

על חיסונים וזכויות אדם

מאת

אלון הראל*

מבצע החיסונים הביא בעקבותיו קונפליקט חדש לישראל למודת הקונפליקטים בין חסידי החיסונים הרואים בלא מתחסנים אויב מסוכן לבין מתנגדי החיסונים הרואים במבצע החיסונים איום ממשי לחירותם. חידוד העימות ואף הרטוריקה האלימה בין הקבוצות הללו הביא לסטיגמטיזציה של הלא מתחסנים הנתפשים כבורים, אויבי המדע המודרני או כפרזיטים, מפיצו מחלות. הדו"ח של קבוצת משפטנים מן האוניברסיטה העברית שפורסם על דפי משפטים על אתר הציג שורה של טעמים המצדיקים לטעמם של המחברים הטלת הגבלות על הלא מתחסנים.¹ אני סבור כי הניתוח המוצע בדו"ח זה מרחיב יתר על המידה את סמכויות המדינה ומגביל יתר על המידה את חירויות הפרט. הייתי אף מרחיק לכת ואומר כי מבלי משים הדו"ח מכיל בתוכו פוטנציאל טוטליטרי המאיים באופן ממשי על חירויות הפרט ואימוץ מסקנותיו יהווה תקדים מסוכן בעל פוטנציאל הרסני לחירויות הפרט. אני מציע לפיכך במאמר זה הסדרה מתונה יותר מזו המוצעת בדו"ח המשפטנים.

הוויכוח המרכזי בימים אלה נטוש סביב הסדרים המגבילים את זכותם של הלא מחוסנים להשתתף בחיים החברתיים-ציבוריים. על פי ההצעות שהועלו, הכניסה למקומות ציבוריים מסוימים תוגבל למתחסנים בלבד ולעיתים תותר גם לאנשים לאחר בדיקה עדכנית שלילית לקורונה. השאלה המרכזית היא מהם הטעמים המצדיקים הסדרה מסוג זה ומה צריך להיות ההיקף של הגבלות אלה?

לצורך בחינת השאלה הזו, אציג כאן שלוש הנחות מרכזיות. ההנחה הראשונה היא כי באופן טיפוסי להוציא מקרים קיצוניים לאדם זכות לשלוט בגופו ולהחליט אילו חומרים יוחדרו לגופו. יש לנו אינטרס עליון לבחור את האוכל שאנו אוכלים ואת החומרים המוכנסים לגופנו. ראוי שנכבד מאוד את הזכות של אדם לבחור אוכל כשר או אוכל צמחוני או טבעוני, גם כאשר יש לכך עלות חברתית. הוא הדין בהחדרת חומרים אל גוף האדם באמצעות זריקה או באמצעים אחרים. אנשים גם רשאים להתנגד לעירווי דם שיצילו את חייהם ואולי אפילו את חיי ילדיהם.² במדינת ישראל באה לידי ביטוי משפטי חשיבות הערך של שליטה על הגוף בבג"צ קטלן אשר אסר על שירות בתי הסוהר לבצע חוקן לאסירים על מנת לגלות סמים.³

ההנחה השנייה היא כי יש לאדם זכות בעלת משקל רב לנהל חיי יום-יום נורמאליים. הליכה למסעדה, כניסה לתאטרון או לקולנוע הן לא פריווילגיות אלא זכויות יסוד. לזכות זו יש עיגון הן בתורת המוסר והן במשפט. הזכות הזו נגזרת מעקרון היסוד של החירות לפיו כל הגבלה על החירות מחייבת הצדקה גם אם מדובר בהגבלה

* פרופסור אלון הראל, הקתדרה על שם מיזוק, האוניברסיטה העברית; מרכז פדרמן לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית.
¹ דוד אנוך, נטע ברק-קורן, מיכל שור-עופרי, דוד הד ועופר מלכאי "חיסונים, התניות, ונשיאה בעלויות" משפטים על אתר יז (צפוי להתפרסם ב-2021).

² לעניין זה ראו את ספרו של איאן מקוויאן, טובת הילד.

³ בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר פד"יי ל"ד (3) 294. המקרה היחיד המוכר לי בו התיר בית המשפט חדירה אל גופו של אדם הוא בג"צ 5304/15 ההסתדרות הרפואית ואח' נ' הכנסת ואח' (נבו 11.09.2016). במקרה זה סרב בית המשפט לפסול חוק אשר התיר מתן טיפול רפואי בכפייה לאסירים שובתי רעב. עם זאת במקרה זה הייתה חקיקה ספציפית אשר הסמיכה בנסיבות מסוימות ומוגדרות היטב מתן טיפול רפואי בכפייה. החוק הני"ל גם קובע כי כל היתר מסוג זה מחייב אישור של נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו. מקרה אחר הוא כמובן אשפוז בכפייה של חולי נפש על בסיס חוק טיפול בחולי נפש תשנ"א 1991. אלא שבמקרה זה אין פגיעה באוטונומיה של המטופל משום שהטיפול מניח שאי ההסכמה לטיפול איננה אוטונומית.

פעוטה. באופן ספציפי עמדה זו נגזרת מן ההכרה בחשיבותה של החירות השלילית: החירות של אדם לפעול כרצונו ללא התערבות של אחרים.⁴

עקרון זה איננו רק עיקרון פילוסופי. הוא מצא גם ביטוי בשיטת המשפט הישראלית. כך למשל בית המשפט הישראלי הכיר לא אחת באינטרס לקיום חיים נורמליים. פסיקה ענפה בדיני הנזיקין הכירה באובדן "הנאות החיים" כאב נזק המצדיק פסיקת פיצויים.⁵ האינטרס לקיום חיים נורמאליים הכוללים גם הגנה על חירויות פעוטות ערך מצא ביטוי גם במשפט ההשוואתי. בית המשפט החוקתי הגרמני חזר ואישר זכות זו בשורה של פסקי דין. כך למשל נקבע כי:

According to the principles developed in the case law of the Federal Constitutional Court, Art 2 (1) GG guarantees general freedom of action in a comprehensive sense[...] This does not only protect the limited area of development of the personality. It protects every form of human activity regardless of the weight attaching to it in the context of development of the personality.⁶

לדוגמא בית המשפט הגרמני הגן על הזכות להאכיל יונים אף שהיא איננה נתפשת בשום שיטה משפטית כזכות יסוד פשוט משום שהיא חלק מן החירות הכללית של אדם לנהוג כרצונו. העובדה שאנו לא מדברים באופן טיפוסי על זכויות מסוג זה בשיעורים למשפט חוקתי איננה משום שזכויות אלה אינן חשובות אלא כי בדרך כלל אין למדינה אינטרס להגביל אותן ולכן אין צורך בהגנה מיוחדת מפורשת עליהם.⁷ העדרה של הגנה מפורשת איננה לפיכך אינדיקציה להעדר חשיבותם.

דו"ח המשפטנים דוחה את ההנחה הזו במפורש וקובע כי: "במנעד התמריצים, פתיחת פעילויות לא חיוניות למתחשנים בלבד היא תמריץ "במשקל קל". אין לאדם זכות קנויה לשבת במסעדה או במופע תרבות, בוודאי אם הוא מסכן בכך אחרים." אני חולק נחרצות על קביעה זו. הן כטענה מוסרית והן כטענה משפטית יש לאדם זכות לנהל חיים נורמאליים וזכות זו חייבת להיות מוגנת וכפי שהראיתי לעיל יש הכרה בזכות זו הן במשפט הישראלי והן במשפט ההשוואתי. למותר לציין שזכות זו איננה מוחלטת. לעתים זכות זו מתנגשת עם אינטרסים חברתיים חשובים והיא נהדפת על ידי שיקולים מתנגשים כולל במקרים בהם האדם מהווה סכנה לאחרים. ואולם אם אכן מדובר בזכות הראויה להגנה חוקתית, הגבלה על זכות זו חייבת להיות מעוגנת בשיקולים כבדי משקל.

עם זאת, וכאן הנחתי השלישית, היא כי יש להבחין (הן מבחינה משפטית והן מבחינה מוסרית) בין סיכונים סבירים ולא סבירים. למעשה כל נסיעה בכביש וכל לחיצת יד (גם קודם מגפת הקורונה) מטילה סיכון על הזולת. פסק הדין ועקנין נתן ביטוי משפטי לטענה זו כאשר קבע כי: "חיי היומיום מלאים סיכונים, אשר לעתים מתממשים וגורמים נזקים, מבלי שיוצרי הסיכונים יישאו באחריות בנוזקין. הטעם לכך הוא, שאותם סיכונים טבעיים ורגילים הם לפעילות האנוש המקובלת, ובגינום נקבע, כעניין של מדיניות משפטית, כי חובת זהירות

⁴ לבחינת חשיבותן של זכויות שליליות ראו: Hill Steiner, An Essay on Rights (1994).

⁵ ע"א 541/63 רכס ואח' נ' הרצברג פ"ד י"ח (2) 120 (1964); ע"א 11152/04 פלוני נ' מיגדל (נבו) 16.10.2006.

⁶ ראו 1BvR 921/85.

⁷ ראו למשל 21-23 (1982) Eric Barned, Freedom of Speech (2nd edition), Alon Harel, Freedom of Speech in A. Marmor, .Eric Barned, Freedom of Speech (2nd edition, 1982) Routledge Companion to Legal Philosophy 599, 609 (2012)

קונקרטי אינה מתגבשת. סיכונים אלה, סבירים הם, וחיי חברה מתוקנים לוקחים את קיומם בחשבון.⁸ השאלה לפיכך איננה האם מותר להטיל סיכונים על הזולת אלא אילו סיכונים מותר להטיל על הזולת או בלשון משפטנית יותר: אילו סיכונים הם סבירים ואילו אינם סבירים. זאת ועוד גם כעניין מוסרי ולא משפטי האבחנה בין סיכונים סבירים ולא סבירים היא אבחנה חשובה. העובדה שהלא מתחסנים מטילים סיכון על אחרים לא הופכת אותם באופן אוטומטי ל-free riders הראויים לגינוי כשם שהעובדה שחלק מהאנשים נוהגים יותר (ועל כן מטילים סיכון מוגבר על אחרים) לא הופכת אותם ל-free riders הראויים לגינוי. השאלה היא תמיד האם הסיכון המוגבר הוא סביר או שאיננו סביר. כשם שאין להתיר לאנשים להטיל סיכון בלתי סביר על אחרים (כדי להגן על זכותם לחיים או לשלמות גופם) כך אין לאסור על אנשים להטיל סיכון סביר על אחרים (כדי להגן על הזכות לחירות).

שלוש הנחות אלו יאפשרו לנו לבחון מהם הטעמים שיכולים להצדיק הטלת הגבלות על הלא מתחסנים. בעניין זה אבחין בין שלושה סוגי טעמים: טעמים ענישתיים או קואזי-ענישתיים דהיינו טעמים התלויים באי המוסריות של הלא מתחסנים, טעמים תמריציים וטעמי הגנה (על הזולת).

טעמים ענישתיים מבוססים על ההנחה לפיה הסירוב להתחסן הוא בלתי מוסרי ולפיכך יש הצדקה לענוש את הלא מתחסנים או לכל הפחות להגביל את חירותם. כבר ההנחה הראשונה לפיה לאדם זכות לשלוט על גופו מחזקת את העמדה לפיה אין הצדקה לענוש את הלא מתחסנים בגין החלטתם לא להתחסן. אם לאדם זכות לשלוט על גופו, אין לענוש אותו כאשר הוא עושה שימוש בזכותו זו. יש כמובן נסיבות בהן זכות זו נהדפת על ידי שיקולים מתנגשים, אך ההנחה הראשונה (הזכות לשליטה על הגוף) מנביעה את המסקנה לפיה צריך טעמים חזקים במיוחד כדי להצדיק ענישה של הלא מתחסנים.

אינני טוען כאן כי ההגבלות שהוטלו על הלא מתחסנים הם בגדר ענישה. כמו כן אינני טוען כי דו"ח המשפטים קורא לענישת הלא מתחסנים. עם זאת, יש בדו"ח זה אינדיקציות ליחס השלילי של המחברים ללא מתחסנים ולעמדה אותה אכנה קאווי-ענישתית. כך למשל הלא מתחסנים מתוארים כ-free riders וכן נאמר כי הסירוב להתחסן הוא "פגיעה באחרים שמוציאה את החלטות הפרט אל מחוץ לתחום האוטונומיה המוגן". הניחוח המוסרי של הדו"ח מקל על הכותבים להגיע למסקנות רדיקאליות ביחס להיקף ההגבלות על הלא מתחסנים. אם הלא מתחסנים הם בלתי מוסריים, קל לנו יותר להטיל עליהם הגבלות גם אם הגבלות אלה אינן ענישתיות. ניחוח מוסרי זה מסביר גם מדוע הדו"ח מבחין בין לא מתחסנים מרצון (שהם בלתי מוסריים) ולא מתחסנים מכורח (בשל מגבלות רפואיות) (שאינם בלתי מוסריים) ומציע גם "מנגנון חריגים" אשר ירכך את החובות המוטלות על האחרונים.

ישנם שני טעמים לדחיית הגישה המוצעת בדו"ח בעניין אי המוסריות של אי ההתחסנות. ראשית מן ההנחה השלישית נובע כי אין זה בלתי מוסרי להטיל סיכונים סבירים על אחרים. על כן העובדה שהלא מתחסנים מטילים סיכון על אחרים איננה מספקת להנביע את המסקנה שהם בלתי מוסריים. יש גם צורך להראות שהסיכונים שהם מטילים הם בלתי סבירים. זאת ועוד גם לו הייתה אי ההתחסנות בלתי מוסרית ספק רב אם אי המוסריות מצדיקה הגבלות משפטיות על חיים נורמליים. אם לאדם זכות משפטית לשלוט על גופו אין זה

⁸ ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש פד"י ל"ז 113, 127.

ראוי להטיל הגבלות על זכות זו המבוססות על חוסר המוסריות של הלא מתחשנים גם אם הגבלות אלה אינן ענישתיות. ככלל אדם רשאי לממש את זכויותיו גם אם מימוש זכויות אלה הוא בלתי מוסרי.⁹

מחברי דו"ח המשפטנים שמים דגש רב על שיקולים תמריציים. כך למשל הם אומרים כי: "צעדים המבחינים בין מחוסנים ולא מחוסנים מהווים תמריץ עקיף עבור הלא מחוסנים להתחסן על מנת להחזיר גם את חייהם שלהם למסלולם." אינני חולק על הלגיטימיות של תמריצים בהקשר זה. עם זאת הטלת הגבלות על חיים נורמאליים לצורך תמרוץ הלא מתחשנים להתחסן איננו מתיישב עם ההנחה השנייה לפיה לאדם זכות יסוד לקיים חיים נורמאליים. קיום חיים נורמאליים: הליכה למסעדה או לקונצרט היא זכות יסוד ולא פריווילגיה. זכות זו ככל זכות אחרת יכולה להיהדף בנסיבות מסוימות ואולם אין היא יכולה להיהדף רק בשל הרצון להפוך את החיים של הלא מתחשנים לקשים יותר או בלתי נסבלים על מנת לתמרץ אותם להתחסן.

קל להדגים את התוצאות הלא סבירות של שימוש בשיקולים תמריציים בהקשר זה. הניחו לרגע כי המדינה מחליטה לאסור על הלא מתחשנים לנהוג במכונית פרטית. זאת לא משום שהאיסור מונע הדבקה אלא פשוט כדי לתמרץ את הלא מתחשנים להתחסן. איסור כזה נראה לא סביר לא משום שלאדם יש זכות יסוד לנהוג במכונית פרטית ואפילו לא משום שהגבלה על נהיגה במכונית פרטית היא חמורה פחות או מגבילה פחות את החירות מאיסור להיכנס למסעדות, אלא משום שנהיגה במכונית פרטית איננה מסכנת את הזולת. לעומת זאת סביר להטיל הגבלות על הלא מתחשנים להשתמש בתחבורה ציבורית. זאת לא בשל התמריצים שהיא מעניקה למתחשנים אלא משום שנסיעה בתחבורה ציבורית עלולה לסכן באופן ישיר את הנוסעים. מכאן שהגנה על הציבור מפני סכנות לא סבירות (במובחן ממתן תמריצים לצורך התחסנות) יכולה להיות טעם מספיק להטלת הגבלות מסוג זה. ההבדל בין איסור על נהיגה במכונית פרטית לבין איסור שימוש בתחבורה ציבורית איננו הבדל כמותי אלא איכותי. האיסור מן הסוג הראשון מבוסס על שיקולים תמריציים ואילו האיסור מן הסוג השני מבוסס על סכנה ממשית להדבקה ומיועד להגן על הציבור מפני סכנה זו.

ודוק: הגבלות לצורך מניעת הדבקה מוצדקות רק כאשר הסכנה של היחשפות לנגיף היא לא סבירה. כך למשל במהלך מגיפת הקורונה רופאים ואנשי צוות רפואי אחרים טיפלו בהצלחה יתרה בחולים מבלי שהיו מקרי הדבקה. הם השתמשו במיגון שאפשר להם להמשיך לקיים שיגרת טיפול נורמאלית. כמובן שחיסון יקטין עוד יותר את הסיכון להדבקה. ואולם הניסיון המצטבר מעיד כי הסכנה של הדבקה בטיפול רפואי היא קטנה דייה כדי להתיר לאנשי צוות רפואי להמשיך בשגרת טיפולים מבלי להתחסן. במילים אחרות הסיכון קטן דיו כדי שישווג כסיכון סביר שאיננו מצדיק הרחקת אנשי הצוות הרפואי מעבודתם או סנקציות אחרות בשל סירוב להתחסן.

מהו לפיכך סיכון סביר? התשובה לשאלה זו איננה קלה. עם זאת בתי המשפט מורגלים בבחינת האבחנה בין סיכון סביר ולא סביר. חלק לא מבוטל מדיני הנזיקין מוקדשים לקביעה האם סיכון הוא סביר אם לאו. השאלה בסופו של יום, תלויה בשיקולים אפידימיולוגיים. ברור כי לא כל סכנת הדבקה מצדיקה הטלת הגבלות על הלא מתחשנים. מאידך ברור גם כי ישנו סף של סיכון אשר מעליו יש הצדקה להטלת הגבלות על הלא מתחשנים. בדיני הנזיקין המבחן השליט הוא מבחן הציפיות דהיינו המבחן השואל האם אדם סביר יכול היה לצפות להתממשות הנזק. דומה שמבחן זה יתאים גם בהקשר של איסורים המבוססים על סכנת הדבקה.

⁹ Jeremy Waldron, *The Right to Do Wrong* ETHICS 92(1) (1981): 21-39.

דו"ח המשפטנים שגה כאשר יחס אי מוסריות ללא מתחסנים, שגה כאשר הניח שאי המוסריות רלבנטית לצורך הטלת הגבלות משפטיות וכן שגה כאשר הצדיק במפורש הטלת הגבלות על הלא מתחסנים על בסיס שיקולים תמריציים. דומה שמחברי דו"ח המשפטנים רואים בבני אדם מוקדי סיכון מפיצי מחלות שעל המדינה לרסנם כדי למזער את הסיכון. הרצון למזער את סכנת ההדבקה הוא חשוב וראוי ואולם בסופו של יום החיים בחברה חופשית מחייבים מידה לא מעטה של סובלנות לסיכונים סבירים יום-יומיים, שאחרת תישללנה חירויות יסוד של האדם ותוגבל יתר על המידה האינטראקציה הבין-אישית.

זאת ועוד לכל מגיפה מסוג זה יש גם השלכות ארוכות טווח על האיזון בין חירויות הפרט לטובת הציבור. הניחו לרגע כי החיסון נגד קורונה מכיל בתוכו תמיסה המורכבת מבשר חזיר. האם ניתן לחייב יהודי דתי או צמחוני אדוק להתחסן? או הניחו כי במגיפה הבאה התחסנות לא תושתת אך ורק על זריקה אלא לצורך התחסנות ידרשו המתחסנים לעבור ניתוח או פרוצדורה רפואית סבוכה מסוג זה. האם נגביל את גם אז את זכויות הלא מתחסנים? הניחו כי בעתיד מידע גנטי יאפשר לנו להבחין בין מדביקים ולא מדביקים. האם נהיה רשאים להגביל את זכויותיהם של הלא מתחסנים? כל אלו הן שאלות מורכבות וככל שנרחיק לכת בהטלת הגבלות על הלא מתחסנים, הגבלות אלה ישמשו בעתיד כתקדים להגבלות קיצוניות עוד יותר וישחקו את הרגישות של הציבור לחירויות היסוד.

הסטיגמטיזציה של הלא מתחסנים איננה רק בלתי מוצדקת; היא מסוכנת למאבק נגד הקורונה. כל הטלת ספק באמינות או בבטיחות החיסונים מתפרשת כיום כהתנגדות לחיסון. מתחסנים חוששים לחלוק את הסימפטומים שחוו בעקבות החיסון עם הציבור הרחב. רופאים עלולים להיזהר יתר על המידה ליחס את הסימפטומים הללו לחיסון שמא יחשדו כמתנגדי חיסונים. הלא מתחסנים עלולים לחשוש מלחשוף את הסטטוס שלהם בפני מעבידים, חברים או קרובי משפחה ובכך לסכן עוד יותר את הציבור. האווירה הציבורית האלימה מביאה לפיכך נזק של ממש ועלולה לפגוע באופן ממשי בחקר היעילות והבטיחות של החיסונים.

לבסוף הרשו לי לציין כי **האופן שבו מדינת ישראל מתנהלת גורם לרבים לחשוד באמינות החיסון**. אי גילוי תכנו של החוזה בין פייזר לבין מדינת ישראל, העובדה שהדו"ח של ארגון הבריאות האמריקאי שתורגם לעשרות של שפות כולל בורמזית ואפגנית ועוד שפות רבות שאת שמען לא שמעתי מעולם לא תורגם לעברית. העובדה שבשיחות עם רופאה היא טענה באוזני יש לחצים ואף איומים על רופאים המביעים ספקות ביחס לחיסון לא מעוררים אמון רב. אם רוצים בסופו של יום לעודד אנשים להתחסן, שקיפות היא שם המשחק.

לסכום יש להתנגד נמרצות לסטיגמטיזציה של ההחלטה של להתחסן. יש הצדקה להסדיר את התנהגות הלא מתחסנים רק מקום בו הלא מתחסנים גורמים לסכנה משמעותית ובלתי סבירה להדבקה ולא לצורך ענישה או תמרוץ הלא מתחסנים להתחסן. בצד הזכות של אנשים לשרוד את המגיפה ולהישאר בחיים יש להגן גם במידת האפשר על הזכות שלהם לחיות חיים מלאים ושלמים. אם עקרון זה יתקבל אפשר יהיה להתווכח באלו נסיבות ומתי יש מקום להטיל הגבלות על הלא מתחסנים ומה יהיה אופיים של הגבלות אלה.