_Attachments/44181_x_AttachFile.docx

את רשימת המומחים כך שתכלול גם מומחים שאינם בתחום הרפואי, שהבחנה תהיה תפקודית בלבד ולא רפואית ושחוות דעת רפואית לא תכלול המלצה בדבר מינוי אפוטרופוס, שכן אין מדובר בהמלצה הנמצאת בתחום המומחיות של רופאים. טיוטת התקנות מנסה להביא לידי ביטוי מגמה זו בהקשר של חוות דעת לעניין ייפוי כוח מתמשך, הנחיות מקדימות לאפוטרופוס ומסמך הבעת רצון. עם זאת אין עדיין הסכמות באשר לשאלת האיזון בין הגישות, במיוחד בין הארגונים האזרחיים לבין משרדי הממשלה, והא ראייה שלא גובשה הסכמה באשר לרשימת המומחים ואופן קביעת הצורך במינוי אפוטרופוס, ועד היום הנושא נותר ללא הכרעה.

זירת השירותים – במרבית המקרים בני משפחה משמשים כאפוטרופוסים לאדם, אך ביחס לאנשים שאין להם קרובים או כאלה שהקרובים אינם מעוניינים לשמש כאפוטרופוסים שלהם, מדינת ישראל פיתחה לאורך השנים שירותים מקצועיים בתשלום - בתחילה על ידי האפוטרופוס הכללי, לאחר מכן על ידי הסדרת פעולתם של תאגידי אפוטרופוסות ולאחרונה אף ניתן על ידי המדינה מימון חלקי לפעילותם (כאשר האדם חסר אמצעים ואינו יכול לממן את השירות). שאלה שנותרה פתוחה עם העברת התיקון לחוק היא אם מדינת ישראל תפתח גם שירות מקצועי של תמיכה בקבלת החלטות, אשר יאפשר לאנשים הנמצאים תחת אפוטרופוסות או אנשים שנשענים על עזרת סביבתם לקבל תמיכה כשירות ציבורי, מוסדר ומסובסד, כאשר אינם מעוניינים שמישהו מבני משפחתם או מחבריהם ישמש כתומך או כשאין בנמצא אדם מתאים.

הזירה הרעיונית – בתיקון לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות נכלל שינוי במונחים, שהוא לכאורה סמלי אך למעשה חשוב מאין כמותו, והוא החלפת המונח "חסוי" ל"אדם שמונה לו אפוטרופוס". הצורך בשינוי עלה מן האנשים עצמם ומארגוני החברה האזרחית, אך מדובר בתיקון שהיה מוסכם גם על הממשלה, שכן לא הייתה מחלוקת על כך שהמונח "חסוי" אינו מכבד אף אדם. דומה כי שינוי זה מחלחל גם בשיח היום-יומי ובמיוחד בדיוני הכנסת בנושאים אלה. עם זאת נדרש שינוי רוחבי בכל החוקים לצורך החלפת המונח "חסוי". בישיבות הוועדה גם הועלה הקושי בביטוי המונח "אפוטרופוס", במיוחד על ידי אנשים עם מוגבלויות, אך טרם נמצאה מילה עברית הולמת שיכולה להחליף מינוח ארמי זה. לצד השינויים הטרמינולוגיים עומדת השאלה באיזו מידה התפיסה שבבסיס החוק – מתן משקל מכריע לרצון האדם ולאוטונומיה שלו והימנעות מצמצום כשרותו המשפטית של כל אדם – מצליחה לחלחל לתפיסות אנשי המקצוע, בני המשפחה והסביבה הכללית.

יצוין כי חרף סיום חקיקת תיקון 18 לחוק, הוועדה הבין-משרדית שהמלצותיה הוגשו בפברואר 2019 דנה במרבית הזירות הללו. יידרש זמן נוסף כדי לבחון את מידת היישום של המלצות הוועדה.

לבסוף, נדמה כי השאלה הגדולה מכולן היא עד כמה השינוי בחוק ישפיע על חייהם של האנשים עצמם. האם עובדים סוציאליים לסדרי דין יטמיעו את שינוי החוק בחוות

”לא בטיפול“ – בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 18)

הדעת שלהם? האם בתי המשפט יצמצמו את מינויי האפוטרופסות? האם בעקבות הפחתת מינויי האפוטרופסות אנשים יקבלו החלטות רבות יותר על חייהם, או שמא מנגנונים פטרנליסטיים וטיפוליים אחרים יביאו לכך שגורמים מקצועיים ובני משפחה ימשיכו לקבל החלטות במקום האדם, על סמך שיקולי ”טובתו“? האם השינוי הטרימינולוגי, אשר שם דגש ברצון ותמיכה, יביא לשינוי מהותי? האם החברה תהיה מוכנה להכיר בכשרות המשפטית של כל אותם אנשים שעד לתיקון החוק היו מודרים לגמרי מהמגרש האזרחי? אנו בתחושה שהתיקון לחוק בהקשר הזה הוא במובנים רבים קטר רב עוצמה בעל פוטנציאל של ממש להניע שינוי. שאלת מימוש הפוטנציאל שבחוק להוביל שינוי עומק במעמדם של אנשים עם מוגבלות וזקנים בחברה הישראלית עדיין ממתינה להכרעה. אנו תקווה כי השינוי המשפטי יביא לשינוי חברתי של ממש במימוש הכשרות המשפטית וזכויות האדם של אנשים עם מוגבלות וזקנים במדינת ישראל.