

של מי החיים שלי? המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם מוגבלויות

יותם טולוב וארלן ס. קנטר

במדינת ישראל חיים כיום כ-40,000 אנשים תחת אפוטרופוסות. המאמר מבקש לבחון האם מוסד זה אשר התפתח לאורך ההיסטוריה מתאים לימינו ולערכי יסוד של זכויות אדם. בחלקו הראשון סוקר המאמר את הרקע ההיסטורי והמשפטי להתפתחות מוסד האפוטרופוסות ומונה את נזקיו הן במישור המהותי הן במישור המעשי. בחלקו השני מתאר המאמר כיצד הגישה הביקורתית למוגבלות חשפה את יסודותיו המפלים של מוסד האפוטרופוסות ופיתחה מודל חלופי המתבסס על כשרות משפטית מלאה ו'קבלת החלטות נתמכת'. המאמר מצביע על האופן שבו האמנה של האו"ם בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות קראה לעיגון הזכות המוחלטת לכשרות משפטית והביאה לרפורמות בחקיקה העכשוויות של מדינות רבות בעולם. המאמר סוקר חמישה ערוצים לשינוי חוקי האפוטרופוסות בעשורים האחרונים ומצביע על היחס הכרונולוגי וההיררכי בין הערוצים הללו. בחלקו השלישי של המאמר מופנה המבט חזרה פנימה אל עבר המשפט הישראלי ואל פסיקת בתי המשפט. המאמר מבקש לטעון כי למרות רטוריקה של זכויות אדם, בית המשפט העליון נמנע מלהכיר באופן מלא בזכות של אנשים עם מוגבלות לכשרות משפטית. עם זאת, החלטות אחדות של בתי משפט לענייני משפחה מדגימות כיצד ניתן להימנע כבר כעת ממינוי אפוטרופוסות באמצעות שימוש בחלופות נגיטיביות ופוזיטיביות.

מבוא

רחל (שם בדוי) הייתה בת שבעים ובשלב סופני של מחלת הסרטן כשפנתה אל ארגון 'בזכות' בבקשת עזרה. הרופאים בישרו לה כי נותרו לה חודשים ספורים לחיות, מצבה הלך והידרדר והיא אף החלה להתנייד בעזרת כיסא גלגלים. נוסף על כל אלה, היא התמודדה כל חייה עם סכיזופרניה פרנואידיית. רחל ערכנה את נציגי 'בזכות' כי בית החולים מסרב לשחרר אותה לביתה מבלי שימונה לה אפוטרופוס. בקשתה היתה אחת – למנוע את המינוי. רחל, אישה מפוכחת ונבונה וללא תמיכה משפחתית, ידעה את השלכות מינוי האפוטרופוס. באחת כל השליטה על חייה תעבור לידי גורם זר. אותו גורם ישלוט בכספיה, יחליט היכן תגור, יחזיק במידע רפואי אישי לגביה וינהל במקומה את התקשורת עם צדדים שלישיים. לרחל היה סרטן סופני, היא סבלה מכאבים אך כל מעייניה היו נתונים למאבק אחד – מינוי האפוטרופוס. את החודשים שנותרו היא רצתה לחיות חופשייה ועצמאית.

המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם מוגבלויות | יותם טולוב וארלן ס. קנטר

בהחלטה נדירה קבע בית המשפט, בניגוד לעמדת גורמי הרווחה והרופאים, כי לא ימונה לרחל אפטרופוס. רחל שוחררה מבית החולים וחזרה לביתה בערב פסח של שנת 2012. "אני באמת יוצאת לחירות השנה", אמרה. כעבור שנה וחצי היא נפטרה. שנה וחצי של גסיסה, של פרונויות ושל מאבקים בסרטן. אבל בכל התקופה הזו רחל הלכה בגב זקוף. חייה, גם אם הלכו ואזלו, היו בידיה. ובידיה בלבד.

מאמרנו מבקש לתאר את המאבק המתיש של אנשים עם מוגבלות במדינת ישראל לעצמאות ולשליטה על חייהם. הקושי של רחל, כמו גם של אנשים אחרים עם מוגבלות לנהל את חייהם, מוביל לעיתים קרובות את גורמי הרווחה, הרפואה, והמשפט למסקנה כי אין מנוס ממינוי אפטרופוס. על המחיר של מדיניות זו, על ניצני ההתנגדות לה, ועל המהפכה העולמית שמתדפקת על שערינו בתחום זה, נבקש להרחיב במאמר.

1. חסויים: מוסד האפטרופסות והשפעתו על אנשים עם מוגבלויות

א. אפטרופסות: רקע היסטורי ומשפטי

חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות"), חוק ישן ומיושן,¹ מסדיר את אחת מזכויות האדם היסודיות ביותר – הזכות לכשרות משפטית. החוק מכריז בפתיחתו כי כל אדם 'כשר' בשני אופנים: כשר לזכויות ולחובות וכשר לבצע פעולות משפטיות.² הכשרות הראשונה היא ההכרה בכל פרט כאדם אשר לו זכויות וחובות (legal standing). הכשרות השנייה, אשר תיקרא להלן 'כשרות משפטית', נוגעת לזכות של האדם לפעול ולבצע פעולות משפטיות הנוגעות לאותן זכויות וחובות (legal agency). כשרות זו מאפשרת לאדם למכור נכס; לעבור דירה; לרכוש פלאפון; להירשם ללימודים; להצביע בבחירות; לטוס לחו"ל, להתחתן. הכשרות המשפטית של האדם מבטאת הכרה חברתית, המעוגנת במשפט, בדבר האוטונומיה של האדם לממש את רצונותיו בהתאם להעדפותיו. על כן ברי כי זכויות האדם היסודיות ביותר – הזכות לאוטונומיה, לשוויון, לכבוד, לחירות, לקניין – כולן מושתתות על ההכרה בדבר הכשרות המשפטית המלאה של האדם. ההיסטוריה האנושית רצופה במאבקים של קבוצות אשר הוגדרו כשונות ועל כן כנחותות, לשוויון.³ בחוק הרומי הגבילה האפטרופסות את כשרותם של עבדים, נשים, ילדים ונתינים זרים מלבצע פעולות כלכליות.⁴ המשפט האנגלי ביסס את פרקטיקת מינוי האפטרופסות על מי שכוננו – idiots-1 lunatics.⁵ במרבית מדינות העולם הייתה לנשים כשרות מוגבלת והן לא יכלו להצביע, להיות בעלות רכוש ואף לא להחזיק במשמורת על ילדיהן. ההיסטוריה של השחורים בארצות הברית נטועה במאבק על הזכות להכרה משפטית של האדם השחור כשווה זכויות. נשים, עבדים, מייעוטים לאומיים אתניים וגזעיים, זקנים וילדים – כולם התמודדו בעבר עם הנחה בדבר חוסר מסוגלות אשר תורגמה לסטטוס משפטי נחות ולכשרות משפטית מוגבלת. מעטים עדיין מנהלים מאבק זה. אנשים עם מוגבלויות לצד זקנים הם הקבוצה המרכזית אשר עדיין סובלת משלילת הכשרות המשפטית ומהגבלתה. ברחבי העולם ניטלת הכשרות המשפטית של אנשים עם מוגבלות פיזית, חושית שכלית ונפשית.⁶ גם בישראל קיימת מדיניות ברורה של מינוי אפטרופוסים.⁷ נכון להיום יש בישראל כ-40,000 חסויים,⁸ כלומר אנשים אשר מונה להם אפטרופוס, ומדי שנה ממונים אפטרופוסים לכ-5,000 חסויים בממוצע.⁹ ההשוואה למדינות אחרות מראה, כי מספר החסויים במדינת ישראל גבוה באופן יחסי למדינות מערביות¹⁰ ושיעור הגידול שלו חריג – על פי נתונים לא רשמיים מספר החסויים הכפיל את עצמו בחמש עשרה השנים האחרונות.¹¹

חוק הכשרות קובע כי כל אדם אשר "אינו יכול, דרך קבע או דרך ארעי, לדאוג לענייניו, כולם או מקצתם, ואין מי שמוסמך ומוכן לדאוג להם במקומו"¹² יכול למצוא את עצמו תחת מינוי אפוטרופוס, אולם בפועל מבחן זה מוחל באופן סלקטיבי. אף שאין פילוח רשמי של אוכלוסיית החסויים, ניתן לשער כי היא מתחלקת לשתי קבוצות עיקריות – אנשים זקנים וכן אנשים עם מוגבלויות.¹³

ב. ביקורת על מוסד האפוטרופוסות

ניתן למנות שלושה שיקולים מנחים בעת מינוי אפוטרופוס – להגן על האדם מפני נזק באמצעות הגבלת כשרותו המשפטית; לאפשר ביצוע פעולה משפטית באמצעות האפוטרופוס במקרים שבהם קיים ספק לגבי מידת ההבנה והכשירות של האדם; וכן הרצון למנות אחראי על אדם אשר אינו יכול לדאוג לענייניו באופן עצמאי. מינוי אפוטרופוס נתפס אם כן ככלי המבטא את האחריות ההורית של המדינה כלפי אזרחיה החלשים.¹⁴

אולם בשנים האחרונות, בעולם ובארץ, נשמעת ביקורת גוברת על מוסד האפוטרופוסות. נמנה כמה מהטיעונים הנשמעים כנגד מוסד האפוטרופוסות. ראשית, הביקורת הערכית, היוצאת כנגד יצירת סטטוס משפטי מובחן לבני אדם, סטטוס אשר הופך את האדם לשקוף וגוזר עליו מוות אזרחי.¹⁵ שנית, מינוי האפוטרופוס תוך שלילת הכשרות המשפטית פוגע בזכויות האדם היסודיות ביותר – הזכות לכשרות משפטית, לאוטונומיה, לחירות, לכבוד ולקניין. שלישית, אפוטרופוסות מייצרת הדרה ודחיקה לשוליים של אנשים עם מוגבלות וזקנים.¹⁶ הסכמתו של האדם החסוי אינה נחוצה לצורך קבלת החלטות על חייו, נותני שירות פונים לאפוטרופוס מעל לראשו והחלטות רבות מתקבלות שלא בנוכחותו וודאי שלא בהסכמתו.¹⁷ רביעית, אפוטרופוסות מייצרת קרקע פורייה לניצול ולמרמה וזאת בשל מתן הכוח המופרז לאפוטרופוס תוך שלילה כמעט מוחלטת של זכויות החסוי.¹⁸ חמישית, אפוטרופוסות היא ביטוי להתנערות המדינה מחובותיה כלפי אוכלוסיות מוחלשות. הלשכה לשירותים חברתיים מתקשה לתת מענה ללקוחותיה בשל העומס הרב¹⁹ ועל כן במקרים שבהם יש צורך במעורבות אינטנסיבית וכאשר מדובר בלקוח עם מוגבלות, ודאי כאשר אין מעורבות רצויה של בן משפחה, תיזום הרווחה מינוי של אפוטרופוס.²⁰ שישית, חוקרים מצביעים על כך שאפוטרופוסות משפיעה לרעה על תפיסת האדם החסוי את עצמו ואת יכולותיו. על גבי המוגבלות השכלית או הנפשית של האדם נוספת המוגבלות שהחברה מייחסת לו והחסמים שהחברה מציבה בפניו והדבר בא לידי ביטוי בהגברת תלות, באובדן יכולות ובאי-פיתוח רצונות.²¹ שביעית, יש זיקה ישירה בין שלילת כשרות משפטית של אדם לבין השמה במוסדות.²² הדבר בולט כאשר המינוי הוא של אפוטרופוס חיצוני אשר פוטר את עצמו מחובותיו עם העברת החסוי למסגרת טיפולית.²³ לצד הביקורת המהותית כנגד עצם קיום מוסד האפוטרופוסות רווחת הביקורת על אופן פעולתו של מוסד זה. הביקורת מתייחסת להדרתו של האדם מהליך המינוי,²⁴ מהיקף השימוש בכלי האפוטרופוסות ומחוסר המידתיות של השימוש בו,²⁵ מהיעדר עקרונות מנחים לאופן תקוד האפוטרופוס, מכך שהפיקוח של האפוטרופוס הכללי אינו אפקטיבי,²⁶ מריבוי מקרי הניצול, הגניבה והרשלנות מצדם של אפוטרופוסים,²⁷ מכך שתאגידי אפוטרופוסות נותנים שירות רע ללקוחותיהם,²⁸ בין היתר בשל העומס הרב המוטל על רכזי הטיפול,²⁹ ומכך שהתשלום על שירות שנכפה על האדם ושנגביל את זכויותיו יוצא מכיסו.³⁰

למרות התגברות הביקורת על מוסד האפוטרופוסות ואי-שביעות הרצון ממנו, מינוי אפוטרופוס עדיין נתפס על ידי אנשי מקצוע, בני משפחה והקהל הרחב כחובה מוסרית, כאחריות חברתית וכפתרון חיוני. בפרקים הבאים שבמאמר זה נבקש לבחון את שורשי העמדה התומכת במינוי אפוטרופוסות,

המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם מוגבלויות | יותם טולוב וארלן ס. קנטר

נסקור את התמורה שחלה בעולם ביחס לנושא זה ונבחן את הצעדים הראשונים שנעשים בארץ לשינוי בתחום דרך פריזמת פסיקת בית המשפט.

2. מהפיכת הזכות לכשרות משפטית בעולם והשפעתה על מוסד האפוטרופוסות

א. המעבר מהגישה הרפואית לגישה הביקורתית

הגישה הרווחת בחברה המודרנית ביחס לאנשים עם מוגבלויות, הידועה כ'גישה הרפואית'³¹, רואה בלקות תכונה אובייקטיבית אשר טבועה באדם. האדם הלקוי הוא גרסה טובה פחות ותקינה פחות של האדם הבריא ועל כן המאמץ החברתי מוקדש לריפוי ולשיקומו כך שיוכל להשתלב במערכות החברתיות והפיזיות הקיימות. על פי גישה זו על החברה לפתח מסגרות ייחודיות עבור אנשים עם מוגבלות אשר אינם יכולים להשתלב בחברה בכוחות עצמם.

אל מול הגישה הרפואית מתפתחת, החל משנות השבעים של המאה העשרים, גישה ביקורתית של פעילים עם מוגבלות בארצות דוברות אנגלית ובסקנדינביה, אשר טוענת כי מקורה של המוגבלות אינו רק בפתולוגיה של היחיד כי אם בפער שבין האדם לבין סביבתו. קבוצה זו קידמה גישה אחרת, הידועה כ'גישה הביקורתית למוגבלויות', וראתה בנכות תוצר של יחסי גומלין בין האדם לבין הסביבה ויחסה אל מאפייניו השונים.³² הגישה הביקורתית מעבירה את הזרקה להבניה החברתית של המכשולים אשר מונעים מאנשים עם מוגבלויות להשתתף באופן פעיל בחברה ולממש את זכויותיהם. כך למשל אדם המתנייד באמצעות כיסא גלגלים אינו אדם חולה אשר זקוק לטיפול מצד החברה אלא אדם שווה זכויות ועל החברה להתאים את עצמה ולהנגיש את מרחביה ואת שירותיה עבורו. המדרגות ולא ניוון השירים, הן המגבלה האמתית אשר דורשות תיקון.³³

הגישה הביקורתית מביאה לשינוי יסודי בתפיסת הזכויות והשירותים אשר ניתנים לאנשים עם מוגבלויות. בתעסוקה – על פי הגישה הרפואית האדם עם המוגבלות זקוק למסגרת עבודה מוגנת ונפרדת או לאמצעי שיקום אשר יאפשרו לו להשתלב במקומות עבודה רגילים. ואילו על פי הגישה הביקורתית על המעסיק לבצע התאמות בסביבת העבודה ועל המדינה לספק תמיכה כדי לאפשר לאנשים עם מוגבלות לעבוד בהצלחה במסגרות עבודה רגילות.³⁴ בנגישות – על פי הגישה הרפואית על האדם לנהל את חייו במסגרות ייעודיות לאנשים עם מוגבלות אשר מותאמות לצרכיו ולמוגבלותו. ואילו על פי הגישה הביקורתית, על החברה להנגיש את כלל מוסדותיה ושירותיה הציבוריים כדי לאפשר הכללה מלאה של אנשים עם מוגבלויות.

ככל שהגישה הביקורתית הלכה והתפתחה, וככל שמבטה סקר את כלל המערכות החברתיות-משפטיות המשפיעות על חייהם של אנשים עם מוגבלויות, כך גברה ההכרה בצורך לבחון לעומק את מוסד האפוטרופוסות. ההתייחסות של הגישה הביקורתית לאפוטרופוסות נחלקה (כדרכן של גישות ביקורתיות ככלל) לשניים: חשיפה של תפיסות העולם העומדות בבסיס השיטה הקיימת ואשר מוצגות על פי רוב כאקסיומות אובייקטיביות ומדעיות; וקידום מנגנון חלופי לאפוטרופוסות, אשר מתבסס על עקרונות שוויון הזכויות. נסקור בקצרה את שני השלבים הללו.

הליכים למינוי אפוטרופוס בארץ ובעולם מבוססים על הגישה הרפואית. בין שהמינוי נגזר ישירות מקיומה של פתולוגיה (גישת הסטטוס), בין שהוא נגזר מטיב ההחלטות שהאדם מקבל (גישת התוצאה) ובין שהוא מתבסס על יכולת קבלת ההחלטות של האדם (הגישה הפונקציונאלית),³⁵ ההחלטה למנות אפוטרופוס מתבססת על התפיסה כי הלקות וחוסר היכולת טבועה באדם בעל המוגבלות. שלילת כשרות משפטית מאדם עם קושי בקבלת החלטות דומה להחלטה למנוע כניסה של אדם, המתנייד באמצעות כיסא גלגלים, לבניין ציבורי באמצעות גרם מדרגות. בשני המקרים

החברה מצפה מהאדם להתאים את עצמו לסטנדרטים שלה ולסביבה הקיימת, במקום להתאים את הסביבה לצרכים וליכולות של כלל אזרחיה, השונים זה מזה.

נוסף על כך טוענת הגישה הביקורתית שרק אנשים עם מוגבלות וזקנים נדרשים למבחן שיקבע אם הם זקוקים לאפטרופוס. גם כאשר החקיקה אינה כוללת התייחסות מפורשת למוגבלות או לגיל אלא מסתמכת על גישת התוצאה או על הגישה הפונקציונאלית, היא מיושמת באופן מפלה אך ורק על אנשים עם מוגבלות. דרי רחוב, חדלי פרעון או אזרחים מן השורה אשר מקבלים החלטות מזיקות ובלתי רציונאליות אינם נדרשים לתת דין וחשבון כדי לזכות בכשרותם המשפטית.

לבסוף, הגישה הביקורתית מבקשת לקרוא תיגר על ההנחה פרי עידן הנאורות כי הציר המרכזי שעליו סובב ה-personhood³⁶ הוא הקוגניציה, מידת היכולת לחשב סיכונים ויכולת קבלת החלטות בצורה נבונה.³⁷ על בסיס השקפה פילוסופית אחרת ועל בסיס מחקרים מדעיים המפוררים את הרציונאליות של האדם, מבקשת הגישה הביקורתית ליצור מכנה רחב יותר לאנושיותנו, מכנה המתבסס על רצון ואף על אקסיומה אפריורית כי כל בני האדם נולדו שווים ולכן לכל אדם באשר הוא צריך שתהיה כשרות משפטית מלאה. זוהי גישה נועזת אשר מתנגשת עם לא מעט מהנחות היסוד של המשפט האזרחי. יתרה מזאת, גישה זו נתקלת באתגרים לא פשוטים ככל שהיא מבקשת להיות רלוונטית גם לאנשים עם מוגבלות במצב תפקודי נמוך כגון אנשים עם מוגבלות שכלית קשה, אנשים חסרי הכרה, ואנשים במצב פסיכוטי.

על רקע הגישה הביקורתית הבשיל הצורך בפיתוח תפיסה חדשה בכל הנוגע לזכות של אנשים עם מוגבלות לכשרות משפטית מלאה ולקבלת החלטות על חייהם. אל תוך ההקשר הזה הפציע סעיף 12 לאמנת זכויות האדם של אנשים עם מוגבלויות, אחד הסעיפים המהפכניים באמנה, אשר מאתגר עד היסוד את צורת החשיבה המקובלת בעולם ביחס לאנשים עם מוגבלויות.

ב. האמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות וסעיף 12

בשנת 2001 החל באו"ם תהליך, בהובלת ארגוני אנשים עם מוגבלויות מרחבי העולם, לניסוח אמנה לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות.³⁸ כעבור חמש שנים התגבש נוסח סופי של האמנה אשר אומץ על ידי העצרת הכללית של האו"ם ונקרא: האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות (Convention on the Rights of Persons with Disabilities [CRPD]). האמנה מושתתת על עקרונות הגישה הביקורתית, וביניהם: כבוד לאוטונומיה של הפרט ולזכותו לקבל את ההחלטות על חייו. האמנה כוללת חמישים סעיפים העוסקים בין היתר בזכות לדיוור בקהילה, באיסור על הפליה, בנגישות, בזכות לחינוך מכיל, בנגישות לצדק, תוך הדגשה כי זכויות אלו קנויות לכל אדם עם כל מוגבלות בכל רמות התפקוד. נכון לאפריל 2014 חתמו 158 מדינות על האמנה ו-145 אשררו אותה. ישראל אשר הייתה שותפה אקטיבית בניסוח האמנה אשררה את האמנה ביום 28.9.12.

האמנה מהווה, אם כך, מסמך משפטי כמו גם הצהרה ערכית, בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. רוח האמנה, העקרונות שבה, והוראותיה השונות צריכות לבוא כעת לידי ביטוי בחקיקה, בפסיקה ובפיתוח השירותים במדינות השונות. כפי שנראה, האמנה נהפכה לכוח מניע לשינויים בחוקי אפטרופסות ובפרקטיקה בתחום ברחבי העולם.

סעיף 12 לאמנה עוסק בזכות להכרה שוויונית בפני החוק. הסעיף נועד לקדם את הזכות לכשרות משפטית של אנשים עם מוגבלויות תוך התמודדות עם הפרקטיקה של מינויי אפטרופסות הנוהגת ברוב מדינות העולם.³⁹ הסעיף קובע, כי אנשים עם מוגבלויות הם בעלי כשרות משפטית שווה לשל אחרים בכל היבטי החיים. עוד נקבע כי על המדינות מוטלת החובה לספק תמיכה לאנשים עם מוגבלויות הזקוקים לכך, כדי שיוכלו לממש את כשרותם המשפטית. בכך מצהיר סעיף 12 על

המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם מוגבלויות | יותם טולוב וארלן ס. קנטר

המעבר ממודל של 'קבלת החלטות חלופית' שביסוד מנגנון האפוטרופוסות למודל של 'קבלת החלטות נתמכת'. הסעיף כולל הוראה כי כל אמצעי אשר נוגע למימוש הכשרות המשפטית יכלול אמצעי ביטחון פרוצדורליים. לבסוף מדגיש סעיף 12 את הזכות של אנשים עם מוגבלויות לאוטונומיה בתחום הפיננסי ובתוך כך לירושה, לבעלות על רכוש, להלוואות בנקאיות ולכל סוגי האשראי. סעיף 12 לאמנה מרכזו אליו את תשומת הלב הבינלאומית בשנים האחרונות. כפי שנראה להלן, מדינות רבות התייחסו ברצינות לאתגר שהציב בפניהם סעיף 12 ובחנו מחדש את חוקי האפוטרופוסות שלהם. בתי משפט בעולם החלו אף הם לבחון בחשדנות את השימוש באפוטרופוסות וזאת בהשפעת האמנה. לבסוף, ארגוני שטח החלו לפתח שירותי תמיכה אשר יבטיחו כשרות משפטית מלאה לאדם, גם כאשר הוא זקוק לסיוע רב בכדי לממש זכות זו. נפרוט בקצרה חלק מהמגמות הללו בטרם נפנה את המבט פנימה לשינוי שחל בתחום זה בישראל.

ג. התפתחות בינלאומית בקידום הזכות לכשרות משפטית

את ההתפתחות בעולם בנושא אפוטרופוסות והזכות לכשרות משפטית ניתן לחלק לחמישה ערוצי שינוי. **הערוץ הראשון** הוא שימוש בעקרון המידתיות על מנת לצמצם ולרכך את השימוש באפוטרופוסות, כך למשל עקרון השימוש באמצעי המגביל פחות כגון הגבלת משך המינוי, צמצום תחום המינוי או הימנעות ממינוי אפוטרופוס כאשר ניתן להסתפק באמצעים חלופיים. **הערוץ השני** הוא פיתוח כללים פרוצדורליים שביטחו הליך הוגן כגון חובת נוכחות האדם בדיון, בחינה תקופתית של המינוי, הזכות לייצוג משפטי ורדישות הרוקות בנוגע לחוות דעת המומחה בהליך. **הערוץ השלישי** הוא פיתוח כלי תכנון משפטיים כגון ייפוי כוח מתמשך, ייפוי כוח רפואי, הנחיות מקדימות והסכמי ייצוג. **הערוץ הרביעי** הוא מציאת פתרונות חלופיים לאפוטרופוסות שעניינם הגנה מפני נזקים וזאת מבלי לשלול מהאדם את כשרותו המשפטית. ערוץ זה ייקרא 'חלופות נגיטיביות לאפוטרופוסות' שכן ביסודו עומדת עדיין התפיסה כי יש להגביל את הכשרות המשפטית של האדם במצבים של סיכון.⁴⁰ בלב **הערוץ החמישי** נמצא מוסד חדש של 'קבלת החלטות נתמכת' אשר נועד להבטיח כשרות משפטית מלאה לאדם ואשר מחליף את שיקולי 'טובת האדם' ברצונותיו של האדם ובהעדפותיו.⁴¹ **הערוץ החמישי** הוא היחיד שמגלם במלואו את העקרונות של הגישה הביקורתית ושל סעיף 12 לאמנה,⁴² שכן הוא מתמקד בחובה של החברה לסייע לאדם להתגבר על הקשיים הנובעים ממוגבלותו תוך מתן ייעוץ, ליווי, סיוע והנגשה. ערוץ זה ייקרא 'חלופה פוזיטיבית לאפוטרופוסות'. נסקור בקצרה את דרכי התפתחות הערוצים השונים והאופן שבו הם באים לידי ביטוי במדינות השונות.

במדינות מערביות רבות עיקר הדגש ברפורמות בחקיקת אפוטרופוסות הושם בתחילה על מידתיות ועל הליך הוגן (שני הערוצים הראשונים) מבלי לשנות את התפיסה המהותית בדבר האפוטרופוסות. במקביל פותחו במדינות רבות כלי תכנון משפטיים אשר כווננו על פי רוב לאוכלוסייה הכללית כחלק ממדיניות רחבה לקידום תכנון ההזדקנות וכיבוד רצונו של האדם במצבים סופניים. לאחרונה, ובהשפעה ברורה של האמנה, גבר העניין של מדינות כפיתוח חקיקה אשר כוללת את הערוץ החמישי של 'קבלת החלטות נתמכת', לעתים לצד אפוטרופוסות ולעתים במקומה. הערוץ הרביעי שעניינו פיתוח חלופות נגיטיביות לאפוטרופוסות לשם הגנה מפני נזקים אינו זוכה עוד להתייחסות רבה. אלו שתומכים באפוטרופוסות אינם זקוקים לחלופות נגיטיביות ואלו שמדגישים את הזכות לכשרות משפטית נרתעים מלהשתמש בהגבלות. אולם כפי שהעריך פרופ' קווין, הדיון בדבר קו התפר העדין שבין אוטונומיה להגנה צפוי להתעורר בשנים הקרובות ומדינות צפויות לפתח מנגנוני הגנה עדינים, מידתיים ואוניברסאליים.⁴³ נבחן כעת את האופן שבו שינויי החקיקה הביאו לידי ביטוי את חמשת הערוצים במדינות ברחבי העולם.

כבר בשנות השמונים נעשו בארצות הברית תיקונים רבים לחוקי האפוטרופוסות של המדינות השונות,⁴⁴ תיקונים שהתמקדו בשני הערוצים הראשונים, קרי בהידוק כללים פרוצדורליים, בשימוש בעקרון האמצעי המגביל פחות, ובהצבת סף גבוה יותר למינוי אפוטרופוס. בשנות התשעים הדגישו תיקונים נוספים בחקיקה את שיקול הדעת של האפוטרופוס בקבלת החלטות אשר צריך לתת משקל רב יותר לרצונו של האדם ולהעדפותיו וכן חוקו חוקים רבים אשר מכירים בכלי תכנון משפטיים.⁴⁵ כיום הולכים ומתגברים הקולות הקוראים לעיגון בחקיקה של קבלת החלטות נתמכת, וניתן למצוא ניצנים לכך אף בהחלטות שיפוטיות.⁴⁶

המועצה האירופית קיימה תהליך מקיף בשנות התשעים ובסופו פרסמה מסמך המלצה לעקרונות מנחים בחקיקה המתייחסת לכשרות משפטית ושלילתה בקרב מבוגרים.⁴⁷ המסמך מכיר בכך שיש אנשים עם מוגבלות אשר זקוקים לאפוטרופוס, והמלצותיו מורות על שימוש נרחב בשני הערוצים הראשונים שלעיל, קרי שימוש בעקרון האמצעי המגביל פחות, בעקרון המידתיות, בזכות להליך הוגן, במתן משקל לרצונו של האדם ועוד. כעבור פחות מחמש עשרה שנים פרסם נציב זכויות האדם במועצה האירופית מסמך המסמן שינוי בולט במגמה. המלצת הנציב יוצאת כנגד שלילת כשרות משפטית של אנשים עם מוגבלות וקוראת למדינות החברות לשנות את חוקיהן המתבססים על בחינות כשירות ולעבור למודל של כשרות משפטית מלאה תוך מתן תמיכה.⁴⁸

קנדה היא מעצמה ותיקה של חלופות לאפוטרופוסות והיא אף הקדימה את האמנה בעיגון הקונצפט של קבלת החלטות נתמכת. חוקים רבים במחוזותיה השונים כוללים רצף של חלופות מבלי לבטל כליל את האפשרות למנות אפוטרופוס. כך למשל במחוז בריטיש קולומביה שבקנדה חוקק בשנת 1996 חוק המאפשר לאנשים עם מוגבלויות קוגניטיביות ונפשיות לחתום על הסכם ייצוג אשר מעניק לתומך שמכות משפטית לייצג את האדם בפני צדדים שלישיים. חוק זה כולל סף נמוך של כשירות לצורך ההתקשרות אשר מבוסס על יחסי אמון בין האדם לבין מייצגו. חוק במחוז אחר, אלברטה, כולל מספר רב של חלופות לאפוטרופוסות – קבלת החלטות משותפת, קבלת החלטות נתמכת וכן ייפוי כוח מתמשך, אשר עשויים כולם לייתר את המינוי של אפוטרופוס.⁴⁹ בשנתיים האחרונות החל באחד ממחוזותיה של קנדה הליך לניסוח חוק חדש אשר יבטל כליל את מוסד האפוטרופוסות ויצעד בנתיב של תמיכה בקבלת החלטות. על פי טיוטת תזכיר החוק שהוצגה על ידי משרד המשפטים כל אדם יינהג מכשרות משפטית מלאה לצד האפשרות למינוי תומך, נציג או מנחה אשר תפקידם לסייע לאדם ולייצגו בהתאם לרצונו בפני צדדים שלישיים.⁵⁰

מדינות אחדות באירופה (אנגליה, גרמניה, שוודיה) ביטלו את מוסד האפוטרופוסות והחליפו אותו במוסדות מידתיים יותר אשר עדיין מגבילים את כשרותו המשפטית של האדם אם כי באופן חלקי. כך למשל שוודיה הסירה מהחקיקה את השימוש באפוטרופוסות כבר בשנת 1989. במקום זאת קיימות בחוקיה שתי חלופות: Godman, מעין נאמן שתפקידו לסייע לאדם בניהול ענייניו על בסיס רצונו של אדם, ו- Forvaltare אשר בדומה למינוי אפוטרופוס, מגביל את האדם, אולם מטפל אך ורק בתחומים כלכליים תוך שמירת כשרותו המשפטית של האדם ביתר התחומים.⁵¹

אירלנד נמצאת בשלב מתקדם להחלפת חקיקת אפוטרופוסות ישנה (משנת 1871) בחקיקה חדשה התואמת את האמנה. תזכיר החוק מבוסס על דוח של ועדה ממלכתית⁵² אשר קראה לביטול השימוש בעקרון 'טובת האדם' ובמוסד האפוטרופוסות. תזכיר החוק Assisted Decision Making (Capacity) Bill (משנת 2013) כולל עקרונות מנחים של מידתיות והליך הוגן לצד עקרונות מנחים חדשים כגון זכותו של אדם לקבל החלטות גם אם הן אינן נבונות ומבחן 'רצונו והעדפתו של האדם' אשר החליף את מבחן 'טובת האדם'. עוד מציג החוק מוסד חדש של קבלת החלטות נתמכת על בסיס הסכם שנחתם בין אדם לבין איש אמונו. במידת הצורך כולל החוק שני כלים מגבילים יותר עבור

המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם מוגבלויות | יותם טולוב וארלן ס. קנטר

אנשים ברמת תפקוד נמוכה – 'קבלת החלטות משותפת' ו'נציג בקבלת החלטות' אשר כפופים אף הם לעקרון 'רצון והעדפת האדם'. בנוסף לייפוי הכוח המתמשך בתחום הכלכלי הקיים כבר כיום בחוק האירי, צפוי התזכיר לכלול ייפוי כוח מתמשך ליתר התחומים. עוד כולל החוק מנגנוני פיקוח ודיווח לבירור חשד לניצול מצד התמיכה.⁵³

משרד המשפטים ההודי מוביל זה שלוש שנים מאמצים לתיקון ולהתקנה של שלושה חוקים העוסקים בכשרות משפטית. כך במסגרת תזכיר החוק Rights of Persons with Disabilities Bill, 2011, בוטלה האפטרופסות המלאה, הוסדר מנגנון מעבר של אפטרופסות חלקית ונקבע כי מעתה אנשים חדשים לא יהיו כלל תחת אפטרופסות (גם לא חלקית) אלא יקבלו תמיכה בקבלת החלטות.⁵⁴ הונגריה ערכה רפורמה בקודקס האזרחי שלה בשנת 2009 במסגרתה בוטל המנגנון הישן של מינוי אפטרופוס וניתנה עדיפות למינוי תומך בקבלת החלטות, לאחרונה אף חוקק חוק חדש לתמיכה בקבלת החלטות. לטביה ביטלה בשנת 2012 את האפטרופסות המלאה ועברה למנגנון של 'קבלת החלטות משותפת' תוך הגבלת משך המינוי וכן התקינה אפשרות להנחיות מקדימות.⁵⁵ צ'כיה ערכה אף היא רביזיה בקודקס האזרחי שלה בשנת 2012 אשר כללה ביטול אפטרופסות מלאה, הגבלת משך המינוי של אפטרופוס חלקי והכרה בקבלת החלטות נתמכת כחלופה עדיפה.

במקביל לחקיקה, מדינות שונות מפתחות שירותים לתמיכה בקבלת החלטות לאנשים עם מוגבלות. בשוודיה ניתנים שירותי תמיכה לאנשים עם מוגבלויות שונות אשר הוכחו כאפקטיביים בהגברת האוטונומיה לצד הפחתת ימי אשפוז וצמצום עלויות מטעם המדינה.⁵⁶ במדינות רבות (קנדה, אנגליה, אוסטרליה, בולגריה, צ'כיה)⁵⁷ מפותחים מעגלי תמיכה לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית. לכל מעגל תמיכה יש מנחה מקצועי וחברים בו אנשי האמון של האדם אשר יחדיו עומדים לרשותו כדי לקדם את רצונותיו. בארצות הברית יש מאות שירותי סיוע אישי המבוססים כולם על רצונו של האדם ועל בחירותיו ואשר נועדו לאפשר לאדם לקבל החלטות ולחיות על פי העדפותיו.⁵⁸ בדרום אוסטרליה ערך האפטרופוס הכללי פיילוט של תמיכה בקבלת החלטות עבור אנשים עם מוגבלות שכלית כצעד ראשון לקראת צמצום השימוש באפטרופסות.⁵⁹ פיילוט דומה החל לאחרונה גם באיזור בוסטון.

לסיכום, ישנה הכרה הולכת וגוברת בעולם כי לא די בערוצים הראשוניים של מידתיות, הליך הוגן ופיתוח כלי תכנון משפטיים וכי הגיעה השעה לחשוב מחדש על עצם השימוש במוסד האפטרופסות וזאת באמצעות קידום תמיכה בקבלת החלטות.

3. להיות חופשי בארצנו

א. ההגירה האטית של הגישה הביקורתית לארץ

בעשרים השנים האחרונות, ובייחוד מאז חקיקת חוק שוויון זכויות, החלה הגישה הביקורתית לחלחל אל תוך החברה הישראלית.⁶⁰ כיום, בשונה מבשנים עברו, ישנה הכרה משפטית וחברתית בחובה המוטלת על החברה להכיל ולאפשר שילוב אנשים עם מוגבלויות בכל תחומי החיים.⁶¹ אולם הכרה זו היא חלקית ביותר.⁶² בעוד הגישה הביקורתית קונה לה אחיזה ככל שהדבר נוגע לאנשים עם מוגבלות פיזית וחושית, הרי שבכל הנוגע למוגבלויות השכליות, הנפשיות והתקשורתיות, ובכל הנוגע להבניה הגילנית, הרי שהגישה הרפואית ממשיכה למשול בכיפה. כתוצאה מכך ניתן להצביע על הבחנה ברורה בין 'המוגבלויות הנורמטיביות', קרי הפיזיות והחושיות אשר זוכות להכרה בזכותן לשוויון זכויות לבין 'המוגבלויות המודרות', קרי השכליות, הנפשיות והתקשורתיות שמוחרגות פעמים רבות מעקרונות השוויון והשילוב. אנשים עם 'מוגבלות נורמטיבית' משולבים במסגרות תעסוקה רגילות

ואילו אנשים עם 'מוגבלויות מודרות' מופנים למפעלים מוגנים סרגטיביים. בעוד ברי לכל כי יש לאפשר נגישות לאנשים עם מוגבלות בניידות או עם מוגבלויות חושיות, הרי שמאנשים עם מוגבלות שכלית נמנעת הנגשה של פישוט לשוני או שימוש בתקשורת חלופית נתמכת. בעוד אנשים מקבלים לעיתים בברכה שילוב של אנשים עם מוגבלות פיזית וחושית בשכונתם, מתגלה התנגדות לשילוב של מסגרות דיור מוגנות לאנשים עם מוגבלות שכלית, נפשית ואיטיות.⁶³

בישראל, התחום שבו הגישה הביקורתית נעדרת כליל, ואילו הגישה הרפואית שולטת ללא עוררין, הוא תחום הכשרות המשפטית המיושם כמעט באופן בלעדי על 'המוגבלויות המודרות' ועל זקנים. אף שהחוק אינו דורש זאת, לא ניתן כיום הלכה למעשה למנות אפטרופוס, לצמצם מינוי או לבטל מינוי ללא חוות דעת רפואית.⁶⁴ הדבר מציב חסם של ממש לנגישות לצדק ואף מכפיף החלטה אשר יסודה בזכויות אדם, או לכל הפחות במנעד רחב של דיסציפלינות (זכויות אדם, סוציאלי, תפקודי, חברתי), לשיקול הדעת הרפואי. בנוסף, בהיעדר רגולציה⁶⁵ השתרשה נורמה של חוות דעת רפואיות המסתמכות אך ורק על האבחון הקליני. חוות הדעת אינן מרחיבות בדבר היכולות של האדם, והן מותחות קו ישר מה'ממצאים', קרי האבחון, אל ה'מסקנה', קרי הצורך במינוי אפטרופוס ללא כל הנמקה.⁶⁶ ישנן טענות רבות כנגד פרקטיקה זו. חוות הדעת עולות כסף רב, דבר אשר מגביל את יכולתם של אנשים לממן את התנגדותם למינוי; רופאים רבים נוקטים מדיניות שמרנית שמקלה במינוי אפטרופוס ומחמירה בהסרתו, אין דרישה להתמחות רפואית רלוונטית ואף לא להכשרה ספציפית בתחום הכשרות המשפטית כנהוג במדינות אחרות. אולם הטענה המרכזית לענייננו נוגעת לעצם מתן משקל מכריע לחוות דעת רפואית בהחלטה שעניינה זכויות אדם, כפי שמצייץ פרופ' דורון: "בתי המשפט מסתמכים בצורה כמעט עיוורת וטוטלית על חוות דעת רפואיות אלו ואף מוצאים בהן את הציודק להתפשרות על ההגנות הפרוצדורליות."⁶⁷

משמעות הדבר היא כי בפועל הרופאים הם שקובעים מתי ימונה לאדם אפטרופוס, זאת בעוד ישנם מודלים רבים בעולם אשר מבססים את ההחלטה בנושא על התמחות אינטר-דיסציפלינארית ללא דגש רפואי.⁶⁸

אף שהמבחן בחוק הוא לכאורה ניטרלי – 'אדם שאינו יכול לדאוג לענייניו', בפועל הוא מוחל אך ורק על אוכלוסיות עם מוגבלות וליתר דיוק רק על אנשים עם 'מוגבלות מודרת'.⁶⁹ כך למשל בדרך כלל לא ימונה אפטרופוס לאדם עם מוגבלות סיעודית בלבד שכן יהיה ברור כי הוא זקוק להנגשה, לתמיכה ולליווי ולא לאפטרופוס. ואילו אנשים עם מוגבלות נפשית או שכלית אשר נתפסים כמי שאינם יכולים לדאוג לענייניהם על רקע המוגבלות, יהיו מועמדים בראש ובראשונה לאפטרופוסות. למעשה, נוהלי משרד הרווחה מורים על מינוי אפטרופוס לאנשים עם מוגבלות שכלית ללא קשר לרמת תפקודם, כתנאי לקבלת שירותי דיור חוץ בתי.⁷⁰ בנוגע לאנשים עם מוגבלות אשר נמצאים בעמדה פגיעה ככל שהדבר נוגע לניצול, רווחת הנחה נוספת – הדרך הנכונה ביותר להגן מפני ניצול היא שלילת הכשרות המשפטית במקום פיתוח כלי ענישה ובקרה אפקטיביים. לסיכום, בתחום של כשרות משפטית השליטה של הגישה הרפואית מביאה למינוי אפטרופוס לאנשים עם מוגבלות שכלית, נפשית ותקשורתית תוך התעלמות ברורה מהמגמות שתוארו בעולם.⁷¹

ובכל זאת ניתן להצביע על ניצני שינוי בתחום גם בארץ. בראש ובראשונה ישנה הכרה גוברת בדבר הבעייתיות שבמינוי אפטרופוס ובצורך בזהירות מוגברת בשימוש בכלי זה. כמו כן משרד המשפטים ניסח תזכיר לתיקון חוק הכשרות אשר כולל שורה של שינויים (בעיקר שימוש בעקרון המידתיות ושימוש בכלי תכנון משפטיים).⁷² אולם בסקירה זו נבקש להתמקד בניסיונות של בתי המשפט לשנות את הפרקטיקה בתחום. נבחן את האופן שבו בתי המשפט מתייחסים לאפטרופוסות בשנים האחרונות והאם שיח זכויות האדם השפיע על ההחלטות בתחום.

המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם מוגבלויות | יותם טולוב וארלן ס. קנטר

ב. בית המשפט העליון בנושא בשורה חלקית

לאורך השנים בית המשפט העליון שב וקבע כי מינוי אפוטרופוס לאדם בגיר מהווה פגיעה בזכויות היסוד שלו. אולם כפי שנראה להלן, ישנו פער בין הקריאה העקרונית לבין הפסיקה במצבים קונקרטיים.⁷³

הקול המרכזי הראשון אשר הצביע על אפוטרופוסות לא רק ככלי מגן אלא ככלי שולל זכויות אדם היה זה של פרופ' אנגלרד אשר בעקבות חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו קבע כי: "יש לפרש את הוראות חוק הכשרות המשפטית מתוך מאמץ להגשים את תכליתו של חוק היסוד, שהיא הגנה על כבוד האדם וחירותו גם אם יש בכך משום סטייה מסוימת מכוונתו המקורית של חוק הכשרות המשפטית".⁷⁴

אמירה זו קנתה לה אחיזה בפסקי דין אחדים ואף הורחבה על ידי שופטי בית המשפט העליון. כך למשל, השופטת שטרסברג-כהן קבעה בשנת 1995 כי בעידן של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו יש לשקול בזהירות את הפעלת הסמכות של מינוי אפוטרופוס, ובלשונה:

חוק הכשרות המשפטית מצוי על קו התפר העדין בין זכותו של אדם לחרות, לכבוד, לאוטונומיה ולקנין, לבין כוחה ואף חובתה של המדינה להבטיח שאדם שאינו יכול לדאוג לענייניו יקבל הגנה ברמות אפוטרופוס...בהפעלת כח זה יש להימנע מדאגת יתר תוך הפגנת פטרנאליזם מגונן שיש בו משום כפייה המצמצמת את חרותו של האדם ופוגעת בכבודו.⁷⁵

ההצהרות הללו אף תורגמו לקביעה המשפטית כי לחסויים יש כשרות משפטית מלאה כל עוד לא הוכרזו כפסולי דין, סמכות הנתונה בידי בתי משפט לענייני משפחה לצד הסמכות למנות אפוטרופוס. על פי רוב עלתה שאלה זו כאשר אדם תחת אפוטרופוסות חתם על עסקה ללא אישורו של האפוטרופוס. משנתגלה דבר העסקה, ביקש האפוטרופוס לבטל את העסקה. בית המשפט העליון שב וקבע כי 'חסוי' אינו 'פסול דין' ועל כן יש תוקף לחתימתו על העסקה, תוך שהוא מצביע על דרכים חלופיות לבטל עסקאות באמצעות התרופות הכלליות שבחוק החוזים כגון חוסר גמירת דעת, הטעיה ועושק.⁷⁶

אולם פרשנות זו של החוק, שמציבה לכאורה את המשפט הישראלי בעמדה מתקדמת וליברלית ביחסה לאנשים עם מוגבלות, לא הוכיחה את עצמה דיה בשעת מעשה. אנשי מקצוע, אפוטרופוסים, בני משפחה וגם שופטים מתייחסים בפועל לאנשים חסויים כאל פסולי דין וכאל נטולי כשרות משפטית. הדבר צורם ביתר שאת כאשר מדובר בפסיקותיו של בית המשפט העליון עצמו.

כך למשל שלל בית המשפט העליון את זכות העמידה של חסויה אשר ביקשה להיות צד לערעור שהוגש על החלטתה למנות לה אפוטרופוס חיצוני. אותה אישה ביקשה להביע בפני בית המשפט את התנגדותה למינוי או לכל הפחות לבקש שאמה תהיה אפוטרופוסית. בית המשפט העליון קבע כי: "אומשהוכרזה המבקשת כחסוי ומונה לה אפוטרופוס הרי שנשללה כשירותה המשפטית לפעול בעצמה ואין היא יכולה להצטרף כצד להליך".⁷⁷

כך עוד במסגרת עתירה עקרונית שהוגשה לבג"ץ על הזכות של אדם תחת אפוטרופוס להגיש בקשה לעבור ממוסד לדיוור בקהילה,⁷⁸ נקבע כי מרגע מינוי האפוטרופוס האדם לא יוכל להגיש ערר על החלטת שיבוצו במוסד ללא הסכמת האפוטרופוס או לחילופין ללא אישור מפורש של בית משפט לענייני משפחה. במקרה אחר קבע בית המשפט העליון באמירת אגב כי חסוי אינו יכול לעשות כל פעולה משפטית ללא אישור האפוטרופוס ובכלל זאת לקבל ייצוג משפטי:

האפוטרופוס מחליף למעשה את רצונו של החסוי בעניינים בהם נקבע שהחסוי אינו יכול להחליט בהם... שכאשר אדם הוא חסוי, ואין עליו אפוטרופוס שפועל מטעמו, הרי שאין הוא יכול ורשאי להפעיל את רצונו לעשיית פעולות משפטיות ... גם אם היה החסוי מיוצג על-ידי עורך הדין אין הוא יכול להשתמש בשירותיו במלואם בשל חוסר יכולתו להסכים לעשיית פעולות מסוימות בשמו (הדגשה נוספה – י.ט, א.ק.)⁷⁹.

פער זה, בין ההצהרה לבין היישום, מאפיין היטב את השיח הרווח בנושא אפוטרופוסות בישראל. מצד אחד הכרה גוברת בכך שמדובר בכלי מגביל זכויות אדם ומצד שני שימוש תכוף, גורף ולא הכרחי בו. על פי מחקרו של פרופ' דורון, בתי משפט לענייני משפחה מחליטים למנות אפוטרופוס כמעט בכל המקרים המובאים בפניהם (94% מהתיקים שנבחנו).⁸⁰ כמו כן, כפי שהודגש לעיל מספר החסויים במדינת ישראל הכפיל את עצמו בחמש עשרה השנים האחרונות כאשר 90% מהמינויים הם מינויים גורפים לכל התחומים. סעיף 12 לאמנת האו"ם, הגישה הביקורתית, המעבר ל'קבלת החלטות נתמכת' – כל אלו טרם קנו להם אחיזה בישראל.

ג. שינוי מלמטה 1: פיתוח חלופות נגטיביות לאפוטרופוסות

על רקע הפער המשמעותי בין המצב הנוהג בארץ לבין המצב הרצוי המשתקף באמנה, ניתן בכל זאת להצביע על ניצני שינוי אשר צומחים מלמטה, בהחלטות נקודתיות, על פי רוב מאחורי דלתיים סגורות ולא לפרסום, שעניינן שימוש בחלופות נגטיביות כדי להימנע ממינוי אפוטרופוסות. לא מדובר באימוץ מלא של עקרונות האמנה אך בצעד חשוב בכיוון של צמצום מינויי האפוטרופוסות. פסק דינו של השופט שפירא מדגים היטב את הפוטנציאל של הפיתוח הנגטיבי.⁸¹ מדובר בערעור שהגישה אישה בת 69, אשר לה מניה-דיפרסיה, על החלטה למנות לה אפוטרופוס. המדינה יזמה את המינוי בעקבות חוות דעת רפואית שקבעה שהאישה זקוקה לאפוטרופוס. עוד הצביעה המדינה על כך שביתה אינו נקי כעדות לקושי שלה לנהל את ענייניה באופן עצמאי.⁸² האישה התנגדה בתוקף למינוי.

בית המשפט ערך ניתוח יצירתי של חוק הכשרות המשפטית תוך אזכור העקרונות המנחים שהובעו בפסיקה של בית המשפט העליון, כדי להביא לביטול האפוטרופוסות. בית המשפט קבע עיקרון מנחה על פיו יש לבחון האם ניתן לקיים את מטרת ההגנה ללא מינוי האפוטרופוס וזאת בהתאם לעקרון המידתיות. בשלב זה 'תפר' בית המשפט 'חליפת הגנה' אישית לאישה. על נכסיה הוא הורה לרשום הערת אזהרה עם 'התחייבות להימנע מלעשות עסקה' כאשר מחיקת הערת האזהרה תעשה רק על ידי צו בית משפט. נקבע כי מכספה שבחשבון הבנק תוכל האישה לבצע משיכה באופן עצמאי עד מחצית הכנסתה החודשית. עבור כל משיכה שמעבר לסכום זה תידרש חתימה של אדם נוסף. כך גם כל פעולה בחשבון לזכות צד ג' תחייב חתימה של אדם נוסף אשר יתווסף לחשבונה על פי בחירתה. פסיקה זו מהווה דוגמה חשובה לשימוש בחלופות נגטיביות לאפוטרופוסות בישראל. בית המשפט מכיר בכלים עדינים יותר, אפקטיביים לא פחות אשר מטילים מגבלה על השימוש ברכוש מבלי להפחית מהסטטוס המשפטי של האדם. ברשימת החלופות הנגטיביות ניתן למנות בהקשר הכלכלי – רישום הערת אזהרה, דרישה להרכב חתימה מיוחד בחשבון הבנק, הגבלת אשראי בחשבון, הגבלה מלהחזיק בפנקסי צ'קים או בכרטיסי אשראי, חלוקת הכסף לשני חשבונות – האחד פתוח והשני סגור ועוד.⁸³

קשה להעריך עד כמה השימוש בכלים אלו נפוץ כיום בבתי משפט לענייני משפחה.⁸⁴ הדבר תלוי במידה רבה בשאלה האם נציגי ב"כ היועמ"ש ופקידות הסעד מציעים פתרונות שכאלו ועד כמה השופטים מגלים נכונות לבחון חלופות אלו. אל מול המאמץ לקדם את הזכות לאוטונומיה ולכשרות

המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם מוגבלויות | יותם טולוב וארלן ס. קנטר

משפטית של האדם עומדים החשש מפני ניצול, והתפיסה, כי יש להקיף את האדם במעטפת הגנה מקסימאלית גם במחיר הפגיעה בזכויותיו.

יודגש כי החלופות הנגיביות אינן חפות ממורכבות. הן אינן מוכרות דיין על ידי גופים חיצוניים כגון בנקים ורופאים, הן לא נותנות מענה לחשש מפני התקשרות בעסקאות מזיקות,⁸⁵ והן מגבילות את חירותו של האדם וממשיכות את קו המחשבה של הגישה הרפואית. עם זאת ברי כי פיתוחן של חלופות נגיביות לאפורופוסות אשר אינן מבוססות על מוגבלות ואשר מגנות על הנכס או על הרכוש מבלי להגביל את הסטטוס המשפטי של האדם מהוות צעד פרקטי וישים, אשר יכול למנוע חלק ניכר מהנזקים שמינוי אפורופוס מסב לאדם.

ד. שינוי מלמטה 2 – חלופה פוזיטיבית: תמיכה בקבלת החלטות

בעוד בתי משפט משתמשים בחלופות נגיביות לאפורופוסות, גם אם באופן מצומצם, הרי שעד כה לא נעשה כל שימוש בחלופה הפוזיטיבית המובאת באמנה ונמצאת בלב העשייה הבינלאומית בתחום – מתן תמיכה בקבלת החלטות. האבחנה בין תמיכה לבין אפורופוסות משמעותית. תומך פועל בהתאם לרצון האדם, אפורופוס פועל בהתאם לטובתו כפי שהוא רואה אותה. תומך צריך להישמע להוראות האדם, חסוי חייב לציית להוראות האפורופוס. תפקידו של תומך לסייע, ללוות, לייצג, אך לעולם לא לכפות החלטות על האדם. אפורופוס יכול לכפות החלטות על החסוי. כפי שראינו, מדינות ברחבי העולם הכירו בתמיכה כחלופה אשר צריכה לרשת את מוסד האפורופוסות. על כן חסרון השימוש במונח זה והשימוש בו בישראל כולט. אולם לאחרונה, בהחלטה תקדימית, עשה בית המשפט צעד ראשון ומשמעותי אל עבר החלופה הפוזיטיבית.

יעל (שם בדוי) היא אישה בת 37 עם מוגבלות שכלית, אשר על רקע התנהלותה הכספית, מונה לה אפורופוס. ליעל הכנסה חודשית וכן בעלות חלקית על דירות הוריה. ליעל היו טענות רבות כנגד האפורופוס שלה – בתחילה אחיה ואחר כך תאגיד אפורופוסות. כך למשל התרעמה על החלטת האפורופוס שלא לאפשר לה להירשם לקורס פסיכומטרי מותאם לאנשים עם לקויות למידה, היות ועלותו יקרה ולדבריו סיכוייה להצליח נמוכים.⁸⁶

יעל הגישה באמצעות ארגון 'זכות' בקשה לביטול האפורופוסות. בעקבות בקשתה ניתן פסק דין תקדימי אשר מכיר לראשונה ב'תמיכה בקבלת החלטות' כחלופה לאפורופוסות. השופטת אספרנסה אלון⁸⁷ אשר ביטלה את האפורופוסות לאחר שב"כ היועמ"ש ופקידת הסעד תמכו בבקשתה של יעל, השתמשה בכמה כלים כדי להשיב ליעל את כשרותה המשפטית. לצד השימוש בחלופות נגיביות (רישום הערת אזהרה והגבלת חשבון הבנק), הכיר בית המשפט לראשונה בכך שאדם שאינו יכול לדאוג לענייניו זקוק יותר מכל לתמיכה ולליווי. יעל, כך נטען, אמנם אינה יכולה לנהל את ענייניה הכספיים לבד, אך היא אינה זקוקה למישהו שיעשה זאת במקומה. למעשה, כאשר האפורופוס עשה זאת במקומה הדבר נחוות על ידה כהשפלה וכהדרתה מניהול חייה. היות וליעל אין אנשי אמון, מונה לה בהסכמתה תומך בקבלת החלטות בשכר, רואה חשבון אשר מקבל תשלום חודשי על שירותי התמיכה שלו, מחצית מהסכום שיעל שילמה מדי חודש לאפורופוס שלה. בית המשפט הגדיר לראשונה את תפקידיו ואת סמכויותיו של התומך:

- א. לסייע ליעל לאסוף ולקבל מכל אדם או גוף כל מידע שנדרש לצורך קבלת החלטה שברצונה לקבל.
- ב. לסייע ליעל להבין את המידע אשר נוגע להחלטה שעליה לקבל על השלכותיו השונות.
- ג. לסייע ליעל להציג החלטותיה בפני כל אדם או גוף או להציגן עבורה, בהתאם להחלטתה.

ד. לסייע ליעל להוציא לפועל את החלטותיה.
ה. לייצגה בפני כל גורם או גוף שבו הדבר דרוש.

פסק הדין של השופטת אספרנסה אלון הוא פורץ דרך וחדשני. הוא מהווה קריאת כיוון ומדגים כיצד ניתן, באמצעות המשפט הישראלי הקיים, לקרב את הדין הנוהג למגמות הבינלאומיות בנושא הזכות לכשרות משפטית. יעל, אשר עד לפסק הדין הייתה חסויה, מחזיקה כעת במושכות חייה תוך קבלת הליווי והתמיכה הנדרשים לה. פסק הדין אך מדגיש את הצורך בשני שינויים הכרחיים לשם אימוץ עקרונות האמנה בתחום זה. האחד, פיתוח שירותי תמיכה בקבלת החלטות לאנשים עם מוגבלויות. שירות זה צריך להתבסס על תפיסת העולם של הגישה הביקורתית חף מפטרנליזם ומכוח מגביל. השינוי השני והחינוכי לא פחות, הוא עיגון הזכות לקבלת החלטות נתמכת בחקיקה כך שהשימוש בו ייהפך לדרך המלך.

4. סיכום

שאלות רבות נותרו עדיין פתוחות – האם המודל של 'קבלת החלטות נתמכת' יכול להיות רלוונטי לאנשים עם מוגבלות שכלית עמוקה? כיצד ניתן להבטיח כי התמיכה לא תגלוש להתערבות פטרנליסטית? מי יכול להיות תומך? האם צריך לפקח על התמיכה וכיצד? האם יש מצבים המצדיקים מינוי אפוטרופוס וכיצד ניתן לתחום אותם? האם יש מנגנוני הגבלה ראויים? כיצד יש לפעול לנוכח חשש ממשי לנזק? כיצד נכון לייצר את ההפרדה בין הורה לבין ילדו הבגיר תוך איזון בין הזכות לאוטונומיה של האדם עצמו לבין ההכרה בתפקיד המשמעותי שיש למשפחה בחייו של האדם? אלו הן חלק מהשאלות אשר נידונות באופן ערני בקהילה הבינלאומית. מהרגע שבו הדיון הציבורי בישראל יכיר בחובה המוסרית והמשפטית להבטיח את כשרותו המשפטית המלאה של כל אדם, ניתן יהיה להעמיק בשאלות המעשיות, לפתח פתרונות עבודה ולעבור למימושם. המאבק על הזכות של אנשים עם מוגבלות לצד אנשים זקנים להכרה בעצמאותם ובכשרותם המשפטית הוא במידה רבה המאבק על אנושיותם. ביסודו עומדת השאלה האם החברה מוכנה להכיר בכך שחייו של אדם הם שלו גם כאשר מדובר באדם עם אוטיזם, באדם המתמודד עם סכיזופרניה או באדם עם מוגבלות שכלית. במובנים רבים אנשים תחת אפוטרופסות מדגימים על בשרם ובאופן קיצוני את אחת משאלות היסוד של החברה הדמוקרטית – האם לשוויון יש גבולות? בכך אנשים עם מוגבלות ממשיכים מסורת ארוכה של קבוצות רבות בהיסטוריה של האנושות במאבק על שוויון הזכויות. התשובה שתינתן בנוגע לאנשים עם מוגבלות אינה אלא בבואה של התשובה הרחבה יותר אשר תינתן בנוגע לכל אחד ואחת מאתנו.

הערות

1 וכך נאמר בדוח מחקר של הכנסת אשר השווה בין החוק הישראלי לחוקים במדינות מערביות שונות (אנגליה, קנדה, אוסטרליה): "חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, המסדיר את האפוטרופסות בישראל, חוק לפני כ-50 שנה, והוא הוותיק ביותר בין החוקים שנסקרו במסמך זה. רק לשם השוואה, החוק השני הוותיק ביותר במדינות שנסקרו במסמך זה נחקק לפני 25 שנה בלבד (החוק בוויקטוריה נחקק בשנת 1986). במדינות העולם ניכרת מגמה של בחינה מחודשת של הסדרי האפוטרופסות ועיצובם מחדש כדי להתאימם לצרכים הקיימים", מתוך: הכנסת, מרכז המחקר והמידע סוגיות במינוי אפוטרופוס לבגיר – סקירה משווה 19 (2011) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02882.pdf (להלן: "סוגיות במינוי אפוטרופוס לבגיר"). כפי שיוזכר בהמשך, משרד המשפטים סיים לגבש תזכיר חוק לתיקון חוק הכשרות המשפטית.

- המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם מוגבלויות | יותם טולוב וארלן ס. קנטר
- 2 ס' 1 ו-2 לחוק הכשרות.
- 3 שגית מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית – חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות" נגישות לצדק חברתי בישראל 97 (ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).
- 4 ראו: EDGAR S. SHUMWAY, *FREEDOM AND SLAVERY IN ROMAN LAW* (1901) <http://www.jstor.org/stable/3306244?seq=2>.
- 5 Kristin Booth Glen, *Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship, and Beyond*, 44 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 93, 102-103 (2012-2013). לסקירה היסטורית של מוסד האפטרופסות ראו גם: Israel Doron, *From Lunacy to Incapacity and Beyond*, 19(4) HEALTH LAW JOURNAL IN CANADA 97, 97-114 (1998).
- 6 סוגיות במינוי אפטרופוס לבגיר, לעיל ה"ש 1.
- 7 כמעט אין מחקרים אמפיריים אשר בוחנים את הפרקטיקה בנוגע למינוי אפטרופוסים. חריג בנוף הוא מחקרו החשוב של פרופ' ישראל (איסי) דורון משנת 2004 אשר בחן לעומק 523 תיקים בבית משפט לענייני משפחה. ראו: ישראל דורון "הבלתי נראים": זקנים בצל אפטרופסות משפטית" הדרה חברתית וזכויות אדם בישראל 205 (יאיר רונן, ישראל דורון, ורד סלונים-נבו עורכים, 2008) (להלן: "מחקרו של פרופ' דורון").
- 8 המספרים הם בגדר הערכה שכן אין תיעוד ציבורי מדויק בעניין. כמו כן הם אינם כוללים אלפי חסויים אשר נמצאים תחת אפטרופסות לעניינים אישיים בלבד. ראו תשובת האפטרופוס הכללי לבקשה לפי חוק חופש המידע, 26.3.14 ('זכויות') (העתק בידי המחברים).
- 9 יודגש, כי כמעט אין כל נתון בנוגע להיקף מינוי האפטרופסות, חלוקה לפי מוגבלות, משך המינויים, מגורים בקהילה או במוסד ועוד. דרך זו של אי-פרסום נתונים סטטיסטיים על אוכלוסיות מוחלשות מוכרת ממאבקים רבים אחרים, ופוגעת ביכולת של הקבוצה הנפגעת לגבש זהות קבוצתית מבוססת ולהוכיח את הפגיעה בה.
- 10 "יש לתת את הדעת לכך ששיעור האפטרופוסים בישראל גדול מאוד לעומת השיעור במדינות אחרות", ראו: סוגיות במינוי אפטרופוס לבגיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 20.
- 11 על פי פרסומי עיתונות היו בשנת 1997 21,000 חסויים בישראל. יפה נבו "השוד הקל ביותר בישראל" ידיעות אחרונות – מוסף השבת 9.5.1997.
- 12 ס' 33(א)4 לחוק הכשרות. יודגש, כי סעיף 8 לחוק מאפשר להכריז על אדם 'שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לעניינים' כעל פסול דין. בפועל, משרד הרווחה נמנע מלבקש להכריז על אדם כפסול דין. לדברי משרד המשפטים ישנן הכרזות בודדות על פסולי דין בשנה. עם זאת האבחנה בין פסול דין לחסוי אינה ברורה דיה ובפועל בעיני גורמי רווחה, נותני שירות ובני משפחה 'חסוי' הוא אדם משולל כשרות משפטית, בדומה לפסול דין.
- 13 החלוקה בין אנשים עם מוגבלות לזקנים היא מלאכותית. מרבית הזקנים אשר נמצאים תחת אפטרופסות מתמודדים עם מוגבלות בין שהיא פיזית ובין שהיא מנטלית. ובכל זאת, בארץ ובעולם, לטוב ולרע, נהוג להפריד בין הקבוצות. על יחסי הגומלין בין האמנה לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלות לבין זכויות זקנים ראו: Arlene S. Kanter, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Implications for the Rights of Elderly People Under International Law*, 25(3) GA. ST. U. L. REV., 527 (2009). יש הגורסים שהאבחנה מושתתת על הבניה חברתית שונה וייחודית של כל אחת משתי הקבוצות. ראו: גילנות בחברה הישראלית: הבניה חברתית של הזקנה בישראל (ישראל איסי) דורון עורך, 2013).
- 14 לסקירת גלגוליה של דוקטרינת ה *parens patriae* כלומר תפקיד המדינה כמי שמחליפה את ההורה בהגנה על אזרחים חשופים לניצול ראו: A. F. Johns, *Guardianship Folly: The Misgovernment of Parens Patriae and the Forecast of its Crumbling Linkage to Unprotected Older Americans in*

- the Twenty-First Century – A March or Folly? Or Just a Mask of Virtual Reality*, 27(1) STETSON LAW REVIEW, 1 (1997).
- 15 המונח civil death משמש פעמים רבות לתיאור אנשים תחת אפטרופסות. ראו לדוגמה: Council of Europe, Commissioner for Human Rights, *Who Gets To Decide?: Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*, CommDH/IssuePaper 9 (2012) www.coe.int/t/commissioner/source/prems/IP_LegalCapacity_GBR.pdf (להלן: "Who Gets To Decide").
- 16 Leslie Salzman, *Guardianship for Persons with Mental Illness – A Legal and Appropriate Alternative?* 4 ST. LOUIS U. J. HEALTH L. & POL'Y, 279 (2011) לעבודת מחקר ישראלית המצביעה על הכשלים הפרוצדורליים בכל הנוגע להליכי האפטרופסות במשפט הישראלי ראו: יעל וקסמן היבטים פרוצדורליים במינוי אפטרופוס לבגירים – בחינת החסרים בחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות והצעות לשינוי (עבודת מחקר לצורך קבלת תואר "מוסמך במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2010).
- 17 פרופ' דורון הצביע על כך שבקרב אוכלוסיית הזקנים, מינויי אפטרופסות נפוצים יותר בקרב קבוצות מוחלשות – עניים, בודדים ואנשים השוהים במוסדות מחוץ לקהילה. ראו מחקרו של פרופ' דורון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 210-212.
- 18 ראו: WNUSP Document *Legal Capacity as Right, Principle and Paradigm. Submission to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities in response to its Call for Papers on theoretical and practical implementation of Article 12* (June 17, 2011) www.wnusp.net/documents/2012/WNUSP_Article12_Submission.doc documents/2012/WNUSP_Article12_Submission.doc וכן עמ' 8 בסיכום סמינר משפטי מטעם 'זכות' בנושא "כשרות משפטית ואפטרופסות – משנים גישה. משנים חקיקה" ראו: goo.gl/CZtY5c (להלן: סמינר משפטי מטעם 'זכות'). סקירה קצרה בדבר פרשיות ניצול ושחיתות של אפטרופוסים בעולם ניתן למצוא במחקרו של פרופ' דורון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 207-208. כך, למשל, מחקר שנערך בארצות הברית בשנת 2010 על ידי גוף המחקר של הקונגרס (GAO) סקר שורה ארוכה של מקרים שבהם אפטרופוסים גנבו או החזיקו שלא כדיון ברכוש של חסויים שהיו תחת חסותם. ראו: U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-10-1046, *Guardianships: Cases of Financial Exploitation, Neglect, and Abuse of Seniors* (2010).
- 19 על פי נתוני הלמ"ס 46% ממקבלי השירות בלשכות הרווחה בשנת 2006 היו אנשים עם מוגבלות. כפי שמצביע דוח של הנציבות, חלקם של אנשים עם מוגבלות בקרב מקבלי שירות מלשכות הרווחה כפול כמעט מחלקם באוכלוסייה.
- 20 על הקשר שבין הפרטה לפגיעה בזכויות אדם ראו: דפנה ברק-ארז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט ח 209 (2001).
- 21 למחקרים המצביעים על הקשר בין מינוי אפטרופוס לפגיעה ביכולות של האדם ראו: Arlene S. Kanter, *Carrie Rood Guardianship for Young Adults with Disabilities as Contrary to the Language and Purpose of the Individuals with Disabilities Education Improvement Act* (not published yet) כן ראו: שירלי ורנר ורייצ'ל לוונגרוב "אפטרופסות, אוטונומיה, קבלת החלטות נתמכת והזיקה ביניהן: כיצד הם נתפסים על-ידי אנשים עם מוגבלות שכלית, אנשים עם מוגבלות נפשית והורים לאנשים עם מוגבלות" 20-21 (לא פורסם) www.sw.huji.ac.il/article/2385.
- 22 על הדמיון התמתי בין מוסדות לבין אפטרופסות ראו: 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 UNIVERSITY OF COLORADO L.R., 157 (2009).
- 23 על חשיבות הזכות לדיוור בקהילה ועיגונה בחוק הבינלאומי ובחוק הישראלי ראו: Arlene S. Kanter, *There's No Place Like Home: The Right to Live in the Community for People with Disabilities Under International and Domestic Laws of the United States and Israel*, 45(2) ISRAEL L. REV.,

181. (2012) על הקשר הישיר בין מינוי אפוטרופוס לבין שליחת אדם למוסד בעולם ראו פסק דין של בית המשפט האירופאי לזכויות אדם: *Stanev v. Bulgaria* (Application no. 36760/06) 17 January 2012.
- 24 דוח מבקר המדינה משנת 2004 הראה כי בקשות למינוי אפוטרופוס לא נשלחות לאנשים, וכי בית המשפט לא עומד בחובתו על פי חוק לשמוע את האדם בטרם קבלת החלטה לגביו, ראו מבקר המדינה **דוח שנתי 254 – לשנת 2003 ולחשבונות שנת הכספים 2002** 664-663 (2004). כמו כן, על פי מחקר של פרופ' דורון, ב-95% מהתעודות הרפואיות שבתיקי אפוטרופוס שנבדקו נקבע, כי "החסי אינו מסוגל להשמיע את דעתו" ובכך הוא מודר מכל ההליך, ראו מחקרו של פרופ' דורון, לעיל ה"ש 7, עמ' 214. יודגש, כי השאלה בדבר הזכות של אדם להיות נוכח בדיון בעניינו אינה רפואית, כי אם שאלה של זכויות אדם.
- 25 90% מהמינויים המתועדים באפוטרופוס הכללי הינם גורפים (גוף ורכוש), ראו: תשובת האפוטרופוס הכללי לבקשה לפי חוק חופש המידע, 26.3.14 ('בזכות') (העתק בידי המחברים).
- 26 בדיון בוועדת חוקה הדגיש האפוטרופוס הכללי את המחסור בתקני פיקוח וכן ציין כי הפיקוח הינו רק על הרכוש וכי כעת מתחיל פיילוט שיבחן פיקוח גם על עניינים אישיים, ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 94 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, 4 (10.12.13). כך עוד על פי נתוני האפוטרופוס הכללי 50% מהאפוטרופוסים לא מגישים כלל דוחות אשר מהווים בסיס לעבודת הפיקוח, ראו: תשובת האפוטרופוס הכללי לבקשה לפי חוק חופש המידע, 27.4.11 ('בזכות') (העתק בידי המחברים). וראו עתירה של עמותת המשפט בשירות הזיקנה להורות על הקמת מערך אכיפה ובקרה אפקטיבי על אפוטרופוס (העתירה תלויה ועומדת): בג"צ 2857/13, **עמותת המשפט בשירות הזיקנה נ' שר המשפטים ואח'**.
- 27 בשנים האחרונות נחשפו כמה פרשיות ניצול, מרמה ורשלנות מצד אפוטרופוסים. קרן דורי דורות היתה אפוטרופוסית על כמאתיים חסויים ומנהליה חשודים כי הוציאו במרמה כספים מחשבונות החסויים תוך דיווח כוזב לאפוטרופוס הכללי. בשנת 2010 הורה האפוטרופוס הכללי על הפסקת פעילותה. ראו: **נועם שרביט "תאגיד האפוטרופוסות 'קרן דורי דורות' חשוד בהוצאת כספי חסויים שלא כדין" גלובס** 16.6.2009 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000458927, וכן תשובת הממונה על חופש המידע באגף האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי לארגון "בזכות" ביום 27.4.11 (העתק בידי המחבר). ירדנה נילמן, עורכת דין אשר ניהלה חברת אפוטרופוסות ואשר היתה אפוטרופוסית על כמאה ושלושים חסויים, נעצרה והורשעה בשנת 2011 על סמך הודאתה בגניבה בשווי שבעה מליון ₪ מכ-20 חסויים תוך זיוף מסמכים בנסיבות מחמירות (פסק הדין במחוזי הינו תפ (ת"א) 46535-03-10 **מדינת ישראל נ' ירדנה נילמן** (פורסם בנבו, 6.1.2011). פסק הדין בעליון הינו עפ 5115/12 **מדינת ישראל נ' נילמן** (פורסם בנבו, 10.6.13); דוח רואי חשבון שנערך עבור האפוטרופוס הכללי חשף חשדות כנגד עמותת ש.פ.ר, המשמשת כאפוטרופוסית על כ-1,400 חסויים, לאי סדרים חמורים ובכלל זאת העלמות כספים, שימוש שאינו ראוי בכספי חסויים, היעדר תיעוד של נתוני החסויים, אי הגשת דוחות, החזקה במיליוני שקלים אשר שייכים לחסויים שנפטרו ועוד. בעקבות הרוח הוחלפו גורמים בכירים בהנהלת העמותה. ראו: האפוטרופוס הכללי ש.פ.ר – **עמותה למען שירות אפוטרופוסות (ע"ר) דוח ביקורת מטעם האפוטרופוס הכללי (טיוטה)** (2012) bizchut.org.il/he/?attachment_id=1939; אור קשתי "הרוח העלה חשד למעילה בעמותת אפוטרופוסות, הרשויות נהגו ביד קלה", **הארץ** 25.10.13 www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2148926.
- 28 מבקר המדינה דוחות ביקורת של האגף לתפקידים מיוחדים 93-79 (2011).
- 29 יחס של רכז טיפולי אחד ל-160 חסויים בקרן לטיפול בחסויים נכון לינואר 2011, ראו: מבקר המדינה **דוחות ביקורת של האגף לתפקידים מיוחדים** 79 (2011), ויחס של רכז טיפולי אחד ל-230 חסויים בעמותת ש.פ.ר נכון לינואר 2012 (האפוטרופוס הכללי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 10).
- 30 "הסדר שכר לתאגידי אפוטרופוסות", אתר האפוטרופוס הכללי: index.justice.gov.il/Units/ApotroposKlali/Apotropos_Pikuach/Documents/schart_050613.pdf. לביקורת

- על הטלת עלות הטיפול והסיוע באנשים ה'תלויים' בעזרה על התא המשפחתי תוך התנערות המדינה מאחריותה, ראו: מרתה אלברטסון פיינמן "שבירת מיתוסים בסיסיים: עצמאות, אוטונומיה ואי-תלות" מעשי משפט ה 15 (2013). בהקשר של אפטרופסות, ברירת המחל היא מינוי קרוב משפחה כאפטרופוס, וזאת בחינם. במקרים אחרים, שבהם ממונה תאגיד אפטרופסות, התשלום על השירות מושת על האדם עצמו. כך או כך, מינוי האפטרופוס מבטא התנערות מסוימת של המדינה מאחריותה כלפי אנשים עם מוגבלות אשר אינם עצמאיים. לבחינת התיאוריה של פיינמן בקונטקסט הישראלי, ראו: שירי רגב-מסלם "בעקבות תיאוריית האחריות הציבורית של פיינמן: ניתוח משטר הסיעוד הישראלי" מעשי משפט ה 27 (2013).
- 31 יש לגישה זו שמות נוספים, ובהם המודל האינדיבידואלי או המודל המסורתי. ראו: שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" עיוני משפט לה 97, 104 (2012) (להלן: "שגית מור מ'מתיקון הפרט לתיקון החברה").
- 32 להרחבה על שורשי הריסציפלינה של לימודי מוגבלויות ראו: Arlene S. Kanter, *The Law: What's Disability Studies Got to Do With IT or An Introduction to Disability Legal Studies*, 42(2) COLUM. HUM. RTS. L. REV., 403 (2011).
- 33 שגית מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 31, בעמ' 106-107.
- 34 כך למשל במסגרת תביעה ייצוגית בשם 2,300 אנשים עם מוגבלות שכלית ממדינת אורגון שבארצות הברית כנגד השמתם במסגרות תעסוקה מוגנות, הגיש משרד המשפטים תצהיר המציין כי השמה של אנשים עם מוגבלות במסגרות סרגטיביות ומוגנות במקום שילובם בשוק הפתוח מהווה הפליה על רקע מוגבלות. ראו: webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:a_uhKvN5SIMJ:www.ada.gov/olmstead/documents/lane_soi.docx+&cd=3&hl=en&ct=clnk&gl=il
- 35 שגית מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה" וכן במסמך רשמי של האו"ם – Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Draft General comment on Article 12 of the Convention- Equal Recognition before the Law, U.N. Doc. CRPD/C/11/4 4 (2013), at www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx (להלן: "מסמך פרשנות של האו"ם"). מלמד ואח' מציינים חלוקה שונה מעט לשלוש הגישות: הגישה הסיבתית המבוססת על אבחון המחלה; הגישה הקוגניטיבית המבוססת על יכולתו של האדם להבין ולתקשר עם סביבתו; והגישה התפקודית המתבססת על הערכת ההתנהגות והתפקוד בחיי היום יום. ראו: יובל מלמד, דן שניט, רוברט קימחי, אבנר אליצור "מינוי אפטרופוס: בדיקת התהליך וחשיבה מחודשת" רפואה ומשפט 137 (2013) 503.
- 36 מונח מרכזי בשיח של הגישה הביקורתית לתיאור תכלית המאבק על כשרות משפטית.
- 37 Anita Silvers, *On the Possibility and Desirability of Constructing a Neutral Conception of Disability*, 24 THEORETICAL MEDICINE & BIOETHICS, 471 (2003); Quinn Gerard, *Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD*, HPOD Conference, HARV. L. SCHOOL, (20.2.10).
- 38 על ההליך הייחודי לגיבוש האמנה ראו: 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) לאמנה ראו: index.justice.gov.il/Units/NetzivutShivyonSite/mishpati/Pages/Amana.aspx.
- 39 הפירוש הרשמי של סעיף 12 על חמשת סעיפיו התפרסם לאחרונה (13.9.13) על ידי האו"ם. ראו: מסמך פרשנות של האו"ם, לעיל ה"ש 35.
- 40 יודגש, כי הערוץ הרביעי עשוי להופיע בחוקים שאינם נוגעים לחוקי כשרות. כך, למשל, דיני החוזים המאפשרים ביטול עסקאות על רקע טעות, הטעיה, ניצול וכו' כדרך חלופית להגן מפני ניצול ונזק. כך גם חוקי האשפוז בכפייה אשר מגדירים פרוצדורה לאשפוז במצבים של סיכון מבלי להידרש לשלילת כשרות משפטית. להרחבה באופן שבו אשפוז בכפייה צמח כחלופה נגיטיבית לטוב ולרע, ראו: Arlene

המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם מוגבלויות | יותם טולוב וארלן ס. קנטר

- S. Kanter, U. Aviram, *Israel's Involuntary Outpatient Commitment Law: Lessons from the American Experience*, 29 THE ISRAEL L. REV., 565 (1995)
- 41 כפי שיורחב להלן ישנם גווני ביניים לערוץ זה כגון קבלת החלטות משותפת אשר נמצאת בתוך בין קבלת החלטות נתמכת וקבלת החלטות חלופית.
- Robert D. Dinerstein, *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of People with Disabilities: The Difficult Road from Guardianship to Supported Decision Making*, HUMAN RIGHTS BRIEF 19(2) (2012); Eilionoir Flynn, Anna Arstein-Kerslake, *Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity*, 10(1) INTERNATIONAL J. OF L. IN CONTEXT, 81 (2014)
- 43 ראו סמינר משפטי מטעם 'זכוכת', לעיל ה"ש 18, בעמ' 8.
- 44 בשנת 1988 העבירו 18 מדינות בארצות הברית 23 תיקוני חוק בתחום האפוטרופסות. ראו: Glen, לעיל ה"ש 5, בעמ' 109, הערה 78.
- 45 ראו: Glen, לעיל ה"ש 5, בעמ' 107-119.
- 46 Dameris L., 956 N.Y.S.2d 848 (NY Co., 2012) bizchut.org.il/he/?attachment_id=1796
- 47 Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R(99)4 On Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf)
- 48 Who Gets To Decide, לעיל ה"ש 15.
- 49 Lana Kerzner, *Paving the Way to Full Realization of the CRPD's Rights to Legal Capacity ; and Supported Decision-Making: A Canadian Perspective* (prepared for 'In the Margins: New Foundations for Personhood on Legal Capacity in the 21st century') (2011)
- 50 Michael Bach and Lana Kerzner, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity* (prepared for the Law Commission of Ontario) (2010); Eilionoir Flynn, Anna Arstein-Kerslake, *The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?* (will be published in the Berkeley Journal of International Law)
- 51 ראו: Glen, לעיל ה"ש 5, בעמ' 140-144, הערה 5. וכן לסקירת הרפורמות בגרמניה ובשוודיה ראו: Doron I., *Elder Guardianship Kaleidoscope: A Comparative Legal Perspective*, 16(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW, POLICY AND THE FAMILY, 368-398 (2002)
- 52 www.oireachtas.ie/parliament/media/michelle/Mental-capacity-text-REPORT-300412.pdf
- 53 לקריאת החוק ראו: www.oireachtas.ie/documents/bills28/bills/2013/8313/b8313d.pdf. לסקירה של שר המשפטים האירי על החוק החדש ראו: www.justice.ie/en/JELR/Pages/SP13000341. להתייחסות לחוק החדש דרך פריזמת סעיף 12 לאמנה ראו: humanrights.ie/mental-health-law-and-disability-law/assisted-decision-making-capacity-bill-2013-finally-published/
- 54 www.autism-india.org/The%20Rights%20of%20Persons%20with%20Disabilities%20Bill,%202011.pdf
- 55 mdac.info/en/05/12/2012/latvia-abolishes-plenary-guardianship
- 56 ראו: Glen, לעיל ה"ש 5, בעמ' 141-142; TOMMY BJORKMAN, CASE MANAGEMENT FOR INDIVIDUALS WITH SEVERE MENTAL ILLNESS – A PROCESS-OUTCOME STUDY OF TEN PILOT SERVICES IN SWEDEN (2000).
- 57 קנדה: www.ont-autism.uoguelph.ca/STRATEGIES7.shtml וכן www.nidus.ca/; אנגליה: www.advokit.org.au/; אוסטרליה: circlesnetwork.org.uk/home.asp?slevel=0z&parent_id=1; www.spmpr.cz/en/introduction/; צ'כיה: decision-making/supported-decision-making/

- 58 כך למשל בפלורידה (The Florida Self-Directed Care Program), באורגון (Brokerage Services), במישיגן (CLS) כולם שירותי תמיכה וסיוע לאנשים עם מוגבלות לצורך מגורים עצמאיים בקהילה.
- 59 opa.sa.gov.au/making_decisions_for_others/assisting_someone_with_decision_making
- 60 אריק רימרמן, שירלי אברמי וטל ארטן-ברגמן "מדיניות כלפי אנשים עם נכויות: מחקיקה סוציאלית לחקיקת זכויות" עיצוב מדיניות חברתית בישראל: מגמות וסוגיות 287 (אורי אבירם, ג'וני גל, יוסף קטן עורכים, 2007).
- 61 ראו שגית מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 31.
- 62 לאחרונה אימץ בית המשפט העליון את הגישה הביקורתית למוגבלות בפסק דין שעסק בהפליה בתעסוקה של אדם עם מוגבלות פיזית. ראו: בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 5.5.2014).
- 63 אינדיקציה לפער ביחס של החברה לאנשים עם מוגבלות נורמטיבית אל מול היחס לאנשים עם מוגבלות מודרת ניתן למצוא במחקר שגילה פער מובהק לרעה ביחס של החברה לאנשים עם מוגבלות שכלית בהשוואה לאנשים עם מוגבלות פיזית במחשבה, ברגש, בהתנהגות ובתפיסת הזכויות. לדוגמה, כ-40% העדיפו לא להיות שכנים של אדם עם מוגבלות שכלית ויותר מ-50% העדיפו לא להיות חברים של אדם עם מוגבלות שכלית. ראו: שירלי ורנר "מדד ההכללה של אנשים עם מוגבלות שכלית בחברה הישראלית" (אקים, 2013) www.news1.co.il/uploadFiles/897442042827607.pdf.
- 64 במדגם שערך פרופ' דורון בשנת 2004, כ-99% מהתיקים הייתה מצורפת תעודה רפואית: ראו מחקרו של פרופ' דורון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 214. תקנות הכשרות המשפטית והאפטרופסות (סדרי הדין וביצוע), התש"ל-1970 מפרטות את המסמכים הנדרשים להגשת בקשה להכרזת פסול דין ולהגשת בקשה למינוי אפטרופוס. ס' 5 המתייחס להכרזה על פסול דין מציין, כי יש להגיש תעודת רופא כתנאי להגשת הבקשה ואילו ס' 6 הנוגע לבקשה למינוי אפטרופוס לא כולל כל דרישה לתעודת רופא.
- 65 הפורמט הנפוץ והבלתי רשמי הוא מינימליסטי ומופיע באתר הנהלת בתי המשפט: elyon1.court.gov.il/heb/forms/9.pdf. משרד הבריאות פרסם חוזר בנושא "מינוי אפטרופוס על גופו של אדם ו/או רכושו במסגרת אשפוז ממושך", וכלל בו כנספח פורמט לחוות דעת רפואית. בפועל, השימוש בטופס זה אינו נפוץ. ראו: חוזר מס' 10/2006 www.health.gov.il/hozer/mr10_2006.pdf.
- 66 בפורמט המקובל, לאחר האבחון הקליני נדרש הרופא להשיב בכך או לא על שלוש שאלות: האם האדם זקוק לאפטרופוס על הגוף/הרכוש/כללי; האם האדם מסוגל להביע דעתו בעניין מינוי האפטרופוס; האם האדם מסוגל להופיע בבית המשפט. די בסימון 'לא' על אחת משתי השאלות האחרונות כדי לשלול את זכות העמידה של האדם בבית המשפט בדיון על מינוי האפטרופוס, וכך אכן קורה לעתים קרובות.
- 67 מחקרו של פרופ' דורון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 221.
- 68 גם במסגרת המודל הרפואי, ישנם בעולם מודלים של קביעת כשרות משפטית על בסיס בריקה אינדיבידואלית הבוחנת את יכולת ההבנה וקבלת החלטתה של האדם ביחס לשאלות הקונקרטיות של חייו ותוך מתן משקל למערך התמיכה הניתן להם בקהילה: Michael Church, Sarah Watts, *Assessment of Mental Capacity: A Flow Chart Guide*, 31 THE PSYCHIATRIST, 304 (2007). לסקירה של גישות שונות והצעה לבחינה רחבה יותר של יכולותיו של האדם, ראו: James M Lai, Jason Karlawish, *Assessing the Capacity to Make Everyday Decisions: A Guide for Clinicians and an Agenda for Future Research*, 15(2) AM. J. GERIATR. PSYCHIATRY, 101 (2007). לחוברת הנחיות קנדית לבחינת כשירות של אדם אשר מיועדת לאנשי מקצוע המבצעים הערכת מסוגלות: Guidelines for Conducting Assessments of Capacity: <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/family/pgt/capacity/2005-06/guide-0505.pdf>. גם בישראל ישנה כתיבה ביקורתית על המידע המצומצם והקליני שמצוי כיום בתעודות הרפואיות למינוי אפטרופוס. מלמד ואח' מציינים, כי על הרופא "לייחד זמן לנושאים שבהם הרופא בדרך כלל אינו מתעניין, כדוגמה, אודות רכוש החולה והאם הוא מנהל אותו כראוי. מה הם מקורות התמיכה שלו והאם הוא יודע לנצל אותם בעת הצורך". מלמד ואח', לעיל ה"ש 35, בעמ' 505.

המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם מוגבלויות | יותם טולוב וארלן ס. קנטר

- 69 בעוד חוק הכשרות חל על כל סוגי המוגבלויות, ישנן מדינות שבהן קיימים כמה חוקי כשרות בהתאם לקהל היעד, דבר אשר מבליט עוד יותר את ההפליה של קבוצות מסוימות בקרב אנשים עם מוגבלות. כך למשל בניו יורק ישנו חוק כללי למינוי אפטרופוס (Article 81 of the Mental Hygiene Law) אשר כולל הגנות פרודוראליות רבות (זימון לדין, זכות לייצוג משפטי, נוכחות חובה בדין, חובת הנמקה) ואילו לצדו קיים חוק מיוחד למינוי אפטרופוס לאנשים עם מוגבלות שכלית (17-A Surrogate's Court Procedure Act) אשר מוסמך לקבוע מינוי של אפטרופוס ללא ייצוג, ללא נוכחות האדם, על בסיס אבחון רפואי אשר אינו מתייחס להיבטי תפקוד ובאופן גורף.
- 70 כך קובעות הוראות משרד הרווחה מ-2003: "לא יתקבל דייר מעל גיל 18 למסגרת הדיור אלא אם מונה לו אפטרופוס כחוק ויש אישור בית-המשפט למינוי זה. במקרים חריגים תתאפשר קליטה של דיירים שתהליך מינוי האפטרופוס נמצא בעיצומו" מתוך: משרד הרווחה האגף לטיפול באדם המפגר "מדיניות סטנדרטים נהלים והנחיות בתחום הדיור בקהילה לאנשים עם פיגור שכלי" 49 (לא פורסם). בהמשך למגמה זו ועדות אבחון רבות חורגות מסמכותן וקובעות שוב ושוב כי אנשים עם מוגבלות שכלית צריכים להיות תחת אפטרופוסות.
- 71 בישראל ישנה כתיבה מועטה הקוראת לצמצום השימוש באפטרופוסות ולבחינה של חלופות. ראו: מלמד ואח', לעיל ה"ש 35; מחקרו של פרופ' דורון, לעיל ה"ש 7, עמ' 223-225; מיכאל (מיקי) שינדלר "הגנה על שלום הזקן ומינוי אפטרופוס" *חברה ורווחה* כז(2) 315 (2007). כמו כן התקיים דיון בישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט שהוקדש לנושא 'פיתוח חלופות לאפטרופוס', ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 492 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (6.12.2011).
- 72 ביום 21.7.13 אישרה ועדת שרים את הטיוטה של תזכיר החוק, ראו: www.news1.co.il/uploadFiles/198360621929169.doc
- 73 לסקירה של פסקי דין בנושא אפטרופוסות, זכויות אדם וכשרות המשפטית של החסוי וכן ליישומה על אוכלוסיית הזקנים ראו: שינדלר, לעיל ה"ש 71.
- 74 יצחק אנגלרד *חוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות, התשכ"ב-14 1962* (מהדורה שנייה, 1995).
- 75 בע"א 1233/94 *פלוגיני נ' היועץ המשפטי לממשלה* (פורסם בנבו, 17.12.1995). להתבטאות נוספת באותה הרוח: ע"א 4377/04 *גל גורן הולצברג נ' אביבה מירז, סב (2) 661*, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ארבל (2007).
- 76 רע"א 6397/04 *מוסא אחמד חסין מוסא אלעבסי נ' עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד, פס' 5* לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 6.12.2009).
- 77 בע"מ 2109/09 *פלוגיני נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"י ב"כ משרד הרווחה, פס' 6* לפסק הדין (פורסם בנבו, 18.5.2009). הערעור הוגש על ידי האם, אשר התנגדה למינוי אפטרופוס בכלל ולמינוי אפטרופוס חיצוני בפרט. בית המשפט ציין, כי החסויה אינה פועלת מתוך רצון חופשי והיא תחת השפעה בלתי הוגנת של אמה. הגם שזהו שיקול שצריך לעמוד לנגד בית המשפט בהחלטתו המהותית, אין להתבסס עליו כדי לשלול את עצם זכות העמידה בפני בית המשפט.
- 78 בג"ץ 1989/11 *פלוגיני נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים* (פורסם בנבו, 17.8.2011).
- 79 רע"א 3266/07 *פלוגיני נ' הראל-חברה לביטוח בע"מ, פס' 22-23* לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 30.7.2009). יש לציין, כי בית המשפט יכול היה להגיע לאותה מסקנה מבלי לציין כי חסוי אינו יכול ואינו רשאי להפעיל את רצונו לעשיית פעולות משפטיות.
- 80 ראו מחקרו של פרופ' דורון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 215.
- 81 ע"מ (ירושלים) 815/05 *פלוגיני נ' היוע"מ"ש* (לא פורסם, 30.11.2005).
- 82 מקרה זה מדגים חלק גדול מטענותינו במאמר זה. ביתם של אנשים רבים אינו נקי, אך רק לגבי אישה עם מוגבלות יצדיקו על סמך חוסר הנקיון את שלילת כשרותה המשפטית. תיאור האישה בפסק הדין מבוסס על האבחון הרפואי ('חסרת שיפוט', 'חסרת מנוחה במצבים דכאוניים וכו') תוך הפשטה מכל המאפיינים האישיים והאנושיים – העדרותיה, אורח חייה, מקצועה ועוד. עמדת ב"כ היוע"מ"ש התבססה,

- בראש ובראשונה, על חוות הדעת הרפואית, ובכך נתנה לפסיכיאטר את הכוח להכריע בשאלות של זכויות אדם.
- 83 כך, ב- אפ' (פתח תקווה) 18541-05-12 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 31.1.2013) הורה בית המשפט על הגבלת סכום משיכה ודרישה לחתימה נוספת כאמצעי הגנה, תוך שהוא נמנע מלמנות אפוטרופוס לאדם עם מוגבלות נפשית ושכלית עם רקע של כניסה מרובה לחובות. גם בתחום הרפואי קיימות חלופות נגטיביות שעניינן התערבות בדרכי הטיפול במקרים חריגים ללא מינוי אפוטרופוס בין באמצעות צו שיפוטי המורה על ביצוע פעולה רפואית ובין באמצעות החלטה של ועדת אתיקה על פי ס' 15(2) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.
- 84 כאמור אין כמעט מחקרים אמפיריים בתחום. במחקר של פרופ' דורון, אשר כלל 523 תיקים, צוין, כי באף אחד מהתיקים לא תואר ניסיון לשימוש בחלופות לאפוטרופוסות. ראו: מחקרו של פרופ' דורון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 215-216.
- 85 כפי שעולה מפסיקת בית המשפט העליון, גם היותו של אדם חסוי לא מגן עליו מפני התקשרות בעסקאות סותרות, היות ומבחינה פורמאלית יש לו כשרות משפטית. קיים פער גדול בין הניתוח המשפטי בנושא זה לבין הדעה הרווחת בקרב אנשי מקצוע ונותני שירות, הסבורים כי די במינוי אפוטרופוס כדי לבטל כל עסקה שנחתמה על ידי החסוי.
- 86 ליעל תעודת בגרות מלאה. בפעמים הקודמות שבהן ניגשה לבחינה הפסיכומטרית, היא עשתה זאת ללא קורס מקדים וזאת על אף אבחונה כבעלת לקות למידה, דבר אשר הוריד באופן משמעותי את סיכוייה להצליח בבחינה.
- 87 אפ' (חיפה) 50389-02-13 היועמ"ש נ' פלונית (לא פורסם, 26.8.2013).

