

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 הביאו לסטיגמטיזציה של הלא מתחסנים הנתפסים כבורים, אויבי המדע המודרני או כפרזיטים מפיצי מחלות. הדוח של קבוצת משפטנים מן האוניברסיטה העברית בירושלים שפורסם על דפי "משפטים על אתר" הציג כמה וכמה טעמים המצדיקים לטעמם של המחברים הטלת הגבלות על הלא מתחסנים.¹ אני סבור כי הניתוח המוצע בדוח זה מרחיב יתר על המידה את סמכויות המדינה ומגביל יתר על המידה את חירויות הפרט. הייתי אף מרחיק לכת ואומר כי מבלי משים הדוח מכיל בתוכו פוטנציאל טוטליטרי המאיים איום ממשי על חירויות הפרט, ואימוץ מסקנותיו יהווה תקדים מסוכן בעל פוטנציאל הרסני לחירויות הפרט. לפיכך אני מציע במאמר זה הסדרה מתונה מזו המוצעת בדוח 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 היקפן של הגבלות אלה.

לצורך בחינת השאלה הזו אציג כאן שלוש הנחות עיקריות: ההנחה הראשונה היא כי ברגיל, להוציא מקרים קיצוניים, לאדם זכות לשלוט בגופו ולהחליט אילו חומרים יוחדרו לגופו. יש לנו אינטרס עליון לבחור את האוכל שאנו אוכלים ואת החומרים המוכנסים לגופינו. ראוי שנכבד מאוד את זכותו 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 רשאים להתנגד גם לעירויי דם שיצילו את חייהם ואולי אפילו את חיי ילדיהם.² במדינת ישראל באה לידי ביטוי משפטי חשיבות הערך של שליטה על הגוף בבג"ץ קטלן, אשר אסר על שירות בתי הסוהר לבצע חוקן לאסירים על מנת לגלות סמים.³

* פרופ' אלון הראל, הקתדרה על שם מיזוק, האוניברסיטה העברית בירושלים; מרכז פדרמן לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ראו דוד אנוך ואח' "חיסונים, התניות, ונשיאה בעלויות" **משפטים על אתר** יז 1 (2021).

2 לעניין זה ראו את ספרו של איאן מקיואן **טובת הילד** (מיכל אלפון מתרגמת, 2015).

3 בג"ץ 355/79 קטלן נ' **שירות בתי הסוהר**, פ"ד לד(3) 294 (1980). המקרה היחיד המוכר לי שבו התיר בית המשפט חדירה אל גופו של אדם הוא בבג"ץ 5304/15 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל**

ההנחה השנייה היא כי יש לאדם זכות בעלת משקל רב לנהל חיי יום-יום נורמליים. הליכה למסעדה, כניסה לתיאטרון או לקולנוע הן לא פריבילגיות אלא זכויות יסוד. לזכות זו יש עיגון הן בתורת המוסר והן במשפט. זכות זאת נגזרת מעקרון היסוד של החירות שלפיו כל הגבלה על החירות מחייבת הצדקה גם אם מדובר בהגבלה פעוטה. עמדה זו נגזרת ספציפית מן ההכרה בחשיבותה של החירות השלילית: חירותו של אדם לפעול כרצונו ללא התערבות של אחרים.⁴

עיקרון זה איננו רק עיקרון פילוסופי. הוא מצא ביטוי גם בשיטת המשפט הישראלית. 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 נורמליים, הכוללים גם הגנה על חירויות פעוטות ערך, מצא ביטוי גם במשפט ההשוואתי. בית המשפט החוקתי הגרמני חזר ואישר זכות זו בכמה וכמה 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

לדוגמה, בית המשפט הגרמני הגן על הזכות להאכיל יונים אף שהיא איננה נתפסת בשום שיטה משפטית כזכות יסוד, פשוט משום שהיא חלק מן החירות הכללית של אדם לנהוג כרצונו. העובדה שברגיל איננו מדברים 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 עליהן.⁷ היעדרה של הגנה מפורשת איננה אפוא אינדיקציה להיעדר חשיבותן.

(נבו 11.9.2016), שם סירב בית המשפט העליון 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, ראו חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48), התשע"ה–2015 (חוק זה אף קובע כי כל היתר מסוג זה מחייב אישור של נשיא בית המשפט המחוזי או של סגנו). מקרה אחר הוא כמובן אשפוז בכפייה של חולי נפש על בסיס חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א–1991. אלא שבמקרה זה אין פגיעה באוטונומיה של המטופל, משום שהטיפול מניח שאי-ההסכמה לטיפול איננה אוטונומית.

4 לבחינת חשיבותן של זכויות שליליות, ראו HILLEL STEINER, AN ESSAY ON RIGHTS (1994).
5 ע"א 541/63 רכס נ' הרצברג, פ"ד יח(2) 120 (1964); ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (נבו 16.10.2006).

6 ראו Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] June 6, 1989, 80 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] 137 (Ger.).

7 ראו למשל ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 21–23 (2nd ed. 1982). כך ראו Alon Harel, *Freedom of Speech*, in ANDREI MARMOR, THE ROUTLEDGE COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW 599, 609 (2012).

דוח המשפטים דוחה את ההנחה הזו במפורש וקובע כי "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"⁸. אני חולק נחרצות על קביעה זו. הן כטענה מוסרית והן כטענה משפטית יש לאדם זכות לנהל חיים נורמליים, וזכות זו חייבת להיות מוגנת, וכפי שהראיתי לעיל יש הכרה בזכות זו הן במשפט הישראלי והן במשפט ההשוואתי. למותר לציין שזכות זו איננה מוחלטת. לעיתים היא מתנגשת עם אינטרסים חברתיים חשובים, והיא נהרפת מפני שיקולים מתנגשים, כולל במקרים שבהם האדם הוא בבחינת 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, יש להבחין (הן מבחינה משפטית והן מבחינה מוסרית) בין סיכונים סבירים ללא 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 בנזיקין. הטעם לכך הוא, שאותם סיכונים טבעיים ורגילים הם לפעילות האנוש המקובלת, ובגינם נקבע, כעניין של מדיניות משפטית, כי חובת זהירות קונקרטיית אינה מתגבשת. סיכונים אלה סבירים הם, וחיי חברה מתוקנים לוקחים את קיומם בחשבון.⁹

לפיכך השאלה איננה אם 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 ההבחנה בין סיכונים סבירים ללא סבירים חשובה. העובדה שהלא מתחסנים מטילים סיכון על אחרים אינה הופכת אותם אוטומטית ל-free riders הראויים לגינוי כשם שהעובדה שחלק מהאנשים נוהגים יותר מאחרים (ועל כן מטילים סיכון מוגבר על אחרים) אינה הופכת אותם ל-free riders הראויים לגינוי. השאלה היא תמיד אם הסיכון המוגבר הוא סביר או שאיננו סביר. כשם שאין להתיר לאנשים להטיל סיכון לא 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 שהסירוב להתחסן הוא לא מוסרי, ולפיכך יש הצדקה לענוש את הלא מתחסנים או לכל הפחות להגביל את חירותם. כבר ההנחה הראשונה שלאדם זכות לשלוט על גופו מחזקת את העמדה שאין הצדקה לענוש את הלא מתחסנים בגין החלטתם שלא להתחסן. אם לאדם זכות לשלוט על גופו, אין לענוש אותו כאשר הוא

8 אנוך ואח', לעיל ה"ש 1, בעמ' 13.

9 ראו ע"א 145/80 **ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש**, פ"ד לז(1) 113, פס' 8 (1982).

משתמש בזכותו זו. יש כמובן נסיבות שבהן זכות זו נהדפת מפני שיקולים מתנגשים, אך ההנחה הראשונה (הזכות לשליטה על הגוף) מנביעה את המסקנה שצריך 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 דוח המשפטנים קורא לענישת הלא מתחסנים. עם זאת יש בדוח זה אינדיקציות ליחס השלילי של המחברים ללא מתחסנים ולעמדה שאותה אכנה קוואזי-ענישתית. כך למשל הלא מתחסנים מתוארים כ- free riders וכן נאמר כי הסירוב להתחסן הוא "[...] פגיעה באחרים, שמוציאה את החלטות הפרט אל מחוץ למרחב האוטונומיה המוגן [...]"¹⁰. הניחות המוסרני של הדוח מקל על הכותבים להגיע למסקנות רדיקליות בנוגע להיקף ההגבלות על הלא מתחסנים. אם הלא מתחסנים הם לא מוסריים, קל לנו יותר להטיל עליהם הגבלות גם אם הגבלות אלה אינן ענישתיות. ניחות מוסרני זה מסביר גם מדוע הדוח מבחין בין לא מתחסנים מרצון (שהם לא מוסריים) ללא מתחסנים מכורח (בשל מגבלות רפואיות) (שאינם לא מוסריים) ומציע גם "מנגנון חריגים" אשר ירכך את החובות המוטלות על האחרונים.

יש שני טעמים לדחיית הגישה המוצעת בדוח 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 לא מוסריים. יש גם צורך להראות שהסיכונים שהם מטילים הם לא סבירים. זאת ועוד, גם לו הייתה אי-ההתחסנות לא מוסרית, ספק רב אם אי-המוסריות מצדיקה הגבלות משפטיות על חיים נורמליים. אם לאדם זכות משפטית לשלוט על גופו לא ראוי להטיל הגבלות על זכות זו המבוססות על חוסר המוסריות של הלא מתחסנים גם אם הגבלות אלה אינן ענישתיות. ככלל, אדם רשאי לממש את זכויותיו גם אם מימוש זכויות אלה הוא לא מוסרי.¹¹

מחברי דוח המשפטנים שמים דגש רב על שיקולים תמריציים. כך למשל הם אומרים כי "צעדים המבחינים בין מחוסנים ללא-מחוסנים מהווים תמריץ עקיף ללא-מחוסנים להתחסן, על מנת להחזיר גם את חייהם שלהם למסלולם".¹² אינני חולק על הלגיטימיות של תמריצים בהקשר זה. עם זאת הטלת הגבלות על חיים נורמליים לצורך תמרוץ הלא מתחסנים להתחסן איננה מתיישבת עם ההנחה השנייה שלפיה לאדם זכות יסוד לקיים חיים נורמליים. קיום חיים נורמליים: הליכה למסעדה או לקונצרט, היא זכות יסוד ולא פריווילגיה. זכות זו ככל זכות אחרת יכולה להיהדרף בנסיבות מסוימות, ואולם אין היא יכולה להיהדרף רק בשל הרצון להפוך את החיים של הלא מתחסנים לקשים יותר או לבלתי 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 מתחסנים לנהוג במכונית פרטית לא משום שהאיסור מונע הדבקה אלא פשוט כדי לתמרץ את הלא מתחסנים להתחסן. איסור כזה נראה

10 דוד אנוך ואח', לעיל ה"ש 1, בעמ' 11.

11 ראו (1981) 21-39 ETHICS, 92 *The Right to Do Wrong*, Jeremy Waldron.

12 דוד אנוך ואח', לעיל ה"ש 1, בעמ' 12.

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 מתחסנים להשתמש בתחבורה ציבורית – לא בשל התמריצים שהיא מעניקה למתחסנים אלא משום שנסיעה בתחבורה ציבורית עלולה לסכן ישירות 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 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. למשל: במהלך מגפת הקורונה טיפלו רופאים ואנשי צוות רפואי אחרים בהצלחה יתרה בחולים מבלי שהיו מקרי הדבקה. הם השתמשו במיגון שאפשר להם להמשיך לקיים שגרת טיפול נורמלית. מובן שחיסון יקטין עוד יותר את הסיכון להדבקה, אולם, 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 אפוא סיכון סביר? התשובה לשאלה זו איננה קלה. עם זאת בתי המשפט מורגלים בבחינת ההבחנה בין סיכון סביר ללא סביר. חלק לא מבוטל מדיני הנזיקין מוקדשים לקביעה אם סיכון הוא סביר אם לאו. בסופו של דבר השאלה תלויה בשיקולים אפידמיולוגיים. ברור כי לא כל סכנת הדבקה מצדיקה הטלת הגבלות על הלא מתחסנים. מנגד ברור כי יש סף של סיכון אשר מעליו יש הצדקה להטלת הגבלות על הלא מתחסנים. בדיני הנזיקין המבחן השליט הוא מבחן הציפיות, דהיינו המבחן השואל אם אדם סביר היה יכול לצפות להתממשות הנזק. דומה שמבחן זה יתאים גם בהקשר של איסורים המבוססים על סכנת הדבקה.

דוח המשפטים שגה כאשר ייחס אי-מוסריות ללא מתחסנים, שגה כאשר הניח שאי-המוסריות רלוונטית לצורך הטלת הגבלות משפטיות וכן שגה כאשר הצדיק במפורש הטלת הגבלות על הלא מתחסנים על בסיס שיקולים תמריציים. דומה שמחברי דוח המשפטים 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 דבר החיים בחברה חופשית מחייבים מידה לא מעטה של סובלנות לסיכונים סבירים יום-יומיים, שאם לא כן תישללנה חירויות יסוד של האדם ותוגבל יתר על המידה האינטראקציה הבין-אישית.

זאת ועוד, לכל מגפה מסוג זה יש 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 במגפה הבאה התחסנות לא תושתת אך ורק על זריקה, אלא לצורך התחסנות יידרשו המתחסנים לעבור

ניתוח או פרוצדורה רפואית סבוכה מסוג זה. האם נגביל גם אז את זכויות הלא מתחסנים? הניחו כי בעתיד יאפשר לנו מידע גנטי להבחין בין מדביקים ללא מדביקים. האם נהיה רשאים להגביל את זכויותיהם של הלא מתחסנים? כל אלו הן שאלות מורכבות, וככל שנרחיק לכת בהטלת הגבלות על הלא מתחסנים, כן הגבלות אלה ישמשו בעתיד תקדים להגבלות קיצוניות עוד יותר וישחקו את הרגישות של הציבור לחירויות היסוד.

הסטיגמטיזציה של הלא מתחסנים איננה רק לא מוצדקת; היא גם מסוכנת למאבק נגד הקורונה. כל הטלת ספק באמינותם או בבטיחותם של החיסונים מתפרשת כיום כהתנגדות לחיסון. מתחסנים חוששים לחלוק את הסימפטומים שחוו לאחר החיסון עם הציבור הרחב. רופאים עלולים להיזהר יתר על המידה שלא לייחס את הסימפטומים הללו לחיסון שמא ייחשדו למתנגדי 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 אפוא נזק של ממש ועלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקר היעילות והבטיחות של החיסונים.

לבסוף הרשו לי לציין כי האופן שבו מדינת ישראל מתנהלת גורם לרבים לחשוד באמינות החיסון. אי-גילוי תוכנו של החוזה בין פיזור לבין מדינת ישראל, העובדה שהדו"ח של ארגון הבריאות האמריקאי שתורגם לעשרות שפות, כולל בורמזית ואפגנית ועוד שפות רבות שאת שמען לא שמעתי מעולם, לא תורגם לעברית. העובדה שבשיחות עם רופאה היא טענה באוזני כי יש לחצים ואף איומים על רופאים המביעים ספקות בנוגע לחיסון אינה מעוררת אמן רב.¹³ אם רוצים בסופו של דבר לעודד אנשים להתחסן, שקיפות היא שם המשחק.

לסיכום, יש להתנגד נמרצות לסטיגמטיזציה של ההחלטה שלא להתחסן. יש הצדקה להסדיר את התנהגות הלא מתחסנים רק כשהלא מתחסנים גורמים לסכנה גדולה ולא סבירה להדבקה ולא לצורך ענישה או תמרוץ הלא מתחסנים להתחסן. לצד הזכות של אנשים לשרוד את המגפה ולהישאר בחיים, יש להגן גם במידת האפשר על הזכות שלהם לחיות חיים מלאים ושלמים. אם עיקרון זה יתקבל יהיה אפשר להתווכח באילו נסיבות ומתי יש מקום להטיל הגבלות על הלא מתחסנים ומה יהיה אופיין של הגבלות אלה.

13 הרופאה עימה שוחחתי לא נתנה לי אישור לפרסם את שמה.