

על העיוורון הגילני של בית המשפט העליון

ישראל דורון

תהליכי הזדקנותה של החברה הישראלית מעוררים שאלות וסוגיות בקשת מגוונת של הקשרים חברתיים ומדעיים. ברשימה קצרה זו אנו מבקשים להתמקד בהיבט שכמעט שלא זכה להתייחסות בכתיבה הישראלית עד היום: התייחסותו של בית המשפט העליון לאוכלוסייה הזקנה.

לתופעת ההזדקנות של החברה הישראלית שלוש סיבות עיקריות. הראשונה, נוגעת לעלייה המשמעותית בתוחלת החיים. ישראל היא אחת המדינות בה תוחלת החיים היא בין הגבוהות בעולם, כאשר תוחלת החיים בלידה לגברים יהודיים היא 78.3 שנים, ולנשים 82.3 שנים. תוחלת החיים בגיל 65 היא 19.9 שנים לנשים, וה-17.7 שנים לגברים (כלומר, אישה שהגיעה לגיל 65, צפויה לחיות עד גיל 85 בממוצע, וגבר – עד גיל 83). הסיבה השנייה נוגעת לירידה בשיעורי הילודה: שיעור הילודה נמדד, בין היתר, בכמות התינוקות לאישה, וכדי שחברה תוכל לשמור על גודלה, ללא שינוי, שיעור הילודה צריך לעמוד על כ-2.1 תינוקות לאישה. במדינת ישראל, ירד שיעור הילודה בהדרגה, לאורך השנים, ומשיעור ילודה של 4 תינוקות לאישה בשנת 1970, הוא הגיע ל-2.95 תינוקות לאישה בשנת 2003; הסיבה השלישית היא הגירה. בעוד שבדרך כלל הגירה היא מרכיב חברתי שמביא להצרת החברה, הרי שבמדינת ישראל, במסגרת גל העלייה מברית-המועצות לשעבר, בסוף שנות השמונים וראשית שנות התשעים של המאה הקודמת, עלו לישראל כ-151,800 עולים חדשים זקנים, שהיוו מרכיב דיספרופורציוני בעלייה בכללותה: 22% מכלל העולים באותה עלייה.

מ אז הקמת מדינת ישראל, עברה החברה הישראלית שינוי דמוגרפי מהותי. מחברה של צעירים אשר בנויה על אתוס המקדש את הגיל הצעיר, תוך כדי הנגדתו ליהודי הגלותי שדימויו כזקן וכפוף, הפכה, עם השנים, לחברה מזדקנת. כך לדוגמה, בסוף שנת 2005 מנתה אוכלוסיית ישראל 6.9 מיליון נפש, ואוכלוסיית הזקנים (בני ה-65 ומעלה) מנתה 693 אלף נפש. מאז 1955, גדלה אוכלוסיית המדינה פי 3.9, בעוד שאוכלוסיית הזקנים גדלה פי 8 (מ-85,200 ל-693,100 זקנים). כלומר, קצב הגידול של הזקנים היה כפול מזה של האוכלוסייה הכללית. כאמור, הגידול לא היה רק במספרים אלא גם במקומם היחסי בחברה: משנת 1955, עת הזקנים היוו 4.8% מכלל האוכלוסייה, הם הכפילו את מקומם היחסי בחברה הישראלית לכדי 9.9%, בסוף שנת 2005. באופן יותר קונקרטי, אוכלוסיית ה"יותר זקנים" ה"old old", בני ה-75 פלוס ובני ה-80 ומעלה, הם תת-הקבוצה שגדלה בקצב המהיר ביותר בחברה הישראלית. במבט לפנים, הזדקנותה של החברה הישראלית צפויה להמשיך ולהתקדם כך שבשנת 2025, שיעור הזקנים בישראל יעבור את ה-12% ויגיע לכדי 12.3% מכלל האוכלוסייה.

ד"ר ישראל (איסי) דורון, החוג לגרונטולוגיה ובית הספר לעבודה סוציאלית באוניברסיטת חיפה; יו"ר הוועד המנהל, עמותת המשפט בשירות הזקנה.

גם מבחינה כלכלית-חברתית, לתופעת ההזדקנות היו ויש השלכות סוציו-כלכליות משמעותיות ביותר על החברה הישראלית. כך לדוגמה, ניתן לציין את המשבר בקרנות הפנסיה ההסתדרותיות, אשר גרר בעקבותיו שינויים מרחיקי לכת בכל הנוגע להסדרה החוקית והכלכלית של הזכות לביטחון סוציאלי בזקנה, משבר שנגרם, בין היתר, כתוצאה מהעלייה בתוחלת החיים והשינוי הדרמטי ב"תמהיל" החברתי והיחס שבין עובדים צעירים וגמלאים, שתורמים או נתרמים (בהתאמה) מקרנות הפנסיה. 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). בשנת 1970, יחס התלות של הקשישים בישראל עמד על 135 קשישים על כל 1,000 אנשים בגילאי העבודה; יחס תלות זה עלה לכדי 178 קשישים על 1,000 אנשים בגילאי העבודה נכון לשנת 2005, והתחזית היא שבשנת 2025 יגיע נתון זה לכדי 237 על כל 1,000 אנשים. במבט לעתיד, מגמת הזדקנות זו תלך ותגבר, זאת למרות שישראל נחשבת עדיין לחברה צעירה יחסית לחברות מזדקנות כגון איטליה, שבדיה או יפן.

הפוגמות ביכולתם למתן עדות (דורון, 2001; 2007). התפתחויות אלה יצרו צורך בהסדרה משפטית ומעורבות ממשלתית. ואכן, לא בכדי ניתן לזהות, החל משנות השמונים, 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 האמריקאית הקימה ועדה ספציפית שכל תפקידה לעסוק בפיתוח תכני המשפט הנוגעים לזקנים; עורכי דין פרטיים בארצות-הברית הקימו איגוד פרופסיונלי עצמאי המאגד את כל עורכי הדין העוסקים בתחום המשפט והזקנה; פקולטות למשפטים החלו לתת קורסים בתחום, ויצרו כתיבת עת משפטיים שעוסקים, כל כולם, בתחום המשפט והזקנה; ארגוני זכויות חוץ-ממשלתיים הוקמו במטרה לתת ייעוץ וייצוג משפטי לזקנים חסרי יכולות; ולבסוף, הספרות המחקרית והתאורטית בתחום זכתה לפריחה ולהתפתחות ניכרת. בעשור האחרון, גם בישראל ניכרת התפתחות בתחום זה, אשר בדומה לצפון אמריקה באה לידי ביטוי בהקמתם של ארגונים חוץ-ממשלתיים (כדוגמת עמותת המשפט בשירות הזקנה), בפרסומים אקדמיים ופופולריים ובקורסים באקדמיה.

תופעת הגילנות (Ageism)

מושג הגילנות הוא מושג מורכב שלא קל להגדירו. אחת מדמויות המפתח בהקשר של פיתוח והגדרת גבולותיו של המושג הוא ד"ר רוברט בטלר, מי שהיה המנהל הראשון של המכון הלאומי לזקנה בארצות-הברית, שגיבש באופן קונצפטואלי ותאורטי ואף טבע את מטבע הלשון ageism. הוא החל בכך שניסה לתאר את התכנים של ההבניה החברתית השלילית של הזקן. להלן ה"תמונה" השלילית הקלסית של דמות הזקן, כפי שצייר אותה ד"ר בטלר (1975) (בתרגום חופשי שלי. י"ד):

האדם הזקן חושב ונע לאט. הוא לא חושב כמו שחשב בעבר והוא לא יצירתי כמו בעבר. הוא סגור בתוך עצמו ובעברו, ואינו יכול יותר להשתנות או לצמוח. הוא אינו מסוגל ללמוד טוב או מהר, וגם אם יכול – הוא אינו רוצה. כבול למסורות האישיות של עצמו לשמרנותו, הוא אינו אוהב חידושים או רעיונות חדשניים. לא זו בלבד שאינו מתקדם, הוא נסוג לאחור. הוא נכנס לילדות שנייה, שבוי באגוצנטריות מתגברת ודורש יותר מסביבתו ממה שהוא מוכן לתורם לה... הוא חי בעבר. הוא מאחורי הזמן. הוא חסר מטרה, רוחו משוטטת... הוא תמונה של כישלון פיזי ונפשי. הוא איבד ואינו יכול להחליף חברים, בן/בת זוג, מקום עבודה, מעמד, כוח, השפעה, הכנסה... העניין והפעילות שלו בכל הנוגע במין – בירידה. גופו מצטמק,

הזדקנות חברה ועולם המשפט

מה הקשר בין הזדקנותה של החברה לעולם המשפט? או במילים אחרות, למה השינוי הדמוגרפי בכיוון הזקנה צריך לעניין את בית המשפט העליון? שהרי עצם השינוי בהרכב הדמוגרפי של החברה האנושית אין בו כשלעצמו, לכאורה, כדי לגרום לשינוי בכללים המשפטיים. ברם, ניתן לחשוב על הקשרים רבים אשר בגינם, די בנקל, הזדקנותה של החברה האנושית יכולה להשפיע או להקרין על מערכת המשפט. כך לדוגמה, מבחינה כלכלית, קיומה של אוכלוסייה גדלה והולכת בעלת צרכים משפטיים ומשאבים כלכליים, יכולה לעורר צורך בשירותים משפטיים, ביקוש אשר מצדו מחייב רגולציה ומעורבות ממשלתית. במסגרת צרכים חדשים אלה ניתן להזכיר, לדוגמה, התפתחות קשת מגוונת של כלי תכנון משפטיים לקראת זקנה, הן בהקשר הכלכלי (כדוגמת יפויי כוח מתמשכים, ביטוחי סיעוד פרטיים, או הסכמי נאמנות), והן בהקשר הרפואי (כדוגמת הנחיות רפואיות מקדימות או יפויי כוח מתמשכים מכוח חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005). ניתן גם לתת דוגמאות רבות נוספות, החל מצרכים משפטיים חדשים עקב הזדקנות אוכלוסיית האסירים בבתי הכלא, דרך ההסדרה המשפטית של רישיונות הנהיגה של נהגים מזדקנים, וכלה ביחס לעדים זקנים המופיעים בבתי המשפט, וסובלים לעיתים מבעיות זיכרון

וכך גם זרימת הדם למוחו... תשוש, חסר עניין, הוא מחכה למותו, נטל על החברה, על משפחתו, ולעצמו.

על בסיס מציאות שבה ההבניה החברתית של הזקנה היא כמפורט לעיל, ניסה בטלר לבנות הגדרה אופרטיבית לשאלה: מה היא גילנות? ואכן, אחת ההגדרות הראשונות, הידועה כהגדרת בטלר ולואיס משנת 1973, הגדירה גילנות כך:

גילנות יכולה להיראות כהליך שיטתי של סטראוטיפיזציה של – ואפליה כנגד – אנשים בגלל שהם זקנים, כמו שגזענות או סקסיזם עושה זאת ביחס לצבע העור או למגדר. אנשים זקנים מקוטלגים כסנייליים, נוקשים במחשבה ובהתנהגות, מיושנים במוסריותם ובכישוריהם... גילנות מאפשרת לדורות הצעירים יותר לראות באנשים זקנים את מי ששונים מהם, ובכך לחדול מלראות את הזקנים כבני אנוש (תרגום שלי. י"ד).

הגדרה זו של בטלר ולואיס זכתה לביקורות רבות ומגוונות. בין היתר נטען כלפי בטלר שעצם ההתמקדות בהבניה החברתית

השליטת של הזקנים – הנה לכשלעצמה גילנית, במובן זה שהיא מעצימה את חולשתם של הזקנים כקבוצה בחברה. יחד עם זאת, ומבלי לנסות ולהכריע בהגדרה המדויקת של המושג, אין מחלוקת כיום כי תופעת הגילנות היא אחת התופעות החברתיות המרכזיות, המשמשות ככלי להדרתם של הזקנים ממעגלי הפעילות החברתיים, ומהווה את אחד החסמים הקשים ביותר להסרה, מפני יכולתם של הזקנים להמשיך ליהנות מאזרחות מהותית בגיל המתקדם.

הביטויים של גילנות במציאות הם רבים, מגוונים, ומתרחשים בהקשרים נרחבים. במובנים רבים, "זיהוי" גילו של אדם קובע את דפוס ההתייחסות כלפיו: מה אנחנו מניחים שהוא יודע, באיזה טון וסגנון דיבור מדברים אליו, ועוד. התרבות הפופולרית תורמת אף היא לעיצוב ההתייחסות שלנו לזקנה. הרבה מילות תואר בשפת היום-יום משויכות או מצטרפות לתיאור של אנשים זקנים, ומשרטטות אותם בדפוס שלילי: סנילי, חרמן זקן, אבד עליו הכלח, מאובן, קפוא, זקנה מקומטת, מכשפה זקנה. ביטויים אלה מופיעים בדרכים מגוונות גם באמצעי התקשורת ההמוניים: החל מפרסומות המתמקדות בדוגמניות צעירות, דרך שדרים המתמקדים בכך ש"החברה שלנו צעירה",



דרך דמות הזקן בספרות ילדים שהתמקדה בעבר בחולשותיו, וכלה בפרסומת לתאטרון בישראל שהשתמשה במילים "האולם שייך לצעירים" – תוך משחק מילים בין 'אולם' ל'עולם'. יתרה מכך, ההקשרים המקובלים בהם הזקנים נחשפים בתקשורת ההמונים היא, בדרך כלל, בהקשרי החולשה: קורבן להתעללות, קורבן לניצול, מצבים של עוני ומצוקה, חוסר ישע ואומללות. לפיכך, אין זה מפתיע שיחסה של התקשורת לזקנים מתאפיין, במקרים רבים, בהקבלתם לילדים, מה שמכונה בלע"ז "אינפנטיליזציה" (שמקורה במילה תינוק, infant).

לסטראוטיפ של זקנה כ"ילדות שנייה" יש כמובן השלכות בכל הנוגע לממד הפיזי (חולשה, תלות), לממד היכולת השכלית (חוסר ידע, חוסר תובנה), ליכולת מינית (היעדרותה או "בתוליותה") וכמובן ליחס הנדרש כלפיהם (פטרנליזם, שליטה, ואפוטרופסות).

זקנים ובית המשפט העליון

עד ראשית שנות האלפיים, כמעט שלא נדונו עתירות עקרוניות ביחס לזכויותיהם ומעמדם המשפטי של הזקנים בישראל. אין כל כוונה לטעון כי עניינים משפטיים הנוגעים לאוכלוסייה הזקנה – בכלל, או לזקנים – בפרט, לא נדונו על ידי בית המשפט העליון. בית המשפט העליון היה מעורב, מראשית ימיו, בקביעת פסיקות תקדימיות בסוגיות בתחום צוואות וירושות, בתחום אפוטרופסות על זקנים, בנוגע לחוזים של בתי אבות, ובתחומים משפטיים אחרים הנוגעים לאוכלוסיית הזקנה. הכוונה היא כי כמעט שלא נדונו ולא נפסקו לגופם עניינים משפטיים הנוגעים לסוגיות מדיניות מרכזיות שיש להן השלכה על חייהם של הזקנים. גם כאשר הובאו סוגיות אלה לפתחו של בית המשפט העליון (לדוגמה, ניסיון לתקוף את צורת המימון של האשפוז הסייעודי הממושך לזקנים), הוא נמנע, בדרך כלל, מלהתערב במדיניות הממשלתית בנדון. למעשה, העתירה הראשונה שהובאה לפתחו של בית המשפט העליון אשר עסקה בסוגיית מדיניות מרכזית בתחום הזקנה, אשר גם עירבה קשת של ארגונים חברתיים (לרבות הסתדרות הגמלאים) וכן קליניקה אקדמאית של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, הייתה בשנת 2002. הדבר נעשה במסגרת תקיפת חוקיות הקיצוץ וההקפאה של קצבאות הזקנה אגב תכניות החירום הכלכליות של ראשית שנות האלפיים (בג"צ הידוע כבג"ץ 5578/02, רחל מנור ואחרים, נ. שר האוצר ואחרים). אולם, גם עתירה זו נדחתה על ידי בית המשפט

העליון, מפני שסבר שאין מדובר בפגיעה בלתי מידתית בכבוד האדם, לאור העובדה שזקנים נזקקים יכולים לתבוע השלמת הכנסה מכוח חוק הבטחת הכנסה.

תרומתו העיקרית של בית המשפט העליון, בהקשר לזכויות הזקנים, הייתה דווקא בתחום איסור האפליה מטעמי גיל, כל זאת בעקבות תיקון שנעשה בשנת 1995, בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-

תרומתו העיקרית של בית המשפט העליון, בהקשר לזכויות הזקנים, הייתה דווקא בתחום איסור האפליה מטעמי גיל.

1988 (תיקון אשר הוסיף את איסור האפליה מטעמי גיל לחוק). מעניין שאפילו בתחום זה ניתן היה לגלות בפסיקת בית המשפט העליון אמביוולנטיות וחילוקי דעות ביחס למעמדה המשפטי של ה'גילנות' בהקשר המשפטי הישראלי. כך לדוגמה, באחת הפרשות הידועות ביותר של אמצע שנות התשעים, פרשה הידועה כפרשת רקנט נגד 'אל על' (פרשה שעסקה באפליה מטעמי גיל של דיילי אוויר, אשר חויבו לפרוש בגיל 60, בעוד שדיילי קרקע חויבו לפרוש רק בגיל 65), נתגלעו חילוקי דעות מהותיים ביחס למעמדה של האפליה מטעמי גיל במשפט הישראלי. כב' השופט זמיר, שלגישתו הבסיסית בנדון הצטרפה גם כב' השופטת (כתוארה אז) דורית ביניש, סבר כי:

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 בכוח 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 (מתוך פסק הדין בבג"צ).

לעומת זאת, דעת הרוב, כפי שבאה לידי ביטוי בגישתו של נשיא בית המשפט העליון (דאז), גרסה כי:

הנמקתו השנייה של השופט זמיר הייתה כי "הפליה מחמת גיל אינה מקוממת כמו הפליה מחמת גזע או דת" (הדין המקורי [1], בעמ' 370). ייתכן, אבל היא מקוממת מאוד מאוד, כאשר עניין לנו בהפלייתו של העובד המבוגר. הערך של "אל-תשליכני ליעת זקנה" (תהילים, עא, ט [א]) 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 שבשגרה, 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?

גילנות וסיפורן של המטפלות הזקנות

לצורך רשימה זו ברצוני להציג עתירה שבימים אלה ממש, בעקבות המלצת בית המשפט העליון, נמחקה ללא צו להוצאות (בג"צ 2828/06, מלכה דרוזדובסקי ואח' נ. המוסד לביטוח לאומי). בעיניי, סיפור המעשה ותוצאתו מסמלים את מה שניתן לכנות 'עיוורון גילני' של בית המשפט העליון:

כלומר, חוסר מודעות וחוסר הבנה למשמעות של תופעת הגילנות, והשלכותיה הקשות על מעמדה, מקומה וערכה של האוכלוסייה הזקנה בישראל. למען הגילוי הנאות אציין כי הייתי מעורב באופן אישי במאבק שיתואר להלן, ולפיכך

אין כאן כל יומרה להיות אובייקטיבי או ניטרלי: יש כאן תיאור של המציאות על פי תפיסת עולמי והבנתי.

חוק ביטוח סיעוד (שהנו למעשה פרק י' בחוק הביטוח הלאומי [נוסח חדש], התשנ"ה-1995) נחקק באמצע שנות השמונים, מתוך כוונה להתמודד, בין היתר, עם הזדקנותה של האוכלוסייה בישראל ועם הגידול בשיעורי המוגבלות והצורך בעזרת הזולת בתפקוד היום-יומי הכרוך בתופעה זו. החוק נועד לסייע לזקנים השוהים בקהילה, כאשר הגמלה המוענקת מכוחו ניתנת בעין, דהיינו, מתן שירותים ישירים לזקנים כגון טיפול אישי ועזרה בבית. הענקת זכאות לטיפול ביתי הנה בהתאם לקריטריונים אחידים ושוויוניים הקבועים בחוק. הזכאות היא פונקציה של גיל, תלות והכנסה, ונבחנת בעיקר על בסיס מבחן פעולות יום-יומיות: רחצה, הלבושה, האכלה, שליטה בצרכים וניידות בבית. מי שמספק את שירותי הסיעוד הביתיים הם מבחר רחב של ספקי שירותי סיעוד, חברות ועמותות לצורכי רווח וללא כוונת רווח.

ב-7.3.2002, פרסם המוסד לביטוח לאומי חוזר מנכ"ל (אגרת 115). באיגרת הורתה מנהלת אגף הסיעוד, הגב' אסתר רייס, למספקי שירותי הטיפול הביתי להפסיק לאלתר את העסקתם

של מטפלות ומטפלים מעל גיל 70, כל זאת פרט למקרים חריגים. החוזר נקט בזו הלשון: "מטפל אשר לפני הגיעו לגיל 70 טיפל בזקן, יצטרך להפסיק עבודתו בגיל זה. במקרים נדירים, יוכל המטפל להמשיך ולטפל בזקן מסוים - וזאת בכפוף לכך שתהיה בקשה מפורשת להמשיך עבודתו חתומה על ידי הזקן ו/או בני המשפחה, וכן שנותן השירותים יעשה מדי שנה הערכה לגבי התאמתו של המטפל למלא את צורכי הזקן." מכוח חוזר זה, לא זאת בלבד שלא ניתן יותר להעסיק מטפלים חדשים מעל גיל 70, אלא שבאופן הדרגתי הופסקה העסקתם של מטפלים ותיקים בני 70 ומעלה שהמטופל שלהם נפטר או שהזקן בו טיפלו או בני משפחתו לא חתמו על בקשה מפורטת להמשיך העסקתו, כמפורט בחוזר.

כנגד הוראה זו עתרה עמותת המשפט בשירות הזקנה לבית המשפט העליון ושני מטפלים שעבודתם בחברת הסיעוד הופסקה אך ורק בשל גילם הכרונולוגי. עתירת העמותה התבססה על מספר טיעונים: ראשית, טענה כי פיטורי עובד והוצאתו ממעגל מהעבודה רק בשל הגיעו לגיל מסוים הנה, על פניו, אפליה מטעמי גיל

כאמור בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; שנית, העובדה שמחקרים שונים שבדקו את הקשר בין רמת הביצוע בעבודה לבין גיל, ובאופן עקבי לא מצאו עדות לקשר הכרחי בין

חיוב אנשים להפסיק לעבוד אך ורק בשל גילם הכרונולוגי מהווה השפלה, מתייג אותם כאנשים שאינם פעילים, אינם כשירים, ו"שולח" אותם אל מחוץ למעגל הפעילות החברתית והכלכלית - כל זאת ללא שום קשר ליכולתם למעשה.

גיל כרונולוגי לבין רמת ביצוע. במילים אחרות, לא נמצא כי גיל כרונולוגי הוא מנבא יעיל ליכולת תפקוד תעסוקתיות. יכולת התפקוד התעסוקתית - בהיעדר תשתית ראייתית אחרת - היא אינדיווידואלית, והיא תלויה, בין היתר בתפקוד הספציפי שממלא העובד; שלישית, העמותה טענה כי ההוראה של הביטוח הלאומי אינה עומדת במבחן המידתיות: מטרת הביטוח הלאומי היא הבטחת איכות הטיפול לצרכנים שהנם הזכאים לגמלת סיעוד על פי חוק ביטוח סיעוד. מטרה זו לכשעצמה ראויה, אולם האמצעי הנבחר: הפסקת עבודתם של כל העובדים מעל גיל 70, אינו האמצעי הראוי. המוסד לביטוח לאומי היה רשאי לדרוש מחברות וגופים המספקים שירותי סיעוד לבחון את כישורי העובד ואיכות הטיפול אותו הוא מעניק, באופן אינדיווידואלי לגבי כל עובד בנפרד (וכך גם, אגב, נעשה בפועל על ידי חברות הסיעוד השונות). במידה והעובד נמצא לא כשיר - ללא קשר לגילו הכרונולוגי - הוא לא יועסק, ולהפך; לבסוף, העמותה טענה גם טענות חוקיות נוספות הנוגעות לשאלה: האם ניתן לפגוע בחופש העיסוק במסגרת נוהל ולא במסגרת חקיקה ראשית, וגם טענות הנוגעות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

– והשגויה כמובן – היא שגיל כרונולוגי הוא מנבא טוב לירידה תפקודית. המציאות היא כי גיל כרונולוגי, כשלעצמו, הוא דווקא מנבא בעייתי ביותר. כל מי שעוסק בתחום הזקנה יודע כי ההכללה היחידה התקפה ביחס לזקנים היא כי לא ניתן להכליל. יתרה מכך, גם אם נכון כי יש ירידה מסוימת ביכולות הפיזיות של אנשים עם העלייה בגיל, הרי שעד אמצע שנות השבעים ירידה זו היא שולית למדי, וגם אחרי שנות השמונים, מרבית הזקנים עדיין עצמאים, מתפקדים, מתגוררים במסגרת הקהילה ומסוגלים למלא תפקידים רבים ומוגונים (כך לדוגמה, יותר מ-85% מכלל הזקנים הנם עצמאיים לחלוטין, ורק 4% מכלל הזקנים נאלצים להגיע למוסדות).

חשוב להבהיר: אין כל כוונה לנסות ולעשות אידאליזציה של הזקנה. יש אנשים זקנים חולים, תשושים, דמנטיים, מרותקים למיטה או חולים בצורה קשה. עם העלייה בגיל יש ירידה מסוימת ביכולות ספציפיות. יחד עם זאת, אין בעובדות אלה כדי להצדיק פסילה על הסף, תיוג והכללה כוללת, "צביעה" גורפת של כלל הזקנים בצבעים או בתכונות מסוימות – במיוחד כאשר ישנן חלופות חוקיות וענייניות פשוטות וקלות, עם עלויות נמוכות. במקרה דנן, החלופה של ביצוע בדיקות אינדיווידואליות הייתה קיימת בכל מקרה, שכן חברות הסיעוד ערכו בדיקות שכאלה למטפלים שהעסיקו. מכאן, שבכל מקרה המטפלים המבוגרים שהועסקו על ידי חברות הסיעוד עברו את מבחני הכשירות האינדיווידואליים, ולא היו ממשיכים להיות מועסקים אילולא היו כשירים לעבודתם.

לבסוף, מעניין לציין כי אחד השיקולים עליהם נסמך המוסד לביטוח לאומי להצדקת עמדתו, הייתה הטענה כי הגיעו תלונות מצד בני משפחה של זקנים המקבלים טיפול ביתי כי המטפלים שלהם הם זקנים ואין הם מבינים כיצד מתירים להם לטפל בזקנים. טענה ברוח דומה הועלתה בשעתו על ידי חברת 'אל על', אשר ניסתה להצדיק את אפלייתם של דיילי האוויר בכך שציבור לקוחותיה אינו מעוניין לראות במטוסים דיילים שאינם צעירים ונאים. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט העליון בפרשת רקנט שהוזכרה לעיל, במילים אלה:

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 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 ההפליה מיסודו" (פרשת מילר [3], בעמ' 133). [ההדגשות לא במקור. י"ד].

יחד עם זאת, הנקודה המרכזית, לטעמי, בעתירה זו היא ממד הגילנות: המוסד לביטוח לאומי פסל על הסף את כל אוכלוסיית בני ה-70 ומעלה, מתוך סטראוטיפ והבניה חברתית של חוסר יכולתם למלא תפקיד של מטפל סיעודי. הבניה שכזו מתעלמת לחלוטין מההקשר שבו נמצאים המטפלים והמטפלות הזקנים. הוא מתעלם מכך שרבים מהמטפלים המבוגרים האלה כשירים פיזית ונפשית, ומסוגלים – ללא כל בעיה – למלא את תפקידם באופן מסודר ומיומן. הוא מתעלם לחלוטין מכך שמטפלות מבוגרות אלה מסוגלות להשלים את הכנסתן באמצעות עבודתן כמטפלות ולהבטיח בכך לעצמן ולמשפחתן קיום בכבוד גם בזקנה. הוא מתעלם לחלוטין מהערך של טיפול בזקנים על ידי זקנים, והיכולת ליצור קשר אישי בלתי אמצעי בין המטופל ובין המטפל, ששניהם זקנים. לבסוף, הוא מתעלם לחלוטין מכך שחיוב אנשים להפסיק לעבוד אך ורק בשל גילם הכרונולוגי מהווה השפלה, מתייג אותם כאנשים שאינם פעילים, אינם כשירים, ו"שולח" אותם אל מחוץ למעגל הפעילות החברתית והכלכלית – כל זאת ללא שום קשר ליכולתם למעשה. במובן זה, לדעתי, הוראת הביטוח הלאומי היא דוגמה קלסית לגילנות: היא משקפת דעות קדומות, בלתי מבוססות ופוגעניות ביחס למקומם ומעמדם של הזקנים בחברה הישראלית.

העתירה הגיעה לדיון מקדמי (דיון לשם מתן צו על תנאי) בפני בית המשפט העליון. ההרכב שישב בדיון היה כב' נשיאת בית המשפט, השופטת דורית ביניש, כב' השופט אלון וכב' השופט לוי. בדיון קצר הבהיר הרכב השופטים לבא כוח העמותה כי לדעתם הוראת הביטוח הלאומי, על פניה, סבירה ומאפשרת גמישות מסוימת, ולפיכך, אין לדעתם עילה להתערבות בית המשפט. לאחר שהובהר כי כדאי לעמותה לחזור בה מעתירתה, היא נמחקה ללא צו להוצאות. בית המשפט – בתגובתו האינטואיטיבית – ביטא, לעניות דעתי, את עיוורונו למציאות חייהם של הזקנים בישראל. הוא ביטא חוסר הבנה וחוסר מודעות לפגיעה ולהשפלה הכרוכה בפסילתך כאדם אך ורק בשל גילך המתקדם ללא כל קשר וזיקה ליכולותך האישיות. למעשה, עמדת בית המשפט מקבלת את המבנה החברתי – הגילני – הקיים כיום במציאות הישראלית, לפיה זקנים נתפסים, אך ורק בשל גילם הכרונולוגי, כמי שראוי להם להיות לא פעילים, "פנסיונרים", שצריכים לפנות את מקומם ל"צעירים ולכשירים".

קל לשער כיצד היה מגיב בית המשפט העליון אילו המוסד לביטוח לאומי היה מוציא חוזר הקובע כי אין להעסיק ערבים בחברות סיעוד, בשל כך ש"אינם מתאימים" למלא את התפקיד. באופן אינטואיטיבי, השאלה הנשאלת הייתה "מה הקשר?" מדוע העובדה שאדם הנו ערבי צריכה להפריע לו לשמש כמטפל בזקנים? המעניין הוא כי בית המשפט לא הגיב באופן דומה משום שהיה מדובר בבני 70 ומעלה. תפיסתו האינטואיטיבית

ייחודי בזכויות זקנים. החל מהעתירה (שנדחתה) כנגד קיצוץ והקפאת קצבאות הזקנה, דרך עתירה כנגד פסילתם על הסף של מועמדים לתפקיד רופא רק בגלל גילם, וכלה בעתירה לבג"צ נגד הגבלת גילם של מתנדבים למשמר האזרחי באופן המונע מזקנים להתנדב. יחד עם זאת, לפחות נכון למועד כתיבת רשימה זו, יש למחברה תחושה שבית המשפט העליון עדיין לוקה, לפחות באופן חלקי, ב"עיוורון גילני": כלומר, בחוסר מודעות וחוסר הפנמה והבנה מספיקים לקיומה ולמשמעותה של תופעת הגילנות. אין אלא לקוות כי עם התגברות כוחם וקולם של הזקנים, וארגוני הזכויות המייצגים את האינטרסים שלהם, תשתנה תמונה זו, ובית המשפט העליון יהפוך להיות כלי משמעותי למאבק בתופעת הגילנות, כפי ששימש ומשמש כלי משמעותי במאבק נגד תופעות חברתיות שליליות אחרות כדוגמת גזענות, סקסיזם, או הומופוביה. ■

ביבליוגרפיה

- ישראל דורון (2001). איך תשפיע הזדקנות החברה הישראלית על מקצוע עריכת הדין. *עורך הדין*, 26, עמ' 52.
- ישראל דורון (2002). *הדיבר החמישי*. תל אביב: דורות.
- ישראל דורון (2007). *זקנה, משפט וצדק*. ירושלים: אש"ל.
- Robert N. Butler (1975) *Why Survive? Being Old in America*. NY: Harper & Row, at 6-7.
- Butler R. N. and Lewis, M. I. (1973). *Aging and Mental Health*. St. Louis: C.V. Mosby.

בית המשפט העליון הצליח לשמש, לפחות ביחס לקבוצות מסוימות, כלי חשוב לשינוי חברתי. כך לדוגמה, ארגוני זכויות הנשים השכילו לרתום אותו, בעשורים האחרונים, באמצעות סדרה של פסקי דין חשובים ומרכזיים (פרשות ידועות כגון פרשת לאה שקדיאל, בג"צ שדולת הנשים, פרשת ד"ר נעמי נבו, בג"צ אליס מילר ועוד), ולהפוך אותו לשופר ומוביל בשינוי היחס החברתי כלפי קבוצת הנשים בחברה הישראלית. בשונה מקבוצות הנשים, או קבוצות מוחלשות אחרות כדוגמת ערבים, אנשים עם מוגבלות, הומוסקסואלים ולסביות – הזקנים בישראל כמעט שלא ניסו, עד עתה, להשתמש בבית המשפט העליון ככלי חברתי לשינוי מעמדם. אולי בגלל התמקדותם במנגנון הפוליטי-פרלמנטרי, במסגרת הסתדרות הגמלאים, שהתבססה על קשריה האידאולוגיים וההיסטוריים עם תנועת העבודה; אולי בגלל היעדרו של ארגון חוץ-ממשלתי עצמאי ובעל אוריינטציה משפטית; ואולי בגלל היעדר מודעות לכוחו של המנגנון השיפוטי – הזקנים כמעט שלא נראו או נשמעו, כקבוצת אינטרס ייחודית, במסגרת כתליו של בית המשפט העליון. והנה, בימים אלה, מציאות זו מתחילה להשתנות: עתירות לבג"צ מתחילות להיות מוגשות על ידי ארגונים וגופים חוץ-ממשלתיים, בנושאים העוסקים באופן

עמותת המשפט בשירות הזיקנה

**לקידום זכויות הזקנים
בישראל**

לפניות וקבלת מידע משפטי:

www.elderlaw.org.il

1-800-222213

elderlaw@walla.com

