

**בבית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

- בעניין: 1. פלוני
2. בזכות, המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות, עמותה
- כולם על-ידי ב"כ עוה"ד שרון פרימור ו/או יותם טולוב  
ו/או עביר ג'ובראן-דכוור ו/או גלי רונן-כוכבי  
שמענס לחמצאת כתבי בי-דין  
בזכות, ת"ד 34510 ירושלים 91000  
טלפון: 02 – 6521308 ; פקס: 02 – 6521219
- העותרים

**נגד**

1. משרד הרווחה והשירותים החברתיים
2. עובד סוציאלי ראשי לפי חוק הסעד (טיפול במפגרים)
3. יו"ר ועדות אבחון לפי חוק הסעד (טיפול במפגרים)
- על-ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים
- המשיבים
4. עמותת שפ"ר, אפוטרופסית  
המדע 1, רחובות  
טלפון: 08-9395000 ; פקס: 08-9395001
5. מעון 'נווה נטוע'  
רחוב מבצע יואב 2, ת.ד. 93 חדרה, 38100  
טלפון: 04-6332555 ; פקס: 04-6330434
- משיבים פורמאליים

**ע ת י ר ה ל מ ת נ צ ו - ע ל - ת נ א י**

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה כלפי המשיבים ומורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יתירו לעותר להגיש באמצעות בא כוחו ערר עצמאי על החלטת ועדת האבחון לפי חוק הסעד (טיפול במפגרים) התשכ"ט – 1969 (להלן: 'חוק הסעד'), הפועלת מטעם המשיב 1 (להלן: 'ועדת אבחון') ואשר החליטה על השמתו במוסד מחוץ לקהילה.

וכן מדוע לא יאפשרו לו לתתום על ייפוי כוח לייצוג על ידי עורך דין; ימציאו לידי בא כוחו את החלטת ועדת האבחון בעניינו; יאפשרו לו מפגשים סדירים עם בא-כוחו ויאפשרו לו מפגש עם פסיכולוג מומחה מטעמו על מנת להמציא חוות דעת במסגרת הערר.

יוער שעתירה זו, אשר נוגעת לסוגיות שביסוד זכויות האדם במשפט ובכלל, משליכה באופן בולט וקיצוני על מכלול חייו של העותר. העותר נמצא במשך שנים במוסד בניגוד לרצונו ומבלי שניתנת לו האפשרות למצות כדין את טענותיו והשגותיו בעניין זה. לאור זאת מתבקש בית המשפט לקצוב למשיבים זמן קצר להשיב לעתירה, ולקבוע אותה לדיון במועד קרוב ככל הניתן.

## ראשי פרקים:

- I. תמצית העתירה.....3
- II. הצדדים לעתירה.....5
- III. הטיעון העובדתי.....6
- IV. הטיעון המשפטי.....12
- א. החלטה על שיבוץ אדם במסגרת חוץ-ביתית: המסגרת המשפטית.....14
- ב. זכותו העצמאית של העותר להגשת ערר ולייצוג.....15
- (1) הזכות העצמאית של העותר להגיש ערר - הוראות הדין.....15
- (2) כוחו של העותר לנקוט פעולות משפטיות.....16
- 2.1. העותר כשיר לבצע פעולות משפטיות.....17
- 2.2. תוקפן המשפטי של פעולות העותר – דרכם של אנשים במצבו.....19
- 2.3. זכות הייצוג הנפרד לאדם שיש לו אפוטרופוס.....23
- ג. הזכויות הדיוניות הנפגעות.....26
- (1) זכות הערעור.....26
- (2) הזכות להליך הוגן.....27
- (3) הזכות לייצוג וזכות הגישה לערכאות.....29
- ד. הזכות לקבל החלטות והזכות לאוטונומיה אישית.....31
- ה. הזכות לדיור בקהילה.....34
- (1) מהו דיור בקהילה?.....34
- (2) הזכות לדיור בקהילה בדין הישראלי.....35
- (3) נהלי משרד הרווחה לשיבוץ במסגרת דיור בקהילה.....37
- ו. פגיעה בלתי מידתית.....39
- ז. סיכום.....40

## ואלו נימוקי העתירה :

### I. תמצית העתירה

"בפתח החוק עומד שומר-סף. אל השומר הזה בא איש מן הכפר ומבקש רשות להיכנס אל החוק. אבל השומר אומר שעכשיו אין הוא יכול להרשות לו להיכנס".

פרנץ קפקא **המשפט** (אבנר כרמל מתרגם, 1992)

העותר הנו אדם עם מוגבלות שכלית בן 40 המבקש לעבור לגור במסגרת דיור מוגנת בקהילה. במהלך שנות השלושים לחייו הוצא העותר מביתו והושם במוסד פניימית 'נווה נטוע' שכן המשיבים סברו שמצבו התדרדר. במוסד זה חי העותר שש שנים יחד עם כמאה שבעים אנשים עם מוגבלות שכלית, בשולי העיר חדרה, הרחק מאמו ומאחיו. כמו כן מונה לו אפוטרופוס חיצוני לגוף ולרכוש.

הקשר בין העותר לבין אמו נותק כמעט כליל לאחר העברתו למוסד. הקשר המועט שהיה לו עם החיים 'הרגילים' שמחוץ למוסד מותנה היה בביקורי אחיו, אשר הוציא אותו מעת לעת מכותלי המוסד. רוב רובה של שגרת החיים של העותר התנהלה ומתנהלת במוסד: שם הוא אוכל, שם הוא עובד, שם האנשים עימם הוא מתרועע, שם פעילות הפנאי שלו ושם הוא ישן. ההחלטה על העברתו למוסד 'נווה נטוע' מהווה את ההחלטה הגורלית והמשפיעה ביותר בחייו בשנים אלו.

העותר רצה במשך כל השנים לעזוב את המוסד – לא לשם מגורים עצמאיים, אלא לדירה מוגנת בקהילה מטעם משרד הרווחה, המיועדת לאנשים עם מוגבלות שכלית. במסגרת זו, המעניקה הדרכה, ליווי ותמיכה אינטנסיביים, יוכל העותר לנהל חייו באופן הדומה ביותר לזה הנהוג בקהילה: לצאת לעבודה מוגנת בעיר, להנות מפעילות פנאי פתוחה בקהילה, לטייל במרכז העיר, לקנות דבר-מה בתנות, לאכול, כדבריו, "שווארמה בקניון ולראות אנשים". לחיות חיים רגילים ככל האפשר ומשולבים בקהילה.

לבקשת הח"מ, התקיים במרץ 2010 דיון בעניינו של העותר בוועדת אבחון הפועלת מכוח חוק הסעד, כדי לקבוע את המשך שיבוצו: במוסד או במסגרת מוגנת בקהילה. הח"מ ייצגה אותו כבאת כוחו בדיון זה.

ועדת האבחון מטעם המשיבים דחתה את בקשתו והחליטה על המשך שיבוץ העותר במוסד. משהודיעה הח"מ על כוונתה לערער על החלטת ועדת האבחון לוועדת הערר, שליד בית משפט השלום, בהתאם לאפשרות הקיימת בחוק, **סיכלו המשיבים את**

**הערר:** לא אפשרו לעותר לקבל את החלטת ועדת האבחון באמצעות בא כוחו, לא אפשרו לו לחתום על ייפוי כוח משפטי לשם ייצוגו בערר, ואף לא אפשרו לפסיכולוג מטעמו לפגוש אותו במוסד בכדי להכין חוות דעת מומחה שתוגש מטעמו לוועדת הערר.

כפי שיורחב בגוף העתירה, **החלטת המשיבים מהווה הפרה חמורה של מושכלות יסוד בסיסים וכללי הצדק הטבעי, ומגלה חוסר הגינות וחוסר מידתיות בולטים.**

כנגד טענתם המרכזית של המשיבים, כי העותר הינו אדם עם מוגבלות שכלית אשר מונה לו אפוטרופוס, ועל כן לכאורה זכויותיו בהליך מוגבלות: הוא אינו רשאי לדידם להגיש ערר בנפרד מהאפוטרופא שלו וממילא מנוע מלהיות מיוצג באופן עצמאי בידי בא-כח, יטענו העותרים בתמצית כך:

- א. זכותו של העותר להגיש ערר על החלטת ועדת אבחון הינה **זכות עצמאית אשר אינה נחסמת בשל התנגדות האפוטרופוס**. כפי שיורחב בפרקים א' ו- ב' לעתירה, טענה זו של המשיבים מנוגדת להוראות חוק הסעד ולהוראות חוק הכשרות המשפטית. יתרה מכך היא אף אינה מתיישבת עם מדיניות משפטית רחבה הנוגעת לזכות הייצוג העצמאי והנפרד, בוודאי בנסיבות כגון אלו.
- ב. החלטת המשיבים פוגעת **בזכות הערעור**, בכך שהיא מונעת מהעותר את האפשרות לערור על החלטת המשיבים שנתקבלה בוועדת האבחון ולהביאה לביקורת שיפוטית (פרק ג1 לעתירה).
- פוגעת **בזכות להליך הוגן** בכך שהיא חוסמת את דרכו של עותר להשיג על החלטה, שהמשיבים עצמם קיבלו, ואשר משליכה על זכויות מוגנות של העותר (פרק ג2 לעתירה).
- ג. פוגעת **בזכות הגישה לערכאות** בכך שהיא חוסמת את הגישה לערכאה שיפוטית באמצעות הפרוצדורה הפשוטה הנקובה בחוק ומערימה קשיים בלתי סבירים שלא בא זכרם בחוק (פרק ג3 לעתירה).
- ד. עומדת בניגוד ל**זכותו של העותר לאוטונומיה וזכותו לקבל החלטות בנוגע לחייו**: פעם אחת, כשהיא כופה על העותר לחיות במוסד, באופן הפוגע מניה וביה באוטונומיית הרצון שלו; ופעם שנייה כשאינה מאפשרת לעותר להביע את רצונו לגבי החלטה זו (פרק ד' לעתירה);
- ה. מסכלת את מימוש **הזכות לדיור בקהילה** – זכות אדם יסודית של אנשים עם מוגבלות לחיות לפי אורח החיים הנהוג בקהילה: במסגרת חיים ביתית ואינטימית, ב-י'דירה מוגנת בקהילה וכחלק ממנה. זאת על אף, כפי שיוער בהמשך, שהעותר עומד בקריטריונים שקבע משרד הרווחה לגבי מגורי אנשים עם מוגבלות שכלית בקהילה (פרק ה' לעתירה);

## II. הצדדים לעתירה

### העותרים

1. **עותר מספר 1** (להלן: 'העותר'), פלוני, הינו אדם בן 40 עם מוגבלות שכלית בדרגת פיגור בינוני וכן מוגבלות נפשית. בגיל 9 אובחן העותר כילד עם פיגור שכלי ומאז למד במסגרת החינוך המיוחד.  
בשנת 2004 על רקע קשייה של האם והתדרדרות במצבה ועל רקע קביעת גורמי הרווחה כי הוא נתון בהזנחה, הועבר העותר למוסד 'נווה נטוע', המשיב 5. מדובר במוסד סגור המרוחק מעירו, פתח תקווה.  
**העותר מביע רצון ברור פעם אחר פעם לצאת מהמוסד ולגור במסגרת בקהילה, שתאפשר לו מגע ואינטראקציה עם אנשים אחרים, זולת דיירי המוסד, וכן תאפשר לו לקיים קשר תכוף עם מעט מבני משפחתו.**
2. **עותרת מספר 2, 'בזכות, המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות'**, היא עמותה, הפועלת לקידום זכויותיהם של אנשים עם כל סוגי המוגבלויות, ולשיתופם בחברה בכל תחומי החיים. בין היתר, יזמה והובילה העותרת 2 את חקיקתו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 והגישה עתירה אשר הביאה לשינוי מדיניות משרד הרווחה בכל הנוגע לזכותם של אנשים עם מוגבלות שכלית למגורים בקהילה. נציגי העמותה מסיירים מזה שנים במוסדות ובדירות בקהילה ועורכי דינה מעמידים ייצוג משפטי ללא תמורה לחלק מהפונים אליה.

### המשיבים

3. **המשיב 1, משרד הרווחה והשירותים החברתיים**, מופקד על פי חוק על שלומם ורווחתם של אנשים עם מוגבלות שכלית ואחראי לספק להם שירותים שונים, לרבות מסגרת מגורים חוץ ביתית, בין היתר מכוח סעיף 2 לחוק הסעד. המשיב באמצעות הלשכה המשפטית שלו, הוא שקבע כי העותר אינו יכול להגיש ערר באופן עצמאי, ואישש את החלטות המשיבים 2-3 אשר מנעו את הגשת הערר באופן עצמאי על ידי העותר.
4. **המשיב 2, העובד הסוציאלי הראשי לפי חוק הסעד**, הינו הפקיד הבכיר במשיב 1, אשר מופקד מטעם המשיב על רווחת כלל האנשים עם מוגבלות שכלית המתגוררים במסגרות חוץ ביתיות, ובכלל זאת העותר. בנוסף, נתונות לו הסמכויות המוקנות לכל עובד סוציאלי מכוח חוק הסעד לכנס ועדת אבחון בעניינו של אדם עם פיגור אשר תקבע את דרכי הטיפול בעניינו. במקרה זה, המשיב 2 הוא אשר כינס את ועדת האבחון בשלב ראשון והוא אשר מנע את הגשת הערר בשלב השני, בין היתר באמצעות איסור החתמה על יפוי כוח וכן איסור על הכנסת פסיכולוג לצורך ביצוע האבחון.

5. **המשיב 3, יו"ר ועדות אבחון באגף לטיפול באדם המפגר עומד בראש ועדות האבחון המתכנסות אצל המשיב 1 מכוח חוק הסעד, ואשר קובעות את סוג המסגרת החוץ ביתית אליו זכאי להשתבץ האדם עם הפיגור. במקרה זה, יו"ר ועדות האבחון שסירב לשלוח את תוצאות ועדת האבחון לח"מ כבא כוחו של העותר, ובכך מנע את הגשת הערר.**
6. **המשיבה 4, עמותת שפ"ר, מונתה כאפוסטרופוסית על הגוף ועל הרכוש של העותר.**
7. **המשיב 5, מעון 'נווה נטוע', הנו מסגרת המגורים בה מתגורר העותר בשש השנים האחרונות, בהתאם להחלטות המשיבים בעבר. על פי הידוע לעותר, מתגוררים במוסד כ-170 דיירים, והוא מטפל בפלח אוכלוסייה מזדקנת. המוסד הוא מסגרת חיים טוטאלית, סגורה למעשה, שבין כתליה מסופקים מרבית צרכי המחיה של הדיירים, בכלל זה תעסוקה, חברה ופנאי.**

### III. הטיעון העובדתי

8. העותר גדל בבית הוריו. החל מגיל 9, לאחר שאובחן כילד עם פיגור שכלי בדרגה בינונית, למד במסגרות של חינוך מיוחד. לאחר שסיים את לימודיו בגיל 21 נעשו כמה נסיונות לשבצו במסגרת מוסדית: במהלך שנת 1996 שהה העותר שבועיים ב- 'סנטריום נס ציונה' ושלושה חודשים במוסד 'אשכרי'. אולם למעט תקופות קצרות אלו, עד שנת 2004, מהלך מרבית חייו, התגורר העותר בבית הוריו. גם לאחר שאביו נפטר בשנת 1986 המשיך העותר להתגורר בבית אמו.
9. לעותר 14 אחים, בהם אח אחד, מר אלמוני, אשר מעורב מאוד בחייו של העותר ובין השניים קשר משפחתי חם. למרות זאת ונוכח מצבה הבריאותי של אמו, במועד שאינו ידוע לעותר מונתה עמותת שפ"ר, המשיבה 4, כאפוסטרופוס על גופו ורכושו. הגב' טלי פליישמן הוסמכה מאת עמותת שפ"ר לשמש כאפוסטרופא בפועל. יוער כי קשר האפוסטרופוסות השוטף של עמותת שפ"ר עם העותר לא נעשה באמצעות האפוסטרופא שהוסמכה, כי אם באמצעות אנשי קשר המועסקים על ידה ואשר אינם בתכרת אנשי מקצוע. למיטב ידיעת הח"מ הקשר בין גב' פליישמן לבין העותר הינו רופף והיא לא ביקרה אותו בנווה נטוע בשנים האחרונות.
10. מאז שיבוצו של העותר במוסד 'נווה נטוע' נערכו כמה דיונים בוועדות אבחון בעניינו, אשר במסגרתם נקבע ואושש המשך השמתו במוסד. באף אחד מדיונים אלו לא יוצג העותר באופן נפרד בידי בא כוח. בדיון הוועדה הלפני אחרון, מיום 25.6.07 באשר לדרכי הטיפול בתחום המגורים, נקבע כך: "המשך שילובו

במסגרת חוץ ביתית מתאימה לרמתו וצרכיו. " החלטת ועדת האבחון מיום 25.6.07 מצורפת ומסומנת ע/1.

11. ככל הידוע לח"מ הביע העותר במשך זמן ממושך רצון עקבי לעזוב את המוסד ולחזור לחיות בקהילה, בקרבת אמו ואחיו; וכן רצון לחיות באופן עצמאי יותר: לבלות בקניון, לנסוע בתחבורה ציבורית וכדומה. הוא "הצביע ברגליים" וכמה פעמים מימש את רצונו ויצא מהמוסד באופן עצמאי וללא רשות האחראים במקום ונסע לבית אמו.

רצון העותר לגור בקהילה ולעזוב את המוסד הובע אף בפני ועדות האבחון השונות. כך למשל מציינת ועדת האבחון בדיון שנערך ביום 25.6.07 (ע/1): "לדברי י. יש דברים שהוא אוהב במוסד (מדריכים, אוכל, יש לו חברה) אך עדיין רוצה להיות בבית, עם אמא." (עמ' 4 להחלטה).

12. אחיו של העותר פנה בשמו של העותר לארגון 'בזכות', עותרת 2, כדי שזה יסייע לעותר לעבור למסגרת מוגנת מסוג 'מגורים בקהילה', שכן לעותר עצמו לא היתה יכולת ליצור קשר לבדו עם הארגון. יצויין, כדי להסיר כל ספק, שעל אף שאחיו של העותר הוא שיזם את הפנייה בשם העותר, הח"מ מייצגים את העותר בלבד. הדברים דורשים הבהרה שכן ידוע כי בין האח לבין הנהלת המוסד שוררים יחסים טעונים וקיימות טענות הדדיות.

13. בעקבות יצירת הקשר נפגשה פעמיים מנחלת המחלקה הקהילתית של ארגון בזכות, הגבי נעמה לרנר עם העותר, ושמעה ממנו מכלי ראשון על רצונו לעזוב את המסגרת המוסדית ולגור בקהילה. למרות מוגבלותו השכלית המשמעותית, הצליח העותר להסביר בצורה ברורה ביותר את רצונו זה. הוא השתמש אמנם בשפה קונקרטיה ובדוגמאות פשוטות, בשל חוסר יכולתו להכליל או להשתמש במושגים מופשטים, אבל הצליח להבהיר את רצונו מעבר לכל ספק.

כך למשל ציין שהוא רוצה לגור בעיר פתח-תקווה בגלל שהוא מכיר את רחובותיה ובגלל שהוא "מכיר שם הרבה אנשים". עוד הסביר שהוא רוצה לגור בקהילה כדי להתערות עם אנשים שאינם רק אנשים עם מוגבלות, ולצרוך שירותים "כמו כולם": למשל, לאכול שווארמה בקניון או לקנות "משהו טעים בסופר", לראות מכוניות ואנשים חדשים ולנסוע באוטובוס.

יוער שהיבטים פשוטים אלו של החיים בקהילה נמנעים, בוודאי באופן שגרתי, מאנשים עם מוגבלות המשובצים במוסדות. אך הם זמינים ונגישים לאנשים עם מוגבלות המשובצים במסגרות מוגנות בקהילה, שכמותן מפעיל משרד הרווחה.

בעקבות כך התקיימה לבקשת ארגון בזכות, בשם העותר, ישיבה ביום 30.6.09 במוסד, בה נכחו הגבי לרנר, מטעם משיבה 2, צוות המוסד והמשיב 2. בישיבה

נדונו רצון העותר לעבור למגורים בקהילה, זכויותיו ועמדת המשיב 2 וצוות המוסד בנושא. העתק פרוטוקול הישיבה מצורף ומסומן ע/2.

14. בעקבות ישיבה זו התקיימה התכתבות ענפה בין הח"מ לבין המשיב 2, היועמ"ש של המשיב 1 והמשיב 3, שעיקרה בקשת הח"מ לכנס בדחיפות דיון בוועדת אבחון בעניינו של העותר על מנת להכריע בבקשתו לעבור למסגרת מגורים בקהילה.

העתק מכתבה של הח"מ למשיב 2 מיום 7.1.10 מצורף ומסומן ע/3.  
העתק מכתב התשובה של המשיב 2 לח"מ מיום 10.1.10 מצורף ומסומן ע/4.  
העתק מכתבה של הח"מ למשיב 2 וליועמ"ש של המשיב 1 מיום 14.1.10 מצורף ומסומן ע/5.

העתק מכתב התשובה של המשיב 2 לח"מ מיום 27.1.10 מצורף ומסומן ע/6.  
העתק מכתב פנייה של המשיב 2 ליועמ"ש המשיב 1 מיום 27.1.10 מצורף ומסומן ע/7.

העתק מכתבה של הח"מ למשיב 2 ולמשיב 3 מיום 27.1.10 מצורף ומסומן ע/8.  
העתק מכתב התשובה של המשיב 3 מיום 1.2.10 מצורף ומסומן ע/9.

15. בתוך כך הודיעה הח"מ על כוונתה לייצג את העותר כבאת כוחו. כך במכתבה של הח"מ מיום 14.1.10 (ע/5):

"בשולי הדברים, נבקש כי הוועדה תתקיים במועד הקרוב ביותר, וכי הח"מ תוזמן להשמיע את טענותיו של מר פלוני בהקשר זה".

כך גם במכתב מיום 27.1.10 (ע/7):

"בעניין זה הודיענו ד"ר שוורץ (עו"ס ראשי לפי חוק הסעד. ש.פ., י.ט.) במכתבו שבנדון, כי: הובא לידיעתו שוועדת האבחון מתכנסת בשבועות הבאים, וכן כי נציגינו יורשו לייצג את מר פלוני בדיון הוועדה".

יודגש - מכתבים אלו הועברו בהעתקים גם לאפוטרופא שמונתה לעותר. הם וכל האירועים המפורטים להלן נעשו תוך יידועה.

16. בעקבות בקשות הח"מ כונסה כאמור לבסוף ועדת אבחון ביום 9.3.10. הואיל והעותר הובא לדיון רק זמן קצר לפני כינוסה, וכל העת שהה במסדרון מרכז האבחון, הח"מ אמנם שוחחה עם העותר אולם לא עלה בידיה להחתימו על יפוי כוח משפטי כתוב. ברי, כי מטבע הדברים החתמה כזו דורשת הסבר נגיש וברור בסביבה מתאימה.

**בדיון בוועדה ייצגה הח"מ את העותר כבאת כוחו.** בדיון זה שטחה הח"מ את טענות העותר בדבר רצונו לגור בקהילה, הציגה מסמכים כתובים והעידה את



גב' נעמה לרנר לעיל. העותר דיבר אף הוא בפני הוועדה. הוא שב וחזר על רצונו לצאת מהמוסד ולגור במקום בו קיימת כדבריו, אפשרות לטייל, אפשרות לקנות בסופר וקרבה לאמו הנמצאת בבית אבות ולאחיו.

למעלה מן הדרוש יובהר כי **באשר לעצם ייצוגו של העותר בידי הח"מ כבאת כוחו בדיון ועדת האבחון לא היתה שום מחלוקת לא לפני מועד הוועדה ולא במהלכה.** הח"מ הציגה את עצמה בפתח הדיון ככזו ובהתאם לכך ניתנה זכות הטיעון. לעניין זה מעיד גם מכתבו המאוחר יותר של משיב 2 כך:

"מדובר באדם (ה)שוהה במעון למפגרים המיוצג ע"י אגודת בזכות והאפטרופסות הינה של ש.פ.ר."<sup>1</sup>

מכתבו של ד"ר שוורץ, המשיב 2, מיום 28.4.10 מצורף ומסומן ע/10.

17. בסיום דיון ועדת האבחון הודיעה הוועדה בעל פה כי היא דוחה את בקשת העותר לשינוי סוג המסגרת ממסגרת מוסדית למסגרת של דיור בקהילה. **נימוקי ההחלטה לא פורטו.** באותו מעמד הודיעה הח"מ על כוונתה לערער על ההחלטה. היא פנתה גם אל מזכירות הוועדה על מנת לקבל את ההחלטה הכתובה לכתובת משרדה. הואיל וההחלטה בוששה לבוא, פורטה הדרשה במכתב הח"מ מיום 14.4.10 למזכירות הוועדה:

"בענייניו של מר פלוני התקיים דיון בוועדת אבחון ביום ה- 9.3.09 (כאן ובחמשך טעות במקור, צריך להיות 9.3.10, ש.פ.), בה יוצג מר פלוני על ידי הח"מ.

על אף שחלף יותר מחודש ממועד דיון הוועדה, טרם קיבלנו לידינו את החלטת הוועדה, על נימוקיה.

הדבר מעכב את יכולתו של מר פלוני לערער על ההחלטה, שאת סיכומה הקריאה הוועדה בע"פ בתום הדיון. כידוע, על פי החוק, ניתן לערער על החלטה 45 יום למן קבלתה בכתב.

נודה אם כן על משלוח ההחלטה למשרדנו בדחיפות, לפי הפרטים המופיעים מטה."

18. אולם משלא הועברה ההחלטה פנה עו"ד טולוב, מארגון בזכות ביום 10.5.10 ליו"ר ועדות האבחון המשיב 3, האחראי בין היתר על פעילות ועדת אבחון זו, כך:

"בענייניו של מר פלוני התקיים דיון בוועדת אבחון ביום ה- 9.3.09, בה יוצג מר פלוני על ידי עו"ד שרון פרימור מארגון בזכות.

על אף שחלפו כעת חודשיים ממועד דיון הוועדה, טרם קיבלנו לידינו את החלטת הוועדה על נימוקיה."

המכתבים מצורפים ומסומנים ע/11 ו-ע/12 בהתאמה.

<sup>1</sup> כל ההדגשות אלא אם כן צוין אחרת, נוספו – ש.פ. י.ט.

19. כתשובה, שלח המשיב 3, יו"ר ועדות האבחון, מכתב מיום 13.5.10 בו ציין כי על פי השקפתו הואיל והח"מ אינה אחראית על העותר, היא אינה זכאית לקבל את העתק החלטת ועדת האבחון. העתק מכתב התשובה של המשיב 3 מצורף ומסומן ע/13.

20. במהלך זאת, ביקר עו"ד יותם טולוב מארגון 'בזכות' את העותר במוסד על מנת ליידע אותו בדבר השתלשלות העניינים וכן על מנת להחתיים אותו, הפעם בניחותא ובפרטיות, על ייפוי כוח משפטי לצורך הגשת הערר.

בתוך כל שמע ממנו פעם נוספת את רצונו לעזוב את המוסד ולעבור למסגרת בקהילה. בשפתו הפשוטה ובהתאם ליכולותיו, הבהיר כי הוא רוצה לצאת מהמוסד, ולגור קרוב יותר למשפחתו ולחברה הרגילה ובתוך כך ליהנות מהחירות לאכול בחוץ, לפגוש משפחה וחברים מחוץ למסגרת המגורים – כל מה שנשלל ממנו מזה שש שנים במסגרת המגורים במוסד.

לאחר שעו"ד טולוב הסביר לעותר כי הוא מוכן לייצגו בהליך הערר, ומשהעותר הביע רצון מפורש וברור כי ייצגו, ביקש עו"ד טולוב להחתימו על ייפוי כוח משפטי. אולם פסיכולוג המוסד אשר ליווה את המפגש, **אסר על החתמת ייפוי הכוח**. זאת, לדבריו, בשל הנחיית המשיב 2 כי יש להמתין להכרעת היועמ"ש של משרד הרווחה.

21. כמו כן פסיכולוג פרטי אשר אבחן בעבר את העותר התבקש בידי הח"מ לפגוש את העותר ביום ביקורו בינווה נטוע, לשם בדיקה עדכנית של הפסיכולוג והגשת חוות דעת בדבר התאמת העותר למגורים בקהילה, כתמיכה בערר. ביקור זה נעשה בתיאום כל הגורמים, בכלל זאת מנהל המוסד והאפוטרופא של העותר אשר הצהירה, במועד זה ולפניו, כי **לא תעמוד בדרכו של העותר למצות את זכותו שבדין לערר**. עם זאת ברגע האחרון הורה המשיב 2 לאסור על כניסתו של הפסיכולוג למוסד שכן לדבריו:

*"לא מובנים לי מה המניעים של הצורך בפסיכולוג נוסף.  
הועדה הינה אובייקטיבית ואמורה להיות לטובת הדייר  
בלבד".*

העתק מכתבו של המשיב 2 מיום 17.5.10 בעניין זה מצורף ומסומן ע/14.

22. בעקבות אלו פנה עו"ד טולוב מ'בזכות' למנכ"ל עמותת שפ"ר, המשיבה 4, בכדי לבחון אפשרות לשיתוף פעולה בהגשת הערר. מנכ"ל העמותה ציין כי הוא מתנגד להגשת הערר לאור החלטת ועדת האבחון. עוד הוסיף כי במידה והח"מ ייבקשו לייצג את העותר, הרי שיהיה עליהם לפנות לבית משפט לענייני משפחה ולבקש להתמנות לאפוטרופוסים על העותר לעניין זה.

23. במקביל פנה עו"ד יותם טולוב אל היועצת המשפטית של משיב 1 במכתב מיום 25.5.10 בבקשה להורות למשיבים 2, 4, 5 לאפשר החתמת העותר על ייפוי כוח, לקבל את החלטת ועדת האבחון על מנת לערער עליה וכן לאפשר מפגש של העותר עם פסיכולוג מטעמו על מנת להציג בערר חוות דעת מטעמו. העתק המכתב מצורף ומסומן ע/15.

24. תשובת עו"ד אדי וייס, סגן היועמ"ש של משיב 1, מיום 12.7.10 לכך בזו הלשון:

"בהמשך לשיחתנו ביום 4.7.2101 אבקש לחזור ולציין כי לאור הנתונים שהוצגו בפניי במקרה הנ"ל אין לארגונוך מעמד להגיש ערר על החלטתה של ועדה האבחון שניתנה בעניין הנ"ל, וזאת לאור ההוראות של חוק הסעד (טיפול במפגרים) התשכ"ט – 1969.

באשר להצעתך להחתיים את החסוי על ייפוי כוח כדי לאפשר לכם להגיש ערר בשמו, לאור העובדות שהוצגו בפניי, גם על ידך בשיחותינו, כולל העובדה שמדובר בחוסה עם פיגור שכלי בינוני, נזק מוחי אורגני ומחלת נפש מסוג סכיזופרניה, שעליו התמנתה עמותת ש.פ.ר כאפוטרופסו ותתעורר שאלה רצינית לגבי יכולתו של החוסה לייפה את כוחו בכלל לכל אדם אחר לאור מצבו והנתונים של המקרה.

כפי שמסרתי לך גם בשיחותינו, הבירור של שאלה כזו יצטרך להיעשות בפורום המתאים כגון בית משפט לענייני משפחה, ובמסגרת הליך מתאים כדוגמת הליך לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב – 1962".  
המכתב מצורף ומסומן ע/16.

25. כמענה למכתב זה נשלח מכתב מיצוי הליכים ביום 6.12.10. המכתב לא נענה. המכתב מצורף ומסומן ע/17.

#### IV. הטיעון המשפטי

26. עמדת המשיב 1 הינה בתמצית, כי היות והעותר אדם עם מוגבלות שכלית וכן היותו חסוי, קרי אדם שמונה לו אפוטרופוס, הוא מנוע להגיש ערר באורח עצמאי בהינתן חוסר הסכמה מצד האפוטרופוס: כמו כן הוא מנוע מלייפות את כוחו של עורך דין לייצגו; ממילא לשיטת המשיבים, גם מנוע בא-כוחו לקבל את החלטת ועדת האבחון כדי לערער עליה בשם העותר. כפי שעולה ונובע מהחלטת המשיב 1, לשיטתו מימוש זכות הערר על ההחלטה לעניין סוג שיבוצו - במוסד או בדיוור בקהילה - הינו עניין שבין העותר לבין האפוטרופוס שלו, ואת חילוקי הדעות בינם בעניין הגשת הערר עליהם ליישב בבית משפט לענייני משפחה, בהליך מכוח חוק הכשרות והאפוטרופסות, התשכ"ט - 1969 (להלן: "חוק הכשרות").

כך עולה מהחלטת המשיב (ע/16) נשואת עתירה זו:

*"לאור העובדות שהוצגו בפניי...תתעורר שאלה רצינית לגבי יכולתו של החוסה לייפה את כוחו בכלל לכל אדם אחר לאור מצבו והנתונים של המקרה".*

#### כנגד עמדה זו מופנית העתירה דנן

27. עמדת העותר אשר תורחב להלן היא, כי העותר, ככל אדם, זכאי ל'יומו בבית משפט', היינו בוועדת הערר, חרף מוגבלותו וחרף היותו חסוי. בפרט נכונים הדברים הואיל ומדובר בהחלטה מינהלית-שיפוטית הרת גורל בחייו, המשליכה על זכויותיו היסודיות ביותר, ואשר תוצאתה שלילת חירותו וכפייה על העותר חיים מוסדיים, מנותקים מהקהילה, למשך כל חייו.

28. כהערה מקדימה יוער כי ללא קשר לשאלת מעמדו המשפטי העצמאי של העותר, בה יורחב בפרק ב' להלן, העותר הוא אדם בעל אינטרס ישיר בעתירה זו, שכן זכויותיו היסודיות הן נפגעו, כפי שיורחב, כתוצאה מפעולה מנהלית שנקטה בעניינו כפי שיפורט. מכאן, ולו רק בדרך של 'קל וחומר' מהלכות הרחבת זכות העמידה בפני בית משפט נכבד זה, יש להכיר בזכות העמידה העצמאית של העותר בעניין.

29. עוד יודגש, כי בפני העותר לא עמדה כל חלופה משפטית טובה ומתאימה למצות זכויותיו זולת עתירה בפני בית משפט נכבד זה.

29.1 אף אם יכול העותר מבחינה טכנית להגיש ערר, לחתום על ייפוי כוח ואף להיפגש עם פסיכולוג מומחה מטעמו, היה עליו לעשות זאת בניגוד להוראה מפורשת של האחראיים המיידיים עליו: מנהל המעון והעובד הסוציאלי הראשי, בחשאי, תחת עיניהם הפקוחות. משכך, טעם סר בטענה כי היה עליו למצות ערוץ זה במקום עתירה לבית משפט נכבד זה.

29.2 בנוסף, הואיל ועל פי החלטת המשיבים אין בידי העותר את נימוקי החלטת הערר ונמנעה ממנו האפשרות להגיש חוות דעת עצמאית שתתמוך בטענותיו, לא יוכל העותר לפרוס טיעוניו כראוי בערר, וממילא היו סיכוייו לערר קטנים, אף אילו היה מתקיים.

29.3 באשר לאפשרות פנייה לבית המשפט לענייני משפחה, בה צידדו המשיב 1 והמשיבה 4, יטען העותר כי עמדה זו מקורה בטעות משפטית. לעותר עומדת לו זכות ערר עצמאית מכוח חוק הסעד, כפי שיפורט, אשר אינה מחייבת הסכמת האפוטרופוס. ממילא מימוש זכות זו בידי אינו מחייב הוראה מצד בית המשפט לענייני משפחה או בירור משפטי מקדים אחר.

29.4 כמו כן, בהינתן זכות חוקית לערור מכוח חוק ספציפי, חוק הסעד, אין העותר נדרש לסמכות הכללית של בית משפט לענייני משפחה, המוסמך ליתן הוראות כלליות לאפוטרופוס ביחס לשאלות המתעוררות בניהול היומיום.

29.5 כמו כן, והואיל והחלטת משרד הרווחה בעניינו של העותר היא ביטוי למדיניות מנהלית רחבה וכללית הנהוגה אצל המשיב, אשר משליכה על ציבור גדול של אנשים עם מוגבלות שכלית הגרים במוסדות, מעל 7,000 איש בסך הכל, ראוי כי מדיניות זו תתברר בפני בית משפט נכבד זה.

29.6 לבסוף יוער כי החלטת בית משפט נכבד זה לא נועדה לבוא במקום החלטתו של הפורום הנכון לבירור שאלת סוג המגורים בהם ישובץ העותר: מוסד או דיור בקהילה. שהרי תכלית עתירה זו לאפשר לעותר את עצם הגישה לערכאה הנכונה, אשר נחסמת על ידי המשיבים.

מכל מקום, הואיל וטרם הומצאה לעותר החלטת ועדת האבחון, הרי שטרם נקפה התקופה בת 45 הימים למן קבלת ההחלטה ועד המועד להגשת הערר. על כן עם מתן הצו כמבוקש, יוכל העותר להגיש את הערר בפורום המתאים, ועדת הערר שליד בית המשפט השלום, ולברר שם כדין את שאלת זכאותו למגורים בקהילה.

**א. החלטה על שיבוץ אדם במסגרת חוץ-ביתית: המסגרת המשפטית**

30. משרד הרווחה אחראי על פי חוק על העמדתן ופועלן של מסגרות חוץ ביתיות עבור אנשים עם מוגבלות שכלית. **חוק הסעד (טיפול במפגרים) התשכ"ט – 1969** (להלן: 'חוק הסעדי') קובע את דרכי הטיפול לאנשים עם מוגבלות שכלית, ובתוכן את סוג מסגרות הדיור להן זכאי אדם עם מוגבלות שכלית. כך בסעיף 1 לחוק הסעד:

*"דדך טיפול" - לרבות סידור חוץ ביתי וסידור יומי";*

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

31. החלטות באשר ל**סוג** המסגרת שמעמידה המדינה לרשות אנשים עם מוגבלות שכלית, מתוך המפרט הקיים בחוק, מתקבלות ב"ועדת האבחון", וועדה מנהלית מעין-שיפוטית הפועלת מטעם משיב 1 מכוח חוק הסעד. כך בסעיף 7א לחוק בס"ק א:

*"החליטה ועדת אבחון על סידור חוץ ביתי או סידור יומי למפגר מסוים תקבע גם את סוג הסידור המתאים לו ביותר".*

עוד קובע סעיף זה **אמות מידה להחלטה על סידור חוץ ביתי**, בס"ק ב, ובתוכן העדפה לדיור בקהילה על פני שיבוץ במסגרת מוסדית:

*"בקביעת סוג הסידור החוץ ביתי תיתן ועדת האבחון עדיפות לדיורו של המפגר בקהילה".*

על החלטת הוועדה נתונה, כפי שיפורט, **זכות ערר** לוועדת ערר שליד בית המשפט השלום.

**ב. זכותו העצמאית של העותר להגשת ערר ולייצוג**

32. עמדת המשיבים הינה כי העותר מנוע מלהשיג על החלטת ועדת האבחון בעניינו ומנוע לייפות כוחו של עורך דין לייצגו בהליך הערר, בשל מוגבלותו ובשל העובדה כי יש לו אפוטרופוס שתפקידו לייצגו. עמדה זו מתעלמת מזכותו העצמאית של העותר, בוודאי מקום בו האפוטרופוס אינו פועל לשם מימוש זכות חוקית הנתונה לו.

זכות עצמאית זו נלמדת במישרין מלשון חוק הסעד, ושואבת מהלכות הכשרות המשפטית, המכירות במצבים שבהם לאדם החסוי יש כשרות משפטית לפעול בעניינים מסוימים ולהיות מיוצג בהם באופן עצמאי, כלהלן:

**1) הזכות העצמאית של העותר להגיש ערר – הוראות הדין**

33. לשון חוק הסעד ברורה ופשוטה: זכות הערר על החלטות הוועדה היא זכות דיונית הנתונה בידי שניים: האדם נשוא הדין וכן האחראי עליו (שהוא לפי סעיף 1 לחוק, הורה, אפוטרופוס או משמורן). לכל אחד מהם הזכות לערור על החלטת ועדת אבחון. כך בסעיף 8 לחוק הסעד:

*"תוך 45 ימים מיום מסירת ההודעה כאמור בסעיף 7(ג), רשאי המפגר או האחראי עליו לערור על החלטת ועדת האבחון לפני ועדת ערר".*

34. נוסף על הפרשנות הטבעית והמילולית של הוראות החוק, נוספת לכך גם תכלית הדברים, העולה מתוך דברי ההסבר לחוק. באלו מושם דגש על כך שחוק הסעד נועד להבטיח את זכויות כל אחת הדמויות המרכזיות והרלוונטיות לעניין בנפרד. כך:

*"עד היום לא נקבעו בחקיקה הישראלית האמצעים לטיפול במפגרים וטרם הוגדרו זכויותיהם וחובותיהם של המפגר, האחראי עליו והמוסדות שצריכים לשרת אותם." (ה"ח תשכ"ט מס' 795 עמ' 8).*

35. תפיסה זו, הרואה באדם ובאחראי שתי אישיות נפרדות, והמכירה בכך שלכל אחד מהם עשויים להיות עמדה, אינטרסים ונקודת מבט שונים, מצאה ביטוי בפרוצדורה שקבע המתוקק לגבי הליך עבודת ועדת האבחון והליך הערר על החלטתה: הוועדה צריכה לשמוע הן את האדם והן את האחראי עליו (סעיף 7(א) לחוק); את החלטתה ניתן לאכוף הן על האדם והן על האחראי עליו, וועדת הערר מצידה מחויבת אף היא לשמוע הן את האדם והן את האחראי עליו (סעיף 10 לחוק).

36. תימוכין לכך מצינו גם בהנחיות משיב 3, המפקח הארצי על ועדות האבחון.

**”ערעור**: על החלטת ועדות האבחון, ניתן לערער, לועדת ערר, תוך 45 יום, מקבלת סיכום הדיון בוועדת האבחון, בבית האדם עליו דנה הועדה והאחראים עליו.

יכולים לערער: **האדם** עליו דנה ועדת האבחון **והאחראים** עליו (הורים ו/או אפוטרופוס). ” (ההדגשות במקור). (סעיף 8 להנחיות).

העתק הקובץ השלם מצורף ומסומן ע/18.

37. כך גם מצינו באתר האינטרנט של משרד הרווחה והשירותים החברתיים, משיב מספר 1:

#### **ערעור על החלטות וועדת אבחון**

על החלטות ועדת האבחון ניתן לערר לועדת ערר תוך 45 יום מקבלת סיכום הדיון.

וועדות הערר נמצאות בבתי משפט השלום בירושלים, ת”א וחיפה. את הערר יש לשלוח לבית משפט השלום הרלוונטי לידי יו”ר ועדת ערר (על פי חוק הסעד טיפול במפגרים) ולצרף את כל המסמכים הרלוונטיים.

#### **רשאים להגיש ערעור:**

• האדם עליו דנה ועדת האבחון

• האחראים (הורים ו/או אפוטרופוס) על האדם עליו דנה ועדת האבחון

<http://www.molsa.gov.il/MisradHarevacha/Disabilities/MentalRetardation/Diagnosis/>

העתק העמוד מצורף ומסומן ע/19.

38. זכות הערר על פי חוק הסעד, **אינה מסוייגת בחוק**, ואף לא בשל קיומו של פיגור שכלי או בשל העובדה שמונה לאדם אפוטרופוס.

ממה נפשך – הרי חוק הסעד עוסק בזכותם של אנשים עם פיגור שכלי, אשר פעמים רבות ממונה להם אפוטרופוס. מהו הטעם איפוא בקביעת זכות ערר לאדם עם פיגור, אם במרבית המקרים היא תסוייג הזכות בשל אותו הפיגור ממש או בשל העובדה כי לאדם יש אפוטרופוס?

## **(2) כוחו של העותר לנקוט בפעולות משפטיות**

39. כאמור, די בהוראות חוק הסעד כדי לסתור את עמדת המשיבים כי העותר רשאי להגיש את הערר רק בכפוף להסכמת האפוטרופוס שלו. בנוסף יטענו העותרים בפרק זה כי גם **מכוח חוק הכשרות המשפטית ומכוח עקרונות כלליים במשפט**, עומדת לעותר זכות עצמאית להגיש ערר באופן ולחתום על ייפוי כוח לעורך דין. כלהלן:



## 2.1 העותר כשיר לבצע פעולות משפטיות

40. העיקרון המנחה בנושא הינו כי **כל אדם** הוא בעל כושר מלא לקבל החלטות ולבצע פעולות משפטיות, אלא אם כשרותו לעשות כן הוגבלה או נשללה. כך בסעיף 2 לחוק הכשרות:

*"כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט".*

משכך, חזקת הכשרות המשפטית של העותר וכוחו לבצע פעולות משפטיות, לרבות הגשת ערר ומתן ייפוי כוח לעורך דין, הינה הנחת יסוד אשר אינה צריכה להוכחה או לאישוש רפואי, למעט במקום בו הוגבלה או נשללה כשרותו. כדברי בית המשפט:

*"בהיעדר ראיה לסתור, חזקה היא כי אדם כשר לפעולות משפטיות כל עוד לא הוכח אחרת. הנטל לסתור חזקה זו רובץ על הטוען כי אין האדם כשר לפעולות משפטיות" (ע"א 4377/04 הולצברג נ' מירז (21.11.05) (לא פורסם) (להלן: "פרשיית הולצברג" וראי גם ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד (מח 3) (716, 705) (1994) (להלן: "פרשת קרן לב"י)).*

41. **כלל שאושש והובהר בפסיקה הוא כי עצם מינויו של אפוטרופוס עבור אדם אין בו כדי לצמצם או לשלול את כושרו המשפטי של אותו אדם לבצע פעולות משפטיות** (ראו: בע"מ 946/08 פלוני נ' פלוני (26.5.08) (לא פורסם), פרשיית הולצברג, פסקאות 16-17 ו-27 לחוות הדעת של השופטת ארבל, פרשת קרן לב"י, עמ' 734, וב-רע"א 6397/04 אלעבסי נ' עמותת א.ל.ע.ד (9.11.09) (טרם פורסם) (להלן: "פרשת עמותת אלעד").

42. הצעד המשפטי היחיד ממנו ניתן ללמוד על האפשרות להגביל באופן גורף את כשרותו של אדם הוא הכרזתו כפסול דין, בהתאם להוראות סעיף 8 לחוק (ואף אז אין הדבר שולל לחלוטין את היכולת לקבל החלטות כפי שיפורט). בלשון בית המשפט:

*"כל עוד החוק לא נקט בצעד הדרסטי של הכרזתו כפסול דין – אין כל זכות ליטול ממנו (מהאדם אשר מונה לו אפוטרופוס – ש.פ. י.ט) את כשרותו המשפטית". (פרשת עמותת אלעד)*

כך ולא בכל דרך אחרת. הוי אומר – לא עמדתו של המשיב ביחס ליכולתו של העותר להבין ולקבל החלטות, ואף לא עצם העובדה שמונה לעותר אפוטרופוס.

43. הלכה זו שואבת את נימוקיה מתוך יסוד: **כבוד האדם וחירותו, ומזכויות האדם הבסיסיות ביותר: הזכות לאוטונומיה הנתונה לכל אדם, הזכות לחירות והזכות לכבוד.** זאת הואיל והיא עוסקת באחד מן הנדבכים היסודיים של הכבוד האנושי - יכולתו של האדם לממש את זכויותיו האזרחיות והחברתיות

ואת זכויותיו השונות. שהרי בלא כשרות משפטית מוגבלת יכולת זו, עד כדי שאדם שכשרותו נשללה נדמה כמי שהוא 'שקוף' בעיני החוק.

על רקע כך, מצד אחד, יש להבין את הזהירות המתחייבת כל אימת שעומדת על הפרק הגבלת כשרותו המשפטית של אדם - כל אדם; ומצד שני, את חוסר הגמישות והדיכוטומיות הטמונות בכלל המשפטי, לפיו כשרותו המשפטית תקפה אלא אם צומצמה מכוח החלטה שיפוטית ברורה.

44. מגמה פרשנית זו מתיישבת אף עם אמנת האו"ם בדבר זכויות אנשים עם מוגבלות, עליה חתמה מדינת ישראל בשנת 2007, ובה מצוין בס' 12(2), כי כל אדם עם מוגבלות זכאי ליהנות מכשרות משפטית מלאה.

45. באופן קונקרטי, הבהירה הפסיקה כי לאדם עם מוגבלות שכלית, לרבות אדם שמונה לו אפוטרופוס, כשרות להיות בעל-דין בהליך משפטי, וכוח לייפות כוחו של עורך דין.

**בפרשת פלוני** קבע בית המשפט העליון, כי שאלת כשרותו של אדם להיות בעל דין בהליך משפטי (שם הליך פלילי), אינה מוכרעת מכוח חזקות מקדמיות כלשהן הקשורות לטיב המוגבלות או לעובדה שמונה לו אפוטרופוס, אלא מתבססת על בחינה עניינית של כשריו של האדם להבין הבנה בסיסית את ההליך ושל תפקיד עורך הדין, כך:

"נכון כי לרוב אין ממנים אפוטרופוס למי שמסוגל לדאוג לענייניו, אולם איני סבור כי קיים הכרח שהלוקה בשכלו יהיה מסוגל לדאוג לענייניו באופן עצמאי על מנת שיעמוד במבחן הכשירות הדיונית. כפי שפירטתי בהרחבה לעיל, המבחנים לבחינת כשירותו הדיונית של נאשם הלוקה בשכלו הינם מבחנים מצמצמים, כאשר רק במקרים בהם ישוכנע בית המשפט כי למערער אין הבנה בסיסית של ההליך המשפטי ובעלי התפקידים בו, הוא אינו מסוגל להבין את העדויות באופן בסיסי ואינו מסוגל לתקשר עם עורך דינו באופן בסיסי, ייקבע כי הוא אינו כשיר לעמוד לדין.

לפיכך, עצם מינוי האפוטרופוס אינו מעלה או מוריד לעניין זה, וצודקת המשיבה בטענתה לפיה ניתן למנות אפוטרופוס לתכליות שונות, ניהול נכסי החסוי, חינוכו ועוד ועצם מינוי האפוטרופוס אינו מחייב בהכרח את המסקנה לפיה החסוי אינו כשיר לעמוד לדין". (ע"פ 7924/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), 5.5.08 (להלן: "פרשת פלוני");

העותר יטען כי הדברים יפים בעניינו. שיטה שבה חלים כללים משפטיים קוהרנטיים, מחייבת שאם הוכרה כשרותו המשפטית של אדם עם מוגבלות שכלית להיות בעל דין לצורך הליך פלילי, בו התוצאה עלולה להיות שלילת חירותו ועל כן המנהג בו הוא לקולא, הרי שמקל וחומר יש להכיר בכשרותו מקום בו מבקש אדם למצות זכויות הנתונות לו בדין, ובכלל זה הזכות לחירות.

לגופו של עניין וכפי שפורט, העותר הביע רצון מפורש לגור בקהילה מחוץ למוסד. הבנתו את גדר ההתלבטות: מוסד או דירה בקהילה, היא אמנם בסיסית אך ניכרת. הוא הביע רצונו גם בפני ועדת האבחון במהלך הדיון עצמו וכן שיתף פעולה עם הח"מ במסגרת ייצוגם אותו עד כה.

46. מן הכלל אל הפרט - העותר מעולם לא הוכרז כפסול דין - ולא בכדי. בית המשפט לענייני משפחה החליט כי די במינוי אפוטרופוס עבורו. מונה לעותר אפוטרופוס חיצוני לגוף ולרכוש, הא ותו לא.

נוסף על כן ובאופן ספציפי יותר, כשרותו המשפטית של העותר להגיש ערר /או לייפות כוחו של עורך דין לא סוייגה בדין או בפסיקה. לגופו של עניין יש לו די כלים כדי לייפות כוחו של עורך דין, להבין את פשר העניין ולהבין את פשר הליך הערר באופן בסיסי.

מכאן שנתונה לעותר כשרות משפטית לנקוט בפעולות נשואות העתירה. החלטת המשיבים נוגדת איפוא את חזקת הכשרות המשפטית ופוגעת שלא כדין בעותר; וכן התקבלה שלא בסמכות, הואיל והסמכות להגביל כשרותו המשפטית של אדם בכלל או בעניינים מסויימים נתונה לבית משפט, וגם אז רק במקרים המתאימים, ובמשורה – כאשר לא נתונה חלופה אחרת.

## 2.2) תוקפן המשפטי של פעולות – דרכם של אנשים במצבו

47. על כשרותו המשפטית של העותר לנקוט בפעולות נשואות העתירה ניתן ללמוד על דרך של קל וחומר אף מזכותו של פסול הדין לנקוט בפעולות מסויימות שהדין והפסיקה הכירן.

סעיף 9 לחוק הכשרות הקובע כי על פעולה משפטית של מי שהוכרז פסול דין יחולו, בשינויים המחויבים הוראות 4 עד 7 לחוק, מחיל על 'פסול הדין' את סעיף 6 שכותרתו: סייג לביטול פעולות.

סעיף 6 לחוק הכשרות קובע כלל לפיו פעולותיו של פסול דין (כמו של קטין) בנות תוקף ואינן ניתנות לביטול מקום בו דרכם של אנשים כמותו ובמצבו לפעול, ובלבד שאין בהן כדי להביא לו לנזק. כך:

"פעולה משפטית של קטין שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה, וכן פעולה משפטית בין קטין לבין אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין, אינה ניתנת לביטול כאמור בסעיף 5, אף שנעשתה שלא בהסכמת נציגו, אלא אם היה בה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו".

סעיף זה פורש הן כהסדר שנועד להגן על האדם עצמו (ועל צדדים שלישיים שקשרו עימו פעולה) והן כהסדר שנועד לאפשר לאדם אוטונומיה מהתערבות בלתי נחוצה ומופרזת של האפוטרופוס, באותם עניינים שכותו העצמאי של האדם, קטין או חסוי לפי העניין, הוסדר בחוק או שקיימת לגביהם הסכמה בעולם המעשה, שכן בפועל הם מסוגלים לעשותם ועושים אותם בפועל.

כך למשל, נקבע כי סעיף זה מעניק לקטינים זכות תביעה עצמאית למזונות, על אף שהוריהם, אפוטרופסיהם החוקיים הכריעו בעניין מזונותיהם בהסכם שכרתו ביניהם. בהקשר זה נקבע כי: "דרכם של קטינים לתבוע מזונות ממי שחב בהם אינה חסומה על-ידי הסכם או פסק-דין בין הורים" (עא 105/83 אברהם מנשה נ' רבקה מנשה, פ"ד לח(4) 635, 640).

כמו כן, נקבע כי 'דרכם של קטינים, לעשות מעשה היא במקום בו המחוקק העניק, כמו בעניינינו, זכות עצמאית לקטין. כך, למשל, מקום בו הסדיר המחוקק את זכותו של קטין לעבוד, נקבע שלא ניתן יהיה לשלול ממנו כשרותו לנקוט בפעולה משפטית הכרוכה בעבודה או לבטל מעשיו בקשר לזה, בטענה שאין לו כשרות משפטית כללית לפעול או כי הוא נתון למרות אפוטרופסיו. כך:

"הסמכות להגיע להסכמות כאלה, הופקעה מהם (מההורים, האפוטרופוסים, ש.פ., י.ט.) על פי הוראת סעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות והועברה לתובע, לקטין בעצמו, שהרי הוא זה המוסמך לבצע פעולה משפטית שדרכם של קטינים לעשות כמות ומכיוון שנקבעה סמכותו זו, מיד נשללה סמכותם של האפוטרופוסים. רצון המחוקק הוא ברור. לא תתכן כפילות ולא יתכן מצב שפעולה כשרה תבוטל על ידי בעל סמכות מקבילה. רק גורם אחד הוא הקובע והמחליט ומשהחליט אין דרך לביטול על ידי גורם אחר. כך מושגת יציבות. אם הפעולה המשפטית איננה כזו שדרכם של קטינים כאלה לעשותה, אזי הנציגים הם המוסמכים היחידים לבצע. לעומת זאת, אם הפעולה המשפטית היא כזו שדרכם של קטינים בגיל כזה לעשותה, אזי הקטין הוא המוסמך היחיד לבצע ושום התנגדות של הנציגים, לא תוכל להביא לביטול הפעולה. (ב) 900-15/נד אשכנזי גל נ' חלילי זהר (מאגר נבו).

מכאן ובהיקש, 'על דרכו' של העותר לנקוט בפעולות נשואות העתירה ניתן ללמוד בראש ובראשונה מזכותו המפורשת לעשות כן בחוק, כלעיל.

כמו כן, ניתן ללמוד על כשרותו זו מהסדרים נוספים, שהם בבחינת פרקטיקה נוהגת, המבססת את "דרכם" של אנשים עם כשרים מנטליים מופחתים לקבל החלטות לגבי חייהם, להגיש עררים ולהיות מיוצגים בדיון, על אף שגם להם יש או עשוי להיות אפוטרופוס. כלהלן:

**א. אשפוז כפוי**

48.1 בהליכי ערעור על אשפוז כפוי, הן במסלול האזרחי והן במסלול הפלילי, מוסדרת זכות הערר וזכות הייצוג הנפרד של אדם עם מוגבלות נפשית, לרבות - ובמיוחד - במצבים שיש בהם שיבוש שיקול הדעת. ראו למשל: תקנות טיפול בחולי נפש (ייצוג משפטי בטיפול כפוי), התשס"ו – 2006.

עוד בטרם עוגנה זכות זו בחקיקה, קבע בית המשפט העליון, כי **טיב המוגבלות והשלכותיה התפקודיות אינן מצדיקות את סיוג הזכות לייצוג**. נהפוך הוא, נקבע, כי משום חולשתה המובנית של אנשים אלו, ומשום **הגבלת החירות** שהיא תוצאה לא פעם של החלטות הטיפוליות הנוגעות להם, זכאים הם ביתר שאת לייצוג באמצעות עורך דין. כך:

"בכל המקרים הללו עשוי חולה הנפש להתנגד לאשפוז הכפוי. יכולתו להביע את התנגדותו זו מצומצמת ביותר. לעתים, אין הוא מבין כלל את העומד להתרחש; לעתים הוא מבין יפה את הצפוי לו, אך אינו יכול להביע את עמדתו זו; לעתים דרכי הקומוניקציה שלו לקויות ודלות. בצדק ציין הנשיא לנדוי, כי מאושפז עלול להיכנס עם אשפוזו "...לעולם אחר, שבו אין הוא פועל עוד כאדם בעל מחשבה עצמאית..." (ע"א 219/79 ירמלוביץ ואח' נ' חובב [6], בעמ' 779). בכל המקרים האלה, ובאחרים כמותם, נדרש כי ימונה לחולה הנפש סניגור אשר ישמש לו לפה ואשר יעמוד על משמר האינטרסים שלו. אכן, האיזון הראוי בין השיקולים השונים עשוי להיפגם אם לא יעמוד לימינו של חולה הנפש סניגור אשר ישמור על זכויותיו. (פרשת וילנצ'יק, עמ' 715).

48.2 זאת, יודגש, ללא הבחנה בין אנשים עם מוגבלות נפשית שיש להם ואין להם אפוטרופוס, או שהוכרזו או לא הוכרזו פסולי דין. על אף שחלקים ניכרים מאוכלוסייה זו הם אנשים שמונה להם אפוטרופוס ו/או שהם פסולי דין.

כך למשל, גם אם סבור האפוטרופוס שיש לאשפוז את החסוי, לא ניתן לאשפוז בניגוד לרצונו, אלא נדרשת החלטת פסיכיאטר מחוזי, ולאחריה גם ועדה פסיכיאטרית, לפיהן מצבו של האדם מצדיק אשפוז בכפייה, בהתאם לעילות הסגורות הקבועות בחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991.

**ב. הדין האזרחי הכללי**

50. בהליכים אזרחיים קבועה זכותו של פסול דין לתבוע בהליך, כך על פי סעיף 32 (א) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984:

"פסול-דין רשאי לתבוע לדין על ידי אפוטרופוסו או ידידו הקרוב; כן רשאי הוא להתגונן בדין על ידי אפוטרופוסו."

דהיינו, פסול דין רשאי לתבוע לא רק באמצעות האפוטרופוס, כי אם גם באמצעות ידיד קרוב, שהוא אדם שנבחר על-ידו, על פי בחירתו. ראו למשל: מקרה של חסוי שביקש להגיש תביעה בבית המשפט באמצעות ידיד קרוב, על אף שמונה לו אפוטרופוס (ה"פ (נצי) 395/98 גליק נ' עוז מאגר נבו (1999)).

### ג. ייצוג משפטי בדין הפלילי

51. אנשים עם מוגבלות שכלית אינם פטורים אפרוורית מעמידה לדין פלילי – לא מחמת מוגבלותם ולא מחמת העובדה שמונה להם אפוטרופוס.

פטור מאחריות פלילית אפשרי, כפי שנקבע בפרשת פלוני לעיל, רק על יסוד מבחנים קונקרטיים וצרים, הבוחנים הבנה בסיסית (בלבד) של ההליך ושל מתן ייפוי כוח לעורך דין.

52. לסיכום, העותר מבקש לנקוט בפעולה שדרכם של פסולי דין לנקטה, בהתאם לסעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית. את הפרקטיקה של ייצוג נפרד ניתן ללמוד הן מתוך הסעד, כלעיל והן על דרך היקש מתחומים דומים שבהם הוכרה זכותם של אנשים עם מוגבלות, חלקם אף פסולי דין, להיות בעלי דין, למצות את זכות הערר ולהיות מיוצגים בידי בא-כוח.

עוד יובהר, כי הסייג להכרה בפעולות שנקטו מכוח סעיף 6 לחוק, היינו 'נזק צפוי' מהפעולה, אינו רלוונטי כלל בענייננו. מטרת הגשת הערר ומטרת ההתקשרות עם עורך דין במקרה זה נועדה להטיב עם העותר: לאפשר לו למצות זכות חוקית הנתונה לו. ממילא אם כן, החתירה למיצוייה כשלעצמה אינה יכולה להיתפס כשלילית.

ועוד יודגש, לא העותר ולא עורך דינו יקבלו את ההחלטה בדבר סוג השיבוץ במוסד או בקהילה, אלא, כמקווה, ועדת ערר. כפי שיפורט בפרק ו' להלן, טענות המשיבים לעניין טובת העותר בהקשר זה ידונו במסגרת הערר. אולם הן אינן מצדיקות חסימת העותר מלנקוט בפעולה בה רשאי הוא לנקוט כאמור.

## 2.3 זכות הייצוג הנפרד של אדם שיש לו אפוטרופוס

53. יוקדם ויוער, כי אמנם העותר ייפה את כחם של הח"מ בעל-פה, ואמנם ייפוי כוח קביל אינו מחוייב בדרישת כתב, אולם אי ההכרה המהותית של המשיבים בייצוגו של העותר בידי בא-כוח מטעמו מגבילה את הייצוג בפועל. בכלל זה נגישות למסמכים שחלה עליהם סודיות המידע, ביקורי עורך הדין במוסד ופנייה בשמו למומחים. **עמדת המשיבים לעניין זה אינה מתיישבת איפוא עם הזכות הכללית לייצוג, ובתוכה עם זכותו של אדם עם מוגבלות לייצוג.**

54. הלכה כללית היא כי, ייצוגו של אדם בידי בא-כוח מאפשר לו כלים להתמודד בזירה המשפטית, שכלליה דורשים שפה, מיומנות וכלים מיוחדים, ושפעמים רבות קיימים בה פערי כוחות ניכרים בין הצדדים. כך נקבע בעניין:

"חירות זו למנות עורך-דין לייצוג בבית-משפט חשובה היא בכל שיטת משפט. חשיבות מיוחדת נודעת לה בשיטת משפט אדוורסארית. הופעה ללא ייצוג עשויה ליצור חוסר איזון בין הצדדים, ופגיעה בתיפקודה של השיטה... עמד על כך השופט ח' כהן בכל הנוגע לייצוג נאשם בהליך פלילי, בציינו:

"בעולם משפטי כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המסתורין של החוק והפרוצדורה, זכותו הראשונית והיסודית של כל נאשם היא, או צריכה להיות, שהוא מיוצג ע"י מי שיודע כזו התורה ומדבר לשון הסתר" (ח' כהן, "על זכויות הנאשם" הפרקליט כו (תש"ל) 42, 49)

(בג"ץ 4330/93 גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 232.)

55. בפרט מקום בו הצד שכנגד הינו, כבמקרה שלפנינו, הרשות המנהלית. כפי שציין בית המשפט:

במדינה המודרנית המפותחת כאשר החקיקה מתערבת בפעולותיו היומיומיות של האדם מיום לידתו ועד יום מותו, עולה חיוניותו וחשיבותו של תפקיד עריכת-הדין הן לטובת האזרח והן לטובת המדינה... (בג"ץ 515/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, אל"מ צבי אלמוג, צה"ל, פ"ד כט(2) 169, 174 וכן ראו התייחסות נוספת בעמ' 171, מאגר נבו).

ועוד יותר כך, נעיר, במקרה של אדם עם מוגבלות, כגון העותר, נוכח כשריו השכליים המופחתים וקשייו להביע טענותיו באופן יעיל בערכאה שיפוטית.

56. אמנם הנחת המוצא היא כי האפוטרופוס מוסמך לייצג את החסוי, אולם הואיל והאפוטרופוס אינו תומך בהגשת ערר, וממילא אינו מעוניין לייצג את העותר בעניין, יטען העותר כי עומדת לו זכות לייצוג עצמאי, כלהלן.

א. הגם שייצוג החסוי נמנה על חובות האפוטרופוס, אין פירוש הדבר כי האפוטרופוס לבדו מוסמך לייצג את העותר. לשון אחר, אם האפוטרופוס אינו רואה לנכון להגיש ערר בשם העותר, כבענייננו, אין הדבר מאיין את זכאותו המהותית והפרוצדוראלית של העותר.

ב. זכות חוקית ופרטיקולארית של אדם, ועוד כזו שבבסיסה זכויות חוקתיות כפי שיורחב בפרקים ג-ז להלן, אינה זקוקת ל"הפעלה" באמצעות אפוטרופוס בכדי להקנותה לחסוי.

ג. מקום בו המחוקק קבע, כי הסמכות לקביעת סוג הדיור של אדם נתונה בידי ועדת אבחון – וועדת ערר אחריה, מתקיים הסדר שלילי המפקיע את ההחלטה בעניין סוג הדיור מידי האפוטרופוס, לרבות 'אפוטרופוס על הגוף'. מדובר בהסדר קונקרטי הגובר על הסדרי האפוטרופוס הכלליים. משכך, מניעת הזכות לפנות לערכאה המוסמכת מנוגדת לדין.

ד. פי שנקבע בפרשת פלוני לעיל, אין די בעובדה שמונה לאדם אפוטרופוס, הגם מבלי שאף נשאל בדבר, כדי לשלול מכשרותו המשפטית כבעל דין. לאפוטרופוס על חסוי אין זכויות משל עצמו, אותן יש לאזן עם זכויות החסוי. כל תפקידו לפעול לטובת החסוי, בשיתוף פעולה עימו (סעיפים 41-42 לחוק הכשרות). מניעת אפשרות בידי החסוי לממש זכות חוקית הנתונה לו, כאמור, אינה יכולה להיחשב כפעולה שהיא 'לטובתו'.

ה. עצם הגשת הערר אינו פוגע בתחומי האחריות המהותיים של האפוטרופוס. שכן גם אם יתקיים הדיון בערר, יישמע האפוטרופוס בהליך הערר. זאת הן מכוח סעיף 10 לחוק הסעד, כלעיל, והן מכוח סמכותו הכללית שבדין של האפוטרופוס להיות מעורב בהליכים הנוגעים לחסוי ולהביע בהם את עמדתו (ע"א 2130/97 פלונית נ' פלוני, פ"ד נג(1) 145, 152 - מאגר נבו). במידה והאפוטרופוס סבור כי ההחלטה לאפשר לעותר לעבור למגורים בקהילה תפגע בטובתו, הרי שהוא יוכל לטעון בנושא בפני ערכאת הערעור.

57. פסק דין תקדימי של בית הדין האירופאי לזכויות אדם אשר ניתן לאחרונה, במקרה דומה למקרה שלנו, קבע כי אף בהתאם לעקרונות המשפט הבינלאומי, עומדת לאדם עם מוגבלות הזכות למצות הליכים משפטיים הנוגעים לזכויותיו, באמצעות ייצוג עצמאי ונפרד, וזאת אף בניגוד לעמדת האפוטרופוס שלו.

Shtukarov V. Russia (Application no. 44009/05)

בפסק הדין נדונה עתירתו של אדם עם מוגבלות נפשית אשר בית המשפט ברוסיה הורה לשלול את כשרותו המשפטית וכן למנות לו אפוטרופא. בהמשך אושפז העותר בבית תולים פסיכיאטרי בניגוד לרצונו ובהסכמת האפוטרופא. עורך דין מטעם ארגון זכויות אדם הסכים לייצגו, אולם הרשות המנהלית



סירבה היות ולדידה לעותר אין כשרות משפטית לייפות את כוחו לייצוג והיות ולטענתה ייצוג על ידי אפוטרופוס מיותר את זכות החסוי לייצוג עצמאי.

בית הדין האירופאי לזכויות אדם דחה את טענת הרשות וקבע כי לעותר עומדת הזכות העצמאית לייצוג ולערעור על האשפוז גם ללא הסכמת האפוטרופא. לנוסח המלא של פסק הדין ראו:

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4bc6e3712.pdf>

58. לבסוף, על זכותו של חסוי לייצוג נפרד בנסיבות מסוימות ניתן ללמוד היקש מזכותם של קטינים לייצוג נפרד. זאת על אף ההבדלים המשפטיים המתבקשים בין חסוי בגיר, לבין קטין הנתון למשמרות הוריו, שזכויותיהם היסודיות להורות, בשונה מזכויותיו של האפוטרופוס, בעלות משקל משל עצמן.

אף על היחסים המיוחדים שבין הורים לילדיהם ועל אף שכל קטין הינו בחזקת 'פסול דין', הכיר הדין בזכותם העצמאית של קטינים לייצוג נפרד, מקום בו מתקבלות החלטות גורליות בחייהם במסגרת הליכים משפטיים וקיים ניגוד עניינים בינם לבין הוריהם או שההורים אינם נותנים די ביטוי לאינטרסים הנפרדים של ילדיהם או לרצונם. למשל, בחליכים שיפטיים שעניינם המשמורת על הילד, הגירה של ילד, הוצאתו מחוץ לביתו וכדומה.

במקרים אלו הן על פי הדין והן על פי ההלכה הפסוקה ימונה לקטין, ביוזמתו או ביוזמת בית המשפט, אפוטרופוס לדין או עורך דין, בהתאם לגילו של הקטין ורמת בגרותו.

יודגש, כי במקרים אלו וכאשר הדין מתנהל בבית משפט לנוער, למשל, אין צורך לקיים "משפט זוטא" מקדים, בבית המשפט לענייני משפחה, כדי לברר את המחלוקת בין הילד להורה, כגון זה שדורשים המשיבים בענייננו. (ראו: דוח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, יו"ר ס. רוטלוי (2003), וגם: בע"מ 10480/05 פלונית נ' פלוני תק-על 2005(4) 2484, 2486 (2005); דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני פ"ד נח(6) 246 (2004).

59. לסיכום – לעותר זכות עצמאית להגיש ערר ולחתקשר עם עורך דין, על אף היותו אדם עם מוגבלות שכלית וחסוי. הוראות הדין קובעות כי כל אדם כשיר לבצע פעולות אלא אם הוכרז פסול דין. העותר אינו פסול דין. ואף אם היה כן, מכיר הדין בתוקף פעולות משפטיות של פסול דין, אם הוכח כי דרכם של אנשים במצבו לבצען. כמו כן מכיר הדין בכוחו של אדם עם מוגבלות שכלית להיות בעל דין אם יש לו הבנה בסיסית של ההליך ושל תפקיד עורך הדין; וכן כן, בהיקש מההסדר הנוהג לקטינים, להיות מיוצג באופן נפרד מהאפוטרופוס אם האינטרסים שלו אינם מיוצגים ביאות.

**ג. הזכויות הדיוניות הנפגעות**

60. החלטת המשיבים למנוע מהעותר להגיש ערר באופן עצמאי תוך ייצוגו בידי בא-כח, מביאה לפגיעה בסדרה של זכויות דיוניות, אשר הוכרו במשפט כזכויות בעלות חשיבות מהותית ואשר מהוות שומרי הסף להבטחת זכויות אדם בהליכים משפטיים. בתוכן הזכות לייצוג, שפורטה לעיל וכן הזכויות המנויות כלהלן:

**(1) זכות הערעור**

61. תוצאתה הישירה של החלטות המשיבים היא פגיעה בזכות הערעור של העותר. זכות המוכרת בשיטתנו המשפטית כזכות מהותית, בעלת משקל מיוחד, הנתפסת כביטוי של עקרון ההגינות במערכת המשפט (ראו למשל, בג"ץ 87/85 ג'מאל אחמד ג'בר ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353, בעמ' 363).
62. החלטות ועדות האבחון הן בעלות השלכה רחבה ומהותית בחייו של אדם בתחומי החיים המהותיים (דיוור, תעסוקה וכדומה). בנסיבות מסויימות מאפשר חוק הסעד אף כפייתן בידי בית המשפט על האדם ו/או האחראי עליו - בין אם הרקע לדיוניה היה יוזמה עצמאית של מערכת הרווחה ובין אם יוזמה של האדם ו/או האחראי עליו, שמעוניינים היו בקביעת תוכנית טיפול (סעיף 11 לחוק).
- משום אלו קבע המחוקק זכות ערר על החלטת ועדת האבחון. כך בסעיף 7(ג) לחוק:

*"ועדת אבחון תמסור למפגר ולאחראי עליו הודעה בכתב בדבר החלטתה ובדבר זכותם לערור עליה כאמור בסעיף 8".*

63. פרוצדורת הערר מופקדת בידי ועדה שיפוטית, שליד בית המשפט השלום, שיושב ראשה, כאמור בסעיף 9 לחוק, הינו שופט או מי שכשיר להיות שופט בית משפט שלום, במינוי שר המשפטים (בעוד שוועדת האבחון היא ועדה מקצועית-מנהלית, שחברים בה אנשי מקצוע מתחומי הטיפול). הרכבה זה מאפשר, נוסף על האינטרס הכללי של ביקורת על החלטות, גם שקילת שיקולים בעלי אופי משפטי- חוקתי.

רציונאל דומה מנחה את אופייה של זכות הערר על הוראת פסיכיאטר מחוזי לאשפז אדם עם מוגבלות נפשית אשפוז כפוי. בשני המקרים עשויים להתנגש הרצון להגן על האדם ומפני האדם עם זכויותיו היסודיות, בתוכן הזכות לאוטונומיה אישית ולחירות. כך מפי הנשיא דאז ברק:

"על-כן, יש להימנע מהכרעות המשקפות את התפיסות הסובייקטיביות של הגורמים (השיפוטיים או הרפואיים) הנוגעים בדבר (...). הוראת האשפוז אינה פרי שיקול רפואי בלבד. היא חייבת לאזן בין השיקולים השונים – חירותו של חולה הנפש, הטיפול בו, שלום הציבור – הבאים בחשבון. חלקם של השיקולים אינם בעלי אופי רפואי (חירות החולה), או אופי רפואי בלבד (שלום הציבור).

**מכאן הצורך לקיים פיקוח על הוראתו של הפסיכיאטר המחוזי (...). ודוק:** אין בגישתי משום הבעת חוסר אמון ביכולתו המקצועית של הפסיכיאטר המחוזי. חזקה עליו שהוא פועל לפי מיטב הכרתו ומיומנותו, אך חברה הרגישה לזכויות אדם – ובמיוחד לזכויותיו של האדם החולה – חייבת לאפשר ביקורת שיפוטית (...). יודע אני כי פיקוח שיפוטי אינו מבטיח תמיד הגנה יעילה על זכויות האדם. אך משוכנע אני כי היעדר פיקוח שיפוטי סופו פגיעה בחירותו של האדם. באין דיין אין דין. (פרשת וילנצ'יק לעיל, בעמ' 712-713).

## 2) הזכות להליך הגון

64. פגם נוסף בהחלטת המשיבים הוא הפגיעה בהגינות ההליך המנהלי שנקט בעניין העותר. פגיעה זו יורדת לשורשי ההחלטה ומצוייה בכל אחד מצמתיה: אמנם הותר לעותר להיות מיוצג במהלך דיוני ועדת האבחון ולקראת כינוסה (כאמור בסעיפים 15-16 לעיל), אולם **משהודיעה באת-כוחו על כוונת העותר לערוך על ההחלטה נחסמה דרכו באופן ברור**: המשיבים סרבו להעביר את החלטת לידו ולידי בא כוחו את ועדת האבחון; סרבו לאפשר לעותר לתמוך טענותיו באמצעות חוות דעת מטעמו, ומנעו ממנו מתן ייפוי כוח ומפגשים סדירים עם עורך דין.

65. פגיעות אלו בתקינותו של ההליך המנהלי ואף במראית עין של הגינות בסיסית, צורמות ועולות עד פגיעה בזכות החוקתית לכבוד. כך בלשון בית המשפט (לעניין השפעת קבלת ראייה פסולה במשפט על הזכות להליך הגון):

"...פגיעה שהיא משמעותית, לתכלית שאינה ראויה ובמידה שעולה על הנדרש. בנסיבות אלה, קבלת הראייה במשפט תעלה כדי פגיעה שלא כדין בזכות החוקתית לכבוד ולחירות". (ע"פ 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461, 544 (להלן: 'פרשת טור' רפאל'))

66. במקרה שלפנינו האינטרס בכך שההליך יהיה הגון כלפי העותר מקבל משנה וטוקף נוכח השלכת החלטת המשיבים על זכויות יסוד של העותר: שלילת חירותו, וזכותו לדיור בקהילה ולאוטונומיה, כפי שיורחב בפרקים ד-ה להלן.

67. כמו כן מקבלים הדברים משנה חשיבות נוכח מעמדו של העותר, נסיבותיו האישיות וכוחו המוחלש, בוודאי בהשוואה לכוחה של מערכת הרווחה, על כל אורגניה ונציגיה.

מצד אחד, העותר הינו אדם עם מוגבלות מורכבת, אשר נזקק לתמיכה, סיוע והכוונה מאת המשיבים. מערכת התמיכה המשפחתית והחברתית שלו מצומצמת. יש לו מעט מילים כדי לנסח את עמדתו, ומעט כלים ומשאבים כדי להשיג על החלטות המשיבים. באופן הפשוט והפרקטי ביותר - העותר אדם נוח למרות. קל לאכוף עליו החלטה, אך שהיא מנוגדת לרצונו ומנוגדת לדני.

מצד שני, מערכת הרווחה ממלאת תפקיד משולש: העובד הסוציאלי הראשי מטעמה הוא שביקש את המשך ההשמה במוסד; ועדת האבחון מטעמה קיבלה את ההחלטה נשואת הערר, והיועץ המשפטי שלה, יחד עם האחראי על ועדות האבחון והעובד הסוציאלי הראשי, חוסמים את ערעור על החלטה זו.

68. למעלה מן הצורך יוער, שהדרך שכביכול פתחו המשיבים בפני העותר לשם מימוש זכויותיו - פנייה לבית המשפט לענייני משפחה, כעולה מעמדת המשיבים ע/16, אינה עונה על דרישת ההגיונות. לא רק שהיא עוקפת ונוגדת הסדר ערר פשוט שעיקרו פנייה ישירה לוועדת ערר תוך 45 יום מיום קבלת ההחלטה, אלא שהיא אף מערימה קשיים פרוצדוראליים על העותר.

הדרישה שמעמידים המשיבים כלפי העותר יש בה כדי לחסום את דרכו לצדק. כמו לא די בבית משפט אחד, הוא נדרש, לדידי המשיבים, להתייצב בשני בית משפט שונים.

ועוד, לא מצינו הסדר בחוק המטיל פנייה לבית משפט לענייני משפחה על כתפי החסוני. ההפך, ועל פי הגיונם של דברים, במקרה של קושי במילוי תחומי האפוטרופסות, האפוטרופוס או היועץ המשפטי לממשלה הם שפונים לבית המשפט לענייני משפחה. זאת כאמור בסעיף 44 לחוק הכשרות. ראו למשל: תמ"א (י-ס) 779/88 היועמ"ש נ' חושנג'י, פ"מ התש"ן (2) 180 (1989)

69. היבט נוסף של הפגיעה בזכות העותר להליך הוגן הוא בפגיעה בכבודו האישי: פגיעה ברוחו, בתחושת השליטה על חייו ותחושת הערך העצמי שלו. זאת שעה שהחלטה מנהלית כגון זו התקבלה בעניינו, מבלי שניתנת לו אפשרות להשפיע על מהלכה או תוכנה. על היבט זה נפסק:

פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן בפלילים (...) עלולה היא לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים, עד כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד (פרשת טור/ רפאל, עמ' 544).

וכן:

"כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שווה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליחנות מן השוויון אשר בין בני אנוש..." (ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 842).

70. כך גם באמנה הבינלאומית לזכויות אנשים עם מוגבלות מצוין בסעיף 13 שכותרתו: access to justice:

State Parties shall ensure effective access to justice for persons with disabilities on an equal basis with others...

לנוסח המלא של אמנת האו"ם ראו: <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>

71. עוד יוער כי גם מנקודת מבט טיפולית קיימים נימוקים כבדי משקל בהבטחת הזכות להליך הוגן. הנחת המוצא היא כי ככל שיש לאדם יכולת להשפיע על ההחלטה המתקבלת בעניינו, וככל שההליך נתפס בעיניו כהגון ומאוזן יותר, כך גדל הסיכוי כי ההחלטה תכובד על-ידו גם אם לא אומצה בה עמדתו.

מחקרים בתחום מדעי ההתנהגות מצביעים על כך שמידת הגינותם של הליכים מנהליים או משפטיים מתורגמת לתחושת צדק בקרב המעורבים בהם; לתחושת השתייכות לקבוצה; למידת האמון שהם נותנים באחרים וברשויות בהווה ובעתיד. כמו גם ביכולתם הנפשית להתמודד גם עם תוצאה משפטית מאכזבת מבחינתם [ש. פרימור, "בשלה העת: ההכרה בייצוג ילדים בהליכים משפטיים הנוגעים בחייהם כזכות אדם של הילד", ב-זכויות הילד והמשפט הישראלי בעריכת ת. מורג, רמות, 2010, 571, 594-593].

### 3) זכות הגישה לערכאות

72. עמדת המשיבים פוגעת בזכות הנגישות לערכאות: זכותו של אדם, כחלק מכללי הצדק הטבעי ומעיקרי המשפט, להשמיע את טענותיו באופן מלא בפני ערכאה שיפוטית (ראו למשל: עע (ארצי) 1070/00 אנדרי בנוזיזי נ' צים חברת השיט הישראלית בע"מ - מאגר נבו).

73. נדמה שאין כמו מקרה זה כדי להמחיש עד כמה הליך משפטי נגיש וזמין חיוניים בהבטחה גישה מהותית לצדק. שהרי אלמלא אלו, לא יוכל העותר לדרוש את מימוש זכויותיו לאוטונומיה אישית ולשוויון ולשילוב, באמצעות דיור בקהילה, כמפורט בפרקים ד-ה'.

אכן זכות הגישה לערכאות נתפסת תדיר כ'שומר הסף' בדרך למימוש זכויות אחרות, העומדות בלב ההליך המשפטי אליו מתבקשת הגישה. כך:

"מימוש זכות הגישה לערכאות הוא פעמים רבות תנאי ליכולת אכיפתן של זכויות יסוד אחרות." (רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עזבון המנוח באסל נעים איברהים, פ"ד נח(5) 865).

74. זכות הנגישות לערכאות מטילה על הצד שכנגד הן חובות עשה חיוביות, שעיקרן להבטיח גישה יעילה וחופשית לבית המשפט, והן חובות שליליות, שלא לפעול, במישרין או בעקיפין, כדי לחסום דרכו של אדם לערכאת שיפוט. הזכות הוכרה בפסיקה כזכות שהיא לכל הפחות זכות בעלת אופי חוקתי (ראו: ע"א 3833/93 ד"ר יוסי לוי נ' אילנה לוי ואח', פ"ד מח(2) 862; ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נו(5) 433, 460; ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, וכן: י" רבין, "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית (תשנ"ח-1988), 142; י" רבין, זכות הגישה לערכאות - מזכות רגילה לזכות חוקתית, המשפט ה' (תשס"א-2000) 217).

75. מכל מקום, כפי שכבר צויין, גם אם היה למשיבים ספק בדבר, היה עליהם להעדיף את הפרשנות אשר מגשימה את זכות היסוד של העותר לערור ולפנות לערכאות על פני פרשנות המצמצמת אותה.

"ברוח זו ציין השופט ת' אור, בע"א 3115/93 ראובן יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד נ(4) 549 דברים אלה:

"יש לבחור באותה פרשנות המקיימת את זכותו הבסיסית של אדם לפנות לערכאות. יש לאמץ את אותה פרשנות אשר אין בה כדי להציב מכשול של ממש לפני מי שמבקש להשיג על החלטת הרשות בעניינו. ...

יש לאמץ עיקרון פרשני, שלפיו בפרשנות הוראות שבדין, יש להעדיף את הפרשנות אשר אין בה להגביל או להציב מכשול לפני מי שמבקש להביא את עניינו לביקורת שיפוטית. יש לומר כי נדרשת לשון חקיקתית ברורה וחד משמעית כדי להביא למסקנה כי המחוקק ביקש להגביל זכות זו בדרך של הכבדה על מימושה של זכות זו" (שם, בעמודים 558-559)

[רע"א 3899/04 מדינת ישראל נ' שמואל אבן זוהר, פ"ד סא(1) 301 עמ' 318, 319].

## ד. הזכות לקבל החלטות והזכות לאוטונומיה אישית

מלבד הזכויות הדיוניות של העותר אשר נפגעו מהחלטות המשיבים, זכויות המוכרות כזכויות מהותיות, כלעיל, נפגעות אף זכויות מהותיות של העותר: בראשן בזכותו לקבל החלטות ובזכותו לאוטונומיה אישית.

76. העותר אמנם אדם עם פיגור שכלי, אך רמת המוגבלות אינה כזו השוללת ממנו רצון עצמאי. כפי שפורט, **העותר הביע רצונו באופן ברור**. עמידתו על רצונו בולטת במיוחד על רקע מאפייני מוגבלותו: העותר אדם פאסיבי וסגור, שבדרך כלל אינו מרבה להביע רצון. **והנה דווקא בעניין זה, ריכז את כל כוחותיו כדי לבטא על רצונו לעזוב את המוסד ולגור בקהילה**. זאת הן בפני ועדת האבחון, הנוכחית והקודמת, הן בפני הח"מ והן "דרך הרגליים": על אף כוחותיו המצומצמים 'עשה מעשה' ונסע לא פעם לבית אמו. יכולתו להביע רצון בעל משמעות אוששה בחוות הדעת של פסיכולוג שבדקו ביולי 2005, כך:

*"בתחום האמוציונאלי מסוגל לבטא את רגשותיו ורצונותיו בהתבטאות מילולית ומשפטים מעומעמים. אם כי אופן העלאת רגשותיו מושפע מהאפטיה ובהאטה, ועל כן לא מצליח לבטא תמיד נכונה את הרגשות האנטרניות שלו ונוטה יותר לשקוע בתוך עצמו ועולמו בפנימי, ומצטיירת תמונה של דמות כעצורה רגשית, קפואה ועומדה רגשות המתאפיינת בהשטחה רגשית." (עמוד 2 לחוות הדעת מיולי 2005)*

חוות הדעת מסומנת ומצורפת ע/20

77. משכך החלטת המשיבים להשים את העותר במסגרת מגורים, וודאי במסגרת טוטלית של מוסד, ללא שיש לו אפשרות לערער על החלטה זו פוגעת ישירות אף באוטונומיה של העותר, **ומסכלת את זכותו להחליט בשאלה היסודית לחייו: מה יהיה אורח חייו? היכן יגור ועם מי? האם יגור יחד עם עוד עשרות אנשים או במסגרת חיים אינטימית? האם יוכל ליהנות מעצמאות יחסית בחייו או יוגבל לכלליו הנוקשים של המוסד?**

78. הזכות לאוטונומיה אישית הוכרה במשפט ביחס למכלול בחירותיו והחלטותיו של אדם הנוגעות לחייו בתחומי החיים השונים. כך למשל, וכיאה לענייננו, הוכרה הזכות לאוטונומיה ביחס לחירותו של אדם לבחור לעצמו עורך דין שייצגו. כך:

*"אוטונומיה זו של הרצון הפרטי מתווה ערך יסוד במשפטנו. היא מעוגנת כיום בהגנה החוקתית על כבוד האדם. במיוחד מוגנת האוטונומיה של הרצון הפרטי כפי שהיא באה לידי ביטוי בחירותו של אדם לבחור לעצמו פרקליט אשר ייצגו בבית המשפט...חירותו של כל אדם – פרי האוטונומיה של הרצון הפרטי – היא למנות לעצמו שלוח כרצונו. חירות זו היא בעלת חשיבות כאשר השלוח הוא עורך-דין. חשיבות*

מיוחדת יש לה, לזכות זו, כאשר הפרקליט מייצג את הפרט כנגד השלטון... בג"ץ 4330/93 פריד גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד (4) 221 (הדגשות לא במקור).

79. הזכות לאוטונומיה אישית והזכות לקבל החלטות עצמאיות שהן זכויות אדם כלליות קיבלו משנה תוקף בשיח זכויות של אנשים עם מוגבלות. שכן זכויות אלו נפגעות תדיר ובאופן מיוחד בקרב ציבור זה. הן בשל דיעות קדומות ביחס לרמת הבנתם וכשריהם, והן בשל המשקל הרב שניתן לתפיסות טיפוליות והגנתיות בעולמם, היוצרות לא פעם פטרנליזם: קבלת החלטות עבורם, מעל ראשיהם, ולעיתים קרובות אף בניגוד גמור לדעתם.

80. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח – 1998 (להלן: 'חוק השוויון'), אשר נאמר לגביו כי הוא "דובר אלינו בלשון נאצלה, כמוהו כחוק יסודי" (בג"ץ 6790/98 ענת אברץ נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים פ"ד נב(5), 323, עמ' 335-334), הוא שסימל את המהפכה בהקשר זה.

החוק, שחל על אנשים עם כל סוגי המוגבלות, מסמל את המעבר מהתפיסה כי אנשים עם מוגבלות הם 'שחקנים פאסיביים', לתפיסה כי חרף המוגבלות והצרכים המיוחדים, הם שחיים את חייהם ועל כן זכאים למלוא ההזדמנות, הכלים והתמיכה לקבל החלטות הנוגעות להם ולהשפיע על מהלך חייהם.

כך לפי חוק השוויון, המוגבלות אינה סיבה לשלילת אוטונומיה אישית אלא פרמטר המחייב היערכות, הכוונה ותגבור סיוע בקבלת החלטות. זאת מתוך הכרה עמוקה בכבוד האדם, יהיו מוגבלותו ורמתו התפקודית והשכלית אשר יהיו. כך בסעיף 4 לחוק השוויון,

*"אדם עם מוגבלות זכאי לקבל החלטות הנוגעות לחייו, על פי רצונו והעדפותיו, והכל בהתאם להוראות כל דין."*

81. יוער, כי השלכת המוגבלות וביטוייה התפקודיים בין היתר על היכולת לקבל החלטות אוטונומיות נדונה במסגרת הליכי חקיקת סעיף זה. ההיסטוריה החקיקתית מלמדת שבמהלך החקיקה נדחתה באופן מפורש ההצעה של הוועדה הציבורית שדנה בעניין בשנת 1997 להכפיף את הזכות לאוטונומיה ואת הזכות לבחירה אישית ל"נסיבות העניין": קרי, לנסיבותיו של כל אדם ואדם, ובכלל זה לטיב מוגבלותו ולחומרתה (ראו: שגית מור, "בין המשגה פוליטית להכרה



משפטית: חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות" נגישות לצדק חברתי בישראל 79 (גיוני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009), עמ' 96.

הווי אומר – כוונתו של סעיף 4 היא לקבוע את זכותו של כל אדם עם מוגבלות לקבל החלטות בנוגע לחייו, ללא קשר לסוג המוגבלות או לטיבה. למעט כך – כאמור בסיפא לסעיף – שזכות זו תהלוס את הדין הרלוונטי. והלא, כאמור, בענייננו זכותו של העותר לדיור בקהילה וזכותו לערוך על החלטות ועדת האבחון מתיישבת היטב עם הדין הקיים: חוק הסעד וחוק הכשרות המשפטית, כפי שפורט לעיל.

82. עוד יוסף שלהכרה באוטונומיית הרצון של אנשים עם מוגבלות ניתן משנה תוקף עם אימוץ אמנת האו"ם בדבר זכויות אנשים עם מוגבלות, כלעיל. הזכות לאוטונומיה הוכרה כעקרון הראשון בעקרונות האמנה, כך בסעיף 3 (סעיף העקרונות):

“Respect for inherent dignity, individual autonomy including the freedom to make one’s own choices, and independence of persons.”

83. לסיכום אם כן, חסימת דרכו של העותר להגיש ערר על החלטת ועדת האבחון בענייננו, מאינת את זכותו לקבל החלטות לגבי חייו. אמנם כפי שיפורט, מאפשר חוק הסעד כפיית דרכי טיפול על אדם, אולם זהו המקרה החרג - רק בהוראת בית משפט ורק בנסיבות שיש בהן טעם מיוחד. הכלל הקבוע בחוק, לעומת זאת, הוא כי דרכי הטיפול, לרבות שיבוץ במסגרת מגורים, יקבעו על דעתו של אדם – כחלק מביטוי ההכרה הרחבה בכבודו האישי. החלטת המשיבים מבטלת באופן גורף את רצון העותר ואת זכותו לקבל החלטות לגבי חייו, ואף גרוע מכך – היא מביאה לשלילת חירותו ולהשמתו הכפויה במוסד למשך שארית חייו. תוצאה שיש בה אף בפני עצמה פגיעה נוספת באוטונומיה של העותר.

84. הזכות לדיור בקהילה היא הזכות אשר עליה ביקש לעמוד העותר בדיוני ועדת האבחון ובדיון שביקש, ונתחסם, בוועדת הערר. זכות זו היא אם כן זו העומדת ברקע עתירה זו. משכך, יטעו העותר כי חוקיות החלטת המשיבים וסבירותה צריכות איפוא להיבחן גם לאור השלכותיה על זכותו למגורים ולשילוב בקהילה ומכאן על זכותו לשוויון.

**1) רקע – מהו דיור בקהילה**

85. מסגרות חוץ ביתיות עבור אנשים עם מוגבלות שכלית בגירים מתחלקות לשני סוגים: **מסגרות מוסדיות**, שהן מסגרות דיור לעשרות אנשים ויותר, המכוננות 'מעון', ומסגרות מוגנות הממוקמות בקהילה. כך בסעיף 1 לחוק הסעד, בהגדרות 'סידור חוץ ביתי':

*"החזקתו של מפגר במעון, במשפחה אומנת, בדיור בקהילה, או במקום אחר מחוץ לביתו כפי שקבע שר העבודה והרווחה";*

86. שיבוץ אדם במסגרת מסוג 'דיור בקהילה' לאדם אינה עניין טכני-מעשי. הכללת הזכות לדיור בקהילה בחוק היא ביטוי לתפיסה משפטית וחברתית רחבה, לפיה אנשים עם מוגבלות נבראו בצלם: הם זכאים להשתלב בקהילה הרחבה בכל תחומי החיים: החל מתעסוקה, עבור בחינוך ובפעילויות פנאי, ועד אופן מגוריהם. זכות זו, שהיא מובנת מאליה למרבית האוכלוסייה, דרשה עיגון מפורש נוכח סטיגמות ופטרנליזם שהיו מנת חלקם של אנשים עם מוגבלות במשך שנים, והביאו ולהשמתם במסגרות סגרגטיביות: מוסדות פנימיה, בתי חולים פסיכיאטריים, מוסדות סיעודיים וכדומה.

87. נוספה לתפיסה זו גם ההבנה המקצועית, כי קיים מחיר כבד בהשמה הסיסטמטית של ציבור זה במוסדות. מצד אחד העוול שנגרם לאלו שנגזר עליהם לחיות בבידוד מהכלל, רק עם אנשים עם מוגבלות, במסגרת חיים המונית וטוטאלית; וכן מודעות לתנאי החיים הקשים ששררו בחלק ממוסדות אלו, בין היתר משום שהם תבויים מהעין הציבורית. ומצד שני, התגבשה הכרה מקצועית שהטיפול הטוב ביותר הוא זה שניתן בחיק החברה 'הרגילה', במסגרתה אפשרויות רבות יותר לביטוי עצמי, לפיתוח תחומי עניין, לפרטיות ולתחושת כבוד וערך העצמי של מי שחי 'כמו כולם' [ראו: מנדלר, ד. ; ונאון, ד, איכות חיים של אנשים סיעודיים עם פיגור שכלי קשה או עמוק בדיור בקהילה- דוח מחקר, (2001). לתקציר הדו"ח

ראו: <http://brookdaleheb.jdc.org.il/?CategoryID=156&ArticleID=184>

88. כתוצאה מכך, מדינות רבות בעולם המערבי צמצמו באופן ניכר את מספר המוסדות והעבירו את הדיירים למסגרות מוגנות בקהילה. מדינות אחדות סגרו כליל את כל המוסדות.

תפיסה זו החלה לחלחל עם הזמן גם לישראל ומשרד הרווחה החל להקים דירות מוגנות בקהילה לאנשים עם פיגור שכלי. מדובר בדירות 'רגילות', בשכונות מגורים בערים שונות, בהן חיים יחד עד שישה אנשים עם פיגור ברמות דומות. בכל דירה יש צוות מלווה, הנמצא בדירה לפי הצורך ולפי פרופיל הדיירים. הדיירים מקיימים אורח חיים עצמאי ככל הניתן: רוכשים ביחד עם הצוות מוצרי מזון ומבשלים את ארוחותיהם; משתתפים בפעילויות תרבות ופנאי של הקהל הרחב, משתתפים בחוגים במרכזים קהילתיים; ויוצאים באופן שגרתי למסגרות תעסוקה מוגנות בדרגות שונות ולבילוי במקומות פנאי ותרבות 'רגילים'. את שירותיהם מקבלים הדיירים בקהילה, במסגרת השירותים הניתנים לכלל הציבור: בקופת חולים, בבית מרקחת, בבנק ועוד. לדיירים אפשרות מלאה לקיים קשר הדוק וספונטאני עם בני המשפחות, והם רוקמים יחסי שכנות עם שכנים, חברים ודמויות שונות בקהילה.

**בדירה מוגנת מעין זו מבקש המערער לגור.**

## **(2) הזכות לדיור בקהילה בדין הישראלי**

89. **תפיסת המחוקק הישראלי היא כי הדרת אנשים מהקהילה, מחמת מוגבלותם היא בבחינת אפלייה**. זאת על בסיס הרציונאל שהדרה היא אפלייה - גם אם המטרות בבסיסה טיפוליות והגנתיות לכאורה. כך נכתב בדברי החסבר לחוק השוויון:

"שהרי, השאלה אם אדם מתגורר בקרב החברה או מוצא ממנה למסגרות מרוחקות והמוניות אך בשל מוגבלותו, היא אבן בוחן לעקרון השוויון. (ראו: דברי החסבר להצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון) (נגישות), דיור בקהילה וכו'), התשס"א - 2000, ה"ח 2951, בעמ' 333).

90. זכותו של אדם עם מוגבלות להשתלב בקהילה הוכרה בהקשרים מגוונים במשפט הישראלי. הן כעקרון מנחה בסעיף המטרה לחוק השוויון, הקובע בסעיף 2:

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

כך גם בהלכותיו של בית משפט זה. כך למשל בהקשר דומה של שילוב ילדים עם מוגבלות במערכת החינוך, קבע בית המשפט העליון עוד בשנת 1996:

"בעבר שררה ההשקפה כי הנכה הוא שונה, ועל-כן יש לטפל בו תוך הפרדה מהחברה (separate but equal). כיום שוררת ההשקפה כי יש לשלב את הנכה בתוך החברה ולהבטיח לו שוויון של הזדמנות (integrated and equal). אכן, הגישה המודרנית הינה כי הפרדה מעמיקה את חוסר השוויון ומנציחה הפליה. הנכה הוא אדם שווה זכויות. אין הוא מצוי מחוץ לחברה או בשוליה. הוא חבר רגיל בחברה שבה הוא חי. מטרת ההסדרים אינה להיטיב עמו בבדידותו, אלא לשלב – בתוך שימוש לעתים בהעדפה מתקנת – במירקם הרגיל של חיי החברה." (ראו: בג"צ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות" תק-על 196 (1) 818).

91. הזכות לשילוב בקהילה בהקשר של מסגרות דיור, הוכר במפורש בחוק הסעד המעניק עדיפות למסגרות דיור בקהילה, ומנחה את ועדת האבחון להעדיף שיבוץ בהן. כך בסעיף 7א(ב) לחוק:

"בקביעת סוג הסידור החוץ ביתי תיתן ועדת האבחון עדיפות לדיורו של המפגר בקהילה".

92. לאחרונה, אישש בית המשפט העליון את הזכות לדיור בקהילה בקובעו:

"אין ספק כי המהלכים הנעשים בתחום הדיור בקהילה הם חלק מרכזי מתהליך רחב וחיוני של קידום השוויון של אנשים עם מוגבלות וההגנה על זכותם לכבוד ולהשתתפות פעילה בחברה...יש לקוות כי תהליך זה, על היבטיו הרבים, יוכיח את עצמו כמהפכה של ממש בתחום זכויות אנשים עם מוגבלות, תחום המשקף במידה רבה את דמותה של החברה ואת מצב זכויות הפרט בה. למותר לציין כי תהליך זה מצריך השקעת משאבים, מחשבה, תכנון לטווח ארוך וחתימה להתאמת התשתית הקיימת לצרכיה של אוכלוסייה זו." (בג"ץ 3304/07 ליאור לוי ואח' נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (טרם פורסם) (להלן: 'בג"ץ ליאור לוי)).

93. לבסוף, מוכרת הזכות גם מכוח הדין הבינ"ל, המחייב את מדינת ישראל. סעיף 19 לאמנת האו"ם בדבר זכויות אנשים עם מוגבלות, קובע בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים את הזכות להתערות מלאה בקהילה, את הזכות של אדם עם מוגבלות לבחור את צורת מגוריו ואת זכותו לבחור צורת מגורים מתוך מגוון רחב בקהילה:

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

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

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

### 3) נהלי משרד הרווחה לשיבוץ במסגרת דיור בקהילה

94. כדי ליישם את חוק הסעד ואת העדיפות הקבועה בו לדיור בקהילה, קבע לאחרונה האגף לטיפול באדם המפגר במשרד הרווחה מדיניות חד-משמעית לפיה יש לשבץ אנשים עם פיגור במסגרת דיור בקהילה אלא אם חלים חריגים ברורים: אנשים עם בעיות התנהגות קשות ובעיות רפואיות קשות, המחייבות טיפול רפואי צמוד. כך בהנחיית המשיבים מיום 13.1.08:

*"המוקד של המדיניות היא שילובם של האנשים במסגרת קהילתם, ובמסגרות מגורים כמה שפחות מגבילות וככל האפשר בדיור בקהילה. שינויי החקיקה, העמדות החברתיות והשינויים הטכנולוגיים, רמת הידע והגידול בהקצאת משאבים מאפשר לנו ליישם מדיניות זו בה אנו דוגלים".*

מסמך המדיניות מסומן ומצורף ע/21.

הנחייה בעניין הועברה אל יו"ר ועדות האבחון, משיב 3, במכתב פומבי מיום 5.1.09 כד:

*"ביצוע מדיניות האגף בנושא מגורים של אנשים עם פיגור שכלי, בהמשך לחוזר על מדיניות האגף בנושא שהועבר אליכם ב-13.1.08 ברצוני לחזור ולעדכן אתכם שמדיניות האגף לטיפול באדם המפגר היא: לאפשר דיור בקהילה לכל אדם עם פיגור שכלי בתנאי שאינו נמנה על שתי הקבוצות שפורטו:*

*א. מצב רפואי – אנשים שצרכיהם הרפואיים האינטנסיביים מחייבים זמינות ונגישות לשרותי בריאות רפואיים ופרה רפואיים, אשר אינם יכולים לקבל מענה הולם במסגרת השרותים הכוללים בקהילה.*

*ב. בעיות התנהגות (אי שקטים) אנשים עם פיגור שכלי אשר מאופיינים בבעיות התנהגותיות קשות ו/או אלימות אשר לגביהם יש צורך במערך טיפול – פיקוח משמעותי במיוחד מאחר שהם עלולים לסכן את עצמם או זולתם".*

העתק הנחייה זו מסומן ומצורף ע/22.

יש לציין כי מדיניות זו נקבעה בעקבות עתירה שהתבררה בבית המשפט העליון, בה ניתן פסק הדין שלעיל (בג"ץ ליאור לוי), במסגרתה בוטלה מדיניות משרד הרווחה דאז, אשר הותירה רבים מחוץ לקהילה והעמידה לרשותם אפשרות לגור רק במוסד.

95. מן הכלל אל הפרט – העותר זכאי על פי הדין לשיבוץ חוץ ביתי מסוג 'דיור בקהילה'. כמו כן, על פני הדברים, הוא מתאים לשיבוץ בקהילה נוכח מאפייניו האישיים. הוא איננו עונה על אף אחד מהתנאים המחריגים אנשים מהקהילה, כפי שאלו גובשו במדיניות המעודכנת של המשיבים ע/22-23: אין לו מאפייני אלימות מסוכנים ואין לו צרכים רפואיים המצריכים השגחה רפואית צמודה.

96. יוער, כי על אף שהדעת נותנת שנטל ההוכחה שמתקיימים לגבי אדם החריגים לעיל הפוסלים אותו מדיור בקהילה, רובץ לפתחיהם של המשיבים, הרי שלעותר **טענות טובות בעניין**. כך למשל ראייה בדבר חוסר מסוכנותו מצוייה בחוות הדעת של הפסיכולוג, כך:

*"אין להצביע על התנהגות תוקפנית-אגרסיבית ולא קיימת מסוכנות לעצמו ולסביבתו. נזהר מסכנות במידת הבנתו והפוטנציאל הטמון בו" (עמוד 2 לחוות הדעת מיולי 2005, ע/20)*

עוד בהקשר זה יוזכר כלעיל, כי העותר ביקש מיוזמתו להיבדק בדיקה עדכנית בידי פסיכולוג מומחה שייתן דעתו לשאלה זו. אולם כאמור גם בקשה זו סורבה בהחלטות המשיבים נשואות עתירה זו, כאמור בע/14.

אמת נכון, כי טענות אלו של העותר יתכן שמצריכות דיון וליבון. אולם במקום שאלו יתנהלו, כמצוות המחוקק, במסגרת החלטת וועדת הערר, נטלו המשיבים חירות לעצמם וקבעו כי דיון זה לא ידון כלל וטענות אלו לא ישמעו.

נוכח כל זאת, החלטות המשיבים נשואות עתירה זו מסכלות באופן שרירותי ובניגוד לנוהליהם-הם את זכותו של העורר לדיור בקהילה: זכות יסוד המוכרת ללא עוררין בחוק, בפסיקה, בדין הבינלאומי.

**ו. פגיעה בלתי מידתית**

97. לסיכום, ובשים לב לפגיעה הכוללת בזכויות העותר: החל מזכויותיו הדיוניות ועד לזכויותיו המהותיות, העומדות ברקע הדברים, ייטען כי חסימת דרכו מהגשת ערר מפגינה פטרנליזם שאינו במקומו ויש בה פגיעה שלא לצורך בעותר.

**בידי המשיבים עומדות דרכים חלופיות, אשר פוגעות פגיעה מצומצמת יותר לאין ערוך בזכויותיו של העותר, ועם זאת מקיימות את התכלית של הגנה על שלומו של העותר.** הנחה לכל אלו היא שאם תיעתר בקשת העותר, כי אז תדון ועדת ערר בבקשתו לשיבוץ בקהילה.

א. משרד הרווחה יהיה המשיב בערר, והוא ייוצג בהליך הערר בידי ב"כ היועמ"ש. על כן, התנגדות גורמי המקצוע במשרד הרווחה, ככל שיהיו כאלו לגופו של עניין, תקבלנה אם כן את מקומן הראוי בערעור.

ב. ועדת הערר רשאית להורות על חלופות לייצוג. היה ויתעורר חשש לגבי מידת הבנתו של העותר את משמעות ההליך או את משמעות הייצוג, פתוחה בפני ועדת הערר, שבראשה שופט, הדרך להורות על צעדים חלופיים, ובכלל זה להכיר בבא כוחו של העותר כידיד קרוב שלו כפי שצוין לעיל; להחליט על מינויו של בא כוח העותר כאפוטרופוס לדין שלו (בהתאם להוראת סעיף 32 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984); או להחליט למחוק את הערעור במידה ויתרשם כי הערעור הוגש שלא מתוך דאגה לטובתו של העותר.

98. מכל מקום, הואיל וזכות הערר קבועה בחוק, הרי שלכל היותר אם קיימת מחלוקת לגבי תחולתה, יפה הכלל השיפוטי לפיו נוכח מעמדה של זכות הערר וחשיבותה יש להעדיף פירוש אשר מקיים אותה על פני פירוש אשר דוחה אותה. כך:

"די אם ניתן דעתנו לכלל הפרשני המעוגן בפסיקה שלפיו יש להעדיף פרשנות המקנה זכות ערעור מפרשנות השוללת אותה". (ע"פ 111/99 שורץ נ' מדינת ישראל פ"ד נד(2) 241)

99. דרכו של העותר למיצוי זכויותיו רצופה קשיים אובייקטיביים. לעותר מוגבלות שכלית, הוא נטול כלים ומשאבים, נטול תמיכה משפחתית, מתגורר הרחק ממקום מגוריו ומקהילתו במסגרת סגורה דה-פקטו, ונתון למרות אפוטרופוס חיצוני שאינו מקבל את רצונו. ובכל זאת, הצליח העותר להשמיע את קולו.

אולם משעשה זאת, נקטו המשיבים צעדים רבים כדי להצר את צעדיו ולהגביל יכולתו למצות זכויותיו: זכותו לייצוג משפטי נשללה, זכותו לקבל לידיו את נימוקי ההחלטה המנהלית בעניינו נשללה, זכותו להגיש ערר נשללה וזכותו לחוות דעת נוספת נשללה.

החלטת המשיבים צורמת. היא עומדת בסתירה להוראות החוק ולהלכות בית המשפט, וכן פוגעת פגיעה עמוקה בכללי הצדק הטבעי, במושכלות יסוד של התנהלות מנהלית תקינה ובזכויות דייוניות מהותיות. כשלעצמה היא החלטה שרירותית, דורסנית ובלתי מידתית.

עתירה זו לבית המשפט מהווה צומת דרכים חשובה ביכולתו של העותר לנהל את מאבקו במימוש הרצון לצאת למגורים בקהילה. – מאבקו על הזכות לשילוב, שוויון ואוטונומיה.

*"שומר-הסף רואה בבירור שקרב קצו של האיש, וכדי להבקיע אל שמיעתו הגוועת, הוא שואג באוזנו: "איש מלבדך לא יכול היה לקבל כאן רשות להיכנס, משום שהפתח הזה נועד רק לך. עכשיו אני הולך וסוגר אותו."*  
פרנץ קפקא **המשפט** (אבנר כרמל מתרגם, 1992)

100. שומרי סף רבים עומדים בפני העותר ומונעים ממנו מלהיכנס בפתח החוק. הם אף לא 'שואגים באוזנו' כבסיפור הקפקאי. הם 'מדברים מעל ראשו', ובעזרת נימוקים פרוצדוראליים מונעים ממנו מימוש זכויותיו לערוך על החלטה גורלית בחייו. החלטה הקובעת היכן יקום מדי יום, היכן יעבוד, עם מי יתרועע ובעיקר היכן לא יוכל להיות דרך קבע, בקהילה. בבית ככל הבתים, כאחד האדם.

הפתח להגשת ערר נסגר בפניו. משכך מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על פתיחתו מחדש.

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד, מן הדין ומן הצדק, להורות למשיבים כאמור בראשית העתירה, ולפסוק לעותרים שכר טרחת ע"ד והוצאות.

היום, 10 במרץ 2011