

גילנות ואנטי-גילנות בפסיקת בית המשפט העליון*

ישראל (איסי) דורון**

א. מבוא. ב. הזדקנות החברה הישראלית והשפעתה על המשפט הישראלי. ג. מהי גילנות ומהי אנטי-גילנות; 1. כללי; 2. הגדרה: מהי גילנות; 3. ביטויים ודפוסים של גילנות במציאות. ד. הצגת המחקר: פסיקת בית המשפט העליון ו"גילנות". ה. פרשת מנור והקשר בין עוני, משפט וזקנה; 1. עובדות המקרה והכרעת השופטים; 2. ההקשר החברתי והמשפטי; 3. לשון, שפה וערכים; 4. הצדדים להליך; 5. סיכום פרשת מנור. ו. פרשת רקנט וגילנות בתעסוקה; 1. עובדות המקרה והכרעת השופטים; 2. ההקשר החברתי והמשפטי; 3. לשון, ביטויים וערכים; 4. הצדדים להליך; 5. לסיכום. ז. פרשת הינדה מילגרם וגילנות בחוזים; 1. עובדות המקרה והכרעת השופטים; 2. ההקשר החברתי והמשפטי; 3. לשון, ביטויים וערכים; 4. הצדדים להליך; 5. לסיכום. ח. פרשת שחם, אחריות משפחתית והזכות לאשפוז סיעודי ממושך; 1. עובדות המקרה והכרעת השופטים; 2. ההקשר החברתי והמשפטי; 3. שפה, לשון וערכים; 4. הצדדים להליך; 5. סיכום פרשת שחם. ט. סיכום זמני: גילנות או אנטי-גילנות?; 1. מגבלות הניתוח; 2. אמביוולנטיות גילנית: ניתוח היסטורי-הליכי; 3. ליברליזם ואנטי-גילנות/סוציאליזם וגילנות: ניתוח חלופי; 4. על חשיבות זהות ה"שחקנים" בהליכים המשפטיים. י. במקום סיכום: על האתגר העתידי.

* תודות: מחקר זה התבצע בזכות ובאמצעות מענק מחקר שניתן למחבר מטעם מרכז מינרבה לזכויות אזרח, האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר מאת המחבר "על העיוורון הגילני של בית המשפט העליון" **מפנה כתב עת לענייני חברה** 55, 6 (2007) עסק בנושא בקצרה, ולכן תיתכנה חפיפות קלות.

** דוקטור למשפטים. החוג לגרונטולוגיה, ובית הספר לעבודה סוציאלית, הפקולטה למדעי הרווחה והבריאות, אוניברסיטת חיפה.

“כל העולם במה.
כל איש וכל אישה רק שחקנים הם.
כלם כניסות ויציאות להם, וכל אדם על פי תורו מופיע
בתפקידים שונים, במחזה ששבע עלילות לו [...]”
ועלילה אחרונה חותמת
סיפור עלילותינו המוזר:
ילדות שניה ושיכחה גמורה,
לא שן, לא עין, טעם, ולא כלום”¹.

א. מברא

החברה הישראלית מזדקנת. מחברה צעירה, עוברת החברה הישראלית טרנספורמציה דמוגרפית, אשר במסגרתה הקבוצה הגדלה בקצב המהיר ביותר היא קבוצת בני ה-65 ומעלה. הזדקנות החברה הישראלית טומנת בחובה הזדמנויות לחידוש ולרענון עמדות כלפי “הזקנים החדשים”, אך יש בה גם סיכון להעמקת הדרתם והפלייתם של כל מי שאינו שייך לקבוצה ההגמונית ה“צעירה”. בנוסף לכך, מציאות חברתית חדשה זו נוצרת על רקע העלייה במודעות לתופעה חברתית המכונה “גילנות” (המונח העברי ל־Ageism), אשר בדומה לתופעות חברתיות אחרות, כדוגמת הגזענות או הסקסיזם, מגלמת בחובה הבניה חברתית שלילית של הזקנה, והפליה של קבוצה חברתית המתויגת כבעלת מאפייני חולשה ואי־יכולת אך ורק בשל גילה הכרונוולוגי.

אחת הזירות החברתיות החשובות שבמסגרתן באה לידי ביטוי המורכבות החברתית של תופעת הזדקנות החברה הישראלית, היא זירת הפסיקה המשפטית. בתי המשפט נזקקים בשנים האחרונות להכריע בסכסוכים ובסוגיות חוקיות המערבים שאלות של זכויות, מעמד וערכים, בכל הנוגע למקומם של זקנים במשפט הישראלי. עד היום נקודת הממשק הפסיקתית באשר להבניה החברתית של הזקנה בבתי המשפט כמעט שלא נחקרה, וכמעט שאין בנמצא ספרות אקדמית המנתחת את מגמות הפסיקה בכל הנוגע לתופעת הגילנות. על רקע חלל מחקרי זה, מאמר זה מנסה לראשונה לנתח ולבחון את פסיקת בית המשפט העליון בפרשיות תקדימיות העוסקות בסוגיות מרכזיות הנוגעות לזכויות זקנים. מטרת המאמר היא לנסות ולבחון עד כמה אפשר לזהות מגמות גילניות בפסיקת בית המשפט ואת מאפייניהן.

1 ויליאם שקספיר **כטוב בעיניכם** מערכה שנייה, תמונה ז' (אברהם עוז מתרגם, 1990). כפי שנראה בהמשך המאמר, זוהי דוגמה קלאסית לגישה גילנית.

ב. הזדקנות החברה הישראלית והשפעתה על המשפט הישראלי

החברה הישראלית, בדומה לחברה האנושית בכללותה, מצויה בעיצומה של מהפכה דמוגרפית של הזדקנות האוכלוסייה². הדברים הוזכרו כבר בהקשרים משפטיים אחרים³, אך מן הראוי לשוב ולהזכיר את מושכלות היסוד הדמוגרפיים בנדון⁴. החברה הישראלית

2 נתונים על אודות המהפכה הדמוגרפית בישראל ראו ג'ני ברודסקי, יצחק שנור ושמואל באר **קשישים בישראל – שנתון סטטיסטי 2006** (2007) (להלן: "קשישים בישראל"). לנתונים על אודות המהפכה הדמוגרפית בעולם ראו: KEVIN KINSELLA & VICTORIA A. VELKOFF, AN AGING WORLD: 2001 (2001).

3 דוגמה לאזכור של מהפכת הזדקנות של החברה הישראלית ראו רות בן-ישראל וגדעון בן-ישראל **מי מפקד מהגיל השלישי** (2004); וכן ראו לעניין זה ישראל דורון "זקנה וזכויות כלכליות וחברתיות: יחסי גומלין בין הזדקנות החברה הישראלית ובין מעמדן של הזכויות הכלכליות והחברתיות במשפט הישראלי" **זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל** 893–940 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (המאמר להלן: דורון "זקנה וזכויות כלכליות וחברתיות").

4 אחת השאלות שחוזרות ועולות בדיונים על אודות זכויותיהם של זקנים היא מי הוא אדם "זקן"? הדברים קשורים כמובן להתכחשות הטבעית שלנו לתופעת הזקנה – שעליה ידובר בהרחבה בהמשך – ובהתנגדות לראות אנשים בגיל 70 או 75, בעודם פעילים ובריאים, כ"זקנים". לשאלה מי הוא אדם "זקן" יש שתי תשובות אפשריות: התשובה האחת, היא התשובה הקלה והמלאכותית: "זקן" הוא מי שהחוק בישראל מגדיר אותו ככזה. כלומר, כאמור בחוק גיל פרישה, התשס"ד-2004 (להלן: "חוק גיל פרישה"), המציין את גיל 67 כגיל פרישה חובה. מכוח הגדרה זו נגזרת הגדרתם של זקנים בישראל בהקשרים שונים: לדוגמה, הזכות לקצבת זקנה או לגמלת סיעוד מכוח חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: "חוק הביטוח הלאומי"); הזכאות לקשת של הטבות כלכליות מכוח חוק האזרחים הותיקים, התש"ן-1989; או הגדרת מעון לזקנים, כמשמעותו בחוק הפיקוח על מעונות, התשכ"ה-1965. זו כאמור התשובה הקלה – ובה ייעשה שימוש בכל הנוגע לנתונים הסטטיסטיים במאמר זה. התשובה הקשה יותר נוגעת לשאלה: מי הוא "באמת" אדם זקן? שהרי שום דבר לא קורה לאדם עם הגיעו לגיל 67, וכאמור, ישנם אנשים בני 90 שהם בריאים, פעילים, יצירתיים ולא "ראויים" לכאורה לתואר "זקן". התשובה לשאלה זו היא שלמעשה אף אחד אף פעם אינו אדם "זקן". אחד מהפרדוקסים שיידונו בהרחבה במאמר זה הוא שגילנות עוסקת בהבניה חברתית של זקנה, ואילו כולנו מכחישים את עובדת הזדקנותנו, ולעולם לא נגדיר את עצמנו כ"זקנים". פרדוקס זה הוא חלק מהייחודיות של תופעת הגילנות שעליה יורחב הדיבור בהמשך המאמר. לפיכך בהיבט הגילני, לא ניתן להגדיר "זקן" במובן הכרונולוגי של המילה. לכל היותר ניתן לדבר על "זקנים" בהקשר התרבותי-חברתי בלבד, שהוא מנותק מהקשר כרונולוגי כזה או אחר. אחת הדוגמאות היפות להמחשת דברים אלה היא פרשנות מסוימת של ההלכה היהודית, שלפיה המצווה לכבד "זקנים" (ויקרא יט 32) – מתייחסת ל"זקן" במשמעות של "חכם" או "חכם בתורה": "אין זקן אלא מי שקנה חכמה" (בבלי, קידושין, לב, ב). מכאן שהחובה היא לכבד חכמים ולא דווקא זקנים בגילם (אם כי

החלה את דרכה כחברה צעירה, שבה רק כ-4% מאזרחיה היו מעל גיל 65⁵. זו הייתה חברה שנבנתה בראשית דרכה על דמות ה"צבר" שאופיינה בקווים של הישראלי החדש, הצעיר, החזק, שהוא הניגוד של היהודי הגלתי, הזקן, החלש, המנותק מהאדמה⁶. זו הייתה גם חברה שרבים ממנה גדלו ללא דמות אב ואם או סב וסבתא מבוגרים לצדם, אם בשל היותם ניצולי שואה שהוריהם נספו בשואה, ואם בשל היותם עולים צעירים אשר הותירו את הוריהם ומשפחתם בארץ הולדתם⁷. כיום, לעומת זאת, אוכלוסיית הזקנים הפכה להיות הקבוצה שגדלה בקצב המהיר ביותר בחברה הישראלית. בסוף שנת 2005 מנתה אוכלוסיית ישראל 6.9 מיליון נפש, ואוכלוסיית הזקנים (בני ה-65 ומעלה) מנתה 693 אלף נפש⁸. גם מבחינה כלכלית-חברתית, לתופעת ההזדקנות יש והיו השלכות סוציו-כלכליות משמעותיות ביותר על החברה הישראלית⁹. כך, לדוגמה, אפשר לציין את המשבר בקרנות הפנסיה ההסתדרותיות, אשר גרר בעקבותיו שינויים מרחיקי לכת בכל הנוגע להסדרה החוקית והכלכלית של הזכות לביטחון סוציאלי בזקנה. משבר זה נגרם, בין היתר, בעקבות העלייה בתוחלת החיים והשינוי הדרמטי ב"תמהיל" החברתי וביחס שבין עובדים צעירים לגמלאים, שתורמים לקרנות הפנסיה או נתרמים מהן (בהתאמה)¹⁰. באופן טבעי אפוא

הדברים שנויים במחלוקת, ולפי גישה אחרת, הבאה לידי ביטוי בדבריו של איסי בן יהודה, החובה מוטלת גם כאשר מדובר בזקן עם הארץ. לעניין זה ראו משה קורץ "הזיקנה במורשת ישראל" **הזדקנות וזיקנה בישראל** 3, 5 (ארנולד רוזין עורך, 2003) (הספר להלן: "הזדקנות וזיקנה בישראל").

- 5 ראו **קשישים בישראל**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 17.
- 6 על דמות הצבר ועל הניגוד בינה ובין ה"זקן" ראו עוז אלמוג **הצבר – דיוקן** (1997). וכן ראו גבריאלה ספקטור-מרזל "הזיקנה הישראלית: שלושה מקורות משמעות" **גרונטולוגיה** לג(2) 11–34 (2006).
- 7 על ממד ייחודי זה של החברה הישראלית בהקשר של הזכות לסבאות ראו ישראל דורון וגליה לינצ'יץ "זכות העמידה של סבים וסבתות לקשר עם נכדיהם" **משפחה במשפט** ב 147 (2008).
- 8 **קשישים בישראל**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4.
- 9 לדיון מקיף על השלכות הזדקנותה של החברה הישראלית, ראו לדוגמה בן ישראל ובן ישראל, לעיל ה"ש 3.
- 10 תיאור המשבר בקרנות הפנסיה הוותיקות ראו אביה ספיבק "משבר קרנות הפנסיה בישראל: מסגרת מושגית ובחינת ההמלצות לפתרון" **רבעון לכלכלה** 3, 484 (1994); לשינויים החוקיים הדרמטיים שהתחוללו במהלך השנים 2002 עד 2004, והקשר למהפכה הדמוגרפית, ראו ביתר פירוט דב פלג "הרפורמה במערכת הפנסיה בישראל: 2002–2004" **בטחון סוציאלי** 71, 84 (2006). ההשלכות הכלכליות של מהפכת הזקנה באות לידי ביטוי גם בנתון הידוע בשם "יחס תלות": היחס שבין כמות הזקנים ובין כמות האנשים בגילאי העבודה (נתון שמשקף, לפחות ברמה מסוימת, את ה"נטל" הכלכלי היחסי המוטל על קבוצת העובדים בחברה נתונה, שמתוך עבודתם נגבים המסים שמספקים את השירותים והתמיכה לאוכלוסיות שאינן עובדות). בישראל, יחס התלות של הקשישים בשנת 1970 עמד על 135 קשישים על כל 1000 אנשים

למהפכת הזקנה השלכות חברתיות וכלכליות הבאות לידי ביטוי כמעט בכל תחומי החיים: בריאות, חינוך, דיור, תחבורה ועוד.¹¹

ג. מהי גילנות ומהי אנטי-גילנות?

1. כללי

השאלה העומדת בפנינו היא מהי הרלוונטיות של מהפכת הזקנה לעולם המשפט? או במילים אחרות, מדוע מהפכת הזקנה צריכה לעניין אותנו המשפטנים? שהרי עצם השינוי בהרכב הדמוגרפי של החברה האנושית, לכאורה אין בו, כשלעצמו, כדי לגרום לשינוי בכללים המשפטיים. ברם, די בנקל אפשר לחשוב על הקשרים רבים אשר בגינם, הזדקנות החברה האנושית יכולה להשפיע או להקרין על מערכת המשפט¹². כך, לדוגמה, מבחינה כלכלית, קיומה של אוכלוסייה גדלה והולכת בעלת צרכים משפטיים ומשאבים כלכליים, יכולה לעורר ביקוש רב יותר לשירותים משפטיים, ביקוש אשר יוצר מצדו "שוק" בקרב עורכי הדין הפרטיים שנועד לתת מענה לצרכים המשפטיים החדשים¹³. במסגרת צרכים חדשים אלה אפשר להזכיר למשל את התפתחות הקשת המגוונת של כלי תכנון משפטיים לקראת זקנה, הן בהקשר הכלכלי (כדוגמת יפויי כוח מתמשכים או הסכמי נאמנות) והן בהקשר הרפואי (כדוגמת הנחיות רפואיות מקדימות או יפויי כוח מתמשכים מכוח חוק החולה הנוטה למות, התשס"ה-2005)¹⁴. אפשר לתת דוגמאות רבות נוספות, החל מהצרכים המשפטיים החדשים עקב הזדקנות אוכלוסיית האסירים בבתי הכלא¹⁵, דרך

בגילאי העבודה; יחס תלות זה עלה לכדי 178 קשישים על כל 1000 אנשים בגילאי העבודה נכון לשנת 2005, והתחזית היא שנתון זה יגיע לכדי 237 בשנת 2025 – ראו בנדון **קשישים בישראל**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 74.

11 הזדקנות החברה איננה ייחודית לישראל, אלא מדובר בתופעה גלובלית, שבאה לידי ביטוי באופן קיצוני בחברות מערביות כדוגמת איטליה, ספרד או שבדיה.

12 ל הצורך של מקצוע עריכת הדין להתאים את עצמו כדי לתת מענה לצרכים של האוכלוסייה המזדקנת בישראל ראו ישראל דורון "איך תשפיע הזדקנות החברה הישראלית על מקצוע עריכת הדין" **עורך הדין** 26, 52 (2001).

13 לדיון על התפתחות "ביקוש" לשירותים משפטיים לזקנים אשר גרם להתפתחות היחס המשפטי לעולם הזקנים ראו: Lawrence A. Frolik, *The Developing Field of Elder Law: A Historical Perspective*, 1 ELDER L.J. 1-10 (1993).

14 דיון ולסקירה משפטיים על אודות התפתחות כלי התכנון המשפטיים לקראת זקנה בישראל ראו ישראל דורון ועידו גל "מניעה ותכנון משפטי בזקנה" **המשפט** ט 427 (2004).

15 ראו לדוגמה בהקשר זה ישראל דורון "גן עדן או גהנום? על זקנים והזדקנות בכלא מעשיהו" **צוהר לבית הסוהר** 10, 11 (2006).

ההסדרה המשפטית של רישיונות הנהיגה של נהגים מזדקנים¹⁶, של זקנים שהם קרבנות עברה במסגרת המשפט הפלילי¹⁷ ושל זכותם של זקנים להזדקן בכבוד¹⁸, וכלה ביחס לעדים זקנים המופיעים בבתי המשפט, וסובלים לעתים מבעיות זיכרון הפוגמות ביכולת ההעדה שלהם¹⁹.

ואכן, לא בכדי אפשר לזהות החל משנות ה-80, התעוררות והתפתחות של ענף משפטי ייחודי, הידוע בצפון ארצות-הברית בשם Elder Law. ההתפתחות המרשימה של ענף משפטי זה באה לידי ביטוי בקשת מגוונת של הקשרים: לשכת עורכי הדין האמריקנית הקימה ועדה ספציפית שכל תפקידה הוא לעסוק בפיתוח תוכני משפט הנוגעים לזקנים²⁰; עורכי דין פרטיים בארצות-הברית הקימו איגוד מקצועי עצמאי המאגד את כל עורכי הדין העוסקים בתחום המשפט והזקנה²¹; פקולטות למשפטים החלו לתת קורסים בתחום, ויצרו כתבי עת משפטיים שעוסקים כל כולם בתחום המשפט והזקנה²²; ארגוני זכויות חוץ-ממשלתיים הוקמו כדי לתת ייעוץ וייצוג משפטי לזקנים מעוטי יכולת²³; ולבסוף, הספרות

- 16 ראו לדוגמה בהקשר זה: HOLLY TUOKKO & FIONA HUNTER, USING "AGE" AS A FITNESS-TO-DRIVE CRITERION FOR OLDER ADULTS (2002).
- 17 ראו לדוגמה את חוק העונשין (תיקון מס' 97), התשס"ח-2008, ס"ח 2135 המחמיר את הענישה כלפי עבריינים התוקפים קרבנות זקנים.
- 18 ראו לדוגמה את חוק התכנית להגדלת גמלאות הבטחת הכנסה לקשישים נזקקים ולסיוע לניצולי שואה (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2008, ס"ח 2137, 236 (תיקון עקיף לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980 ולחוק הטבות לניצולי שואה נזקקים, התשס"ו-2007) המגדיל את שיעורי השלמת ההכנסה לזקנים.
- 19 ראו לדוגמה בהקשר זה את חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005; וכן ראו ת"פ (מחוזי נצ') 1209/01 מדינת ישראל נ' בן יהודה כרמלי (פורסם בנבו, 25.12.2005).
- 20 גוף חשוב זה הוא אחד המובילים בארצות-הברית בכל הנוגע לפיתוח תחום המשפט והזקנה. הגוף ידוע כ-The American Bar Association Commission on Law and Ageing ומידע רב על אודות פעילותו ניתן למצוא באתר האינטרנט של הוועדה: www.abanet.org/aging.
- 21 דובר באיגוד הארצי של עורכי דין העוסקים בתחום המשפט והזקנה: NAELA – National Academy of Elder Law Attorneys, אשר מידע רב על אודות פעילותו ניתן למצוא באתר האינטרנט של הארגון: www.naela.com.
- 22 ראו לדוגמה את THE ELDER LAW JOURNAL – שמוצא לאור על ידי הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת אילינוי; את ה-Marequette Elder Advisor שמוצא לאור על ידי הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת מרקט; ולבסוף, ראו את THE INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW AND SOCIETY AGEING AND SOCIETY שמוצא לאור על ידי הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת סטססון בפלורידה.
- 23 ישנם ארגונים חוץ-ממשלתיים רבים בארצות-הברית שעוסקים בתחומים משפטיים הנוגעים לאוכלוסיית הזקנים. עם זאת, שני הגופים החוץ-ממשלתיים המובילים בארצות-הברית בנדון הם ה-National Senior Law Center, וכן ה-Legal Council for the Elderly המופעל מטעם

גילנות ואנטי-גילנות בפסיקת בית המשפט העליון

המחקרית והתאורטית בתחום זכתה לפריחה ולהתפתחות ניכרות²⁴. גם במשפט הישראלי ניכרת בעשור האחרון התפתחות בתחום זה, אשר בדומה לצפון אמריקה, באה לידי ביטוי בהקמת ארגונים חוץ-ממשלתיים²⁵, בפרסומים אקדמיים²⁶ ופופולריים²⁷ ובקורסים באקדמיה²⁸.

על אף הקשת המגוונת של ההקשרים המפורטים לעיל, מאמר זה מבקש לעסוק בממד צר, אם כי חשוב, של השלכות תופעת ההזדקנות על מערכת המשפט. מאמר זה בוחן תופעה חברתית שככל הנראה הייתה קיימת מאז ומעולם, אך מהפכת הזקנה הדמוגרפית מחייבת את עולם המשפט להתייחס אליה במישרין: תופעת הגילנות²⁹.

2. הגדרה: מהי גילנות

מושג הגילנות הוא מושג מורכב, שלא קל להגדירו. אחת מדמויות המפתח בהקשר של פיתוח גבולותיו של המושג גילנות והגדרתו הוא ד"ר רוברט בטלר, מי שהיה המנהל הראשון של המכון הלאומי לזקנה בארצות-הברית. ד"ר בטלר היה זה שגיבש, באופן רעיוני ותאורטי, את המושג גילנות (ואף טבע את מטבע הלשון Ageism). בטלר ניסה לבנות הגדרה אופרטיבית למושג גילנות. ואכן, אחת ההגדרות הראשונות, הידועה כ"הגדרת בטלר ולואיס" משנת 1973, הגדירה גילנות כך:

ארגון הגמלאים הגדול של ארצות-הברית, ה- AARP – American Association of Retired Persons

24 ראו לדוגמה את שני ספרי הלימוד המובילים בתחום בארצות-הברית: LAWRENCE A. FROLIK & ALISON M. BARNES, ELDER LAW: CASES AND MATERIALS (3rd ed. 2003); KIMBERLEY DAYTON, THOMAS P. GALLANIS, & MOLLY M. WOOD, ELDER LAW: READINGS, CASES, AND MATERIALS (2nd ed. 2003).

25 ראו בהקשר זה את הקמת "עמותת המשפט בשירות הזקנה" (www.elderlaw.org.il) ועמותת "כן לזקן" בראשית שנות ה-2000, לצד התפתחות פעילותה של עמותת "יד ריבה" – שכולן מתמקדות בהענקת ייעוץ וייצוג משפטי לזקנים, וכן בקידום זכויותיהם החוקיות.

26 ראו לדוגמה בן-ישראל ובן-ישראל, לעיל ה"ש 3, או ישראל דורון "זיקנה וצדק: היבטים משפטיים של הזיקנה בישראל" **הזדקנות וזיקנה בישראל**, לעיל ה"ש 4 בעמ' 897.

27 ראו לדוגמה ישראל דורון **הדיבר החמישי** (2002).

28 ראו לדוגמה את הקורסים והסמינריונים הניתנים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ובמכללה האקדמית למשפטים ברמת גן בתחום משפט וזכויות זקנים.

29 מושג "גילנות" הוא המילה העברית שנבחרה למושג הלועזי Ageism – בספרות הלועזית, המושג Ageism או Agism הוא המונח המוביל והעיקרי, ובמאמר זה ייעשה שימוש זהה, הן במושג הלועזי והן במושג הישראלי המקביל לו.

“Ageism can be seen as a process of systematic stereotyping of and discrimination against people because they are old, just as racism and sexism accomplish this for skin color and gender. Old people are categorized as senile, rigid in thought and manner, old-fashioned in morality and skills [...] Ageism allows the younger generations to see older people as different from themselves, thus they subtly cease to identify with their elders as human beings”³⁰.

הגדרה זו של בטלר ולואיס זכתה לביקורות רבות ומגוונות וגררה הצגת הגדרות אלטרנטיביות³¹. אחת הגישות החשובות שניסתה לאחד את ההגדרות השונות ל“גילנות” גורסת כי “גילנות” היא למעשה “מושג מטרייה” הכולל במסגרתו ארבעה אלמנטים שונים ונפרדים מבחינה מושגית: (א) סטראוטיפים חברתיים שליליים על אודות זקנה; (ב) דעות קדומות חברתיות על אודות זקנים; (ג) פחד אישי מפני הזדקנות; (ד) סטיגמות הקשורות עם זקנים. לכל אחד מאלמנטים אלה “תחום השתרעות” שונה, אך רק איגודם הכולל מאפשר המשגה ראויה של התופעה³².

3. ביטויים ודפוסים של גילנות במציאות

הביטויים של גילנות במציאות הם רבים ומתרחשים בהקשרים מגוונים. במובנים רבים “זיהוי” גילו של אדם קובע את דפוס ההתייחסות אליו: מה אנחנו מניחים שהוא יודע,

- ROBERT N. BUTLER & MYRNA I. LEWIS, AGING AND MENTAL HEALTH: POSITIVE PSYCHOSOCIAL AND BIOMEDICAL APPROACHES (1973). על בסיס הגדרה זו אומצו גם הגדרות דומות ומקובלות בסגנון: “The definition of ageism that has become most widely accepted is prejudice and discrimination against older people based on the belief that aging makes people less attractive, intelligent, sexual and productive” Jody A. Wilkinson & Kenneth F. Ferraro, *Thirty Years of Ageism: Research, in AGEISM: STEREOTYPING AND PREJUDICE AGAINST OLDER PERSONS* 340–358 (Todd D. Nelson ed., 2002) (הספר להלן: AGEISM: STEREOTYPING AND PREJUDICE AGAINST OLDER PERSONS).
- JACK LEVIN & WILLIAM C. LEVIN, AGEISM: PREJUDICE AND DISCRIMINATION: ראו לדוגמה: 31
THOMAS R. COLE, THE JOURNEY OF LIFE: A CULTURAL HISTORY OF AGING IN AMERICA (1980). וכן אצל: 32
Valerie Braithwaite, *Reducing Ageism, in AGEISM: STEREOTYPING AND PREJUDICE AGAINST OLDER PERSONS*, לעיל ה”ש 30, בעמ’ 311.

באיזה טון וסגנון דיבור אנחנו מדברים אליו, ועוד³³. התרבות הפופולרית תורמת אף היא לעיצוב ההתייחסות שלנו לזקנה. שמות תואר רבים בשפת היומיום משויכים או מצטרפים לתיאור של אנשים זקנים, ומשרטטים אותם בדפוס שלילי: סניילי, חרמן זקן, אבד עליו הכלח, מאובן, קפוא, זקנה מקומטת, מכשפה זקנה³⁴. ביטויים אלה מופיעים בדרכים מגוונות גם באמצעי התקשורת ההמוניים³⁵: החל בפרסומות המתמקדות בדוגמניות צעירות, דרך שדרים המתמקדים בכך ש"החברה שלנו צעירה", דרך דמות הזקן כפי שהיא באה לידי ביטוי בספרות ילדים³⁶ וכלה בפרסומת לתאטרון בישראל שהשתמשה במילים "האולם שייך לצעירים" – תוך משחק המילים בין "אולם" ל"עולם".

יתרה מכך, ההקשרים המקובלים שבהם הזקנים נחשפים בתקשורת ההמונים הם בדרך כלל הקשרי חולשה: קרבן להתעללות, קרבן לניצול, מצבים של עוני ומצוקה, חוסר ישע ואומללות. במקרים רבים היחס לזקנים המאפיין את התקשורת, מקביל אותם לילדים, מה שמכונה בלעז "אינפנטליזציה" (Infantilization) שמקורה במילה תינוק (Infant)³⁷. לסטראטיפ של זקנה כ"ילדות שנייה" יש כמובן השלכות על הממד הפיזי (חולשה/תלות), על היכולת השכלית (חוסר ידע, חוסר תובנה), על היכולת המינית (היעדרותה או "בתוליותה") וכמובן על היחס הנדרש כלפי הזקן (פטרנליזם, שליטה, ואפטרופסות)³⁸.

- 33 ראו אצל Amy J.C. Cuddy & Susan T. Fiske, *Doddering but Dear: Process, Content and Function in Stereotyping of Older Persons*, in AGEISM: STEREOTYPING AND PREJUDICE AGAINST OLDER PERSONS, לעיל ה"ש 30, בעמ' 3.
- 34 שפה האנגלית ניתן למצוא עושר של מילים המשויכות לתיאור שלילי של זקנים: old bag; HOWARD dirty old man, old fool; geezer; old fart; foggy; dotard; EGLIT, *ELDERS ON TRIAL: AGE AND AGEISM IN THE AMERICAN LEGAL SYSTEM* 10 (2004).
- 35 ראו ביתר הרחבה אצל: ERDMAN B. PALMORE, *AGEISM: NEGATIVE AND POSITIVE* (2nd ed. : 1999).
- 36 ראו טל יערי-ויזל "דמות האדם הזקן בספרות הילדים הישראלית" גרונטולוגיה לג(2) 35 (2003). התמונה העולה במחקר זה היא אמביוולנטית: מחד גיסא – הזקנים מתוארים לעתים כלא פעילים או ככאלה שכל מהותם נמדדת לא בזכות עצמם, אלא בשל קשריהם עם נכדיהם, ומבחינה פיזית הם מקומטים, כפופים, בעלי שיער לבן. מאידך גיסא – ישנם סיפורי ילדים, בעיקר מן השנים האחרונות, שבהם יש דווקא מגמה לשבור את התפיסות הסטראטיפיות כלפי זקנים, אשר בהם הזקנים מתוארים כנמרצים ופעילים.
- 37 להבניה החברתית של זקנה כ"ילדות שנייה" ראו אצל: Arnold Arluke & Jack Levin, *Another stereotype: Old Age as a Second Childhood*, 353 AGING 7–11 (1984).
- 38 כפי ש-Cuddy & Fiske, לעיל ה"ש 33, בעמ' 10, מתארים, סטראטיפ ה"על" של המושג Elderly מתקשר בספרות המחקרית עם דפוס סטראטיפי הדומה לאנשים מפגרים או אנשים בעלי מוגבלות: סטראטיפ המתמקד בתפיסתם כמחוסרי כשירות/יכולת – מצד אחד, ומתמקד בתחושות "חום" כלפיהם, במובן של תחושת כבוד ונכונות/רצון להתערבות פטרנליסטית להגנתם מן הצד האחר (וזאת, לדוגמה, בשונה מסטראטיפים כלפי "מחוסרי

הגילנות באה לידי ביטוי לא רק בצורת התבטאויות מילוליות או גרפיות, אלא גם במעשים כגון הפליה, הדרה, יחס שונה הבא לידי ביטוי בשלילת משאבים או בהקצאת משאבים בלתי הולמת. אחת הדוגמאות הבולטות לגילנות היא ההפליה בתעסוקה של עובדים בגילאים מבוגרים. המאמר יעסוק בהרחבה בתחום זה בפרק העוסק בדג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**³⁹. עם זאת, כבר כעת ניתן לציין כי מעסיקים רבים מעדיפים – באופן כללי ולא דווקא על בסיס רציונלי – עובדים צעירים על פני עובדים מבוגרים. עקב כך עובדים מבוגרים, מוכשרים וכשירים, מודרים שלא בצדק משוק התעסוקה⁴⁰.

עם זאת, ראוי להדגיש כי גילנות היא ייחודית במובן זה שבשונה מגזענות או מהפליה מטעמי מין – היא נוגעת לכולם: כולנו נזדקק (או לפחות כולנו רוצים להזדקק). לכולנו (או לפחות לרובנו) יש הורים זקנים, ובמקרים רבים גם סבים וסבתות זקנים, אשר ברוב המקרים אנחנו אוהבים אותם, מזדהים עמם רגשית ודואגים להם. לפיכך, בשונה מגזענות, לדוגמה, אשר במסגרתה אדם לבן יכול תמיד להבנות את עמדתו על בסיס הקביעה שהוא "שונה" מה"כוש" האחר, במובן זה שהלבן אף פעם לא יהיה "כוש" (או, באותה מידה, גבר שוביניסט, יכול להאמין כי לעולם לא יהיה "אישה") – לא כך הם הדברים (לפחות באופן תאורטי) בכל הנוגע לגילנות⁴¹.

בית" או "נתמכי רווחה" שהסטראוטיפ כלפיהם מתמקד גם הוא בחוסר כשירותם/יכולתם, אך מתמקד בהיעדר "חוס". כלומר בחוסר כבוד וחוסר נכונות ליחס פטרנליסטי. הספרות המחקרית בתחום מצביעה על עושר של "תתי-קטגוריות" של סטראוטיפים של זקנים, שבמסגרתה, מתחת לסטראוטיפ ה"על" של הזקנים, יש תתי-טיפוסים, לדוגמה דמות "הסבתא הדואגת" Grandmotherly, דמות "המנהיג הזקן" Elder Statesman, ודמות האזרח הוותיק, Senior Citizen, ששוב, לכל תת-דמות כזאת יש קווים הסטראוטיפיים היחודיים לה (ראו שם, בעמ' 7).

39 פ"ד נד(5) 330 (2000) (להלן: פרשת **רקנט**).

40 נושא זה נדון בהרחבה בהמשך מאמר זה, אגב הדיון בפרשת **רקנט**.

41 גם כאן, טיעון זה אינו פשוט כלל ועיקר. אף שכולנו נזדקק ואף שכולנו מכירים באופן אישי זקנים שאנו אוהבים או שכלפיהם אנו מרגישים קרבה ומחויבות – אין בכך כדי למנוע מאתנו מלהתכחש לכך, ולשרטט קו מפריד בינינו "הצעירים" ובין ה"אחר" – כלומר, הזקן. הדבר בא לידי ביטוי במחקרים אמפיריים ובהתנסות אישית של ניסיון לתת מענה להגדרה מי הוא "זקן". אנשים – כמעט תמיד, בכל גיל – נמנעים מלהגדיר את עצמם כ"זקנים". גם בגילאים מתקדמים – אנשים תמיד מגדירים את הזקנה באמצעות ה"אחר" – המבוגר יותר, החולה יותר, הנוזק יותר: הם עצמם אף פעם לא "זקנים". לפיכך, מבחינה סוציולוגית ופסיכולוגית, זהו נתון מעניין המאפשר לנו "לתחום גבולות" בינינו ובין הזקנים, ומקל עלינו לאמץ גישות גילניות – אף שאנו בעצמנו נהיה חשופים להן או פגיעים מהן בעת זקנתנו שלנו. ראו לעניין זה: Mary E. Kite & Lisa Smith Wagner, *Attitudes Toward Older Adults, in AGEISM: STEREOTYPING AND PREJUDICE AGAINST OLDER PERSONS*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 130–161.

לטיעון זה זווית נוספת בהתחשב בכך שלא מעט מנהיגים ואנשים בעלי עצמה וכוח, הם בעצמם זקנים. בישראל אנו רוויי דוגמאות מסוג זה, אשר שתי הבולטות שבהן הן ראש הממשלה לשעבר, מר אריאל שרון, ונשיא המדינה (נכון למועד כתיבת מאמר זה) מר שמעון פרס – שניהם אנשים זקנים, ושניהם מנהיגים כוחניים, בעלי עצמה ושרידות פוליטית, שהגיעו לשיא כוחם בזקנתם. שוב, גם כאן, הגילנות מעניינת ומורכבת במובן זה שהיא מתקיימת ומתרחשת למרות ממדים ייחודיים אלה, וזאת בשל מנגנונים פסיכולוגיים המאפשרים לבני אדם להתכחש לאפשרות שהם עצמם יהיו אי פעם זקנים⁴².

הבדל נוסף בין גילנות לצורות הפליה אחרות הוא שאין נקודת גבול ברורה בין הקבוצה המוגנת לקבוצה ההגמונית. החלוקה במציאות החברתית בין "זקנים" ל"צעירים" איננה דיכוטומית באותה המידה שהחלוקה בין "גברים" לבין "נשים" או בין "לבנים" לבין "שחורים" באה לידי ביטוי (ויש לזכור כי במציאות גם חלוקות אלה אינן באמת "דיכוטומיות"). במילים אחרות, אדם בן 40 יכול להיחשב "זקן" ולהיות מושא להפליה מחמת גיל בחברת היי-טק, ואילו אדם בן 60 יכול להיחשב "צעיר" במגרש הגולף. נקודת החיתוך הכרונולוגית שבה נעשה שימוש בחוק, היא בהקשר זה מלאכותית לחלוטין, ולא בהכרח זהה לביטויים החברתיים של תופעת הגילנות⁴³.

לבסוף, כל דיון בגילנות, אסור לו להתעלם מהקשרים הסטטיסטיים בין גיל כרונולוגי ובין ירידה מסוימת ביכולות הפיזיות והקוגניטיביות. ההכרה בתופעת הגילנות, אין בה משום ניסיון לעשות אידאליזציה של הזקנה או התעלמות מהמציאות אשר לפיה עם העלייה בגיל יש גם עלייה בתופעות כמו חולי, דמנציה או מוגבלות. כך, לדוגמה, סך הכול 6.6% מבני ה-65 עד 74 סובלים ממוגבלות בביצוע פעולות יומיומיות, ואילו בקרב בני ה-75 עד 79 סובלים מכך 12.9%. בקרב בני ה-80+ סובלים מכך כבר 40.2%⁴⁴. או לדוגמה, שיעור הדיווחים על אירוע מוחי בקרב כלל הבוגרים מעל גיל 21 הוא 1.5%, בקבוצת הגיל שבין 65–74 הוא 4.8%, ובקרב בני ה-75+ הוא 8.1%. מכאן, שברור שישנם הקשר סטטיסטיים

42 זהו ללא ספק אחד המאפיינים המרתקים בתופעת הגילנות. עמדה על כך הסופרת והפילוסופית הצרפתייה, סימון דה-בובויר, תוך הסתמכות על אמרתו המפורסמת של גתה וציטוטה: "Age takes hold of us by surprise". או במילים אחרות, אנשים נוטים "לנתק" את עצמם מהאפשרות שהם עצמם יזדקנו. הם לעולם לא יגדירו עצמם כ"זקנים" ותמיד יגדירו זקנה תוך השלכתה על אחרים – זקנים או חולים יותר מהם עצמם. ראו לעניין זה: SIMONE DE BEAUVOIR, THE COMING OF AGE 283 (1972).

43 כאמור, "זקן" מוגדר בחוק הישראלי ברוב ההקשרים כאדם מעל גיל 67, ראו לעיל ה"ש 4, עם זאת, בפועל, גם אנשים בני 50 סובלים מהפליה מטעמי גיל בתעסוקה, בשל התפיסה הגילנית שלפיה אנשים בני 50 הם כבר "זקנים" מדי בהקשרים תעסוקתיים מסוימים.

44 ראו קשישים בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 141.

שבהם ניתן למצוא מתאם בין גיל כרונולוגי ובין תופעות כמו חולי או ירידה בתפקוד. ברם, הנקודה היא לא קשר סטטיסטי כזה או אחר, אלא קפיצת המדרגה ההמשגתית מקשרים סטטיסטיים אלה להכללות ולסטיגמות חברתיות על זקנה באופן כללי, והקשר בינם ובין הגיל הכרונולוגי.

יש לזכור כי באופן כללי, רוב הזקנים, למרות הנתונים הסטטיסטיים שהובאו לעיל, ממשיכים לחיות חיים עצמאיים ומשמעותיים עד השלבים המאוחרים מאוד של חייהם. כך, לדוגמה, יותר מ-95% מכלל בני ה-65+ אינם מתגוררים במוסדות, אלא בקהילה (וגם בגילאים המבוגרים ביותר, כלומר בגילאים של +80, הרוב המכריע של הזקנים חיים בקהילה, ורק 13.7% מגיעים למוסדות)⁴⁵; 85% מכלל הזקנים בישראל הם עצמאיים ואינם תלויים תלות ניכרת בעזרת הזולת (הדברים נכונים אפילו לבני ה-85+, שרובם עדיין אינם תלויים תלות ניכרת בעזרת הזולת)⁴⁶; קבוצה משמעותית מקרב בני ה-65+ מדווחת על תפיסה עצמית של מצב בריאותי טוב מאוד או טוב (37.2%)⁴⁷ ועל תפיסה עצמית של בריאות נפשית טובה מאוד או טובה (34.7%)⁴⁸. לכך ניתן להוסיף נתונים סטטיסטיים אחרים כגון העובדה ש-41.3% מבני ה-65+ מדווחים על עיסוק בפעילות גופנית שלוש פעמים בשבוע או יותר⁴⁹; או העובדה ש-76.9% מכלל בני ה-65+ מדווחים על שביעות רצון גבוהה מחייהם או על שביעות רצון מחייהם באופן כללי⁵⁰. מכאן ש"זקנים" כקבוצה, באופן אובייקטיבי אינם "ראויים" לסטיגמות ולסטראוטיפים שנקשרו עמם, כגון היותם "סנייליים" או "מאובנים".

אך יתרה מכך, המציאות הסטטיסטית המתוארת לעיל מצביעה על הנקודה המרכזית בתחום הגילנות: גיל כרונולוגי – כשלעצמו – בדרך כלל מנבא רע למצב בריאותי, לכללי או נפשי⁵¹. האמירה המוכרת ביותר לכל מי שעוסק בתחום הגרונטולוגיה היא האמירה ש"ההכללה היחידה שניתן לעשותה באשר לזקנים היא שלא ניתן להכליל". המאפיין העיקרי של אוכלוסיית הזקנים הוא הרב-גוניות שלה. מחד גיסא, ישנם אנשים בני 90 שהם

45 שם, בעמ' 325. ובנוסף, יש לציין כי מתוך כלל דיירי המעונות, קרוב ל-45% אינם סיעודיים או תשושי נפש, כלומר עדיין צלולים מבחינה קוגניטיבית, ויכולים לתפקד באופן עצמאי או בעזרת סיוע קל.
 46 שם, בעמ' 264. בקרב בני ה-85+ 47.7% תלויים תלות ניכרת בעזרת הזולת.
 47 שם, בעמ' 117.
 48 שם, בעמ' 119.
 49 שם, בעמ' 120.
 50 שם, בעמ' 246.
 51 ראו לדוגמה את הדיון אצל בן-ישראל ובן-ישראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 41–46 על אודות הבעייתיות בשימוש בקריטריון הגיל הכרונולוגי כמנבא ירידה בתפקוד בתחום התעסוקתי.

חולים, תלויים, רתוקים למיטתם, ונעדרי כל כושר קוגניטיבי, ומאידך גיסא, ישנם בני 90 שהם בריאים, פעילים ונמרצים, שמייצגים את ארצם ואת קהילותיהם באולימפיאדת הקשישים או בתחרויות לבוגרים, ומשיגים תוצאות שצעירים רבים אינם משיגים אותן. אחד הביטויים החזקים ביותר לחולשת הזיקה בין גילו הכרונולוגי של האדם ובין כישוריו, תכונותיו, ויכולותיו מובא בספרו של הגריאטר מריאן רבינוביץ **גילו של אדם וזמנו האישי**⁵². בספר זה מביא ד"ר רבינוביץ מניסיונו ארוך השנים בטיפול בזקנים. אחת ממסקנותיו העיקריות היא שלא ניתן לדבר על "גילו" של אדם בלשון יחיד: לאדם "גילים" רבים פרט לגילו הכרונולוגי. ד"ר רבינוביץ מפרט לפחות שבעה "גילים" שונים לאדם: קלנדרי, כרונולוגי, ביולוגי, הכרתי, ריגושי, חברתי, תפקודי ואישי⁵³. למעשה, באמצעות סדרה של סיפורי חיים אמיתיים ד"ר רבינוביץ מוכיח שדווקא ההיבטים החברתיים או הנפשיים, רלוונטיים ומשמעותיים הרבה יותר להערכתו של אדם מאשר גילו הקלנדרי או הכרונולוגי, ושאינן כל קשר הכרחי בין גילו הכרונולוגי של אדם ובין, לדוגמה, גילו התפקודי. מכאן שניסיון לתייג, לסנן או לאפיין בני אנוש בגיל זקנה אך ורק על בסיס גילם הקלנדרי או הכרונולוגי – פסול בהיותו משקף סטיגמות ודעות קדומות ולא מציאות אמפירית מהימנה.

גילנות היא אפוא תופעה חברתית רחבה, אשר בדומה לגזענות, לסקסיזם ולהפלייתן של קבוצות אחרות על בסיס לאום, דת או מוגבלות, פוגעת בכבודו של אדם או שוללת אותו אך ורק בגין השתייכותו ל"קבוצה" מסוימת – במקרה זה, קבוצת ה"זקנים" – אשר מתויגת באופן סטראוטיפי וכוללני כבעלת תכונות שליליות אך ורק בגין גילה הכרונולוגי. עם זאת, גילנות היא תופעה ייחודית, מורכבת יותר ושונה באופן מהותי – בהיסטוריה שלה, בתכניה ובנסיבותיה – מההפלות המוכרות של קבוצות אחרות. לפיכך במסגרת המאבק נגד גילנות, אין כל יומרה להתעלם מכך שתהליך ההזדקנות של האדם הוא מציאות אנושית בעלת מאפיינים תרבותיים וחברתיים ייחודיים. היומרה של המאבק נגד גילנות היא לשלול נקיטת עמדה ערכית כלפי אדם אך ורק על בסיס גילו הכרונולוגי, ובהתבסס על ההבניה החברתית השלילית של תהליך ההזדקנות. היומרה של מאבק זה היא גם לשלול נקיטת עמדה שלפיה גילנות היא פוגענית או משפילה פחות מפגיעות הנגרמות במסגרת הפליות חברתיות אחרות, כדוגמת גזענות, סקסיזם והפליה מטעמי לאום, דת או מוגבלות.

52 מהדורה שנייה מורחבת, עמי שמיר מתרגם ועורך, 2003.

53 ראו בהרחבה על כל אחד מה"גילים" הללו, שם, בעמ' 24–61. יצוין כי פרופ' רבינוביץ משתמש במושג גיל קלנדרי כמספר שנות חייו של האדם, ואילו המושג "גיל כרונולוגי" משויך אצלו למיקומו של האדם בשלב מסוים במסלול חייו.

ד. הצגת המחקר: פסיקת בית המשפט העליון ו"גילנות"

כאמור, התופעה החברתית הידועה בשם גילנות, היא תופעה מורכבת וייחודית. הידע בכל הנוגע לזיקה שבין הזדקנות החברה, גילנות, לבין עולם החוק והמשפט עדיין מוגבל. באופן ספציפי יותר, עד היום לא נעשה כל ניסיון לבחון את פסיקת בתי המשפט – בכלל, או את פסיקת בית המשפט העליון – בפרט, תוך הצגת שאלות בנוגע למידת הנטייה הגילנית בפסקי הדין, להיבטים שונים שבהם אפשר לזהות סטראוטיפים או עמדות (חיוביות או שליליות) כלפי הזקנים כקבוצה, וכלפי ההזדקנות כתופעה חברתית. מחקר שכזה הוא חשוב שכן באופן טבעי, לאמירות, לפסיקות ולערכים המובאים על ידי בית המשפט העליון יש משקל וחשיבות מרכזיים, זאת הן בשל היותם תקדימים מחייבים והן בשל המעמד הציבורי-ערכי שיש לערכאה השיפוטית העליונה במדינת ישראל⁵⁴.

עם זאת, מחקר המנסה לאמוד את מידת "גילניותה" של פסיקת בית משפט כלשהו אינו פשוט מבחינה מתודולוגית. אחד הקשיים המרכזיים נעוץ בסוגיית ההגדרה: כפי שכבר נאמר, עצם הגדרת המושג "גילנות" אינה פשוטה כלל ועיקר. בעייתיות זו מקרינה כמובן על כל ניסיון לנתח פסקי דין שמטרתו לאפיין אותם או לתייג אותם כ"גילניים" או כ"אנטי-גילניים", או לבחון את ההיבטים המורכבים של היחס הערכי של בית המשפט כלפי הזקנה. ההנחה היא כי אי-אפשר, בהכללה, לאמץ אמת מידה "בינרית" שמסוגלת לתייג באופן דיכוטומי פסקי דין כ"גילניים" או "אנטי-גילניים". עם זאת, אפשר לזהות נטיות, ערכים, עמדות ותפיסות, באמצעות ניתוח שיטתי ומדעי של הכרעות שיפוטיות העוסקות בזקנים. לצורך מאמר זה, ובהתבסס על סקירת הספרות שתוארה לעיל באשר להבנת משמעות המונח גילנות, הוחלט לעצב ארבע אמות מידה פשוטות יחסית, אשר בעזרתן ועל בסיסן אפשר יהיה לנתח פסקי דין שונים ולהשוות ביניהם, באופן ניטרלי ככל האפשר⁵⁵.

הפרמטרים שנבחרו לניתוח הם אלה:

- 54 לדיון על פסיקת בית המשפט כמבנה מציאות חברתית ראו למשל יופי תירוש "סיפור של אונס, לא יותר": על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי "משפטים לא 579 (2001); שולמית אלמוג "עיני המערער חשכו": בין הנרטיבי לנורמטיבי" **מחקרי משפט** טו 295, 306 (2000); אורית קמיר "תרגיל במשפט וספרות: המשפט כמתרגם ומכונן זיכרון או: גיימס בויד ווייט פוגש במשפט יהודי ודמוקרטי, במחמוד דרוויש ובפסקי-הדין מדינת ישראל נ' יגאל עמיר" **מחקרי משפט** יח 323 (2002).
- 55 בדומה לכל מחקר אמפירי, בחירת הקריטריונים המדידים נתונה, ברמה מסוימת, לשיקול דעת החוקר. במחקר דנן נעשה ניסיון לבחור קריטריונים שיהיו, במידת האפשר, אובייקטיביים,

1. **תוצאת פסק הדין:** בממד זה הבדיקה תהיה ישירה ופשוטה – האם “בשורה התחתונה” הזקנים או האינטרסים של הזקנים “ניצחו או הפסידו” במערכה המשפטית הקונקרטית. הסיבות, המניעים וההסברים לתוצאה אינם מובאים בחשבון, אלא “השורה התחתונה” בלבד. בהקשר של אמת מידה זו, ככלל, “ניצחון” אינטרס הזקנים נתפס כמשקף גישה “אנטי-גילנית” יותר, ואילו הפסד של אינטרס הזקנים נתפס כמשקף גישה “גילנית” יותר⁵⁶.
2. **מודעות לתופעת הזקנה ולהקשרים החברתיים-כלכליים שלה – באופן כללי:** במדד זה יבוצע ניתוח טקסטואלי אשר מטרתו לאתר בפסיקה מודעות להיבטים העובדתיים הייחודיים של תהליך ההזדקנות, ולהקשר החברתי-כלכלי שבו מצויים הזקנים במדינת ישראל. בהקשר זה הכוונה היא לחפש בפסקי הדין אחר פירוט של נתונים אמפיריים הנוגעים לתופעת ההזדקנות, הסתמכות או ציטוט של מאמרים ונתונים סטטיסטיים מדעיים, קישור העובדות לתופעת ההזדקנות בכללותה וכיוצא באלה – כולם נתונים או עובדות המבטאים הבנה וידע של ההקשר החברתי הכולל בתחום הזקנה והיכרות עמו. בהקשר של אמת מידה זו, ככלל, ככל שפסק הדין מפורט יותר ומביא לידי ביטוי ידע רב יותר ומודעות גבוהה יותר להיבטים עובדתיים, עדכניים ומהימנים של ההקשר החברתי-כלכלי שבו שרויים הזקנים בישראל – הדבר נתפס כמשקף גישה “אנטי-גילנית”, ואילו היעדר ביטוי למודעות שכזו נתפס כמשקף גישה “גילנית”.
3. **אמירות המבטאות גילנות או אנטי-גילנות:** במסגרת מדד זה ננסה לאתר התבטאויות מילוליות של שופטי בית המשפט העליון, אשר משקפות תפיסות עולם שליליות או חיוביות כלפי הזקנה. כאמור, מילים שליליות יכולות לכלול אמירות המזהות זקנה כחולשה, כחולי, כסניליות, כתלות, כחוסר יכולת, כחוסר ישע וכיוצא באלה. השיפוט בהקשר זה נעשה תוך חלוקה למילים, לביטויים ולאמירות שמבטאים תפיסה חיובית של הזקנה, ונתפסים כ”אנטי-גילניים” יותר; לעומת מילים, ביטויים ואמירות שמשרטטים ומשקפים תפיסה שלילית של הזקנה – כלומר משקפים גישה “גילנית” יותר.

ניטרליים, פשוטים וניתנים למדידה, מצויים בכל פסקי הדין ורלוונטיים לנושא הנמדד, כלומר, סטראוטיפים והבניה חברתית של הזקנה – הן לחיוב והן לשלילה.
56 בדומה לכל הכללה המבוססת על קריטריון פורמלי ולא תוכני, לא תמיד תהיה חפיפה בין תוצאת פסק הדין לבין הניתוח הגילני. כך, למשל, ייתכן מצב דברים שבו מבחינה פורמלית הצד המייצג את הזקנים זכה במשפט, אבל משמעות התוצאה היא דווקא חיוק תפיסות גילניות. במסגרת ההערכה והניתוח הספציפיים של כל אחד מפסקי הדין, ייעשה ניסיון להביא לידי ביטוי תובנה זו.

4. **הצדדים להליך וזיקתם לאוכלוסיית הזקנים**: במסגרת ממד זה נבקש ללמוד פחות על בית המשפט עצמו או על הטקסטים שהוא ייצר, ונתמקד יותר בהליך ובהקשר שבמסגרתו הוא מתברר. באופן קונקרטי, תיבחן השאלה מי היו הצדדים שעמדו בפני בית המשפט; אילו אינטרסים הם ייצגו בהקשר של זכויות הזקנים; והאם בית המשפט החליט לצרף צדדים נוספים או נתן את דעתו לאפשרות קיומם של גופים רלוונטיים נוספים שראוי היה שקולם יישמע בפני בית המשפט. בהקשר זה, יתבסס הניתוח על ההערכה כי ככל שהצדדים להליך הם בעצמם זקנים, או כוללים נציגי ארגוני זכויות זקנים או גופים ואנשים המייצגים אינטרסים של זקנים – הדבר נתפס יותר כביטוי ל"אנטי-גילנות"; ואילו באותם מקרים שבהם הזקנים עצמם אינם מיוצגים בהליך או שקולם של ארגוני זכויות זקנים או מי שמייצגים את האינטרסים הרחבים שלהם אינם נוכחים – הדבר נתפס יותר כביטוי ל"גילנות"⁵⁷.

המחקר הנוכחי עוצב כמחקר חלוץ בלבד. כלומר הוא מהווה צעד ראשון, והאתגר העתידי הוא להמשיך ולפתח את מאגר הנתונים והממצאים שיוצגו וייחשפו על ידו. הוא גם המחקר הראשון מסוגו, שכן עד היום טרם נערך מחקר כזה בישראל, ואף לא נמצא מחקר דומה במקומות אחרים בעולם. ככזה, נעשה במסגרתו ניסיון לנתח ולבחון, על פי ארבע אמות המידה שתוארו לעיל, מדגם מצומצם ומוגבל בלבד של פסקי דין.

שני שיקולים מרכזיים עמדו בבסיס בחירת פסקי הדין. ראשית, בתור מחקר חלוץ, התמקד המחקר אך ורק בהחלטות בית המשפט העליון. כמי שעומד בראש ההיררכיה השיפוטית, וכמי שהחלטותיו מהוות תקדים מחייב, לפסקי הדין של בית המשפט העליון חשיבות מרכזית בעיצוב המדיניות השיפוטית במדינת ישראל (וזאת מבלי להמעיט בחשיבותן ובמרכזיותן של החלטות חדשניות בתחום הזקנה שניתנו לאורך השנים על ידי ערכאות נמוכות יותר)⁵⁸. לפיכך יש יתרון – במסגרת מחקר חלוץ ראשוני – לנתח את החלטות הערכאה השיפוטית העליונה. שנית, המחקר בשלב זה התמקד בארבע החלטות, שנבחרו בשל היותן מרכזיות ועקרוניות בתחומן⁵⁹. מדובר בהחלטות שעסקו בסוגיות יסוד

57 גם בקריטריון זה מן הראוי לנהוג בזהירות מה: לעתים גופים המתמיימים לייצג אינטרסים של זקנים מאמצים טענות שהן גילניות במהותן, ולהפך. לפיכך, גם כאן, מעבר להערכה הכוללת, הדברים ייבחנו באופן ספציפי, לגופו של כל מקרה.

58 כך, במשך שנים, ועד היום, מרבית החלטות החדשניות והתקדימיות בעניין הזכות למות בכבוד בקרב האוכלוסייה המבוגרת, ניתנו על ידי בתי המשפט המחוזיים דווקא. ראו לדוגמה את פסקי הדין בפרשת ה"פ (מחוזי ב"ש) 1030/95 גלעד נ' מרכז רפואי סורוקה, פ"מ התשנ"ן(1) 441 (1995); וראו גם ה"פ (מחוזי ת"א) 1141/90 אייל נ' וילנסקי, פ"מ התשנ"א(3) 181 (1990).

59 פסקי הדין שנבחנו הם: פרשת **רקנט**, להלן ה"ש 39, שעסקה בהפלייתם של דיילי אוויר לעומת דיילי קרקע בכל הנוגע לגיל הפרישה מעבודה; בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**,

עקרונות של זכויות הזקנים במדינת ישראל, והיוו אבן דרך בכל הנוגע לעיצוב המעמד המשפטי של הזקנים בישראל ולהגדרתו. הדבר בא לידי ביטוי בכך שפסקי דין רבים הסתמכו עליהן כאמת המידה לבחינת המציאות המשפטית, אנשי אקדמיה ומחקר כתבו וניתחו אותן מזוויות מבט שונות, והן מוכרות ונלמדות במרבית הפקולטות ובתי הספר למשפטים.

אין מחלוקת כי ישנם לא מעט פסקי דין נוספים שאפשר היה לנתח או לבחון במסגרת מחקר זה. ברם, בשל היות מחקר זה מחקר חלוץ בלבד, מלכתחילה הוא הוגבל בהיקפו. אכן, מן הראוי לערוך בעתיד מחקר המשך, אשר בעקבות ממצאי מחקר זה, יהיה לא רק איכותני במהותו, אלא גם כמותני, ויתבסס על ניתוח מספר רב של פסקי דין, מתוך מטרה לתאר תמונה סטטיסטית מהימנה ורחבת היקף בהרבה ממחקר זה⁶⁰. במובן זה, מטרות המחקר הנוכחי הן צנועות: לנסות ולחשוף, לראשונה, מה אפשר ללמוד על מידת "גילניותו" של בית המשפט העליון ועל מאפייניו. זאת, בהתבסס על ניתוח מספר מצומצם ונבחר של פסקי דין מובילים ועקרוניים בתחום הזקנה.

ה. פרשת מנור והקשר בין עוני, משפט וזקנה

1. עובדות המקרה והכרעת השופטים

פסק הדין הראשון שנבחר הוא פרשת מנור⁶¹. פסק דין זה היווה ללא ספק אבן דרך בכל הנוגע לעתירות לבג"ץ בתחום זכויות הזקנים. מדובר בעתירה הראשונה לבג"ץ בהיסטוריה השיפוטית של מדינת ישראל, שבה נעשה ניסיון לתקוף חקיקה ראשית של הכנסת בשל היותה פוגעת בזכויותיהם של הזקנים כקבוצה ובשל אי-עמידתה בהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פ"ד נט(1) 729 (2004), שעסק בחוקתיות קיצוץ והקפאת קצבאות הזקנה; רע"א 1185/97 **עוזבון מילגרום נ' מרכז משען**, פ"ד נב(4) 145 (1998) (להלן: פרשת מילגרום), הדין בתוקף תניה חוזית במסגרת חוזה אחיד של בית אבות; ולבסוף, בג"ץ 4613/03 **שחם נ' שר הבריאות**, פ"ד נח(6) 385 (2004), שעסק בחבותם המשפטית של ילדים בגירים לממן כספית את שהות הוריהם הזקנים בבתי חולים סיעודיים.

60 לדוגמה של מחקר כמותני שניסה לבחון גילנות של מערכת בתי המשפט בכל הנוגע לסוגיה משפטית נקודתית מאוד – מינוי אפטרופוסים לאנשים זקנים, ראו ישראל דורון "הבלתי נראים: זקנים בצל אפטרופוסות משפטית" **הדרה חברתית וזכויות אדם בישראל** 205 (יאיר רונן, ישראל דורון וורד סלונינסבו עורכים, 2008) (הספר להלן: **הדרה חברתית וזכויות אדם בישראל**).

61 פרשת מנור, לעיל ה"ש 59.

עובדות המקרה היו כדלקמן: נכון לראשית שנות האלפיים, חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: "חוק הביטוח הלאומי") קבע כי קצבת הזקנה הבסיסית שווה ל-16% מהשכר הממוצע במשק. בעקבות המשבר הכלכלי של ראשית שנות האלפיים ובמסגרת חוקי החירום הכלכליים של שנת 2002 ושנת 2003, נקבע כי קצבת הזקנה תוקפא ותופחת ב-4%. המשמעות הכספית של ההפחתה הייתה שקצבת הזקנה הבסיסית הוקטנה לסך של 1,069 ₪ במקום לסך של 1,148 ₪. כנגד הפחתה זו בשווי קצבת הזקנה הוגשה עתירה לבג"ץ⁶². בין הגשת העתירה ובין מתן פסק הדין בעתירה, נחקק גם חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003 (להלן: "חוק תכנית ההבראה"). חוק זה האריך את תקופת הקיצוץ בקצבת הזקנה עד לסוף שנת 2006. כמו כן נקבע בחוק מנגנון הצמדה שלפיו תעודכן קצבת הזקנה אחת לשנה בהתאם למדד המחירים לצרכן ולא בהתאם לשכר הממוצע במשק, המעודכן אחת לחצי שנה. לפיכך במסגרת העתירה התייחסו הצדדים – בטיעוניהם – ובית המשפט – בתשובה לעתירה – גם להשלכות חוק תכנית ההבראה. ראוי גם לציין כי במסגרת העתירה הוגשה גם בקשה לקבלת צו על תנאי וצו ביניים שימנעו את יישום הוראות החוק עד להכרעת בית המשפט בנושא – בקשה שנדחתה על ידי בית המשפט העליון⁶³.

העותרים (שעל זהותם נעמוד בהרחבה בהמשך) תקפו את חוקתיות הקיצוץ בקצבאות הזקנה. בעתירתם הם טענו כי סעיפים 2 ו-10(א) אינם חוקתיים, שכן הם פוגעים בזכותם של זכאי קצבת הזקנה לכבוד ולקניין בהתאם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. העותרים טענו כי קיצוץ קצבת הזקנה מונע מהם לצרוך תרופות חיוניות ומוצרי מזון בסיסיים, ועל כן הוא פוגע בזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד. הקיצוץ בקצבת הזקנה פוגע בזכות החוקתית לקניין המשתרעת לטענתם על זכאותם לקבל את הקצבאות הממומנות, בחלקן, מכיסם. לבסוף טענו העותרים כי הקיצוץ פוגע בזכות החוקתית לביטחון סוציאלי. לטענתם, פגיעות אלה אף אינן עומדות בתנאיה של פסקת ההגבלה, ולכן סעיפים 2 ו-10(א) לחוק תכנית החירום הכלכלית בטלים⁶⁴.

62 שם, בעמ' 734.

63 החלטה מיום 28.6.2002 בבג"ץ 5578/02 של השופטת טובה שטרסברג-כהן ולפיה: "כעיקרון אין מקום לצו ביניים בכלל, ובמעמד צד אחד בפרט, כאשר העתירה היא להכריז על בטלותם של סעיפי חוק, כאשר חוק נהנה מחזקת חוקיות. על אף המצוקה הכלכלית המצערת אותה מתארים העותרים, הרי שאם יזכו בעתירתם, יוחזר להם כל שנלקח מהם לטענתם, שלא כדין".

64 פרשת **מנור**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 735.

משרד האוצר טען בתגובתו כי הקיצוץ בקצבת הזקנה אינו פוגע בזכויות החוקתיות של זכאי הקצבה, ומכל מקום, פגיעתו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. לטענתו, הבטחתה של רמת קיום מינימלית מוגשמת באמצעות גמלת הבטחת הכנסה הניתנת על פי קריטריונים כלכליים. לעומתה, קצבת זקנה היא קצבה אוניברסלית (במובן זה שאיננה תלויה במבחן נזקקות), הניתנת לכל תושב ישראלי שרכש תקופת אכשרה והגיע לגיל הפרישה⁶⁵. על יסוד הבחנה זו טוען המשיב כי הקיצוץ בקצבת הזקנה אינו פוגע בזכות החוקתית לכבוד. באשר לטענת העותרים בדבר פגיעה בזכות החוקתית לקניין טען המשיב כי מדובר בפגיעה זניחה שאין בה כדי להביא לביטולו של חוק תכנית החירום הכלכלית⁶⁶.

הרכב השופטים שדן בעתירה לגופה כלל את הנשיא אהרן ברק והשופטים אליעזר ריבלין ואשר גרוניס. פסק הדין המרכזי נכתב על ידי הנשיא ברק, אשר דחה את העתירה, וריבלין וגרוניס הצטרפו לתוצאה בהסתייגות שתפורט בהמשך. פסק דינו של הנשיא פותח בדיון בטענה כי סעיפי החוק פוגעים ב"כבוד האדם" במובן של זכות לקיום מינימלי. הוא חוזר על פסיקות בית המשפט העליון בעבר אשר במסגרתן הוכרה הזכות לקיום מינימלי כחלק בלתי נפרד מהזכות החוקתית לכבוד⁶⁷. ברם, כאשר הנשיא בא ליישם הכרה זו לנסיבות העניין, הוא דוחה את הטענה כדלקמן:

"העותרים טוענים כי הקיצוץ אינו חוקתי משום שהוא פוגע בזכות לקיום מינימלי בכבוד, וככזה הוא בטל. אין בידי לקבל טענה זו. חוק תכנית החירום הכלכלית מפחית את קיצבת הזקנה בשיעור של 4% (כאמור בסעיף 10(א) לחוק תכנית החירום הכלכלית). קיצוץ זה לא יחול על הזכאי לגימלת הבטחת הכנסה (ראו סעיף 10(ב)(6) לחוק תכנית החירום הכלכלית), לפיכך אוכלוסיית הזקנים שזכאית לגימלת הבטחת הכנסה איננה נפגעת מהקיצוץ בשיעור של 4% מקיצבת הזקנה. העותרים אינם מבחינים בעתירתם בין מי שזכאי לגימלת הבטחת הכנסה נוסף על קיצבת הזקנה לבין זקן הזכאי לקיצבת זקנה בלבד. בכך למעשה נשמטת טענתם כנגד חוקתיות הקיצוץ. הפגיעה שהעותרים טוענים לה בזכות לקיום מינימלי בכבוד הייתה יכולה להישמע, בלי להכריע בדבר, ככל שהיא תוקפת את היעדר זכאותו של זקן

65 ישנן אף קבוצות הפטרות מדרישת תקופת האכשרה. לפירוט התנאים לקבלת קצבת זקנה, שיעורה ויתר מרכיביה, ראו באתר המוסד לביטוח לאומי: www.btl.gov.il

66 פרשת **מנור**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 735.

67 שם, בעמ' 736.

פלוני לגימלת הבטחת הכנסה, ולא כשהיא נשענת על הקיצוץ בקיצבת הזקנה"⁶⁸.

הנשיא ברק ממשיך ודן בטענה כי קיצוץ קצבאות הזקנה פוגע בזכות לביטחון סוציאלי, ודוחה גם טענה זו, על בסיס רציונל דומה. כדבריו:

"מנקודת מבט של תורת המדינה ניתן לומר כי היקפה של הזכות החוקתית לביטחון סוציאלי הוא תלוי משטר. כך, במשטר ליברלי הזכות החוקתית לביטחון סוציאלי משתרעת על הבטחת קיום מינימלי בכבוד, לעומת זאת במשטר סוציאלי-דמוקרטי משתרעת הזכות על הבטחתה של רמת חיים העולה מעבר לסיפוקם של תנאי מחיה מינימליים אל עבר רמת החיים של כלל האוכלוסייה. נוסף על משטרים אלה קיימות צורות משטר בעלות מינונים שונים של מאפיינים ליברליים וסוציאליים המשליכים על היקפה של הזכות החוקתית לביטחון סוציאלי [...] במקרה שלפנינו העותרים טוענים לזכות חוקתית לביטחון סוציאלי שתוכנה מצומצם להבטחת תנאי מחיה בסיסיים בלבד כחלק מההגנה החוקתית על כבוד האדם. ההכרה בזכות החוקתית לביטחון סוציאלי בהיקף זה אינה מעוררת קושי. היא זהה לזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד שהוכרה בפסיקתו של בית-משפט זה [...] אולם לא הקיצוץ בקיצבת הזקנה כשלעצמו פוגע בזכות החוקתית לביטחון סוציאלי. הפגיעה הנטענת בזכות זו, ככל שתכליתה היא הגנה על קיום מינימלי בכבוד, נובעת – אם נובעת – כתוצאה מאי-עמידה בתנאים לקבלת גימלת הבטחת הכנסה. העותרים לא טענו כנגד אי-זכאותם לגימלת הבטחת הכנסה, וממילא לא נבחן העניין במקרה שלפנינו, אשר-על-כן לא מצאנו מקום לפסוק בסוגיה זו. דין הטענה שהקיצוץ בקיצבת הזקנה פוגע בזכות החוקתית לביטחון סוציאלי להידחות"⁶⁹.

לבסוף פונה הנשיא ברק לדון בטענת אי-החוקתיות בגין הפגיעה בזכות הקניין. מלכתחילה הנשיא ברק מוכן להניח כי אכן מדובר בפגיעה בזכות הקניין. כדבריו:

"נותרה טענת העותרים לעניין הפגיעה בזכות החוקתית לקניין. הנני סבור כי הזכות החוקתית לקניין חלה על קיצבת זקנה [...] אכן, הזכאי לקיצבת הזקנה שילם במשך מרבית שנות חייו תשלומים שיועדו – בתוספת תמיכה

68 שם, בעמ' 736–737.

69 שם, בעמ' 738–739.

גילנות ואנטי-גילנות בפסיקת בית המשפט העליון

כספית מאת המדינה – לצורך קבלת קיצבת הזקנה. כמו כן הנני סבור כי הפגיעה בקיצבת הזקנה אינה פגיעה שהיא בבחינת *"de minimis"*⁷⁰.

לאור עמדתו זו, פונה הנשיא ברק לבחון אם הפגיעה עומדת בהוראת פסקת ההגבלה, ומגיע למסקנה כי היא אכן עומדת במבחניה, ולפיכך אין עילה לפסול את החוק. כדבריו: בכל הנוגע לתכלית הראויה:

"לאחר שבחנתי את חוק תכנית החירום הכלכלית הגעתי למסקנה כי תכליתו, ככל שהיא נוגעת לקיצוץ בקיצבאות הזקנה, היא ראויה. התכלית הינה מניעתו של משבר כלכלי חמור"⁷¹.

בכל הנוגע למבחן המידתיות בהקשר של מבחן ההתאמה ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה:

"מבחן ההתאמה מתקיים בפרשה שלפנינו. הקשר הרציונלי בין הקיצוץ בקיצבת הזקנה לבין הפחתת הוצאות הממשלה והקטנת הגירעון כחלק מהבראת המשק אכן מתקיים. האם מתקיים בענייננו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה? ההפחתה בקיצבת הזקנה נעשתה במסגרת מהלך נרחב של קיצוץ בתקציב המדינה. כל קיצוץ עשוי לפגוע בזכויות אלה או אחרות. אין בידנו הכלים להערכתם של קיצוצים אלה"⁷².

בכל הנוגע למידתיות במובנה הצר:

"אינני סבור כי הנזק שנגרם לזכות הקניין של מקבלי קיצבת הזקנה עקב הקיצוץ בה אינו עומד ביחס סביר לתועלת הצפויה לחברה מהקיצוץ בה לנוכח המשבר החמור שאליו הייתה מדינת ישראל עלולה להיקלע"⁷³.

השופט גרוניס הצטרף לעמדתו של הנשיא בכל הנוגע להכרעה בנוגע לטענות בדבר הפגיעה בזכות הקיום המינימלי והפגיעה בזכות לביטחון סוציאלי – אך הוא גרס שאין כל צורך לנקוט עמדה בנוגע להיות הפגיעה בקצבאות הזקנה משום פגיעה בזכות הקניין⁷⁴. השופט ריבלין, שאף הוא הצטרף לעמדת הנשיא בדחיית העתירה, הטיל ספק בצדקת

70 ש.ם.

71 ש.ם, בעמ' 740.

72 ש.ם, בעמ' 742.

73 ש.ם, בעמ' 742–743.

74 ש.ם, בעמ' 743.

הקביעה כי פגיעה בקצבאות זקנה היא פגיעה בזכות הקניין, אך נמנע מלנקוט עמדה בטענה כי בסופו של עניין הדבר אינו נדרש לצורך דחיית העתירה.⁷⁵

2. ההקשר החברתי והמשפטי

פרשת **מנור** זכתה להתייחסות ביקורתית בספרות המשפטית ובספרות הציבורית, מכיוונים מגוונים⁷⁶. כאמור, נקודת המבט שתיבדק בשלב זה היא צרה וספציפית: גילנות. פרשת **מנור** נוגעת בראש ובראשונה למצבם הכלכלי של הזקנים בישראל ולזכותם לביטחון סוציאלי בזקנה. אחד הדברים המפתיעים ביותר בפסק הדין בפרשת **מנור** הוא האלם והשתיקה המוחלטים של השופטים בכל הנוגע למצבם הכלכלי-חברתי של הזקנים בישראל, ולזיקה הישירה בין מצב זה ובין מערך קצבאות הזקנה⁷⁷. תוך ניסיון להימנע ככל הניתן מליפול לגילנות מצד אחד אך גם מלעשות אידאליזציה או לעצום את העיניים אל מול המציאות מן הצד האחר, ניתן לומר כי קבוצה משמעותית מקרב הזקנים בישראל סובלת מעוני⁷⁸. הנתונים הסטטיסטיים מוכרים וידועים, ואף הוצגו לבית המשפט במסגרת כתב העתירה: אילולא מערך הביטחון הסוציאלי בישראל, כלומר השילוב של קצבאות הזקנה ומעריך השלמת ההכנסה מכוח חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980 (להלן: "חוק

75 שם, בעמ' 743–744.

76 לדוגמה, ראו הביקורת של רן רביב ועופר סיטבון "הדרה חברתית – בין שיח כלכלי לשיח משפטי" **הדרה חברתית וזכויות אדם בישראל**, לעיל ה"ש 60, בעמ' 45, המנתחת את פסק הדין כדוגמה להשתלטות שיח כלכלי דומיננטי המקדש ערכים כגון ראיית היציבות הפיננסית כיעד כלכלי עליון; התנגדות להגדלת הגירעון הממשלתי; חתירה להפחתת מיסוי. או ראו ביקורתה של פרופ' רות בן ישראל "משפט, זיקנה ועוני: יחסי גומלין" **זיקנה בקו העוני** 47 (יצחק בריק עורך, 2005) (הספר להלן: **זיקנה בקו העוני**) הגורסת כי ראוי לפרש את המושג "כבוד האדם" באופן רחב ובתפיסה סוציאל-דמוקרטית, ולא כפי שהנשיא ברק פירש אותו, כלומר בגישה צרה ובתפיסה ליברלית. שם, בעמ' 71. כן ראו אצל ישראל דורון "חוק מוסר וזיקנה: כשלים בהתמודדות החוקית עם תופעת העוני בזיקנה בישראל" **זיקנה בקו העוני**, שם, בעמ' 103–145. המצביע על כך שמבחניה כלכלית פסק הדין עשוי לגרום לעלייה בשיעורי העוני בקרב זקנים בישראל. שם, בעמ' 128.

77 לסקירה מקיפה על ההקשר החברתי של זקנים המצויים בעוני ראו **זיקנה בקו העוני**, שם.
78 נכון לשנת 2003, לאחר תשלומי העברה ומסים ישירים, שיעור העוני בקרב משפחות שבראשן עמד קשיש עמד על 22.3% (בהשוואה ל-19.3% בקרב המשפחות בכלל האוכלוסייה). ראו **קשישים בישראל**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 223.

הבטחת הכנסה"), היו רוב הזקנים בישראל מצויים מתחת לקו העוני⁷⁹. אין כאן כל כוונה לנסות להסתיר את המציאות המורכבת, שכוללת בין היתר קיומם של זקנים עשירים מאוד, בעלי פנסיות נדיבות או נכסים פרטיים משמעותיים. עם זאת, עבור קבוצה גדולה בקרב הזקנים בישראל, התכנים והעיצוב החוקי של מארג קצבאות הזקנה, ומעמדם החוקתי – הוא קריטי לקיומם הכלכלי היומיומי⁸⁰. רקע קונטקסטואלי זה רלוונטי מאוד לנקיטת העמדה הפרשנית-משפטית-ערכית. לדוגמה, הוא רלוונטי לשאלה אם ראוי או לא ראוי לראות בפגיעה בקצבאות הזקנה פגיעה בזכות הקניין. הבחירה של בית המשפט להתעלם מההקשר החברתי-כלכלי, לפחות ברמת הרטוריקה המילולית או ברמת הסקירה העובדתית הקונטקסטואלית המופיעה בפסק הדין, היא מרכיב רלוונטי בניתוח פסק הדין מנקודת המבט של הגילנות⁸¹.

פרט להקשר הכלכלי-חברתי, פסק הדין מניח כי לדחיית העתירה אין שום השלכה על זכותם של הזקנים בישראל לקיום מינימלי, שכן זכות זו מובטחת – ללא קשר לזכות לקבל קצבת זקנה או לגובה קצבת הזקנה כשלעצמה – במסגרת הזכות לקבל השלמת הכנסה מכוח חוק הבטחת הכנסה. האומנם כך הוא הדבר? לעניות דעתי בית המשפט בחר להתעלם מההבדל המהותי בין הזכות לקבל קצבת זקנה לבין הזכות לקבל השלמת הכנסה ומההשלכות המעשיות של הבדל זה בכל הנוגע לרמות המינמלי והזכאות: הזכות לקבל קצבת זקנה היא זכות אוניברסלית, ואילו הזכות לקבל השלמת הכנסה היא זכות סלקטיבית

79 לפני תשלומי העברה ומסים ישירים, 59.3% מכלל המשפחות שבראשן עמד קשיש היו מתחת לקו העוני (בהשוואה ל-33.9% מכלל המשפחות בכלל האוכלוסייה); שם.

80 ההשלכות היומיות של העוני בקרב קבוצה משמעותית של זקנים מתקשרות עם מציאות של אי-ביטחון תזונתי – כלומר, דאגה לגבי הספקת המזון וניהול תקציב המזון, ומגמה של צמצום באיכות המזון או מגמה של צמצום בהיקף צריכת המזון; או מציאות של צורך בקבלת החלטות קשות שבהן צריך לבחור בין הוצאות הכרחיות לצורכי בית שוטפים (כגון חשמל, תרופות, טיפול רפואי) ובין רכישת מזון. לסקר מקיף על אודות השפעת העוני על תנאי החיים של הזקנים ראו אצל איילת ברג-ורמן וג'ני ברודסקי **השפעת המצוקה הכלכלית של הזקנים על תנאי חייהם** (2004).

81 לו רק רצה בכך, יכול היה הנשיא ברק לכלול במסגרת פסק דינו פסקאות ספורות אשר היו מתארות את מצבם הסוציו-אקונומי של הזקנים בישראל, ולהעניק בכך את ההקשר החברתי הרחב שבמסגרתו נדונה העתירה. הנשיא בחר שלא לעשות כן, מאחר שכפי שתואר לעיל, מבחינתו הדברים נראו לא רלוונטיים להכרעה בקיצוץ בקצבאות הזקנה, שכן לא הן האחראיות – לשיטתו – למניעת עוני או הבטחת קיום מינימלי.

הניתנת על בסיס מבחני נזקקות בלבד. השלכות אלה הן לא פחות מדרמטיות בשל כמה סיבות שנוכיר בתמצית בלבד⁸²:

א. סטיגמה: לשם קבלת קצבת זקנה אדם אינו צריך להיות מתויג כנזקק או כחסר אמצעים, אולם לשם קבלת השלמת הכנסה אדם צריך להיות מתויג כנזקק. הסטיגמה החברתית הנלווית לסטטוס של נזקק, במקרים רבים, במיוחד במקרים גבוליים, מרתיעה אנשים מלתבוע את זכויותיהם להשלמת הכנסה, פשוט בגלל חוסר הנכונות שלהם להיות "מוכתמים" או "מוכתרים" בתואר "נזקק"⁸³.

ב. חסמים ועלויות בירוקרטיים: הפרוצדורה להגשת בקשה לקבלת השלמת הכנסה מורכבת ומסובכת הרבה יותר מהתביעה לקבלת קצבת זקנה. ראשית, אדם צריך לדעת על זכותו לתבוע השלמת הכנסה פרט לזכותו לקבל קצבת זקנה. בהיעדר מידע על הזכות לקבל השלמת הכנסה או בהיעדר מידע על הדרך שבה יש להגיש את התביעה – הוא לא יוכל ליהנות מזכות זו. שנית, גם כאשר אדם מודע לזכותו ויודע כיצד להגיש את התביעה, עליו לצרף אישורים על נכסיו, על הכנסותיו ועל הכנסות בת זוגו. לצורך כך עליו לפנות לגורמים רבים כדי להשיג את האישורים הללו. מחד גיסא, הסיבוך הבירוקרטי עצמו, הטרטור והטרחה הכרוכים בעצם הגשת התביעה מהווים חסם לאנשים אשר פשוט אינם מסוגלים להמציא את כל המסמכים הללו, ומאידך גיסא, הבירוקרטיה ש"מנהלת" את בדיקת התביעות, ומערך השיטור והאכיפה הנלווה לה, כרוכים כמובן גם הם בעלות כלכלית המטילה מצדה נטל נוסף המחייב "חיסכון" נוסף בהוצאה הציבורית⁸⁴.

ג. ההשפלה הכרוכה בצורך לעמוד במבחן הנזקקות: קבלת השלמת הכנסה מכוח חוק הבטחת הכנסה כרוכה בעמידה במבחן נזקקות. במילים אחרות, נטל ההוכחה הוא על המבקש, ועליו "להוכיח" כי הוא חסר כול. ה"מבחן" טומן בחובו פגיעה עמוקה בפרטיותו של האדם: הוא חייב לפרט את כל נכסיו, את כל מקורות הכנסותיו והכנסות בת זוגו. כמו כן הוא חשוף לחקירות ובדיקות, לצורך אימות ואישוש המידע שמסר. ההשפלה והפגיעה בכבוד העצמי הכרוכים בהליך זה גורמים לאנשים לזנוח את רצונם להגיש את התביעה⁸⁵.

82 לטיעון מקיף על אודות יתרונות האוניברסליות והפגמים של הסלקטיביות בכל הנוגע למדיניות ביטחון סוציאלי ראו אצל אברהם דורון **זכות האוניברסליות: האתגרים של המדיניות החברתית בישראל** (1994).

83 שם, בעמ' 35. בן ישראל ובן ישראל, לעיל ה"ש 3 בעמ' 101.

84 שם, בעמ' 160.

85 שם.

ד. **חסמים משפטיים**: חוק הבטחת הכנסה כולל בחובו קשת מגוונת ומורכבת של כללים משפטיים בכל הנוגע לשיוך נכסים ושוויים הכלכלי. כל זאת, ללא כל קשר הכרחי למעמד המשפטי או הכלכלי הלכה למעשה⁸⁶. מציאות זו מחייבת לעתים אנשים במצבי דחק למסור מידע שאינו מלא כדי שתביעתם לא תידחה. דבר זה גורר אחריו תגובת שרשרת של הפללה והקשחה של המערכת כנגד ה"תרמית" או ה"ניצול לרעה" שנעשו⁸⁷.

סיבות אלה גורמות לכך שבפועל, ההבדל בין ההיחלצות מעוני בגין הזכות לקבל קצבת זקנה ובין ההיחלצות מעוני בגין היכולת לקבל השלמת הכנסה – הוא מהותי, ומקרין במישורין על מעמדם ועל זכויותיהם של הזקנים בישראל. בית המשפט העליון התעלם לחלוטין מהפער בין שני המסלולים, כל זאת בהנחה שכל עוד הערך הכלכלי שהאדם הזקן זכאי לו במסגרת השלמת הכנסה מבטיח קיום מינימלי – המעבר ממסלול קצבת הזקנה למסלול השלמת הכנסה הוא "ניטרלי". ברם, כפי שתארנו לעיל, המעבר הנ"ל הוא לחלוטין לא ניטרלי, וכרוך במחיר אישי וחברתי לא מבוטל עבור אותם הזקנים שייאלצו בעקבות פסק הדין להתחיל לבקש השלמת הכנסה. ממחיר זה בחר בית המשפט העליון להתעלם לחלוטין בדיון על מידת הפגיעה בכבוד האדם.

3. לשון, שפה וערכים

אין בפסק הדין בפרשת **מנור** התייחסות מילולית רבה לזקנים עצמם. מרבית השיח בפסק הדין הוא כללי ונוגע לטיעונים חוקתיים או כלכליים ברמה המופשטת, תוך אימוץ מינוחים משפטיים וכלכליים מקצועיים.

עם זאת, ישנם שני הקשרים שבהם בכל זאת מופיעות התבטאויות מענייניות ברמת הלשון, השפה והערכים אשר נוגעות לממדים של גילנות. ההתבטאות הראשונה של הנשיא ברק היא בעניין המושג "זקן": "קיצבת הזקנה משתלמת לכל מבוטח המגיע לגיל קיצבת הזקנה (מאחר שהמחוקק לא טבע שם כולל לאוכלוסיית זכאי הקצבה, יכונה להלן המשתייך לה כ"זקן")"⁸⁸.

86 ראו כך לדוגמה, תופעה מוכרת למדי במגזר הערבי – קרקעות שהועברו לידי ילדים ונכדים, עדיין רשומים בפועל – מכל מיני סיבות – על שם הסבים. כשבאים הסבים, אשר בפועל המקרקעין כבר שנים אינם ברשותם ו/או בבעלותם ו/או אינם יכולים ליהנות מהם בפועל, לדרוש השלמת הכנסה – תביעתם נדחית מאחר שהם רשומים כבעלים על מקרקעין, ולכאורה הם רשאים להשכירו ולקבל בגינו כסף.

87 דורון, לעיל ה"ש 82, בעמ' 30. בן-ישראל ובן-ישראל, לעיל ה"ש 3 בעמ' 101.

88 פרשת **מנור**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 735.

בהחלט עולה מאמירה זו רגישות לביטוי "זקן", ורתיעה מהשימוש בביטוי זה מאחר שלדעתו לא כל אדם שמגיע לגיל הזכאות לקצבת זקנה הוא בהכרח "זקן". לפיכך הוא מציין שהשימוש שלו בתואר "זקן" לא נעשה כי הוא סבור שאוכלוסיית הזכאים לקבל קצבת זקנה הם "זקנים", אלא רק מאחר שהחוק מגדיר אותם ככאלה. ניכרת בהתבטאות זו הכוונה להימנע מהכללה ותיוג גורפים של בני ה-65 ומעלה כ"זקנים" דווקא. ניתן לראות בכך משום אנטי-גילנות, וביטוי לבעייתיות שבהכללה הגורפת של כל הזכאים לקצבת הזקנה כ"זקנים"⁸⁹.

ההתבטאות השנייה, והיא כבר נוגעת גם לסוגיה מהותית מבחינה משפטית וערכית, היא בעניין נכונותו של הנשיא ברק לראות בפגיעה בקצבאות הזקנה משום פגיעה בזכות הקניין – כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהקשר זה השיח המילולי שבו הוא משתמש הוא שיח בהחלט מנרמל, כדברי הנשיא: "אכן, הזכאי לקיצבת הזקנה שילם במשך מרבית שנות חייו תשלומים שיועדו – בתוספת תמיכה כספית מאת המדינה – לצורך קבלת קיצבת הזקנה"⁹⁰. אין הוא מתייחס לזקנים כקבוצה חלשה או חריגה, ואין הוא מתייחס אליהם באופן שונה או מיוחד. הוא מכיר בעובדה שבמשך שנים ארוכות אוכלוסייה זו שילמה לביטוח הלאומי, ציפתה לקבל את קצבאות הזקנה והסתמכה עליהן. כמו כן הוא נותן לקצבאות הזקנה מעמד חוקתי של זכות לקניין. יש בכך משום אנטי-גילנות בעצם ה"נורמליות" וה"ניטרליות" של צורת ההתייחסות של הנשיא.

לגופו של עניין, דיון מקיף בשאלה אם מוצדק או לא מוצדק להכיר בפגיעה בקצבאות הזקנה כפגיעה בזכות הקניין – חורגת מתחומי מאמר זה⁹¹. עם זאת, העובדה המעניינת היא שאמנם הנשיא ברק היה מוכן ללכת את כברת הדרך האנטי-גילנית ולהכיר בכך שפגיעה

89 ייתכן שיש פה גם עניין אישי: בעת כתיבת פסק הדין הנשיא ברק היה מבחינה פורמלית – לפחות על פי ההגדרה הנגזרת מגיל הזכאות לקצבת זקנה – זקן בעצמו. סביר להניח שהוא – כנשיא בית המשפט העליון – לא ראה עצמו כ"זקן" בעת כתיבת פסק הדין, והביא את הדבר לידי ביטוי בכתיבת המשפט הנ"ל.

90 פרשת **מנור**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 739.

91 ראו לעניין זה אצל: Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733, 785–786 (1963–1964). למען הסר ספק יצוין כי לעניות דעתנו, המקרה של קצבת הזקנה, אשר הזכאות לה היא בדרך כלל תוצר של תשלום כספי של המבוטחים על פני עשרות שנים לביטוח הלאומי מתוך ציפייה והסתמכות לקבלה בבוא היום, הוא מקרה חזק שבו ראוי להכיר בזכות הסוציאלית המעין-ביטוחית כזכות קניין כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נכונותם של שופטי הרוב (בהקשר זה) להימנע מלדון בנקודה מהותית זו יכולה כשלעצמה להיראות כגילנית. ברם, מנימוקיהם הקצרים עולה כי רתיעתם מהכרה בפגיעה בקצבאות הזקנה כפגיעה בזכות הקניין משתרעת גם על יתר הזכויות הסוציאליות המעין-ביטוחיות, ולפיכך ככל הנראה אין מדובר בעניין גילני דווקא.

גילנות ואנטי-גילנות בפסיקת בית המשפט העליון

בקצבת הזקנה היא פגיעה בזכות הקניין – אך בעניין זה הוא נותר בדעת מיעוט: שני השופטים האחרים לא היו מוכנים לקבוע כי קיצוץ בקצבאות הזקנה מהוות פגיעה בזכות הקניין. הגם שהם לא ביססו את עמדתם על הממד הגילני דווקא, התבטאותם בהקשר הנדון, ללא ספק היוותה פגיעה קשה בזכויותיהם ובמעמדם החוקי של הזקנים.

4. הצדדים להליך

אחד ההיבטים המרשימים והתקדימיים של פרשת **מנור**, הוא העובדה שלצד העותרים נתאגדו יחדיו גורמים וגופים רבים ושונים: חמשת העותרים הראשונים היו אנשים זקנים אשר נפגעו במישרין ובאופן אישי מהקיצוץ של קצבאות הזקנה; אנשים שהיו להם הכוחות להכיר בפגיעה שנעשתה להם והייתה להם הנכונות להילחם בפגיעה זו בפני בג"ץ; יתר העותרים, ובכללם "העמותה של הסתדרות הגמלאים בישראל", "הל"ב במשפט – התנועה למלחמה בעוני", "האגודה לזכויות האזרח בישראל" ו"מרכז ישראלי לקידום צדק חברתי". מדובר בשילוב של ארגון פוליטי-חברתי המייצג את הגמלאים (הראשון), ארגוני זכויות חוץ ממשלתיים (שלושת האחרונים). מעניין גם לציין כי מי שייצגה את קבוצת העותרים הייתה הקליניקה המשפטית של הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב, גוף שפועל בפני עצמו להשגת שינוי חברתי באמצעות שימוש בכלים משפטיים. היכולת לשלב כוחות ולאגד יחדיו אנשים זקנים, ארגוני זכויות כלליים וארגוני גמלאים, באופן מתואם ואחיד על מנת לתקוף מבחינה חוקית פעולה שיש בה כדי לפגוע במעמדם ובזכויותיהם של הזקנים, היא ללא ספק ביטוי לאנטי-גילנות או לעצמה – עצמה וכוח של העותרים לעמוד על זכויותיהם ולהילחם עליהן בפני הערכאה השיפוטית העליונה בישראל.

5. סיכום פרשת מנור

בהכללה ניתן לומר כי פרשת **מנור** היא פרשה מורכבת, שכוללת אלמנטים גילניים ואנטי-גילניים כאחד. מחד גיסא, ניתן לטעון שפסק הדין לוקה בגילנות: הוא מתעלם מההקשר החברתי-כלכלי שבו מצויים הזקנים בישראל, או לכל הפחות בוחר שלא לפרטו; הוא מתעלם מההשלכות הפוטנציאליות הפוגעניות הכרוכות בהחלטתו, או לכל הפחות בוחר שלא לבחון אותן לעומק; והוא בוחר (לפחות על פי דעת הרב) שלא להכיר, ברמה המהותית, בפגיעה בקצבאות הזקנה כפגיעה בזכות החוקתית לקניין, כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מאידך גיסא, ניתן לומר שהפרשה בכללותה דווקא מעידה על מגמה אנטי-גילנית: זהות העותרים – הזקנים עצמם, ארגוני זכויות הגמלאים והקליניקה המשפטית – מבטאת עצמה של הזקנים, כקבוצה, לעמוד על זכויותיהם ולהילחם עליהן בפני הערכאה המשפטית העליונה בעזרת כלים משפטיים מקצועיים ומיומנים. כמו כן,

השיח והשפה של בית המשפט הם רובם ככולם ניטרליים ללא ניסיון לצייר את הזקנים כקבוצה חלשה או חסרת ישע. ולבסוף, לראשונה מכיר בית המשפט העליון – אמנם בדעת מיעוט, אבל בכל זאת מפיו של נשיאו – בכך שפגיעה בקצבאות הזקנה, יש בה משום פגיעה בזכות לקניין כמשמעותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בעתיד ניתן יהיה להיאחז בקביעה זו אם ייעשה שוב ניסיון לפגוע בקצבאות הזקנה.

ו. פרשת רקנט וגילנות בתעסוקה

פסק הדין בפרשת רקנט⁹² לא היה ראשוני או חדשני מבחינת הנושא שהעלה: הפליה מטעמי גיל בתעסוקה⁹³. עם זאת, הוא שימש בשעתו, ומשמש עד היום, התקדים המרכזי

92 פרשת רקנט כוללת למעשה לא פחות מארבעה פסקי דין שונים, שניתנו בערכאות שונות, ובהם הכרעות מהותיות שונות לחלוטין: פסק הדין של בית הדין האזורי לעבודה – דיון הידוע כתב"ע (אזורי ת"א) תשנ"ג/3-2493 **רקנט נ' אל על** (לא פורסם), אשר דחה את טענות העותרים וקבע שהם לא הופלו לרעה בגין גילם; פסק הדין בערעור של בית הדין הארצי לעבודה, הידוע כדב"ע נה/3-118 **רקנט נ' אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ**, פד"ע כח 581 (1995) (להלן: פרשת **רקנט-עבודה**), אשר קיבל את טענת העותרים כי הופלו לרעה מחמת גילם; פסק הדין של בג"ץ הידוע כבג"ץ 6051/95 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נא(3) 289 (1997) (להלן: פרשת **רקנט-עליון**), שבו נקבע, ברוב דעות של השופטים זמיר וביניש, כי אכן מדובר בהפליה מטעמי גיל האסורה מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות בעבודה"), אך כי אין מדובר בהפרה של תקנת הציבור בנוגע לעובדים שפרשו לפני התיקון שנעשה בחוק. השופט חשין סבר, לעומת זאת, בדעת מיעוט, שאין מדובר בהפליה מטעמי גיל, אך כי מדובר בהפליה פסולה בשל הפרת עקרון השוויון בין קבוצות עובדים שונות, וכי הפליה זו מגעת לכדי פגיעה בתקנת הציבור המצדיקה בטלות הוראות הסכם העבודה הקיבוצי; ופסק הדין בדיון הנוסף – פרשת **רקנט**, לעיל ה"ש 59, אשר בו נפסק ברוב דעות כי אכן מדובר בהפליה פסולה מטעמי גיל, וכן כי מדובר בהפליה שמגעת לכדי פגיעה בתקנת הציבור המצדיקה את בטלות ההוראות בהסכם העבודה הקיבוצי אף לפני התיקון בחוק (וזאת) כנגד דעות המיעוט של חשין, זמיר וביניש, שחזרו במידה רבה על עמדותיהם בפסק דינם הראשון). לצורך מאמר זה נבחר פסק הדין האחרון – והמחייב – בסדרה, כלומר, פסק הדין בדיון הנוסף, אף כי במקרים מסוימים נעשתה גם הפניה לפסק הדין הראשון של בג"ץ.

93 פסקי דין בתיביעות בגין הפליה מטעמי גיל ניתנו עוד לפני פסקי הדין בפרשת **רקנט**. ראו לדוגמה את השתלשלות פרשת **שרעבי** שקדמה לה (לפחות מבחינת מועד מתן פסק הדין על ידי בית המשפט העליון): תב"ע (אזורי ב"ש) נג/3-418 **שרעבי נ' מפעלי ים המלח**, פד"ע (4) 733 (1996); דב"ע (ארצי) נו/3-196 **מועצת העובדים של מפעלי ים המלח נ' שרעבי**,

והמנחה בכל הנוגע לקביעת עקרונות היסוד בתחום של איסור ההפליה מטעמי גיל בפסיקה הישראלית. שורה ארוכה של פסקי דין עקרוניים שניתנו מאז, הסתמכו על ההכרעות שנפסקו באותה פרשה⁹⁴. ראוי לציין שפסק הדין בפרשת **רקנט** זכה להתייחסות ולניתוח מגוונים בספרות האקדמית הישראלית⁹⁵. ברם, הניתוח להלן יבחן אותו מזווית מבט חדשה וייחודית שטרם נבחנה עד היום: הגילנות.

1. עובדות המקרה והכרעת השופטים

סיפור המעשה בפרשת **רקנט** הוא פשוט יחסית: בין חברת אל-על ובין הארגון היציג של העובדים שלה היה קיים מאז שנות ה-90 הסכם עבודה קיבוצי מיוחד. הסכם קיבוצי זה קבע בין היתר כי גיל הפרישה של עובדי הקרקע הוא 65, ואילו גיל הפרישה של צוות דיילי האוויר הנו גיל 60. השוני בין גילאי הפרישה היה הבסיס לסכסוך המשפטי הנדון.

טענות העותרים, כולם דיילי אוויר שחויבו לפרוש מעבודתם בגיל 60, היו שתיים: האחת – חיובם לפרוש חמש שנים מוקדם יותר מהעובדים האחרים מהווה הפליה מטעמי גיל, כמשמעותה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, ולפיכך היא פסולה; השנייה – גם לפני תיקון חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, חיובם לפרוש מוקדם יותר היווה הפליה אסורה מטעמי גיל, בשל היותה סותרת את "תקנת הציבור".

המשיבה מצדה השיבה לשתי הטענות כדלקמן: ראשית, אין מדובר כלל בהפליה מטעמי גיל; שנית, גם אם אכן מדובר בהפליה מטעמי גיל, הרי היא מוצדקת לאור מהות התפקיד; ולבסוף, גם אם מדובר בהפליה מטעמי גיל שאינה מוצדקת, אין בכך כדי לגבור על הוראות הסכם העבודה הקיבוצי, שכן הדבר אינו מגיע לכדי פגיעה ב"תקנת הציבור". כאמור, הפרשה הגיעה לדין נוסף בבג"ץ לאחר קשת מגוונת של החלטות ודעות, בפני הרכב מורחב, שכלל את הנשיא ברק, המשנה לנשיא ש' לויץ ואת השופטים אור, חשין, זמיר, דורנר וביניש. כפי שבית המשפט תיאר, בשלב זה של הדיון, התמקדה המחלוקת בשתי שאלות:

94 פד"ע ל 283 (1997); ולבסוף, בג"ץ 594/98 **שרעבי נ' בית הדין הארצי לעבודה** (פורסם בנבו, 5.11.1998).

94 ראו לדוגמה את פסקי הדין התקדימיים הבאים, שכולם הסתמכו בפסיקתם על פסק הדין בפרשת **רקנט**: בג"ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים**, פ"ד נח(2) 358 (2004) (בנוגע להפליה מטעמי גיל בקבלה לעבודה של עובדים לגופים כמו המשטרה, השב"כ, השב"ס ואח"); ובג"ץ 10076/02 **רוזנבאום נ' נציג שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 12.12.2006) (בנוגע להפליה מטעמי גיל בנוגע לגיל פרישה בגופים כמו שירות בתי הסוהר ואח").

95 ראו לדוגמה שרון רבין-מרגליות "הבחנה, אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה" **משפטים** לב 131 (2002).

”בית המשפט העליון (השופטים מ’ חשין, זמיר וביניש) קבע פה אחד, כי הוראות ההסכם בעניין פרישת החובה של דיילי האוויר בגיל 60 הן הוראות מפלות, ובשל פגיעתן בעקרון השוויון הן בטלות. השופטים נחלקו בדעותיהם בשתי שאלות מרכזיות: האחת, אם פרישת החובה של דיילים בגיל 60 מהווה הפליה מחמת גיל, האסורה מאז התיקון בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (להלן – חוק שוויון ההזדמנויות), אשר קבע הפליה מחמת גיל כאחת מעילות ההפליה, ואם כן, הפליה מחמת גיל כלפי איזו קבוצה (כלל העובדים או כלפי הדיילים שטרם מלאו להם 60). השנייה, אם ניתן לבטל את ההוראות המפלות – בכל הנוגע לדיילי אוויר שיצאו לגימלאות בטרם תוקן חוק שוויון ההזדמנויות – מכוח פגיעתן בתקנת הציבור (כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) (להלן – חוק החוזים))”⁹⁶.

בדונו בשאלות אלה בדיון הנוסף, קיבל בית המשפט העליון, ברוב דעות, את עתירות דיילי האוויר. בכל הנוגע לשאלה הראשונה, הגיע נשיא בית המשפט למסקנה כי חיוב דיילי האוויר לפרוש בגיל 60 ולא בגיל 65 מהווה הפליה פסולה מטעמי גיל כמשמעותה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. ההיגיון השיפוטי שהוביל את הנשיא להחלטתו היה כדלקמן: ראשית, ”קבוצת השוויון” שכלפיה מחויבת אל על היא לא רק קבוצת דיילי האוויר בינם ובין עצמם, אלא קבוצת דיילי האוויר ויתר העובדים באל-על⁹⁷. שנית, השוני בתפקיד, בין דיילי האוויר לדיילי הקרקע, אינו מצדיק את היחס השונה ביניהם ככל שהדבר נוגע לגיל הפרישה. ניתוח השוני בתפקידים אמור להיות מבוסס על ניתוח אובייקטיבי, או כדברי הנשיא:

”השאלה אינה אם המעביד חושב (סובייקטיבית) כי דרישות התפקיד מתחייבות ממהות התפקיד. השאלה הינה אם דרישות התפקיד מתחייבות באופן סביר ממהות התפקיד”⁹⁸.

הנשיא המשיך וקבע כי ביישום המבחן האובייקטיבי באשר לשוני שבין התפקידים, יש לפעול על פי אמות מידה של סבירות ומידתיות⁹⁹. תוך יישום אמות מידה אלה על המקרה הנדון, הגיע הנשיא למסקנה, שמבחינה אובייקטיבית ובהתבסס על ניתוח דרישות התפקיד,

96 פרשת רִקְנֵט, לעיל ה”ש 59, בעמ’ 339.

97 שם, בעמ’ 346.

98 שם, בעמ’ 348.

99 שם, בעמ’ 349.

דהיינו היבטי ההופעה הנאה והדרישות הפיזיות – שתי התכונות שחברת אל-על הציגה כבסיס ליחס השונה בין דיילי אויר לדיילי קרקע, אין בהן כדי להצדיק את ההפליה בגיל הפרישה, בהקשר הספציפי של עבודת דיילי האוויר¹⁰⁰.

גם בעניין השאלה השנייה הגיע הנשיא ברק לתוצאה שלפיה, הפליה מטעמי גיל היא פסולה גם בנוגע לעובדים שהוצאו לגמלאות טרם כניסתו לתוקף של תיקון חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (אשר מכוחו הוסף איסור ההפליה מטעמי גיל), וזאת משום שהדבר עומד בניגוד לתקנת הציבור. הנשיא ברק נימק והסביר בהרחבה בפסק דינו מדוע הפליה מטעמי גיל אינה נופלת בחשיבותה או בחומרתה מהפליות אחרות אשר הוכרו על ידי בית המשפט העליון. הנשיא ברק הציג ראיות לכך שבפועל הוכרה הפליה מטעמי גיל במשפט בישראל ובארצות נכר, עוד בטרם הוכרה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. רוב השופטים האחרים (לוי, אור ודורנר) הצטרפו לפסק דינו של הנשיא בשלמותו. "השורה התחתונה" לפי דעת הרוב היא ניצחון מוחץ לזכויות העובדים המבוגרים.

אל מול פסק הדין של הנשיא, ששיקף את דעת הרוב, הושמעו גם דעות מיעוט שונות. השופט זמיר הסכים עם הניתוח של הנשיא על אודות הטיעון הראשון, אך חלק עליו בכל הנוגע לניתוח של הטיעון השני, שעניינו השאלה אם אכן הוראות ההסכם הקיבוצי סותרות את תקנת הציבור. לשיטתו של זמיר, לא בקלות יכריז בית המשפט על הוראה בהסכם עבודה קיבוצי כבטלה בשל היותה סותרת את תקנת הציבור. לדידו מדובר בכלי שיפוטי מסוכן, אשר אינטרסים חברתיים רבים וכבדי משקל קוראים להימנע מלהשתמש בו מקום שבו עסקינן בהסכם עבודה קיבוצי. לפיכך הפליה מטעמי גיל, בשל היותה הפליה פחות מוכרת ופחות מפותחת יחסית לסוגי הפליה אחרים, אינה מגעת לכדי פגיעה בתקנת הציבור, לפחות לא לפני שנת 1995¹⁰¹. השופטת ביניש, בגישה שהיא מכנה "דרך ביניים", הצטרפה לעמדתו של השופט זמיר שלפיה אין זה המקרה שבו ראוי לפסול הוראה בהסכם קיבוצי בשל היותה סותרת את תקנת הציבור¹⁰². ולבסוף, השופט חשין, אף שהסכים לתוצאה שאליה הגיעה דעת הרוב במלואה, נימקה בדרך שונה במקצת: ראשית, השופט חשין חלק על דעת הרוב בכל הנוגע למבחן שעל פיו יקבע בית המשפט את דרישות התפקיד: לא מבחן אובייקטיבי בעיקרו (כדעת הרוב) כי אם מבחן מעורב-סובייקטיבי (כלומר לפי הגדרת המעביד) ואובייקטיבי¹⁰³. שנית, וכנגזרת מזכותו של המעביד להגדיר את דרישות התפקיד, לשיטתו של חשין ההפליה במקרה הנדון כלל אינה הפליה מטעמי גיל, אלא הפליה בין קבוצות עובדים. אי-החוקיות שלה אינה נעוצה באי-הענקת הזכות להמשיך לעבוד כדיילי

100 שם, בעמ' 354.

101 שם, בעמ' 374.

102 שם, בעמ' 383.

103 שם, בעמ' 378.

אוויר עד גיל 65, היא נעוצה בכך שמחייבים את דיילי האוויר להפסיק לעבוד לחלוטין בגיל 60, ולא מאפשרים להם להמשיך ולעבוד בתפקיד אחר, לדוגמה כדיילי הקרקע, בין גיל 60 לגיל 65.

2. ההקשר החברתי והמשפטי

אחד הממדים המעניינים של פרשת **רקנט** הוא, כמובן, שזו אינה עוסקת ב"זקנים" כמשמעות מושג זה בפרשת **מנור**¹⁰⁴: אין עסקינן באנשים שהגיעו לגיל הזכאות לקצבת זקנה, אלא באנשים עובדים (או שלטענתם זכאים להמשיך לעבוד), שהמושג "זקנה" לכאורה לא חל עליהם. עם זאת, כפי שראינו בהגדרת המושג "גילנות" – התפיסות החברתיות השליליות אינן בהכרח כלפי "זקנים". הן מופנות כלפי תהליך ההזדקנות באופן כללי: כלפי כל מי שאך ורק בשל גילו הכרונוולוגי, נתפס כנטול כישורים, יכולות או מעמד. ואכן, אף שאין נתונים אמפיריים ישירים המודדים ומכמתים את ממדי תופעת ההפליה מטעמי גיל בשוק התעסוקה הישראלי, יש ראיות רבות לכך שמדובר בתופעה בהיקפים נרחבים. כך, לדוגמה, נתונים שמרבים להשתמש בהם בהקשר זה הם נתונים הנוגעים לירידה בשיעורי ההשתתפות של עובדים מבוגרים בשוק התעסוקה¹⁰⁵. בהקשר זה, בעשורים האחרונים ועד לתחילת שנות האלפיים, המגמה במדינת ישראל הייתה ברורה: ירידה עקבית ומתמשכת בתעסוקה של עובדים (גברים) מבוגרים¹⁰⁶. נתונים סטטיסטיים נוספים שבהם נהוג להיעזר לשם המחשת קיומה של הפליה מטעמי גיל בתעסוקה, הם שיעורי האבטלה. כך, למשל, במסגרת סדרת כתבות שעסקו בעובדים מבוגרים בישראל חשפה העיתונאית רותי סיני בשנת 2007, נתונים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שלפיהם שיעור בני ה-45+ מתוך כל דורשי העבודה עלה מהרבעון הראשון של שנת 2004 לרבעון השלישי של שנת 2006 מ-32% ל-44.5%; משך האבטלה הממוצע בקרב בני 50+ עלה מ-40 שבועות בשנת 2004, ל-46 שבועות, בשנת 2006; ושיעור המובטלים המעריכים כי ימצאו עבודה בשנה הקרובה יורד מ-50%, בקרב בני העשרים עד ארבעים, ל-11%

104 פרשת **מנור**, לעיל ה"ש 59, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא ברק.

105 שרון רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 97.

106 רות קלינוב "השתתפות האוכלוסייה המבוגרת בשוק העבודה" הפוליטיקה של הזיקנה: האוכלוסייה המבוגרת בישראל בסדר העדיפות הלאומי 111–114 (יצחק בריק עורך, 2002). ראוי לציין כי מגמה זו נעצרה בראשית שנות ה-2000, בין היתר, בעקבות העלאת גיל הפרישה במסגרת חוק גיל פרישה. ראו לעניין זה יעקב קופ ורוני בר-צורי "השתתפות קשישים בכוח העבודה – מגמות עקריות" גרונטולוגיה לג(1) 121–142 (2006).

גילנות ואנטי-גילנות בפסיקת בית המשפט העליון

בלבד, בקרב בני ה-50 ומעלה¹⁰⁷. לבסוף, אפשר למצוא בעיתונות הפופולרית עדויות אישיות של עובדים מבוגרים, המתארים כיצד דלתות מקומות העבודה נסגרות בפניהם רק בשל גילם המתקדם¹⁰⁸.
בפרשת **רקנט** הביא בית המשפט לידי ביטוי באופן מפורט ומפורש את מודעותו לפגיעה הקשה הכרוכה בחיוב אדם להפסיק לעבוד בניגוד לרצונו עם הוצאתו לפרישה מוקדמת. כך, לדוגמה, השופט חשין אומר:

“זכותו של אדם לעבוד – להחל לעבוד ולהמשיך ולעבוד – זכות-של-תשתית היא. שקולה היא לזכות טבעית. אכן, הכתוב לימדנו שעונש הוא שהשית אלוהים על האדם באומרו לו כי ‘פְּזַעַת אַפְיָךָ תֹּאכַל לֶחֶם’ (בראשית, ג, ט), אולם כולנו ידענו כי בימינו – כך היה גם בימים שקדמו לימינו – העבודה סמ-חיים היא לאדם. אדם שעבודתו ניטלה ממנו – זכות ניטלה ממנו, מקצת כבודו ניטל ממנו. בחוות-דעתי בדיון המקורי, בעמ’ 327 כתבתי כך:

‘בן שישים לזקנה. ותחינתו של אדם לפני אלוהיו היא: ‘אַל תְּשַׁלְּכֵנִי לְעֵת זְקִנָּה כְּכֹלֹת פְּחֵי אֵל תַּעֲזֹבֵנִי’ (תהלים, עא, ט). זו גם בקשת העובד בן השישים, שלא תיכפה עליו פרישה מוקדמת בניגוד לרצונו”¹⁰⁹.

ובאותה רוח, ציטט הנשיא ברק בפסק דינו מדברי השופט בן בבג”ץ 104/87 **נבו נ’ ביה”ד הארצי לעבודה**¹¹⁰:

“לפרישה מעבודה יש השלכות אישיות-נפשיות וחברתיות שליליות. במקרים רבים, אדם הפורש מעבודתו בשל גילו המתקדם מרגיש, כי אין הוא עוד שותף למערכת היצרנית של החברה. הוא חש, כי נשללים ממנו הסיפוק שבעשייה והסיפוק שבקבלת תגמול עבור עמלו. הרגשה זו מתחזקת גם בשל יחס החברה, אשר במקרים רבים מתייחסת אליו כאל ‘זקן’, שאין בו עוד תועלת. הדברים חריפים יותר בימינו, כאשר תוחלת החיים הממוצעת גדלה, ובריאותו של אדם נשמרת גם בגילאים מתקדמים. בשל כך גדל מספר

107 רותי סיני “העובדים המבוגרים: בן 45 עם נסיון והשכלה? אין עבודה בשבילך” **הארץ** 20.11.2007.
108 חיים ביאור “מחסום גיל ה-40” **הארץ** 24.6.2002. תמר טוניק-כהן “הגידו כן לזקן” **מעריב סופשבוע** 17.3.2006, 71.
109 פרשת **רקנט**, לעיל ה”ש 59, בעמ’ 380.
110 פ”ד מד(4) 749, 755.

השנים, שבהם אדם מבוגר, איתן בגופו ובנפשו, נאלץ, למרות סגולותיו, לפרוש מפעילותו בשוק העבודה ולהביט, לעתים קרובות בתיסכול, בזרם החיים הפעלתני שלא ניתן לו עוד ליטול בו חלק¹¹¹.

התבטאויות אלה משקפות ומבטאות מודעות גבוהה לכך שחיובו של אדם לפרוש ממעגל העבודה, בטרם זמן, בניגוד לרצונו ואך ורק בהתבסס על גילו הכרונולוגי, יש בו משום פגיעה קשה ביותר בכבודו העצמי¹¹².

3. לשון, ביטויים וערכים

פסקי הדין בבית המשפט העליון בפרשת **רקנט** הם ארוכים: פסק הדין בבג"ץ השטרע על פני 77 עמודים, ואילו פסק הדין בדיון הנוסף השטרע על פני 48 עמודים. שני פסקי הדין כללו בחובם צורות שונות של התייחסות לשוניית וערכית כלפי סוגיית ההפליה מטעמי גיל. ברם, פסק הדין בפרשת **רקנט** מהווה אבן דרך בכל הנוגע לעמדה הערכית כלפי תופעת הגילנות, בעיקר בשל שני היבטים: האחד – התבטאויות אנטי-גילניות נחרצות; השני – חילוקי הדעות העקרוניים שהתגלעו במסגרתו, בנוגע למעמד של איסור ההפליה מטעמי גיל במשפט הישראלי. פסק הדין חשף – לראשונה – באופן בוטה וחרף, את שני דפוסי החשיבה הבסיסיים שמאמר זה עוסק בהם: גילנות ואנטי-גילנות.

פסק הדין זרוע אמירות רבות שאפשר לתייגן כאנטי-גילניות. לדוגמה, בהתייחסות השופטים לטענת אל-על באשר לדרישת המראה הנאה של דיילי אוויר או באשר לדרישות הפיזיות של התפקיד, נדחות באופן כללי, טענות של אל-על שלפיהן ראוי לפסול עובדים מבוגרים מלשמש כדיילי אוויר שכן הם אינם נאים או אינם מסוגלים לעמוד בדרישות התפקיד מבחינה פיזית. יפים לעניין זה דברי הנשיא, בתשובה לטענת אל-על כי היא בסך הכול עונה על דרישות לקוחותיהם, המבקשים כי דיילי האוויר יהיו נאים:

“אין לך קרקע פורייה יותר להפליה מאשר סטראוטיפים שפותחו במשך השנים. כך לעניין סטראוטיפים של נשים [...] כך לעניין סטראוטיפים הבנויים על שוני בגזע, וכך לעניין סטראוטיפים הבנויים על הבחנות של

111 פרשת **רקנט**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 368.

112 בפסק הדין בבג"ץ, ביטא השופט חשין בשפתו הציורית, את מבטו שלו על הפגיעה הכרוכה בפרישה כפויה מעבודה: “יום פרישתו של אדם מעבודתו אינו יום חג. כך יום הפרישה, וימים שיבואו לאחרי ייערמו אלה על אלה. הלב כמו מתרוקן והמועקה כבדה. אדם חש כמו דחתה אותו החברה מעליה והוא כסרח-עודף בשוליה. הנה הם כולם הולכים ובאים, מתרוצצים אנה-ואנה, והוא – שהיה אחד מהם – אינו אלא כצופה במחזה”. **רקנט-עליון**, לעיל ה"ש 94, בעמ' 325.

גיל [...] התחשבות בסטראוטיפים שומטת הקרקע מתחת למבחן הרלוונטיות עצמו. בצדק ציינה השופטת דורנר כי [...] קיימת סכנה – שהתממשה לא אחת – כי אמות המידה שיוחלו בכל עניין ועניין ישקפו את הסטראוטיפים המשפילים שעמם מיועד להתמודד איסור הפליה מיסודו” (ההדגשה שלי – י.ד.)¹¹³.

לצד האמירות האנטי-גילניות הכלליות, פרשת **רקנט** היא ציון דרך בכל הנוגע לאמירה האנטי-גילנית המובהקת והעצמתית שטבע נשיא בית המשפט העליון בכל הנוגע למעמדה ולמשמעותה של הפליה מטעמי גיל במשפט הישראלי. הנשיא הביע עמדה ברורה וחד-משמעית שלפיה פגיעה עקב הפליה מטעמי גיל אינה נופלת בחומרתה ובהשלכותיה מכל הפליה מוכרת אחרת:

”הנמקתו השנייה של השופט זמיר הייתה כי הפליה מחמת גיל אינה מקוממת כמו הפליה מחמת גזע או דת’ (הדיון המקורי [...], בעמ’ 370). ייתכן, אבל היא מקוממת מאוד, כאשר עניין לנו בהפלייתו של העובד המבוגר. הערך של “אל-תשליכני לַעַת זְקָנָה” (תהילים, עא, ט) הוא ביטוי לתפיסה הטבועה עמוק בתרבות החברתית שלנו. הפליה של אדם מחמת גילו המבוגר – להבדיל מסוגים אחרים של הפליה על בסיס של גיל – מהווה פגיעה קשה בכבודו של העובד המבוגר. **אינני סבור שפגיעה זו מקוממת פחות מפגיעות אחרות אשר בית-המשפט העליון רואה בהן, כעניין שבשיגרה, סתירה לתקנת הציבור. מדוע פגיעה בלתי סבירה בחופש העיסוק של העובד נתפסת כפוגעת בתקנת הציבור (בפסיקה ענפה מאז קום המדינה [...]) ואילו פגיעה בלתי סבירה בשוויון העסקתו של העובד המבוגר אינה נתפסת כפוגעת בתקנת הציבור (וחייבת להמתין לחקיקתו של חוק שוויון ההזדמנויות)?** האין בגישה זו משום כניעה לאותם סטראוטיפים באשר לכושרו הנמוך של העובד המבוגר אשר כנגדם יצא השופט זמיר חוצץ בדיון המקורי?” (ההדגשה שלי – י.ד.)¹¹⁴.

אולם לא רק עמדות אנטי-גילניות נשמעו בפרשת **רקנט**. למעשה, פרשת **רקנט** חשפה את האמביוולנטיות והיעדר הקונצנזוס השיפוטי בישראל בכל הנוגע למעמד החוקי של איסור הפליה מטעמי גיל. יש לזכור כי האמירה האנטי-גילנית המרשימה שתוארה לעיל, שאליה הצטרף רוב הרכב השופטים, נאמרה על רקע דעת מיעוט של שופטים מוערכים ובעלי

113 פרשת **רקנט**, לעיל ה”ש 59, בעמ’ 351.

114 שם, בעמ’ 370.

ניסיון, ובכללם שופטת המכהנת כיום כנשיאת בית המשפט העליון. דעת מיעוט זו, שביטאה עמדה גילנית מובהקת, באה לידי ביטוי בדעותיהם של השופטים ביניש וזמיר. עמדותיהם הן גילניות במובן זה שהמעמד – בהייררכיית הזכויות – שהן העניקו להפליה מטעמי גיל, היה נמוך מהמעמד של הפליות אחרות (כגון הפליה מטעמי מין או גזע). וכך הצדיק השופט זמיר את עמדתו שלפיה הפליה מטעמי גיל אינה מגעת בחומרתה (או לפחות לא הגיעה בחומרתה – לפני התיקון שנעשה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה) להפלות מוכרות אחרות על בסיס מין, לאום, גזע או דת:

“על-פי רוב, הפליה מחמת גיל אינה מקוממת כמו הפליה מחמת גזע או דת, שברור לכול כי אין להן בסיס אלא בדעות קדומות, שכן היא מתיימרת לבסס עצמה על טעמים רציונליים, כמו הירידה בכושר הפיזי של אדם במשך השנים. לכן, גם אדם משכיל והגון יכול היה (עד חוק השוויון) לראות בגיל שיקול ענייני שמותר להתחשב בו, למשל, בקביעת תנאי העבודה”¹¹⁵.

השופטת ביניש, שהצטרפה לדעתו של השופט זמיר בנדון, המשיכה להחזיק בדעתה זו גם בדיון הנוסף:

“גם במדינות שבהן הוכרה ההפליה מחמת גיל לפני שנים יש אחיזה להשקפה כי הפליה מחמת גיל אינה נחשבת כאחת ההפלות ה'זועקות', ומידת ההגנה הניתנת לה היא מועטה יותר”¹¹⁶.

כאמור, עמדות אלה נדחו, בסופו של דבר, על ידי דעת הרוב. עם זאת, עצם קיומן, והמסר הגילני הטמון בהן, מבטא את האמביוולנטיות המצויה בבית המשפט העליון בכל הנוגע למעמדה החוקי של עילת ההפליה מטעמי גיל.

4. הצדדים להליך

זהות הצדדים להליך בפרשת **רקנט** היא סוגיה מעניינת בפני עצמה. העותרים בפרשת **רקנט** היו קבוצה מגוונת של דיילי אוויר באל-על¹¹⁷. בשונה מפרשת **מנור**, לא עמדו לצד

115 **רקנט-עליון**, לעיל ה"ש 94, בעמ' 370. השופט זמיר כבר לא חזר על מילים אלה בדיון הנוסף, אם כי הוא חזר על עמדתו הבסיסית שלפיה המעמד של הפליה מטעמי גיל באמנות בין-לאומיות אינה מגעת למעמד של הפליות אחרות, כגון ההפליה מטעמי גזע, מין, לאום ודת. פרשת **רקנט**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 374.

116 שם, בעמ' 384.

העותרים ארגוני עובדים חוץ-ממשלתיים או ארגוני זכויות, והייצוג של העותרים היה פרטי ומומן מכיסם. חשוב מכך, עוד בשלב הדיון בבית הדין האזורי לעבודה, הגישו 19 דיילות ודיילים בקשה להצטרף להליך כנתבעים – בקשה שהתקבלה – תוך שהם טוענים שהם מייצגים 140 דיילים, מתוך רצון להתנגד לתביעת רקנט וחבריו, ולתמוך בטענת אל-על שלפיה הוראות ההסכם הקיבוצי תקפות. דברים אלה לוו בטענה כי הדבר "מתיישב עם רצונם של העובדים הצעירים יותר להתקדם במסגרת תפקידם ולאייש את המשרות המתפנות על ידי אלה מבין העובדים שהגיעו לגיל פרישה"¹¹⁸. דיילים צעירים אלה שינו את עמדתם בעת הגיע הדיון לבג"ץ, ובשלב זה כבר בחרו להסתפק באמירה כי הם מותרים את ההכרעה לשיקול דעתו של בית המשפט¹¹⁹. משיבים נוספים והכרחיים לתביעת העותרים היו ההסתדרות הכללית וועד העובדים היציג של הדיילים – כלומר הגופים שאמורים לבטא את העמדה הקולקטיבית של זכויות העובדים, ואשר היו אלה שהיו שותפים לעיצובו ולסיכמו של הסכם העבודה הקיבוצי. גופים ייצוגיים אלה תמכו מלכתחילה אף הם בעמדת אל-על, וגרסו כי הוראות הסכם העבודה הקיבוצי חוקיות ואינן מהוות הפליה מטעמי גיל. עם זאת, בשלב שבו הוגשה העתירה לבג"ץ, שינו ההסתדרות הכללית וועד העובדים את עמדתם, וגרסו כי התיקון בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה שינה את המציאות המשפטית, ולכן יש לקבל את עמדת העותרים¹²⁰.

תמונת מצב זו מציגה, מזווית מבט גילנית, מציאות אמביוולנטית: מחד גיסא – מאבקם של העותרים, דיילי אוויר מן השורה, מבטא כוח, עצמה אישית וכלכלית, ויכולת לא רק לזהות את חיובם בפרישה מוקדמת כפגיעה גילנית, אלא גם לפעול באופן אפקטיבי ואף לזכות בהליך משפטי ארוך, ממושך ויקר. מזווית מבט זו, העותרים משקפים סיפור הצלחה אנטי-גילני: על אף נקודת המוצא הקשה שבה החלו את מאבקם, הם הצליחו לזכות ולחולל שינוי חברתי. מאידך גיסא – "בדידותם" של העותרים, היעדר שיתוף הפעולה ואי-הצטרפותם של ארגוני זכויות עובדים או ארגוני זכויות בכלל למאבקם, האמביוולנטיות של

117 התביעה לבית הדין האזורי לעבודה הוגשה מלכתחילה על ידי שלושה דיילי אוויר: אפרים רקנט, אוסקר מושס ומאיר לביא. בין לבין, ובמסגרת הליכים משפטיים רבים, שלושת הדיילים האלה פרשו והפכו להיות "דיילי אוויר לשעבר", והצטרפו אליהם דיילי אוויר נוספים, אשר חלקם עדיין עבדו כדיילי אוויר וטרם חויבו לפרוש. מצב דברים זה הצמיח עילות משפטיות שונות מטעם העותרים השונים: כולם למעט אחד פרשו מעבודתם לפני התיקון שנעשה בחוק שוויון הזדמנויות עבודה בשנת 1995 (תיקון מס' 3), ס"ח 1500, אשר הוסיף את איסור ההפליה מטעמי גיל, ואחד פרש לאחר מכן. דבר זה חייב את בית המשפט לדון בנפרד בעילותיהם השונות.

118 ראו בדיון ברקנט-עבודה, לעיל ה"ש 94, בס' 16 לפסק הדין.

119 רקנט-עליון, לעיל ה"ש 94, בעמ' 305.

120 ש.ש.

ועד העובדים, ההתגייסות של דיילי האוויר הצעירים כנגד מאבקם והנכונות של הנהלת אל-על לנהל מערכה משפטית ארוכה ויקרה, מלמדת על חוסר האהדה האפריורי לעניינם של העותרים. במובן זה ה"קואליציה" של הגופים שעמדה כנגד העותרים מבטאת תפיסה גילנית, אשר לא ראתה במאבקם של העותרים מאבק אנטי-גילני, אלא מאבק אגואיסטי, של קבוצת עובדים עשירה וחזקה יחסית, שמנסה לכרסם ולפגוע במעמדם ובכוחם של ארגון העובדים היציג, ואף לפגוע בזכויות הקידום של הדיילים הצעירים יותר. מזווית מבט זו, חוסר ההצלחה של העותרים לרתום לצדם את כלל העובדים בחברה (באמצעות ועד העובדים ו/או ההסתדרות הכללית) או לרתום למאבק ארגוני חוץ-ממשלתיים (כדוגמת האגודה לזכויות האזרח), וחוסר ההצלחה לגרום להנהלת אל-על לקבל את צדקת עמדתם גם ללא הכרעה שיפוטית – כולם משמשים ביטוי לעצמת העמדות הגילניות שכנגדן נאלצו העותרים להתמודד.

5. לסיכום

פסק הדין בפרשת **רקנט** נהפך עם השנים לאבן דרך בכל הנוגע למאבק נגד הפליה מטעמי גיל ולמאבק האנטי-גילני במשפט הישראלי. דעת הרוב הברורה וההתבטאויות האנטי-גילניות החזקות שבאו לידי ביטוי בעמדותיהם המגוונות של השופטים, שימשו נקודת אחיזה תקדימית, שאפשרה בשנים האחרונות לקבל החלטות אנטי-גילניות נוספות בתחום איסור ההפליה מטעמי גיל¹²¹. עם זאת, כפי שתואר לעיל, גם ההצלחה הגדולה של פרשת **רקנט** כוללת בחובה אמביוולנטיות: הביטויים הגילניים של השופטים זמיר וביניש; החוויה הגילנית של העותרים בעומדם כנגד חבריהם, דיילי האוויר הצעירים יותר, וכנגד ארגון העובדים שאמור היה לייצגם ולהגן על האינטרסים שלהם, ובחר שלא לעשות כן; הביטוי המצומצם והמוגבל של ההקשרים הנרחבים יותר של תופעת ההפליה מטעמי גיל בשוק העבודה הישראלי – כל אלו גורמים לכך, שבסופו של דבר גם פרשת **רקנט** היא עירוב של הצלחה עם כישלון¹²².

121 ראו לדוגמה את פסקי הדין בפרשת **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, לעיל ה"ש 96 (לעניין הפליה מטעמי גיל בקבלה לעבודה של מועמדים לשירות בתי הסוהר, המשטרה והמכס); ופרשת **רוזנבאום**, שם (לעניין הפליה מטעמי גיל בחיוב עובדים לצאת לגמלאות בגיל שהוא מוקדם מגיל הפרישה חובה).

122 תמיכה לכך שפרשת **רקנט** נכשלה, בסופו של דבר, בלחולל שינוי אמיתי בהיבטים הגילניים בשוק העבודה או בהגנה על עובדים זקנים מפני הפליה בעבודה, אפשר למצוא בשני פסקי הדין שדחו עתירות של עמותת המשפט בשירות הזקנה: האחת, שעסקה בהנחיה מטעם הביטוח הלאומי שלפיה נאסרה העסקת עובדי סיעוד מעל גיל 70 על ידי חברות סיעוד – בג"ץ 2828/06 **דרוזובסקי נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 11.10.2007); והשנייה,

ז. פרשת מילגרומ וגילנות בחוזים

בשונה מפרשת **מנור** – שעסקה במדיניות הביטחון הסוציאלי הנוגעת לכלל הזקנים בישראל, ובשונה מפרשת **רקנט** – שעסקה בתופעת ההפליה מטעמי גיל בתעסוקה, הנוגעת לפחות בפוטנציה, למגזרים נרחבים בקרב האוכלוסייה המבוגרת בישראל, פרשת **מילגרומ**¹²³ עוסקת לכאורה בסוגיה נקודתית מאוד וצרה: סעיף ספציפי בחוזה שנערך בין גב' מילגרומ (ז"ל) ובין בית אבות של רשת "משען". ברם, כפי שיעלה מהניתוח להלן, גם כאן מדובר בפסק דין בעל השלכות משפטיות וחברתיות משמעותיות מאוד מבחינת האוכלוסייה הזקנה בישראל. מאז פרסומו שימש פסק דין זה אבן דרך בתביעות משפטיות רבות אחרות שעסקו בזכויותיהם של זקנים במסגרת החוזים שכרתו עם מוסדות שעברו להתגורר בהם¹²⁴.

1. עובדות המקרה והכרעת השופטים

עובדות המקרה היו כדלקמן: בשנת 1983 החליטה גב' הינדה מילגרומ לעזוב את דירתה ולעבור להתגורר בבית אבות לעצמאים של רשת "משען" – רשת מוכרת וידועה בתחום מסגרות הדיור לזקנים. כחלק מהמעבר לבית האבות, היא חתמה על חוזה עם הרשת, אשר הסדיר את זכויותיה וחובותיה בבית האבות. במשך כתשע שנים התגוררה גב' מילגרומ בבית האבות, שילמה את התשלומים החודשיים כמתחייב מהחוזה, והכול לשביעות רצונה וללא תקלות מיוחדות. בשנת 1992, בעקבות התדרדרות במצבה, היא אושפזה בבית חולים ונאלצה לעבור הליך שיקום והחלמה. בעקבות השינוי במצבה הבריאותי, בתום הטיפול היא כבר לא חזרה לבית האבות לעצמאים, אלא הועברה לבית אבות סיעודי, שאף הוא היה בניהול רשת "משען". עם המעבר לבית האבות הסיעודי, חייבה רשת "משען" את גב' מילגרומ בתשלום דמי שהות חודשיים בעלות שהייתה כמעט פי חמישה מהתשלום שגב' מילגרומ שילמה בעת שהתגוררה בבית האבות הרגיל. גב' מילגרומ נפטרה כמה חודשים לאחר המעבר למוסד הסיעודי. בעקבות החוב שהצטבר הגישה רשת "משען" תביעה כספית

שעסקה בפסילתו של מועמד למכרז רק משום שגילו היה מעל גיל פרישה – בג"ץ 4487/06 **קלנר נ' בית הדין הארצי לעבודה** (פורסם בנבו, 25.11.2007).

¹²³ פרשת **מילגרומ**, לעיל ה"ש 59.

¹²⁴ להלן כמה דוגמאות לא מייצגות של פסקי דין שעסקו בזכויותיהם של זקנים במסגרת חוזים במוסדות, אשר הסתמכו בפסיקותיהם על הניתוח והעקרונות שהותוו בפרשת **מילגרומ**: ת"א (מחוזי חי') 675/02 **עוזבון צירלין נ' ועד העדה הספרדית בחיפה** (פורסם בנבו, 19.9.2005); ע"ש (י-ם) 5017/98 (מחוז י-ם) **מגדל הזהב בע"מ נ. היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 19.11.2001).

נגד העיזבון ונגד קרובי משפחה של גב' מילגרומ (שהיו אף הם צד לחוזה עם "משען") לתשלום יתרת החוב. העילה החוזית לתביעה של "משען" התבססה על הסכם בית האבות אשר קבע בסעיף 9(ג) לחוזה כי חובתה של גב' מילגרומ לשלם "לפי התעריפים שיהיו מקובלים מעת לעת עבור אשפוזם בבית אבות סעודי של תושבי בית האבות של 'משען'".¹²⁵ גם בית משפט השלום¹²⁶ וגם בית המשפט המחוזי (בשבתו כערכאת ערעור)¹²⁷ קיבלו את טענות "משען", וחייבו את יורשיה של גב' מילגרומ וקרוביה שחתמו על החוזה, לשלם ל"משען" את יתרת החוב. יורשיה של גב' מילגרומ הגישו בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, והוא דן בבקשה כבערעור ונתן את פסק הדין.

בתמצית, טענות הצדדים בפני בית המשפט העליון היו כדלקמן: יורשיה של גב' מילגרומ טענו כי סעיף 9(ג) לחוזה בית האבות הוא תנאי מקפח בחוזה אחר, ועל כן דינו של תנאי זה להתבטל. לגישתם, לאור האופי המיוחד של החוזה שנחתם בין גב' מילגרומ ובין "משען", קיימת חשיבות מיוחדת לגילוי מדויק של הפרשי המחירים בין השהות בבית אבות רגיל לבין השהות בבית אבות סעודי. כמו כן קיים צורך בקביעת מנגנוני עדכון ברורים. על רקע אלה יש לראות בשיקול הדעת הבלתי מוגבל שניתן ל"משען" בקביעת המחיר בבית האבות הסעודי תנאי מקפח שהוא בטל¹²⁸. "משען" מצדה טענה כי חוזה בית האבות אינו חל כלל על השהות בבית האבות הסעודי. שהות זו אמורה להיות מוסדרת באמצעות חוזה חדש שייכרת בין הדייר לבין "משען". מטרתו של סעיף 9 לחוזה בית האבות היא לקבוע הסדר ביניים, עד לכריתתו של חוזה חדש¹²⁹. באופן טבעי "משען" גם הסתמכה על הכרעותיהם של בית המשפט המחוזי ובית משפט השלום אשר הביעו את דעתם כי ככלל, בתי המשפט לא יתערבו במערכת חוזית המתבססת על מערכת יחסים עסקית-כלכלית.

פסק הדין, שניתן פה אחד ונכתב על ידי ברק, נשיא בית המשפט העליון (הצטרפו אליו בהסכמה המשנה לנשיא ש' לוין והשופט אור), היה אנטי-גילני במובהק: בית המשפט קיבל את הערעור והפך את החלטותיהם של בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון קבע כי אכן ההוראה היא בבחינת תנאי מקפח, המקנה יתרון בלתי הוגן ל"משען", ולפיכך היא בטלה¹³⁰. הלוגיקה המשפטית שהביאה את הנשיא ברק לתוצאה הייתה כדלקמן: ראשית, ברק מבהיר כי חוזה בית האבות הוא חוזה אחד כמשמעות ביטוי

125 פרשת מילגרומ, לעיל ה"ש 59.

126 ת"א 42211/93 משען נ' מילגרומ (לא פורסם, 27.4.1995).

127 ע"א (מחוזי ת"א) 987/95 עיזבון מילגרומ נ' משען (לא פורסם, 21.1.1997).

128 פרשת מילגרומ, לעיל ה"ש 59, בעמ' 152.

129 שם, בעמ' 153.

130 שם, בעמ' 166.

גילנות ואנטי-גילנות בפסיקת בית המשפט העליון

זה בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים"). מדובר בחוזה "הקובע את המסגרת הנורמטיבית לקבלת הדייר ולשיכונו. 'משען' מתחייבת על-פיו לשכן את הדייר בבית האבות ולספק לו שירותים שונים הכרוכים בדיור ובאחזקה"¹³¹. שנית, לשיטתו של ברק, השאלה אם החוזה הנדון אמור לחול ולהשתרע גם על מארג היחסים בעת המעבר למסגרת הסיעודית אם לאו, היא איננה השאלה המכרעת. זאת, שכן בכל מקרה תהיה תקופת ביניים שבה הזקן יהיה במסגרת סיעודית, תחת כפופות חוזית לחוזה הנדון¹³². שלישית, ברק מניח את התשתית של אמות המידה הפרשניות הראויות בנוגע לחוזה האחיד, ובאופן קונקרטי מציג שתי אמות מידה: האחת – שתכליתו של החוזה האחיד היא בעיקרה תכלית אובייקטיבית, ולפיכך בפרשנות החוזה יש ליתן משקל מרכזי להגשמתה¹³³; השנייה – חזקה היא כי תכליתו של החוזה האחיד היא שהתוצאה שתושג תהא נגד האינטרס של בעל השליטה על הטקסט (הספק) ולמען האינטרסים של הצד הנשלט (הלקוח)¹³⁴. לבסוף, מיישם ברק את אמות המידה הפרשניות על נסיבות המקרה ומסביר מדוע החוזה הנדון הוא חוזה מיוחד:

"חוזה בית האבות הוא 'חוזה יחס' (relational contract). חוזה כזה מתאפיין ביחסים ארוכי טווח ומורכבים. חוזים אלה רגישים לקיומן של נסיבות עתידיות שלא הוסדרו במפורש בחוזה. הם מנסים ליצור במסגרתם שלהם איזון בין הצורך בוודאות וצפיות לבין הצורך בגמישות ויכולת הסתגלות לתנאים משתנים. איזון זה מושג על-ידי אמצעים מגוונים, ובהם קביעת מנגנונים לשינוי תנאי החוזה והשלמתם, קביעת אמות-מידה לחלוקה הדדית של סיכונים וקביעת דרכים לפתרון מוסכם של מחלוקות תוך המשך קיום היחסים החוזיים"¹³⁵.

הוא ממשיך ומסביר מדוע מאופיו המיוחד של החוזה נגזרת ההבנה שהסעיף הנדון הנו מקפח ונגוע בחוסר תום לב:

"שיקולים של סבירות, הגינות ותום-לב מובילים אף הם למסקנה כי תכליתו (האובייקטיבית) של חוזה בית האבות הנה לתחולת החוזה גם בעת שהות הדייר בבית האבות הסיעודי. אין זה סביר ואין זה הוגן להפסיק את תחולתו

131 שם, בעמ' 153.
132 שם, בעמ' 155.
133 שם, בעמ' 158.
134 שם, בעמ' 159.
135 שם, בעמ' 160.

החווה דווקא כאשר הדייר נקלע למצוקה (פיזית או נפשית) קשה; אין זה סביר ואין זה הוגן כי דווקא כאשר הדייר והפועלים מטעמו מצויים בעמדת מיקוח נחותה, יכפה עליהם לנהל משא ומתן חדש; אין זה סביר ואין זה הוגן להניח כי המוסד שבו בילה הדייר שנים רבות, ושב וראה את ביתו החדש, מתנכר לו, בבחינת 'משליכו לעת זקנה'. אין זה מתיישב עם עקרון תום-הלב – זו ההגינות ביחסים החוזיים – כי הביטחון שאמור בית האבות לספק לדייר נעלם דווקא כאשר הדייר זקוק לו יותר מכול¹³⁶.

לאור דברים אלה, הניתוח הקונקרטי מבעד לפרזומת חוק החוזים האחדים מובילה את הנשיא ברק למסקנה הבלתי נמנעת מבחינתו:

"על רקע זה עולה אופיו המקפח של התנאי הקבוע בסעיף 9(ג) לחוזה בית האבות. הדייר מתחייב לשלם על-פי תעריפים שאינם ידועים לו, ואופן חישובם בעת כריתת החוזה ובעת המעבר לבית האבות הסיעודי אינו בידיעתו. תנאי מסוג זה נופל במישרין לחזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(4) לחוק החוזים האחדים"¹³⁷.

2. ההקשר החברתי והמשפטי

תופעת המיסוד או המעבר מהמגורים בקהילה למגורים במסגרות תומכות או למסגרות מוסדיות, היא אחת מהתופעות המוכרות והידועות בתחום הזקנה¹³⁸. אף על פי שרק מיעוט קטן מקרב כלל הזקנים מתגורר במוסדות (4.1% בלבד נכון לשנת 2000)¹³⁹, שיעור המיסוד בכללותו עולה, סטטיסטית, עם העלייה בגיל: 8.3% מקרב בני ה-75+, ו-13.7% בקרב בני ה-80+ נמצאים במוסדות¹⁴⁰. עם זאת, ניתן לומר בהכללה ובאופן יחסי, שחשיבות העיסוק בתחום המוסדות לזקנים נובעת מכך שדיירי המסגרות המוסדיות משקפים את הקבוצה

136 שם, בעמ' 162.

137 שם, בעמ' 166.

138 לסקירה מקיפה על אודות סוגיית המיסוד בגיל המבוגר ראו אצל אריאלה לבנשטיין ואסתר יקוביץ' **הזקן, המשפחה והמסגרת המוסדית – סוגיות ושיטות התערבות** (1995). לסקירת הספרות המחקרית הישראלית בתחום מיסוד הזקנים בישראל ראו אצל חוה גולנדר "קליידוסקופ הידע: מוסדות לקשישים בממד רב-תחומי" **גרונטולוגיה** 77, 3 (1997).

139 **קשישים בישראל**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 325. נתונים אלה אינם כוללים זקנים המתגוררים בדירות מוגנים, אלא מדובר על מוסדות לזקנים עצמאיים ותשושים בפיקוח משרד הרווחה ועל מוסדות לזקנים סיעודיים ותשושי נפש בפיקוח משרד הבריאות.

140 שם, בעמ' 325.

החלשה יותר בקרב אוכלוסיית הזקנים, ולפיכך קבוצה זו זקוקה לתשומת לב משפטית משמעותית יותר¹⁴¹. חולשה יחסית זו באה לידי ביטוי, לדוגמה, במאפייניה הדמוגרפיים של הקבוצה: רוב הדיירים הזקנים הם נשים (72% מכלל הדיירים)¹⁴², רובם לא נשואים (82%)¹⁴³, רובם בגילאים מתקדמים (72% מהם מעל גיל 80)¹⁴⁴ ורק מיעוט מהם עצמאיים (22%)¹⁴⁵.

עם זאת, החולשה נובעת לא רק מהנתונים הדמוגרפיים, אלא גם מההקשר המוסדי שבו הקבוצה נתונה. מוסדות לזקנים הם מה שניתן לכנות כ"מוסדות טוטליים", על פי המינוח הידוע של הסוציולוג ארווינג גופמן (Goffman)¹⁴⁶. מדובר במסגרות אשר מעצם טבען שוללות מהיחיד את כוחותיו, "ממסגרות" אותו במעטפת המכתיבה לו מעמד של כפופות ותלות, ומאפשרות לתייג את הדייר הזקן כ"אחר"¹⁴⁷. במילים אחרות, מבחינה פסיכולוגית וסוציולוגית, למסגרות המוסדיות, להסדרה המשפטית שלהן, לסגנון ניהולן ולאורחות חייהן, ישנן השלכות מרחיקות לכת על מקומו של היחיד ועל יכולתו לממש את עצמאותו וזכויותיו.

הגם שבפסק הדין אין התייחסות לתופעת המיסוד בכללותה בקרב הזקנים בישראל, ניתן למצוא בפסק הדין ביטויים רבים המשקפים מודעות ליחודיות של הקשרים והיחסים המיוחדים הנוצרים במסגרת השהות הארוכה של דיירים זקנים במערכות מוסדיות. כך לדוגמה בית המשפט מבטא את ההבנה כי למעשה בית האבות, מבחינתו של הזקן, הוא ביתו וביטחונו:

141 לטיעון זה ביתר הרחבה ראו אצל ישראל דורון "משפט, זקנה וזכויות: התקנות החדשות בדבר הפיקוח על מעונות לזקנים במקרה מבחן" **ביטחון סוציאלי** 62 (2002), 65. יתרה מכך, יצוין כי באופן כללי, המגמות לאורך השנים מצביעות על התעצמות המאפיינים המוחלשים של דיירי המוסדות בישראל. לפחות בכל הנוגע לאוכלוסייה היהודית הזקנה, שיעורי המיסוד הכלליים עולים (מ-3.6% בשנת 1983, ל-4.4% בשנת 1990, ול-4.9% בשנת 2000), אוכלוסיית העצמאיים פוחתת והולכת (מ-41% בשנת 1983 ל-22% בשנת 2000), ואילו אוכלוסיית הסייעודיים והזקנים יותר – גדלה והולכת (שיעור הסייעודיים עלה מ-33% ל-45%, ושיעור בני ה-80+ עלה מ-55% ל-71%, בהתאמה בין השנים 1983–2000). ראו בנדון אצל **קשישים בישראל**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 328.

142 ש.ם.

143 ש.ם.

144 ש.ם.

145 ש.ם.

146 ארווינג גופמן **על מאפייני המוסדות הטוטליים** (מעין זיגדון מתרגמת, 2006).

147 למשמעות המעבר למסגרת המוסדית כחלק מזיהוי הזקנים כ"אחרים" ראו אצל חיים חזן "מקום אחר: בתי אבות כאתר של מודרנה" **גרונטולוגיה** 77, 8 (1997).

"תכליתו של החוזה הייתה להסדיר מערכת יחסים ארוכת טווח, המתמשכת ומתקיימת חרף שינויי נסיבות. מערכת יחסים זו באה להגשים מטרות סוציאליות חשובות, ובהן הסדרת דיור, הבטחת צרכים ושירותים חיוניים לדייר, וכל זאת תוך הבטחת בסיס של ביטחון ויציבות. בית האבות מהווה משכן קבע ליתרת החיים"¹⁴⁸.

וכן –

"הדייר מחליף 'בית' ב'בית'. בית האבות הוא 'ביתו' החדש של הדייר. אין זו דירת מעבר לתקופת נופש. זהו דיור קבע לתקופת החיים (או נכון יותר, ליתרת החיים). אך מעבר לכך: דיור קבע זה מותנה במתן שירותים. שירותים אלה חיוניים לדייר, בעיקר בשל גילו. כל אלה יוצרים קשר אמיץ, לטווח ארוך, המבוסס על המשכיות, אמון ואף תלות בין הדייר לבית האבות"¹⁴⁹.

יש בפסק הדין גם רמה מסוימת של מודעות כלפי הדפוסים המיוחדים של אוכלוסיית דיירי המסגרות המוסדיות, בהקשר של חולשתם היחסית עקב מיקומם מול הנהלת המוסדות ובעליהם. לפיכך לשיטת הנשיא ברק, פרשנותו:

"נותנת ביטוי ליחסים המיוחדים שבין בית אבות לדייר – יחסים המאופיינים על-ידי השליטה הרבה שיש לבית האבות על גיזרה רחבה של חיי אוכלוסיית הדיירים, שהיא בעיקרה חלשה ונתונה בעמדה נחותה מבחינת כוח המיקוח שלרשותה, מבחינת ידיעתה ומודעותה לזכויותיה ומבחינת יכולתה לממשן"¹⁵⁰.

במילים אחרות, ניתן לזהות בפסק הדין אלמנטים אנטי-גילניים שכן ניכר בו ביטוי לרצון לקשר בין התאוריות המשפטיות מתחום דיני פרשנות החוזים – בכלל, ודיני החוזים האחידים – בפרט, לבין הקונטקסט החברתי והמציאותי של מצבם ולבין יחסי הכוחות האופייניים שבין דיירי המוסדות הזקנים – מחד, ובעלי ומנהלי המוסדות – מאידך.

3. לשון, ביטויים וערכים

148 פרשת **הילגרום**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 160.

149 שם, בעמ' 161.

150 שם, בעמ' 166.

פסק הדין כאמור שזור באמירות הנוגעות לאופי חייהם של הזקנים במסגרות המוסדיות, וליחסים בינם לבין הנהלות המסגרות המוסדיות. עם זאת, ניתן למצוא אמירות שיש בהן משום תערובת של אמירות אנטי-גילניות ומעצימות יחד עם אמירות המשרטטות את מצבם של הזקנים בצבעים של חולשה וחוסר יכולת. כך לדוגמה הוא הפתרון החלופי שבית המשפט מציע לבתי האבות: לפרט בחוזה עצמו את המחיר הצפוי בעת המעבר למסגרת הסיעודית, וזאת על ידי פירוט המחיר נכון לעת כריתת החוזה בצירוף מנגנון עדכון מחירים עתידי¹⁵¹. פתרון חלופי זה מעוגן בתפיסת עולם צרכנית אוניברסלית שאיננה מתמקדת בייחודיות של הזקנים או בחולשתם דווקא:

”נוסחה זו מאזנת בצורה ראויה בין השיקולים שיש להתחשב בהם, על רמותיהם השונות. נוסחה זו מאזנת כראוי בין האינטרסים הטיפוסיים של “משען” לבין האינטרסים הטיפוסיים של הדייר. מנקודת המבט של בית האבות הטיפוסי, נמנע הצורך לנחש את ההתפתחויות בעתיד. נקבע מחיר שהוא הוגן כלפי בית האבות והמבטא את הוצאותיו הצפויות. מנקודת המבט של הדייר הטיפוסי הנוסחה היא הוגנת וסבירה. היא מעניקה לו מידע באשר לתנאי ההתקשרות. היא מאפשרת לו להעריך נכונה את ‘עיסקת החבילה’ המוצגת בפניו, והכוללת הן שהות בבית אבות רגיל והן שהות בבית אבות סיעודי. היא מעמידה אותו בפני הסיכונים שהוא נוטל על עצמו. היא מאפשרת לו להשוות ההצעה שבפניו לעומת אופציות אחרות הקיימות בשוק. היא מונעת הענקת כוח חד-צדדי לבית האבות להכתיב את התעריף העתידי. היא שוללת שיקול-דעת רחב העשוי להיות מופעל, הלכה למעשה, בשרירות”¹⁵².

הנמקה זו מבוססת כאמור על תפיסת עולם רציונלית וליברלית שלפיה התנאי לקבלת החלטות נכונה הוא קיומו של מידע שלם ומלא. היא נכונה למעשה לכל צרכן בכל גיל, אין היא ייחודית לצרכנים זקנים דווקא, ולפיכך היא אנטי-גילנית במהותה. עם זאת, בית המשפט אינו מסתפק בהנמקה זו, ומוסיף התבטאויות נוספות המדגישות את חולשתם של הזקנים דווקא, כחזוק להנמקה הקודמת. לדוגמה, בית המשפט מצייר כיצד הוא רואה את מצבו של הדייר הזקן ההופך להיות סיעודי:

”פורמאלית, כמובן, הדייר חופשי לנהל משא ומתן עם כל בית אבות סיעודי. אך מהו כוח המיקוח שלו? לרוב הוא אינו זכאי להחזר סכום הכסף

151 ש.ש.

152 ש.ש.

ששילם עם כניסתו לבית האבות הרגיל; היחסים ארוכי הטווח עם בית האבות יצרו תלות בצורת חיים זו. מה יעשה הדייר, ולאן יפנה? אכן, חופש ההתקשרות עומד לדייר, אך זהו כחופש של הקבצן לישון מתחת לגשר. זה איננו חופש מעשי¹⁵³.

ברוח דומה, ממשיך הנשיא ברק וגורס כי:

"הסעיף נותן הגנת-יתר לבית האבות, בהשוואה לדייר, המצוי במצב כוח נחות. בין בית האבות לדייר קיים חוסר שוויון, ובית האבות מגן על האינטרסים שלו מעבר לראוי. מהי בררתו של הדייר? היכול לסרב לתעריף שיוצג לו? היש לו כוח מיקוח בעניין זה? התשובה על שאלות אלה היא בשלילה. חולשתו תגרום לו להשיב בחיוב על כל תעריף שיוצג לו. אין לו כל אפשרות אחרת. את ביתו הקודם עזב. עתה עליו לעזוב גם את ביתו ה'חדש'. לאן ילך?"¹⁵⁴.

הגם שאינני חלוק עם הנשיא ברק כי אוכלוסיית בתי האבות מאופיינת בחולשת יתר ביחס לכלל אוכלוסיית הזקנים, נדמה שהתבטאויות אלה לא היו הכרחיות. די היה בטיעון הליברלי-אוניברסלי שנסקר לעיל כדי להצדיק את התוצאה המשפטית הראויה. בניסיון לצבוע בצבעים עזים יותר את חוסר היכולת של הזקנים יש משום גלישה אל עבר הגילנות – שלעניות דעתי, לא הייתה דרושה בנסיבות העניין.

4. הצדדים להליך

בשונה מפרשת **מנור** ומפרשת **רקנט**, בפרשת **מילגרם** גב' מילגרם, או יותר נכון – מנהלי עיזבונה ויורשיה – לא יזמו את ההליך המשפטי: הם היו הנתבעים, הם התגוננו והם הגיבו. לכאורה היה מדובר פה בשני צדדים לא שווים בעליל: מצד אחד – עמדה רשת "משען", גוף כלכלי חזק, בעל משאבים, המצויד בעורכי דין מנוסים ובניסיון רב בניהול תביעות נגד זקנים שלא שילמו את חובותיהם; ומן הצד האחר – עמדו בנעלי גב' מילגרם המנוחה, יורשיה, כלומר ילדיה, אנשים פרטיים, עם משאבים מוגבלים וללא ניסיון משפטי יחד עם קרובי משפחתה. בדומה לפרשת **רקנט**, גם כאן לכאורה, קל היה לצייר את המאבק כמאבק כלכלי גרידא של יורשי אישה זקנה ואמידה, המנסים להימנע מהפסד של כספי הירושה.

153 שם, בעמ' 162–163.

154 שם, בעמ' 167.

עם זאת, גם בפרשה זו לאלמנט הצדדים היה ממד מיוחד. ראשית, בשלב הדיון בבית המשפט העליון יורשיה וקרוביה של גב' מילגרום כבר לא היו לבד במאבקם: המועצה הישראלית לצרכנות השמיעה את עמדתה (כל זאת אף על פי שרשמית היא לא צורפה בסופו של דבר כצד להליך)¹⁵⁵; יתרה מכך, גם היועץ המשפטי לממשלה צורף כצד להליך, וזאת כבר בשלב הערעור בבית המשפט המחוזי¹⁵⁶. שני גופים אלה תמכו בעמדת יורשיה של גב' מילגרום, וטענו בפני בית המשפט כי הסעיף שעליו הסתמכה "משען" הוא סעיף מקפח כמשמעותו בחוק החוזים האחידים. במילים אחרות, מה שהחל את דרכו כמאבק בלתי שווה בין רשת כלכלית חזקה ובין יורשיה של אישה זקנה, הגיע בשלב הדיון בבית המשפט העליון למאבק בין כוחות שקולים, שאל מול "משען" עומדים לא רק יורשיה של גב' מילגרום, אלא גם המדינה (בדמות היועץ המשפטי לממשלה) וארגון צרכנים בעל מעמד (המועצה הישראלית לצרכנות). הגם שבסופו של דבר לא הצטרף להליך המשפטי שום ארגון זכויות גמלאים או זקנים דווקא, הקואליציה המעניינת של ארגון צרכני עם היועץ המשפטי לממשלה ועם קרובי המשפחה של המנוחה, בהחלט שיקף עצמה וכוחות משפטיים אנטי-גילניים משמעותיים.

5. לסיכום

פסק הדין בבית המשפט העליון בפרשת מילגרום לכאורה מהווה לכאורה tour de force של גישה אנטי-גילנית: בשלב ההליך בבית המשפט העליון התייצבה בפני בית המשפט קואליציה מרשימה שכללה את יורשי המנוחה, את המדינה באמצעות היועץ המשפטי לממשלה ואת המועצה הישראלית לצרכנות. בית המשפט לא רק שביטא מודעות להקשר הייחודי של תופעת המיסוד של אוכלוסיית הזקנים, אלא שאף עשה שימוש בפסק דינו בתפיסה שהנה אוניברסלית, ואינה ייחודית רק לזקנים. זאת, כדי להגיע לתוצאה שהיא תוצאה מעצימה ומנרמלת: תוצאה המאפשרת לזקנים לקבל החלטות חוזיות-כלכליות על בסיס ידע, ושוללת מבתי האבות לעצב חוזים באופן המונע מידע חיוני הנדרש לשם קבלת

155 הגם שבית המשפט העליון קיבל את הסיכומים שהגישה המועצה הישראלית לצרכנות והתייחס אליהם, הוא בחר שלא להכריע בסוגיית הצטרפותה הפורמלית כצד להליך. ראו שם, בעמ' 152.

156 למעשה, היועץ המשפטי לממשלה הוזמן כבר בשלב הראשוני של התביעה בבית משפט השלום, אך לא הספיק להגיש את עמדתו (ראו פרשת מילגרום, שם). יצוין כי הזמנתו של היועץ המשפטי לממשלה נדרשת על פי ס' 20 לחוק החוזים האחידים בכלל עת שנטען כי סעיף בחוזה אחיד הוא סעיף מקפח.

החלטות רציונליות¹⁵⁷. אולם גם במקרה זה, נדמה כי בית המשפט העליון "מתח" לעתים את הרטוריקה המשפטית אל מעבר לגבולות הניטרליים, ונוזקק לתיאורים גילניים, שציירו והדגישו את חולשתם של הזקנים אף מעבר לנדרש בנסיבות העניין.

ח. פרשת שחם, אחריות משפחתית והזכות לאשפוז סיעודי ממושך

פסק הדין האחרון שננתח עוסק בזכות יסוד נוספת של אוכלוסיית הזקנים בישראל: הזכות לאשפוז סיעודי ממושך. פסק הדין שנדון בו בחלק זה תוקף את הזכות מזווית מבט משפטית ייחודית: לא מתוך זווית המבט של הזקנים, אלא מזווית מבט של בני המשפחה, שמכוח החוק הישראלי מוטל על כתפיהם הנטל הכלכלי הכרוך באשפוז הממושך של הוריהם הזקנים.

1. עובדות המקרה והכרעת השופטים

גם פרשת שחם¹⁵⁸ לא הייתה הראשונה שניסתה לתקוף את חוקיות ההסדרה המשפטית של הזכות לאשפוז סיעודי ממושך של קשישים בישראל¹⁵⁹. עם זאת, הייתה זאת הפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון הביע את עמדתו לגופו של עניין באחת הסוגיות המרכזיות בתחום זכויות הזקנים. סיפור המעשה הוא סיפור מוכר וידוע, המתרחש זה שנים ארוכות לעשרות אלפי משפחות שלהן הורה זקן וסיעודי הנוזקק לאשפוז סיעודי ממושך: מר אברהם פינקלשטיין ז"ל אושפז בשנת 2002 בבית חולים. במהלך האשפוז קבעו הרופאים כי אברהם הוא מקרה סיעודי, וכי הוא זקוק להשגחה ולטיפול מסביב לשעון. למר פינקלשטיין היו שלושה בנים: האחד, כל הכנסתו הייתה פנסיה זעומה; השני התגורר מחוץ לישראל; והשלישי – העותר – אריה שחם. על מנת לממן את האשפוז הסיעודי של אביו, פנה העותר למשרד הבריאות בבקשה להכיר באביו כזכאי לתמיכת המשרד. משרד הבריאות הכיר באב כחולה סיעודי, ובעקבות כך דרש לקבל מהעותר ומאחיו הצהרות בדבר מצבם

157 לפירוט מעמיק יותר על אודות החשיבות של "המעגל האוניברסלי" בכל הנוגע ליחס החוקי כלפי האוכלוסייה הזקנה ראו אצל ישראל דורון. "החוק וההגנה על זכויות הזקנים בישראל: מודל רב ממדי" גרונטולוגיה 29 (3) 37 (2002).

158 פרשת שחם, לעיל ה"ש 59.

159 ראו לדוגמה דב"ע 1-7/98 לאור נ' מדינת ישראל (משרד הבריאות), פד"ע לב 301 (1998); וכן ראו בג"ץ 7031/98 לאור נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 22.2.1999). בשני המקרים נדחו טיעוני העותר כנגד חוקיות הסדר מימון האשפוז הסיעודי הממושך.

הכלכלי. בעקבות בדיקת מצבם הכלכלי של האחים, קבע משרד הבריאות כי חלוקת הנטל של מימון עלות השהות של האב במוסד הסייעודי תהיה כדלקמן: האב הזקן ישתתף בסך 3,547 ש"ח, העותר ב-4,995 ש"ח והאח ראובן ב-775 ש"ח. העותר סבר שהחיוב בלתי חוקי, ולכן ערער על גובהו. בנוסף לכך, הוא הגיש עתירה לבג"ץ על עצם החיוב. טרם מתן פסק הדין האב נפטר¹⁶⁰.

עיקר טענותיו של העותר נסובו סביב שאלת הסמכות וסביב שאלת החוקתיות של חיובו הכספי: העותר טען בפני בית המשפט העליון כי אין למשרד הבריאות הסמכות החוקית לחייב את בני משפחתו של חולה סיעודי לממן את האשפוז או הסמכות לחייב את אחד מבני המשפחה בתשלומים שהוטלו על בן משפחה אחר. לחלופין טען העותר כי הסמכות לקבוע את היקף השתתפותה של משפחת החולה ניתנה לבית המשפט לענייני משפחה בלבד, במסגרת סמכותו לקבוע דמי מזונות מכוח החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959 (להלן: "חוק המזונות"). העותר המשיך וטען עוד כי התניית מימון אשפוזו של חולה בהשתתפות בני משפחתו סותרת את רוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הואיל והיא מותירה את החולה נתון לחסדיהם של אחרים, לדוגמה כאשר סירובו של בן משפחה אחד להשתתף במימון עלולה לסכל את האשפוז כליל¹⁶¹.

משרד הבריאות מצדו טען מנגד כי הסמכות לקבוע את הנוהל הקיים בדבר השתתפותם של בני משפחה במימון האשפוז וכן את האופן שבו נקבע שיעורה של ההשתתפות, מקורה בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: "חוק ביטוח בריאות") אשר העניק מעמד של חוק לנהלים מסוימים אשר קדמו לחקיקתו, ובהם הנהלים לעניין השתתפות המשפחה בעלות אשפוזו של חולה סיעודי. לטעמו של המשיב, נוהלי משרד הבריאות מבטאים מדיניות נכונה, שלפיה הוצאתו של כסף מהקופה הציבורית תיעשה רק לאחר שיתברר כי המועמד לאשפוז, בן או בת זוגו וילדיו אינם יכולים לממן את הוצאות האשפוז. להשקפת המשיב, חישוב השתתפות המשפחה נעשה מתוך ראייה שהיא מהווה תא אחד. השורה התחתונה הייתה גילנית: בית המשפט העליון דחה את העתירה פה אחד (פסק הדין המהותי ניתן על ידי השופט א' לוי, שאליו הצטרפו בהסכמה השופטים ביניש וג'ובראן) וקבע כי החיוב שהושת על העותר היה חוקי. בית המשפט פתח את הכרעתו בניחוח הוראות חוק ביטוח בריאות, והסביר (תוך הפניה לתוספת השלישית¹⁶²) כיצד בחוק

160 פרשת שחם, לעיל ה"ש 59, בעמ' 388.

161 שם, בעמ' 389. העותר העלה גם טענות משפטיות נוספות בנוגע לסמכות לחייב אותו לשלם את דמי הכניסה למסגרת המוסדית, וכן בנוגע ליחס שבין הוראות ביטוח הסייעוד בחוק המוסד לביטוח לאומי ובין הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי בכל הנוגע לסמכות לחייב בני משפחה בתשלום דמי האשפוז הסייעודי הממושך.

162 ס' 2 לחוק ביטוח בריאות.

עצמו נקבע כי האשפוז הסיעודי הגריאטרי הממושך ימשיך להיות מסופק על ידי המדינה, כפי שסופק על ידה ערב חקיקת החוק. וכפי שבית המשפט המשיך והסביר:

“לסעיף זה הוסיף המחוקק הערה שנודעת לה חשיבות לענייננו, לאמור: **‘שירותי האשפוז ניתנים בהשתתפות המאושפז או משפחתו בעלות הטיפול’**. מלשון ברורה ומפורשת זו עולה כי בצד הזכות לעניין אשפוזם של חולים סיעודיים גריאטריים באחריות המדינה, קבע המחוקק **חובה**, ולפיה ישתתפו המאושפז עצמו ובני משפחתו בעלות האשפוז”¹⁶³.

בית המשפט המשיך והתייחס לטיעון החוקתי, ונתן מענה באופן הבא באשר להיקף הזכות לאשפוז:

“הזכאות לאשפוז הינה זכות חברתית שהכול מסכימים כי חשיבותה רבה, אולם הואיל ואין לך חברה שמשאביה אינם מוגבלים, גם יישומה של זכות זו כפוף למסגרת תקציבית [...] לעניין זה כבר נפסק כי “אין רשות, הפועלת בחברה על-פי חוק, רשאית ויכולה להתעלם מאילוצי תקציב ולספק שירותים ללא חשבון, ותהא חשיבותם של השירותים רבה וחיונית ככל שתהא [...] חוק ביטוח בריאות לא קבע כי חולה סיעודי יאושפז ללא תנאי. אדרבה, לנוכח המגבלות התקציביות שבמסגרתן המשיב פועל, נראה כי אחת מהנחות היסוד שהנחו את המחוקק בחוק בטיחות בריאות הייתה שלא כל הזקוק לאשפוז סיעודי יוכל לקבלו. מכאן, וכדי להגדיל את מספרם של החולים הסיעודיים אשר יזכו לאשפוז, לא היה מנוס מלהרחיב את מעגל ה”מממנים” של שירות זה [...] להשקפתי, בהחלטה זו לא נפל פגם כלשהו, וממילא אינני סבור כי הוכחה עילה להתערבותו של בית-משפט זה. אדרבה, ההחלטה מבטאת איזון הולם של כל השיקולים שעליהם הייתה הרשות חייבת לתת את דעתה, ועל-כן היא החלטה נכונה, סבירה ושוויונית”¹⁶⁴.

לבסוף, בית המשפט דחה גם את טענת העותר שלפיה על משרד הבריאות לנהוג מכוח חוק המזונות, שכן לשיטתו מקור החיוב הוא חוק ביטוח בריאות, ולפיכך אין להיזקק בהקשר זה לחוק המזונות¹⁶⁵. בסיומו של דבר, נותר אפוא חיובו של העותר על כנו, וחשוב מכך,

163 פרשת **שחם**, לעיל ה”ש 59, בעמ’ 391.

164 שם, בעמ’ 393–394.

165 עמ’ 395.

נותר על כנו ההסדר החוקי שלפיו הזכות לאשפוז ממושך של זקנים כפופה להשתתפות בני משפחתם בעלות האשפוז.

2. ההקשר החברתי והמשפטי

נכון לשנת 2004 היו קיימות בישראל כ-18,337 מיטות לאשפוז סיעודי ממושך בכ-320 מוסדות. הבעלות על המיטות הייתה ברובה פרטית (53%). כל יתר המיטות היו בבעלות ציבורית (38%), בבעלות ממשלתית (6%) ובבעלות קופות חולים, מיסיון ואחרות (3%)¹⁶⁶. בשל העלויות הגבוהות של אשפוז סיעודי ממושך ולנוכח מצבם הכלכלי הקשה, זקנים רבים פונים למשרד הבריאות על מנת לקבל "קוד" (הקצאת הכספים מטעם משרד הבריאות), ועל כן למעלה מ-70% מהמיטות בענף זה ממומנות על ידיו. מדובר אפוא בענף רפואי שהוא רובו ככולו מאוכלס על ידי אנשים שאין בידם היכולת הכלכלית לממן את הוצאות האשפוז, ולפיכך הם תלויים בתמיכת המדינה ובתמיכת בני משפחתם כדי לקבל את הטיפול הרפואי ההולם במסגרת הרפואית המתאימה.

ברם, מאז שנות השמונים של המאה הקודמת, הופנתה תשומת לבו של מבקר המדינה לתחום הטיפול בזקנים¹⁶⁷. במשך שנים רבות חזר מבקר המדינה והתריע על מצוקת האשפוז הסיעודי המוסדי, על הליקויים בניהול הפיקוח על המוסדות ועל הרמה המקצועית הבלתי מספקת של המטפלים בקשישים. במשך שנים ארוכות אחת הבעיות המרכזיות הייתה תופעת הממתנים לסידור מוסדי¹⁶⁸. כך למשל בשנת 1986 אושרו 4,359 בקשות לאשפוז מתוך 6,219 (70%). מתוכן אושפזו בפועל 2,344 זקנים בלבד (54%), ואילו הנותרים (46%) המתנינו עד שיימצא להם סידור מוסדי¹⁶⁹. בדצמבר 1997, הגיע מספר הממתנים לאשפוז סיעודי ל-2,772 מתוך 7,145 זקנים סיעודיים שאושפזו באמצעות

166 זאת, על פי הנתונים בדוחות האגף לגריאטריה במשרד הבריאות כפי שמפורסמים באתר האינטרנט של משרד הבריאות: www.health.gov.il (להלן: "אתר משרד הבריאות"). ובעניין זה ראו גם אצל יוסף קטן "תהליכי הפרטה במערכת שירותי הרווחה לזקנים – תמונת מצב ולקחים ראשוניים" הפוליטיקה של הזיקנה: האוכלוסיה המבוגרת בישראל בסדר העדיפות הלאומית (יצחק בריק עורך, 2002) (הספר להלן: "הפוליטיקה של הזיקנה").

167 ראו מבקר המדינה דוח שנתי 38 לשנת 1987 (1988). וראו גם מבקר המדינה דוח שנתי 48 לשנת 1997 (1998).

168 ראו חוה גולנדר ונילי טבק "בעין בוחנת: שוק הבריאות של הזיקנה – כלכלה וקלקלה" הפוליטיקה של הזיקנה, לעיל ה"ש 169, בעמ' 142–172 (להלן: גולנדר וטבק "בעין בוחנת") נכון לשנת 2004 רשימת ההמתנה כללה 2,545 ממתנים. ראו דוח אגף הגריאטריה לשנת 2004, אתר משרד הבריאות, לעיל ה"ש 169.

169 מבקר המדינה, 1998, לעיל הערה 167.

“קודים”, אף שכמחצית מהממתינים השלימו את כל ההליכים המנהליים הכרוכים באשפוז. תקופת האשפוז באותה עת הייתה ממושכת ביותר, והגיעה לעתים אף לכדי שנה¹⁷⁰. התוצאה הייתה שזקנים רבים המתינו בתנאים קשים ביותר, בסבל רב, באיכות חיים ירודה וללא טיפול ראוי בביתם או במסגרות אחרות שאינן מתאימות למצבם הבריאותי. כך הגדיר את המצב מבקר המדינה: “ההמתנה הממושכת גוררת עמה סבל רב ופוגעת באינטרסים של הנזקקים. משפחות שאינן מסוגלות לעמוד בנטל הפיזי, הנפשי והכספי, מחפשות לעיתים פתרון חלופי וזול, שלא תמיד תואם את טובת החולה”¹⁷¹.

אחת הסיבות העיקריות לתופעת ההמתנה הייתה הקצאת משאבים בלתי מספקת על ידי המדינה לטובת תקציב האשפוז הסיעודי הממושך במשרד הבריאות. כך תוארה המציאות בתחום על ידי ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת מערכת הבריאות, הידועה גם כ”ועדת נתניהו” (להלן: “ועדת נתניהו”):

“הוצאות האשפוז הסיעודי [חלות] על החולה עצמו. חולים שאין ביכולתם לשאת בתשלום, נקבעת מידת השתתפותם על פי טבלת זכאות שערך משרד הבריאות. כך נוצר מצב, שמבוטחי קופות חולים, שבערוב ימיהם הפכו לחולים כרוניים, אינם יכולים להיעזר – דווקא בשעת משבר – בביטוח הרפואי שעבורו שילמו סכומים לא מבוטלים במשך עשרות שנים”¹⁷².

בעקבות מציאות עגומה זו, המלצתה של ועדת נתניהו הייתה: “לכלול בשירותי הבריאות הציבוריים את מכלול שירותי הבריאות לקשישים, כולל שירותי מניעה, אשפוז של חולים תשושים וחולים סיעודיים. הקופות תהיינה חייבות לספק שירותים אלה”¹⁷³.

אף שהוועדה סברה שגם בהסדר זה עדיין יהיה מקום להשתתפות המשפחה, היה מדובר בהמלצה שבמהותה ביקשה לשנות את ההסדר הקיים ולעגן את הזכות לאשפוז סיעודי ממושך כחלק מהזכות הכללית לבריאות, ולא כ”חסד” שתלוי בכל שנה במשאבי המדינה וביכולתו של שר הבריאות לגייס משאבים למשרדו. ואכן, כשנחקק חוק ביטוח בריאות הוא עוצב מלכתחילה מתוך כוונה שלאחר תקופת מעבר, האחריות לאשפוז הסיעודי הממושך תעבור ממשרד הבריאות לידי קופות החולים, ותשתלב כחלק מסל שירותי הבריאות.

170 גולנדר וטבק, לעיל ה”ש 168, בעמ’ 148.

171 מבקר המדינה, 1998, לעיל ה”ש 167, בעמ’ 183.

172 דוח ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת תיפקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל בראשות כב’ השופטת שושנה נתניהו, כרך ראשון בעמ’ 408 (1990). ירושלים: המדפיס הממשלתי.

173 שם, בעמ’ 423.

שירותי בריאות שלהם זכאי כל תושב בישראל לקבל מקופת החולים שאליה הוא שייך, ללא תלות בתקציב השנתי של משרד הבריאות. בפועל, ובעקבות תיקון לחוק, עד היום הדבר לא התרחש¹⁷⁴.

לבסוף, יש לזכור כי הטלת אחריות המימון הסיעודי הממושך על בני המשפחה לא רק שמפלה בין חולים סיעודיים זקנים לכל יתר אוכלוסיית החולים במדינה¹⁷⁵, אלא שהיא גם לא נחשבת כחלוקה צודקת מבחינת צדק חלוקתי ואף סותרת את ערכי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההסדר אינו צודק מבחינה חלוקתית במובן זה שהוא מחלק את הנטל הכלכלי הטמון בטיפול הרפואי באופן רגרסיבי: זקנים עשירים, שלהם במקרים רבים גם ילדים עשירים, כלל אינם נזקקים לתמיכת המדינה, ולפיכך המדינה גם לא מטילה על ילדיהם כל נטל במימון אשפוזם; זקנים עניים לעומת זאת, שבמקרים רבים יש להם גם ילדים עניים או ממעמד הביניים, לא מסוגלים לממן את אשפוזם בכוחות עצמם, והמדינה מטילה את העומס על ילדיהם. בכך למעשה מטילה המדינה על המשפחות העניות "מס בריאות" נוסף, מס שבני המשפחה של הזקנים העשירים משוחררים ממנו לחלוטין. כמו כן, ההסדר סותר את ערכי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא רק בהקשר של הפגיעה בזכות לבריאות כחלק מ"כבוד האדם", אלא גם בהקשר של הפיכתו של אדם תלוי בחסדי ילדיו בעת זקנתו. דבר זה עומד בסתירה לעקרון הליברלי שלפיו האינדיבידואל, היחיד, הוא האחראי על חייו, על חירותו ועל זכויותיו, כל זאת ללא תלות או זיקה הכרחית לקשריו המשפחתיים או החברתיים.

בפסק הדין עצמו אין אף מילה על כל השיקולים הללו: לא מוזכרת רשימת ההמתנה; לא ניתן כמעט משקל למשמעות הקשה הכרוכה בכך שלמעשה אין לקשישים בישראל זכות לאשפוז סיעודי ממושך; ואין שום התייחסות למשמעות החברתית-כלכלית של הטלת נטל עלות האשפוז הסיעודי הממושך על בני המשפחה של זקנים עניים. בית המשפט מתעלם מההקשר הכולל שבמסגרתו מוגשת העתירה, ומוצא מפלט בשיח משפטי פורמליסטי בסגנון "והרי מן המפורסמות הוא שבית-המשפט אינו נוטה להתערב בסדרי עדיפות אשר נקבעו על-ידי רשות מינהלית"¹⁷⁶.

3. שפה, לשון וערכים

174 ראו בנדון אצל כרמל שלו **בריאות, משפט וזכויות אדם** 101–100 (2003). ראו גם אצל ישראל דורון "זיקנה וזכויות כלכליות וחברתיות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 913–914.

175 **בריאות, משפט וזכויות אדם**, שם, בעמ' 102.

176 פרשת **שחם**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 393.

בפסק הדין גופו כמעט שאין התייחסות לזקנים, להזדקנות או לחולים עצמם. כפי שתואר לעיל, בדיון על אודות ההתייחסות (או יותר נכון – חוסר ההתייחסות) להקשר הכללי, השיח הוא שיח משפטי, הממוקד בהוראות ובהסדרים חוקיים. שיח אשר נמנע כמעט לחלוטין מלנקוט עמדות ערכיות בכלל, או עמדות כלפי זקנים בפרט. עם זאת, באחת הפסקאות המרכזיות הנוגעות לממד החוקתי של ההסדר הנדון, ניתן לזהות שתי מגמות סותרות. **מחד גיסא**, ניתן לטעון כי בעצם התפיסה של בית המשפט שלפיה אין כל פגם בכך שבשונה מכל חולה אחר – חולה זקן נתון לחסדי היכולות הכלכליות של בני משפחתו – יש ביטוי לתפיסה גילנית. כדברי בית המשפט:

”כדי להגדיל את מספרם של החולים הסיעודיים אשר יזכו לאשפוז, לא היה מנוס מלהרחיב את מעגל ה'מממנים' של שירות זה ולכלול בו גם את מי שמתקיימים בהם שני אלה: זיקה משפחתית קרובה לחולה (בן-זוג, בנים ובנות), ונמצא כי מבחינה כלכלית יכולים הם לשאת בנטל המימון, לפחות בחלקו”¹⁷⁷.

מדוע “לא היה מנוס” מלהרחיב את מעגל המממנים של השירות הגריאטרי דווקא, אך היה מנוס מלהימנע מלהרחיב את מעגל המממנים לכל יתר חלקי האוכלוסייה? מדוע הפליה זו והבחנה חוקית זו נתפסות על ידי בית המשפט כ”מבטא[ן]ת איזון הולם של כל השיקולים שעליהם הייתה הרשות חייבת לתת את דעתה, ועל-כן היא החלטה נכונה, סבירה ושוויונית”¹⁷⁸. האם בית המשפט היה אומר דברים דומים, אילו לדוגמה, אשפוז ממושך של גברים היה מכוסה על ידי חוק ביטוח הבריאות, ואשפוז ממושך של נשים היה כפוף למימון עצמי של נשים ו/או של בעליהן ו/או של בני משפחתן? יתרה מכך: הדברים גם עומדים בסתירה להמלצות דוח ועדת נתניהו, ואילו היה חפץ בכך, היה יכול בית המשפט לכל הפחות להעמיד הסדרה חוקית זו במבחן פסקת ההגבלה בשל הפגיעה בכבוד האדם. בעצם הימנעותו מלעשות כן, ובקלות היחסית שבה הרכין את ראשו ואימץ מדיניות של חוסר התערבות על פני מה שנראה כמדיניות ברורה הפוגעת בזכויות האוכלוסייה הזקנה, יש משום ביטוי למדיניות שיפוטית גילנית.

מאידך גיסא, בית המשפט מביע גם עמדה אנטי-גילנית בכל הנוגע למצב הרצוי:

”אפשר, ואולי אף רצוי כי ייקבע הסדר שלפיו מבוטח שעמד בחיוביו על-פי חוק ביטוח בריאות יהיה זכאי לאשפוז סיעודי במימון מלא של המדינה, כדי

177 שם, בעמ' 394.

178 שם.

שלא יהיה נתון לחסדיהם של אחרים, ובדרך זו יישמר כבודו כאדם. אולם ההסדר הנוכחי מקורו בחקיקה ראשית, וככזה כל שינוי בו הוא עניין שעל המחוקק לתת עליו את דעתו, וכל עוד לא עשה זאת, קצרה ידו של בית- המשפט מלהושיע"¹⁷⁹.

גם אם ניתן להיות ביקורתיים כלפי אמירתו של בית המשפט כי "קצרה ידו מלהושיע", עדיין יש לזקוף לכף הזכות את הבעת העמדה הערכית שלפיה המצב הנוכחי, שבו זכותם של זקנים לאשפוז סיעודי ממושך תלויה ב"חסדיהם של אחרים", מהווה משום פגיעה בכבוד האדם. לפחות בניחות הגילני, יש בנקיטת עמדה המבקשת – לפחות ברמת ה"ראוי" – להעניק לזקנים הסיעודיים חופש מתלות בבני משפחותיהם, משום גישה שהיא אנטי- גילנית ומעצימה. עמדה כזאת מכירה בכך שראוי להם לחולים הסיעודיים והזקנים לא להיות תלויים בבני משפחותיהם, אלא להיות עצמאיים ואוטונומיים בעניין זכותם לקבל אשפוז סיעודי ממושך¹⁸⁰.

4. הצדדים

בשונה מכל יתר פסקי הדין שנדונו עד כה, הצדדים בפרשת **שחם** – לפחות פורמלית – היו שניים בלבד: בנו של הזקן, והמדינה. האב הזקן עצמו נפטר בתקופה שבין הגשת העתירה למתן פסק הדין. העותר עצמו – שלו היו עוד שני אחים – היה למעשה בודד במערכה: אח אחד אינו בארץ, ואח אחר הנו חסר אמצעים בעצמו. העותר לקח על עצמו לנהל מלחמה אישית, מבלי שגורם כלשהו מקהילת זכויות הזקנים או קהילת זכויות האדם טרח להצטרף או לתמוך במאבקו. התוצאה הייתה מאבק בלתי שוויוני לחלוטין: מצד אחד – בן בוגר לאב זקן וסיעודי (שקולו עצמו נדם ולא נשמע למעשה מפאת מותו), המייצג את עצמו בעזרת משאביו האישיים העצמיים. אדם אשר בקלות יכול להצטייר כמי שמנהל מאבק כלכלי- אגואיסטי על מנת "להתחמק" מלשאת בנטל הכלכלי של דאגה לאביו; ומן הצד האחר – מדינת ישראל, עם כל משאביה ופרקליטיה, אשר בקלות יכולה להצטייר כמי שפועלת באופן סביר, במסגרת משאבים כלכליים מוגבלים, לספק את מירב השירותים האפשריים

179 שם, בעמ' 394.

180 ניתן גם לציין לזכותו של בית המשפט כי גם נמנע מלאמץ רטוריקה מילולית אשר מבקשת לשבח את חובת האחיות המשפחתית – רטוריקה שאומצה במקרים מסוימים בעבר על ידי בית המשפט העליון. ראו לדוגמה דברי השופט חיים כהן בע"א 261/67 לוי נ' לוי, פ"ד כא(2) 499, 504 (1967), אשר אף צוטטו בהזדמנויות אחרות על ידי בית משפט אחרים, ראו לדוגמה פרשת תמ"ש (ת"א) 51360/96 כהן נ' כהן (פורסם בנבו, 16.2.1998).

לקבוצה גדולה ככל הניתן של זקנים סיעודיים. אין ספק בעינינו כי אילו היו מצטרפים לעתירה גופים נוספים, כגון ארגוני זכויות אזרח, ארגוני זכויות זקנים או ארגוני זכויות חולים, גם אם הדבר לא היה בהכרח משנה את התוצאה, בית המשפט היה לפחות מתייחס לסוגיות המשפטיות בהקשרן הרחב יותר.

5. סיכום פרשת שחם

המאפיין העיקרי של פרשת שחם הוא ה"עיוורון" המשפטי של פסק הדין להקשר החברתי-משפטי שבו עוסקת העתירה. אמנם בית המשפט בחן את העתירה מזווית המבט של חוקיות הטלת חובת מימון האשפוז הסיעודי הממושך של זקנים על ילדיהם הבוגרים, אולם השאלה האמיתית שהייתה ראויה לדיון היא זכותם של הזקנים לבריאות, ו"הדרתם" המשפטית ממערך הזכות החיובית לבריאות במסגרתו של חוק ביטוח הבריאות. בפרספקטיבה של זכויותיהם של הזקנים במדינת ישראל, מדובר באחת הסוגיות המשמעותיות ביותר לאוכלוסיית הזקנים: זכותם לאשפוז סיעודי ממושך כחלק מהזכות לבריאות.

ט. סיכום זמני: גילנות או אנטי-גילנות?

1. מגבלות הניתוח

בטרם נציג את מסקנותינו מהמחקר, ראוי לחזור ולהדגיש את מגבלותיו. כל ניסיון לתאר תמונה כוללת על אודות ההתנהלות או דפוס הפעולה של בית המשפט העליון בישראל על בסיס ניתוח של מספר מוגבל ומצומצם של מקרים, נידון לכישלון. עם זאת, בשל ראשוניותו של פרויקט זה, יש בו משום פריצת דרך שמאפשרת להצביע על כיווני מחשבה והמשך מחקר בעתיד. חשיבות המסקנות והממצאים שיוצגו בהמשך נעוצה לא בתוקף הסטטיסטי שלהם, אלא ביכולתם להצביע על נקודות עתידיות למחשבה ולתשומת לב, בעת כתיבה וקריאה של פסקי דין הנוגעים לזכויות הזקנים בישראל. כאמור, מגבלות המחקר אינן מאפשרות לומר בהכללה אם בית המשפט העליון הוא גילני או אנטי-גילני. עם זאת, הממצאים שתוארו עד כאן מאפשרים לשרטט כמה קווים מנחים, שיוכלו לשמש תשתית להמשך המחקר והדיון העתידיים בנושא.

2. אמביוולנטיות גילנית: ניתוח היסטורי-הליכי

כדי לנסות ולתאר תמונה כוללת כפי שזו משתקפת ממצאי מחקר זה, ניסינו לאגד את מכלול הממצאים שתוארו לעיל בטבלה אחת ומסכמת. הטבלה רצ"ב כטבלה 1. כפי שניתן לראות

גילנות ואנטי-גילנות בפסיקת בית המשפט העליון

בטבלה, לא ניתן לענות על השאלה אם בית המשפט העליון הוא גילני או אנטי-גילני בפסיקותיו, שכן התמונה היא מורכבת. לכל היותר, ניתן בשלב זה, ולאור הממצאים שתוארו עד כאן, לשרטט כמה קווים מנחים שיוכלו לשמש תשתית להמשך המחקר והדיון העתידיים בנושא.

טבלה 1: סיכום ממצאי המחקר

פרשת	מודעות לקונטקסט כללי	שפה / מינוחים / ערכים	הצדדים	"השורה התחתונה"
פרשת מנור	- גילנות היעדר ביטוי למודעות להקשר של עוני וזקנה	-/+ שפה ניטרלית לרוב	+ אנטי-גילנית: קואליציה חזקה של זקנים ו-NGO	- גילנית = הזקנים הפסידו, הקיצוץ וההקפאה של קצבאות הזקנה נותרו בעינם
פרשת רקנט	+ אנטי-גילנית מודעות להקשר של הפליה מטעמי גיל וחיוב פרישה מוקדמת	+ נטייה אנטי-גילנית: מחד גיסא – אנטי גילנות גבוהה, מאידך גיסא דעות גילניות	-/+ תמונה מעורבת: מחד גיסא – המבוגרים עצמם; מאידך גיסא – היעדר "קול" ל-NGOs והתנגדות ראשונית של ההסתדרות ושל התארגנות הדיילים הצעירים	+ אנטי-גילנית = הזקנים ניצחו וההפליה מטעמי גיל בוטלה
פרשת מילגרום	+ אנטי-גילנית מודעות להקשר הייחודי של מיסוד זקנים	+ נטייה אנטי-גילנית: למעט נטייה קלה לגילנות	+ אנטי-גילנית: קואליציה של יורשי המנוחה, היועמ"ש, וארגון זכויות צרכנים	+ אנטי-גילנית = הזקנים ניצחו, הסעיף המקפח בוטל
פרשת שחם	- גילנות = היעדר	-/+ שפה ניטרלית	- גילנית = קולם של	- גילנות = הזקנים

ובני משפחותיהם הפסידו, הזקנים עדיין תלויים במימון בני משפחתם ובמימון המדינה	הזקנים כקבוצה לא נשמע; בן המשפחה בודד במערכה נגד המדינה	לרוב	מוחלט של מודעות להקשר הכללי של הזכות לבריאות של זקנים	
---	---	------	---	--

– נטייה לגילנות; + = נטייה לאנטי-גילנות
 (NGO – הכוונה ל-Non-Governmental Organizations או לארגונים אזרחיים)

נדמה שהממצא הבולט ביותר של פסקי הדין במחקר זה הוא שאי-אפשר להכליל ולתייג את פסקי הדין של בית המשפט העליון, התבטאויות השופטים או ההכרעות לגופן, באופן גורף כנוטים יותר לגילנות או לאנטי-גילנות. בכל פסקי הדין, ללא הבדל בשאלה אם בסופו של דבר זכויות הזקנים זכו במערכה או הפסידו, הניתוח המעמיק של תוכני פסקי הדין מגלה אמביוולנטיות: שילוב של נטיות גילניות לצד נטיות אנטי-גילניות; מודעות להיבטים מסוימים של תופעת ההזדקנות בחברה הישראלית, לצד התעלמות מהיבטים ייחודיים אחרים או חוסר מודעות להם; אמירות אנטי-גילניות זהירות ומדודות לצד אמירות גורפות, סטראוטיפיות וגילניות; ולבסוף, קואליציות כוח אנטי-גילניות, המשקפות יכולות של זקנים וארגוני זכויות להילחם על זכויותיהם, לצד קואליציות ומוקדי כוח גילניים, המוכנים למאבק גילני כנגד האינטרסים של הזקנים.

אחד ההסברים האפשריים לאמביוולנטיות המשתקפת בפסקי הדין מצוי בניתוח הדברים בהקשר ההיסטורי-התפתחותי. המודעות במשפט הישראלי לתופעת הגילנות היא חדשה יחסית (ודוק, לא הגילנות היא החדשה: זו הייתה קיימת מאז ומעולם; אלא המודעות המשפטית לקיומה ולמאפייניה היא זו החדשה יחסית). התפתחות המשמעויות של תופעת הגילניות והפנמתן אינן עניין המתרחש בין-לילה, כי אם תהליך מתמשך. תהליך אשר במסגרתו נבנה באופן איטי אך מתמשך, גוף של פסיקה, גוף של תקדימים וגוף של ידע, שעליו אפשר לבנות ולהסתמך לאורך השנים. השופטים זמיר וביניש ציינו במפורש את היבט ההתפתחות במסגרת פסקי הדין שכתבו בפרשת **רקנט**, והשתמשו בו כבסיס לדעות המיעוט שלהם ולאמירותיהם הגילניות.

על פי הסבר זה, יש בהחלט מקום לאופטימיות: יש לצפות כי בחלוף השנים, ככל שהשיח הציבורי על אודות תופעת הגילנות יגבר, וככל שהחשיפה המשפטית לתחום והעיסוק בו יתרחבו – ממד האמביוולנטיות יצטמצם ותגבר הנטייה להפנים ולאמץ גישה אנטי-גילנית גלויה וברורה. גם להקשר הפוליטי הישראלי, לאמור זכייתה של מפלגת הגמלאים בשבעה מקומות בכנסת בבחירות האחרונות, יש תרומה להמשך התהליך ההתפתחותי בפיתוח מדיניות ואידאולוגיה אנטי-גילנית. ואכן, בפועל, אפשר לזהות הפנמה

ושימוש בהכרעות אנטי-גילניות בפסיקת בתי המשפט השונים בשנים האחרונות, וזאת בעקבות ההכרעות התקדימיות שנדונו במחקר זה. הסבר אחר לאמביוולנטיות הפסיקתית עשוי להיות נעוץ בעצם מורכבותה של תופעת הגילנות. כאמור, הספרות המדעית מצביעה על כך שבשונה מתופעות כדוגמת גזענות או סקסיזם, גילנות מתאפיינת בממדים ייחודיים ומורכבים. הקושי להמשיג את התופעה באופן ברור ולאפיינ אותה מבחינה חברתית, עשוי לגרור עמו גם אי-בהירות בשיח השיפוטי. ייתכן לפיכך כי בהקשר זה האתגר הוא העמקת ההבנה החברתית והמושגית של התופעה, דבר שיאפשר בסופו של דבר גם בהירות רבה יותר בנקיטת העמדה השיפוטית בתחום.

3. ליברליזם ואנטי-גילנות/סוציאליזם וגילנות: ניתוח חלופי

כאמור, ארבעת פסקי הדין שנותחו במחקר זה אינם מתיימרים להיות מדגם מייצג כלשהו. עם זאת, הם מאפשרים לזהות ברמה מסוימת, לפחות מבחינת התוצאה, חפיפה בין התוצאות הגילניות והאנטי-גילניות לבין חלוקה אחרת, מוכרת וידועה בשיח החוקתי הישראלי, והיא החלוקה בין זכויות פוליטיות ואזרחיות ובין זכויות חברתיות¹⁸¹. קל לזהות כי שני המאבקים המשפטיים שנבחנו במחקר זה, אשר בהם ניצחו "בשורה התחתונה" האינטרסים של אוכלוסיית הזקנים – היו מאבקים על זכויות שליליות: הזכות לשוויון בתעסוקה (פרשת **רקנט**) והזכות למידע שלם במסגרת חוזה אחיד (פרשת **מילגרומ**). גם בפרשת **רקנט** וגם בפרשת **מילגרומ**, הזכייה האנטי-גילנית, בסופו של ההליך המשפטי, לא הטילה שום נטל תקציבי נוסף על תקציב המדינה, ולא הטילה כל חובה מעשית על רשויות המדינה והחברה. במקרה של **רקנט** – התוצאה הטילה על חברת אל-על להמשיך ולהעסיק את דיילי האוויר עד גיל 65; ובמקרה של **מילגרומ** – התוצאה הטילה על הנהלות בתי האבות לתקן את החוזים שלהם ולהוסיף פירוט של מחיר האשפוז הממושך

181 רבות נכתב בשנים האחרונות על ההבחנה בין מעמדן של הזכויות האזרחיות-פוליטיות (שמכונות לעתים גם "זכויות שליליות") לבין מעמדן של הזכויות החברתיות (שמכונות גם "זכויות חיוביות"), במיוחד בהקשר הגורס כי לראשונות מעמד חוקתי עדיף בעידן של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיעדרו של חוק-יסוד: זכויות חברתיות. ראו לדיון על סוגיות אלה לדוגמה אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" **צדק חלוקתי בישראל** 79 (מנחם מאוטנר עורך, 2000); גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה: בטאון האגודה למשפט ולבטחון** ז' 65 (1999); וכן יוסף אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" **ספר ברנזון** כרך שני – בני סברה 45 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

במחלקות סיעודיות יחד עם מנגנון עדכון כלכלי. לעומת זאת, שתי הפרשות האחרות, פרשת **מנור** ופרשת **שחם**, אשר בשתייהן העתירות נדחו על ידי בית המשפט העליון – עסקו חזיתית בזכויות חברתיות: הזכות לביטחון סוציאלי בזקנה והזכות לבריאות בזקנה. אילו היו מתקבלות טענות העותרים בשתי פרשות אלה – התוצאה הייתה הטלת נטל כספי ישיר על תקציב המדינה: במקרה של פרשת **מנור** – החזרת הקיצוץ של 4%, ועדכון ראלי של קצבאות הזקנה לפי השכר הממוצע במשק ולא רק לפי מדד המחירים לצרכן; במקרה של שחם – "שחרור" בני המשפחה מדמי ההשתתפות במימון האשפוז הסיעודי של הוריהם הזקנים הייתה מחייבת הוספת עשרות מיליונים של שקלים לתקציב האשפוז הסיעודי הממושך של משרד הבריאות.

אין בכוונתנו לדון בתוקף ההבחנה דלעיל, שכן היא נדונה בהרחבה על ידי אחרים¹⁸², אשר הצביעו על הפער החוקתי הקיים בישראל בין זכויות חברתיות לבין זכויות פוליטיות ואזרחיות. נסתפק בכך שנאמר כי בניתוח גילני טהור – לפחות על פי ממצאי מחקר זה – אין חפיפה הכרחית בין מידת הגילנות של פסק הדין ובין סוג הזכויות שבו הוא עוסק. לדוגמה פרשת **מנור**, שתוצאתה היא לכאורה גילנית, מאופיינת גם בשיח וברטוריקה אנטי-גילניים: זהות העותרים הצביעה על יכולת התארגנות גבוהה של הזקנים, ואילו הרטוריקה המילולית של פסק הדין היא ניטרלית ברובה. לעומת זאת, פסק הדין בפרשת **רקנט**, על אף תוצאתו האנטי-גילנית, מגלם בחובו דווקא ממדים גילניים, כדוגמת הקואליציה שתמכה בהפליה מטעמי גיל בתחילת המאבק (קואליציה שכללה לא רק את חברת אל-על, אלא גם את ההסתדרות הכללית, ועד העובדים וקבוצת הדיילים הצעירים) ואמירות גילניות מצד השופטים זמיר וביניש. עם זאת, יהיה מעניין להמשיך ולעקוב בעתיד אחר פסיקות בתי המשפט בנושאים הנוגעים לזכויות הזקנים, ולבחון עד כמה ממשיך להתקיים מתאם בין שיח הגילנות לשיח הזכויות החברתיות.

4. על חשיבות זהות ה"שחקנים" בהליכים המשפטיים

אחד ההיבטים המעניינים העולים ממחקר זה הוא זהות העותרים. ממצאי המחקר עולה כי במאבקים משפטיים שעניינם זכויות זקנים אפשר למצוא ספקטרום רחב של צדדים המייצגים שלל אינטרסים: הזקנים עצמם; בני משפחותיהם; המדינה; הביטוח הלאומי; ההסתדרות הכללית; בתי אבות; ארגוני עובדים; וגופים פרטיים אחרים. בתוך מגוון הארגונים הללו – ובשונה לדוגמה, מקבוצות מוחלשות אחרות – אין בנמצא ארגון חוץ-משפטי שמוביל את המאבקים המשפטיים. כלומר, בשונה מקבוצת הנשים, שם אפשר

182 ש.ם.

לזהות לדוגמה את שדולת הנשים, כגוף חוץ-ממשלתי מוביל; או בשונה מהערכים, שם אפשר לזהות ארגון כמו עדאללה, כגוף חוץ-ממשלתי מוביל; אין בתחום זכויות הזקנים ארגון זכויות מוביל שנמצא כצד להליך, כידיד בית המשפט או כמייצג. בהקשר זה בולטת גם היעדרות האגודה לזכויות האזרח מהמאבקים שנסקרו דלעיל. ממצאים אלה אינם חדשים, וצוינו על ידי עורך מחקר זה בהזדמנויות נוספות¹⁸³. אכן, נכון שעצם המעורבות של ארגוני זכויות חוץ-ממשלתיים אינו מבטיח בהכרח זכייה במערכה (ופרשת **מנור** היא דוגמה טובה לכך), אולם עדיין יש בה כדי למנוע "עיוורון" קונטקסטואלי או פערי כוחות משפטיים, כמו אלו שנתגלו בפרשת **שחם**. יש לפיכך לקוות כי בעתיד, בעקבות הקמתם והרחבת פעילותם של גופים כדוגמת "עמותת המשפט בשירות הזקנה", "יד ריבה" ו"כף לזקן", והגברת פעילותם ומעורבותם בזירה המשפטית – מציאות זו תשתנה¹⁸⁴.

י. במקום סיכום: על האתגר העתידי

כאמור, אי-אפשר לתייג את פסיקת בית המשפט העליון, לפחות לא על פי מחקר זה, כגילנית או כאנטי-גילנית. לכל היותר אפשר לומר שהפסיקה מבטאת עידן של אמביוולנטיות של בית המשפט העליון כלפי תופעת הגילנות במשפט הישראלי. עם זאת, בהתבסס על ממצאי מחקר זה, אפשר לנסות ולעצב את האתגר לעתיד באמצעות הנקודות הבאות:

1. ראוי להגביר את הפעילות השיפוטית והמשפטית בתחום העמקת הידע והמודעות למהפכת הזקנה בקרב השופטים בישראל – בכלל, ובקרב שופטי בית המשפט העליון – בפרט. במסגרת זו חשוב להעמיק את ההכשרה והידע באשר לממדי תופעת הגילנות, לתכניה המורכבים ולהיותה לא פחות חמורה מאשר הפליה כלפי קבוצות מוחלשות אחרות כדוגמת נשים, מיעוטים או אנשים בעלי מוגבלות. התקווה היא כי עם חלוף הזמן "יחלחלו" ממדי הידע והמודעות הללו גם לתוככי פסקי הדין וההכרעות השיפוטיות, הן ברמת השפה והן ברמת התכנים¹⁸⁵.

183 ישראל דורון **משפט צדק וזיקנה** 194 (2007).

184 על מקומם ועל תפקידם של "שחקנים" ציבוריים בבית המשפט ראו יואב דותן "עורך-הדין, המטרה הציבורית והלקוח האינדיווידואלי – התבוננות אמפירית ראשונית בשאלת ההצלחה היחסית של עורכי-דין ציבוריים בבית-המשפט" **עיוני משפט** כג 697 (2000).

185 המלצה זו היא גם נגזרת של המלצותיה של ולרי ברת'זויט בכל הנוגע להפחתת תופעת הגילנות באמצעות מודעות ורגישות לתופעת הסטראוטיפיזציה של אוכלוסיית הזקנים. ראו Braithwaite, לעיל ה"ש 32, בעמ' 331.

2. ראוי לו לבית המשפט העליון, במסגרת דיוניו בעתירות או בתביעות הנוגעות להיבטים עקרוניים הנוגעים לאוכלוסייה הזקנה בישראל, להעמיק את הדיון בהקשר החברתי אשר במסגרתו מתרחש העימות המשפטי. בבחינת הסוגיה המשפטית הנוגעת לזכויות הזקנים יש להקפיד על מודעות לרב-גוניותה של אוכלוסייה זו, ולהימנע מהכללות סטראוטיפיות¹⁸⁶.
3. בשעה שבית המשפט העליון מתלבט בהכרעתו במקרה נתון, ראוי שבין יתר שיקוליו, יבחן גם עד כמה הכרעתו תיתן ביטוי לגילנות, לפטרנליזם ולהנצחת דעות קדומות כלפי זקנים באופן כללי. כך, עליו לשקול באיזו מידה יש במילים שבהם בחר להשתמש, במינוחים ובתייגים שאימץ ובהכרעה הערכית שבה בחר משום אמנציפציה, או שמא יש בהם משום המשך הדיכוי או היחס המתנשא והפטרנליסטי כלפי אנשים רק בשל גילם הכרונוולוגי.
4. גם כאשר יש בסיס והצדקה ענייניים לשימוש בשיח או בנתונים המצביעים על חולשה או על תלות ביחסי הכוחות החברתיים של הזקנים, עדיין על בית המשפט העליון לשקול אם אי-אפשר להגיע לתוצאה המשפטית המגנה על זכויות הזקנים גם ללא השימוש בממדי החולשה, אלא תוך שימוש בטיעונים משפטיים אוניברסליים.
- לבסוף, ראוי לו לבית המשפט העליון, במסגרת אימוץ מדיניות אנטי-גילנית, לוודא כי קולם האותנטי של הזקנים אכן מובא בפני בית המשפט, במקרים של דיונים משפטיים שיש להם השלכה על מעמדם בחברה הישראלית. הדבר יכול להיעשות על דרך צירוף ארגונים יציגים כצד להליך או כמעמד של "ידיד בית המשפט", או על דרך הטלת חובת צירוף בעלי הדין הנוגעים לעניין¹⁸⁷. עצם שמיעת קולם של הזקנים והבאת קול זה בחשבון בהליך קבלת ההחלטה על ידי בית המשפט, יש בה – כשלעצמה – ממד אנטי-גילני חשוב¹⁸⁸.

186 גם כאן, ההמלצה היא נגזרת מהמלצותיה של Braithwaite, שם.
 187 לעניין האפשרות לצרף ארגוני זכויות זקנים כ"ידיד בית המשפט" ראו ישראל דורון ומנאל תותר-ג'ובראן "לידתו והתפתחותו של 'ידיד בית-משפט' ישראלי" **עלי משפט** ה' 65 (2006).
 188 ראו המלצותיה של Braithwait, לעיל ה"ש 32.