

חיסונים, התניות, ונשיאה בעלויות

מאת

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

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, לרגל פתיחה מחודשת של המשק ומוסדות ציבוריים לפעילות, למן חודש פברואר 2021. אנו בוחנים אם הבחנות אלה יכולות להיחשב כופות ובאילו תנאים, אם שימוש בתמריצים שונים לצורך מניעת תחלואה ושיקום הכלכלה מוצדק, ועל מי מוטל הנטל לשאת בעלות ההחלטה שלא להתחסן.

בתמצית, אנו טוענים כי מדיניות חיסונים להתמודדות עם מגפת הקורונה ונזקה 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 לגופים המקצועיים במשרד הבריאות להטיל הגבלות על לא־מתחסנים ואף להטיל חובת חיסון במקרים מתאימים. אין צורך בחקיקה חדשה על מנת לנקוט צעדים כאמור, כפוף 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 נזקה; (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. ככלל אנו טוענים שצעדים המשמרים את יכולת הגישה של הלא־מחוסנים לפעולות חיוניות ואת יכולתם להשתתף בפעילויות ציבוריות מרחוק (למשל בהוראה או בלימוד) או כפוף להוכחת היעדר מסוכנות (באמצעות בדיקת קורונה מהעת האחרונה) צפויים להיות מידתיים.

לבסוף, אנו דוחים את הטענה שהבחנה בין מחוסנים ללא־מחוסנים פוגעת בשוויון. בין שתי הקבוצות קיים שוני רלוונטי וענייני בכל האמור בפתיחת המשק ובנוגע למגוון רחב של פעילויות שהיו סגורות במשך מרבית השנה החולפת בשל המגפה. פתיחת המשק למחוסנים אינה מְרַיֶּעָה את מצב הלא־מחוסנים לעומת המצב הנוכחי, אלא מיטיבה את מצב המחוסנים. אין חסם מובנה המונע מהלא־מחוסנים לשנות את בחירתם ולעבור לקבוצת המחוסנים. מובן שכל מתווה חייב לכלול הסדרים למי שאינם יכולים להתחסן שלא מבחירתם, וראוי שיכלול גם "מנגנון חריגים", שיאפשר החרגה ממגבלות ספציפיות בנסיבות מצומצמות ומוצדקות שקשה לצפותן מראש.

* דוד אנוך, החוג לפילוסופיה והפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. נטע ברק-קורן, מיכל שור-עופרי, עופר מלכאי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. דוד הד, החוג לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים.

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

מבוא

משרדי ממשלה, רשויות מקומיות וגופים ציבוריים שונים שוקלים לאחרונה צעדים שונים על סמך ההבחנה בין מחוסנים ללא-מחוסנים. למשל, הוצע להתנות פתיחה מחודשת של בתי ספר, אוניברסיטאות, מוסדות תרבות ופנאי ועוד בהתחסנות (להלן: התו הירוק). ההצעה היא שמוסדות כאלה – הסגורים כיום לפעילות פיזית רגילה, רובם מאז פרוץ מגפת הקורונה במרץ 2020 – ייפתחו מחדש, אולם בשעריהם יבואו רק מי שחוסנו חיסון 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 פיזית 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 לקבוצות אוכלוסייה ייחודיות אשר נמנעות מהחיסון בהיעדר ברירה, למשל מסיבות רפואיות פרטניות או מכיוון שטרם אושר חיסונם (בני ה-16 ומטה). צעדים דוגמת אלה עוררו תמיכה ניכרת וביקורת לא מבוטלת. מטרתנו היא לבחון את ההצעות מהפך המשפטי והמוסרי, תוך התמקדות בשאלות אם הצעדים המוצעים הם בבחינת כפייה, אם 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 שבבסיס הדיון

דיוננו מניח את ההנחות האלה:

- הצעדים יוחלו רק על קבוצות אוכלוסייה שיכולות להתחסן, כלומר קבוצות שבעניינן יש הסכמה מדעית כי החיסון יעיל, בטוח ומומלץ לשימוש (נתייחס לקבוצות אוכלוסייה אחרות במקומות המתאימים בדיון).
- על פי המידע המצטבר,² החיסון יעיל מאוד במניעת מחלה תסמינית, לרבות תחלואה קשה ומוות.

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

2 ראו "נגיף הקורונה בישראל – תמונת מצב כללית" **משרד הבריאות** tinyurl.com/yxq953xp. כן ראו Noa Dagan et. al., *BNT162b2 mRNA Covid-19 Vaccine in a Nationwide Mass Vaccination*

- מידת ההגנה שהחיסון מספק מפני הסיכוי שהמחוסן ידביק אנשים אחרים אינה ברורה לגמרי, אך לפי ממצאים ראשוניים,³ החיסון מפחית סיכוי זה.
- 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
- מגפת 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 לעיתים קרובות בלא פרופורציה על קבוצות אוכלוסייה מסוימות, כמו ילדים בגילים שונים, נשים, פריפריה חברתית וגאוגרפית או קבוצות מוחלשות.

ב. הגבלת חירות

דמוקרטיה ליברלית מגבילות את חירויות אזרחיהן בשלל תחומים. המשפט הפלילי, גיוס חובה,⁵ חינוך חובה⁶ ועוד – כל אלה דוגמאות של הגבלת חירות, ולעיתים של כפייה ממש. כפיית התחסנות הונהגה מספר פעמים במאה העשרים כאמצעי לעצירה ולמניעה של מגפות הגוברות מחיר כבד המתבטא בחיי אדם ובבריאות הגוף. למשל, בראשית המאה העשרים הוטלה בארצות הברית חובת חיסון שלצידה סנקציית פלילית על תושבי מדינת מסצ'וסטס נוכח התפרצות של מגפת האבעבועות השחורות. עתירה בעניין נדחתה בבית המשפט העליון האמריקני.⁷ בישראל הוטלה בשנת 1952 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 העם (ראו ביתר הרחבה להלן).⁹

השיקולים הקובעים את הגבולות הלגיטימיים של הגבלת החירות על ידי מדינה ליברלית – מדינה הדוגלת בחירויות הפרט – מורכבים. אף שכפייה נתפסת כחשובה

– *Setting*, NEW ENG. J. MED. (Feb. 24, 2021) <https://tinyurl.com/4rycatw7>
אפקטיביות ותופעות לוואי "בלוג מכבי" (15.2.2021) <https://tinyurl.com/yahse2cy>.

3 ראו Ella Petter et. al., *Initial Real World Evidence for Lower Viral Load of Individuals Who Have Been Vaccinated by BNT162b2* (Feb. 7, 2021) <https://tinyurl.com/y8nx49qe>; Matan Levine-Tiefenbrun et al., *Initial Report of Decreased SARS-CoV-2 Viral Load after Inoculation with the BNT162b2 Vaccine*, NAT. MED. (Mar. 29, 2021) <https://tinyurl.com/jsyw9x7z>.

4 בעת פרסום נייר העמדה ב-16 בפברואר 2021, טרם יישום חלקי של מתווה הדרכון הירוק בישראל (רק בחלק מהמוסדות/פעילויות הנדונים במסמך זה), היה שיעור החיסון בחיסון ראשון 43%.

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

6 חוק לימוד חובה, התש"ט-1949.

7 *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

8 ראו כרזת משרד הבריאות בדבר טיפוס המעיים (20.2.1952) <https://tinyurl.com/2pssvj3r>.

9 פקודת בריאות העם, 1940.

והכרחית במישורים רבים, כאמור לעיל, למיטב ידיעתנו אין עומדת על הפרק כיום הצעה לכפייה פיזית של החיסון, וכך ראוי.

הצעדים שעל הפרק שונים אלה מאלה במידת חומרתם ובמידה שבה הם מגבילים את חירותם של הבוחרים שלא להתחסן. הטלת חובת חיסון על קבוצות אוכלוסייה מסוימות, כזו שלצידה סנקציות פליליות, היא הגבלת חירות ניכרת, והיא צעד קרוב, משפטית ומוסרית, לכפייה, ולכן מחייבת ודאי עמידה בתנאי פסקת ההגבלה, שבהם נדון להלן בסעיף ג.

אשר לצעדים אחרים נשמעו טענות כאילו ההתניות המוצעות הן "כפיית חיסון", ומתעוררת השאלה אימתי הבחנות על בסיס התחסנות מגבילות חירות הגבלה חמורה. למשל, מתווה האוסר על אנשים לא-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 בבחינת 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 שתרכות ופנאי חשובים לאנשים רבים, יש חלופות רבות לצריכתם באופן פרטי, והגבלת צריכתם הציבורית אינה מעמידה את הפרט בפני בחירה שאינה מותירה כל ברירה אלא 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.

ג. 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 לכלל 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 וחירותו, וחוק-יסוד: חופש העיסוק קובעים שכלל זכויות האדם בישראל ניתנות להגבלה – אך יש לכך תנאים כמובן. ההגבלה צריכה להיות בחוק או מכוח חוק המקנה סמכות להגביל

זכויות אדם, היא צריכה להיות לתכלית ראויה, הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ומידתית, כלומר מתאימה היטב למטרות הראויות שאותן רוצים להשיג ואינה מופרזת.¹⁰

1. סמכות חוקית

פקודת בריאות העם מעניקה סמכויות נרחבות למשרד הבריאות לחייב את תושבי המדינה בכידוד, בבדיקות ובחיסון וגם להטיל הגבלות אחרות על מנת לשמור על בריאות הציבור. כפי שכבר הוזכר, סעיף 19 לפקודה מעניק למשרד הבריאות את הסמכות להטיל, בשעת מגפה, חובת חיסון ("הרכבת-מגן", בלשון החקיקה) וכל אמצעי אחר שיש בו צורך להגנה על הציבור מפני הדבקה ולצמצום התפשטותן של מחלות מידבקות.¹¹ זוהי הסמכה מפורשת וספציפית. סעיף זה הופעל לאחרונה בהתפרצות מגפת החצבת ביישוב חריש בשנת 2018,¹² אז אסר רופא המחוז על ילדים שהוריהם סירבו להיכנס לגנים כל עוד לא יתחסנו נוכח הסכנה החמורה שהסבו לילדים אחרים שאינם יכולים להתחסן (מדוכאי חיסון) ולנשים הרות.¹³

לצד סעיף 19 הנ"ל, סעיף 20 לפקודה מרחיב וקובע כי על מנת למנוע את התפשטותה של מגפה רשאי מנכ"ל משרד הבריאות לנקוט "כל ענינים או דברים שימצאם רצויים לשם מניעתה או הקלתה של המחלה", לרבות חיסון של "אנשי ציבור", "עולים", "נוסעים" ועוד.¹⁴

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

10 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

11 ס' 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 הרכבה 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".

12 רותם אליזרע "לראשונה: משרד הבריאות אוסר כניסת לא מחוסנים לגן" Ynet – חדשות (25.12.2018) tinyurl.com/y8zvmnjr.

13 הספרייה הלאומית פרסמה תיעוד ממקורותיה הארכיוניים של הפעמים השונות שבהן נשקלה או הוטלה חובת חיסון מכוון הפקודה, אולם איננו יודעים אם מדובר בתיעוד ממצה. ראו עמית נאור "החיסון – חובה! מתי חייבה מדינת ישראל את תושביה להתחסן?" **הספרנים – בלוג הספרייה הלאומית** <https://blog.nli.org.il/choy-mandatory-vaccines> (18.2.2021).

14 ס' 20 לפקודת בריאות העם. סעיף זה הופעל, למשל, על מנת לחייב את מי שהוכרו כ"חשוף להידבקות" באיידס בבדיקות תקופתיות, ראו צו בריאות העם (בדיקות רפואיות ומתן הוראות לעניין תסמונת הכשל החיסוני הנרכש), התשמ"ח–1987.

לצד פקודת בריאות העם, שהיא דבר החקיקה הספציפי העוסק בטיפול במגפות ובסיכונים כלליים לבריאות הציבור, חוק בשנת 1996 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. החוק בא להסדיר זכויות אדם המבקש או מקבל טיפול רפואי מתוך תפיסה שחולים, "מפאת מצבם המיוחד" והפגיע, חשופים לפגיעה בזכויותיהם.¹⁵ חוק זכויות החולה עוסק בעולם תוכן שונה מזה של פקודת בריאות העם. הוא עוסק בטיפול הניתן לחולה פרטי, המותאם לחולי ולמצב האינדיווידואלי, ואילו פקודת בריאות העם, בייחוד בפרק העוסק במגפות, 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 במגפה היא חוק זכויות החולה. לדעתנו מדובר בטעות. חוק זכויות החולה נועד להסדיר טיפול רפואי פרטי ולא בעיה רפואית מערכתית כמגפה. המילה "חיסון" – או מקבילותיה המשפטיות – אינה מוזכרת בו כלל, וממילא אין בחוק זכויות החולה התייחסות כלשהי למדיניות חיסונים.¹⁶ כאשר מגפה מתפשטת ומסכנת את בריאות הציבור כולו – בשונה ממצב רפואי אישי של הפרט – המסגרת המשפטית הרלוונטית היא פקודת בריאות העם, המקנה לגורמים המקצועיים במשרד הבריאות סמכויות מרחיקות לכת במקרי מגפה, כולל הסמכות להטיל מגוון הגבלות, לרבות חובת חיסון.¹⁷ 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 לכפייה פיזית של חיסונים ללא הסכמת המתחסן, וכך ראוי, ולכן אין מתעוררת סוגיה של מתן טיפול רפואי ללא הסכמה. גם פקודת בריאות העם עצמה, המאפשרת הטלת חובת חיסון, אינה מעניקה סמכות לכפיית פעולה פיזית-פולשנית של חיסון ללא הסכמה, אלא קובעת, במקרה של הפרת החובה, סנקציות של קנס או מאסר מקסימלי בן חודש ימים (עונש של מיטב ידיעתנו לא הוטל מעולם בישראל).¹⁸ אולם הגבלות על לא-מתחסנים בכניסה למקומות ציבוריים ואף הטלת חובת חיסון מסוג זה אינן מעמידות את הפרט בפני מצב של כפייה פיזית ואינן שוללות את החופש לבחור שלא לקבל את החיסון – ולשאת בתוצאות ובעלויות ההחלטה (למשל, ויתור על השתתפות פיזית באירועים או קיום בדיקות קורונה תכופות. עוד על נשיאה בעלויות להלן). הסכמה, גם בהקשרים של טיפול רפואי רגיל, אינה חפה לעולם מאילוצים ומסיכונים. יש הקשרים מגוונים שבהם הפרט נדרש לתת הסכמה לבדיקה או לטיפול רפואי או פיזי כתנאי להשתתפות בפעילות, למשל בדיקות רפואיות לצורכי עבודה, בדיקת עיניים לצורך הוצאת רישיון נהיגה או חובת הרכבת עזרי ראייה או שמיעה בזמן נהיגה. בכל המקרים הללו

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

16 אין בכך כדי לשלול את הצורך לקבל את הסכמתו של אדם לפני הזרקת חיסון לגופו. ראו עוד להלן בהמשך מאמר זה.

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

18 בנסיבות מושא מסמך זה מאסר בשל סרבנות חיסון, ולו קצר, יהיה עונש לא מידתי, בייחוד בשל קיום מגוון כה גדול של חלופות, כמו ההגבלות מהסוג הנדון כאן.

בדיקות וטיפולים אינם ניתנים בכפייה, אך להימנעות מהם יהיו השלכות על היכולת לעסוק בפעילות.¹⁹

אם כן, סמכות בחוק למשרד הבריאות לחייב בחיסון ולהטיל מגבלות על לא-מחוסנים – יש.²⁰ שאלה נפרדת היא אם 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 טל²¹ ובעניין מתקן חולות²²), אגב גילוי רגישות למקומן של זכויות אדם במערך החברתי הכולל. השיקולים הנורמטיביים העיקריים שבבסיס התניית פעילות בהתחסנות הם אלה: צמצום הסכנה הבריאותית, שיקום הכלכלה וחיי השגרה, השתת עלויות ההחלטה שלא להתחסן על מקבליה ומתן תמריצים להתחסנות.

(א) הקטנת הסכנה הבריאותית

מגפת 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 המיידי הטמון במגפה ברור. דפוס ההתפשטות של המגפה גורם לסיכון הזה לגדול באופן מכפילי ("אקספוננציאלי").²³ נוסף על הסכנה הישירה לחולים, המגפה יוצרת גם נזקים בריאותיים משניים: העומס הרב על בתי החולים מוביל לירידה באיכות הטיפול הניתן לחולים "שגרתיים", היכולה אף היא לעלות בחיי אדם; אנשים חוששים להגיע לבתי החולים ולהידבק בנגיף, ולכן נמנעים מאבחון ומטיפול גם כאשר הוא חיוני לבריאותם, וכל אלה לצד ההשלכות הנרחבות של ריחוק חברתי והגבלת פעילות על בריאות הגוף והנפש.

19 ראו בהקשר קרוב, את בג"ץ 826/89 ההסתדרות הרפואית של העובדים בארץ ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מג(4) 745 (1989), אשר בו נדונה השאלה אם מעסיק יכול לחייב עובד בבדיקה רפואית כאשר הוא סבור כי תפקודו של העובד נפגע 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, כשהדבר נובע מן המסקנה בדבר המשך התאמת העובד לעבודתו. ראו גם שם, בעמ' 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").

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

21 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 50–53 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

22 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717, פס' 83 לפסק דינה של השופטת ארבל (2013).

23 ראו Ofer Malcai & Michal Shur-Ofry, *Using Complexity to Calibrate Legal Response to COVID-19*, 26 FRONT. PHYS. (April 2021) available at <https://bit.ly/3z8KZAG>.

עד לאחרונה הייתה דרך ההתמודדות העיקרית עם המגפה כפיית רמות שונות של ריחוק חברתי, מהגבלות תפוסה ואיסורי התקהלות ועד לסגר מלא. בישראל הגבלות אלה היו יעילות חלקית, מסיבות שונות. החיסון הוא דרך נוספת להתמודדות עם המגפה. על פי הראיות שהצטברו עד כה, זוהי דרך אפקטיבית מאוד. התניית פעילויות המערבות התקהלות של אנשים רבים יחדיו בחיסונים (או בתנאים קרובים) נועדה בראש ובראשונה לצמצם את הסכנות הבריאותיות שבמגפה. זהו צורך חברתי דוחק ולוחץ והוא בוודאי תכלית ראויה. לצד זאת נשמעת הטענה כי הלא-מחוסנים אינם מסכנים מחוסנים אלא את עצמם 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 גדולה גם בקרב מי שלא היה יכול לבחור להתחסן; שנית, הגם שהחיסון נמצא עד כה יעיל ביותר, הגנתו אינה הרמטית. שיעור קטן ממי שהתחסן חיסון מלא עדיין עלול להידבק ולחלות קשה, והסיכוי לכך עולה ככל שהתחלואה נרחבת יותר; שלישית, גם בתרחיש שבו התחלואה תתרכז בעיקר בקרב הקבוצה שבחרה שלא להתחסן, תשפיע תחלואה נרחבת בקבוצה זו קשות 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 המגפה, החלטה של אדם אחד לא להתחסן אינה חסרת משמעות מבחינת הסיכון שהוא מסב לאחרים. יש עדויות רבות לכך שהתפשטות הקורונה מושפעת מאוד מאירועי superspreading ("הפצת-על")²⁴ שבהם מספר קטן של אנשים מדביק מספר גדול במיוחד של אנשים. לפי אחת ההערכות, 10% מהנדבקים בקורונה אחראים ל-80% מההדבקות.²⁵ כל עוד לא הושגה "חסינות עדר", גם אדם מדבק אחד עלול לגרום להפצה נרחבת. אירועי "הפצת-על" במהלך המגפה תועדו כאשר מספר גדול של אנשים התקבצו יחד, בייחוד במקומות סגורים.²⁶ אירועים כאלה יכולים להתרחש גם כשאדם מדבק אחד נפגש עם אנשים רבים במקומות שונים בזמן קצר יחסית, למשל בעיסוק בעבודה שכוללת מגע עם מספר גדול של אנשים יחידים לאורך זמן.²⁷ נוכח האינדיקציות הראשוניות שלפיהן ההתחסנות מפחיתה גם את הסיכוי להדבקת אחרים, יש אפוא הצדקה ספציפית, מבחינה בריאותית, בהגבלת הלא-מתחסנים מפעילויות שכרוך בהן מספר רב של מגעים חברתיים.

24 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>.

25 Dyani Lewis, *Superspreading Drives the COVID Pandemic – And could Help to Tame It*, 590 NATURE 544 (2021) available at <https://tinyurl.com/jztjxc9b>.

26 Dillon C. Adam et al., *Clustering and Superspreading Potential of SARS-CoV-2 Infections in Hong Kong*, 26 NAT. MED. 1714, 1714–1719 (2020) available at <https://tinyurl.com/yjd73vwb>.

27 ראו Malcai & Shur-Ofry, לעיל ה"ש 23, בעמ' 8.

מתבקש להשוות את הצעדים המוצעים להגבלת הלא-מתחסנים לצעדים שהושתו על מעשנים במרחב הציבורי. עישון טבק לא הוצא אל מחוץ לחוק, ואיש אינו אוסר על אדם לעשן בד' אמותיו. אולם מעשנים מנועים מלעשן ליד אדם אחר בציבור, אפילו בתחנת אוטובוס באוויר הפתוח, בשל הנזק שהעישון מסב למי שנמצא בקרבתו. קל וחומר שניתן לאסור התנהגויות במרחב הציבורי שהסיכון הנשקף מהן, בשונה מעישון, אינו ניתן לזיהוי בקלות (את הסיגריה רואים, את היעדר החיסון לא), ואינו מוגבל רק לאנשים מעטים הסמוכים לאדם, אלא עלול להשתכפל בשרשרות הדבקה ולהוביל לאירוע רב-נפגעים.²⁸ לסיכום, חלק גדול מהצעדים המוצעים הוא בעניין הגבלת מספר המגיעים החברתיים של אנשים לא-מחוסנים. בנסיבות הנוכחיות, שבהן שיעור הלא-מחוסנים עודנו גדול מאוד ויוצר סיכון להתפרצויות ולעליית התחלואה, צעדים אלה חיוניים להקטנת הסיכון הבריאותי. ניתוח זה נכון לשעתו, קרי לנתונים הנוכחיים על תוצאות הנגיף, על יעילות החיסון ועל שיעור המתחסנים. עוצמת השיקול הבריאותי עשויה לפחות ככל שמספר המתחסנים יגדל במידה ניכרת ויתקרב לשלב חסינות עדר הנחוצה להשגת שליטה מלאה במגפה. 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 מגפות – כלכלית, נפשית, חינוכית, תרבותית ועוד. המגבלות שהוטלו בעקבות המגפה הביאו לסגירת עסקים רבים, לאובדן מקומות עבודה רבים, ליצירת דור חדש של מובטלים ולחששות לנשירה סמויה בקנה מידה נרחב מבתי הספר. נוסף על זה, הסבל מפגיעות אלה אינו מתחלק חלוקה שוויונית. קבוצות אוכלוסייה מוחלשות ופגיעות סובלות יותר.²⁹ אימוצו של החיסון בקרב 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 – בייחוד 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.

28 יוער כי ניתוח זה נכון בקווים כלליים גם לפעילויות נוספות המסיבות תועלת לפרט (עישון כמובן מסב נזק גם למעשן) אך מטילות עלויות שליליות על החברה, למשל נהיגה ברכב. משום כך המדינה מחייבת נהגים ברישיון נהיגה, שניתן להוציאו רק בגיל מסוים, ורק בהיעדר מגבלות בריאותיות שקיומן יכול לסכן את יתר המשתמשים בכביש. הוצאת רישיון היא כשלעצמה עניין יקר שהמעוניין לנהוג נושא בעלויותיו, 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 חשובות (בניגוד לעישון או הימנעות מחיסון), והעלויות הכרוכות בה אינן משתכפלות בשרשרות מעריכיות, ולכן ההקבלה בין פעילויות וסיכונים שונים אינה מלאה.

29 ראו למשל Jenesse Miller, *COVID-19 has Hit Women Hard, Especially Working Mothers*, USC NEWS (JUNE 18, 2020) <https://tinyurl.com/y7uxyq4g>. כן ראו שחר אילן "שירות התעסוקה: 70% מהמובטלים החוזרים בסגר השני – נשים" **כלכליסט** (24.9.2020) tinyurl.com/ybum3hxy.

פתיחת פעילויות למתחסנים היא אפוא תכלית ראויה, מכיוון שהיא מסייעת לשקם את הכלכלה, למזער את הנזקים הכבדים הנובעים מהמגפה ולהשיב את החיים למסלולם ולחלקית.

(ג) על מי לשאת בעלות ההחלטה שלא להתחסן?

על מדינה ליברלית לכבד בדרך כלל את החלטות תושביה גם אם אלה החלטות שגויות (כמו ההחלטה, אצל רוב גדול של האנשים, שלא להתחסן), ולעיתים גם אם הן אינן אידיאליות מוסרית (כמו ההחלטה, אצל רוב גדול של האנשים, שלא להתחסן). אבל ראשית, החובה הליברלית הזאת אינה חלה על כל החלטה שגויה ופסולה – בעיקר לא כשהחלטות של אחד גורמות לנזק ניכר לאחרים, כמו במקרה זה. אבל בעיקר יש צורך להבחין בין הימנעות המדינה (בין מחובה ובין מבחירה) מקיעוקע החלטות כאלה לבין הצורך להכריע מי יישא **בעלויות ההחלטה של הפרט הלא מתחסן.**

להחלטה שלא להתחסן יש עלויות חברתיות גבוהות ביותר: בפגיעה בריאותית (גם) באחרים, בשל קבוצות האוכלוסייה שאינן יכולות להתחסן ובשל ממצאים ראשוניים שמראים שהחיסון מפחית את הסיכון כי המחוסן ידביק אנשים אחרים; בפגיעה מערכתית (עומס על מערכת הבריאות המיתרגם לפגיעה בחולים אחרים שאינם חולי קורונה; משבר כלכלי); בפגיעה בכל אורחות החיים. הבחירה שלא להתחסן, של רוב גדול באוכלוסייה, 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.³⁰

העלויות שבהן מדובר אינן ערטילאיות. הקורונה היא תופעה קולקטיבית, השואבת את כוחה ההרסני מאינטראקציות בין פרטים. החלטות שהתרגלו לחשוב עליהן כמצויות בד' אמות הפרט מתבררות כהרות גורל לאחרים. **כאשר האדם שהחליט לא להתחסן מחליט גם לבוא במגע עם אחרים, ההחלטה שלא להתחסן אינה רק החלטה אישית ופרטית.** היא יכולה

³⁰ בהקשר זה הועלתה הטענה כי בעניינם של חלק מהמסורבים להתחסן יש להבין את סירובם לא רק כהעדפה שגויה או בחירה לא רציונלית שמבוססת על טענות עובדתיות שניתנות להפרכה, אלא כמי שהחיסון מנוגד לערכי העומק שלהם, כמי שמבקשים לחסות – בהחלטתם שלא להתחסן – בהגנה המוסרית ואולי אף החוקתית לחופש השקפה, אולי אף לחופש מצפון (איננו יודעים עד כמה תופעה זו נרחבת, אבל אנו מטילים ספק בהיותה נרחבת במיוחד). גם מהטעם הזה לא ראוי לכפות חיסונים באופן פיזי ממש. אלא שגם בהקשרים שבהם המדינה מכירה, ולו חלקית, בזכות לחופש מצפון, אין היא פוטר את החוסים בצילה מכל עלות של החלטתם. בספרות על סירוב מצפוני מודגשת לעיתים מוכנותו של הסרבן לשאת בעלויות החלטתו – אפילו בעונש פלילי – כתנאי להצדקת הסירוב, או לפחות כראיה הנדרשת לרצינות המחויבות שעליה הוא נשען. מי שמבקש לסרב להתחסן ולחסות בהגנה של חופש המצפון, אבל אינו מוכן לשלם את המחיר של בדיקות קורונה תכופות כתחליף להוכחת היעדר 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 באוניברסיטה העברית** (18.2.2021) tinyurl.com/5b77da8m) לעניין טעמיהם של המסורבים להתחסן.

לפגוע ישירות באנשים אחרים ומסוימים העלולים לחלות ואף למות מקורונה. זאת ועוד, בניגוד ל"סרבני המסכות", שמותירים לזולתם את האפשרות להיזהר מפניהם, את הלא מתחסנים לא ניתן לזהות ברחוב, במסעדה או בשיעור באוניברסיטה (וחלקם אף עומד בתוקף על כך שזה עניינם הפרטי ואין בכוונתם לגלות מידע זה לאחרים). לכן הסרת הגבלות מהלא-מחוסנים חושפת את יתר בני החברה לעלויות גבוהות במיוחד, שכן הם אינם יכולים לנקוט צעדי הגנה מספקים בעצמם.

חלק מסרבני החיסון טוענים כי ההשלכות ארוכות הטווח של החיסון אינן ידועות (או אפילו מוטערות 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 הזאת הן המחקרים הן נתוני האמת), אזי אפילו בהנחה (אשר למיטב ידיעתנו אין לה כל אישוש מדעי) שהסיכונים לטווח ארוך גדולים 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, בלויית 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 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 שישא בהן היא אפוא תכלית ראויה.³¹

31 מובן, בעולם האמיתי החלטות ועלויות אינן מגיעות בארזות מובחנות. העלויות שאנחנו מייחסים בטקסט להחלטה שלא להתחסן נגרמות, לצד החלטה זו, מגורמים רבים נוספים (ובכללן החלטות המדינה). אבל בכך אין כדי לשנות את האמור מעלה: השאלה מי ראוי שישא בעלויות של ההחלטה שלא להתחסן (ייתכן שלצד גורמים נוספים) היא שאלה נורמטיבית, וככזו היא רגישה למעמד הנורמטיבי של ההחלטה הזאת מלכתחילה. מי שבחר שלא להתחסן (מבלי שקיימת מבחינתו מניעה רפואית לעשות כן) בוחר בחירה שגויה רציונלית 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 ראוי שישא בעלויות שהחלטתו מוסיפה. בתגובתו של פרופ' אלון הראל למסמך המקורי שלנו (לעיל ה"ש 30), העלה הראל ביקורת ברוח זו, בהלבישו אותה בלבוש מבית מדרשו של Coase. לפי הראל (אליבא ד-Coase), יש סימטריה בין הטלת העלויות על הבוחרים שלא להתחסן (אם תתקבל עמדתנו) לבין הטלת העלויות על השאר (אם היא תידחה): שני הצדדים משתים עלויות זה על זה, ולכן לשיטתו, עצם ניסוח השאלה במונחי הטלת עלויות אינו מעלה ואינו מוריד. התנגדות זו שגויה מהטעמים האלה: ראשית, הסימטריה הקוויאנית היא סימטריה פורמלית בלבד. מקום שבו יש הבחנה נורמטיבית – כשהחלטתו של צד אחד באינטראקציה הרלוונטית נדרשת מוסרית, והחלטתו של האחר פסולה – הסימטריה הפורמלית אינה מייצרת סימטריה מהותית; שנית, ולמעלה מן הצורך: אם נלך עם הראל בדרכו הקוויאנית, יהיה ראוי להמשיך בה עוד: שהרי גם קו טען שמקום שם לא ניתן להגיע להסכמה וולונטרית בין הצדדים (שתקצה את העלויות ביניהם), בגין בעיות מידע או בגין בעיות אחרות שמתעוררות במיוחד בהקשרים של אינטראקציה המונית, על המדינה להתערב ולהשית את העלויות

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

בדומה לזה, אם השבתת חלקים נרחבים במשק משליכה על פרנסתם של רבים או מטילה נטל כבד של סיוע למובטלים על הקופה הציבורית, ואם שיעור האי-התחסנות מעכב במידה ניכרת את חזרת המשק לשגרה, הרי ששלילת ההבחנה בין המתחסנים למסרבים להתחסן משמעה שהעלויות של החלטות סרבני החיסון מושטות 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. למשל, 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 ובעלת השלכות נרחבות על בית העסק, על עובדיו ועל יתר הלקוחות בו. נחזור לכך בהמשך כשנעסוק בטענת הפגיעה בשוויון.

(ד) מתן תמריצים להתחסנות

צעדים המבחינים בין מחוסנים ללא-מחוסנים מהווים תמריץ עקיף ללא-מחוסנים להתחסן, על מנת להחזיר גם את חייהם שלהם למסלולם. האם מדובר בתכלית לגיטימית? ככלל, תמריצים נחשבים כלי רך יותר ולגיטימי יותר מכפייה. למשל, הגם שתזונה בריאה מקילה על מערכת הבריאות, אין המדינה יכולה לאסור על הפרט טיגון עמוק ולכפות אכילת ברוקולי. אבל היא יכולה למסות שמן לטיגון מיסוי אגרסיבי ממיסוי ברוקולי. גם כאן ניתן לבחון שוב את הסדרת העישון. המדינה נמנעת מלאסור על הפרט לעשן בד' 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.

באופן שיצמצם את סך הנזק לא רק לצדדים עצמם אלא לחברה כולה. בהתחשב בעילותו, בבטיחותו ובזמינותו של החיסון, הנזקים המערכתיים הכבדים שעלולים להיגרם אם עלויות ההחלטה שלא להתחסן יושתו על החברה כולה, וכן בהתחשב בפערי המידע (כשלא מתחסנים מסרבים לעיתים קרובות אפילו להצהיר על כך, ולפיכך אינם מאפשרים הגעה להסכמה עם המחוסנים) ובהמוניותה של האינטראקציה, גם ניתוח קוויאני ארוך מצדיק את מסקנותינו בטקסט.

כאשר מגפה 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 את חובתה של המדינה להגן על חייהם ועל בריאותם של אזרחיה. שכן המתחסן לא רק מפחית את נזקיו הוא, אלא מפחית גם את הנזקים המערכתיים (לעיל). בנוסף, לפי מחקרים ראשוניים, המתחסן מפחית גם את הסיכון שידביק אחרים ומקדם את המערכת אל עבר השלב הנכסף של "מעבר פאזה", אשר בו המגפה תדעך.

יש תמריצים רבים שניתן לגבש על מנת לעודד אנשים להתחסן – חיוביים (למשל חלוקת חמין (טשולנט) לשבת, כפי שעשתה עיריית בני ברק, או מימון החיסונים מהקופה הציבורית, כנעשה עד היום) או שליליים (למשל, השתת עלות הבדיקות על מי שלא מתחסן). תמריץ שלילי להתחסנות נדון בשנת 2013 בעניין **עדאלה**,³² שם נדחתה הטענה כי הפחתת קצבאות ילדים על בסיס התחסנות אינה חוקתית. עם זאת מובן 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.³³ קל וחומר אם כתחליף להתחסנות ניתן להציג בדיקת קורונה שלילית עדכנית. לעומת זאת פיתורים של מי שלא התחסן הוא תמריץ כבד. ככלל, **אם מתווה התמריצים יאפשר למתחסנים הקלות מהגבלות החירום הנוכחיות** – למשל אפשרות לחזור לקמפוס, למקום העבודה או לבית הספר – מבלי לפגוע באפשרות של מי שאינו מחוסן להמשיך ולהשתתף בפעילויות אלה מרחוק (כפי שהיה בשנה האחרונה), יהיה אפשר 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, אשר שימוש בו דורש הצדקות כבדות יותר. אין פירוש הדבר שלא ניתן להצדיק הגבלות מעין אלה בנסיבות מסוימות, אלא שיש צורך להראות שהן אכן מחויבות.

אם כן, יש כמה וכמה מטרות חברתיות דוחקות בבסיס התניית פעילות בהתחסנות. ככלל, 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 להחצינן על אחרים, והן מעדיפות תמריצים על פני כפייה.

32 בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פ"ד סו(2) 442 (2013).

33 בנקודה זו יש להבחין בין הזכות לשוויון בהספקת 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) עשויה להיסגר מבלי שתהיה בכך פגיעה בזכות אדם, שכן אין זכות אדם למסעדות, ולפיכך אין זכות קנויה לשבת בהן. משעה שקיימות מסעדות הפותחות שעריהן לציבור, אנשים זכאים לא להיות מופלים מסיבה לא רלוונטית בכניסה אליהן. אולם התחסנות, בעת הזו, היא שוני רלוונטי, כמובהר בהמשך.

3. מידתיות

גם אם תכלית ההגבלות ראויה, עליהן להיות מידתיות – מתאימות בדיוק למטרות שלשמן נועדו ולא מופרזות. ניתוח המידתיות תלוי בפרטים עובדתיים רבים, כולל ההערכות האפידמיולוגיות באשר לנחיצות עידוד ההתחסנות בשלב הנוכחי של המגפה, 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 ממש בהגשמתה.

כפוף לשיקולים אפידמיולוגיים מתעדכנים, בתמונת המצב הנוכחית³⁴ – שבה ישראל עדיין רחוקה מחסינות עדר, כפי שצוין – נראה שהצעדים המתוכננים צולחים את מבחן הקשר הרציונלי ללא קושי. עם זאת אפשר שתתעורר השאלה של "תחולת חסר": כאשר אמצעי "מחורר" במידה המגבילה קבוצות אוכלוסייה מסוימות אך מאפשר לקבוצות אחרות, המסכות סיכון דומה, להתחמק מהגבלותיו, הוא אינו מקיים קשר רציונלי להגשמת התכלית. בהקשר הנוכחי אין "תחולת חסר", שכן אוכלוסיית מנועי החיסון מסיבות רפואיות זניחה בממדיה – מדובר במתי מעט. באשר לילדים, עד שלא יוכח שהחיסון בטוח ויעיל לשימוש בילדים, שאלת תחולת החסר בעניינם אינה מתעוררת כלל.

שנית נדרש שהאמצעי הנבחר יהיה זה שפגיעתו בחירויות הפרטים הלא-מחוסנים תהיה הפחותה מבין אלה של כלל האמצעים. כאן יש לבחון את החלופות ללא-מחוסנים. השיקולים שציינו לאורך המסמך, ובכלל זאת חיוניות הפעילויות המוגבלות והחלופות הקיימות להן (למשל משלוחים עד הבית בהקשרים מסחריים או השתתפות מקוונת בהקשרים של לימודים ועבודה, בפני עצמן או בלויית מנגנון המאפשר הצגה של בדיקה שלילית עדכנית חלף התחסנות) חשובים לצורך הכרעה במבחן זה.³⁵ נוסף על זה, 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.

34 נכון למועד כתיבת מסמך זה, כאמור בה"ש 1 לעיל.

35 תשובה על השאלה אם האפשרות להציג בדיקת קורונה שלילית עדכנית צריכה להיות תנאי לצליחת מבחן המידתיות, עשויה להשתנות מהקשר להקשר ותלויה במשתנים רבים, למשל: כושר הקיבול של מערך בדיקות הקורונה הקיים, מידת התחליפות או הקרבה שבין תוצאת בדיקה שלילית לבין חיסון מבחינת הסיכון האפידמיולוגי, מידת הרגישות של האוכלוסייה הספציפית שעומה בא האדם במגע, ישימות הפתרון ועוד, ולכן איננו מציעים לשאלה זו תשובה גורפת. גם בהקשר זה אנשי המקצוע במערכת הבריאות הם שצריכים להפעיל את שיקול הדעת.

שלישית, כל ניתוח של מידתיות הפגיעה בזכויות הפרט מביא בחשבון הן את צד העלות הן את צד התועלת. על פני הדברים נראה שהתועלת הצפויה מפתחת המשק, גם אם חלקית, היא 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 דחיינות, מצוקת זמן וכדומה) נמנע מלעשות כן ללא התמרוץ. הנזק שנגרם ללא-מחוסנים מהגבלת פעילותם אינו תוצאה של פתיחת המשק למחוסנים אלא של ההתמודדות הבסיסית עם המגפה, 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 מסיבה פגיעה ייחודית ללא-מחוסנים, ניתן למנוע את עצם קיומה של הפגיעה, את טיבה ואת חומרתה באמצעות בחירת הצעדים הנכונים לצמצום הפגיעה. יש צורות רבות ומגוונות שלפיהן ניתן לעצב את הצעדים, כפי שהודגם לאורך המסמך, כדי שיצולחו ללא קושי את בחינת המידתיות.

ד. פגיעה בשוויון?

כפי שעולה מהדיון על כל חלקיו, יש שוני רלוונטי בין לא-מחוסנים למחוסנים בעת הזו, ולכן אין פגיעה בשוויון. הלא-מחוסנים הם מקור סכנה לאחרים ולהתפרצות נרחבת של הנגיף, ומכאן גם לנזקים מערכתיים ניכרים למערכת הבריאות ולמשק. השתת עלויות ההחלטה לא להתחסן על מי שקיבל אותה אינה פוגעת בשוויון אלא מגלמת 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 אלון³⁶) על בסיס סיכון ייחודי וגבוה להתפשטות המגפה. ההבחנה בין מחוסנים ללא-מחוסנים ממוקדת יותר ואינדיבידואלית יותר, ובכך פוגעת פחות בזכויות.

זאת ועוד, פתיחת המשק אינה מריעה את מצב הלא-מחוסנים ביחס 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 שהסדרים הרלוונטיים מחריגים את מי שאינו יכול להתחסן גם לו היה רוצה בכך, כלומר ילדים, מחלימים ומי שמסיבות רפואיות אישיות אינו יכול להתחסן.

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

36 ראו בג"ץ 2435/20 לוונטהל נ' ראש הממשלה (נבו 7.4.2020); בג"ץ 2491/20 המנהל הקהילתי רמות אלון נ' ממשלת ישראל (נבו 14.4.2020).

ה. סיכום

הקורונה היא תופעה קולקטיבית. הצורך להגיב לתופעה זו באמצעות צעדים שיגבילו מגעים חברתיים של לא־מחוסנים נובע במקרה הזה מתוך הפרספקטיבה ההומניסטית האינדיווידואליסטית עצמה.³⁷ מובן שהצורך להשתלט על מגפת הקורונה ועל השלכותיה העקיפות אינו מצדיק כל צעד או כל הגבלה. אבל מקום שם חיסון יעיל ובטוח זמין, ויש הבוחרים – במספרים גדולים – 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 – ביחס למגבלות בשל רמת 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 במגפה.

37 ראו דברי בית המשפט האמריקני בעניין חובת התחסנות בעניין *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 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".