

מרכז 'עומק' לעיצוב מדיניות וחקיקה

שיפור זכויותיהם של קשישים המשתייכים לקהילה הגאה

מוגש לחבר הכנסת נחמן שי (המחנה הציוני)

מבוא

עבודת מחקר זו מחולקת לחמישה חלקים:

1. סקירת המצב החקיקתי בנושא פנסיה תעסוקתית והשפעת מצב זה על זכויותיהם של חברי האוכלוסייה הגאה הקשישה. בסוף חלק זה מובאות שתי אפשרויות לשיפור המצב ביחס לאוכלוסייה זו.
2. סקירת נושא קצבאות הזקנה והשאירים ביחס לאוכלוסייה זו, בהסתמך על מספר מקורות נורמטיביים, מסקנותינו והצעות לתיקון.
3. הצגת תופעת "מקבלי החלטות החלופיים" והסבר כיצד ומדוע תופעה זו רווחת במיוחד בקרב האוכלוסייה המדוברת, המשוכות שעליהם לעבור בדרך להכרה כבעלי מעמד זה, והצעות שלנו להקלה בהליכים.
4. הרחבה על תופעת חברי הקהילה כמטפלים א-פורמליים וזכויותיהם במסגרת טיפול סיעודי, הצגת הקשיים שמתעוררים, ופירוט הצעותינו לפתרון.
5. נספח הכולל את הצעות החקיקה לתיקון החוקים הרלוונטיים שעלו לאורך המסמך.

הצוות בחר להתמקד בארבעה אתגרים משפטיים אשר הזדקנותה של הקהילה הגאה מעוררת. בחלק ניכר מההיבטים באתגרים אלו, מדובר למעשה בהמשכיותה של האפליה וההדרה ממנה סובלים חברי הקהילה הגאה בשלבים מוקדמים יותר של חייהם. ברם, עם כניסתם של חברי הקהילה לעולם הזקנה, חווים הם "אפליה כפולה": ראשית, בשל היותם חברים בקהילה הגאה, ושנית, עקב היותם זקנים (תופעת הגילנות).

תקציר מנהלים

1. תחילה, צוות המחקר יציג את קשיי אוכלוסיית הקשישים הגאה ביחס לזכויות בפנסיה התעסוקתית ויציע שתי הצעות לשיפור המצב: האחת, שינוי התקנון התקני המחייב את חברות הביטוח ועדכון חוזר מטעם הממונה על שוק ההון, ביטוח וחסכון. השנייה נוגעת לתיקון חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005.
2. שנית, הצוות יסקור את נושא קצבאות הזקנה והשאירים ואת השפעת המצב החקיקתי הקיים על האוכלוסייה הגאה הקשישה, ומציע תיקון לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995.
3. שלישית, ביחס לנושא חברי הקהילה כמקבלי החלטות חלופיים, הצוות יסקור את הסוגיה והציע שלושה תיקונים לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.
4. לבסוף, יסקור הצוות את נושא חברי הקהילה כמטפלים א-פורמליים וזכויותיהם במסגרת טיפול סיעודי והציע תיקונים לשלושה חוקים שלדעתם ישפר את המצב: חוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005, חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 וחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996.

חלק א' – פנסייה תעסוקתית

1. הפנסייה התעסוקתית היא המנגנון העיקרי והחשוב ביותר שמטרתו לאפשר לאנשים לשמור על רמת החיים שלהם בעת הזקנה. בעוד שמנגנון קצבאות הזקנה והשאירים מבטיח קיום מינימלי, הפנסייה התעסוקתית מיועדת להבטיח רמת חיים נאותה ע"י תשלום גמלה חודשית למבוטח עם יציאתו לגמלאות, וכן גמלה חודשית לשאיריו עד מותם.¹ על כן, מדובר בסוגיה רלוונטית ביותר לאוכלוסייה שבמוקד מסמך זה.
2. זכויותיהם של המוטבים בקרנות הפנסייה התעסוקתיות מעוגנות בתקנונים של קרנות הפנסייה, שאינן שוות להכיר במעמדם של זוגות להט"בים. במקרים רבים, גופים פרטיים מנסים למנוע את ההכרה והענקת הזכויות לבני זוג מאותו מין בהקשרי הזכויות הפנסיוניות והזכויות הנלוות. הסיבות הגלויות לכך נעוצות לכאורה בהסתמכות על לשון התקנונים לצד אימוץ פרשנות "הטרו-סקסואלית". באופן פחות גלוי, יש הטוענים שברקע הדברים עומדים גם שיקולים כלכליים: כל פרשנות בתחום הביטוח הסוציאלי והפנסיוני שמרחיבה את מעגל הזכאים והמבוטחים מעמיסה על קרנות הפנסייה עלויות כספיות נוספות.²

3. המצב החקיקתי:

- 3.1. כאמור, זכויות המוטבים בקרנות הפנסייה מעוגנות בתקנונים של קרנות הפנסייה, שאינם מכירים במעמדם של זוגות להט"בים. סעיפי ההגדרות של התקנונים מנוסחים בצורה מגדרית הכוללת תמיד גבר ואישה, ואשר אינה יכולה להתפרש ככוללת בני זוג מאותו המין.
- 3.2. **סעיף 16(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005** קובע שקופת גמל תתנהל עפ"י תקנון שיאושר ע"י הממונה.
- 3.3. **סעיף 16(ג) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005** מסמיך את הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון לקבוע הוראות בדבר זכויותיהם של עמיתים שייקבעו בתקנון קופות גמל וניסוחן.
- 3.4. **חוזר פנסייה מס' 4-3-2016 (29 בספטמבר, 2016) מטעם הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון** קובע הוראות לעניין זכויות וחובות עמיתים בתקנון קרן פנסייה חדשה מקיפה.
 - 3.4.1. בהתאם לדברי החוזר, חברה מנהלת של קרן פנסייה מקיפה תקבע את נוסח התקנון בהתאם לנוסח תקנון המצורף לחוזר.
 - 3.4.2. החברות יביאו את התקנון לאישור הממונה, ויעדכנו אותו עד ל-1 בינואר 2018.
 - 3.4.3. הגדרת "בן זוג" בתקנון התקני מטעם הממונה על שוק ההון והביטוח (המופיע כנספח לחוזר):
 "בן זוג" - מי שנשוי לעמית או לפנסיונר או מי שערכאה שיפוטית מוסמכת הכירה בו כידוע בציבור של עמית או של פנסיונר או מי שהחברה המנהלת הכירה בו כידוע בציבור של עמית או פנסיונר בכפוף לכך שהמוסד לביטוח לאומי הכיר בו כידוע בציבור של עמית או פנסיונר"

4. **מדיניות בתי המשפט**: באופן כללי, המגמה היא להכיר בבני זוג חד מיניים כבני-זוג הזכאים לפנסיית שאירים, לא רק כלפי המוסד לביטוח לאומי, אלא גם כלפי קרנות הפנסייה הציבוריות והפרטיות.³ ואולם, עדיין קיימת התנגדות מצדן של קרנות הפנסייה וחברות הביטוח מיישום בפועל של עקרונות אלה, וזאת תוך הסתמכות על ההבדלים הלשוניים הנמצאים בתקנונים השונים של קרנות הפנסייה, דבר המחייב לעיתים את חברי הקהילה להיזקק להליכים משפטיים בכדי לממש את זכותם החוקית.

¹ ישראל דורון "זכויותיהם של חברי הקהילה הגאה בזקנה בישראל" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 369, 381 (עינב מורגנשטרך, יניב לוינסקי ואלון הראל, 2016) (להלן – "ישראל דורון"); לאה אחדות ואביה ספיבק מערכת הפנסייה בישראל לאחר חמש עשרה שנות רפורמה (סדרת מחקרי מדיניות – התכנית לכלכלה וחברה במכון ון ליר בירושלים, 2010).

² ישראל דורון, עמ' 382.

³ ישראל דורון, עמ' 386.

5. פתרונות מוצעים:

- 5.1. **אפשרות א'** – שינוי התקנון התקני המחייב את חברות הביטוח ועדכון החוזר:
- 5.1.1. בסעיף ההגדרות, הגדרת "בן זוג": "בן זוג" - מי שנשוי לעמית או לפנסיונר או מי שערכאה שיפוטית מוסמכת הכירה בו כידוע בציבור של עמית או של פנסיונר או מי שהחברה המנהלת הכירה בו כידוע בציבור של עמית או פנסיונר בכפוף לכך שהמוסד לביטוח לאומי הכיר בו כידוע בציבור של עמית או פנסיונר; **לרבות בני זוג מאותו המין.**
- 5.1.2. בחוזר מטעם הממונה (או בעדכון החוזר האחרון שפורסם בנושא): יש להצהיר – "לא יאושר תקנון המפלה, ישירות או בעקיפין, עמית או פנסיונר בשל נטייתו המינית".
- 5.2. **אפשרות ב'** – תיקון חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005:
- 5.2.1. הוספת סעיף 16(א) – "הממונה לא יאשר תקנון המפלה, במישרין או בעקיפין, על רקע נטייה מינית".
- 5.3. לדעת הצוות, לעדיפות א' יתרון בכך שמדובר בשינוי חקיקה משנית ושינוי נהלים אשר קל יותר לבצע וכן אנו מניחים ששינוי זה יגרור פחות תגובות ותהודה. מנגד, השינוי באפשרות ב' פחות יאפשר עקיפה של הכלל ע"י חברות הביטוח.
6. שני התיקונים לעיל צפויים להקל על בני זוג להט"בים בקבלת זכאות לפנסיה תעסוקתית מקרן הפנסיה, ללא היזקקות להליכים משפטיים (מלבד ההליך לקבלת הצהרה על היותם ידועים בציבור).

חלק ב' – קצבאות זקנה ושארים

1. אוכלוסיית הקשישים היא בבסיסה אוכלוסייה מוחלשת, הדבר נובע הן מסיבות ביולוגיות; מוגבלות, חולי ואובדן כשירות, והן מסיבות מבניות חברתיות; חובת גיל הפרישה, אפליה בקבלה לעבודה מטעמי גיל ותלותם הכלכלית בחסכוניותיהם האישיים וחסכוניות הפנסיה. כאמור, בעיה זו אף מחריפה בקרב האוכלוסייה הקשישה מהקהילה הגאה שכן חבריה חווים למעשה "אפליה כפולה".
2. אוכלוסיית הקשישים נתמכת ברובה ממערך הביטחון הסוציאלי המבוסס על קצבאות זקנה ושארים הניתנים מכוח **חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995**.⁴ קצבאות אלו נועדו להבטיח קיום מינימלי בכבוד לכלל הזקנים תושבי ישראל. לכאורה, נדמה שהקשישים מקרב חברי הקהילה הגאה אינם שונים מיתר הקשישים בישראל, עם זאת, אוכלוסייה זו נתקלת בקשיים רבים בעת תביעתה למימוש זכאותה. הדבר גורם לרמת מיצוי נמוכה של הזכאויות ביחס לשאר האוכלוסייה.⁵

3. חוק הביטוח הלאומי – קצבאות זקנה ושארים:

- 3.1. הזכאים לקבלת קצבת זקנה ושארים הם מבוטחים, תושבי ישראל, אשר מלאו להם 18 שנה, להוציא מי שביום עלייתו ארצה היה מעל גיל הפרישה (בהתאם לחוק גיל הפרישה) והגיעו לגיל הפרישה (בהתאם להגדרה בחוק). לגמלאות שארים, זכאים אלמן/ה וילדיו של תושב ישראל שהוא מבוטח בביטוח לאומי והיא נועדה להבטיח אמצעי קיום לשארים: אלמן/ה ויתומים.

3.2. תנאי הזכאות:

- 3.2.1. **סעיף 252 לחוק הביטוח הלאומי** מגדיר את הזכאויות שמוענקות "לשאיריו" של הנפטר, דהיינו האלמן/ה או ילדיו הקטינים אשר היו תלויים בנפטר למחייתם.

⁴ חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה – 1995, סעיפים 238 – 269.

⁵ ישראל דורון, עמ' 379.

3.2.2. **סעיף 238 לחוק זה** קובע ככלל מיהו "אלמן/ה" או "ילד" אשר זכאי לקצבה: "אלמנה" היא מי שהייתה אשתו של המבוטח בשעת פטירתו, "אלמן" הוא מי שהיה בעלה של המבוטחת בשעת פטירתה. יוצא מכך שלשון החוק מכוונת לזוגות הטרנסקסואלים ובכך מפלה זוגות הומוסקסואלים על בסיס נטיות המיניות. כמו כן, החוק מבחין בין גבר שהתאלמן לעומת אישה שהתאלמנה. גבר שהתאלמן יקבל קצבת שארים חודשית רק אם יש עמו ילדים קטינים, אולם אם ילדיו בוגרים או משבגרו ילדיו, יקבל האלמן מענק חד פעמי בלבד ובהתאם לרף ההכנסות שלו. לעומת זאת, אישה שהתאלמנה תהיה זכאית לקצבת שארים חודשית כל ימי חייה (בתנאי שלא תינשא שוב) אם יש עמה ילד וללא תלות במבחן הכנסה. ההבחנה שלהלן נותנת מענה לדגם "המסורתית" של משפחה, אינה תואמת את השינויים שחלו במבנה התא המשפחתי בעת המודרנית ומפלה זוגות חד-מיניים אפליה כפולה.

4. פסיקה:

4.1. האגודה לזכויות האזרח הגישה תביעה בנושא הגדרת המונח "אלמן" לפי **סעיף 238 לחוק הביטוח הלאומי**,⁶ וכן במקרה אחר, הוגשה תביעה בגין סירובו של המוסד לביטוח הלאומי להכיר בבן זוגו של נפטר כ"שאיור" על-פי סעיף זה.⁷ לאחר מכן, חזר המוסד מהחלטתו והחליט להכיר בבן הזוג כזכאי לקצבת שארים. ברם, גם לאחר הפסיקה בעניין האגודה לזכויות האזרח, ממשיך המוסד לביטוח הלאומי להטיל קשיים על זוגות חד מיניים במיציאת זכויותיהם לקצבת שארים.

4.2. סוגיה נוספת נדונה במסגרת עתירה לבג"ץ בטענה שחוק הביטוח הלאומי מפלה בין אלמן לאלמנה בנוגע לזכאותם לקצבת שארים חודשית.⁸ שם, טען המוסד לביטוח הלאומי שאין ביכולתו לסייע לעותרים שכן האפליה, גם אם קיימת, מעוגנת בחקיקה ראשית ולכן תרופתו היחידה של העותר היא לפנות למחוקק לסיוע בתיקון החוק.⁹

5. עמדת היועמ"ש דאז, מני מזוז, בעקבות תביעת האגודה לזכויות האזרח דלעיל:

5.1. היועמ"ש דאז, מני מזוז, הגיש לבית הדין לעבודה את עמדתו בעניין האגודה לזכויות האזרח. לדבריו, השוני בין זוגות חד-מיניים לבין זוגות הטרנסקסואלים אינו שוני רלוונטי לעניין הזכאות, כל עוד הזוגות החד מיניים מקיימים את הקריטריונים האמורים לזוגות נשואים או לזוגות הידועים בציבור (נציין כי אין להתעלם מכך שאלו אינם יכולים להינשא בישראל, וכן שלהכרה כידועים בציבור יש לפנות לבית המשפט). לדידו, ראוי לפרש את תכלית החוק בהתאם לעקרון השוויון בדרך אשר מאפשרת להכיר בזכאותם של בני זוג מאותו המין לקצבת שארים.¹⁰

6. חוזר המוסד לביטוח לאומי בעניין גמלאות בנושא "בני זוג מאותו המין":

6.1. בעקבות עמדת היועמ"ש לעיל, אימץ המוסד לביטוח לאומי את עמדתו של היועמ"ש ברמה העקרונית. בשנת 2009, הוציא המוסד לביטוח הלאומי חוזר כללי בנושא זכויות של בני זוג מאותו המין לאחר שמיפה את כל סעיפי החוק שמהם נגזרות זכויות לבני זוג בגמלאות השונות, אותם מיישם המוסד לביטוח לאומי. בחוזר זה הצהיר המוסד לביטוח לאומי כי הוא מכיר בבני זוג מאותו המין במסגרת דוקטרינת ה"ידועים בציבור" בנוגע למכלול הזכויות המפורטות בחוק הביטוח הלאומי. במסגרת החוזר הוכרו קצבאות נוספות שמגיעות לבני זוג חד מיניים, ביניהן: קצבת אימהות שניתנת כעת גם לזוגות חד מיניים שהם ממין זכר; קצבת ילדים; קצבת סיעוד המגיעה גם לבן הזוג מאותו המין הסועד את בן זוגו הנכה; וכן, קצבת השארים נכללת גם היא במערך הזכויות לזוגות חד מיניים. כלל הזכויות הללו כאמור, תקפות רק אם בני הזוג מצליחים להוכיח כי הם חיים חיי זוגיות כ"ידועים בציבור".¹¹

⁶ ב"ל (אזורי ת"א) 3536/04 רז נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם, 18.8.2005).

⁷ ב"ל (אזורי ת"א) 27366-06-10 פלוני נ' המוסד לביטוח לאומי (2011).

⁸ בג"ץ 9163/02 יעקב וינטראוב נ' שר העבודה והרווחה שלמה בינורי.

⁹ בג"ץ 4810/96 בר יהודה נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם).

¹⁰ לקוח מאתר האגודה לזכויות האזרח בישראל: www.acri.org.il/he/?p=1063.

¹¹ חוזר המוסד לביטוח לאומי מס' 116/090 גמלאות 410 בנושא "בני זוג מאותו מין" (23.7.2009).

7. ניכר כי הפסיקה נוטה להיות יותר ליברלית ביחס לבני הקהילה הגאה לעומת המוסדות המנהליים, הנוטים להקשות על הזוגות החד מיניים. יחד עם זאת, ברוב המקרים שבהם מתמודד בית המשפט עם שאלות מסוג זה, הוא פוסח על הדיון המהותי בשאלת ההכרה בזוגות חד מיניים בטכניקות משפטיות שונות. בפסק דין דנילוביץ למשל עובד בחברת אל-על הודר מהטבה שניתנה לבני הזוג משום שבן זוגו היה מאותו מין בעוד שזוגות הטרוסקסואליים זכו ליהנות מאותה ההטבה. בפסק דין זה קבע בית המשפט שנעשתה אפליה פסולה מטעמי נטייה מינית, אך נזהר מלהגדיר את יחסי בני הזוג כתא משפחתי והסתפק בראייתם כתא חברתי.¹²

8. פתרונות מוצעים:

8.1. אופציה א' – ביטול האפליה המגדרית בחוק:

8.1.1. הסעיף מגדיר:

"אלמנה" - מי שהייתה אשתו של המבוטח בשעת פטירתו, להוציא – [...]

"אלמן" - מי שהיה בן זוגה של המבוטחת בשעת פטירתה, כל עוד יש עמו ילד או הכנסתו אינה עולה

על הסכום המתקבל לפי פרט 1 של לוח ט', להוציא – [...]

8.1.2. למעשה, הסעיף מפלה באופן ברור נגד זוגות שאינם הטרוסקסואלים.

8.1.3. בהתאם לכך, ההגדרות בסעיף תאוחדנה להגדרה אחת: "אלמן או אלמנה – מי שהיה בן או בת הזוג של המבוטחת או המבוטח בשעת פטירתה או פטירתו"

8.1.4. ברם, מעבר לסברה כי מדובר בתיקון מרחיק לכת ולכן פחות ריאלי, יש שיטענו שבישראל עדיין רווחת תופעת המשפחות הפטריארכליות, ולכן הצעה זו תוכל לפגוע בנשים במצבים כאלו, אשר היו תלויות בבני זוגן לפרנסת הבית.

8.2. אופציה ב' – תיקון סעיף 238 לחוק הביטוח הלאומי:

8.2.1. בעקבות הבעיות בפתרון דלעיל, הפתרון הראוי בעיני הצוות הוא לנסות להרחיב את לשון החוק כך שלכל הפחות לא תשתמע ממנה אפליה על בסיס נטייה מינית. על כן, יש להוסיף להגדרות הנ"ל את הביטויים הבאים:

"אלמנה" - מי שהיתה בת הזוג של המבוטח או המבוטחת בשעת פטירתו או פטירתה, להוציא – [...]

"אלמן" - מי שהיה בן הזוג של המבוטחת או המבוטח בשעת פטירתה או פטירתו, כל עוד יש עמו ילד או הכנסתו אינה עולה על הסכום המתקבל לפי פרט 1 של לוח ט', להוציא – [...]

8.2.2. יש לציין כי ההשפעה של שינוי ההגדרה על סעיף 252 לחוק הביטוח הלאומי, המבדיל בין גבר ואישה באופי מתן הקצבה, נלקחה בחשבון. לפי החוזר שהוציא המוסד לביטוח לאומי ב-2009, גבר שהתאלמן (ללא תלות במינו של בן הזוג) יקרא "אלמן" לצורך הגדרת זכאותו ויקבל קצבה לפי המבחנים בהתאם. כך גם אישה שהתאלמנה (ללא קשר במינו של בן הזוג) תחשב "אלמנה" לפי הגדרתו של הביטוח הלאומי והיא תהיה זכאית לקצבה לפי המבחנים שנקבעו עבור נשים.

8.2.3. לדידנו, שינוי ההסדר הראשוני ימנע אפליה מתמשכת וניצול לרעה של מילות החוק כשמשמען על מנת למנוע מזוגות חד מיניים את הזכויות המגיעות להם, בעת מותו או מותה של אחד או אחת מבני הזוג.

¹² בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ (1994).

חלק ג' – חברי הקהילה כמקבלי החלטות חלופיים

1. אחת הסוגיות המשפטיות הרלוונטיות לענייננו היא תכנון רפואי וכלכלי למקרים של אובדן כשירות או מחלה חשוכת מרפא בשלביה המתקדמים, שבהם החולה אינו מסוגל לבטא את רצונותיו או לתת הסכמה מדעת לטיפולים הרפואיים שעליו לקבל.¹³
2. כאשר קשישים מאבדים את כשירותם המשפטית עקב מחלה פיזית או נפשית (להלן – "חסויים") נוצר צורך לבא-כוח או אפוטרופוס שיקבל החלטות רפואיות, כלכליות ואחרות בשמם אל מול רשויות השלטון, מערכת הבריאות, וכדו'. למשל, ניהול חשבון בנק של חסוי – מבלי ייפוי כח מפורש לניהול חשבון בנק של חסוי, או הכרה בברזוגו הכשיר כאפוטרופוס שלו – בן הזוג הכשיר לא יוכל לנהל את חשבון הבנק של החסוי. הסכמה לטיפול רפואי – לפי סעיפים 15-16 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, ניתן להעניק טיפול לחולה שאינו מסוגל להסכים מדעת לטיפול, בתנאי שמקבלים את הסכמת באי-כוחו למתן הטיפול. במצב בו ברהזוג של החסוי לא מוכר כאפוטרופוס של החסוי, הוא לא יוכל לקבל החלטות רפואיות בשם החסוי.
3. לדעת הצוות, המסגרת הנורמטיבית הנוכחית מקשה על בני זוג להטי"בים בעניין מינוי אפוטרופוס עבור בן הזוג החסוי כדי שזה יקבל החלטות בשמו של האחרון במצבים של אי-כשירות משפטית. למעשה, ניצבות בפניהם שתי משוכות שעליהם לעבור בזמן שבני זוג הטרוסקסואליים אינם צריכים להתמודד עם משוכות אלה, או שהמעבר שלהן קל בהרבה עבורם.
4. **המצב החקיקתי:**
 - 4.1. בישראל, ענייני הכשירות (ואי-הכשירות) המשפטית, והסדרי המינוי של אפוטרופוס במצבים של אי-כשירות משפטית, מעוגנים **בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962** (להלן – חוק הכשרות).
 - 4.2. לפי **סעיף 33(א) לחוק הכשרות**, ביהמ"ש רשאי למנות אפוטרופוס "לאדם [...] שאינו יכול, דרך קבע או דרך ארעי, לדאוג לענייניו, כולם או מקצתם, ואין מי שמוסמך ומוכן לדאוג להם במקומו". **סעיף 33(ב) לחוק הכשרות** מתאר מי רשאי לפנות לביהמ"ש בבקשה למינוי אפוטרופוס: "בקשה למינוי אפוטרופוס לאדם [חסוי] יכול שתוגש בידי בן זוגו או קרובו או בידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו".
 - 4.3. במצב בו החסוי דואג להכין מראש "הנחיות מקדימות"¹⁴ לעניין מינוי אפוטרופוס עבורו במצב בו יהיה, חלילה, לא-כשיר משפטית, ככלל ביהמ"ש ייעתר לבקשתו וימנה אפוטרופוס לפי רצונו (למעט חריגים המפורטים בסעיף 35א(ד) לחוק הכשרות). הבעיה מתעוררת כאשר החסוי אינו דואג להכין מראש "הנחיות מקדימות" בנוגע למינוי אפוטרופוס עבורו במצב של אי-כשירות משפטית, בו ביהמ"ש נדרש להפעיל שיקול דעת בבחירת האפוטרופוס "שנראה לו בנסיבות הענין [המתאים ביותר לטובת האדם [החסוי], תוך התחשבות ברצונו".¹⁵
 - 4.4. בהנחה ובן הזוג החסוי לא הכין "הנחיות מקדימות" מראש לעניין מינוי אפוטרופוס עבורו באם יהפוך ללא-כשיר משפטית, בן זוגו הכשיר ייאלץ לעבור את שתי המשוכות שלהלן, וזאת בעוד שבני זוג הטרוסקסואליים אינם צריכים לעבור משוכות אלה, או שהמעבר שלהן קל בהרבה עבורם:
 - 4.4.1. המשוכה הראשונה היא עצם היכולת להגיש בקשה לאפוטרופוסות לביהמ"ש – כאמור, לפי **סעיף 33(ב) לחוק הכשרות**, "בקשה למינוי אפוטרופוס לאדם יכול שתוגש בידי בן זוגו או קרובו או בידי היועץ המשפטי לממשלה...". תמצית הבעיה היא בכך שלא ברור אם ההיגד "בן זוגו" חל גם לגבי בני זוג להטב"ים – ביהמ"ש עשוי להכיר בתחולת ההיגד "בן זוגו" גם לגבי בן הזוג הלהטב"ב הכשיר של

¹³ ישראל דורון, עמ' 386.

¹⁴ ס' 35א(א) לחוק הכשרות [מתן הנחיות מקדימות לצורך מינוי אפוטרופוס] – "אדם בגיר שהוא בעל כשירות רשאי לתת הנחיות מקדימות לצורך מינוי אפוטרופוס (בסעיף זה – הנחיות מקדימות) שבהן יפרט את שמו של יחיד או תאגיד, אחד או יותר, שהוא מבקש כי ימונה לו כאפוטרופוס בהתקיים התנאים המנויים בסעיף 33א, וכן רשאי הוא לתת הנחיות מקדימות שבהן יפרט את רצונו לגבי החלטות עתידיות שיתקבלו בשמו או פעולות שיינקטו בשמו על ידי האפוטרופוס שימונה לו כאמור, בין שפירט את שמו של האדם שהוא מבקש כי ימונה לו כאפוטרופוס ובין אם לאו".

¹⁵ ס' 35א(א) לחוק הכשרות.

החסוי, ועשוי גם שלא. משכך, המשוכה הראשונה שעל בניזוג להט"ב הכשיר לעבור, היא עצם היכולת להגיש בקשה לאפוטרופוסות לביהמ"ש (משוכה שבני זוג הטרוסקסואליים אינם נדרשים להתמודד עימה).

4.4.2. המשוכה השנייה שעל בניזוג להט"ביים לעבור היא משוכת סעיף 35(א) לחוק הכשרות, לפיו: "בית המשפט ימנה לאפוטרופוס מי שנראה לו בנסיבות הענין [המתאים ביותר לטובת האדם] [החסוי], תוך התחשבות ברצונו". הבעיה בהקשר של בניזוג להט"ביים היא שלא ברור אם ביהמ"ש יסבור שהם אכן המתאימים ביותר להיות האפוטרופוסים של החסוי, בין היתר עקב דעת קדומה על אוכלוסיית הלהט"ב, ובמיוחד במצבים בהם משפחתו של החסוי מתנגדת לקשר הלהט"בי ולהיות בניהזוג הלהט"ב אפוטרופוס של החסוי.¹⁶ בעיה זו מתעוררת פחות לגבי בני זוג הטרוסקסואליים, שכן מתברר כי הם מעוררים פחות קושי בהכרה בהם כמתאימים לטובת החסוי.¹⁷

5. נמצא, שבמסגרת הנורמטיבית הנוכחית, ובייחוד עקב היעדר פסיקה תקדימית בנושא,¹⁸ במצב בו חסויים להט"ביים לא הכינו הנחיות מקדימות לעניין מינוי אפוטרופוס עבורם במצב של אי-כשירות משפטית, בני זוגם יתקשו לממש את רצונם (הלגיטימי והסביר) שלהם ושל החסוי להיות אפוטרופוסים של בן הזוג החסוי, כאשר זה נכנס למצב של אי-כשירות משפטית.

6. מצב זה מצדיק התאמת המסגרת הנורמטיבית כך שמצבם של בניזוג להט"ביים ישווה למצבם של בניזוג הטרוסקסואליים לעניין היכולת להיות אפוטרופוסים של בניזוגם החסוי במצב של אי-כשירות משפטית.

7. פתרונות מוצעים:

7.1. תיקון סעיף 33(ב) לחוק הכשרות:

7.1.1. "בקשה למינוי אפוטרופוס לאדם יכול שתוגש בידי בן זוגו או קרובו או בידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו. בסעיף זה, "בן זוגו" – לרבות בן או בת זוג מאותו המין".

7.1.2. התיקון הנ"ל יסיר את המשוכה הראשונה שעל בניזוג להט"בים לעבור, היא עצם היכולת להגיש בקשה למינוי אפוטרופוס לביהמ"ש, שכן התיקון הנ"ל יפיג את הערפל סביב המונח "בן זוג", כך שלא יהיה ספק שההיגד "בן זוג" חל גם לגבי בן או בת זוג מאותו המין. כך, החשש מפני פרשנות של ההיגד "בן זוג" לרעת בניזוג להט"בים – יוסר.

7.2. תיקון סעיף 35(ב) לחוק הכשרות:

7.2.1. "... בסעיף קטן זה, "בן משפחה" – אח, אחות, הורה של הורה, אח או אחות של הורה, בן זוג או בת זוג של הורה. בסעיף זה, "בן זוג" – לרבות בן או בת זוג מאותו המין".

7.2.2. כמו התיקון לעיל, גם התיקון הזה יפיג את הערפל סביב המונח "בן זוג", כך שלא יהיה ספק שההיגד "בן זוג" חל גם לגבי בן או בת זוג מאותו המין.

7.3. תיקון סעיף 80 לחוק הכשרות:

7.3.1. "קרוב" – בן זוג, אב, אם, בן, בת, אח, אחות, סב, סבה, נכד, נכדה. בסעיף זה, "בן זוג" – לרבות בן או בת זוג מאותו המין".

7.3.2. בחוק הכשרות ישנו שימוש נרחב למדי בהיגד "קרוב"/"קרובו". בדומה לתיקונים לעיל, גם תיקון זה יפיג את הערפל סביב המונח "בן זוג", כך שלא יהיה ספק שההיגד "בן זוג" חל גם לגבי בן או בת זוג מאותו המין. כך, לא יהיה ספק שההיגד "קרוב" או "קרובו" חל גם לגבי בניזוג להט"בים.

7.3.3. כמובן שאין בכך התייחסות למשוכה השנייה, אשר היא בשיקול דעתו של בית המשפט.

¹⁶ ישראל דורון, עמ' 387.

¹⁷ הילו גלזר "כמה קשה להזדקן כלהט"ב בישראל" הארץ (02.06.2016). <http://www.haaretz.co.il/magazine/premium-1.2963173> (להלן – "כמה קשה להזדקן כלהט"ב בישראל").

¹⁸ ישראל דורון, עמ' 388.

חלק ד' – חברי הקהילה כמטפלים א-פורמליים וזכויותיהם במסגרת טיפול סיעודי

1. בשנים האחרונות מסתמנת עלייה במודעות לסוגיית ה-"caregivers" – בני המשפחה שנושאים באחריות הטיפול בקשיש או אדם צעיר שחלה, בין אם מדובר בבן או בת הזוג (לעתים קשישים בעצמם) או בילדיו של המטופל.¹⁹
2. בשל העובדה שאפליה כנגד להט"ב עדיין נוכחת בחברה הישראלית,²⁰ נדרשת תשומת לב מיוחדת בכל הקשור לחיבור שבין הקהילה הגאה לסוגיית הטיפול הסיעודי או התומך באדם קרוב. ככלל, מעמדו של בן הזוג המטפל מתבסס על מוסד הנישואין או על מוסד ה"ידועה/בציבור". מכיוון שאין נושאים אזרחיים בישראל, המונח הרלוונטי ללהט"ב המטפלים הוא מוסד ה"ידועה/בציבור", אשר מתגלה כנזיל יותר כשמדובר בזוגות חד מיניים.²¹ לדוגמה, במקרים של חילוקי דעות בין משפחת המוצא של המטופל לבין בן הזוג של החולה לעתים נדרשת פניה של בן או בת הזוג לערכאות משפטיות – והתהליך הופך להיות עתיר קשיים ולעיתים אף נמשך מספר שנים. בנוסף, בני הזוג של המטופל הלהט"בי לא נהנים באופן אוטומטי מהזכות לימי מחלה בעבור טיפול בבן זוגם, זכאות לקצבת שארים, ירושה או פנסיה.

3. המצב החקיקתי:

3.1. חוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005:

- 3.1.1. במסגרת החידושים שהוכנסו בחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, הוכר לראשונה מעמדו של "אדם קרוב" כמי שרשאי לקבל החלטות בשם החולה הנוטה למות. "אדם קרוב" הוא מי שקיים קשר רצוף ומתמשך עם החולה - וביתר שאת בתקופת הטיפול בו. עם קטגוריה זו מתיישבים כביכול חברי הקהילה הגאה, שעל פי רוב מעמדם כבני זוג אינו מעוגן חוקית. עם זאת, טרם ניתנה פסיקה תקדימית שהכריעה האם אכן ניתן להכיר בבן/ת זוג מהקהילה הגאה כאדם קרוב/ה.
- 3.1.2. בנוסף, במקרים רבים עלול להתרחש מצב שבו קיים נתק בין חולה בן הקהילה הגאה למשפחתו וכשמצבו מתדרדר ונדרשות החלטות בעניינו, בן הזוג שהיה נאמן לחולה מודר לטובת המשפחה שלפתע תופסת את המושכות. מדובר במקרה שדורש גם הוא הסדרה בחוק - לדוגמה באמצעות הדגשת פרמטר של משך הקשר טרם המחלה ו/או הכנסת פרמטר של מגורים משותפים עם החולה טרם ו/או בזמן מחלתו.
- 3.2. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 וחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996: גם חוקים אלו רלוונטיים לנושא הנ"ל בשל התייחסותו למצב שבו אדם נאלץ לטפל בקרוב משפחתו הסובל ממוגבלות ארעית או קבועה.

4. פתרונות מוצעים:

4.1. תיקון סעיף 3 – הגדרות, לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005:

- "בחוק זה – "אדם קרוב" – אדם, שלדעת רופא אחראי, על פי הוראות שקבע השר לפי סעיף 60(א)(1), מתקיימים בו שניים אלה:
- (1) הוא בעל קרבה משפחתית, זוגית או רגשית אל החולה הנוטה למות ומסור לו;
 - (2) הוא מכיר היטב את החולה הנוטה למות, על יסוד קשר רצוף שנמשך עד התקופה שלפני הטיפול הרפואי בו או במהלכו;"

¹⁹ סמדר רייספלד "רובנו ניאלץ לסעוד הורה או בן זוג מזדקן. מה יקרה לנו בתהליך?", הארץ <http://www.haaretz.co.il/magazine/premium-1.2984342>

²⁰ כמה קשה להזדקן כלהט"ב בישראל, ראו לעיל ה"ש 17.

²¹ שירלי אלון ויעקב בכנר "להט"בים זקנים כמטפלים עיקריים בזוגות חד-מיניים" המכון האונקולוגי, ביה"ח מאיר, המחלקה לסוציולוגיה של הבריאות וגרונטולוגיה, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב. <http://www.reutheshel.org.il/wp-content/uploads/2016/01/had-mini.pdf>

4.1.1. הוספת המילה "זוגית" בסעיף קטן (1) נועדה למנוע מצבים שבהם נמנעת יכולת ההשפעה מבן/ת זוג אשר לא מוכר בעיני הסביבה כ"משפחה טבעית" לחולה. התיקון בסעיף קטן (2) נועד למנוע מצבים שבהם נמנעת יכולת ההשפעה מבן/ת זוג ע"י משפחה שניתקה קשר עם החולה ולעת מותו מתבססת על הקשר הרצוף שהיה בינה לבין החולה שנים רבות קודם.

4.2. תיקון סעיף 8 – איסור אפליה בתעסוקה, לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998:

"(ה) לענין סעיף זה – "בן משפחה" – [...]

(3) בן "משפחה נבחרת" – אדם בעל זיקה רגשית מיוחדת כלפי האדם בעל המוגבלות המצוי

ביחסי קרבה ודאגה רציפים וממושכים עמו."

4.2.1. הוספת סעיף קטן (3) לסעיף 8 עונה על מקרים רבים שבהם ללהט"בים הזקוקים לטיפול וסיוע אין בן זוג או משפחה שבקשר אתם פרט ל"משפחה הנבחרת" שלהם – חברים ומכרים ותיקים שעומדים עם החולה בקשר יומיומי וחשים "זיקה רגשית מיוחדת כלפיו". מושג ה-"chosen family"²² נעדר מרובה ככולה של החקיקה הישראלית בנושא של טיפול סיעודי ממושך. לדעת הצוות, הכנסתו לחוק בדרך ישירה או עקיפה חיונית כדי להבטיח את זכויותיהם של הלהט"ב כמטפלים סיעודיים.

4.3. תיקון סעיף 4(א) – איסור אפליה, לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996:

"מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל או בין מלווה למלווה מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ

מוצא, נטייה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה."

4.4. התיקון הנ"ל מפיג את החשש שהצוות המטפל יפלה מלווה חבר קהילת הלהט"ב במתן מידע או כל סיוע אחר, בין היתר על רקע נטייה מינית.

סיכום

האתגר בתחום הזדקנותה של הקהילה הגאה הוא להבטיח את יכולתם לא רק להזדקן בכבוד, אלא גם שערכיהם והעדפותיהם יכובדו על ידי המסגרות החוקיות והחברתיות. ההזדקנות הינה המשך מסלול החיים, ולכן ההסדרה המשפטית שלה מושפעת רבות מהמעמד המשפטי של חברי הקהילה הגאה באופן כללי. אך כאמור, הזדקנותה של הקהילה הגאה מעוררת סוגיות ייחודיות.²³ ניכר שהמלאכה עוד לא הסתיימה ואף מרובה בתחום זה. אנו, צוות המחקר, מקווים כי התיקונים שהצענו ישפרו, ולו במעט, את אופן מימוש זכויותיהם של חברי הקהילה הגאה הקשישים.

הצוות מודה למר נמרוד גורנשטיין, מנהל המחלקה המשפטית באגודת הלהט"ב, על הסיוע שהעניק לצוות המחקר בהבנת הנושא והשלכותיו.

בסוף יוזמה זו מופיע נספח המאגד בצורה אחידה את כלל התיקונים לחוק המופיעים במאמר.

בברכה,

**מסמך זה נכתב ע"י: גיימי סברין (ראש צוות), בר סבן, מאיה אשכול, רון כלף ושחר אילוז;
נבדק ואושר לפרסום ע"י עידן סגר (מנכ"ל הארגון) ונועם לבנון (מנהל אזור ת"א).**

²² "משפחה נבחרת"; להרחבה, ראו לדוגמה:

Nancy J. Knauer, *LGBT Elder Law: Toward Equity in Aging*, 32 HARV. J. L. GENDER 1, 6 (2009).

²³ ישראל דורון, עמ' 391.

נספח – תיקונים מוצעים לחקיקה

הצעת חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (תיקון), תשע"ז-2017

הוספת סעיף 16(א) 1. אחרי סעיף 16(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005 יבוא:

"איסור אפליה 16(א) הממונה לא יאשר תקנון המפלה, במישרין או בעקיפין, על רקע נטייה מינית".

הצעת חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] (תיקון), תשע"ז-2017

תיקון סעיף 238 1. בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, בסעיף 238 –

(1) במקום ההגדרה "אלמנה" יבוא:

"אלמנה" – מי שהיתה בת הזוג של המבוטח או המבוטחת בשעת פטירתו או פטירתה, להוציא – [...]

(2) במקום ההגדרה "אלמן" יבוא:

"אלמן" – מי שהיה בן הזוג של המבוטחת או המבוטח בשעת פטירתה או פטירתו, כל עוד יש עמו ילד או הכנסתו אינה עולה על הסכום המתקבל לפי פרט 1 של לוח ט', להוציא – [...]

הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון), תשע"ז-2017

תיקון סעיף 33(ב) 1. בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן – חוק הכשרות), בסעיף 33(ב), אחרי "או בא כוחו." יבוא "בסעיף זה, "בן זוג" – לרבות בן או בת זוג מאותו המין".

תיקון סעיף 35(ב) 2. בסעיף 35(ב) לחוק הכשרות, אחרי "בת זוג של הורה." יבוא "בסעיף זה, "בן זוג" – לרבות בן או בת זוג מאותו המין".

תיקון סעיף 80 3. בסעיף 80 לחוק הכשרות, אחרי "סבה, נכד, נכדה." יבוא "בסעיף זה, "בן זוג" – לרבות בן או בת זוג מאותו המין".

הצעת חוק החולה הנוטה למות (תיקון), תשע"ז-2017

- תיקון סעיף 3
1. בחוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005, בסעיף 3 –
 במקום ההגדרה "אדם קרוב" יבוא:
 "'אדם קרוב" – אדם, שלדעת רופא אחראי, על פי הוראות שקבע השר לפי סעיף
 60(א)(1), מתקיימים בו שניים אלה:
 (1) הוא בעל קרבה משפחתית, זוגית או רגשית אל החולה הנוטה למות ומסור לו;
 (2) הוא מכיר היטב את החולה הנוטה למות, על יסוד קשר רצוף שנמשך עד התקופה
 שלפני הטיפול הרפואי בו או במהלכו;"

הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון), תשע"ז-2017

- הוספת סעיף 8(ה)(3) 1. אחרי סעיף 8(ה)(2) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 יבוא:
 (3) בן "משפחה נבחרת" – אדם בעל זיקה רגשית מיוחדת כלפי האדם בעל
 המוגבלות המצוי ביחסי קרבה ודאגה רציפים וממושכים עמו.

הצעת חוק זכויות החולה (תיקון), תשע"ז-2017

- תיקון סעיף 2
1. בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (להלן – חוק זכויות החולה), בסעיף 2 –
 אחרי ההגדרה "מטופל" יבוא:
 "מלווה" – אדם המתלווה למטופל בעת טיפולו הרפואי במוסד הרפואי.
 תיקון סעיף 4(א)
2. במקום סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה יבוא:
 מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל או בין מלווה למלווה מטעמי דת,
 גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטייה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה.