

חיסונים, התניות, ונשיאה בעלויות

מאת

דוד אנוך*, נטע ברק-קורן*, מיכל שור-עופרי*, דוד הד** ועופר מלכאי***

ברשימה זו, המבוססת על נייר עמדה שפרסמנו ב-16 בפברואר, 2021 ("נייר העמדה"), אנו פורשים מסגרת משפטית ומוסרית לניתוח הבחנות בין מחוסנים ומחלימים (להלן: מחוסנים) ללא-מחוסנים במסגרת פתיחה מחודשת של המשק ומוסדות ציבוריים לפעילות, החל מחודש פברואר 2021. אנו בוחנים האם הבחנות אלה יכולות להיחשב כופות ובאלה תנאים, האם שימוש בתמריצים שונים לצורך מניעת תחלואה ושיקום הכלכלה הינו מוצדק, ועל מי מוטל הנטל לשאת בעלות ההחלטה שלא להתחסן.

בתמצית, אנו טוענים כי מדיניות חיסונים להתמודדות עם מגיפת הקורונה ונזקיה היא עניין הנוגע לבריאות הציבור ולא עניין רפואי פרטי, ולכן המסגרת הנורמטיבית הכללית שיש להחיל על הסוגיה היא פקודת בריאות העם, אשר מעניקה סמכות חוקית לגורמים המקצועיים במשרד הבריאות להטיל הגבלות על לא-מתחסנים ואף להטיל חובת חיסון במקרים מתאימים. אין צורך בחקיקה חדשה על מנת לנקוט בצעדים כאמור, בכפוף לכך שצעדים אלה יהיו לתכלית ראויה ומידתיים, בהיותם מגבילי-חירות.

בהמשך לכך, אנו בוחנים ארבע תכליות שיכולות להצדיק הבחנות בין מתחסנים ללא-מתחסנים: (1) מניעת תחלואה וצמצום נזקיה; (2) שיקום הכלכלה וחזרה לחיי שגרה; (3) השתת עלויות ההחלטה שלא להתחסן על מקבליה; (4) מתן תמריצים להתחסנות. אנו דנים בגורמים המשפיעים על צדקת תכליות אלה ומראים כיצד טיב האמצעי שייבחר משפיע על עוצמת ההצדקה הנדרשת.

נכון לעת הנוכחית, אין ברשותנו מידע קונקרטי מלא על טיב הצעדים שבכוונת הממשלה לנקוט ולכן לא ניתן לבצע בחינה מלאה של מידתיות הצעדים המוצעים. לכן, אנו מסתפקים בשלב זה בקווים מנחים כלליים לניתוח המידתיות. באופן כללי, אנו טוענים שצעדים המשמרים את יכולת הגישה של הלא-מחוסנים לפעולות חיוניות ואת יכולתם להשתתף בפעילויות ציבוריות מרחוק (למשל בהוראה או בלימוד) או בכפוף להוכחת העדר מסוכנות (באמצעות בדיקת קורונה מהעת האחרונה) צפויים להיות מידתיים.

לבסוף, אנו דוחים את הטענה לפיה הבחנה בין מחוסנים ללא-מחוסנים פוגעת בשוויון. בין שתי הקבוצות קיים שוני רלוונטי וענייני בכל האמור בפתיחת המשק וביחס למגוון רחב של פעילויות שהיו סגורות במשך מרבית השנה החולפת בשל המגיפה. פתיחת המשק למחוסנים אינה מרעה את מצב הלא-מחוסנים בהשוואה למצב הנוכחי, אלא מיטיבה את מצב המחוסנים. אין חסם מובנה המונע מהלא-מחוסנים לשנות את בחירתם ולעבור לקבוצת המחוסנים. כמובן שכל מתווה חייב לכלול

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** החוג לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים.

הסדרים למי שאינם יכולים להתחסן שלא מבחירתם, וראוי שיכלול גם "מנגנון חריגים", שיאפשר החרגה ממגבלות ספציפיות בנסיבות מצומצמות ומוצדקות שקשה לצפותן מראש.

מבוא. א. ההנחות בבסיס הדין. ב. הגבלת חירות. ג. התניות על בסיס התחסנות. 1. סמכות חוקית. 2. האם התכלית ראויה? (א) צמצום הסכנה הבריאותית. (ב) שיקום הכלכלה וחיי השגרה. (ג) על מי לשאת בעלות ההחלטה שלא להתחסן? (ד) מתן תמריצים להתחסנות. 3. מידתיות. 4. פגיעה בשוויון? ה. סיכום.

מבוא

משרדי ממשלה, רשויות מקומיות וגופים ציבוריים שונים שוקלים לאחרונה צעדים שונים המתבססים על ההבחנה בין מחוסנים ללא-מחוסנים. כך, הוצע להתנות פתיחה מחדשת של בתי ספר, אוניברסיטאות, מוסדות תרבות ופנאי, ועוד בהתחסנות ("התו הירוק"). ההצעה היא שמוסדות כאלה – הסגורים כיום לפעילות פיזית רגילה, רובם מאז פרוץ מגיפת הקורונה במרץ 2020 – יפתחו מחדש, אולם בשעריהם יבואו רק מי שחוסנו באופן מלא נגד הנגיף או החלימו ממנו. לא-מחוסנים יוכלו להשתתף בפעילויות רק אם יציגו תוצאות בדיקת קורונה שלילית עדכנית שאינם נושאים את הנגיף. בין היתר, מוצע כי מורים שלא יעמדו בתנאים הללו לא ילמדו פיסית בבתי הספר וכי עובדי סיעוד שלא יעמדו בתנאים אלה לא יטפלו בבתי אבות (הצעות שטרם יושמו נכון למועד כתיבת רשימה זו).¹ לצד זאת נשקלים פתרונות שונים לאוכלוסיות ייחודיות אשר נמנעות מהחיסון בהעדר ברירה, למשל מסיבות רפואיות פרטניות או מכיוון שהחיסון טרם אושר עבורם לשימוש (בני ה-16 ומטה).

צעדים דוגמת אלה עוררו תמיכה ניכרת וביקורת לא מבוטלת. מטרתנו היא לבחון את ההצעות מהפך המשפטי והמוסרי, תוך התמקדות בשאלות האם הצעדים המוצעים מהווים כפייה, האם שימוש בתמריצים לעידוד התחסנות הוא ראוי, ועל מי מוטל הנטל לשאת בעלות ההחלטה שלא להתחסן. מבחינה משפטית, אנו מראים כיצד יש לבחון את הצעדים מגבילי החירות במשקפי פסקת ההגבלה. זהו מסמך קצר ואיננו מתיימרים למצות בו את הנושא, אלא לפרק את הסוגיה לגורמיה ולשטוח את מסגרת הניתוח המתאימה עבורם.

א. ההנחות בבסיס הדין

דיוננו מניח את ההנחות הבאות:

- הצעדים יוחלו רק על אוכלוסיות שיכולות להתחסן, כלומר אוכלוסיות שביחס אליהן יש הסכמה מדעית כי החיסון יעיל, בטוח, ומומלץ לשימוש (נתייחס לאוכלוסיות אחרות במקומות המתאימים בדיון).
- על פי המידע המצטבר,² החיסון יעיל מאוד במניעת מחלה תסמינית, לרבות תחלואה קשה ומוות.
- מידת ההגנה שהחיסון מספק מפני הדבקת אחרים על ידי המחוסן אינה ברורה לגמרי אך לפי ממצאים ראשוניים,³ החיסון גם מפחית את הסיכוי שהמחוסן ידביק אחרים.

¹ לאור הדינמיות של הנושאים הנדונים כאן חשוב לציין כי נתונים אלה, כמו גם נתונים עובדתיים נוספים המופיעים ברשימה זו נכונים ליום ה-5 במרץ, 2021.

² ראו: נגיף הקורונה בישראל - תמונת מצב כללית <https://tinyurl.com/yxq953xp>, וכן Dagan et al., *BNT162b2 mRNA Covid-19 Vaccine in a Nationwide Mass Vaccination Setting*, *NEW ENGLAND JOURNAL OF MEDICINE* (February 24, 2021) 19; וכן "חיסון קורונה – אפקטיביות ותופעות לוואי" <https://tinyurl.com/yahse2cy>.

³ ראו: Ella Petter, Orna Mor, Neta Zuckerman, Danit Oz-Levi, Asaf Younger, Dvir Aran, Yaniv Erlich, *Initial real world evidence for lower viral load of individuals who have been vaccinated by BNT162b2* (Feb 7th, 2021) available at:

- למרות שיעורי התחסנות של כ-53% בחיסון ראשון במדינת ישראל ו-40% בחיסון שני (נכון למועד כתיבת רשימה זו), התחלואה בקורונה עדיין נרחבת מאוד.⁴
- מגיפת הקורונה מסכנת לא רק את בריאותו של הפרט אלא גם את בריאותם של פרטים אחרים, באופנים ישירים (הדבקה) ועקיפים (עומס על בתי החולים המביא לכך שחולים "שגרתיים" – התקפי לב, שבץ, וכו' – אינם מקבלים טיפול ראוי).
- כל עוד התחלואה גבוהה יש להתמודדות עם הקורונה עלויות נרחבות נוספות, כלכליות, חברתיות, חינוכיות, ועוד. עלויות אלה נופלות לעתים קרובות באופן לא פרופורציונאלי על אוכלוסיות מסוימות, כמו ילדים בגילאים שונים, נשים, פריפריה חברתית וגאוגרפית, ו/או קבוצות מוחלשות.

ב. הגבלת חירות

דמוקרטיה ליברלית מגבילות את חירויות אזרחיהן בשלל תחומים. המשפט הפלילי, גיוס חובה,⁵ חינוך חובה,⁶ ועוד – כל אלה דוגמאות של הגבלת חירות, ולעתים של כפייה ממש. כפיית התחסנות הונהגה מספר פעמים במאה ה-20 כאמצעי לעצירה ומניעה של מגיפות הגובות מחיר כבד בחיי אדם ובריאות הגוף. כך למשל, בראשית המאה ה-20 הוטלה בארה"ב חובת חיסון שלצידה סנקציה פלילית על תושבי מדינת מסצ'וסטס, נוכח התפרצות של מגיפת האבעבועות השחורות. עתירה בעניין נדחתה על ידי בית המשפט העליון האמריקני.⁷ בישראל, בשנת 1952 הוטלה חובה להתחסן מפני טיפוס המעיים על כלל התושבים, מגיל 4 ועד גיל 60. מי שסירב להתחסן, הסתכן בקנס של חמש לירות או מאסר עד חודש ימים.⁸ הסמכות להטיל חובת חיסון נתונה עד היום למשרד הבריאות בסעיף 19 לפקודת בריאות העם⁹ (ראו ביתר הרחבה להלן).

השיקולים הקובעים את הגבולות הלגיטימיים של הגבלת החירות על ידי מדינה ליברלית – מדינה הדוגלת בחירויות הפרט – הינם מורכבים. אף שכפייה נתפסת כחשובה והכרחית במישורים רבים, כאמור לעיל, למיטב ידיעתנו, לא עומדת על הפרק כיום הצעה לכפייה פיזית של החיסון וטוב שכך.

הצעדים שעל הפרק שונים אלה מאלה במידת חומרתם, ובמידה שבה הם מגבילים את חירותם של הבורחים שלא להתחסן. הטלת חובת חיסון על אוכלוסיות מסוימות, כזו שלצידה סנקציות פליליות, הינה הגבלת חירות משמעותית, והיא מהווה צעד קרוב, משפטית ומוסרית, לכפייה, ולכן מחייבת ודאי עמידה בתנאי פסקת ההגבלה, בהם נדון להלן בסעיף 3.

לגבי צעדים אחרים, נשמעו טענות כאילו שורת ההתניות המוצעות מהווה "כפיית חיסון", ומתעוררת השאלה אימתי הבחנות על בסיס התחסנות מגבילות חירות באופן חמור. כך למשל, מתווה האוסר על אנשים לא-

Matan Levine-Tiefenbrun, Idan Yelin, Rachel Katz, Esma Herzel, Ziv Golan, Licita וכן <https://tinyurl.com/y8nx49qe>. Schreiber, Tamar Wolf, Varda Nadler, Amir Ben-Tov, Jacob Kuint, Sivan Gazit, Tal Patalon, Gabriel Chodick, Roy Kishony, *Decreased SARS-CoV-2 viral load following vaccination* (Feb 8th, 2021) available at: <https://tinyurl.com/y774sa6m>.

⁴ בעת פרסום נייר העמדה ב-16 לפברואר 2021, טרם יישום חלקי של מתווה הדרכון הירוק בישראל (רק בחלק מהמוסדות/פעילויות הנדונים במסמך זה), עמד השיעור על 43%.

⁵ חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986.

⁶ חוק לימוד חובה, תש"ט-1949.

⁷ Henning Jacobson, Plff. In Err., v. Commonwealth of Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905).

⁸ ראו כרזת משרד הבריאות בדבר טיפוס המעיים: <https://tinyurl.com/y9mxn2ee>.

⁹ פקודת בריאות העם מס' 40 לשי' 1940.

מחוסנים לצאת מגבולות ביתם או שולל פעילויות חיוניות, כמו הצטיידות בשירותי מזון או טיפול רפואי, עשוי להיות קרוב מבחינה מוסרית ומשפטית לכפייה ממש, וכך גם במקרים מסוימים איום בפיטורים. אולם מגבלה על פעילות חיונית או על הגעה למקום העבודה רחוקה מכפייה אם קיימות חלופות מספקות לפעילות המוגבלת, ובמקרים כאלה אין היא מהווה הגבלה חמורה או מוגזמת של החירות. למשל, איסור על קניית מוצרי מזון במרכזי קניות אינו קרוב לכפייה אם קיימת יכולת נוחה להצטייד במזון באמצעות משלוחים. איסור על הגעה למקום העבודה אינו קרוב לכפייה אם קיימת יכולת לעבוד מרחוק. קל וחומר כאשר הפעילות המוגבלת אינה חיונית – למשל, האזנה לקונצרט או ביקור בחדר הכושר. הגם שתרבות ופנאי חשובים לאנשים רבים, יש חלופות רבות לצריכתם באופן פרטי, והגבלת צריכתם הציבורית אינה מעמידה את הפרט בפני בחירה, שאינה מותירה כל ברירה מלבד התחסנות. כך בכלל וכך בפרט אם הצעדים המוצעים כוללים בדיקות קורונה תכופות כחלופה להתחסנות. לסיכום, כפייה או מצב קרוב לכפייה אינם מתקיימים כל עוד הפעילות המוגבלת אינה חיונית, או שקיימת חלופה מספקת לפעילות החיונית המוגבלת.

ב. התניות על בסיס התחסנות

אולם גם אם הצעדים שעל הפרק אינם עולים כדי כפיית חיסון, הצעדים מתנים בהתחסנות חירויות בסיסיות, כגון חופש התנועה והשימוש במרחב הציבורי. האם ניתן להתנות מימוש חירויות בדרך זו?

התשתית הנורמטיבית למערכת היחסים בין הפרט והכלל במדינה ליברלית היא שחירותו של הפרט נבלמת במקום שבו הוא מסב נזק לאחר. כלל קרוב הוא כי על אנשים לשאת בעלויות של מימוש חירותם בעצמם, ולא להשית עלויות אלה על אחרים.

בהמשך לכך, זכויות היסוד בישראל אינן מוחלטות, אלא יחסיות. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁰ וחוק-יסוד: חופש העיסוק¹¹ קובעים שכלל זכויות האדם בישראל ניתנות להגבלה – אך יש לכך תנאים כמובן. ההגבלה צריכה להיות בחוק או מכח חוק המקנה סמכות להגביל זכויות אדם, היא צריכה להיות לתכלית ראויה, הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, ומידתית – כלומר, תפורה היטב למטרות הראויות אותן רוצים להשיג ולא מופרזות.¹²

1. סמכות חוקית

פקודת בריאות העם מעניקה סמכויות נרחבות למשרד הבריאות לחייב את תושבי המדינה בבידוד, בדיקות, חיסון, וגם להטיל הגבלות אחרות על מנת לשמור על בריאות הציבור. כפי שכבר הוזכר, סעיף 19 לפקודה מעניק למשרד הבריאות את הסמכות להטיל, בשעת מגיפה, חובת חיסון ("הרכבת-מגן", בלשון החקיקה) וכל אמצעי אחר שיש בו צורך להגנה על הציבור מפני הדבקה ולצמצום התפשטותן של מחלות מידבקות.¹³ זוהי הסמכה

¹⁰ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹¹ חוק יסוד: חופש העיסוק.

¹² סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹³ סעיף 19 לפקודת בריאות העם קובע כך: "בכל עיר או כפר או אזור שמחלה מידבקת קיבלה בהם או עלולה לקבל בהם צורה אפידמית או אשר קיימת סמוך להם מחלה מידבקת שלדעת המנהל יש בה סכנה לבריאות הציבור של העיר, הכפר או האזור הנ"ל, רשאי המנהל או הרופא הממשלתי לנקוט באותם אמצעים שיראה צורך בהם כדי להגן על גרי המקומות האלה מהידבקות, ולתכלית זו רשאי הוא, בין שאר דברים, להטיל על גרי העיר, הכפר או האזור הנ"ל חובת הרכבת-מגן או להרכבה אחרת שלדעתו היא צורך בהן כדי לצמצם את התפשטות ההדבקה. המסרב ביודעין עפ"י סעיף זה להרכבת-מגן או להרכבה אחרת נגד אבעבועות, חולירע או דבר, יאשם בעבירה ויהא צפוי לקנס שלא יעלה על חמש לירות או למאסר לא יותר מחודש ימים."

מפורשת וספציפית. סעיף זה הופעל לאחרונה בהתפרצות מגיפת החצבת ביישוב חריש בשנת 2018,¹⁴ אז אסר רופא המחוז על ילדים שהוריהם סרבו לחסנם להיכנס לגנים, כל עוד לא יתחסנו, נוכח הסכנה החמורה שהיו לילדים אחרים שאינם יכולים להתחסן (מדוכאי חיסון) ולנשים הרות.¹⁵

לצד סעיף 19 הנ"ל, סעיף 20 לפקודה¹⁶ מרחיב וקובע כי על מנת למנוע את התפשטותה של מגיפה רשאי מנכ"ל משרד הבריאות לנקוט ב"כל ענינים או דברים שימצאם רצויים לשם מניעתה או הקלתה של המחלה", לרבות חיסון של "אנשי ציבור", "עולים", "נוסעים", ועוד.

הפקודה היא אמנם דבר חקיקה ותיק, אך עובדה זו אינה גורעת מהרלבנטיות שלה ואינה הופכת אותה ל"ארכאית". גם מגיפות הן תופעה ותיקה (ויש שסברו "ארכאית" עד פרוץ מגיפת הקורונה), אולם עקרונות התפשטותן לא השתנו עם השנים. במובן זה, קרוב לוודאי שדווקא מנסחי הפקודה, שחיו בתקופה בה מגיפות גדולות וההרס שזרעו היו עדיין זיכרון טרי, הכירו טוב יותר את הכלים הדרושים להתמודד עם מגיפה מאשר מחוקקים עכשוויים.

לצד פקודת בריאות העם, שהיא דבר החקיקה הספציפי העוסק בטיפול במגיפות ובסיכונים כלליים לבריאות הציבור, חוקק בשנת 1996 חוק זכויות החולה.¹⁷ החוק בא להסדיר זכויות אדם המבקש או מקבל טיפול רפואי, מתוך תפיסה שחולים, "מפאת מצבם המיוחד" והפגיע חשופים לפגיעה בזכויותיהם.¹⁸ חוק זכויות החולה עוסק בעולם תוכן שונה מזה של פקודת בריאות העם. הוא עוסק בטיפול הניתן **לחולה פרטי**, המותאם לחולי ולמצב האינדיבידואלי, בעוד שפקודת בריאות העם, בפרט בפרק העוסק במגיפות, מספקת כלים להתמודדות עם נסיבות בריאותיות מערכתיות, המשפיעות על הציבור כולו בעת ובעונה אחת. לאחרונה נשמעה הטענה, כי המסגרת הנורמטיבית החלה על סוגיית חיוב/תמרוץ החיסונים במגיפה היא חוק זכויות החולה. **לדעתנו מדובר בטעות.** חוק זכויות החולה הוא חוק שנועד להסדיר טיפול רפואי פרטני ולא בעיה רפואית מערכתית כמגיפה. המילה חיסון – או מקבילותיה המשפטיות – אינה מוזכרת בו כלל, וממילא אין בחוק זכויות החולה התייחסות כלשהי למדיניות חיסונים.¹⁹ כאשר מגיפה מתפשטת ומסכנת את בריאות הציבור כולו – בשונה ממצב רפואי אישי של הפרט – המסגרת המשפטית הרלבנטית היא פקודת בריאות העם, המקנה לגורמים המקצועיים במשרד הבריאות סמכויות מרחיקות לכת במקרי מגיפה, כולל הסמכות להטיל מגוון הגבלות, לרבות חובת חיסון.²⁰ כפי שהוזכר קודם לכן, רק ב-2018 נעשה בפקודה שימוש על מנת להגביל לא-מתחסנים מכניסה למרחב הציבורי, בהתפרצות החצבת ביישוב חריש.

כאמור, אין על הפרק הצעה לכפיה פיזית של חיסונים ללא הסכמת המתחסן, וטוב שכך, ולכן לא מתעוררת סוגיה של מתן טיפול רפואי ללא הסכמה. גם פקודת בריאות העם עצמה, המאפשרת הטלת חובת חיסון, אינה

¹⁴ רותם אליזרע "לראשונה: משרד הבריאות אוסר כניסת לא מחוסנים לגן" Ynet – חדשות 25.12.2018 <https://tinyurl.com/y8zvmnjr>

¹⁵ הספרייה הלאומית פרסמה תיעוד ממקורותיה הארכיוניים של הפעמים השונות בהן נשקלה או הוטלה חובת חיסון מכח הפקודה, אולם איננו יודעים אם מדובר בתיעוד ממצה. ראו כאן: <https://blog.nli.org.il/chov-mandatory-vaccines>

¹⁶ סעיף 20 לפקודת בריאות העם. סעיף זה הופעל, למשל, על למנת לחייב את מי שהוכרו כ"חשוף להידבקות" באיידס בבדיקות תקופתיות, ראו צו בריאות העם (בדיקות רפואיות ומתן הוראות לעניין תסמונת הכשל החיסוני הנרכש), תשמ"ח-1987.

¹⁷ חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

¹⁸ ראו דברי הסבר להצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, ה"ח 2132.

¹⁹ אין בכך כדי לשלול את הצורך לקבל את הסכמתו של אדם לפני הזרקת חיסון לגופו. ראו עוד בהמשך.

²⁰ קריאה זהירה בחוק זכויות החולה תומכת בעמדה לפיה הוא לא בא לשנות או לצמצם את פקודת בריאות העם. ראשית, החוק מלל הוראת שמירת דינים (סעיף 29). שנית, החוק מכיל הוראות מפורשות בדבר תיקונים בחוקים קודמים (פקודת הרופאים, רופאי השיניים, וחוק הפסיכולוגים), אשר פקודת בריאות העם אינה נמנית עימם.

מעניקה סמכות לכפיה פעולה פיסית-פולשנית של חיסון ללא הסכמה, אלא קובעת, במקרה של הפרת החובה, סנקציות של קנס או מאסר מקסימלי בן חודש ימים (עונש שלמיטב ידיעתנו לא הוטל מעולם בישראל).²¹ אולם הגבלות על לא-מתחסנים מכניסה למקומות ציבוריים ואף הטלת חובת חיסון מסוג זה אינן מעמידות את הפרט בפני מצב של כפיה פיזית ואינן שוללת את החופש לבחור שלא לקבל את החיסון - ולשאת בתוצאות ובעלויות ההחלטה (למשל, ויתור על השתתפות פיזית באירועים; או קיום בדיקות קורונה תקופות; עוד על נשיאה בעלויות להלן). הסכמה, גם בהקשרים של טיפול רפואי רגיל, אף פעם אינה חפה מאילוצים וסיכונים. ישנם הקשרים מגוונים בהם הפרט נדרש לתת הסכמה לבדיקה או טיפול רפואי או פיזי כתנאי להשתתפות בפעילות, למשל בדיקות רפואיות לצרכי עבודה, בדיקת עיניים לצורך הוצאת רישיון נהיגה, או חובת הרכבת עזרי ראייה או שמיעה בזמן נהיגה. בכל המקרים הללו בדיקות וטיפולים אינם ניתנים בכפיה, אך להימנעות מהם יהיו השלכות על היכולת לעסוק בפעילות.²²

אם כן, סמכות בחוק למשרד הבריאות לחייב בחיסון ולהטיל מגבלות על לא-מחוסנים – יש.²³ שאלה נפרדת היא האם **יש להפעיל** סמכות זו בעת הנוכחית. זוהי שאלה מקצועית, שההכרעה בה מסורה למומחי בריאות הציבור, ואיננו מחזיקים במומחיות הנדרשת לחוות בה דעה כלשהי.

2. האם התכלית ראויה?

בבחינת התכלית יש לבחון את ההצדקה הנורמטיבית של הצעדים המוצעים. הגבלת חירויות בסיסיות צריכה להיעשות להגשמת מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ (למשל פסקי הדין בעניין חוק טל²⁴ ובעניין מתקן חולות²⁵), תוך גילוי רגישות למקומן של זכויות אדם במערך החברתי הכולל. השיקולים הנורמטיביים העיקריים העומדים בבסיס התניית פעילות בהתחסנות הם אלה: צמצום הסכנה הבריאותית, שיקום הכלכלה וחי השגרה, השתת עלויות ההחלטה שלא להתחסן על מקבליה, ומתן תמריצים להתחסנות.

(א) צמצום הסכנה הבריאותית

מגיפת הקורונה היא בעיה גלובלית בקנה מידה היסטורי, אשר גבתה עד היום מיליוני קורבנות ברחבי העולם ואלפי מתים בישראל, לצד מחלימים המוסיפים לסבול מתסמונות המחלה לאורך תקופה ארוכה. הסיכון הבריאותי המידי כתוצאה מהמגיפה ברור. דפוס ההתפשטות של המגיפה גורם לסיכון הזה לגדול באופן מכפלתי ("אקספוננציאלי").²⁶ לצד הסכנה הישירה לחולים, המגיפה יוצרת גם נזקים בריאותיים משניים: העומס הרב על בתי החולים מוביל לירידה באיכות הטיפול הניתנת גם לחולים "שגרתיים", היכולה אף היא

²¹ בנסיבות נשוא מסמך זה מאסר בשל סרבנות חיסון, ולו קצר, יהיה עונש לא מידתי, בפרט לאור קיום מגוון כה גדול של חלופות, כמו ההגבלות מהסוג הנדון כאן.

²² ראו, בהקשר קרוב, את בג"ץ 826/89 ההסתדרות הרפואית של העובדים בארץ ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (1989), אשר בו נדונה השאלה האם מעסיק יכול לחייב עובד בבדיקה רפואית כאשר הוא סבור כי תפקודו של עובד נפגע כתוצאה ממצב בריאותו הלקוי. בג"ץ קבע כי אם עובד נמנע מקיום הוראה בדבר בדיקה רפואית המוטלת עליו, לא יבצעו בו על-כורחו, אך המעסיק חופשי לנקוט את הצעדים העומדים לרשותו, ככל שהדבר נובע מן המסקנה בדבר המשך התאמת העובד לעבודתו ראו גם שם, בעמוד 745 ("אינטרס חיוני של הציבור הרחב הוא, כי עניין בריאותו של עובד [בהקשר של עובדי מדינה], ככל שהוא נוגע למילוי תפקידו, יהיה במסגרת הנושאים עליהם נותן המעסיק את דעתו").

²³ הפקודה מבהירה גם, כי הסמכות יכולה להיות מופעלת ברמה אזורית או ארצית, לפי הצורך.

²⁴ בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקאות 53-50 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

²⁵ בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת, פסקאות 83-80 לפסק דינה של השופטת ארבל (2013).

²⁶ Ofer Malcai and Michal Shur-Ofry, *Using Complexity to Calibrate Legal Response to COVID-19* (Jan 10, 2021). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3763376>.

לעלות בחיי אדם; אנשים חוששים להגיע לבתי החולים ולהידבק בנגיף, ולכן נמנעים מאבחון וטיפול גם כאשר הוא חיוני לבריאותם; וזאת לצד ההשלכות הנרחבות של ריחוק חברתי והגבלת פעילות על בריאות הגוף והנפש.

עד לאחרונה, דרך ההתמודדות העיקרית עם המגיפה הייתה כפיית רמות שונות של ריחוק חברתי, מהגבלות תפוסה ואיסורי התקהלות ועד לסגר מלא. בישראל, הגבלות אלה היו יעילות חלקית, מסיבות שונות. החיסון מהווה דרך נוספת להתמודדות עם המגיפה. על פי הראיות שהצטברו עד כה, זוהי דרך אפקטיבית מאוד. התנית פעילויות המערבות התקהלות של אנשים רבים יחדיו בחיסונים (או בתנאים קרובים) נועדה בראש ובראשונה לצמצם את הסכנות הבריאותיות שבמגיפה. זהו צורך חברתי דוחק ולוחץ המהווה בוודאי תכלית ראויה.

לצד זאת, נשמעת הטענה כי הלא-מחוסנים אינם מהווים סכנה למחוסנים אלא לעצמם בלבד, ומשום כך אין להגביל את חירותם. טענה זו, המושכת את העין במבט ראשון, אינה משכנעת במבט שני, ממספר טעמים. ראשית, בעת כתיבת רשימה זו, כמחצית מהציבור הישראלי טרם התחסן וחלק ניכר ממנו – בני ה-16 ומטה – אף אינו יכול להתחסן. פתיחה רחבה של פעילויות המערבות התקהלות של עשרות ומאות בני אדם לכלל האוכלוסייה – כולל רבים מאוד שאינם מחוסנים – יכולה להביא להתפרצות ניכרת, גם בקרב מי שלא יכול היה לבחור להתחסן. שנית, הגם שהחיסון נמצא עד כה יעיל ביותר, הגנתו אינה הרמטית. שיעור קטן ממי שהתחסן באופן מלא עלול עדיין להידבק ולחלות באופן קשה, והסיכוי לכך עולה ככל שהתחלואה נרחבת. שלישית, גם בתרחיש שבו התחלואה תתרכז בעיקר בקרב הקבוצה שבחרה שלא להתחסן, תחלואה נרחבת בקבוצה זו עדיין תשפיע באופן קשה על מערכת הבריאות כולה ולפיכך על איכות הטיפול, כולל טיפול מציל חיים, שיינתן לחולים אחרים. כאשר המחלקות הפנימיות מוסבות למחלקות קורונה, אין בהן מיטות פנויות לטיפול בשבץ ובהתקפי לב. כאשר הצוות הרפואי ממוטט מעומס, כלל החולים מקבלים טיפול ירוד.

רביעית, בשל מאפייני המגיפה, החלטה של אדם בודד לא להתחסן אינה חסרת משמעות מבחינת הסיכון שהוא מסב לאחרים. יש עדויות רבות לכך שהתפשטות הקורונה מושפעת מאוד מאירועי superspreading²⁷ ("הפצת-על"), שבהם מספר קטן של אנשים מדביק מספר גדול במיוחד של אנשים. לפי אחת ההערכות, 10% מהנדבקים בקורונה אחראים ל- 80% מההדבקות.²⁸ כל עוד לא הושגה "חסינות עדר", גם אדם מידבק אחד עלול לגרום להפצה משמעותית. אירועי "הפצת-על" במהלך המגיפה תועדו כאשר מספר גדול של אנשים התקבצו יחד, בפרט במקומות סגורים.²⁹ אירועים כאלה יכולים להתרחש גם כשאדם מדבק אחד נפגש עם אנשים רבים במקומות שונים תוך זמן קצר יחסית, למשל בעיסוק בעבודה שכוללת מגע עם מספר גדול של אנשים בודדים לאורך זמן.³⁰ נוכח האינדיקציות הראשוניות שלפיהן ההתחסנות מפחיתה גם את הסיכוי להדבקת אחרים, יש אפוא הצדקה ספציפית, מבחינה בריאותית, בהגבלת הלא-מתחסנים מפעילויות שבהן כרוך מספר רב של מגעים חברתיים.

מתבקש להשוות את הצעדים המוצעים להגבלת הלא-מתחסנים לצעדים שהושתו על מעשנים במרחב הציבורי. עישון טבק לא הוצא מחוץ לחוק ואיש אינו אוסר על אדם לעשן בדלית אמותיו. אולם, מעשנים מנועים מלעשן ליד אדם אחר בציבור, אפילו בתחנת אוטובוס באוויר הפתוח, בשל הנזק שהעישון מסב למי שנמצא בקרבתו.

Kai Kupferschmidt, *Why do some COVID-19 patients infect many others, whereas most don't spread the virus at all?*, SCIENCE, (May. 19, 2020) <https://tinyurl.com/yc3ebbzr>

Dyani Lewis, *Superspreading drives the COVID pandemic — and could help to tame it*, Nature 590, 544-546 (2021),²⁸ [doi: https://doi.org/10.1038/d41586-021-00460-x](https://doi.org/10.1038/d41586-021-00460-x)

Adam, D.C., Wu, P., Wong, J.Y. et al. *Clustering and superspreading potential of SARS-CoV-2 infections: in Hong Kong*, NAT MED 26, 1714-1719 (2020)²⁹

למשל: Ofer Malcai and Michal Shur-Ofry לעילה"ש 26, עמוד 11.³⁰

קל וחומר שניתן לאסור, במרחב הציבורי, התנהגויות שהסיכון הנשקף מהן, להבדיל מעישון, אינו ניתן לזיהוי בקלות (את הסיגריה רואים, את העדר החיסון לא), ואינו מוגבל רק לאנשים מעטים הסמוכים לאדם, אלא עלול להשתכפל בשרשרות הדבקה ולהוביל לאירוע רב-נפגעים.³¹

לסיכום, חלק גדול מהצעדים המוצעים נוגע להגבלת מספר המגעים החברתיים של אנשים לא-מחוסנים. בנסיבות הנוכחיות, בהן שיעור הלא-מחוסנים עודנו גדול מאוד, ויוצר סיכון להתפרצויות ולעליית התחלואה, צעדים אלה חיוניים לצמצום הסיכון הבריאותי. ניתוח זה נכון לשעתו, קרי לנתונים הנוכחיים אודות תוצאות הנגיף, יעילות החיסון, ושיעור המתחסנים. עוצמת השיקול הבריאותי עשויה לפחות ככל שמספר המתחסנים יגדל בצורה ניכרת ויתקרב לשלב חסינות עדר הנחוצה להשגת שליטה מלאה במגיפה. כאמור, מדובר בשאלה מקצועית, שההכרעה בה היא עניין למומחי בריאות הציבור.

(ב) שיקום הכלכלה וחיי השגרה

פגיעתה של הקורונה אינה רק בריאותית אלא – כדרך של מגיפות – כלכלית, נפשית, חינוכית, תרבותית, ועוד. המגבלות שהוטלו בעקבות המגיפה הביאו לסגירת עסקים רבים, אובדן מקומות עבודה רבים, יצירת דור חדש של מובטלים, וחששות לנשירה סמויה בקנה מידה נרחב מבתי הספר. בנוסף, הסבל כתוצאה מפגיעות אלה אינו מתחלק באופן שוויוני. אוכלוסיות מוחלשות ופגיעות סובלות יותר.³²

אימוצו של החיסון על ידי שיעור גדול מספיק מהאוכלוסייה עשוי לאפשר חזרה לשגרה, פתיחת עסקים ומקומות עבודה, פתיחה נרחבת של בתי הספר ומוסדות ההשכלה הגבוהה, מוסדות ופעילויות תרבות ופנאי, ועוד. אך גם בטרם חזרה לשגרה מלאה, צעדים הכוללים פתיחת פעילויות למתחסנים – בפרט פעילויות שקיומן נמנע עד כה כמעט לחלוטין, כמו תרבות, פנאי, פעילות בקמפוסים האקדמיים, והוראה בכיתות ה' עד י' – עשויים לספק מזור עצום לכל אותם עסקים, מוסדות, תלמידים ועובדים שנותרו סגורים או מוגבלים בשנה האחרונה. גם כאן מדובר בצורך חברתי לוחץ ודוחק, שהחיסונים מאפשרים את מימושו.

פתיחת פעילויות למתחסנים היא אפוא תכלית ראויה מכיוון שהיא מסייעת לשקם את הכלכלה, למזער את הנזקים הכבדים הנובעים מהמגיפה, ולהשיב את החיים למסלולם ולו באופן חלקי.

(ג) על מי לשאת בעלות ההחלטה שלא להתחסן?

על מדינה ליברלית לכבד בדרך כלל את החלטות תושביה, גם אם אלה החלטות שגויות (כמו ההחלטה, עבור רוב גדול של האנשים, שלא להתחסן), ולעתים גם אם הן אינן אידאליות מוסרית (כמו ההחלטה, עבור רוב גדול של האנשים, שלא להתחסן). אבל ראשית, החובה הליברלית הזו אינה חלה על כל החלטה שגויה ופסולה – בעיקר לא כשהחלטות של אחד גורמות לנזק משמעותי לאחרים, כמו במקרה זה. אבל בעיקר, יש צורך להבחין בין

³¹ יוער כי ניתוח זה נכון בקווים כלליים גם לפעילויות נוספות המסיבות תועלת לפרט (עישון כמובן מסב גם נזק למעשן) אך מטילות עלויות שליליות על החברה, למשל נהיגה ברכב. משום כך, המדינה מחייבת נהגים ברישיון נהיגה, שניתן להוציא רק בגיל מסוים, ורק בהעדר מגבלות בריאותיות שקיומן יכול לסכן את יתר המשתמשים בכביש. הוצאת רישיון היא כשלעצמה עניין יקר שהמעוניין לנהוג נושא בעלויות ונהיגה ללא רישיון היא עבירה פלילית. נהגים גם חייבים בביטוח חובה כלפי צד שלישי שמטרתו למנוע את השתת העלויות השליליות של השימוש ברכב על הכלל. בנהיגה כמובן יש גם תועלות חברתיות משמעותיות (בניגוד לעישון או הימנעות מחיסון), והעלויות הכרוכות בה אינן משתכפלות בשרשרות אקספוננציאליות, כך שההקבלה בין פעילויות וסיכונים שונים אינה מלאה.

³² ראו, למשל: Jenesse Miller, COVID-19 has hit women hard, especially working mothers, USC News, (June 18, 2020), <https://tinyurl.com/y7uxyq4g>, וכן ראו: שחר אילן "שירות התעסוקה: 70% מהמובטלים החוזרים בסגר השני – נשים" <https://tinyurl.com/ybum3hxy> 24.09.2020.

הימנעות המדינה (בין מחובה ובין מבחירה) מקעקוע החלטות כאלה, לבין הצורך להכריע מי יישא בעלויות ההחלטה של הפרט הלא מתחסן.

להחלטה שלא להתחסן יש עלויות חברתיות משמעותיות ביותר: בפגיעה בריאותית (גם באחרים, לאור האוכלוסיות שאינן יכולות להתחסן ונוכח ממצאים ראשוניים שמראים שהחיסון מפחית את סיכון ההדבקה של אחרים על ידי המחוסן); בפגיעה מערכתית (עומס על מערכת הבריאות המיתרגם לפגיעה בחולים אחרים, שאינם חולי קורונה; משבר כלכלי); ובפגיעה בכל אורחות החיים. הבחירה שלא להתחסן, עבור רוב גדול של האוכלוסייה, אינה מסוג הבחירות שעל המדינה (כלומר, על שאר האזרחים והאזרחיות) לשאת בעלותה. השתת עלויות ההחלטה שלא להתחסן על מקבליה ראויה הן משום שהשתת עלויות אלה על אחרים אינה הוגנת, והן משום שהיא תבטיח שהבוחרים שלא להתחסן ישקללו בקבלת ההחלטות שלהם את העלויות האמיתיות של החלטות אלה.³³

העלויות בהן מדובר אינן ערטילאיות. הקורונה היא תופעה קולקטיבית, השואבת את כוחה ההרסני מאינטראקציות בין פרטים. החלטות שהתרגלנו לחשוב עליהן כמצויות בדלית אמות הפרט מתבררות כהרות גורל לאחרים. **כאשר האדם שהחליט לא להתחסן מחליט, בנוסף, לבוא במגע עם אחרים ההחלטה שלא להתחסן אינה רק החלטה אישית ופרטית.** היא יכולה לפגוע ישירות באנשים אחרים ומסוימים העלולים לחלות ואף למות מקורונה. זאת ועוד, בניגוד ל"סרבני המסכות" שמותירים לזולתם את האופציה להיזהר מפניהם, את הלא מתחסנים לא ניתן לזהות ברחוב, במסעדה או בשיעור באוניברסיטה (וחלקם אף עומד בתוקף על כך שזה עניינם הפרטי ואין בכונתם לגלות מידע זה לאחרים). לכן, הסרת הגבלות מהלא-מחוסנים חושפת את יתר בני החברה לעלויות גבוהות במיוחד, שכן הם אינם יכולים לנקוט בצעדי הגנה מספקים בעצמם.

חלק מסרבני החיסון טוענים כי ההשלכות ארוכות הטווח של החיסון אינן ידועות (או אפילו מוסתרות על ידי המדינה וחברות התרופות) ולפיכך לא ניתן לצפות מהם לשאת בעלויות החיסון. אולם כל עוד החיסון מניב תועלת גדולה לבריאות הציבור וללא תופעות לוואי של ממש (כפי שמעידים בעת הזו הן המחקרים, הן נתוני האמת), אזי אפילו בהנחה (אשר למיטב ידיעתנו אין לה כל אישוש מדעי) שהסיכונים לטווח ארוך גדולים יותר ממה שידוע כיום, השאלה העומדת לדיון היא צורת החלוקה של נטל הנשיאה בסיכון. ההוגנות מחייבת חלוקה צודקת של הנטל הזה. סירובם של הלא-מתחסנים לשאת בנטל הסיכון, בלווית דרישה לזכות בתועלת שהסבה ההתחסנות – פתיחת המשק – הוא מקרה מובהק של free riding – ניצול הטוב החברתי מבלי לתרום לו, ובמקרה הנוכחי באופן המסכן את עצם היכולת ליצור את הטוב החברתי במידה הנחוצה לחברה. מותר למדינה

³³ בהקשר זה הועלתה הטענה כי לגבי חלק מהמסרבים להתחסן יש להבין את סירובם לא רק כהעדפה שגויה, או בחירה בלתי רציונאלית שמבוססת על טענות עובדתיות שניתנות להפרכה, אלא כמי שהחיסון מנוגד לערכי העומק שלהם, כמי שמבקשים לחסות – בהחלטתם שלא להתחסן – תחת ההגנה המוסרית ואולי אף החוקתית לחופש השקפה, אולי אף לחופש מצפון (איננו יודעים עד כמה תופעה זו נרחבת, אבל אנו מטיילים ספק בהיותה נרחבת במיוחד). גם מהטעם הזה אין זה מן הראוי לכפות חיסונים באופן פיזי ממש. אלא שגם בהקשרים שבהם המדינה מכירה, ולו באופן חלקי, בזכות לחופש מצפון, אין היא פוטרת את החוסים בצילה מכל עלות של החלטתם. ובספרות על סירוב מצפוני מודגשת לעתים מוכנותו של הסרבן לשאת בעלויות החלטתו – אפילו בענישה פלילית עליה – כתנאי להצדקת הסירוב, או לפחות כראיה נדרשת לרצינות המחויבות שעליה הוא נשען. מי שמבקש לסרב להתחסן ולחסות תחת ההגנה של חופש המצפון, אבל לא מוכן לשלם את המחיר של בדיקות קורונה תכופות כתחליף להוכחת העדר מסוכנות, או את המחיר של הסתפקות (למשל) במשלוחי אוכל ולא בישיבה במסעדה, אינו באמת מחויב מצפונית לעניין. האמור בהערה זו – אשר הופיעה כלשונה גם בנייר העמדה המקורי – די בו כדי להשיב לביקורתו של פרופ' אלון הראל בתגובתו לנייר ("אתיקה של חיסונים": הפספורט הירוק", בלוג המרצים למשפטים, 18 בפברואר, 2021) לעניין טעמיהם של המסרבים להתחסן.

להגביל תופעות מעין אלה באופן נמרץ, והשתת עלויות ההימנעות מהתחסנות על הסרבנים, במקום להתיר להם להחצין עלויות אלה על החברה, מגשימה תכלית זו בדיוק.

השילוב של הפגיעה באחרים, שמוציאה את החלטות הפרט אל מחוץ למרחב האוטונומיה המוגן מהתערבות, והעלויות החברתיות הכבדות של פגיעה זו, מצדיקים את השתת עלויות ההחלטה שלא להתחסן על מקבליה. השתת העלויות על מי שראוי שיישא בהן הינה לפיכך תכלית ראויה.³⁴

דוגמא אחת מיני רבות היא החזרה ללימודים באוניברסיטאות. ההנחה היא שלחזרה לקמפוס יש ערך גדול, שכן איכות ההוראה והמפגשים האינטלקטואליים והחברתיים טובה יותר בכיתה פיזית ובקמפוס פיזי מאשר בזום. אם החזרה של מספר גדול של בלתי-מתחסנים לקמפוס יוצרת סיכון ניכר להתפרצות, בשל מאפייניה הקולקטיביים של המגיפה, הרי שאי-הבחנה בין המתחסנים למסרבים להתחסן משמעה אי-חזרה לקמפוס – והשתת עלויות הבחירה של הלא-מתחסנים על כתפיהם של מי שבחרו להתחסן.

בדומה, ככל שהשתת חלקים נרחבים במשק משליכה על פרנסתם של רבים ו/או מטילה נטל כבד של סיוע למובטלים על הקופה הציבורית, וככל ששיעור אי-ההתחסנות מעכב בצורה ניכרת את חזרת המשק לשגרה, הרי ששילת הבחנה בין המתחסנים למסרבים להתחסן משמעה שהעלויות של החלטות סרבני החיסון מושתות על מי שממלאים חובתם (לעצמם, לקרוביהם, ולחברה בכלל) להתחסן. המתחסנים, שנקטו צעדים המאפשרים יציאה מהמשבר, יאלצו לשלם את עלויות העיכוב ביציאה שנוצרו מסירוב הלא מתחסנים.

שיקולים אלה יכולים, בהתאמות המחויבות, לחול גם במערכות היחסים בין פרטים בחברה. כך, בעלי חנויות שיכולים, על פי המתווה, לפתוח את עסקיהם לכלל האוכלוסייה, אולם אינם מעוניינים לשאת בעלויות ההחלטה של לקוחות לא להתחסן, אינם חייבים לשאת בעלויות אלה. בניגוד להבחנות על בסיס מין, דת, גזע, לאום, וכדומה, הבחנה בין לקוחות מחוסנים ללא-מחוסנים היא שוני רלוונטי, פרי בחירה הניתנת לשינוי בקלות, ובעל השלכות נרחבות כלפי בית העסק, עובדיו, ויתר הלקוחות בו. נחזור לכך בהמשך כשנתייחס לטענת הפגיעה בשוויון.

³⁴ כמובן, בעולם האמיתי החלטות ועלויות אינן מגיעות באריזות מובחנות. העלויות שאנחנו מיחסים בטקסט להחלטה שלא להתחסן נגרמות, לצד החלטה זו, על-ידי גורמים רבים נוספים (ובכללן החלטות המדינה). אבל בכך אין כדי לשנות את האמור מעלה: השאלה מי ראוי שיישא בעלויות של ההחלטה שלא להתחסן (ייתכן שלצד גורמים נוספים) היא שאלה נורמטיבית, וככזו היא רגישה למעמד הנורמטיבי של ההחלטה הזו מלכתחילה. מי שבוחר שלא להתחסן (מבלי שקיימת מבחינתו מניעה רפואית לעשות כן) בוחר באופן שוני רציונאלית ומוסרית כאחת. הוא בוחר שלא להטות כתף למאמץ הקולקטיבי של התמודדות עם המגפה, ומבקש ליהנות מתוצאותיו החיוביות של המאבק הזה מבלי לשאת בעלויותיו. במקרה כזה, מן הראוי שיישא בעלויות שהחלטתו מוסיפה בתגובתו של פרופ' אלון הראל למסמך המקורי שלנו (ה"ש 31 לעיל), העלה הראל ביקורת ברוח זו, תוך שהלביש אותה בלבוש מבית מדרשו של Coase. לפי הראל (אליבא ד-Coase) יש סימטריה בין הטלת העלויות על הבורחים שלא להתחסן (אם תתקבל עמדתנו) לבין הטלת העלויות על השאר (אם היא תידחה): שני הצדדים משיתים עלויות זה על זה ולכן, לשיטתו, עצם ניסוח השאלה במונחי הטלת עלויות אינו מעלה ואינו מוריד. התנגדות זו שגויה מהטעמים הבאים: ראשית, הסימטריה הקוזיאנית היא סימטריה פורמאלית בלבד. מקום שם יש הבחנה נורמטיבית – כשהחלטתו של צד אחד באינטראקציה הרלבנטית נדרשת מוסרית, והחלטתו של האחר פסולה – הסימטריה הפורמאלית אינה מייצרת סימטריה מהותית. שנית, ולמעלה מן הצורך: אם נלך עם הראל בדרכו הקוזיאנית, יהיה מן הראוי להמשיך בה עוד: שהרי גם קוז טען שמקום שם לא ניתן להגיע להסכמה וולונטרית בין הצדדים (שתקצה את העלויות ביניהם), בגין בעיות מידע או בגין בעיות אחרות שמתעררות במיוחד בהקשרים של אינטראקציה המונית, על המדינה להתערב ולהשית את העלויות באופן שיצמצם את סך הנוק, לא רק לצדדים עצמם אלא לחברה כולה. בהינתן יעילותו, בטיחותו, וזמינותו של החיסון, הנוקים המערכתיים הכבדים שעלולים להיגרם אם עלויות ההחלטה שלא להתחסן יושתו על החברה כולה, פערי המידע (כשהבלתי מתחסנים מסרבים לעתים קרובות אפילו להצטרף על כך, ולפיכך אינם מאפשרים הגעה להסכמה עם המחוסנים), והזמינות של האינטראקציה, גם ניתוח קוזיאני אדוק מצדיק את מסקנותינו בטקסט.

(ד) מתן תמריצים להתחסנות

צעדים המבחינים בין מחוסנים ללא-מחוסנים מהווים תמריץ עקיף עבור הלא-מחוסנים להתחסן, על מנת להחזיר גם את חייהם שלהם למסלולם. האם מדובר בתכלית לגיטימית?

באופן כללי, תמריצים נחשבים כלי רך יותר ולגיטימי יותר מכפייה. למשל, הגם שתזונה בריאה מקלה על מערכת הבריאות, המדינה לא יכולה לאסור על הפרט טיגון עמוק ולכפות אכילת ברוקולי. אבל היא יכולה, למסות שמן לטיגון באופן אגרסיבי יותר מברוקולי. גם כאן ניתן לבחון שוב את רגולציית העישון. המדינה נמנעת מלאסור על הפרט לעשן בדלית אמותיו, אולם היא מגבילה את העישון במקומות ציבוריים על מנת **למנוע** נזק לאחר (ראו תכלית המניעה לעיל), ומשתמשת במגוון רחב של תמריצים על מנת להניא פרטים מעישון, החל ממיסוי עתק ועד לאיסור על פרסום מוצרי עישון, עטיפות אחידות, אזהרות ענק, ועוד. אלה תמריצים שליליים לעישון.

כאשר מגיפה מתפשטת במהירות וגובה מחירים כבדים בחיי אדם ויש בנמצא חיסון יעיל ובטוח לשימוש, המועיל לפרט המתחסן כמו גם לחברה כולה, שימוש בתמריצים לעידוד התחסנות אינו רק לגיטימי. ייתכן שהוא אף מחויב, על מנת למלא אחר חובתה של המדינה להגן על חייהם ובריאותם של אזרחיה. שכן המתחסן לא רק מפחית באופן ישיר את נזקיו, אלא מצמצם את הנזקים המערכתיים (לעיל) ולפי מחקרים ראשוניים גם מפחית את הסיכון שידביק אחרים ומקדם את המערכת אל עבר השלב הנכסף של "מעבר פאזה", אשר בו המגיפה תדעך.

ישנם תמריצים רבים שניתן לגבש על מנת לעודד אנשים להתחסן – חיוביים (למשל חלוקת טשולנט לשבת, כפי שיישמה לאחרונה עיריית בני ברק; או מימון החיסונים מהקופה הציבורית, כנעשה עד היום) או שליליים (למשל, השתתפות עלות הבדיקות על מי שלא מתחסן). תמריץ שלילי להתחסנות נדון בשנת 2013 בענין **עדאלה נ. שר הרווחה**,³⁵ שם נדחתה הטענה כי הפחתת קצבאות ילדים על בסיס התחסנות אינה חוקתית. מובן, עם זאת, שלא כל תמריץ הוא לגיטימי.

במנעד התמריצים, פתיחת פעילויות לא חיוניות למתחסנים בלבד היא תמריץ ב"משקל קל". אין לאדם זכות קנויה לשבת במסעדה או במופע תרבות, בוודאי אם הוא מסכן בכך אחרים.³⁶ קל וחומר אם כתחליף להתחסנות ניתן להציג בדיקת קורונה שלילית עדכנית. לעומת זאת, פיטורים של מי שלא התחסן הוא תמריץ כבד. באופן כללי, **ככל שמתווה התמריצים יאפשר למתחסנים הקלות מהגבלות החירום הנוכחיות** – למשל אפשרות לחזור לקמפוס, מקום העבודה, או לבית הספר – **מבלי לפגוע באפשרות של מי שאינו מחוסן להמשיך ולהשתתף בפעילויות אלה מרחוק (כפי שהיה בשנה האחרונה)**, ניתן לסווג את התמריץ כחיובי וקל.

לעומת זאת, צעדים שיפגעו ביכולת הלא-מחוסנים להמשיך ולהשתתף בפעילויות מרחוק (למשל, מורים לא יוכלו ללמד מרחוק את כיתותיהם או תלמידים לא יוכלו עוד ללמוד מרחוק) מהווים תמריץ כבד יותר, הדורש

³⁵ בג"ץ 7245/10 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה (2013).

³⁶ בנקודה זו יש להבחין בין הזכות לשוויון באספקת המוצר או בכניסה למקומות ציבוריים, כמו מסעדה או תיאטרון, המסורה לכל אדם ואף מובטחת בחקיקה, ובין **קיום מוצר הצריכה** או השירות עצמו, כמו ישיבה במסעדה או בתיאטרון, שאין לאדם זכות בדבר קיומו. המסעדה (ואף המסעדות כולן) עשויות להיסגר מבלי שתהיה בכך פגיעה בזכות אדם, שכן אין זכות אדם למסעדות ולפיקח אין זכות קנויה לשבת בהן. משעה שקיימות מסעדות הפותחות שעריהן לציבור, אנשים זכאים לא להיות מופלים מסיבה לא רלוונטית בכניסה אליהם. אולם התחסנות, בעת הזו, מהווה שוני רלוונטי, כמוברר בהמשך.

בהתאם הצדקות כבדות יותר. אין פירושו שלא ניתן להצדיק הגבלות מעין אלה בנסיבות מסוימות, אלא שיש צורך להראות שהן אכן מחויבות.

יש, אם כן, שורה של מטרות חברתיות דוחקות בבסיס התניית פעילות בהתחסנות. באופן כללי, מטרות אלה מגלות רגישות למקומן הכולל של זכויות אדם במארג החברתי: הן שואפות להגן על חיי אדם, הן מטילות את עלויות ההחלטה על מקבליה במקום להצינן על אחרים, והן מעדיפות תמריצים על פני כפייה.

3. מידתיות

גם אם תכלית ההגבלות ראויה, עליהן להיות מידתיות – תפורות למטרות לשמן נועדו ולא מופרזות. ניתוח המידתיות תלוי בפרטים עובדיים רבים, כולל ההערכות האפידמיולוגיות באשר לנחיצות של עידוד ההתחסנות בשלב הנוכחי של המגיפה, היקף התועלת הנשקף מהחיסונים, מידת הסיכון הנשקפת מהלא-מתחסנים, וכן הפתרונות שיש למצוא למי שאינם יכולים להתחסן שלא מבחירתם. כל הערכה של מידתיות המגבלות המוצעות בשלב ראשוני זה תהא אפוא מוקדמת, והשורה התחתונה תהא תלויה בפרטי ההסדרים.

בחינת המידתיות מורכבת משלושה מבחני משנה.

ראשית, נדרש קשר רציונלי בין האמצעי – כאן, פתיחת פעילויות שונות למחוסנים בלבד – ובין התכליות הראויות (מניעת מחלה, שיקום הכלכלה, השתת העלויות של אי התחסנות על הפרט שבחר בה, ומתן תמריצים להתחסנות). במילים אחרות, האמצעי צריך להתאים לקידום התכלית ולסייע באופן ממשי בהגשמתה.

בכפוף לשיקולים אפידמיולוגיים מתעדכנים, בתמונת המצב הנוכחית – בה ישראל רחוקה מאוד עדיין מחסינות עדר, כפי שצוין – נראה שהצעדים המתוכננים צולחים את מבחן הקשר הרציונלי ללא קושי. שאלה שעשויה להתעורר, עם זאת, היא השאלה של "תחולת-חסר": כאשר אמצעי "מחורר" באופן המגביל אוכלוסיות מסוימות אך מאפשר לאוכלוסיות אחרות, המהוות סיכון דומה, להתחמק מהגבלותיו, הוא אינו מקיים קשר רציונלי להגשמת התכלית. בהקשר הנוכחי, אין "תחולת חסר" שכן אוכלוסיית מנועי החיסון מסיבות רפואיות זניחה במימדיה – מדובר במתי מעט. באשר לילדים, עד שלא יוכח שהחיסון בטוח ויעיל לשימוש בילדים, שאלת תחולת החסר לגביהם כלל לא מתעוררת.

שנית, נדרש שהאמצעי הנבחר יהיה זה שפגיעתו בחירויות הפרטים הלא-מחוסנים תהיה הפחותה מבין כלל האמצעים. כאן יש לבחון את החלופות ללא-מחוסנים. השיקולים שצינו לאורך המסמך, ובכלל זאת חיוניות הפעילויות המוגבלות והחלופות הקיימות להן (למשל משלוחים עד לבית בהקשרים מסחריים או השתתפות מקוונת בהקשרים של לימודים ועבודה, בפני עצמן או בלווית מנגנון המאפשר הצגה של בדיקה שלילית עדכנית חלף התחסנות), חשובים לצורך הכרעה במבחן זה.³⁷ בנוסף, אם ישראל תעבור את סף חסינות העדר, ייתכן שהפגיעה בחירויות הלא-מחוסנים כבר לא תהיה הכרחית. במסגרת האמצעים שיינקטו, ראוי לשקול גם "מנגנון חריגים", שיאפשר גמישות והחרגה ממגבלות ספציפיות, בנסיבות מצומצמות ומוצדקות שקשה לצפותן מראש.

³⁷ השאלה אם האפשרות להציג בד יקת קורונה שלילית עדכנית צריכה להוות תנאי לצליחת מבחן המידתיות, היא שאלה שהתשובה עליה עשויה להשתנות מהקשר להקשר ותלויה במשתנים רבים – למשל, כושר הקיבול של מערך בדיקות הקורונה הקיים, מידת התחליפיות או הקרבה שבין תוצאת בדיקה שלילית לבין חיסון מבחינת הסיכון האפידמיולוגי, מידת הרגישות של האוכלוסייה הספציפית עימה בא האדם במגע, ישימות הפתרון, ועוד – ולכן איננו מציעים לה תשובה גורפת. גם בהקשר זה, שיקול הדעת צריך להיות מופעל על ידי גורמי המקצוע במערכת הבריאות.

שלישית, כל ניתוח של מידתיות הפגיעה בזכויות הפרט מביא בחשבון הן את צד העלות, הן את צד התועלת. על פניו, נראה שהתועלת הצפויה להיגרם מפתחה של המשק, גם אם חלקית, הינה עצומה, להחייאת הכלכלה וחיי השגרה, למחוסנים עצמם, ולמערכת הבריאות והציבור הישראלי בכללותו. כמו כן, מנגנוני התמרוץ צפויים להסב תועלת גם למי שיכול להתחסן אך מסיבות שונות (כגון דחינות, מצוקת זמן, וכדומה) נמנע מלעשות כן ללא התמרוץ. הנוק שנגרם ללא-מחוסנים כתוצאה מהגבלת פעילותם אינו תוצאה של פתיחת המשק למחוסנים, אלא של ההתמודדות הבסיסית עם המגיפה, שחייבה את סגירת המשק לכלל הציבור לפני שהיה בנמצא חיסון. אותה סיבה בדיוק מצדיקה את המשך סגירתו ללא-מחוסנים כעת. גם אם פתיחה חלקית של המשק מסבה פגיעה ייחודית ללא-מחוסנים, ניתן למנן את עצם קיומה של הפגיעה, טיבה וחומרתה באמצעות תפירת הצעדים שיינקטו באופן שיצמצם את הפגיעה. **ישנן צורות רבות ומגוונות בהן ניתן לעצב את הצעדים, כפי שהודגם לאורך המסמך, כך שיצלחו ללא קושי את בחינת המידתיות.**

ג. פגיעה בשוויון?

כפי שעולה מהדיון על כל חלקיו, ישנו שוני רלוונטי בין לא-מחוסנים למחוסנים, בעת הזו, ולכן אין פגיעה בשוויון. הלא-מחוסנים מהווים מקור סכנה לאחרים ולהתפרצות נרחבת של הנגיף, וכתוצאה מכך גם לנזקים מערכתיים משמעותיים למערכת הבריאות ולמשק. השתת עלויות ההחלטה לא להתחסן על מי שקיבל אותה אינה פוגעת בשוויון אלא מהווה התייחסות שווה לאנשים לפי בחירותיהם ומעשיהם.

בית המשפט העליון כבר אישר, במהלך התקופה הנוכחית, צעדים דיפרנציאליים כגון סגרים על ערים ושכונות מסוימות בלבד (למשל בפרשת לוונטהל ובפרשת רמת אלון³⁸), על בסיס סיכון ייחודי וגבוה להתפשטות המגיפה. ההבחנה בין מחוסנים ללא-מחוסנים הינה ממוקדת יותר ואינדיבידואלית יותר, ובכך פוגעת פחות בזכויות.

זאת ועוד, פתיחת המשק אינה מרעה את מצב הלא-מחוסנים בהשוואה למצב הנוכחי, אלא מיטיבה את מצב המחוסנים. אין חסם גנרי המונע מהלא-מחוסנים לשנות את בחירתם ולעבור לקבוצת המחוסנים. ההבחנה בין מחוסנים ללא-מחוסנים אינה מבחינה בין אנשים על סמך קריטריון שאינם יכולים לשנות, ככל שההסדרים הרלבנטיים מחריגים את מי שאינו יכול להתחסן גם לו היה רוצה בכך, קרי ילדים, מחלימים, ומי שמסיבות רפואיות פרטניות אינו יכול להתחסן.

לסיכום, כל עוד התחסנות נרחבת דרושה על מנת לבלום את המגיפה ואת נזקיה המערכתיים, הבחנה בין מחוסנים ללא-מחוסנים אינה מהווה אפליה כי אם שוני רלוונטי וחיוני.

ד. סיכום

הקורונה היא תופעה קולקטיבית. הצורך להגיב לתופעה זו באמצעות צעדים שיגבילו מגעים חברתיים של לא-מחוסנים נובע במקרה הזה מתוך הפרספקטיבה ההומניסטית האינדיבידואליסטית עצמה.³⁹ מובן, שהצורך

³⁸ בג"ץ 2435/20 יזידיה לוונטהל ע"ד נ' בנימין נתניהוראש הממשלה (2020); בג"ץ 2491/20 המנהל הקהילתי רמות אלון נ. ממשלת ישראל (2020).

³⁹ ראו דברי בית המשפט האמריקני בעניין חובת התחסנות בענין Jacobson v. Massachusetts, לעיל ה"ש 7: "There are manifold restraints to which every person is necessarily subject for the common good. On any other basis organized society could not exist with safety to its members...[...]... Real liberty for all could not exist under

להשתלט על מגיפת הקורונה ועל השלכותיה העקיפות אינו מצדיק כל צעד או כל הגבלה. אבל מקום שם חיסון יעיל ובטוח זמין, ויש הבוחרים – במספרים משמעותיים – בכל זאת שלא להתחסן, זכויות היסוד הדמוקרטיות אינן דורשות מאחרים לשאת בעלויות של בחירה שגויה זו, והבחנה בין מי שמקיים את חובתו האזרחית ומתחסן למי שבחר שלא לעשות כן אינה אפליה פסולה בין שווים, אלא היא הבחנה חיונית ומותרת – משפטית ומוסרית כאחד – בין שונים. מי שבחר שלא להתחסן אינו זכאי לכך שמצבו ישופר – בהשוואה למגבלות תחת תחלואה גבוהה – על חשבון ציבור המתחסנים. וכמובן, בפני מי שבחר שלא להתחסן פתוחה תמיד הדרך ליהנות מהיתרונות שהחיסון מעניק, לקיים את חובתו, ולהטות שכם למאבק הקולקטיבי במגיפה.

the operation of a principle which recognizes the right of each individual person to use his own, whether in respect of his person or his property, regardless of the injury that may be done to others”