

## זכותם החוקתית של זקנים לקשרים בין-דוריים

### ענת ליפשיץ\*

הזכות לחיי משפחה מוכרת במשפט הישראלי כזכות חוקתית. מזכות זו נגזרות, בין היתר, הזכות לנישואים, הזכות להורות, ובהקשר שבו עסקינן – גם הזכות של הורים וילדיהם הקטינים להגנה על הקשרים ביניהם ואף לתמיכה בקשרים אלו. אולם הקשר בין הילדים להוריהם אינו מתאיין עם הגיעם לבגרות; הוא ממשיך להיות משמעותי לשני הצדדים, והוא נהיה חיוני במיוחד להורים לעת זקנתם. כך, המחקר הרפואי, הפסיכולוגי, הסוציולוגי והגרונטולוגי מלמד כי רשתות חברתיות בכלל וקשרים בין-דוריים בפרט חיוניים לבריאותם הגופנית והנפשית של זקנים ולאיכות חייהם, כמו גם לסולידריות בין-דורית. מאידך גיסא, המחקר והניסיון שהתגבשו בשדה המשפטי מלמדים כי קשרים בין-דוריים של זקנים עלולים להיות חשופים לאיומים ולפגיעה, ולכן זקוקים להגנה ולתמיכה מצד המדינה. אף-על-פי-כן, בשדה המשפטי, זכות הזקנים לקשרים בין-דוריים טרם בוססה כזכות משפטית, לא כל שכן כזכות חוקתית. מאמר זה מבקש להשלים חוסר זה.

המאמר מציג את ההצדקות ואת התוכן התיאורטי של זכות הזקנים לקשרים בין-דוריים, ומסביר כיצד ניתן לעגן זכות זו כזכות חוקתית במשפט הישראלי. המאמר מדגים באמצעות היחס לזקנים בתקופת מגפת הקורונה (COVID-19) כיצד אי-ההכרה בזכות של זקנים לקשרים בין-דוריים כזכות משפטית, לא כל שכן כזכות חוקתית, הובילה לפגיעה קשה של המדינה בקשרי המשפחה של זקנים המתגוררים במסגרות הדיור המוגן ולתמיכת-חסר בקשרי המשפחה של זקנים המתגוררים בקהילה. אומנם, ניתוח חוקתי יוביל למסקנה

---

\* ממונה מחוזית על עורכי-הדין ביחידות הסיוע במחוזות תל-אביב והמרכז, וכן תלמידה לתואר שלישי באוניברסיטת בר-אילן, העוסקת בדוקטורט שלה בהגנה משפטית על קשרים בין-דוריים בזקנה. תודות לפרופ' אריאל בן-דור, לפרופ' דפנה הקר, לפרופ' מיכל טמיר, לפרופ' איתי בר-סימן-טוב, לפרופ' שלי קרייצר-לוי, לד"ר שירי רגב-מסלם ולפרופ' שחר ליפשיץ. תודה מיוחדת לפרופ' איילת בלכר-פריגת ולפרופ' בנימין שמואלי על ההנחיה המסורה לדוקטורט. המאמר נתמך על-ידי מענק שהעניקה גבי וייספלד לקידום מרכז האימפקט לחקר הגילנות והזקנה באוניברסיטת בר-אילן.

שבמהלך מגפת הקורונה נפגעו זכויות חוקתיות רבות של זקנים, ביניהן הזכות לשוויון, הזכות לחירות והזכות לתנועה. עם זאת, הניתוח החוקתי שיערך במאמר יסביר מדוע אין די בהגנה שהזכויות הללו מספקות, וכיצד הכרה בזכות של זקנים לקשרי משפחה כזכות משפטית, ועוד יותר מכך כזכות חוקתית, הייתה מאפשרת הגנה ותמיכה נרחבות יותר על קשרי המשפחה של זקנים מאשר ההגנה והתמיכה שסיפקו הזכויות המוכרות. יתרה מזו, בעקבות דיון בפסקת ההגבלה, ובמיוחד בהיבטי המידתיות, המאמר מבקש לשכנע שהסדרים והפטרונות המתבקשים מההכרה בזכות הזקנים לקשרי משפחה שונים מההסדרים והפטרונות הנגזרים מהפגיעות בזכויות האחרות. לכן הדיון במקרה-המבחן של מגפת הקורונה מצטרף לדיון התיאורטי העקרוני שנערך במאמר, וממחיש את חשיבות ההכרה בזכות של זקנים לקשרים בין-דוריים ואת הדרך שבה זכות זו מוסיפה על הזכויות המקובלות. לבסוף, המאמר מציע לראות במגפת הקורונה לא רק משבר, אלא גם הזדמנות לחשיבה מחדשת על קשרים בין-דוריים בְּזְקָנָה. בהמשך לכך המאמר מציע כיווני מחשבה ראשוניים בדבר דרכים נוספות שבהן על המדינה לתמוך בקשרים בין-דוריים של זקנים ולהגן עליהם מפני פגיעתם של צדדים שלישיים. דרכים אלו יפותחו במאמרי-המשך.

**מבוא. א. הטיעון לטובת ההכרה בזכות של זקנים לקשר בין-דורי:** 1. הקדמה; 2. הזכות לקשר בין-דורי כמשקפת את האינטרס של הזקן ברווחה; 3. זכותם של הזקנים לקשרים בין-דוריים כביטוי לאוטונומיה של הפרט; 4. הזכות לקשרים בין-דוריים כביטוי לאינטרס ההמשכיות; 5. סיכום. **ב. התנגדויות אפשריות להכרה בזכות לקשרים בין-דוריים בְּזְקָנָה:** 1. מדוע בְּזְקָנָה? האתגר הגילני; 2. היש צורך בזכות לקשר? האם הזכות לקשרים בין-דוריים נבלעת בזכויות אחרות ועל-כן מתייתרת? 3. מדוע בין-דורי? הייחודיות של הקשר הבין-דורי; 4. סיכום. **ג. מן הכלל אל הפרט – הזכות לשמירת קשרים בין-דוריים בְּזְקָנָה בימי הקורונה:** 1. רקע; 2. לסובב את הגלגל לאחור – כיצד הכרה בזכות החוקתית של זקנים לקשרים בין-דוריים אמורה להשפיע על התמודדותם עם הקורונה? 3. הצד השלילי של הזכות לקשר בין-דורי בְּזְקָנָה בימי הקורונה; 4. הצד החיובי של הזכות לקשר בין-דורי בְּזְקָנָה ומשמעותו בימי הקורונה. **ד. תם ולא נשלם.**

## מבוא

הזכות לחיי משפחה מוכרת במשפט הישראלי כזכות חוקתית.<sup>1</sup> עיקר העיסוק בזכות זו מוקד עד היום במשפחה הגרעינית – חלקו נגע בזכויות במישור היחסיים הזוגיים, וחלקו

1 ראו אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים 13, 18–19 (2013) (להלן: ברק "חוקת המשפחה"); אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות**

בזכויות במישור היחסים שבין ההורים לילדיהם הקטינים. אולם הקשר בין הילדים להוריהם אינו מתאיין עם הגיעם לבגרות, והוא ממשיך להיות משמעותי להורים וילדים כאחד.

בתקופת הזקנה הקשר הבין-דורי נהפך לחיוני במיוחד, וזאת הן מנקודת-מבט הממוקדת ברווחתם של הזקנים, הן מנקודת-מבט הממוקדת באוטונומיה שלהם והן מנקודת-מבט הממוקדת בחשיבות של יכולתם להמשיך לכתוב את סיפור חייהם ובהיבטים מסוימים אף לדאוג להמשכיותם לאחר מותם. אולם המחקר והניסיון שהתגבשו בשדה המשפטי מלמדים כי קשרים משפחתיים בין-דוריים של זקנים עלולים להיות חשובים לאיזונים ולפגיעה – לעיתים בשל מגבלות רפואיות שמתלוות לזקנה, ואשר עלולות להקשות את התקשורת,<sup>2</sup> ולעיתים בכוונת מכוון על-ידי גורמים אנושיים, כגון מטפלים או בני משפחה.<sup>3</sup> לנוכח החיוניות של קשרים בין-דוריים לגבי זקנים, מחד גיסא, ופגיעותם המיוחדת, מאידך גיסא, הקשרים הללו זקוקים לתמיכה ולהגנה מיוחדת מצד המדינה ורשויותיה. אף-על-פי-כן, בשדה המשפטי, זכות הזקנים לקשרים בין-דוריים טרם בוססה כזכות משפטית, לא כל שכן כזכות חוקתית.

במאמר זה אבקש להשלים את החסר ולשכנע כי בשלה העת שהמשפט הישראלי יכיר בזכות של זקנים לקשרים בין-דוריים כנגזרת נוספת של הזכות לחיי משפחה. לשם כך אציג את האדנים שעליהם ראוי לבסס את הזכות, ואתמודד עם טענות המועלות נגד הכרה בה. אציג קווי מתאר לדרך שבה היא אמורה להיות מיושמת, ואדגים קווי מתאר אלו בהקשר של ההתמודדות המשפטית עם האתגרים שהציבה מגפת הקורונה בפני הקשרים הבין-דוריים של הזקנים.

ממטרות המאמר נגזר גם המהלך המחקרי ומבנה הפרקים. בפרק הראשון אציג שלושה אדנים שעליהם יש לבסס את זכותם של הזקנים לקשרים בין-דוריים. ראשית, אתמוך בהכרה בזכות מנקודת-המבט הממוקדת ברווחתם של הזקנים. לצורך זאת אציג ממצאים של מחקרים המלמדים כי קשרים משפחתיים, ובפרט קשרים בין-דוריים, חיוניים לבריאותם הגופנית והנפשית של זקנים ולאיכות חייהם.<sup>4</sup> לנוכח תיאוריות של זכויות הממוקדות ברווחה אטען כי ממצאים אלו מצדיקים הכרה בזכות. שנית, אתמוך

החוקתית ובנותיה פרק עשרים ושלושה (2014). דוגמה לפסק-דין שבו נקבע כי המשפחה הינה יחידה חוקתית הזוכה בהגנה חוקתית הוא זה שניתן בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: פרשת עדאלה).

2 לדוגמה, קיימים מקרים שבהם חלק מהמוגבלות הנלווית להזדקנות מחייבת עזרה לזקן בשימוש בטלפון. ראו ישראל דורון משפט, צדק וזיקנה 121 (מהדורה שנייה 2010).

3 ראו שרה אלון זיהוי התעללות והזנחה של זקנים: מדריך למטפל 7 (מהדורה שנייה 2011); ענת ליפשיץ "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת: בעקבות הלכת החוטים השזורים" הארת דין יד 49 (2020).

4 ראו, לדוגמה, רות כץ, אריאלה לבנשטיין ויצחק בריק "יחסים בין-דוריים וזיקנה בעידן המודרני: השוואות בין-מדינתיות" הזקן והמשפחה: סוגיות מרכזיות ביחסים רב-דוריים 53, 56 (יצחק בריק ואריאלה לבנשטיין עורכים 2010).

בהכרה בזכות ובביסוסה מנקודת-המבט הממוקדת באוטונומיה של זקנים. לאוטונומיה יש היבט שלילי והיבט חיובי. בהיבט השלילי אטען כי הטלת הגבלות על קשרים בין-דוריים או חבלה בהם בדרכים שונות טומנות בחובן פגיעה קשה באוטונומיה של הזקן וביכולתו לממש את חופש הרצון שלו. בהיבט החיובי אטען כי קשרים בין-דוריים חיוניים במקרים רבים לאפשרות של זקנים להמשיך לכתוב את סיפור חייהם, לממש את עצמם ולגבש את זהותם גם לעת זקנתם. בהתאם לכך, נקודת-המבט הממוקדת באוטונומיה תומכת בהגנה על קשרים בין-דוריים מפני פגיעה, ואף בתמיכה פעילה בהם. **לבסוף**, קשרים משפחתיים בין-דוריים חיוניים למימוש אינטרס ההמשכיות של זקנים. אינטרס זה הוכר בפסיקה ובספרות המחקר בהקשר של הבאת ילדים לעולם ושל דיני הירושה.<sup>5</sup> הגם שהוא טרם נדון בהקשר של תמיכה ביחסי הורים וצאצאיהם לעת זקנה, אסביר מדוע הוא רלוונטי במיוחד בהקשר זה.

**הפרק השני** יעסוק בהתנגדויות אפשריות לעצם קיומה של הזכות או למצער לצורך בה. אתמקד בשלוש התנגדויות שכל אחת מהן עוסקת ברכיב שונה של הזכות: (א) הזקנה (ב) הקשר ו-(ג) הבין-דוריות. ראשית, אתמודד עם טענה אפשרית כי מיקודה של הזכות לקשר בין-דורי בזקנה משקף תפיסה גילנית סטריאוטיפית המתערבת לא לצורך בקשריו של הזקן. שנית, אתמודד עם טענה אפשרית כי אין צורך בהגנה מיוחדת על הזכות לקשרים שכן הזכויות המוכרות לחירות ולשוויון מקיפות את האינטרסים הראויים להגנה. לבסוף, אדון בשאלה אם קשרים בין-דוריים, להבדיל מקשרים חברתיים, אכן מחייבים הגנה מיוחדת.

מסקנת הדיון בפרק זה תהיה שאף-על-פי שקשרים חברתיים חשובים בכל גיל, השילוב של זקנה, קשר ובין-דוריות הוא שילוב ייחודי המצדיק התייחסות משפטית ממוקדת, ועל-כן ניתן וראוי להכיר בזכות ובמיקודה בזקנה מבלי ליפול לפח הגילני.

**הפרק השלישי** יציג את ההתמודדות עם הפגיעה בקשרים הבין-דוריים של זקנים בתקופת מגפת הקורונה (COVID-19). עם פרוץ המגפה מיהרו הרשויות להטיל מגבלות משמעותיות על ביקורים משפחתיים אצל זקנים המתגוררים במסגרות מוסדיות. מגבלות אלה לא לוו, לפחות בתחילת הדרך, במאמצים להבטיח תקשורת חלופית בין הזקנים למשפחותיהם. יתרה מזו, חלק ממסגרות הדיור אימצו על דעתן מדיניות מחמירה שפגעה בקשרי הדיירים עם בני משפחתם, כגון שלילה גורפת של ביקורי בני משפחה. היו חולי קורונה שנאלצו לבלות את ימי חייהם האחרונים מנותקים מבני משפחותיהם. אף זקנים החיים בגפם בקהילה, ולא כמסודות, היו חשופים לבדידות קשה. אומנם, מהבחינה המשפטית לא הוטלו עליהם מגבלות מעבר לאלה שהוטלו על כלל הציבור, אך מהבחינה המעשית הם היו חשופים לבדידות ולנתקים מבני משפחתם. במסגרת

5 בהקשר של הבאת ילדים לעולם ראו, לדוגמה, בג"ץ 4293/01 **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, פס' 18 לפסק-הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 24.3.2009); ובהקשר של דיני הירושה ראו, לדוגמה, שלי קרייצר-לוי "חידת הירושה: רצון, המשכיות ומחויבות" **משפט ועסקים** כב 165 (2019).

הפרק תנותח ההתמודדות של המשפט הישראלי עם צעדים אלו בראי הזכות לקשרים בין-דוריים.

לפרק זה שני תפקידים. ראשית, מגפת הקורונה המחישה את פגיעותם של הקשרים הבין-דוריים של זקנים, ואת הצורך המיוחד בהגנה עליהם ובתמיכה בהם. יתרה מזו, מגפת הקורונה המחישה שבהקשרים מסוימים הזכות של זקנים לקשרים בין-דוריים נחוצה לא רק כדי לחייב את המדינה להגן על זקנים מפני פגיעה חיצונית, אלא גם כדי להגן על זקנים מפני פגיעה על-ידי המדינה ורשויותיה. שנית, וזה בעיני התפקיד המשמעותי של הפרק, הדיון בהתמודדות עם הקשרים הבין-דוריים של זקנים בתקופת הקורונה ימחיש ויחדד כיצד ראוי ליישם הלכה למעשה את זכותם של זקנים לקשרים בין-דוריים, ומה מייחד זכות זו לעומת הזכויות החוקתיות המוכרות כיום. עם זאת, חשוב להבהיר כי המאמר לא בא לתת פתרונות קונקרטיים ומוחלטים לבעיית שימור הקשרים במקרה של מגפה, אלא נועד לתת כיווני חשיבה כיצד הכרה בזכות זו עשויה להשפיע על הפתרונות המשפטיים האפשריים במקרה כזה. כמו-כן חשוב לציין כי הדיון בקורונה אינו ממצה את הרלוונטיות של הזכות, וכפי שנדגיש בפרק האחרון, הוא פותח פתח ליישומים נוספים שלה בהקשרים נוספים.

בהתאם לגישה ההופלדיאנית,<sup>6</sup> כל אחת מהחובות הנגזרות מזכות יכולה לשאת תוכן שלילי או חיובי. ההיבט השלילי של הזכות מטיל חובה לא לפגוע בזכות, וההיבט החיובי מטיל חובה לפעול למימושה. החובות יכול שיהיו מוטלות על המדינה או על צדדים שלישיים. מי הם, אם כן, הגורמים שכלפיהם תופעל הזכות לקשר בין-דורי? ככלל ניתן לחשוב על כמה סוגים של נמענים וחובות:

(1) המדינה ואולי גם גופים ציבוריים ומעין-ציבוריים, שעליהם תוטל החובה לא לפגוע בזכות לקשרים בין-דוריים (או למצער – במקרים שבהם אין מנוס מפגיעה בה, כפי שהיה בעת התפרצותה של מגפת הקורונה – לצמצם את הפגיעה בהתאם לאמות-המידה החוקתיות), וזאת כביטוי לפן השלילי של הזכות. יתרה מזו, ייתכן שהכרה בזכות לקשר בין-דורי כזכות חיובית תטיל על המדינה גם חובה פעילה לתמוך בדרכים שונות בקשרים בין-דוריים.

(2) צדדים שלישיים (כגון בני משפחה או מטפלים), שעליהם תוטל החובה לא לפגוע בזכות לקשרים בין-דוריים. במקרה כזה תוטל על המדינה החובה להגן על קשרים בין-דוריים מפגיעתם של גורמים המבקשים לחבל בהם.

(3) הטלת חובה פעילה על ילד או צאצא לעמוד בקשר עם הזקן.

6 לגישתם של הופלד ושל ממשיכי דרכו ראו Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (1913–1914); David Lyons, *The Correlativity of Rights and Duties*, 4 NOUS 45, (1970); Max Radin, *A Restatement of Hohfeld*, 51 HARV. L. REV. 1141 (1938); Joseph William Singer, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, 1982 WIS. L. REV. 975; Pierre Schlag, *How to Do Things with Hohfeld*, 78 LAW & CONTEMP. PROBS. 185 (2015).

המאמר הנוכחי ממוקד בהיבט החוקתי-הציבורי של הזכות, ועל-כן הוא יעסוק אך ורק בסוג הראשון לעיל. לסוג השני, שיש לו חשיבות רבה במסגרת המשפט הפרטי, ייחדתי מחקר נפרד.<sup>7</sup> גם הסוג השלישי אינו קשור למשפט החוקתי-הציבורי, ולכן מאמר זה לא יעסוק בו. במאמר מוסגר אציין כי הזכות לקשר בין-דורי אינה מנביעה, לדעתי, חובה של קרוב-משפחה לעמוד בקשר עם הזקן כדי לספק את הצורך שלו בקשר בין-דורי, וכמובן גם לא חובה של המדינה לכפות קשר כזה. הטלת חובה כזו על פרטים מעוררת שאלות כבדות-משקל, ובראשן השאלה מכוח מה ניתן לחייב פרט מסוים לקשר וכלפי אילו פרטים ניתן להפנות חובה זו. אף בהנחה שניתן לחייב אנשים לקשרים, צפויים קשיים ניכרים בהטלת חובה זו, ביניהם היכולת לחייב משפטיים בחובות הכוללות עניינים שברגש, קושי מעשי באכיפה של זכות זו, והתמודדות עם הטענה לזכות לא להיות בקשר. שאלות אלו מצדיקות מחקר נפרד.<sup>8</sup>

חשוב לחדד כי המאמר יעסוק בזכות של הזקן לקשרים בין-דוריים בקנה בלא קשר לסוגיית הטיפול המוענק לו על-ידי בני משפחה. אומנם, סוגיית הטיפול על-ידי בני משפחה היא חשובה, על רקע מחקרים שהראו כי בחברה המערבית הטיפול הממושך הלא-פורמלי בזקנים הינו עמוד-השדרה של הטיפול הממושך באוכלוסייה הזקנה, ובני משפחה מעניקים כ-80%-90% מהטיפול האישי האינסטרומנטלי.<sup>9</sup> אולם הזכות לקשרים בין-דוריים בקנה וחשיבותה לרווחת הזקן אינן מצומצמות רק לבני המשפחה

7 ענת ליפשיץ "בין פגיעות לאוטונומיה: מבט משפטי על קשרים בין-דוריים של זקנים" **מחקרי משפט** לד (צפוי להתפרסם ב-2022).

8 יצוין כי בפסק-הדין בע"א 2034/98 **אמין נ' אמין**, פ"ד נג(5) 69 (1999), נדונה לכאורה שאלה דומה. במקרה זה נתבע בנוזיקין אב שזנח את ילדיו, שהיו יתומים מאם, ולא התייחס אליהם כלל, ולהזנחה זו היו השלכות קשות על הילדים. אולם, אף שתביעת הנוזיקין בעניין **אמין** התקבלה, היא מלמדת על הקושי בקבלת תביעות מסוג זה. זאת, בראש ובראשונה, משום שהשאלה העיקרית שעומדת על הפרק בענייננו לא הייתה רלוונטית באותו מקרה, שכן האב בעניין **אמין** היה מחויב לילדיו מכוח אפוטרופסותו. במקרה שלנו, לעומת זאת, לבן המשפחה אין לכאורה מעמד מחייב כלפי הזקן. נוסף על כך, השופטים בעניין **אמין** הדגישו את הנסיבות יוצאות-הדופן שבגינן התקבלה תביעה זו. כך, התביעה באותו מקרה הושתה לא רק על אי-קיום קשר, אלא בעיקר על הזנחה שהגיעה לכלל התעללות רגשית קיצונית ומכמירת-לב. יש לציין כי באותו פסק-דין ציינו השופטים עצמם את חריגותו של פסק-הדין ואת היותו תקדים אף מחוץ לגבולות הארץ. אכן, למרות חלוף השנים לא ניתן עד היום פסק-דין דומה לו.

לדין בשאלות אלו ואחרות בנוגע לחובות ה"הפוכות" – חובות שברגש של הורים כלפי ילדיהם, אף כאלה שאינם במשמורתם – ולהסבר שלהורה יש חובות מסוימות כלפי הילד אשר אי-קיומן עולה כדי עוולה שעילתה נגטיבית (הזנחה רגשית) אך אין מדובר בחובה פוזיטיבית לאהוב את הילד, ראו בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיצוי בגין הזנחה רגשית: האם ילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבע?" **משפטים על אהבה** 269 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות 2005). אולם השוו למצב בשיטת משפט לא-מערבית – בסין – שבה כופים קשרים אלו. ראו Shelly Kreiczer-Levy & Baoshi Wang, *The Family of the City, the Family of the Country*, AM. J. COMP. L. (forthcoming 2022).

9 דורון **משפט, צדק וזיקנה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 123.

שמטפלים בזקן, אלא מדובר בזכות רחבה ממנה בהרבה, המקיפה גם בני משפחה שאינם מטפלים בו. בהקשר זה יש לציין כי בחלק מהמקרים הזקנים אינם זקוקים לטיפול, אלא מתפקדים באופן עצמאי, ועדיין הם זקוקים לקיום קשר בין-דורי על-מנת לקיים את האינטרסים האחרים: את ההמשכיות עם כלל צאצאיהם – המטפלים ואלה שאינם מטפלים; את כתיבת סיפור חייהם; ואת קידום של היבטים אחרים שקשורים לרווחתם (ואשר אינם קשורים לטיפול). זאת ועוד, קיימות משפחות שבהן אחד מבני המשפחה נוטל על עצמו את משימת הטיפול, בעוד יתר בני המשפחה מעוניינים בשמירה על קשרים אך אינם מהווים גורם מטפל בזקן. העובדה שבן משפחה אינו מתפקד כדמות מטפלת בזקן אינה פוגעת בזכותו של הזקן לקשר בין-דורי עימו.<sup>10</sup>

10 המעבר מתפיסה של זכויות מכוח טיפול לתפיסה המודרנית של זכות לקשרים הוא מעבר שנעשה באופן דומה גם בשדה של הורים וילדים. אם בעבר התרכז המשפט בדאגה לזכויות ההורה המשמורן שעוסק בטיפול היומיומי בילדים, וזאת על-חשבון התפיסה של זכות הילד לקשר עם שני הוריו, כיום ברור שהזכות המרכזית היא זכותו של הילד לקשרים משמעותיים עם שני הוריו, דבר שאינו שולל את העובדה שהורה משמורן יזכה במזונות על-מנת שיוכל לזון את הילד שנמצא אצלו רוב הזמן. באותו אופן יש לעבור גם לגבי זקנים מתפיסה של טיפול ותמיכה במטפלים לתפיסה שמבינה כי לצד העובדה שיש לתמוך בטיפול, על המשפט לדאוג לזכותם של הזקנים לקיים קשרים בין-דוריים גם עם גורמים שאינם מטפלים.

## א. הטיעון לטובת ההכרה בזכות של זקנים לקשר בין-דורי

## 1. הקדמה

במחקר ובפסיקה נקבע כי הזכות לחיי משפחה נגזרת מן המחויבות החוקתית לכבוד האדם ולחירותו.<sup>11</sup>

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מקים חובה לא לפגוע בכבוד האדם<sup>12</sup> ובחירותו.<sup>13</sup> זהו ההיבט השלילי של הזכויות לכבוד ולחירות. בהקשר של כבוד האדם חוק-היסוד קובע גם את היבטה החיובי של הזכות, שלפיה כל אדם זכאי להגנה על כבודו.<sup>14</sup> הזכות לכבוד כוללת את חופש הבחירה הנתון לכל אדם לעצב את חייו, להגשים את עצמו, לפתח את אישיותו וזהותו העצמית, ולטוות את סיפור חייו.<sup>15</sup> ההיבטים הללו של הזכויות לחירות ולכבוד משתקפים גם בזכות לחיי משפחה ובזכויות הספציפיות הנגזרות ממנה.

ברוח זו, בפרשת **עדאלה**, שעסקה בזכות לחיי משפחה ובקשר שלה לכבוד האדם ולחירותו, הטעים הנשיא ברק כי "התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימוש העצמי של האדם", כי "קשריו המשפחתיים של האדם הם, במידה רבה, טעם חייו", וכי זכות זו מבוססת על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו;<sup>16</sup> השופט חשין סבר כי "הזכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה, ובכלל אלה זכותו של קטין להיות עם הוריו, מהווה תשתית לקיומה של חברה", וכי הזכות נגזרת מכבוד האדם;<sup>17</sup> השופטת ביניש ציינה כי הזכות כלולה בתמצית אישיותו של האדם;<sup>18</sup> השופט ג'ובראן הטעים כי "כל פגיעה בזכותו של אדם לחיי משפחה הינה פגיעה בחירותו ובכבודו כיצור אנושי";<sup>19</sup> והשופטת פרוקצ'יה הבהירה כי זכות זו היא "מיסודות הקיום האנושי. קשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה לה בחשיבותן ובעוצמתן".<sup>20</sup>

פרופ' אהרן ברק טבע את המושג "חוקת המשפחה", והכיל בתוכו את כל ההסדרים החוקתיים המסדירים את דיני המשפחה. זכויות אלו נגזרות ברובן מן הזכות לחיי משפחה, אך לעיתים הן שואבות את כוחן גם ממקורות נוספים.<sup>21</sup>

11 ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 28.

12 ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

13 שם, ס' 5.

14 שם, ס' 4.

15 ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 13–18.

16 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 32 לפסק-הדין של הנשיא ברק.

17 שם, בפס' 47 לפסק-הדין של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

18 שם, בפס' 7 לפסק-הדין של השופטת ביניש.

19 שם, בפס' 8 לפסק-הדין של השופט ג'ובראן.

20 שם, בפס' 6 לפסק-הדין של השופטת פרוקצ'יה.

21 ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 29.



הזכות לחיי משפחה התמקדה עד היום בשני מישורים: מישור היחסים הזוגיים ומישור ההורות. במישור היחסים הזוגיים נגזרות מזכות זו, בין היתר, הזכות לנישואים<sup>22</sup> והזכות להכרה בקשרים זוגיים דמויי-נישואים;<sup>23</sup> ובמישור של יחסי הורים וילדים נגזרה ממנה הזכות להורות,<sup>24</sup> הכוללת הן את הזכות להביא ילדים לעולם בהולדה טבעית<sup>25</sup> או מלאכותית<sup>26</sup> והן את הזכות של הורים וילדים למימוש ההורות על-ידי גידולם של ילדים וחינוכם<sup>27</sup> על-ידי הוריהם.<sup>28</sup> ברוח זו נקבע כי מניעת הורים וילדיהם מלחיות כמשפחה פוגעת בזכותם לחיי משפחה.<sup>29</sup> יש המפרשים את הזכות להורות ככוללת גם דרישה מן המדינה לתמוך באופן פעיל בקשר שבין הורים לילדים.<sup>30</sup>

סקירה של שלל הדוגמאות שבהן הוכרו זכויות חוקתיות "משפחתיות" תגלה כי הזכויות המוכרות הנדונות הן אלה שבין חברי המשפחה הגרעינית. דהיינו, הצדדים לזכויות הם בני-זוג ו/או ילדיהם הקטינים. ומה בדבר זכות ההורים לקשר עם ילדיהם לאחר שנהפכו לבגירים? האם חשיבות הקשרים מתאינת עם בגרותם של הילדים? מה משמעותם של הקשרים הבין-דוריים לגבי הזקנים לאחר שילדיהם "פרחו מהקן"? האם

22 שם, בעמ' 38.

23 על הידועים בציבור כראויים לזכות החוקתית להכרה בחיי זוגיות ראו שם, בעמ' 35.

24 Rhona Schuz, *The Developing Right to Parenthood in Israeli Law*, 2013 INT'L SURVEY FAM. L. 197.

25 ראו בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר (נבו 13.6.2006).

26 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995) (להלן: ע"א נחמני); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) (להלן: דנ"א נחמני). ראו גם את הניתוח החוקתי במאמרו של איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה: הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 395 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים 2016); רות זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים" **משפטים על אתר** ח 1 (2015).

27 ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461 (1984).

28 ראו בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פס' 30 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה ג'ובראן (נבו 3.8.2017) ("לזכות להורות שני היבטים נפרדים: האחד, הזכות לממש את ההורות... והאחר הזכות להפוך להורה... הזכות להפוך להורה מגשימה את הזכות לחיי משפחה, את הזכות לאוטונומיה של הפרט, ואת הזכות לפרטיות"). כן ראו דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246 (2004).

29 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 15 לפסק-הדין של השופט ג'ובראן ("במניעת האפשרות לחיות יחד, כמשפחה, נפגעת זכותם החוקתית לחיי משפחה של בן הזוג, של ההורה ושל הילד הישראלי"). למרות מחלוקת שונות בין השופטים באותו מקרה לגבי היכולת לממש את הזכות מחוץ לישראל ו/או האפשרות לפגוע בה משיקולי ביטחון, עצם קיומה של הזכות של הורים וילדים לחיות יחד כמשפחה הוסכם על כלל השופטים באותו מקרה.

30 על חובת המדינה לתמוך בהורות פעילה ראו דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" **עבודה, חברה ומשפט** יא 275, 281 (2005).

יש לעגן את זכות הזקנים לקשרים בין-דוריים כזכות חוקתית לצד יתר הזכויות החוקתיות הנגזרות מהזכות לחיי משפחה?

אני סבורה שהקשר בין ילדים להוריהם אינו מתאיין לאחר בגרותם, והוא ממשיך להיות משמעותי להורים ולילדיהם גם-יחד. לא זו אף זו, כפי שאראה בפרק זה, בתקופת הזקנה הקשר הבין-דורי נהיה חיוני במיוחד, וזאת הן מנקודת-מבט הממוקדת באינטרס של הזקנים ברווחה (כפי שאראה בחלק השני להלן), הן מנקודת-מבט הממוקדת באוטונומיה של הזקנים (כפי שאראה בחלק השלישי להלן) והן מנקודת-מבט הממוקדת בחשיבות הטמונה ביכולתם להמשיך לכתוב את סיפור חייהם ובהיבטים מסוימים אף לדאוג להמשכיותם לאחר מותם (היבט שאתייחס אליו בחלק הרביעי להלן). שלושת ההיבטים הללו הינם שלושת האדנים שעליהם עומדת הזכות החוקתית לקשרים בין-דוריים בזקנה, הנגזרת מהזכות לחיי משפחה.

## 2. הזכות לקשר בין-דורי כמשקפת את האינטרס של הזקן ברווחה

אחת הדרכים המקובלות להמשגת זכות בחשיבה הליברלית היא בעזרת תיאוריית האינטרס. כך, לפי גישתו של יוסף רוז, הכרה בזכות של אדם משמעה שקיים אינטרס של האדם המצדיק את הטלת החובה על צד אחר. כלומר, כדי לבסס את זכות הזקנים לקשר בין-דורי, יש להראות כי קיים אינטרס של הזקנים לקשר בין-דורי המצדיק הטלת חובה על צדדים שלישיים.<sup>31</sup>

אכן, המחקר הלבן-משפטי מראה כי מערכות יחסים בין-דוריות הן אחד הרכיבים המרכזיים המשפיעים על איכות חייהם של זקנים. סולידריות משפחתית נחשבת מרכיב חשוב ביחסי משפחה, ותורמת להסתגלות מוצלחת לזקנה ולאינטגרציה חברתית במהלכה.<sup>32</sup>

חשיבותם של הקשרים הבין-דוריים בנויה משני נדבכים: הראשון עוסק בחשיבות הקשרים שבין הזקן למקורביו, בין שמדובר בקשרים בין-דוריים ובין שמדובר בקשרים חברתיים אחרים; והשני עוסק בחשיבותם הייחודית של הקשרים הבין-דוריים לזקן. על-כן בדיקת האינטרס תיעשה בשתי הרמות. בשלב הראשון אראה את חשיבות הקשרים החברתיים אל מול הנזק הנוצר ככלל מבידוד חברתי, ובשלב השני אתמקד בקשרים הבין-דוריים כקשרים ייחודיים.

אתחיל בנדבך הראשון. על-מנת לנתח את חשיבות הקשרים ככלל, מקובל בכתיבה הסוציולוגית להשתמש בכלי של רשתות חברתיות כדי לאפיין את קשריהם של בני-אדם עם סביבתם. הרשת החברתית מוגדרת כמבנה חברתי המשקף את מערכת הקשרים שמנהלים בני-אדם באשר הם. בניתוח של רשתות חברתיות נהוג לאפיין טווח רחב של

31 J. Raz, *On the Nature of Rights*, 93 MIND 194, 195 (1984): "'x has a right' if and only if x can have rights, and other things being equal, an aspect of x's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty"

32 כץ, לבנשטיין ובריק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 56.

סוגי רשתות.<sup>33</sup> בצידה האחד של מקשתת הרשתות נמצאת הרשת החברתית המגוונת, המתאפיינת במגעיים בתדירות גבוהה במסגרת מגוון רחב של סוגי קשר, לרבות קשרים בין-דוריים; ובצד האחר קיימת הרשת הדלילה, שהיא נטולת קשרים למעט דמות אחת. מובן שמדובר ברצף, ובתווך ממוקמות גם רשתות חברתיות המהוות מקרי-ביניים בין הקטבים. במחקרים אמפיריים שנעשו נטען כי לרשתות חברתיות יש השפעה חיובית ניכרת על רווחתו האישית של הזקן.<sup>34</sup> באחד המחקרים נמצא גם שככל שניתנת לזקנים תמיכה רבה יותר כן שביעות-רצונם מהחיים רבה יותר ומצבם הנפשי טוב יותר, כפי שמשקף בכלי המודד דיכאון.<sup>35</sup> מן הצד האחר נמצא שהסיכון הכרוך בבידוד חברתי של הזקן הוא גבוה ושקול לסיכונים בריאותיים כגון עישון ואלכוהול,<sup>36</sup> ושהוא מעלה את הסיכון לדיכאון, לירידה במצב הקוגניטיבי, לרבות דמנציה, ואפילו למוות.<sup>37</sup> ומכאן לנדבך השני, הממוקד בקשר הבין-דורי. חשיבות הקשר בין הורה לילדו כבר קיבלה כמובן הכרה, אשר באה לידי ביטוי הן בספרות הטיפולית והן בספרות המשפטית.<sup>38</sup> אולם חשיבות הקשרים בין הורה לילדו אינה מתאינת בנקודה שבה הילד נהפך לבגיר, ואף שהקשרים משנים צורה החל בנקודה זו בהתאם לנסיבות החיים, הם ממשיכים להיות חשובים ובעלי משמעות. עם השנים נוספים על הקשר בין ההורה לילד קשרים חשובים אחרים בינו לבין הדורות הבאים – נכדים ונינים. במקביל, עם העלייה בגיל, הזקנים פורשים באופן טבעי ממעגל העבודה, וכך מעגל הקשרים שלהם מצטמצם. גם חיי החברה שלהם עם אנשים בני גילם מצטמצמים עקב תחלואה, מוות או מעבר של החברים לדיור מוגן או למוסדות אחרים, בד בבד עם קשיים בהתניידות, אשר הופכים

33 הווארד ליטוויץ "הזקן והחברה בישראל: מערכות תמיכה חברתיות" **הזדקנות וזיקנה בישראל** 641, 646 (ארנולד רוזין עורך 2003).

34 ראו שם. ראו גם Howard Litwin, *Social Network Type and Health Status in a National Sample of Elderly Israelis*, 46 SOC. SCI. & MED. 599 (1998); Howard Litwin, *Support Network Type and Health Service Utilization*, 19 RES. ON AGING 274 (1997); Ruth Landau & Howard Litwin, *Subjective Well-Being Among the Old-Old: The Role of Health, Personality and Social Support*, 52 INT'L J. AGING HUM. DEV. 265 (2001).

35 שם.

36 Amy Freedman & Jennifer Nicolle, *Social Isolation and Loneliness: The New Geriatric Giants: Approach for Primary Care*, 66 CANADIAN FAM. PHYSICIAN 176 (2020).

37 Julianne Holt-Lunstad, *The Potential Public Health Relevance of Social Isolation and Loneliness: Prevalence, Epidemiology, and Risk Factors*, 27 PUB. POL'Y & AGING REP. 128 (2017).

38 לגבי חשיבות הקשר עם ההורים להתפתחות התקינה של הילד ראו, לדוגמה, John Bowlby, *Violence in the Family as a Disorder of the Attachment and Caregiving Systems*, 44 AM. J. PSYCHOANALYSIS 9 (1984). להתייחסות המשפטית והטיפולית למצבים שבהם קיימים כשלים בקשר שמגיעים לכלל ניכור ראו Richard A. Warshak, *Ten Parental Alienation Fallacies that Compromise Decisions in Court and in Therapy*, 46 PROF. PSYCHOL. RES. & PRAC. 235 (2015); דניאל גוטליב "תסמונת הניכור ההורי" **רפואה ומשפט** 31, 106 (2004); שרון פרילינג **ניכור הורי** (2019).

את המפגשים איתם לקשים יותר. כך יוצא שדווקא הקשרים עם הדור הצעיר, הצאצאים, הם לא פעם הקשרים המשמעותיים והיציבים ביותר – ולפעמים אף היחידים – בתוך מארג הקשרים ברשת החברתית של הזקן. אכן, נמצא שבני המשפחה נתפסים כ"סם החיים" עבור זקנים שנמצאים במוסדות, וריבוי ביקורי ילדים ונכדים מעלה את ערכו האישי והחברתי של הדייר במוסד.<sup>39</sup> עוד נמצא שכניסת אדם לתפקיד סב מעניקה לו משמעות וזהות, תורמת לאיכות חייו, מגבירה תחושות של רווחה אישית, ומספקת לו מנעד של רגשות חיוביים, כגון גאווה, שמחה והנאה.<sup>40</sup> נמצא קשר הדוק בין קיום קשרים משפחתיים עם דור הנכדים לבין עלייה במדדים של בריאות נפשית של זקנים,<sup>41</sup> ובמקרים של סבות המטפלות בנכדים נמצא שהדבר מעניק להן חוויה פסיכולוגית עוצמתית, המשפיעה על כל שאר היחסים שלהן עם יתר בני המשפחה.<sup>42</sup> מחקר נוסף העלה על נס את תחושת הסיפוק הנוצרת אצל הסבים מקשרים בין-דוריים.<sup>43</sup>

כדי לתאר את טיב מערכת היחסים הבין-דוריים בזקנה, לאפיינה ולהסבירה, המחקר הסוציולוגי מציע את "מודל הסולידריות הבין-דורית". מודל זה מבוסס על תיאוריות סוציולוגיות ופסיכולוגיות המדגישות יסודות חיוביים של אינטגרציה משפחתית, אינטראקציה בין-דורית וקשרי אהבה, חיבה והסכמה ששוררים בין הדורות השונים.<sup>44</sup> לפי מודל זה, קיימים קשרים בין נורמות ומבנים חברתיים לבין מידת הסולידריות ותחושת המחויבות הבין-דורית במשפחה. המודל מספק ממדים שעל-פיהם ניתן להעריך את מידת הסולידריות הבין-דורית והלכידות המשפחתית. בעזרת מדדים אלו ניתן לבדוק באופן אמפירי שינויים במידת הסולידריות המשפחתית על-פני עשורים שונים, כמו-גם מתאמים בין הסולידריות המשפחתית לבין איכות חייהם של הזקנים בתרבויות שונות ובארצות שונות. במחקרים שנערכו נמצא כי מידת הסולידריות הבין-דורית משפיעה במישרין על יכולתם של הזקנים להזדקן בכבוד ובאופן מוצלח ופעיל. לעומת זאת, מקום שרמת הסולידריות הבין-דורית נמוכה, הדימוי העצמי של הזקנים

- 
- 39 חוה גולנדר "הישארות קשישים במוסדות" גרונטולוגיה 70, 57 (1995).
- 40 ישראל דורון וגליה לינצ'יץ "זכות העמידה של סבים וסבתות לקשר עם נכדיהם" משפחה במשפט ב 147, 200 (2008).
- 41 Helen Q. Kivnick, *Grandparenthood: An Overview of Meaning and Mental Health*, 22 GERONTOLOGIST 59 (1982).
- 42 Flavia Budini Gattai & Tullia Musatti, *Grandmothers' Involvement in Grandchildren's Care: Attitudes, Feelings, and Emotions*, 48 FAM. REL. 35 (1999).
- 43 Candida C. Peterson, *Grandfathers' and Grandmothers' Satisfaction with the Grandparenting Role: Seeking New Answers to Old Questions*, 49 INT'L J. AGING & HUM. DEV. 61 (1999).
- 44 כץ, לבנשטיין ובריק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 56; Vern L. Bengtson & Robert E.L. Roberts, *Intergenerational Solidarity in Aging Families: An Example of Formal Theory Construction*, 53 J. MARRIAGE & FAM. 856 (1991).

נפגע, וכתוצאה מכך איכות חייהם יורדת.<sup>45</sup> נמצא כי הקשרים הבין-דוריים נהיו מרכזיים וחשובים יותר בימינו מאשר בעשורים קודמים, וזאת משום שחיי הפרט כיום ארוכים יותר, והוא חולק שנים רבות יותר וחוויות רבות יותר עם בני דורות אחרים. עוד נמצא כי לכידות משפחתית תורמת לרווחה האישית בזקנה, ויש לה השפעה חיובית גם על אורך החיים. הממצאים מעידים על חשיבות זמינותם של בני המשפחה ככלל ושל ילדי הזקן במיוחד.<sup>46</sup>

המחקרים השונים מלמדים אם כן על חיוניותם של הקשרים הבין-דוריים לרווחתו של הזקן, ומשכך נראה כי קיים אינטרס של הזקנים לקשר בין-דורי המצדיק הטלת חובה על צדדים שלישיים על-פי תיאוריית האינטרס. אינטרס זה של רווחת הזקן הינו האדן הראשון שעליו נשענת הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה.

### 3. זכותם של הזקנים לקשרים בין-דוריים כביטוי לאוטונומיה של הפרט

האדן השני שעליו תבסס הזכות לקשר בין-דורי בזקנה מבוסס על תיאוריית הרצון ועל האוטונומיה של הזקן. על-פי תיאוריית הרצון, שהיא הגישה הפילוסופית המרכזית השנייה לביסוס זכויות, הזכויות מקנות לבעליהן יתרון שקשור למימוש רצונם. מימוש הרצון עומד במרכז, וחשיבותו נעוצה במרכזיותו של הרצון האוטונומי לגבי זהותו של הפרט ואישיותו.<sup>47</sup>

אכן, אחד העקרונות הבסיסיים של הליברליזם הוא עקרון האוטונומיה של הפרט. עיקרון זה מקדש את המחויבות הבלתי-מתפשרת לחירות הפרט. באופן מסורתי, המחויבות לאוטונומיה של הפרט והדגשת ערך החירות הוליכו את הליברליזם המסורתי לצמצום תפקידי המדינה. על-פי הגישות הליברליות המקדשות את החירות, התפקידים המרכזיים של המדינה הם כיבוד התחייבויות רצוניות של פרטים והגנה על זכויות-היסוד הבסיסיות מפני פגיעה.<sup>48</sup> היבט זה של ערך האוטונומיה מכונה לעיתים "חופש הרצון". היבט זה של ערך האוטונומיה הממוקד בחופש הרצון יבוא לידי ביטוי בחובה לא לפגוע ביכולתם של זקנים וצאצאיהם לקיים קשרים שהם בחרו בהם מרצונם. כך הוא מתלכד עם ההגנה הכללית על חירות האדם המוענקת על-ידי הליברליזם בכלל ובמשפט החוקתי בפרט.

45 ראו מיטל סגל-רייך "מאפוטרופסות גורפת לתמיכה בהחלטות – התאמת ארגו הכלים המשפטי למצבים של ירידה ביכולות" הון משפחתי א 3א 101 (2015).

46 כן, לבנשטיין ובריק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 56.

47 להדגמת ההבדלים בין תיאוריית האינטרס לבין תיאוריית הרצון בהקשר של דיני ירושה ראו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57 (2008).

48 ראו פניה עוז-זלצברגר "הדמוקרטיה הליברלית: מבט היסטורי על עניין לא פשוט" תרבות דמוקרטית 1, 97, 98 (1999).

אולם הזכות לקיים קשרים בין-דוריים משקפת היבט נוסף ומשמעותי לא פחות של ערך האוטונומיה, הקשור ליכולתו של אדם לספר את סיפור חייו ולכונן את זהותו.<sup>49</sup> היבט זה של האוטונומיה הוא עמוק יותר, ומכיר בחשיבותם של החלקים באישיותו של אדם הנוגעים בזהותו, וזאת מעבר לרצון רגעי שלו שיש לכבדו על-מנת לשמור על חירותו. אכן, בניגוד לנטיית הליברליזם בעבר להתמקד בפרט כאישיות נפרדת-אטומיסטית,<sup>50</sup> בחשיבה המודרנית נטען כי האוטונומיה צומחת מתוך קשרים ומערכות יחסים, וכי המשפט, לרבות הזכויות שהוא מקנה, הוא אחד המנגנונים המרכזיים המעצבים את מערכות היחסים שבונות אוטונומיה או חותרות תחתיה.<sup>51</sup> ההכרה בחשיבות הקשרים הבין-דוריים לזהותם של הזקנים, ומשכך ליכולתם לכתוב את סיפור חייהם, מבהירה את הצורך למנוע את הפגיעה בקשרים אלו. הכרה זו מבססת טיעון ערכי הקשור לחשיבותם של קשרים בין-דוריים לזהותם של הזקנים וליכולתם לכתוב את סיפור חייהם, ומשום כך לאוטונומיה שלהם.

כאשר מגבילים את הזקן ואין מאפשרים לו להיפגש עם צאצאיו, יוצרים למעשה שתי פגיעות באוטונומיה: ראשית, עצם ההגבלה ללא התחשבות ברצונו היא "פגיעה ברצון"; ושנית, בד בבד עם אותה פגיעה באוטונומיה מסוג "פגיעה ברצון", הגבלת הקשרים הבין-דוריים מהווה פגיעה ברבדים העמוקים של אישיותו. כאשר אין מניחים לזקן ללכת למקום שליבו חפץ, הפגיעה באוטונומיה היא משום שכופים עליו התנהגות בניגוד לרצונו. לעומת זאת, כאשר מגבילים את יכולתו לקיים קשרים בין-דוריים, הפגיעה באוטונומיה נובעת מפגיעה בזהותו ובחלק מה"אני" שלו הקשור למערכות היחסים שלו בכלל ועם צאצאיו בפרט. החינויות של קשרים בין-דוריים לאוטונומיה של הזקן והסכנה הגלומה לערך האוטונומיה במקרה של פגיעה בקשרים הללו מחזקות את הצורך בהכרה בקשרים בין-דוריים של זקנים כזכות.

ההכרה בחשיבותם של הקשרים הבין-דוריים כחלק מכתובת סיפור החיים מקבלת משמעות מיוחדת בתקופת הזקנה. משמעות מיוחדת זו, הנוגעת באינטרס ההמשכיות, הינה האדן השלישי שעליו מבוססת הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה, ואליה אתיחס בחלק הבא.

#### 4. הזכות לקשרים בין-דוריים כביטוי לאינטרס ההמשכיות

החלק הקודם עסק בתרומתם של קשרים בין-דוריים לרווחת הזקנים ולאוטונומיה שלהם, במונח של יכולתם לכתוב את סיפור חייהם. אולם מעבר לתרומה זו, קשרים אלו תורמים גם לאינטרס ייחודי של זקנים ושל בני משפחתם – אינטרס ההמשכיות.

49. JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986).

50. CHARLES TAYLOR, SOURCES OF THE SELF: THE MAKING OF MODERN IDENTITY (1989).

51. JENNIFER NEDELSKY, LAW'S RELATIONS: A RELATIONAL THEORY OF SELF, AUTONOMY, AND LAW (2011).

אינטרס ההמשכיות, דהיינו האינטרס של אדם להשאיר נוכחות בעולם לאחר מותו, הוכר בפסיקה ובספרות המשפטית כאינטרס ראוי להגנה בכמה מובנים. ראשית, בשורה של פסיקות נקבע כי אינטרס ההמשכיות הוא אחד האינטרסים העומדים בבסיסה של הזכות להורות.<sup>52</sup> שנית, על-פי השופט מלצר (במקרה שבו נדונה זכות ההמשכיות בהקשר של שימוש בזרעו של אדם שמת), ההמשכיות הינה זכות חוקתית עצמאית, הנגזרת מכבוד האדם ומהזכות לחירות.<sup>53</sup> באותו פסק-דין ההתייחסות להמשכיות היא במובן הביולוגי – ההמשכיות באה לידי ביטוי באמצעות מעשה ההולדה והבאת צאצאים לעולם, כאשר מטענו הגנטי של האדם משוכפל ובכך נשארת נוכחות שלו לאחר מותו. לבסוף, הכרה באינטרס ההמשכיות זכתה בהתייחסות גם בדיני הירושה.<sup>54</sup> כך, לצד הגישה הרואה בחופש הציווי ביטוי לזכות הקניינית של המנוח, התפתחה בשנים האחרונות גם תפיסה הרואה בחופש הציווי ביטוי לרצון לאפשר לאדם להנציח ולשקף את סיפור חייו גם לאחר מותו. על-פי גישה זו, רעיון ההמשכיות והקשר שלו לסיפור החיים הם שמצדיקים את העובדה שבמשפט הישראלי אי-אפשר להסתמך על צוואה, כך שאדם יכול בכל רגע נתון לכתוב מחדש את סיפור חייו ואת המורשת שתגדיר אותו לאחר מותו.

אם כן, בשיח הרווח ההיבט של ההמשכיות בא לרוב לידי ביטוי במובן הביולוגי, כאשר האדם מעמיד צאצאים לעולם ובזאת מעביר את מטענו הגנטי לדורות הבאים לאחר מותו. אולם לטעמי, ההמשכיות המתבטאת ברבייה ובהתרבות היא משנית להמשכיות שבאה לידי ביטוי כאשר אדם מעביר את מורשתו ואת חזונו ומנחילם לדורות הבאים. יכולתו של האדם לשתף בעולמו הרוחני את הדורות הבאים ולהעביר להם

52 ראו בג"ץ **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 5, בפס' 2 לפסק-הדין של הנשיאה ביניש ("בליבת הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות מצויה זכותו הטבעית והראשונית של כל אדם להביא צאצאים לעולם, ובכך להגשים את היצר הקיומי להעמיד דור המשך הנושא את המטען הגנטי של הוריו"); בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, פ"ד סד(3) 122, פסק-הדין של השופט רובינשטיין (2011), במיוחד פס' ו' לפסק-דינו ("הזכות החוקתית להורות... שלובה לבלי הפרד בשאיפה האנושית הבסיסית (חוק היסוד: אנושיות) לפרי בטן ולהמשכיות"); בג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות**, פ"ד נז(1) 419, פס' 31 לפסק-הדין של השופט חשין (2002) ("עיקר הוא במשאת-הנפש לילד, באותו צורך-נפש עמוק וקמאי להורות הבער בנפשה של אישה ואיננו אָפֶל; עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכורה ההמשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקקות להורות המולד באדם"); דנ"א **נחמני**, לעיל ה"ש 26, בפס' 5 לפסק-הדין של השופט שטרסברג-כהן ("זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה").

53 בע"מ 7141/15 **פלונית נ' פלונית**, פס' 5–6 לפסק-הדין של השופט מלצר (נבו) (22.12.2016).

54 ראו Shelly Kreiczer-Levy, *Property's Immortality*, 23 CARDOZO J.L & GENDER 107 (2016); Shelly Kreiczer-Levy, *Inheritance Legal Systems and the Intergenerational* Bond, 46 REAL PROP. TR. & EST. L.J. 495 (2012); שלי קרייצר-לוי ואיילת בלכר-פריגת "הנהגה היה אדם ואיננו: על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד המת" **עיוני משפט** לח 571, 606 (2016). ראו גם קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 172.

מורשת, מסרים, רעיונות ורצונות, מתוך רצון לממש את חזון ההמשכיות שלו, היא-היא בבחינת "מותר האדם מן הבהמה" וגולת הכותרת של ההמשכיות. הזכות להורות מכילה בתוכה אם כן, בראש ובראשונה, את החינוך שההורה נותן לילדו ואת המורשת שהוא מנחיל לו, אשר ממשיכים גם הם להיות נוכחים בעולם לאחר מות ההורה, ואשר משמעותם אינה פחותה מזו של העברת המטען הגנטי שלו. בהמשך לכך, גם במעשה הציווי בדיני הירושה האדם ממשיך את חזונו לדורות הבאים. לנוכח ניתוח זה ברור שההמשכיות אינה נוצרת ברגע מותו של אדם, אלא מדובר בזכות שנוצרת במהלך חייו על-ידי החינוך שהוא מעניק לילדיו בקטנותם והקשר הנמשך שלו עימם בבגרותם, ואשר מימושה נמשך לאחר מותו.<sup>55</sup> לחזון ההמשכיות יש תפקיד חיוני בתקופת הזקנה, שכן הזקנה – הקשורה לסופם של החיים ולהעברת השרביט הלאה לדור הבא – מבטאת יותר מכל תקופה אחרת את הזמן שבו נוצר חזון ההמשכיות באמצעות הקשר שהזקן יוצר עם צאצאיו. הצורך בהמשכיות מורכב משני היבטים משני צידי הקשר: הצורך של הזקן להמשיך לקדם נוכחות בעולם לאחר מותו; והצורך של הצאצאים בהשתייכות לעולם שהתקיים קודם לכן – הצורך בשורשים. מאחר שחלק חשוב מזהות האדם קשור לקשרים שהוא מקיים, בשעה שהוא מקיים את קשריו עם צאצאיו ובונה את דימויו בזכרונם של הממשיכים אחריו, ה"אני" שלו מורחב אל מעבר לסיום חייו, אל אלה שימשיכו אותו ויזכרו אותו בהמשך ליחסיהם העכשוויים. הגנה על קשריו הבין-דוריים של הזקן וטיפוחם בעת חייו נחוצים לצורך מימוש אינטרס זה לא פחות מאשר בשלב המאוחר של אכיפת חזונו בעת מימוש הצוואה לאחר מותו. בענייני קשרים משמעותיים בין הזקנים לצאצאיהם בעודם בחיים יאפשרו את נוכחותו של הזקן בעולם לאחר מותו, והם מהווים את אחד האדנים המשמעותיים והייחודיים שעליהם עומדת הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה.

## 5. סיכום

הניתוח שנערך בפרק זה הראה את האדנים שעליהם עומדת הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה. הובהר כי קשרים בין-דוריים חיוניים לרווחת הזקנים, לאוטונומיה שלהם, לזהותם, לאפשרותם לכתוב את סיפור חייהם וליכולתם לדאוג להמשכיותם. אלה הרכיבים המבססים במשפט הישראלי זכויות חוקתיות הנגזרות מהזכות לאוטונומיה.<sup>56</sup> אכן, המחקר על הנזקים הנגרמים לזקנים כאשר הם מבודדים מקשרים בכלל ומקשרים בין-דוריים בפרט<sup>57</sup> מלמד כי פגיעה בזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה כמוה כפגיעה בכבוד האדם של הזקנים.

55 לדיון בשאלה אם למת יש זכויות ראו בירנהק, לעיל ה"ש 47.

56 כפי שנקבע בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, פס' 35 לפסק-הדין של הנשיא ברק (2006).

57 התנהגויות מבודדות נחשבות בספרות הסוציולוגית של הזקנה כהתעללות. ראו אלון, לעיל ה"ש 3; אריאלה לבנשטיין ופנינה רון "פגיעה בקשישים על-ידי בני משפחה מטפלים:



## ב. התנגדויות אפשריות להכרה בזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה

- בפרק זה אעסוק בהתנגדויות אפשריות לעצם קיומה של הזכות או למצער לצורך בה. לשם כך אפרק את הזכות לרכיביה ואבחן את ההתנגדויות לכל אחד מהרכיבים:
- (1) הרכיב הראשון הוא רכיב הזקנה. היבט זה של הזכות יעלה את השאלה מדוע הזכות לקשרים בין-דוריים נבחנת דווקא בזמן הזקנה, ואם מיקודה של הזכות לקשר בין-דורי בזקנה אינו משקף תפיסה גילנית סטריאוטיפית המתערבת לא לצורך בקשריו של הזקן.
- (2) הרכיב השני הוא רכיב הקשרים. היבט זה של הזכות יעלה את השאלה אם מיקודה של הזכות בהגנה על קשרים הוא נכון או שמא הזכויות המוכרות לאוטונומיה, לחירות ולשוויון כבר מקיפות את האינטרסים הראויים להגנה.
- (3) הרכיב השלישי הוא הרכיב הבין-דורי. כאן תישאל השאלה מדוע דווקא קשרים בין-דוריים, להבדיל מקשרים חברתיים, מחייבים הגנה והכרה מיוחדות.

### 1. מדוע בזקנה? האתגר הגילני

בבסיס ההתנגדות הראשונה להכרה בזכויות זקנים לקשר בין-דורי עומד החשש שהגנת יתר על זקנים בכלל ועל קשריהם הבין-דוריים בפרט עלולה לשקף עמדה פטרנליסטית גילנית החותרת תחת האוטונומיה של הזקנים ומעמדם כישות אוטונומית. על-מנת להשיב על שאלה זו יש להכיר תחילה בכך שלצד חשיבותם המיוחדת של הקשרים הבין-דוריים בזקנה, קשרים אלו נמצאים פעמים רבות במצב של פגיעות דווקא בתקופת החיים הזו. פעמים רבות נוצרים בזקנה מצבים של תלות והיפוך תפקידים – עקב מחלה או מוגבלות המחייבות טיפול – שבמסגרתם בן משפחה נהפך למטפל עיקרי בזקן<sup>58</sup> או נשכר מטפל בתשלום. מצבים אלה מאפשרים לגורם המטפל – בן משפחה או גורם אחר – לשלוט בקשריו של הזקן.<sup>59</sup> במקרים אחרים זקנים עוברים לדיור במוסדות מיוחדים הדואגים למכלול צורכיהם, וגם אז קיימת שליטה של המוסדות השונים ביכולתם של הזקנים לקיים את הקשרים הבין-דוריים עם קרוביהם (אומנם במצבים אלו ניתן לקיים קשרים חברתיים עם דיירים אחרים במוסד, אבל קיום קשרים בין-דוריים עם בני המשפחה תלוי במוסד). אכן, מגפת הקורונה, שאליה אתייחס בפרק הבא, הוכיחה כי במצבים מסוימים ישתמש המוסד בסמכותו להגביל את ביקוריהם של בני המשפחה.

שכיחות התופעה בארץ, טיפולוגיה של הקרבן ושל בן המשפחה המתעלל ואטיולוגיה של התעללות "חברה ורווחה" כ 175, 177 (2000).

58 Daphna Hacker, *Elder Law and Its Justifications: A Hybrid Vision Inspired by Family Law Jurisprudence*, 21 THEORETICAL INQUIRIES L. 25 (2020). הקר מאפיינת את היפוך התפקידים הזה שבמסגרתו ילדים בגירים מטפלים בהוריהם כמצב שבו הילדים הבגירים "parent" their parents.

59 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 7, שם מתוארים מקרים שבהם הגורמים המטפלים מחבלים בקשרים של הוריהם.

אפילו במצבים שבהם הזקן גר במגורים עצמאיים ואיש אינו מנסה להשפיע לרעה על קשריו, פעמים רבות קיים קושי בהתניידות המקשה עליו שמירה על קשרים, וקיימים אף מקרים שבהם הוא זקוק לתמיכה לשם יצירת קשר טלפוני. גם מצבים אלו מראים כי קשריו של הזקן נמצאים במצב של פגיעות.

לכאורה, ההתייחסות לזקנים ולקשריהם כפגיעים במיוחד מעוררת ביתר שאת את חשש הגילנות. אולם כנגד תפיסה זו ברצוני להציב תפיסה מתחרה המציגה את הפגיעות כחלק מן החוויה האנושית. תפיסה זו הוצגה בצורה מקיפה ושיטתית בתיאוריית הפגיעות של מרתה אלברטסון פיינמן<sup>60</sup> וביישומה לגבי זקנה.<sup>61</sup> תיאוריית הפגיעות מאתגרת את המונח "שוויון" באופן שבו מתייחסים אליו במודל הליברלי-הפרטני, שלפיו כל בני-האדם חופשיים ושווים ולכן אוטונומיים ובעלי זכויות שוות.<sup>62</sup> לטענתה, לפי המודל הליברלי-הפרטני תפקיד המדינה מתמצה בפיקוח נגד הפליה, תוך התעלמות מרכיבים שעומדים בבסיס חוסר השוויון, כגון נקודות מוצא שונות של בני-האדם ונסיבות חיים שונות. לטענתה, תפיסה שלפיה המדינה אינה צריכה להתערב במתחמים פרטיים, דוגמת משפחה, גורמת להגדלת פערים חברתיים ולחוסר שוויון מהותי.<sup>63</sup>

תיאוריית הפגיעות יוצאת נגד תפיסות המקשרות את הפגיעות לתיוג שלילי. על-פי התיאוריה, הפגיעות היא אוניוורסלית ואינהרנטית לחיי האדם בגלגולי חייו השונים.<sup>64</sup> כל אדם מתחיל כתינוק התלוי בהוריו, ובסוף חייו, בגיל מאוחר, הוא מגיע פעמים רבות שוב למצבים של פגיעות ותלות. נוסף על כך, בכל רגע מחייו אדם חשוף לאסונות אפשריים ולסיכונים ליהפך לחולה או למוגבל, ולכן הוא פגיע לכל אורך הרצף שבין הלידה למוות. על-פי תיאוריה זו, מכיוון שהפגיעות אוניוורסליות ואינהרנטיות למצבים שונים בחייו של כל אדם, היא נמצאת בליבת אחריותה של המדינה. מחובתה של המדינה להסדיר את הטיפול בפרטים ולפקח עליו תוך התייחסות לפגיעות. כך תגשים המדינה, באמצעות מוסדותיה, מדיניות המקדמת ערכים של שוויון וצדק במובן המהותי. על-פי התיאוריה, במקום להצמיד תוויות שליליות לאדם עקב פגיעותו, על המוסדות החברתיים לקבל את הפגיעות של כל אדם כחלק אינהרנטי מחייו, ולהציב לעצמם מטרה להקנות לאדם חוסן שיאפשר לו להתמודד עם הפגיעות.<sup>65</sup> על המוסדות החברתיים לטפל בפגיעות של פרטים ולאפשר להם לשנות את חייהם לכיוון של אושר וחוסן על-אף הפגיעות.

Martha Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, 20 YALE J.L. & FEMINISM 1 (2008) 60

Martha Albertson Fineman, "Elderly" as Vulnerable: Rethinking the Nature of Individual and Societal Responsibility, 20 ELDER L.J. 71 (2012) 61

ראו Fineman, *The Vulnerable Subject*, לעיל ה"ש 60, בעמ' 2. 62

שם, בעמ' 5. 63

שם, בעמ' 7. 64

שם, בעמ' 18. 65

התהליכים הנלווים לזקנה עלולים להפוך את הזקן לפגיע במיוחד בשלבים שבהם הוא נהפך לתלוי. בהתייחסה להיבטי הזקנה טוענת פיינמן<sup>66</sup> שכאשר מגדירים אוכלוסייה כתלויה, היא נתפסת כלא-עצמאית, ומשכך כמיועדת לפיקוח, למשמוע ולריחוק, והחברה תהיה פטרנליסטית בנוגע לרצונה וליכולתה של אותה אוכלוסייה לבחור בחירות. פיינמן טוענת כי עקב תיוגה השלילי של התלות נלקחות זכויות ממבוגרים כשירים, וההתייחסות אליהם היא כאל מי שאינם אוטונומיים. פיינמן מציינת שקיים מתח בין אוטונומיה של מבוגרים לבין ההגנה על ביטחונם. ההגנה נתפסת כשלילית כי היא מגיבה על חולשה ותלות, בעוד חלק מהזקנים פעילים, בריאים ומעורבים. פיינמן מציעה לנתח את מצבי הפגיעות בזקנה כמצויים על-גבי רצף, תחת הסתכלות דיכוטומית עליהם.<sup>67</sup> בהסתכלות הדיכוטומית, ככל שזקן יוגדר כחלש וכלא-כשיר, יינתנו לו הגנות רבות, אך תילקח ממנו האוטונומיה; ואילו ככל שהוא יוגדר כפעיל וככשיר, הוא יוכר אומנם כאוטונומי, אך יתעלמו מפגיעותו בתחומים שונים, וכתוצאה מכך הוא יאבד את ההתאמות שהוא זקוק להן ולא יקבל הגנה מהמשפט. לעומת זאת, ראיית הפגיעות כרצף מאפשרת הגנה על הזקן המגיבה על פגיעותו. הגנה כזו אינה יוצרת תיוג שלילי שלו, אלא להפך – היא מאפשרת לו להיות אוטונומי, ולמעשה מעניקה לו שוויון מהותי.

לפיכך, בהקשר של מאמר זה, על המדינה להתייחס לקשרי הזקנים באופן מיוחד ולהכיר בזכותם לקשרים בין-דוריים, וזאת במקרים שבהם קשרים אלו נמצאים במצב של פגיעות. התייחסות לפגיעותם של הקשרים במצב של זקנה אינה גילנית, אלא להפך – יש בה משום התאמה והתייחסות לפגיעותם של הקשרים בזקנה, ככל שהיא קיימת. שמירה על זכות הזקנים לקשרים בין-דוריים ותמיכה של המדינה בקשרים אלו יאפשרו לזקנים לקיים קשרים באופן אוטונומי הן במובן של מימוש רצונם בקשרים אלו והן במובן של מימוש זהותם.

## 2. היש צורך בזכות לקשר? האם הזכות לקשרים בין-דוריים נבלעת בזכויות אחרות ועל-כן מתייתרת?

בחלק זה תיבחן השאלה אם הזכויות לשוויון ולחירות יכולות לתת מענה לזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה באופן שמיתר את ההכרה בזכות זו.

### (א) הפגיעה בזכות לשוויון

החובה להתייחס לכל בני-האדם כשווים עומדת בבסיסן של זכויות האדם, ולכן היא מהווה אבן-יסוד במשפט החוקתי<sup>68</sup> ונגזרת מהזכות לכבוד האדם.<sup>69</sup>

66 ראו Fineman, "Elderly" as Vulnerable, לעיל ה"ש 61.

67 שם, בעמ' 92.

68 ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 275 (2016).

לפי הגישה הקלסית, הזכות לשוויון אוסרת להתייחס לאנשים באופן שונה על יסוד השתייכותם לקבוצה מסוימת, בנסיבות שבהן הדבר פוגע בכבוד האדם ועלול להעצים דעות קדומות בחברה באשר לחברי הקבוצה, בשל ההשפעות העקיפות של הפגיעה השלטונית, העלולות להתבטא בעיגון תיוגים חברתיים שליליים.<sup>70</sup> לצד גישה זו קיימת גם הגישה המרחיבה, שלפיה חובת השלטון לפעול על יסוד שיקולים ענייניים בלבד.<sup>71</sup> על-פי גישה זו, הזכות החוקתית לשוויון אינה נפגעת ממדיניות המבוססת על שונות רלוונטית.<sup>72</sup> מכל מקום, אין מחלוקת שבמקרים של התייחסות שונה לאנשים על בסיס השתייכות קבוצתית אשר חשובה לכינון זהות האדם מוחלת הגישה הקלסית על כל רכיביה.<sup>73</sup> בתוך כל אלה, הבחנה על בסיס גיל, המכונה "גילנות" (ageism),<sup>74</sup> נחשבת כפוגעת בזכות לשוויון.<sup>75</sup>

ניתן לטעון, לכאורה, שכאשר מגבילים את קשרי הזקנים בכללותם או את קשריהם הבין-דוריים בפרט, בעוד יתר האוכלוסייה אינה מוגבלת בקשריה, מדובר בפגיעה בזכות לשוויון, ולכן אין צורך בזכות נוספת המגינה על הקשרים. על-פי טיעון זה, הקשרים הבין-דוריים של זקנים מוגנים על-ידי ערך השוויון, ועל-כן אין צורך בזכות פרטיקולרית לקשרים בין-דוריים בְּזִקְנָה, כלומר, זכות זו מתייתרת.

לטענתי, הזכות לקשרים בין-דוריים בְּזִקְנָה אינה מתייתרת ואינה נבלעת בזכות לשוויון, וזאת משתי סיבות: ראשית, כאשר הזכות ממוקדת בשוויון, הפגיעה נבחנת בהשוואה לאוכלוסיות אחרות. לכן, ברגע שמדובר בשוני על רקע רלוונטי, או כאשר קיימות אוכלוסיות אחרות שמוגבלות גם הן ולא מוכחת הפליה לעומת אוכלוסייה צעירה, ייתכן שהזכות לשוויון לא תיפגע. לעומת זאת, כאשר הבחינה היא אם קיימת פגיעה בקשרים בין-דוריים, תיבדק הפגיעה בקשרים ללא קשר לאוכלוסייה האחרת. זאת ועוד, בניגוד לזכות לשוויון, שאינה נותנת מענה לפגיעות מיוחדות, הזכות לקשרים בין-דוריים בְּזִקְנָה בודקת את הפגיעה אל מול הפגיעות והצרכים הייחודיים לקשר בין-דורי בְּזִקְנָה דווקא.

69 להתייחסויות שונות ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, פס' 4 לפסק-הדין של השופט דורנר (1995); עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 56, בפס' 32–43 לפסק-הדין של הנשיא ברק.

70 מדינה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 275. כן ראו בג"ץ מילר, לעיל ה"ש 69.

71 מדינה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 276. כן ראו עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 56.

72 מדינה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 288.

73 שם, בעמ' 286.

74 ראו ישראל (איסי) דורון "גילנות ואנטי-גילנות בפסיקת בית המשפט העליון" המשפט יד 65 (2010); ישראל דורון ועינת קליין "הזירה הלא מתאימה? אפליה מטעמי גיל בראי בית הדין האזורי לעבודה בחיפה" עבודה, חברה ומשפט יב 435 (2010); ישראל (איסי) דורון זיקנה בהיכלים של צדק: זקנים וגילנות בפסיקת בית המשפט העליון (2013).

75 ראו עע"א (ארצי) 209-10 וינברגר – אוניברסיטת בר אילן (נבו) 6.12.2012; בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת (נבו) 21.4.2016.

שנית, גם אם תוכר פגיעה בזכות, הפתרונות החלופיים המידתיים שיוצעו יהיו שונים בכל אחת משתי האפשרויות. פתרונות שיתמקדו בשוויון יעסקו בניסיון להשוות ככל האפשר את מצבה של אוכלוסיית הזקנים למצבה של האוכלוסייה הכללית, ובוודאי לא יכללו ניסיונות פעילים ליצור סביבה תומכת קשרים על-מנת לסייע לזקנים לנוכח פגיעותם. לעומת זאת, הפתרונות החלופיים, הממוקדים בזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה, יעסקו בקשרים עצמם ובשמירה על אינטרסים של המשכיות ושל אוטונומיה, ויכללו גם פתרונות העונים על צידה החיובי של הזכות, אשר יטילו על המדינה חובות של תמיכה בקשרים בין-דוריים. לכן הזכות לשוויון אינה "בולעת" את הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה גם ברמת הפתרונות החלופיים, שכן גם אם אוכלוסיות נוספות יבודדו באופן שווה, תיקון זה של הפגיעה בשוויון לא יעלים את הפגיעה בזכותם של זקנים לקיים את קשריהם הבין-דוריים.

### (ב) הפגיעה בזכות לחירות

לפי הזכות לחירות, "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".<sup>76</sup> הזכות לחירות היא זכות בעלת פן שלילי בלבד, המגינה מפני הטלת איסורים ומגבלות על יכולתם של בני-אדם לתכנן את חייהם ולהגשים את מאווייהם. זוהי כמוכן זכות חשובה, המבטאת היבט של האוטונומיה של האדם המכונה לעיתים "חופש הרצון".

האם ניתן לומר שהזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה נבלעת בתוך הזכות לחירות, וזאת משום שככל שהזקן מעוניין בקיום קשרים בין-דוריים, מניעת הדבר ממנו היא בגדר פגיעה בחירותו, ועל-כן הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה מתייתרת? אני סבורה שהתשובה שלילית.

אכן, החירות וחופש הרצון הם אחד האדנים שעליהם נשען אדן האוטונומיה של הזכות לקשרים בין-דוריים, אולם לטענתי הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה אינה מתייתרת ואינה נבלעת בזכות לחירות, וזאת שוב משתי סיבות: ראשית, הפגיעה בחופש הרצון היא רק היבט אחד של טיעון האוטונומיה שעליו מבוססת (בין היתר) הזכות לקשר בין-דורי בזקנה. בהקשר של קשרים בין-דוריים לטיעון האוטונומיה יש פן נוסף, הממוקד בתוכן הממשי של הקשר הבין-דורי ובאינטרסים הגלומים בו לזהותו של הזקן וליכולתו לכתוב את סיפור חייו. היבט זה של טיעון האוטונומיה, בוודאי כאשר מצטרף אליו אינטרס ההמשכיות, הוא שונה – ובהקשרים רבים רחב יותר – מזה המגולם בזכות לחירות במובנה הרגיל, אשר ממוקד כאמור בחופש של אדם לעשות כרצונו. לכן אי-אפשר להסתפק בזכות לחירות.

שנית, בעוד לזכות לחירות יש כאמור רק פן שלילי, הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה נגזרת מהזכות לכבוד האדם ולפיכך נהנית מהגנה כפולה – הן מתוקף הפן השלילי של הזכות, הנובע מסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "אין

76 ס' 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם כאשר הוא אדם"; והן מתוקף היבטה החיובי של הזכות, הבא לידי ביטוי בסעיף 4 לאותו חוק-יסוד, הקובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". צידה החיובי של הזכות, המטיל על המדינה חובות של תמיכה בקשרים בין-דוריים, אינו בא לידי ביטוי בזכות לחירות. לכן הזכות לחירות אינה "בולעת" את הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה.

### (ג) על שיומן של זכויות פרטיקולריות

ההכרה בצורך המיוחד של זקנים בקשרים בין-דוריים ובאימים הנשקפים לקשרים אלו – מהלך אשר בזרם של "משפט וחברה" מכונה "שיום" – היא רק השלב הראשון של הטיפול המשפטי בנושא. כהמשך לשיום הצורך יש להכיר בזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה ולעצבה בהתאם לתכניה הייחודיים. תהליך של שיום חברתי של תופעה והכרה בזכות יקדם מודעות לזכות זו, ובהמשך יוביל גם להגנה עליה.<sup>77</sup> כפי שהוסבר בשני החלקים הקודמים, הפתרונות שייגזרו מהזכות במצב של איזון בין אינטרסים שונים יהיו שונים מהפתרונות שייגזרו מהכרה ביסודות החירות או השוויון או בזכויות חוקתיות אחרות, וזאת משום שעצם שיומם של הצורך והזכות וההכרה בהם מְזַמְנִים צורת חשיבה שונה, שיכולה להוליד התנהלות שונה.

תהליך של הכרה בתוכן מהותי של זכויות אירע בעבר גם לזכויות משפחתיות נוספות. כך, הזכות לנישואים בוססה בעבר בארצות-הברית על הזכויות לחירות, להתקשרות חוזית, להתאגדות אינטימית ולשוויון;<sup>78</sup> והזכות להורות בוססה בעבר על הזכות להגשמה עצמית, לחירות ולכבוד.<sup>79</sup> אולם הזכות לנישואים כוללת יותר מהזכות להתקשרות חוזית, להתאגדות אינטימית ולשוויון, הגם שפגיעה בזכות זו פוגעת גם בזכויות הללו. בדומה לכך, כפי שכתבה פרופ' ברק-ארז, הזכות להורות כוללת יותר מאשר הזכות לאוטונומיה, לחירות ולכבוד. מדובר בזכות אשר מושרשת בקיום האנושי, ומבטאת צורך קיומי בסיסי, דרך חיים והגשמה עצמית, ולכן היא מהווה זכות עצמאית, ולא נגזרת של אוטונומיית הרצון.<sup>80</sup> הזכות להורות מכילה את הזכות ליחסי משפחה

77 William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631 (1981).

78 Kenneth L. Karst, *The Freedom of Intimate Association*, 89 YALE L.J. 624 (1980).

79 ע"א נחמני, לעיל ה"ש 26, בפס' 7 לפסק-הדין של השופט שטרסברג-כהן.

80 דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ 197, 199 – 200 (1996). על ליבתה של הזכות להורות מול הפריפריה של זכות זו, ועל חלחולן של זכויות חוקתיות למשפט הפרטי והשפעתן עליו, ראו בג"ץ 4077/12 **פלונית נ' משרד הבריאות**, פ"ד סו(1) 274, פסק-הדין של השופטת ברק-ארז (2013).

מטפחים המגלמים אחריות ודאגה מתמשכת, וכוללים בה רבדים מעבר לפריון במובן הטכני.<sup>81</sup>

ברוח דומה, רדוקציה של הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה לזכויות לחירות ולשוויון אינה משקפת את מהות הזכות לקשרים בין-דוריים, שהיא חלק מזהות האדם וקשורה להמשכיות, ולכן יש צורך בעיצוב זכות קונקרטיה רלוונטית לקשרים בין-דוריים בזקנה.

### 3. מדוע בין-דורי? הייחודיות של הקשר הבין-דורי

לבסוף, נשאלת השאלה מדוע יש להתייחס לקשר בין-דורי דווקא, ולא לקשרים חברתיים אחרים?

בעיקרון תשובתי לשאלה זו אינה מוחלטת, שכן כפי שנכתב בפרק א, קשרים חברתיים וקיום רשתות חברתיות מגוונות בזקנה חשובים לרווחת הזקנים. עם זאת, לקשרים הבין-דוריים יש תפקיד חשוב, אשר קשרים חברתיים כלשהם אינם יכולים למלא. ראשית, בהיבט הרווחתי, המחקר מלמד כי בפועל הגורמים האופייניים שעשויים לשמור על קשר עם הזקנים ולהיות אחראים לרווחתם הם קרובי-משפחה, ובמיוחד צאצאיהם. שנית, בהיבט של כתיבת סיפור החיים של הזקנים, הקשר עם הילדים ועם שאר קרובי-המשפחה הוא בדרך-כלל קשר שליווה את הזקן מרבית חייו, ומשום כך ברוב המקרים מדובר בקשר שיש לו משמעות עמוקה יותר לזהותו וליכולתו לטוות את סיפור חייו. לבסוף, כפי שראינו בהקשר של המשכיות, ההיבט הבין-דורי מקבל משמעות מיוחדת בשל התפיסה כי ילדיו של אדם והקשר עימם מאפשרים לו לשמר המשכיות בעולמו. השילוב של שלושת הדברים הללו יחדיו מוביל למסקנה שלמרות החשיבות הבלתי-מוכחשת של קשרים חברתיים בכלל, יש מקום להפנות זרקור מיוחד לקשרים הבין-דוריים.

### 4. סיכום

לסיכום, ההכרה בזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה תוסיף על הזכויות הקיימות בכמה אופנים. ראשית, הפנמת האינטרס העומד מאחורי הזכות תוביל למסקנה שעוצמת הפגיעה בזקנים היא קשה במיוחד, דבר שישפיע על האיזון שבין הזכות לבין זכויות אחרות ואינטרסים מתחרים. שנית, ההכרה בזכות רלוונטית לכלל אוכלוסיית הזקנים ללא קשר להפליה, אלא בכל מצב שבו קשרים אלו נמצאים במצב של פגיעות. שלישי, הפתרונות למצוקות של קשר בין-דורי יהיו שונים מאלה הניתנים למצוקות אחרות. הפתרונות הללו ייתנו מקום לאינטרסים של המשכיות, של כתיבת סיפור חיים ושל

81 רות זפרן "הזכות להורות במשפט הישראלי: 'שעה בשבוע במרכז קשר'?! "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 27, 21 (2014).

רווחה במצבים של פגיעות, ולכן זכות מעין זו יכולה לדור לצד הזכויות האחרות שהוצגו בפרק זה.

משביססנו את הטיעון להכרה בזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה כזכות חוקתית, נפנה לבחינת היקפה. על-פי ברק, על רשות שלטונית להוקיר זכות חוקתית, להגשימה ולהגן עליה.<sup>82</sup> שלושת הרכיבים הללו, שהוא מכנה "הטרילוגיה החוקתית", כוללים את ההוקרה של הזכות, המביאה לידי ביטוי את צידה השלילי של הזכות, שמשמעותה איסור הפגיעה בזכות על-ידי המדינה; את הגשמת הזכות, המבטאת את חובת המדינה לממש את ההיבט החיובי של הזכות החוקתית; ואת ההיבט המגן, המבטא את חובת המדינה למנוע צד שלישי מלפגוע בזכות החוקתית.

ההיבט השלילי של הזכות החוקתית לקשרים בין-דוריים בזקנה מקים חובה למדינה לא לפגוע בזכות; ההיבט המגשים יטיל על המדינה חובה להבנות סביבה התומכת בקשרים בין-דוריים; וההיבט השלישי, המגן, יכול את חובתה של המדינה להגן על הקשרים במקרים שבהם צדדים שלישיים פוגעים בקשרים הבין-דוריים.

במסגרת מגפת הקורונה הוטלו מגבלות שונות על ביקורים במוסדות שבהם מתגוררים זקנים, אשר גרמו קשיים בקשרים בין-דוריים לזקנים המתגוררים במוסדות. כמו-כן נוצר קושי בקיום קשרים בין-דוריים אצל זקנים בקהילה עקב החשש מהידבקות במחלה. הפגיעה בקשרים של הזקנים במוסדות והפגיעה בקשרים של הזקנים בקהילה ממחישות שתיהן את פגיעותם של הקשרים ואת הצורך בזכות לקשרים בין-דוריים על שני היבטיה – החיובי והשלילי. בפרק הבא אתייחס לשאלה כיצד שיום הצורך בקשרים בין-דוריים ופגיעותם והכרה משפטית בזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה היו יכולים להשפיע על ההתנהלות בתקופה זו בתוך המוסדות ומחוץ להם. ודוק, הפגיעה בזכותם של הזקנים לא הייתה שרירותית, אלא נבעה מסיבות של שמירה על בריאות הציבור, אולם דווקא הכרה בזכות חוקתית והעמדתה כנגד זכויות חוקתיות אחרות הייתה מאפשרת להשתמש במתודה של המשפט החוקתי המאזנת באופן ראוי בין הזכויות השונות מבלי לאיין אף אחת מהן.

82 אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119, 134–138 (2018) (להלן: ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה").



## ג. מן הכלל אל הפרט – הזכות לשמירת קשרים בין-דוריים בזקנה בימי הקורונה

### 1. רקע

בזמן כתיבת מאמר זה מגפת הקורונה מתפשטת ברחבי העולם במחזוריות של גלים המכים באוכלוסיית העולם, וזאת כבר במשך שנים מספר. כבר בשלבים מוקדמים של המגפה נמצא כי מבחינה סטטיסטית גיל מבוגר ומחלות-רקע מהווים סיכון גבוה לתמותה. על-כן בפרוץ מגפת הקורונה חילק השיח הציבורי את הציבור לשניים – צעירים ומבוגרים. כך, לדוגמה, הצהיר שר הביטחון דאז נפתלי בנט כי "התובנה החשובה ביותר... היא להפריד בין זקנים לצעירים. קוקטייל השילוב הקטלני ביותר הוא כאשר סבתא פוגשת את נכדה ומחבקת אותו".<sup>83</sup> כך הייתה התגובה גם במדינות אחרות. לדוגמה, תגובתו הראשונית של ראש ממשלת בריטניה על משבר הקורונה הייתה המשך שגרת החיים לכלל הציבור, להוציא מבוגרים בני שבעים ומעלה, שלהם הוא המליץ לבודד את עצמם במשך ארבעה חודשים.<sup>84</sup>

עם הגעת המגפה לישראל נטו קובעי המדיניות להחליט על הטלת סגר ביתי על אנשים בגיל שישים ומעלה, ובהמשך, במסגרת הדיונים, הועלה גיל זה לשישים ושבע ולשבעים. אולם בעקבות התנגדותם של ארגוני הזקנים הסכימה הממשלה להסתפק בהמלצה לזקנים הגרים בקהילה להסתגר בבתיהם מבלי לכפות זאת עליהם, והכללים שחלו על כלל האוכלוסייה חלו גם על הזקנים שחיו בבתיהם, מבלי שהוחלו עליהם מגבלות מעבר לכך.<sup>85</sup> אף-על-פי-כן, במקרים רבים נוצר בפועל מצב שבו זקנים החיים בגפם בקהילה נחשפו לבדידות קשה בגלל פחדה של האוכלוסייה מהדבקה, וחולי קורונה זקנים נאלצו לבלות את ימי חייהם האחרונים כשהם מנותקים מבני משפחותיהם ומצאצאיהם. אף שמהבחינה המשפטית לא הוטלו עליהם מגבלות מעבר לאלה שהוטלו על כלל הציבור, מהבחינה המעשית הם היו חשופים לבדידות ולנתקים מבני משפחתם, וקשריהם הבין-דוריים נפגעו.

83 ליאת איילון "גילנות ומתח בין-דורי בעידן הקורונה – מאמר דעה" **ביטחון סוציאלי** 110, 1 (2020). ראו גם Liat Ayalon, *There Is Nothing New Under the Sun: Ageism and Intergenerational Tension in the Age of the COVID-19 Outbreak*, 32 INT'L PSYCHOGERIATRICS 1221 (2020).

84 איילון, לעיל ה"ש 83.

85 Older Persons' Human Rights NGO's Coalition—Israel, *Re: Response by the Israeli NGOs' Coalition to the Joint Questionnaire Special Procedures Mandate of Older Persons 2* (June 19, 2020).

אולם, להבדיל מהזקנים המתגוררים בקהילה, שיכלו לבחור את מידת ההגבלה שהם גוזרים על עצמם, במרץ 2020 הותקנו במסגרת התקנות לשעת חירום הגבלות על מספר המבקרים בדיוור המוגן ובבתי האבות.<sup>86</sup>

ביום 20.4.2020 נכנסה לתוקף תוכנית "מגן אבות ואימהות" של משרד הבריאות, שמטרתה הייתה להתוות דרכי פעולה במוסדות המטפלים בזקנים בעקבות משבר הקורונה. בתוכנית זו קיימת התייחסות לכך שלבידוד הזקנים יש השלכות נפשיות קשות וסיכונים בריאותיים, כגון ירידה קוגניטיבית ודיכאון,<sup>87</sup> ולכן קראה התוכנית למוסדות לסייע בקיום קשרים בין הזקנים לבני משפחותיהם. למרות זאת, בתוכנית נקבע באופן אוברטיבי כי "אין לאפשר ביקורים של אורחים ובני משפחה אך מנהל המוסד רשאי להחליט על אישור ביקור לבן משפחה אחד לזמן קצר".<sup>88</sup>

ב-19.6.2020 פרסמה קואליציית ארגוני הזקנים בישראל (להלן: הקואליציה) מסמך משותף כמענה ל"קול קורא" של מועצת זכויות האדם של האו"ם שביקש לברר את מידת הפגיעה בזכויות אדם של זקנים במדינות השונות במהלך משבר הקורונה. מסמך זה תיאר את הפגיעה בזקנים ואת פעולות הקואליציה נגד הפליית הזקנים. במסמך זה צוין כי בעקבות "מגן אבות ואימהות" שופר המצב ברוב המוסדות, אך ברבים מהם המשיכו להנהיג כללים מחמירים בהרבה מכפי שנצרך, ובחלק מהמקומות גזרו המוסדות בידוד חריף מזה שדרשו ההנחיות.<sup>89</sup>

באוקטובר 2020, בזמן הגל השני של המגפה, יצא דוח נוסף העוסק בזכויות האדם של זקנים בזמן הקורונה, שנכתב על-ידי צוות מומחים רב-מקצועי מטעם ארגון "זולת".<sup>90</sup> הדוח התייחס להשלכות הקשות של הקורונה בישראל על זקנים. בין היתר הוא התייחס לבידודם של זקנים בקהילה ולבידודם במוסדות השונים. לגבי הבידוד נטען לפגיעה בכבוד האדם של הזקנים עקב הפלייתם על רקע גיל,<sup>91</sup> וכן לפגיעות

86 תק' 3ד לצו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: צו בריאות העם (קורונה)), שהותקנה במסגרת תיקון מס' 10 לצו, מיום 15.3.2020. ביום 27.5.2020 הותקנה הרחבה לשני אורחים (במסגרת תיקון מס' 20 לצו), וביום 15.9.2020 הוחזרה ההגבלה לאורח אחד בלבד (במסגרת תיקון מס' 32 לצו).

87 רוני גמזו **מגן אבות ואימהות: תכנית לאומית למתן מענה להגנה על דיירי מוסדות הגיל השלישי** 92–93 (משרד הבריאות 2020) <https://govextra.gov.il/media/17274/elderly-care-covid19.pdf>.

88 שם, בעמ' 32.

89 Older Persons' Human Rights NGO's Coalition—Israel, לעיל ה"ש 85, בעמ' 2 ו-6.

90 כרמל שלו **דו"ח בנושא זכויות האדם של זקנים בזמן קורונה** (מכון זולת 2020) <https://zulat.org.il/2020/10/25/old-people-rights-in-covid/>. המומחים שליוו את הפרויקט הם פרופ' רביע ח'לאילה, ד"ר רמי אדוט, עו"ד דורית אלון-כשר, פרופ' נורית גוטמן, ד"ר ניהאיה דאוד, פרופ' נדב דוידוביץ, פרופ' דפנה הקר, פרופ' יעל השילוני-דולב, ד"ר איתן לה-פיקאר, פרופ' דני פילק ופרופ' מארק קלרפילד.

91 שם, בעמ' 27.

בחירות, בחופש התנועה ובאוטונומיה שלהם לבחור את דרכי התנהלותם.<sup>92</sup> עוד צוין שם כי בגל הראשון של המגפה אכן הייתה תמותה גבוהה במוסדות הגריאטריים-הסיעודיים, אלא שב-85% מהמקרים העובדים המטפלים היו המקור לתחלואה. כלומר, מכיוון שלא הייתה יכולת לבודד את הזקנים ממטפליהם, הבידוד מבני המשפחה לא עצר את התחלואה במקומות אלו.<sup>93</sup> בעקבות הדוח נערך דיון בוועדת הקורונה בכנסת. במהלך הדיון הועלה נושא בידודם של הזקנים הן לגבי הזקנים בקהילה והן לגבי הזקנים במוסדות השונים, והושמעה ביקורת שכדי להתהדר בתוצאה של "אפס תחלואה" בודדו אותם במוסדות מעבר לנצרך.<sup>94</sup> בשלבים מאוחרים יותר דווח בתקשורת על מקרים קיצוניים שבהם זקנים במוסדות שמו קץ לחייהם עקב בידודם מבני משפחתם.<sup>95</sup>

## 2. לסובב את הגלגל לאחור – כיצד הכרה בזכות החוקתית של זקנים לקשרים בין-דוריים אמורה להשפיע על התמודדותם עם הקורונה?

בפרקים הקודמים תמכנו בכך שהזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה תוכר כזכות חוקתית עצמאית. במדינות מסוימות אכן מסתמנת הכרה ראשונית בזכויות לקשרים בין-דוריים, בעיקר בהיבטים שונים של דיני האפטרופסות,<sup>96</sup> וכן במקרים שבהם נדונה, במסגרת

92 שם, בעמ' 30.

93 שם, בעמ' 22.

94 ראו, לדוגמה, פרוטוקול ישיבה 72 של הוועדה המיוחדת לעניין נגיף הקורונה החדש ולבחינת היערכות המדינה למגפות ולרעידות אדמה, הכנסת ה-23, 6 (21.10.2020), דברי חבר הכנסת אלעזר שטרן: "...מצד אחד ראיתי פרסומות של דיור מוגן, כמה אין להם חולים, ומהצד השני אני מכיר את המגבלות שהם מטילים על הדיירים שלהם... [כאשר] דיור מוגן ירצה להציג את עצמו עם אפס נדבקים... האם הוא לא גוזר על הדיירים שלו נזק נפשי מעבר למה שצריך לעשות או כזה שכבר מה שנקרא הצר לא יהיה שווה בנוק המלך? אני יודע שיש דיורים מוגנים... שהולכים מעבר להנחיות של משרד הבריאות."

95 ראו, לדוגמה, יובל בגנו "משפחות הקשישים נגד הנחיות הבידוד: 'לא נדרש' מעריב <https://www.maariv.co.il/news/israel/Article-862359> (30.8.2021)

96 כך, לדוגמה, במסגרת ה-Cal. Prob. Code § 2351 נקבע במדינת קליפורניה כי אפטרופוס לא יוכל להגביל את זכותו של אדם לקבל מבקרים, שיחות טלפון או מכתבים אלא באישור של בית-משפט. כך ניתן מענה למקרים שבהם האפטרופוס עצמו הוא הדמות שפגעה בקשרים. בית-משפט יכול גם להעניק צו לאפטרופוס המאפשר לו לאכוף את זכויותיו של האדם לקבל מבקרים, לשוחח בטלפון או לקיים תקשורת של מכתבים, וזאת במקרה שבו האפטרופוס מתרשם כי קיים אדם אחר הפוגע בקשריו של הזקן וברצונו לעצור את הפגיעה.

גם במדינת אריזונה, במסגרת ה-Ariz. Rev. Stat. § 14-5316, נקבעה חובה לאפטרופוס לעודד קשרים, ובמקרה שהיא מופרת, יש אפשרות לאדם שניהל מערכת יחסים עם הזקן לבקש מבית-המשפט סעד של צו לקשר. בחוק מפורטות אמות-מידה מנחות שעל בית-המשפט לשקול על-מנת לקבוע אם מדובר בקשר מזיק או בקשר שיש לעודדו. בהמשך, במסגרת רפורמה מקיפה שערך ה-Uniform Guardianship, Conservatorship, and Other

המשפט הפרטי, זכותם של סבים וסבות לקשרים עם נכדיהם.<sup>97</sup> נוסף על כך, גם בשיח זכויות האדם מסתמנת הכרה ראשונית בזכות לקשרים בין-דוריים בקנה. כך, ב- Political Declaration and Madrid International Plan of Action on Ageing, משנת 2002, המהווה את תוכנית הפעולה הבין-לאומית בנושא ההזדקנות, הוכרה החשיבות של סולידריות בין-דורית ושל עידוד מערכות יחסים בין-דוריות.<sup>98</sup> במישור המשפט הבין-לאומי קיימת הכרה בחשיבות של הסולידריות הבין-דורית במסגרת האמנה הבין-אמריקאית לזכויות זקנים, משנת 2015, שבה נקבע כי על המדינה לקדם את השתתפותם של אנשים מבוגרים בפעילויות בין-דוריות לשם חיזוק הסולידריות והתמיכה ההדדית כמרכיבי-מפתח בהתפתחות החברתית.<sup>99</sup> האמנה מתייחסת לצידה החיובי של הזכות, כלומר, לחובה של

Protective Arrangements Act (Unif. Law Comm'n 2017), הוטלו על האפוטרופוס חובות שונות שמשמען דאגה לקשריו של האדם (בס' 311, 314, 315, 316, 502 ו-503).

97 זכות זו נטענה בשתי סיטואציות. האחת עניינה במקרים שבהם סבים ביקשו להיפגש עם נכדיהם בעוד שהורי הנכדים התנגדו לכך. ראו, לדוגמה, אתי וייסבלאי **זכות הילד לקשר עם עם סבו וסבתו** 8 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2007); ליבת סומך ואורן טרגש "על השיקולים להכרה במעמד הסבות" **הארת דין** ד 168 (2007); דורון ולינצ'יץ, לעיל ה"ש 40, בעמ' 200; אדוה בלאו **יחסי ילדים וסבים בדיני משפחה: היבטים תיאורטיים והסדרים משפטיים** (עבודת-גמר לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן 2021). מחקרים אלו עוסקים פחות בזכותם של הסבים, וממוקדים בעיקרם בשאלות בדבר טובת הילד וזכויות הילד, בדבר מקומה של המשפחה הגרעינית ובדבר גבולות האוטונומיה ההורית. יש לציין כי זכויות לקשרים בין סבים לנכדים נאכפות במקרים שבהם קיימת הכרעה שקיום הקשר ייטיב עם הילד, כך שאף-על-פי שברור שהסבים יוצאים אף הם נשכרים מהקשר עם הנכד, ואף שיש להם זכות עמידה בתביעות מעין אלה (כתובעים), הפרסקטיבה שממנה הדברים נדונים היא טובת הילד לנוכח זכותו לקשרים עם הסב, ולא להפך.

הסיטואציה האחרת שבה נדונו קשרים אלו היא במקרים שבהם הורים נפטרו וסבים רצו למלא את מקומם אך הרווחה באותן מדינות לא הכירה בזכותם של סבים מעבר לזכויות של זרים. חוקרים אחדים סברו כי במקרים אלו יש לתת לסבים זכויות חוקתיות כמו להורים (על רקע מקרים שבהם ילדים נשלחו לאימוץ או לאומנה תחת האפשרות שהסבים יקבלו זכויות הוריות כשל הורים). ראו: Roberta Kotkin, *Grandparents Versus the State: A Constitutional Right to Custody*, 13 HOFSTRA L. REV. 375 (1985); Michelle Ognibene, *A Constitutional Analysis of Grandparents' Custody Rights*, 72 U. CHI. L. REV. 1473 (2005).

98 במסגרת ס' 16, לדוגמה, נקבע כך:

We recognize the need to strengthen solidarity among generations and intergenerational partnerships, keeping in mind the particular needs of both older and younger ones, and to encourage mutually responsive relationships between generations.

בהמשך הומלץ על דרכים לעידוד הסולידריות הבין-דורית.

99 ס' 8 ל- Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons (A-70) קובע כך:

States Parties shall adopt measures to enable older persons to participate actively and productively in their community and to develop their capacities

המדינה לקדם ולחזק קשרים בין-דוריים.<sup>100</sup> דבר זה מלמד על ההכרה באינטרס של הזקנים בקשר בין-דורי, אשר חודרת לשיח זכויות האדם. אולם רק מגפת הקורונה הציפה שהפן השלילי של הזכות – זה העוסק בפגיעה של השלטונות בזכות לקשר – חיוני להגנה על קשרים בין-דוריים בזקנה. נוסף על כך, משבר הקורונה הציף גם את הצורך החיובי בהגנה פעילה על קשרים בין-דוריים בזקנה בעת משבר.<sup>101</sup>

אני סבורה כי ייתכן שההתמודדות המשפטית עם הפגיעה בקשרים הבין-דוריים של זקנים בתקופת הקורונה, אשר דוחת שונים מתחו עליה ביקורת, הייתה שונה אילו הוכרו קשרים בין-דוריים כזכות חוקתית ברחבי העולם. במובן זה מגפת הקורונה היא הזדמנות עולמית – ולא רק ישראלית – לבחון את האפשרות לבסס את הזכות כזכות חוקתית המופנית בהקשרים שונים כלפי המדינה. מכל מקום, בחלקים הבאים של פרק זה לא אעסוק בהתמודדות העולמית עם הקורונה, אלא אתמקד במשפט הישראלי, ואבקש לנתח את ההתמודדות עם הפגיעה בקשרים הבין-דוריים של זקנים בראי הזכות לקשרים בין-דוריים אילו הוכרה זכות כזו כזכות חוקתית.

הפרק יבחן מהי מידת הפגיעה בזכות בזמן הקורונה בהיבטים השליליים והחיוביים שלה, וכיצד בעולם שבו הייתה הזכות מוכרת כחוקתית היה קיומה של זכות זו יכול להשפיע. היבטה השלילי של הזכות בעולם כזה ישתקף בהחלת איסור על המדינה לפגוע בקשרים הבין-דוריים. מדיניות הבידוד פוגעת בזכות הזקנים לכוון קשרים בכלל וקשרים בין-דוריים בפרט. בהקשר של הקורונה, ככל שהמדינה מגבילה יותר את מספר האורחים

---

and potentialities. To that end, States Parties shall... [p]romote the participation of older persons in intergenerational activities to strengthen solidarity and mutual support as key components of social development.

100 ראו ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה", לעיל ה"ש 82. על-פי "הטרילוגיה החוקתית", מדובר כאמור בהיבט המגשים של הזכות.

101 בשנת 2020 יצא מטעם האו"ם דוח שבדק את זכויות האדם של הזקנים בימי הקורונה: Claudia Mahler, *Report of the Independent Expert on the Enjoyment of All Human Rights by Older Persons*, U.N. G.A. A/75/205 (2020). קריאת הדוח מלמדת כי המצב בישראל לא היה רע יותר מאשר ביתר מדינות העולם, וכי בסך-הכל רוב המדינות התנהגו בצורה דומה. מעניין שדוח האו"ם בחר לציין מדינה אחת בלבד (אוסטריה) שבה המצב במוסדות היה שונה, והסיבה לכך הייתה שמשרד הרווחה הוציא הוראה שיש לאזן בין הזכות לבריאות לבין הזכות לקשרים. דוגמה זו יכולה להמחיש את טענתי שהכרה בזכות ושיומה עשויים להשפיע על מקבלי החלטות גם בעת משבר, כאשר יעמוד הצורך לאזן את הזכות מול זכויות אחרות. בלשונה של מחברת הדוח (שם, בפס' 43 (ההדגשה הוספה)):

Despite discouraging information regarding older persons both inside and outside residential care homes, there were some positive signs and good practices. In Austria, the Federal Ministry of Social Affairs issued recommendations to residential care homes in which it emphasized the need for balance between the right to health and *the right to social contact*, and made it clear that residents could enter public spaces, as could the general public, because such deprivation of movement could constitute illegal deprivation of liberty.

במוסדות המוגנים, כן היא פוגעת יותר בזכות זו. ההיבט החיובי יטיל על המדינה חובה לתמוך בקשרים בין-דוריים הן במוסדות המוגנים והן בקהילה. הדיון יחולק אפוא לשניים. בחלק הבא של הפרק אדון בהיבט השלילי של הזכות, ובמסגרת זאת אתאר את הפגיעה של המדינה בזכות ואדגים ניתוח חוקתי בהתאם לפסקת ההגבלה. לאחר-מכן, בחלק האחרון של הפרק, אדון בהיבט החיובי של הזכות, ואתאר כיצד המדינה יכולה לתמוך בקשרים בין-דוריים במצב של פגיעות. ודוק, מטרת מאמר זה אינה לפתור את הקונפליקט בין הזכות להגנה על קשריהם הבין-דוריים של הזקנים לבין הזכות לחיים ולשלמות הגוף בתקופת הקורונה, וגם לא לבקר את התמודדות המדינה עם המשבר. חלף זאת, מכיוון שהקורונה הובילה לפגיעות ייחודיות הן בהיבט השלילי והן בהיבט החיובי של זכותם של הזקנים לקשרים בין-דוריים, אני סבורה כי דיון חוקתי בזכות זו, דווקא במצב של קונפליקט מול זכויות אדם אחרות, עשוי לחדד ולזכך את ההבנה של הזכות לקשרים בין-דוריים בקנה, וכן לפתוח כיווני מחשבה כיצד הכרה בזכות עשויה להשפיע על המדיניות במקרים דומים.

### 3. הצד השלילי של הזכות לקשר בין-דורי בקנה בימי הקורונה

#### (א) ניתוח השלב הראשון של הפגיעה החוקתית

נפתח בהיבט השלילי, האוסר על המדינה לפגוע בקשרים בין-דוריים. הפגיעה בזכות לקשרים בין-דוריים בהיבט זה באה לידי ביטוי במדיניות הבידוד שהנהיגה המדינה במוסדותיה. ההנחיה בצו בריאות העם (קורונה) המצמצמת את מספר המבקרים במוסדות שונתה פעמים מספר במשך מגפת הקורונה.<sup>102</sup> במשך תקופה מסוימת התאפשרו ביקורים של שני אורחים בלבד, ובתקופות מסוימות אף הוגבל מספר האורחים לאחד בלבד. לנוכח הניתוח במאמר זה אציין כי הפגיעה החוקתית בקשרים בין-דוריים אינה רק כאשר אדם מבודד לחלוטין, וכי ההגבלה בתקנה לשני מבקרים משקפת אף היא פגיעה בזכות חוקתית. נוסף על כך, גם ההבדל בין מבקר אחד לשניים הוא דרמטי, שכן תחת הסדר כזה לא יכלו להתקיים, לדוגמה, מפגשים עם בני משפחה קטינים, שמצריכים ליווי. אין ספק שקביעת מועדים לפגישות בתדירות קבועה שבהן ישתתף מבקר אחד קבוע תגרום למעשה לדילול הגיוון של הקשרים הבין-דוריים של הזקן. כמו-כן קיים חשש שבמקרים אלו אותו בן משפחה שמתפקד כמטפל העיקרי בזקן ונוטל את עיקר האחריות לקשר עימו הוא שימשיך להיפגש עם הזקן, בעוד יתר בני המשפחה לא ייפגשו עימו. הסדר כזה הפועל לתקופה של יותר משבועות ספורים עלול לגרום לניתוק קשרים ולריחוק, ואולי להוביל לתוצאות בלתי-הפיכות מבחינת הקשרים הבין-דוריים של הזקן גם בטווח הארוך. אם המוסד ידאג לקיום קשרים בין האנשים בתוך המוסד, הזקן לא יהיה מבודד מבחינה חברתית, שכן הוא יוכל להיפגש עם יתר דיירי המוסד. אולם, כפי שהראיתי, הקשרים הבין-דוריים המגוונים חשובים במיוחד,

102 ראו לעיל ה"ש 86.

וקשרים בתוך המוסד אינם תחליף להם. ודוק, חלק מהמוסדות שבהם מתגוררים זקנים הינם מוסדות מדינתיים, וחלקם מוסדות פרטיים. ככל שמדובר במוסדות מדינתיים, החובה של המדינה נגזרת מההיבט המוקי של הזכות – זה הממוקד בהגנה ישירה עליה מפני פגיעה ישירה של השלטון. אלא שגם במקרים שבהם המוסד הוא פרטי מוטלת על המדינה החובה להגן על הזכות, ועל-כן, באופן מעשי, אין חשיבות לדקדוק באופי המוסד ובהשתייכותו.<sup>103</sup>

כאמור, באותה תקופה הושמעה ביקורת על הפגיעות בשוויון ובחירות של הזקנים.<sup>104</sup> הדוגמה של הפגיעה בימי הקורונה ממחישה היטב מדוע פגיעות אלו אינן חופפות את הפגיעה הקונקרטיה בקשרים הבין-דוריים בתקופה זו. **לגבי הפגיעה בשוויון** ניתן לומר כי מדובר בשוני על רקע רלוונטי, משום שהוכח באופן מחקרי כי סיכוייהם של הזקנים למות בעקבות קורונה גבוהים יותר. עוד ניתן לומר כי מדובר במגורים במוסדות במסגרות קולקטיביות, שבהן להנהלה יש אחריות כלפי כלל הדיירים, ולדיירים יש חובות כלפי הדיירים האחרים באותו מתחם, ולכן סיבת ההגבלות היא שמירה על חיי הדיירים השותפים למתחם, וברור שהמדיניות לא נולדה ממניעים של הפליה. בהעדר הפליה עולה השאלה אם הזכות לשוויון נפגעה בכלל. **לגבי הפגיעה בחירות**, פגיעה זו נרשמה גם לגבי יתר האוכלוסייה, אשר פודדה במסגרת הסגרים בתקופות מסוימות. על-כן לא ברור מדוע דווקא לגבי אוכלוסיית הזקנים מדיניות של הגבלת ביקורים פוגעת בחירות. זאת ועוד, הזכות לחירות יכולה אולי לתת מענה לזקנים שחיים במוסדות שחירותם הוגבלה, אולם היא אינה מטילה חובה על המדינה לדאוג לזקנים בקהילה, אשר חירותם לא נפגעה אבל קשריהם הבין-דוריים הועמדו בסכנה.<sup>105</sup>

ההבנה העמוקה בדבר טבעה של הזכות לקשרים בין-דוריים, בדבר הקשר שלה לרווחת הזקנים, להמשכיותם ולזהותם, ובדבר היחס שלה למידת פגיעותם של קשרים אלו מסבירה מדוע דווקא הפגיעה בזכות לקשרים בין-דוריים היא פריזמה חשובה ואפילו חיונית לבחינת הפגיעה בימי הקורונה.

### (ב) ניתוח הזכות לנוכח פסקת ההגבלה

ההכרה בזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה כזכות חוקתית תהווה צעד חשוב ראשון בהתייחסות משפטית לזכות זו. עם זאת, כמו כל זכות אחרת, היא אינה מוחלטת, והיא

103 להיבט המוקיר, המגשים והמגן של הזכות ראו ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה", לעיל ה"ש 82 והטקסט שלידה, הנסב על "הטרילוגיה החוקתית".

104 ראו שלו, לעיל ה"ש 90.

105 במקביל לפגיעות אלו, במקרה הספציפי של מגפת הקורונה נשמעה גם טענה לפגיעה בחופש התנועה. כמו הפגיעה בחירות, ומאותן סיבות, ברור שהזכות לתנועה אינה בולעת את הזכות לקשרים בין-דוריים. ברור שגם בעולם שבו היה אפשר לנוע ללא הגבלות אך ללא יכולת לפגוש בני-אנוש לא הייתה הזכות לתנועה נפגעת אבל הפגיעה המהותית לא הייתה באה לידי פתרון.

עשויה להתנגש בזכויות אחרות. במקרים אלו יש לפעול על-פי המתודולוגיה החוקתית המקובלת לפי פסקת ההגבלה.

בטרם אפתח בניתוח פסקת ההגבלה אעיר שקיימת שאלה אם תקנות לשעת חירום יכולות לשלול זכויות חוקתיות הנגזרות מכבוד האדם, וזאת משום שבחוק-יסוד: הממשלה נקבע כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם".<sup>106</sup> סעיף זה סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו נקבע כי "אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפגיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום... מותר להתקין תקנות שעת-חירום... שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש".<sup>107</sup> מכל מקום, לנוכח העובדה שהפסיקה התעלמה משאלה זו במקרים דומים ובחנה את פסקת ההגבלה,<sup>108</sup> אצא מנקודת-הנחה שאותן אמות-מידה בפסקת ההגבלה נכונות גם לעניין התקנות לשעת חירום, בשינויים המחייבים. פסקת ההגבלה קובעת כמה תנאים לפגיעה לגיטימית בזכות החוקתית. התנאי הראשון הוא שהפגיעה תהא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו. התנאי השני הוא שהחוק הולם את ערכיה של מדינת-ישראל ושהפגיעה בזכות נעשית לתכלית ראויה. לבסוף, על הפגיעה בזכות להיות מידתית.

### (1) הסמכה בחוק

הדרישה שהחלטה שלטונית לפגוע בזכות חוקתית תעוגן בחוק נובעת מהחלת החזקה שפגיעה בזכות חוקתית אינה מוצדקת ככלל ולכן תוקפה מותנה בהצדקה מיוחדת. תהליך החקיקה מעניק לפגיעה "הכשר הליכי", דהיינו, ההליך המסובך והמסורבל של חקיקת חוק, המאפשר דיון פתוח בהשתתפות נציגי ציבור, יבטיח זכויות אדם לא ייפגעו.<sup>109</sup> לפי הדין הקיים מכוח הדוקטרינה בדבר "הסדרים ראשוניים", תנאי להפעלת סמכויות שלטוניות הוא שההסדרים הראשוניים הרלוונטיים להפעלת הסמכות ייקבעו

106 ס' 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה.

107 ס' 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו על כך אריאל בנדור ונדב דגן "התחולה העניינית של חוק-יסוד" **ספר אליקים רובינשטיין** כרך ב 945, 950–951 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים 2020); מרגית כהן "מעשי טלאים" בדיני החירום **משפטים** כט 623, 663–664 (1998); הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257, 295 (1997); אריאל בנדור "מצבי חירום" **ספר דורית ביניש** 447, 468 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים 2018).

108 ראו, לדוגמה, בג"ץ 2435/20 **לוונטהל נ' ראש הממשלה** (נבו 7.4.2020); בג"ץ 2705/20 **סמדר נ' ראש הממשלה** (נבו 27.4.2020).

109 מדינה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 144.



בחקיקה, ולא יושארו לשיקול-דעתה של הרשות המנהלית.<sup>110</sup> עוד נקבע כי אין די בהוראת הסמכה כללית לאפשר פגיעה בזכויות.<sup>111</sup> עקב מגפת הקורונה הותקן צו בריאות העם (קורונה) מכוח פקודת בריאות העם, 1940, אשר מהווה לפיכך חלק מהתקנות לשעת חירום ומשכך הוא מחליף חוק. במסגרת תיקון מס' 10 לצו נקבע כי:

(א) לא יבקר אורח במבנה של מוסד בריאות או מוסד רווחה, ומנהל של מוסד כאמור לא יאפשר ביקורים של אורח במוסד, למעט אורח אחד.

...

(ג) על אף האמור בסעיף זה, ראש השירות או המנהל רשאי לאשר ביקור של אורח או סוג של אורחים כאמור בסעיף קטן (א), בניסיון מיוחדות ובתנאים שיוורה עליהם.<sup>112</sup>

עתירה שהוגשה לבג"ץ באותם ימים ביקשה לאפשר לדיירים בבתי-אבות, בדיוור מוגן או במעונות לאנשים עם מוגבלות לבקר בבתי משפחותיהם ולצאת לטיפולים רפואיים, תוך שהיא תוקפת את המגבלות שהוטלו על מפגשים משפחתיים. העתירה נדחתה מטעמים טכניים, ללא דיון מהותי בזכויות שנפגעו.<sup>113</sup> בג"ץ אומנם גילה אמפתיה לדיירים, ביניהם זקנים, אך לא שיים את הצורך שלהם בקשרים בין-דוריים כזכות, ובוודאי לא כזכות חוקתית.

וכך כתב השופט פוגלמן בפסק-דין קצר בעתירה זו, שנמחקה מטעמים טכניים:

איננו מקלים ראש בקושי הרגשי והאנושי עמו מתמודדים בני המשפחות כפועל יוצא של המגבלות. תתכנה דעות שונות באשר לאיזון הראוי בין הצורך בשמירה על חיי הדיירים ובריאותם, לבין דאגתם המובנת של העותרים לרווחת הדיירים ולרצונם להסיר מגבלות על ביקורים אצל הדיירים, כמו גם יציאת הדיירים לבתי המשפחות. על המשיבים לשקול את הערות כל הגורמים הנוגעים בדבר, לרבות העותרים מזה, ועד המשפחות מזה, וכל גורם מעוניין גם אם אינו צד להליך. בסופו של יום,

110 שם, בעמ' 145. כן ראו, למשל, בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).

111 ראו בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פס' 9-13 לפסק-הדין של הנשיאה ביניש (2008). לדיון נרחב יותר ולהפניות נוספות ראו איתי בר-סימן-טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" ספר דורית ביניש 299, 343-345 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים) (2018).

112 צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה) (תיקון מס' 10), התש"ף-2020, ק"ת 762.

113 בג"ץ 3046/20 מירון נ' שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (נבו) 21.5.2020.

האחריות לקביעת האיזונים הראויים מוטלת על כתפיו של הגורם  
המאסדר.<sup>114</sup>

פגיעה בזכות חוקתית טעונה הסמכה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו, כלומר, על האיזון להיקבע בעיקרו על-ידי הכנסת. לכן פרשנותו של בג"ץ לצו, שלפיה האחריות לקביעת האיזונים הנדרשים מוטלת על הגורם המאסדר, אינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה. כלומר, אם הפרשנות לצו היא שלגורם המאסדר יש גם זכות למנוע ביקורים כליל במסגרת הצו, מעבר למה שהותקן בתקנות לשעת חירום (כפי שקרה בחלק מהמוסדות בתקופות מסוימות), אזי היא נוגדת את הכלל בדבר ההסדרים הראשוניים. באמרת-אגב אציין לגבי פסיקה זו כי בג"ץ העמיד כנגד הזכות לבריאות ולחיים את הקושי הרגשי של המשפחות. את הזכות לחיים הוא כינה "צורך", ואל מולה עמד "קושי רגשי". צורך ואינטרס עומדים בבסיס הזכויות הליברליות, מה שאין כן לגבי רגשות. קושי רגשי אינו שקול לזכות, והוא נמצא במקום נמוך ממנה במדרג. דיון בדבר פגיעה ברגשות מול פגיעה בזכות חוקתית עולה בדרך-כלל בהקשר של פגיעה בחופש הביטוי. בעניין זה מקובל שהגבלת ביטויים שפוגעים ברגשות משום שהם סותרים את מערכת הערכים של מי שנחשף אליהם אינה כדין בדרך-כלל.<sup>115</sup> לכן, כאשר בית-המשפט מגדיר את הצורך בקשרים כקושי רגשי, הוא מניח אותו בנקודת מוצא נחותה.

מכל מקום, ניתן לפרש את התקנה גם באופן שונה, שאינו מאפשר יד חופשית לגורם המאסדר. על בסיס פרשנות זו, הצו אומנם הגביל את מספר המבקרים – בתקופות מסוימות למבקר אחד ובתקופות אחרות לשני מבקרים – אך הזכות שניתנה למנהל המוסד הייתה לקבוע תנאים להרחבת מספר המבקרים, ולא להפחתתו, ובוודאי לא ניתן לו היתר לשלול ביקורים כליל. לפי פרשנות זו, כל עוד מנהל המוסד עומד בהנחיה המינימלית הקבועה בצו, הוא פועל מכוח חוק, אולם צמצום מספר המבקרים מעבר לאמור בצו אינו עומד בדרישותיה של פסקת ההגבלה, ולכן המקומות שבהם פורשו ההנחיות כמעניקות למנהל המוסד סמכות גם לשלול ביקורים לחלוטין נהגו בחוסר סמכות. בעיניי, שיקולים חוקתיים מטים לכיוון הפרשנות שלפיה שיקול-דעתו של הגורם המאסדר מוגבל לרישא של הסעיף. ככל שתתקבל הפרשנות שלפיה שיקול-דעתו של הגורם המאסדר אינו מוגבל, לא תעמוד התקנה בדרישותיה של פסקת ההגבלה.

התוכנית "מגן אבות ואימהות" הנחתה את המוסדות להבטיח ביקורי משפחות, ואפילו דרשה מהם להבטיח לפחות תקשורת מקוונת לחולים שבבידוד.<sup>116</sup> מאידך גיסא, נקבע כי "אין לאפשר ביקורים של אורחים ובני משפחה אך מנהל המוסד רשאי להחליט על אישור ביקור לבן משפחה אחד לזמן קצר".<sup>117</sup> שיקול-הדעת ניתן אם כן להנהלת

114 שם, בפס' 9.

115 ראו מדינה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 514–516. על פגיעה ברגשות דתיים וזכויות ראו דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" **מחקרי משפט** כא 5 (2004).

116 גמזו, לעיל ה"ש 87, בעמ' 92–93.

117 שם, בעמ' 32.

המוסד. המסמך משקף, לדעתי, שתי גישות שקיימות במשרד הבריאות: האחת שנותנת משקל גדול למניעת התחלואה בקורונה, ולכן קובעת ככלל שלא יהיו ביקורי משפחה, והחריג הוא הביקורים שיותר על-ידי מנהלי המוסדות; והאחרת שנותנת משקל לבריאות הנפשית של הזקנים ומורה למוסד להבטיח קיום ביקורי משפחה. באופן זה הקשר של הזקן ומשפחתו תלוי בהשקפת-העולם של מנהל המוסד, וקיים חשש שמבחינה מנהלתית פתרון הבידוד מפתה וקל יותר. הסתמכות על הנהלת המוסד מעלה את החשש שהאיזון בין הזכות לחיים לבין הזכות לקשר לא יכלול את היבט זכויות האדם, אלא אך ורק את השיקול הבריאותי.

לטעמי, כדי לעמוד בדרישה של פסקת ההגבלה שהפגיעה תהיה מכוח חוק, יש לקבל את הפרשנות שלפיה הגורם המאסדר יכול להרחיב את מסגרת הביקורים שנקבעה בתקנה אך לא לצמצמה מעבר למינימום שנקבע בה, שכן פרשנות המטילה את כל האחריות על הגורם המאסדר אינה יכולה לעמוד מראש בתנאיה של פסקת ההגבלה, וברור שאי-אפשר להגביל את הביקורים מתחת למינימום שהתקנה מתירה.

### (2) תכליתו של החוק והערכים המשתקפים ממנו

לפי פסקת ההגבלה, על החוק להלום את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, והפגיעה בזכות חייבת להיעשות לתכלית ראויה. לעניין זה אציין כי הזכות הנוגדת המוכרת בפסיקה היא הזכות לחיים ולשלמות הגוף,<sup>118</sup> וזאת עקב הסיכון המוגבר לחולי קורונה זקנים או עם מחלות-רקע. הזכות לחיים הולמת את ערכיה של מדינת-ישראל, ותכליתה ראויה. זאת ועוד, כאשר מדובר באוכלוסייה במוסדות, הסיכון שדייר אחד נוטל על עצמו עלול להשפיע גם על יתר הדיירים במוסד. כאמור, המוסדות לזקנים אינם מגורים בקהילה, אלא מגורים במסגרות קולקטיביות, שבהן להנהלה יש אחריות חוקית וציבורית כלפי כלל הדיירים, ולדיירים עצמם יש חובות הדדיות כלפי יתר הדיירים באותו מתחם.<sup>119</sup> לכן, גם אם נצא מתוך הנחה ששלילת הבחירה מאדם לגבי הסיכונים שהוא מוכן ליטול על עצמו היא פטרנליסטית ואינה ראויה, במצב שבו אדם מסכן את יתר הדיירים במוסד הזכות הנוגדת היא בריאות הציבור, וזכות זו ראויה ואינה פטרנליסטית. לכן נראה שהתכלית והערכים המשתקפים בתקנה ראוים.

### (3) מידתיות

דרישת המידתיות היא האחרונה שיש לקיים כדי להצדיק פגיעה בזכויות אדם. במסגרתה פותחו כמה מבחני-משנה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן המידתיות במובנה הצר. מדובר במבחנים מצטברים.

118 ראו עניין לונטהל, לעיל ה"ש 108.

119 ראו תק' 33(7) לתקנות הפיקוח על מעונות (תנאי המגורים וטיפול בזקנים עצמאיים ותשושים במעונות לזקנים), התשס"א-2001, שלפיה "לזקן תהיה זכות לקבלת מבקרים, ובלבד שלא תיגרם הפרעה ופגיעה בזקנים אחרים". מחד גיסא, מדובר בזכות לביקורים במעון, ומאידך גיסא, קיימת הגבלה שלפיה אין לפגוע בזקנים אחרים.

**מבחן "הקשר הרציונלי"** בודק קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר למטרה המבוקשת. אכן, דומה שאין חולק כי בידוד הזקנים והקטנת השיפתם למבקרים יקטינו את הסיכוי להידבקות. הסכנה לא תפחת באופן מוחלט, שכן כבר הוכח כי היו הידבקות במוסדות השונים כתוצאה ממגע עם אנשי צוות ומטפלים, אך ברור שצמצום המגעים עם מבקרים ישרת את התכלית של מניעת התחלואה.

**מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה"** בודק אם קיים אמצעי אחר שיכול להשיג את תכליתו של ההסדר השלטוני הנדון ואשר פגיעתו בזכות החוקתית פחותה. הפתרונות החלופיים שיוצעו מתוך התייחסות להיבטים של הגילנות והשוויון יהיו שונים מאלה שיוצעו מתוך התייחסות להיבטים של תמיכה בקשרים בין-דוריים. ברור שהדרך הקלה והבטוחה ביותר מבחינת מנהל מוסד היא להגביל את המפגשים של הזקנים, אבל הבאה בחשבון של פגיעות הזקנים ושל הצורך המיוחד שלהם בקשרים בין-דוריים תוביל לפתרונות חלופיים המתחשבים בזכויות האדם שלהם.

לדעתי, לנוכח הפגיעה בזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה היה ראוי לאתר מגוון של פתרונות חלופיים. הפתרונות החלופיים יכולים להיות רבים ומגוונים, וכל פתרון שייבחר חייב לעמוד ביתר מבחני המידתיות. כאמור, הפתרונות המידתיים שיוצעו בעקבות הפגיעה בקשרים בין-דוריים ממוקדים במטרה של שמירה על קשרים בין-דוריים, ושונים מהפתרונות שיוצעו על-מנת לשמור על זכויות חוקתיות אחרות.

בדוח האו"ם שדן בפגיעות בזכויות האדם של הזקנים נכתב כי מותר לפגוע בזכויות באופן מידתי בלבד, וכי גם במקרה של אוכלוסיית זקנים פגיעה וחולה הפגיעה צריכה להיות אופציונלית, על-פי בחירתו האישית של כל זקן.<sup>120</sup> לדעתי, יש להביא בחשבון שבבתי-אבות ובדיורים מוגנים כל אחד מהדיירים אינו גר לבדו, ולכן מתן אפשרות לכל זקן להחליט על מידת המיגון הרצויה לו עלולה לגרום לקונפליקטים בין דיירים שונים באותו מוסד. כאמור, גם לדיירים וגם להנהלת המוסד יש אחריות לבריאותם של כלל הדיירים במוסד. אולם, כאשר מדובר בזכות לקשרים בין-דוריים, הפתרונות המידתיים יהיו מוכוונים לשמירה מהותית של הקשרים, והם יכוונו כלפי כלל אוכלוסיית הזקנים. לכן יש לבחון כיצד במשאבים הקיימים של המוסד מאפשרים לדיירים המעוניינים בכך להיפגש עם משפחותיהם באופן שלא יסכן את יתר הדיירים. יש לציין כי במוסדות השונים, בניגוד לבתים פרטיים, קיימים חללים גדולים, כגון חדרי אוכל, מבואה, שטחים פתוחים המאפשרים ביקורים באוויר החופשי, וכך חדרי פעילות שבהם מתנהלים מפגשים רבי משתתפים. שימוש בחללים אלו לא יצריך תוספת תקציב כדי להסב אותם לחדרי ביקור, אלא רק הסדרה של הביקורים בשעות שונות ובאופן מתואם, כך שלא כל המבקרים יגיעו בו-זמנית.

נוסף על כך, מכיוון שבתקופת הקורונה קיימת סכנה לקשרים הבין-דוריים, ומתוך מודעות לחשיבותו של הקשר הבין-דורי, אני סבורה כי יש לעשות מאמצים לחבר בין הזקן למשפחתו המורחבת. לכן על אנשי הטיפול במוסדות אלו לנהל מעקב טיפולי אחר קשריו של כל דייר עם בני משפחתו, ובמיוחד עם צאצאיו, ולוודא שהם אינם מתמעטים

Mahler 120, לעיל ה"ש 101.

בעקבות המשבר. לצד ביקורי המשפחה יש להנגיש מפגשים באמצעים דיגיטליים, שימנעו נתקים מבני משפחה שחדלו להגיע באופן פיזי. לשם כך יש להקצות עובדים במוסדות לתפקיד של שימור קשרים בין-דוריים. לדוגמה, יוקצה מפעיל שידאג לצדדים הטכניים של התקשורת הדיגיטלית, ויוקצה עובד סוציאלי שתפקידו בזמנים אלו יהיה למפות את הקשרים הבין-דוריים של כל דייר ולעקוב אחר שימורם. כחלק מההיבט הליברלי של הזכות לקשרים בין-דוריים, עידוד הקשרים צריך להיעשות תוך דיאלוג מתמיד עם הזקנים, ולא מתוך תפיסה פטרנליסטית. כלומר, הזקנים הם שיקבעו עם מי הם מעוניינים לשמור על קשרים פעילים, והמוסדות יסייעו להם לשמור את הקשרים הללו – לדוגמה, על-ידי סיפוק אפשרויות לקיום תקשורת דיגיטלית, סיוע באוריינות דיגיטלית ומתן תמיכה טכנית באמצעים הדיגיטליים.

האם אמצעים דיגיטליים יכולים לשמש תחליף טוב דיו למגע האנושי? אין ספק שבמגע האנושי יש איכויות ייחודיות, אולם יהיו אנשים שימצאו בתחליף זה סיפוק של הגרעין ההכרחי של התקשורת שהם זקוקים לו. אחרים יסברו שאמצעי זה טוב דיו לשמירה על קשרים עם קרובים מן המעגל הרחב יותר אבל יזדקקו למגע אנושי עם בני המשפחה הקרובים ביותר; ויהיו שישללו את התחליף מכל וכל – לדוגמה, משפחות חרדיות שאינן מתקשרות דרך מדיה דיגיטלית. לכן פתרון גורף בדמות תקשורת דיגיטלית אינו נותן מענה מלא לזכויות לקשרים, שהם מטבעם אישיים באופיים. אני סבורה שהאמצעים הדיגיטליים לצד פתרונות ייעודיים שיתפרו למי שהאמצעים הדיגיטליים אינם מספקים להם מענה יכולים לתת מענה מדויק ופרטני לזקנים.

לגבי המבחן השלישי, **מבחן "המידתיות במובנה הצר"**, יש לבחון אם קיים יחס סביר בין התועלת החברתית לחומרת הפגיעה. כפי שהראינו, הפגיעה בזקנים וההגבלות שהושגו עליהם בזמן הקורונה היו קשות. מאידך גיסא, אין ספק שהשמירה על חיי הזקנים חשובה מאין כמוה. אולם, בהתחשב בכך שניתן לשמור על חיי הזקנים וברוב הזמן על קיומם של הקשרים הבין-דוריים באמצעים אחרים, כפי שהצעתי, ברור שהתועלת החברתית של שמירת הקשרים מוצדקת. יושם אל לב כי חלק מהפתרונות שהצעתי – כגון הסדרת ביקורים של בני משפחה בחללים המתאימים לביקורים באופן מיטבי ובשעות מוסדרות במידת האפשר – מחייבים מידת-מה של התארגנות אבל אינם כרוכים ככלל בעלות נוספת כאשר המוסד מותאם לכך. העסקת מפעיל שיהא אחראי לתקשורת דיגיטלית או העסקת עובד סוציאלי שמטרתו תהיה לסייע בשימור הקשרים הבין-דוריים יהיו כרוכות אולי בעלות מסוימת, אך זו אינה צפויה להיות גבוהה במיוחד, מה-גם שיתכן שניתן לעשות שימוש בכוח-אדם קיים שיתפנה מעיסוקים אחרים שממילא אי-אפשר לקיימם בתקופת משבר הקורונה. מכיוון שמדובר במוסדות, ניתן לדרוש מהם הקצאת משאבים לא-גדולה שתוכל לשרת משפחות רבות.<sup>121</sup> יש לזכור

121 לדוגמה, אותו עובד סוציאלי ואותו מפעיל טכני ישמשו את כל דיירי המוסד. כמובן, מחיצות פרסקס או אמצעי מיגון אחרים שיוצבו בחדרים שבהם ייערכו ביקורים יוכלו לשמש את כל המבקרים שיגיעו למוסד (על-פי השעות שייקבעו להם לשימוש בחדרים אלו).

שלזקנים הנמצאים בקהילה יש אוטונומיה מלאה לנהל את קשריהם. אותם זקנים שבחרו בדיור מוסדי לא ויתרו על זכותם לנהל את קשריהם הבין-דוריים, ולכן אין לשלול מהם קשרים אלו. מאחר שלאורך משבר הקורונה על הזקנים הנמצאים במוסדות לשלם מחיר גם תחת הסדרים שאינם אידיאליים, יש להקצות משאבים מתאימים כדי לספק את הזכויות שעומדות מאחורי הצרכים הבסיסיים וההכרחיים של האוכלוסייה הזקנה. מכל מקום, גם אילו דובר בעלויות גבוהות יותר, היה מקום לדעתי לשאת בהם לנוכח חשיבותה של הזכות.

#### 4. הצד החיובי של הזכות לקשר בין-דורי בזקנה ומשמעותו בימי הקורונה

צידה החיובי של הזכות יקים חובה למדינה לסייע ולתמוך בקיום קשרים בין-דוריים. הדוגמה המעניינת יותר בהקשר של מגפת הקורונה תהא דווקא במקרה של זקנים בקהילה. תנועתם של אלה לא הוגבלה מעבר להגבלות שהוטלו על שאר האוכלוסייה, ולכן המדינה לא פגעה בזכותם המשפחתית לקשרים בין-דוריים, והם לכאורה אלה שבחרו לשמוע להמלצות לבודד את עצמם ולא לצאת מביתם. למרות זאת, בניגוד למשפחות גרעיניות, החולקות בית משותף, הזקנים בכלל, וזקנים עריריים בפרט, פגיעים יותר במצבים אלו מבחינת קשריהם הבין-דוריים מאשר יתר האוכלוסייה. במקרים אלו המדינה לא פגעה בזכויותיהם, אולם עליה לסייע לזקנים ולהגיב על פגיעותם באמצעות מוסדותיה.

יישום גישתה של פיינמן לגבי אוכלוסייה זו<sup>122</sup> והתייחסות להיבט החיובי של כבוד האדם של אוכלוסייה זו יובילו למסקנה שהזקנים הללו לא חפצו בבדידות, אלא נותרו מבודדים עקב פגיעותם. חלק גדול מהזקנים אינם חשופים לעולם הדיגיטלי ולחלופות שהוא מציע, ולכן התקשו לשמור על קשרים עם בני משפחה, וזאת משום שבשלב זה של חייהם הם גרים בדרך-כלל בנפרד מצאצאיהם. צידה החיובי של הזכות יקים חובה למדינה להתערב באמצעות מוסדותיה ולתמוך בקשריהם הבין-דוריים של הזקנים בקהילה ובמוסדות, וזאת עקב פגיעותם בנסיבות אלו.

כפי שהוצג בפרקים הקודמים, על-פי תיאוריית הפגיעות, כאשר הקשרים הבין-דוריים מצויים במצב של פגיעות, מחובתה של המדינה לדאוג לקשרים אלו. דוגמאות לפעולות שניתן לעשות במצבים אלו כדי לעודד את הקשרים הבין-דוריים, במצבים שבהם נאסרו מפגשים כחלל סגור, הן הקצאה של מתחמים ציבוריים, כגון פארקים ציבוריים מונגשים, שבהם יוקצו שעות ייחודיות למפגשים בין זקנים לבני משפחותיהם ותאורגן פעילות מתאימה תוך שמירה על ההנחיות. כמו-כן, כדי לסייע בשמירת קשרים בין-דוריים, יש להעביר תוכניות אוריינות דיגיטלית לאוכלוסיית הזקנים, למטפליהם ולבני משפחותיהם.<sup>123</sup> ככלל, יש להנחות את גורמי הרווחה ברשויות המקומיות לנטר

122 ראו לעיל בתת-פרק ב1.

123 להמלצה על טיפוח אוריינות דיגיטלית ראו שלו, לעיל ה"ש 90, בעמ' 8 ו-26.

את מצב הקשרים הבין-דוריים של הזקנים בתחום שיפוטם, ואם הם מזהים שהתערבותם תוכל לסייע בשימור קשריו של הזקן עם בני משפחתו, עליהם לעשות כל שביכולתם כדי לתווך או לסייע בחידוש הקשר ובשימורו.<sup>124</sup> התערבותה של הרווחה ועזרתה בשימור הקשרים ובעידודם יינתנו מתוך התייחסות לפגיעות וללא קשר לכשירותם של הזקנים. כלומר, בהתאם לתיאוריית הפגיעות, הסיוע לזקנים ניתן מתוך תגובה על פגיעותם של הקשרים ועל-מנת להגשים את רצונם של הזקנים להיות בקשר בין-דורי עם בני משפחתם היקרים להם. הסיוע לזקנים אינו הופך אותם לתלויים או ללא-אוטונומיים, אלא להפך – הוא מאפשר להם לקיים את הקשרים הבין-דוריים ולהגשים כך את האוטונומיה שלהם.

ראינו אם כן כי הקורונה והאתגרים שהיא הביאה עימה אתגרו את הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה. הארגונים השונים חשו שזכויות האדם של הזקנים נפגעו, אך בהעדר שיום של הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה, הם ביקשו לתלות את הפגיעה בזכויות מוכרות, כגון הזכות לשוויון והזכות לחירות. אולם זכויות אלו, כפי שהסברתי, אינן מתארות באופן מהותי את הזכות שנפגעה, והן חסרות את המימד של האינטרסים המיוחדים שקיימים בזקנה סביב קשרים בין-דוריים והמשכיות. ההמשגה של הזכות אינה במישור האקדמי בלבד, אלא היא מקושרת באופן הדוק למציאות. כפי שניתן לראות הן מההיבטים החיוביים של הזכות והן מהפתרונות המידתיים שהוצעו, קיים קשר עמוק בינם לבין ההבנה של הזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה ושל האדנים שעליהם היא מבוססת. בחלק מהמקרים, לאחר זמן ולאחר שעלו אל פני השטח מצוקותיהם של הזקנים, נמצאו בסופו של דבר דרכי התנהלות נכונות יותר גם ללא הדיון החוקתי. אולם ייתכן שהכרה חוקתית בזכות הזקנים הייתה מעלה למודעותם של קובעי המדינות את הזכות ומרכיביה כבר בגלים הראשונים של המגפה, ובכך הייתה תורמת אולי לרווחת הזקנים במהלך התקופה הקשה.

124 להמלצה על הקמת מערך לטיפול בבדידות ראו שם, בעמ' 7 ו-18–19.

## ד. תם ולא נשלם

במאמר זה ביקשתי לבסס את קיומה של זכות הזקנים לקשרים בין-דוריים, והבעתי את דעתי כי ניתן אף לעגן זכות זו במשפט החוקתי הישראלי. זכות זו מבוססת על האינטרס של רווחת הזקן, על האוטונומיה שלו לנהל את קשריו הבין-דוריים ולכתוב את סיפור חייו, ועל הזכות להמשכיות.

הדגמתי כיצד הכרה בזכות לקשרים בין-דוריים כזכות משפטית, לא כל שכן כזכות חוקתית, הייתה משפיעה – או למצער אמורה להשפיע – על השיח המשפטי והחוקתי בימי הקורונה ועל הפיקוח על התנהגותם של המוסדות. כך, הכרה בזכות זו הייתה אמורה להגביר את ההבנה בדבר עוצמת הפגיעה בזקנים, ולהגדיל בהתאם את המשקל היחסי הניתן לפגיעה בה אל מול ערכים ואינטרסים נוגדים. בדיקה של מידתיות הזכויות הייתה מוליכה למציאת פתרונות חלופיים עבור הזקנים, שהיו מאפשרים להם להמשיך לקיים קשר בין-דורי.

זאת ועוד, לנוכח הפן החיובי של הזכות לקשרים בין-דוריים, על המדינה מוטלת החובה לדאוג לקשרי הזקנים שנמצאים בקהילה, ולא במסגרת מוסדית, גם אם זקנים אלו נהנים לכאורה מאותה חירות כמו שאר הציבור. זאת, עקב פגיעותם המיוחדת של קשרים בין-דוריים בקנה.

אולם להכרה בחשיבותם של קשרים בין-דוריים בקנה יש משמעויות נוספות מעבר לקורונה, כך שהקורונה היא רק אחת מהדוגמאות שבהן הכרה בזכות זו עשויה להיות משמעותית. לדוגמה, בדומה לבעיה שחשפה דפנה הקר בתקופת הקורונה בנוגע למשפחות הגלובליות, המקיימות את עצמן ביותר ממדינה אחת,<sup>125</sup> ייתכנו מצבים שבהם זקנים מאותן משפחות גלובליות לא יוכלו לפגוש את ילדיהם הבגירים בגלל חוקים או תקנות כאלה או אחרים, אשר ידרשו לעמוד בדרישותיה של פסקת ההגבלה אילו תוכר הזכות לקשרים בין-דוריים כזכות חוקתית. שאלות דומות יכולות לעלות סביב בעיות של איחוד משפחות מטעמים הומניטריים גם כאשר הקשר הוא בין זקן לצאצאיו, ולא רק בתוך משפחות גרעיניות הכוללות בני-זוג או בני-זוג וילדיהם הקטינים. זאת ועוד, ההיבט החיובי של הזכות לקשרים בין-דוריים רלוונטי גם בזמנים שבהם אין משבר, ועל-כן על המדינה – באמצעות מחלקות הרווחה האחראיות לטיפול בזקנים – לקדם תוכניות אשר תומכות בקשרים בין-דוריים ומקדמות אותם.

לבסוף, חשוב לציין כי ברור שעם פרוץ המגפה היה קשה להיערך באופן אידיאלי ועם הפתרונות המיטביים – אלה השמורים רק לחוכמה שלאחר מעשה – לשימור

125 דפנה הקר "רישום אזרחות או התחסנות כתנאי למפגשים משפחתיים חוצי גבולות בעידן הקורונה" פורום עיוני משפט – תגובות משפט מו (2022). הבעיה שהציגה הקר קשורה למקרים שבהם ילדים להורים ישראלים שאינם מחזיקים דרכון ישראלי לא יכלו להיכנס לישראל לפגוש את משפחתם שגרה בישראל. במאמר זה הובאה דוגמה של אם שלא יכלה לרשום את בתה כאזרחית ישראל בגלל פסק-דין לגירושם מאבי בתה שניתן בארצות-הברית ואשר אסר עליה לעשות כן, ובעקבות זאת לא יכלה הילדה לפגוש את בני משפחתה בארץ.



הקשרים הבין-דוריים בזקנה. כמו-כן איני יכולה להוכיח כי הכרה בזכות חוקתית לקשרים בין-דוריים בזקנה הייתה מולידה התנהלות שונה בעת המשבר. עם זאת, ההכרה בצורך המיוחד של זקנים בקשרים בין-דוריים ובאיומים הנשקפים לקשרים אלו – מהלך אשר בזרם של "משפט וחברה" מכונה "שיום"<sup>126</sup> – היא רק השלב הראשון של הטיפול המשפטי בנושא. כהמשך לשיום הצורך יש להכיר בזכות לקשרים בין-דוריים בזקנה ולעצבה בהתאם לתכניה הייחודיים. על-פי התיאוריה, תהליך של שיום חברתי של תופעה והכרה בזכות יקדם מודעות לזכות זו, ובהמשך יוביל גם להגנה עליה. לפיכך יש לקוות שהפנמה של הזכות ושל תכניה המשפחתיים תוביל להתנהלות והתנהגות שונות של המדינה גם בעת משבר.

---

126 על-אודות השיום ראו Felstiner, Abel & Sarat, לעיל ה"ש 77.