

# על משאבים מוגבלים, סיכויי שרידות והפליה: מדוע יש לדחות את נייר העמדה בעניין תיעדוף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה

מאת

ירון קובו\*

תקציר

כיצד יש להקצות משאבי רפואה מצילי חיים במצב שבו אין די משאבים לטיפול בכל החולים הזקוקים לכך? התפרצותה של מגפת הקורונה בישראל עוררה חשש ממשי שבתי החולים יאלצו להתמודד עם השאלה הזו בזמן אמת. במטרה לגבש מדיניות ארצית אחידה בנושא זה, מינה משרד הבריאות את "הוועדה הציבורית לתיעדוף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה", וזו פרסמה נייר עמדה הכולל המלצות לתיעדוף במקרה של מחסור במשאבי רפואת חירום. הקריטריון המנחה לתיעדוף, כפי שהוצע בנייר העמדה, הוא "סיכויי השרידות". לפי קריטריון זה, חולים שסיכוייהם להחלים גבוהים יזכו לעדיפות על פני חולים שסיכויי השרידות שלהם נמוכים.

מאמר זה מציע ניתוח של נייר העמדה מפרספקטיבה של דיני מוגבלות. הטענה העיקרית המוצגת במאמר היא שקריטריון סיכויי השרידות, וחלק מהמדדים שנבחרו לצורך יישומו, מעוררים חשש ממשי לפגיעה בזכותם של אנשים עם מוגבלות לחיים ולשוויון. במסגרת זו, נטען במאמר כי המדדים שנבחרו ליישומו של קריטריון סיכויי השרידות עלולים להביא לכך שאנשים עם מוגבלות ידורגו בעדיפות נמוכה לקבלת טיפול מציל חיים, גם אם סיכויי השרידות שלהם גבוהים יותר משל אחרים. טענה נוספת היא כי קריטריון סיכויי השרידות, כשלעצמו, אינו ניטרלי כפי שהוא נחזה להיות, וכי הוא עלול להוביל להנצחתן של תפיסות חברתיות שגויות ושל מציאות בלתי שוויונית כלפי אנשים עם מוגבלות. המאמר נחתם בהצעות חלופיות אחדות, שביכולתן להפיג, ולכל הפחות לרכך, את החששות שמעורר המודל שהוצע בנייר העמדה.

---

\* תלמיד לתואר שלישי במשפטים, אוניברסיטת קולומביה. על הערות ושיחות מועילות ועל תמיכה במהלך כתיבת המאמר אני מודה לאלזבת אמנס, יהודה גור, מיה גפן, דורון דורפמן, גל דרור, הבורה הלמן, דניאל חיים, שחר טל, רועי כהן, עדי מרקוביץ' גרוס, קייט ספירסטין, תמר קופמן, רוני רוטלר ורפי רוניק, כמו גם למשתתפי הסמינר של ארגון עורכי הדין והמשפטים היהודים בארצות הברית (AAJL). תודה מיוחדת לקוראות האנונימיות על הערות מאירות עיניים, כמו גם לעורכת כתב העת אלאא חאג' יחיא ולחברות וחברי המערכת על עבודת עריכה מעולה.

## מבוא

- א. רקע: הקמת הוועדה ומטרתה
- ב. שתי הגרסאות של נייר העמדה וקריטריון סיכויי השרידות
- ג. המסגרת הנורמטיבית
1. אנשים עם מוגבלות והזכויות לחיים ולשוויון בדין הישראלי
2. הגדרת הקבוצה
- ד. ניתוח של קריטריון סיכויי השרידות
1. קריטריונים שונים לתיעדוף: רקע
2. קריטריון סיכויי השרידות: דיון כללי
3. המדדים שהוצעו ליישום קריטריון סיכויי השרידות
- א. המדד התפקודי
- ב. מדד מחלות הרקע
- ג. מסקנות ביניים
4. שוני רלוונטי וחובת התאמות
5. איזונים ומדיניות שיפוטית
6. על מחסור במשאבים ועל גירעיון דמוקרטי
7. הנזקים האקספרסיביים של נייר העמדה
- ה. חלופות למודל המוצע בנייר העמדה
- סיכום

## מבוא

שלושה אנשים שהם נשאים של נגיף הקורונה (להלן: Covid-19) מגיעים לבית החולים. סיגל היא אישה בריאה בת 40 המתניידת באמצעות כיסא גלגלים; ארנון, בן 19, הוא חולה בסרטן העובר טיפולי כימותרפיה; מורן היא אישה בת 67, בריאה בדרך כלל, ללא לקויות קודמות. בעת הגעתם, יש בבית החולים רק מכונת הנשמה אחת הפנויה לשימוש. אם יחמיר מצבם של השלושה והם יזדקקו לטיפול מציל חיים, את מי מהם יש להנשים?<sup>1</sup>

התפרצותה של מגפת הקורונה ברחבי העולם עוררה את החשש שמספר החולים הזקוקים למשאבי טיפול מצילי חיים יהיה רב כדי כך שהיקף המשאבים הקיימים לא יספיק לטיפול בכל הזקוקים לכך. חשש זה התממש בפועל באיטליה, שם נאלצו צוותי

<sup>1</sup> פרפרזה על שני קטעי עיתונות מחדש אפריל 2020. Harald Schmidt, *The Way We Ration Ventilators Is Biased*, N.Y. TIMES (Apr. 15, 2020), <https://perma.cc/5HJV-QLCP>; Alice Park & Jeffery Kluger, *The Coronavirus Pandemic Is Forcing U.S. Doctors to Ration Care for All Patients*, TIME (Apr. 22, 2020), <https://perma.cc/R6MC-NVGT>.

רפואה להחליט מי מבין החולים יחובר למכונות הנשמה.<sup>2</sup> על רקע זה, הוקמה בישראל "הוועדה הציבורית לתיעדוף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה" (להלן: "הוועדה" או "הוועדה הציבורית"). הוועדה גיבשה נייר עמדה הכולל קווים מנחים להקצאת משאבים במצב של חוסר באמצעים. נייר העמדה, שגרסתו הראשונה פורסמה באפריל 2020 וגרסה מתוקנת שלו פורסמה כחודש לאחר מכן,<sup>3</sup> נועד להנחות את הצוותים הרפואיים בבתי החולים בישראל בכואם להכריע בדילמות קשות ורגישות דוגמת זו המוצגת בפתח המאמר.

קריטריון-העל שהוצע בנייר העמדה הוא קריטריון "סיכויי השרידות". לפי קריטריון זה, חולים שזקוקים למכשיר הנשמה וסיכוייהם להחלים טובים יחסית יקבלו עדיפות על פני חולים שאינם זקוקים בהכרח להנשמה או על פני מטופלים שסיכויי השרידות שלהם נמוכים יותר. קריטריון זה נועד להגשים את העיקרון של "מרב התועלת למרב הנזקקים" (להבדיל מ"המיטב לכולם"), במובן זה שיישומו כרוך במניעת טיפול מציל חיים מחולים מסוימים.<sup>4</sup> במישור המעשי, נייר העמדה כולל מדדים אחדים שעל פיהם אמורים צוותי רפואה להחליט לאילו מהחולים סיכויים טובים יותר לשרוד מסיכוייהם לכך של חולים אחרים, ובכך לקבוע את סדר העדיפויות להקצאתם של משאבים מוגבלים.

נייר העמדה בגרסתו הראשונה (להלן: "נייר העמדה המקורי" או "המסמך המקורי") עורר התנגדות עזה בקרב ארגוני חברה אזרחית, אנשי אקדמיה וגורמים נוספים הפועלים לקידום זכויות לאנשים עם מוגבלות.<sup>5</sup> במענה לביקורת, פרסמה

<sup>2</sup> Lisa Rosenbaum, *Facing Covid-19 in Italy – Ethics, Logistics, and Therapeutics on the Epidemic's Front Line*, NEW ENG. J. MED. (Mar. 18, 2020), <https://perma.cc/P8F3-ALHB>. על פי מקור זה, הקריטריון העיקרי שלפיו התבצע המיון באיטליה הוא קריטריון הגיל.

<sup>3</sup> לעותק של המסמך המקורי, שהועלה לאתר האינטרנט של נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, ראו "נייר עמדה של הוועדה הציבורית לתיעדוף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה: ועדה משותפת למועצה הלאומית לביואתיקה, ללשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל ולמשרד הבריאות, ניסן תש"פ [כך במקור] – אפריל 2020" (4.2020). [bit.ly/2Lv1Vhz](http://bit.ly/2Lv1Vhz). לגרסה המתוקנת ראו "נייר עמדה של הוועדה הציבורית לתיעדוף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה: ועדה משותפת למועצה הלאומית לביואתיקה, ללשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל ולמשרד הבריאות, אייר תש"פ [כך במקור] – מאי 2020" (5.2020). [perma.cc/D2T7-FV77](https://perma.cc/D2T7-FV77). מטעמי נוחות, נכתב להלן לעיתים המונח הכללי "נייר עמדה", בלא לציין האם מדובר במסמך המקורי או בגרסה המתוקנת, אך כל עוד אין מצוין במפורש אחרת, הכוונה היא לנוסח המתוקן שפורסם כחודש מאי 2020 ("נייר העמדה המתוקן"). במקרים אחדים, ננקט מונח כללי זה בהקשרים שבהם אין משמעות מיוחדת להבדלים בין שני המסמכים. נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 6 ו-20.

<sup>4</sup> ראו להלן ה"ש 37 ו-194 והטקסט הסמוך להן. מר אברמי טורס, נציב שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תיאר את נייר העמדה המקורי שפורסם באפריל 2020 כ"מסמך שנוגע בכל ההמלצות שלו בהפליה קשה כלפי אנשים עם מוגבלות". מכתב פתוח מאברמי טורס, נציב שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, לח"כ הרב יעקב ליצמן, שר

כאמור הוועדה בחודש מאי 2020 גרסה מתוקנת של נייר העמדה (להלן: "נייר העמדה המתוקן"). המסמך המתוקן כולל תוספות והבהרות אחדות שנועדו להדגיש את עקרונות השוויון ביחס לאנשים עם מוגבלות. עם זאת, מבחינה מהותית, אין בו שינויים משמעותיים לעומת נייר העמדה המקורי. בהתאם לכך, גם נייר העמדה המתוקן עורר התנגדות בקרב ארגונים העוסקים בתחום המוגבלות.

מאמר זה מציע ניתוח ביקורתי של נייר העמדה המתוקן מפרספקטיבה של דיני מוגבלות.<sup>6</sup> המאמר מבקר את עצם הבחירה בקריטריון סיכויי השרידות כקריטריון מנחה לתיעוד, כמו גם את השימוש באחדים מהמדדים שנבחרו לצורך יישומו של קריטריון זה. אף על פי שלא כל ההיבטים הנוגעים לקריטריון סיכויי השרידות הם בעייתיים באותה מידה, כך אטען, כולם מעוררים קושי משפטי בכל הנוגע לפגיעה בזכותם לחיים ולשוויון של אנשים עם מוגבלות.

תקיפה של קריטריון סיכויי השרידות במישור המשפטי איננה משימה פשוטה, וניתן אף להניח שזו עמדה לא פופולרית. אכן, בקריטריון זה גלומה הבטחה שקשה לעמוד בפניה: הצלה של חיי אדם רבים ככל האפשר. בחירה בקריטריון סיכויי השרידות אף אינה משקפת, לפחות למראית עין, כוונה להפלות אנשים עם מוגבלות. על רקע זה, פרוטוקולים לתיעוד חולים, המשקללים את סיכויי השרידות של מטופלים, זוכים לתמיכה לא מעטה של חוקרים מתחומי הביואתיקה, בפרט בתקופת הקורונה.<sup>7</sup>

הבריאות, ולמר משה בר סימן טוב, מנכ"ל משרד הבריאות (18.4.2020)  
[www.gov.il/he/departments/news/open\\_letter\\_bioethics\\_corona](http://www.gov.il/he/departments/news/open_letter_bioethics_corona)

ככלל, תיעוד חולים מהסוג הנדון במאמר מעורר גם שאלות הנוגעות להפליה מחמת גיל. הוועדה מצאה לנכון, ובצדק לדעתי, לכלול גיל כעילה אסורה להפליה, בתוספת הבהרה מפורשת שלפיה אין לשקול שנות חיים במסגרת ההחלטה למי לתת עדיפות בטיפול. ראו נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9. מאמר זה מתמקד במוגבלות ואינו עוסק בשאלות המשפטיות והמוסריות הנוגעות להתחשבות בגיל במסגרת תיעוד חולים. עם זאת, שאלות אלה עשויות להיות רלוונטיות לנושאי המאמר באופן עקיף. שאלת הזיקה והחפיפה בין גיל מבוגר לבין מוגבלות היא מורכבת ושנויה במחלוקת בספרות. כך למשל, מחקרים הראו כי השאלה מתי אדם זקן מזדהה כ"אדם עם מוגבלות" על רקע ירידה ביכולת התפקודית תלויה בגורמים חברתיים וסביבתיים שונים. ראו Jessica A. Kelley-Moore, John G. Schumacher, Eva Kahana & Boaz Kahana, *When Do Older Adults Become "Disabled"? Social and Health Antecedents of Perceived Disability in a Panel Study of the Oldest Old*, 47 J. HEALTH SOC. BEHAV. 126 (2006). בצד זאת, ראוי לציין שעל פי נתונים עדכניים, חמישים אחוזים מבני 65 ומעלה בישראל, כ-461,100 נפש, הם אנשים עם מוגבלות. ליטל ברלב, גבי אדמון-ריק, יוסף קרן-אברהם וישראל הבר **אנשים עם מוגבלות בישראל: 2017** 7 (משרד המשפטים, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ומכון מאירס-ג'וינט-ברוקליין) [perma.cc/D8WH-QBFX](http://perma.cc/D8WH-QBFX). יש בכך כדי ללמד שהגנה מהותית על אנשים בגיל זקנה מפני הפליה צריכה להביא בחשבון גם הפרכת דעות קדומות בנוגע למוגבלות.

Wendy F. Hensel & Leslie E. Wolf, *Playing God: The Legality of Plans Denying Scarce Resources to People with Disabilities in Public Health Emergencies*, 63 FLA. L. REV.

עם זאת, קריטריון סיכויי השרידות אינו ניטרלי כפי שהוא נחזה להיות, ולכן נמתחה עליו גם ביקורת.<sup>8</sup> השאלה שיש לשאול היא לא רק האם יש ביכולתו של הקריטריון להיטיב עם חברי הציבור בכללותו, אלא גם מי הם היחידים שלא יזכו לטיפול מציל חיים כתוצאה מיישומו. במאמר זה אראה שלפחות ביחס לנייר העמדה הישראלי, קריטריון סיכויי השרידות – לרבות המדדים שנבחרו ליישומו – משפיע לרעה על אנשים עם מוגבלות באופן שאינו פרופורציונלי למספרם באוכלוסייה, ושעולה, בהיבטים מסוימים, כדי הפליה אסורה.

החשש הכבד ביותר לפגיעה בזכות לשוויון של אנשים עם מוגבלות מתעורר ביחס ל"מדד התפקודי", אחד הכלים שהוצעו בנייר העמדה לצורך יישומו של קריטריון סיכויי השרידות.<sup>9</sup> המדד התפקודי מדרג חולים לפי רמת התפקוד שלהם, בהתאם למנחים כגון "מסוגל לעבוד", "מרותק לכיסא" או "נכות מלאה".<sup>10</sup> כפי שאראה

(2011) 61–758, 719 (דיון בקריטריון "אפקטיביות הטיפול" הוביל למסקנה שכל עוד הוא מיושם ללא הטיות וללא שיקולים זרים, הריהו צפוי לשרוד ביקורת שיפוטית לפי החוק הפדרלי לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, Americans with Disabilities Act of 1990, 42 U.S.C. § 12101–12213 (להלן: ADA), זאת מאחר שהוא ניטרלי למראית עין, ומבוסס על בחינה אינדיווידואלית של כל אחד מהחולים); Govind Persad, *Disability Law and the Case for Evidence-Based Triage in a Pandemic*, 130 YALE L.J.F. (2020) 26, 34–35, 42–46. לפי פרסד, לא זו בלבד שתיעדוף המבוסס על חישוב סיכויי השרידות אינו בגדר הפליה אסורה של אנשים עם מוגבלות, אלא שיטה זו אף רצויה מבחינה משפטית ואתית, כיוון שאינה צפויה להשפיע לרעה על אנשים עם מוגבלות כקבוצה, אלא רק על יחידים עם לקויות ספציפיות. קריטריון סיכויי השרידות, כך נטען, צפוי להציל חיי אדם רבים ולהיטיב עם הציבור בכללותו, לרבות אנשים עם מוגבלות שאינם אותן לקויות ספציפיות. Mildred Z. Solomon, Matthew K. Wynia & Lawrence O. Gostin, *Covid-19 Crisis Triage – Optimizing Health Outcomes and Disability Rights*, NEW ENG. J. MED. (July 30, 2020), <https://perma.cc/2SRE-MZFT>.

8 Deborah Hellman & Kate M. Nicholson, *Rationing and Disability: The Civil Rights and Wrongs of Clinical Triage Protocols* (VA. PUB. L. & LEGAL THEORY RSCH. PAPER NO. 2020-33, 2020), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3570088](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3570088). וניקולסון טוענות שתיעדוף המבוסס על שקלול של הסתברות ההצלחה (probability of success) נוגד את העיקרון שלאנשים עם מוגבלות צריכה להינתן הזדמנות שווה כמו לאחרים, להפיק תועלת מטיפול רפואי. על כן, לשיטתן, קריטריון "הסתברות ההצלחה", כשלעצמו, אינו חוקי – אף על פי שלדבריהן זהו "מקרה גבולי"; ראו גם להלן ה"ש 177–172 והטקסט הסמוך להן (טענותיו של סמואל בונסטוס בעניין "הגירעון הדמוקרטי" ובדבר העובדה שכמות משאבי הרפואה הקיימים איננה גזרת גורל אלא תוצר של החלטות מדינה מושכלות); Ari Ne'eman, 'I will not Apologize for My Needs,' N.Y. TIMES (Mar. 23, 2020), <https://perma.cc/JR9N-8A99> (התנגדות לשימוש בקריטריונים שהם "רציונליים" למראית עין ותכליתם למקסם את התועלות של משאבי הרפואה, גם אם חלופות אחרות יובילו להצלת חייהם של פחות בני אדם).

לדיון במדד התפקודי, ראו להלן פרק ד' 3(א).

9 בנייר העמדה המתוקן (בשונה מנייר העמדה המקורי), הובאו דרגות המדד התפקודי רק בשפה האנגלית. ראו נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 18 (נספח ב, תרשים

בהמשך, מדד זה פותח פתח רחב להטיות, והשימוש בו מעורר חשש לניכוי שגוי במקרים מסוימים. כך, אף על פי שהמדד התפקודי נועד לשפר את הדיוק בהערכת סיכויי השרידות של החולים, הוא עלול להציב אנשים עם מוגבלות בתחתית סדר העדיפויות להקצאת טיפול מציל חיים, גם אם סיכויי ההחלמה שלהם גבוהים יותר מאלה של חולים אחרים או שווים להם. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח העובדה שהמדד התפקודי הוא הכלי הראשון שנבחן במסגרת הערכת סיכויי השרידות, ולפחות מבחינה פורמלית, במקרים מסוימים הוא אף יכול לשמש ככלי יחיד המנחה את התיעדוף.

מאפיינים אלה של המדד התפקודי הובילו לכך שעיקר הביקורת הציבורית נגד נייר העמדה, בדגש על המסמך המתקוקן, הופנתה כלפי מדד זה. מאמר זה מצטרף אם כן לטענה, כי הסרתו של המדד התפקודי מנייר העמדה היא צעד הכרחי, הנחוץ כדי להבטיח הזדמנות שווה לאנשים עם מוגבלות לקבל טיפול מציל חיים. אולם לטענתי, אין זה צעד מספק. כדי להגשים מטרה זו, כך אטען, יש לבטל, או לכל הפחות לשנות באופן משמעותי, את קריטריון סיכויי השרידות בכללותו.

אכן, המדד התפקודי אינו המדד הבעייתי היחיד שהוצע בנייר העמדה. גם "מדד מחלות הרקע" – כלי נוסף שהוצע לצורך יישומו של קריטריון סיכויי השרידות – מעורר קושי ממשי.<sup>11</sup> מדד זה מציב בעדיפות נמוכה לקבלת טיפול מציל חיים אנשים עם מחלות כרוניות קשות, שרבות מהן נחשבות כ"מוגבלות" לפי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: "חוק השוויון"). מדד מחלות הרקע פותח פתח צר יותר להטיות מזה של המדד התפקודי, ולכן, כך נראה, לא זכה לתשומת לב רבה במסגרת המחאה הציבורית. אולם בדומה למדד התפקודי, גם מדד זה עלול להציב בעדיפות נמוכה אדם עם מחלת רקע, שסיכוייו להחלים מ-Covid-19, מסיבה זו אחרת, גבוהים משל אחרים. יתרה מכך, השימוש בקיומן של "מחלות רקע" כבסיס להבחנה בין אנשים לצורך התיעדוף עלול להגביר את הסטיגמה המשויתת לחלק מהמחלות הללו, כדוגמת סוכרת או סרטן.<sup>12</sup>

זרימה וטבלאות דירוג). התיאורים המובאים כאן ובפרק ד' 3 (א) להלן, לקוחים מנייר העמדה המקורי, שבו המדד התפקודי תורגם לעברית. ראו נייר העמדה המקורי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 15 (נספח ב, תרשים זרימה וטבלת דירוג). במאמר זה אני מפנה למונח "מרותק לכיסא" שבו נעשה שימוש בנייר העמדה המקורי, אף על פי שאני מתנגד לשימוש במונח זה. הקושי במונח "מרותק" או "רתוק" לכיסא נובע מכך שהוא מקבע דעות קדומות על אנשים המשתמשים בכיסא גלגלים, ותפיסות שגויות כלפיהם. ההחלטה לנקוט מונח זה במאמר נובעת אפוא רק מרצון לשמור על דיוק בהפניה למונחים כפי שהם מופיעים בנייר העמדה המקורי, ומתוך הכרה בכך שמינוח מסוים יכול לשקף ולחשוף גישות והלך רוח של האנשים המשתמשים בו. לדיון נרחב וחשוב בנושא שפה ומינוח בהקשר של מוגבלות (ובכלל זה דחיית השימוש במונח "מרותק לכיסא גלגלים"), ראו נטע זיו, שגית מור ואדוה איכנגרין "מבוא: לימודי מוגבלות בעברית – שדה אקדמי בהתהוות" **לימודי מוגבלות: מקראה** 11, 31–37 (שגית מור, נטע זיו, ארלין קנטר, אדוה איכנגרין וניסים מזרחי עורכות ועורכים, 2016).

לדיון במדד מחלות הרקע, ראו להלן פרק ד' 3 (ב).

ראו להלן ה"ש 130–132 והטקסט הסמוך להן.

11

12

אף במבט רחב יותר, קריטריון סיכויי השרידות כשלעצמו מנציח תפיסות שגויות ומציאות בלתי שוויונית כלפי אנשים עם מוגבלות, ובמידה רבה הוא אף תוצר של מציאות זו. למדינה ולחברה בכללותה תפקיד מרכזי ביצירתן ובהחמרתן של לקויות ומחלות שונות, בין היתר במסגרת שירות הביטחון, בפיתוח טכנולוגיות מסוכנות או בכישלונות של הרשויות להגן על הסביבה, למנוע פשיעה ואלומות במשפחה ולהתמודד עם עוני. לא פחות חשוב מכך, המדינה נכשלת בתפקידה להגן על אנשים עם מוגבלות מפני הפליה והזנחה, לא רק בזמן שגרה אלא גם במצבי קיצון כדוגמת מגפת הקורונה.<sup>13</sup> היקף המשאבים הקיימים להתמודדות עם מגפה כדוגמת הקורונה, לדוגמה, איננו גזרת גורל, אלא תוצר החלטותיהם של פקידים ושל נבחרי ציבור.

ההיסטוריה מלמדת שהחלטות הנוגעות לקביעת היקף המשאבים או לאופן ההתמודדות עם מצבי חירום מתקבלות לעתים קרובות מבלי שנשמעה עמדתם של אנשים עם מוגבלות ומבלי שנשקלו האינטרסים שלהם. תופעה זו מובילה לתוצאה שאינה צודקת, כיוון שאנשים עם מוגבלות, לרבות אנשים עם מחלות כרוניות, הם האנשים הצפויים להיפגע בצורה הקשה ביותר כתוצאה מהחלטות אלה. כפי שהמרחב הציבורי עוצב במשך שנים באופן מדיר מבלי להביא בחשבון את צורכיהם של אנשים עם מוגבלות, כך גם אופן ההתמודדות עם מצבי חירום מציב אנשים עם מוגבלות בתחתית סדר העדיפויות. על רקע זה, הכירו הן חוק השוויון והן הפסיקה בצורך לחייב גופים ציבוריים ופרטיים להתאים את הסביבה הפיזית והרעיונית לאנשים עם מוגבלות, כדי לתת להם הזדמנות שווה להשתתף בחיים הציבוריים. על רקע זה, יש לבחון גם כיצד ניתן לעצב את הכללים להקצאת משאבים בתנאי מחסור, כך שלא ישללו, מעשית, את זכותם של אנשים עם מוגבלות לקבל טיפול מציל חיים באופן שוויוני לזה של אחרים.

במועד כתיבת דברים אלה, בעיצומה של ההתמודדות עם מגפת הקורונה, אין לנייר העמדה תוקף משפטי מחייב,<sup>14</sup> לנוכח העובדה שמשרד הבריאות נמנע עד כה מאימוצו של המסמך בהחלטה מנהלית.<sup>15</sup> לאחר סיום העבודה על המאמר וטרם פרסומו, העביר משרד הבריאות מסר לקבוצה של ארגונים הפועלים לקידום זכויות לאנשים עם מוגבלות, שלפיו החלטה נוספת ביחס לנייר העמדה תתקבל רק אם יקום צורך ממשי להכריע בנושא. עם זאת, נכון לסוף חודש נובמבר 2020, נייר העמדה המתוקן עדיין

<sup>13</sup> ראו למשל אור קשתי "במוסדות לאנשים עם מוגבלות אין די ציוד מגן: 'חממה מסוכנת להתפתחות המחלה'" **הארץ** 30.3.2020 premium- www.haaretz.co.il/health/corona/. 1.8722060; אמיר אלון ורועי רובינשטיין "הזנחה והפקרות: תלונות נגד הרווחה בעקבות מות דיירת חוסה מקורונה" **Ynet** 13.4.2020 perma.cc/5LCN-DDW7.

<sup>14</sup> הדברים נאמרים מפרספקטיבה של המשפט המנהלי. לנייר העמדה עשוי להיות תוקף מחייב בהיבטים אחרים. ראו ירון קובו "תיעדוף חולים בתקופת מגפת הקורונה: האם משרד הבריאות מוסמך לקבוע אילו חולים יזכו לעדיפות בקבלת משאבים מצילי חיים בתנאי מחסור?" **ICON-S-IL Blog** 28.7.2020 perma.cc/P5MC-XKKJ.

<sup>15</sup> במקום אחר דנתי במעמדו המשפטי של נייר העמדה, והטלתי ספק בדבר קיומו של מקור סמכות שמכוחו יכול משרד הבריאות לקבוע מדיניות ארצית בעניין תיעדוף חולים קשים. ראו שם.

זמין באתרי האינטרנט של המועצה הלאומית לביואטיקה ושל ההסתדרות הרפואית לישראל, שני גופים שהיו מעורבים בפעילותה של הוועדה הציבורית, כמתואר בהמשך הדברים.

למאמר זה, לפיכך, יש תכלית כפולה – תיאורית ומעשית. מבחינה תיאורית, מטרת המאמר היא לחדד את השיקולים המשפטיים החלים על הסוגיה, ולהוסיף עוד ממד לטענות שהועלו בזירה הציבורית. החשיבות הטמונה בכך חורגת משאלת ההשלכות הישירות של נייר העמדה המתוקן, כיוון שמסמכים מסוג זה מגדירים את הערכים ואת סדר העדיפויות של הציבור הישראלי ושל מוסדות המדינה.<sup>16</sup> מבחינה מעשית, אני מקווה שמאמר זה ישפיע על מקבלי ההחלטות בבואם להכריע בשאלת העקרונות המנחים הרצויים לתיעודף חולים. אכן, במועד פרסום המאמר, ערב תחילתו של מבצע חיסונים רחב היקף, הצפי הוא כי בתי החולים בישראל לא יידרשו להחליט את ההחלטות הקשות הכרוכות בהקצאת משאבי טיפול בתנאי מחסור, בפרט ביחס למכונות הנשמה. יש לברך על כך, ולקוות כי צורך כזה לא יתעורר. אולם, לרקעם של דיווחים על שיעור תחלואה גבוה, בישראל וברחבי העולם, עדיין קיים חשש כי בתי-חולים אחדים יגיעו למצב של אי-ספיקה. נוסף על כך, מסמכים מסוגו של נייר העמדה המתוקן עשויים לשמש בסיס לגיבוש קווים מנחים במצבי חירום בעתיד, או לצורך תיעודף משאבים אחרים בתקופת מגפת הקורונה, כדוגמת כוח אדם או תרופות.<sup>17</sup> לפיכך, קיימת גם חשיבות מעשית לבחינה של נייר העמדה המתוקן.

בטרם אמשיך, ראוי להקדים ולהצביע על הסתייגויות והבהרות אחדות. חרף העיסוק בהיבטים הנוגעים לרפואה, אינני מתכוון להתפלמס עם ההנחות הרפואיות העומדות בבסיסו של נייר העמדה המתוקן, ואף לא להעריך את היעילות של המדדים השונים שהוצעו בו. הביקורת המובעת במאמר זה נסמכת על התחקות אחר ההיגיון העומד בבסיס השימוש במדדים השונים, על פי לשונו של נייר העמדה עצמו ועל פי מקורות נוספים. הביקורת הציבורית שנמתחה על המסמך, לרבות על ידי אנשי רפואה, סייעה להבהיר חלק מהנקודות העומדות לדיון. אולם, כפי שיתואר בהמשך, לא כל הסוגיות הנוגעות לתיעודף הובהרו עד תום על-ידי הוועדה.

אני מקווה שהמאמר משקף את הזהירות הנדרשת במצב זה, בהתחשב בעובדה שהדברים נכתבים בעיצומה של ההתמודדות עם המגפה ולא בהסתכלות צופה פני עבר. לצד זאת, יש להדגיש גם את החשיבות הטמונה בהצבת חלופה לדומיננטיות של

<sup>16</sup> כלשונו של נייר העמדה עצמו, העקרונות המנחים את התיעודף משקפים את "הנורמות האתיות-משפטיות-דתיות של החברה". ראו נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 2. לדיון במשמעות החברתית ובתפקיד האקספרטיבי של כללים משפטיים, ראו להלן פרק ד' 7.

<sup>17</sup> ראו, באופן כללי, שגיאה כהן "ישראל תתקשה בהשגת התרופה שהפכה לתקווה הגדולה נגד קורונה" *The Marker* 3.5.2020 [www.themarker.com/coronavirus/premium-3.5.2020](http://www.themarker.com/coronavirus/premium-3.5.2020) Colette DeJong, Alice Hm Chen & Bernard Lo, *An Ethical Framework for Allocating Scarce Inpatient Medications for Covid-19 in the US*, *JAMA NETWORK* (May 15, 2020), <https://perma.cc/8QRZ-3ZVZ>.



השיקולים המקצועיים בשיח על מוגבלות.<sup>18</sup> קריאת התיגר על הנטייה להפקיד את ההחלטות הנוגעות לגורלם של אנשים עם מוגבלות בידי מומחים מתחומי הרפואה, הרווחה והשיקום, עמדה במרכז המאבק לשוויון בהקשר של מוגבלות, והיא רלוונטית במיוחד בתחומי הביואתיקה.

בהמשך לכך, חשוב להכיר בקושי האינהרנטי הכרוך בהתמודדות עם השאלה העומדת בבסיס נייר העמדה. תפיסות מוסריות שונות עשויות להוביל להכרעות שונות באשר לדרך הצודקת ביותר להקצות משאבי רפואה מוגבלים. המשימה שעמדה בפני הוועדה לא הייתה פשוטה, ודאי לא בהתחשב בנסיבות ובלחץ הזמן שבהם פעלה. ההכרה בכך היא צעד חשוב בדרך לדיון מכבד וקונסטרוקטיבי, גם אם אינה פותרת את הדנים בכך מנקיטת עמדה. לבסוף, חשוב להבהיר שאין ברשימה זו משום הבעת ביקורת כלפי תפקודם של צוותים רפואיים בישראל, בתקופת משבר הקורונה או בכלל. מהלך המאמר הוא כדלקמן: **פרקים א ו-ב** מציגים את הרקע העובדתי הנדרש לדיון; **פרק א** מתאר את הקמת הוועדה ואת עבודתה, ואילו **פרק ב** מתמקד בנייר העמדה. **פרק ג** מספק את הרקע הנורמטיבי, תוך התמקדות בהוראות הרלוונטיות מהדין המקומי והבין-לאומי ובהגדרת "אדם עם מוגבלות" לפי חוק השוויון. **פרק ד** הוא לב המאמר, ובו מוצע ניתוח של קריטריון סיכויי השרידות. הפרק נפתח בדיון כללי על תיעודף חולים וממשיך בביקורת על המדד התפקודי ועל מדד מחלות הרקע. לאחר מכן, מובא דיון בקשיים שמעורר קריטריון סיכויי השרידות, ומוצעים שיקולים אחדים שיש להביא בחשבון בעת בחינתו. המאמר נחתם בדיון בהצעות לחלופות אפשריות למודל שהוצע בנייר העמדה המתוקן (**פרק ה**), ובהערות מסכמות (**פרק הסיכום**).

## א. רקע: הקמת הוועדה ומטרתה

הוועדה הציבורית לתיעודף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה הוקמה בתחילת חודש אפריל 2020 על פי מינוי של מנכ"ל משרד הבריאות.<sup>19</sup> לוועדה ניתן מנדט לדון ב"שאלת ההקצאה של אמצעים מצילי חיים וכוח אדם מיומן במקרה שייווצר חוסר באמצעים אלה".<sup>20</sup> התיעודף נוגע למשאבים שונים, בדגש על יחידות אשפוז בטיפול נמרץ והקצאת מכשירי הנשמה או אקמו (סוג של מכונת לב-ריאה).<sup>21</sup> כמו כן, התיעודף מתייחס לכלל החולים הזקוקים לטיפול מציל חיים, במובן זה שחולי Covid-19 לא יזכו לעדיפות על פני חולים במחלות אחרות רק מעצם היותם חולים במחלה זו.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> שגית מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית: חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות" **נגישות לצדק חברתי בישראל** 79, 117–119 (ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009) (להלן: מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית").

<sup>19</sup> בנייר העמדה המתוקן צוין כי הוועדה הוקמה על פי מינוי של מנכ"ל משרד הבריאות מיום 1 באפריל 2020. ראו נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 3.

<sup>20</sup> שם, בעמ' 3.

<sup>21</sup> שם, בעמ' 6.

<sup>22</sup> שם, בעמ' 9.

הוועדה הייתה משותפת לשלושה גופים: (1) המועצה הלאומית לביואתיקה,<sup>23</sup> (2) הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל ו-(3) משרד הבריאות. הוועדה כללה 26 חברים,<sup>24</sup> שפעלו בארבע ועדות משנה: ועדת משנה רפואית, ועדת משנה פילוסופית-אתית-חברתית, ועדת משנה משפטית וועדת משנה הלכתית-דתית. לאחר שקיימו ישיבות אחדות ודיונים (בדוא"ל ובשיחות וידאו), הגיעו ועדות המשנה להסכמה על העקרונות שלפיהם יתבצע התייערוף.<sup>25</sup> עקרונות אלה עוגנו בנייר העמדה המקורי, ונותרו זהים בעיקרם, כאמור, גם בגרסה המתוקנת. הוועדה לא הייתה הגוף היחיד שפעל להתוויית קווים מנחים להקצאת משאבי רפואה בתקופת מגפת הקורונה. גופים אחרים – בעולם ובישראל – נדרשו לסוגיה זו. על פי הוועדה, נייר העמדה מבוסס, לפחות בחלקו, על הניסיון שנצבר במדינות אחרות עד למועד כתיבת המסמך. בתי חולים אחדים בישראל גיבשו גם הם פרוטוקולים פנימיים מטעמם עוד בטרם סיימה הוועדה את מלאכתה.<sup>26</sup> עובדה זו עומדת, למעשה, מאחורי אחת המטרות של נייר העמדה: לספק לבתי החולים הנחיות אחידות בעניין התייערוף, ולהסיר מאנשי הצוות הרפואי את הנטל הכרוך בהחלטות כה רגישות.<sup>27</sup>

## ב. שתי הגרסאות של נייר העמדה וקריטריון סיכויי השרידות

קריטריון-העל שאומץ בנייר העמדה המתוקן, כאמור, הוא קריטריון סיכויי השרידות. לפי קריטריון זה, חולים הזקוקים לטיפול מציל חיים, שסיכוייהם להפיק תועלת רפואית מהטיפול הם טובים יחסית, יקבלו עדיפות על פני חולים שיכולים

<sup>23</sup> המועצה הלאומית לביואתיקה הוקמה בהחלטת ממשלה בשנת 2002. בין תפקידיה, המועצה מיועדת "להוות סמכות ממלכתית עליונה למתן המלצות למקבלי ההחלטות ברשות המבצעת, המחוקקת והשופטת, בעניינים אתיים הנובעים מהתפתחויות המחקר והפיתוח בביוטכנולוגיה, ביוטכנולוגיה, רפואה וגנטיקה, והשלכותיהם החברתיות והחוקיות". ס' 8 להחלטה 1219 (מט/9) של הממשלה ה-29 "הקמת מועצה לאומית לביואתיקה" (3.1.2002).

<sup>24</sup> כך על פי נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 3. עם זאת, מספרם של כל הנשים והגברים המנויים בנייר העמדה כחברים בוועדה עומד על 27. מקור הסתירה אינו ברור. נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 4.

<sup>25</sup> שם, בעמ' 23 (נספח 1), נייר העמדה של ועדת המשנה הרפואית). באופן ספציפי, גובשו קווים מנחים כאמור בבתי החולים "רמב"ם" ו"העמק", וייתכן שגם בבתי חולים נוספים. ראו גד בר יוסף "את מי להנשים, את מי לא" הארץ 11.4.2020; [www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.8751559](http://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.8751559); ועדה אתית להקצאת משאבים רפואיים במצבים של חוסר קיצוני – מרכז רפואי העמק "קווים מנחים להתנהלות הרפואית אתית במרכז הרפואי העמק בעת מגפת Covid-19" (אפריל 2020) (עותק בידי המחבר).

<sup>27</sup> נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 2–3.

לשרוד גם ללא טיפול מציל חיים או על פני חולים שסיכויי ההחלמה שלהם נמוכים, גם בהינתן טיפול מציל חיים.<sup>28</sup>

בחלק היישומי, נייר העמדה המתוקן מתווה שני שלבי בחינה.<sup>29</sup> בשלב הראשון נבחנת השאלה האם יש להעניק לחולה טיפול מציל חיים בתנאי מחסור במשאבים. התשובה לשאלה זו היא בינייית. מטרתה לוודא שהטיפול נחוץ להצלתו של אדם, מחד גיסא, ושיש לאותו אדם סיכויים שאינם קלושים להחלים בזכות מתן הטיפול, מאידך גיסא. לצורך כך, נקבעו בנייר העמדה המתוקן שיקולים אחדים להחרגה ובצידם שיקולים אחדים להכללה. כדי לקבל טיפול מציל חיים על החולה להתאים לשיקול הכללה אחד לפחות, ולא לענות על אף אחד מהשיקולים להחרגה.<sup>30</sup>

בשלב השני, לאחר שחולה מסוים נמצא מתאים לקבלת טיפול מציל חיים, הוא מדורג לצורך התיעודף בהשוואה לחולים אחרים שנמצאו מתאימים. הדירוג הוא מ-1 עד 4, כאשר חולה בדרגה 1 יקבל את העדיפות הגבוהה ביותר, ולחולה בדרגה 4 יוקצו משאבים רק במקרים חריגים.<sup>31</sup> לצורך הדירוג נעשה שימוש בארבעה מדדים "רב ממדיים" שהוצעו על ידי הוועדה: מדד תפקודי, מחלות רקע כרוניות, כשל מערכתי והערכה כוללנית של סיכויי השרידות לטווח קצר.<sup>32</sup> במקרה של שוויון בדירוג בין חולים, חברי צוות רפואי יקבלו עדיפות.<sup>33</sup>

בעיקרם של דברים, בכל הנוגע לעקרונות שתוארו עד כה, אין הבדלים מהותיים בין נייר העמדה המקורי לבין הנוסח שפורסם כחודש לאחר מכן. אולם בעקבות הביקורת הציבורית נעשו כאמור שינויים אחדים בנייר העמדה. בראש ובראשונה, הוסיפה הוועדה את הקטגוריה של "מוגבלות" להוראה הכללית המציינת את רשימת העילות שלגביהן חל איסור הפליה. תוספת זו באה לאחר שהנוסח המקורי כלל הוראת שוויון רחבה ביותר (לרבות דת, גזע, מין, נטייה מינית, מעמד חברתי וכו'), אשר לא התייחסה למוגבלות. נוסף על כך, בנייר העמדה המתוקן יש אזכור של חוק השוויון כחלק מעקרונות השוויון שאליה מחויב המסמך, אזכור שלא היה קיים במסמך המקורי. כמו כן נקבע, כי ככל שיהיה בכך צורך, ייעשה שימוש בהתאמות ובתיווך על מנת לברר

28 שם, בעמ' 6.

29 במובן מסוים, תרשים הזרימה כולל שלושה שלבי בחינה, כיוון שנייר העמדה המתוקן מפריד בין השלבים שבהם נבחנים שיקולי ההחרגה וההכללה, שמוצגים במאמר זה כשלב אחד. ראוי נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 17-19 (נספח ב, תרשים זרימה וטבלאות דירוג).

30 נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 17-19 (נספח ב, תרשים זרימה וטבלאות דירוג). שיקולי ההחרגה כוללים את הנתונים הבאים: (קיומן של) הנחיות מקדימות: לא להנשים או לא לאשפז בטיפול נמרץ; חולה שמסרב להתאשפז בטיפול נמרץ; סיכוי טוב להחלמה ללא אשפוז בטיפול נמרץ; פגיעה מוחית קשה; מחלה ממאירה עם פרוגנוזה קצרה.

31 שם, בעמ' 19 (נספח ב, תרשים זרימה וטבלאות דירוג) ו-21 (נספח ג, נייר העמדה של ועדת המשנה הרפואית).

32 שם, בעמ' 11-12 ו-17 (נספח ב, תרשים זרימה וטבלאות דירוג).

33 שם, בעמ' 9. זהו חריג לכלל שלפיו חברי צוות רפואי לא יקבלו עדיפות, גם אם נדבקו במסגרת תפקידם, למעט במקרים שבהם קיים מחסור באנשי צוות.

את רצונו של אדם עם מוגבלות בטרם יוחלט על הענקת טיפול פולשני.<sup>34</sup> לבסוף, הוסיפה הוועדה הבהרות אחדות באשר לפן היישומי של קריטריון סיכויי השרידות. תוספות אלה התייחסו בעיקרן למדד התפקודי, והן ייבחנו בצורה מעמיקה בהמשך הדברים.

מאמר זה מנתח את נייר העמדה בנוסחו העדכני, ולכן אינו מתייחס בהרחבה לפגמים שנפלו בניסוחו של המסמך המקורי. עם זאת, האופן שבו נוסח נייר העמדה לראשונה מעורר שאלות נוקבות בנוגע לשיקולים שעמדו לנגד עיני הוועדה בעת גיבוש ההנחיות המעשיות לתיעודן, הנחיות שנשארו זהות בעיקרן בנוסח המתוקן. איזו משמעות, למשל, יש לייחס לעובדה שמוגבלות היא קבוצת הזהות היחידה שלא נכללה בהוראת השוויון במסמך המקורי? האם שקלו חברי הוועדה בכובד ראש את ההשלכות של בחירה בקריטריון סיכויי השרידות ובמדדים היישומיים על אנשים עם מוגבלות?<sup>35</sup> האם היו מודעים למכלול החובות המוטלות על המדינה בדבר אספקת שירות רפואי מציל חיים באופן שוויוני לאנשים עם מוגבלות ולאנשים ללא מוגבלות, על פי הוראות הדין המקומי והבין-לאומי שישראל מחויבת להן?<sup>36</sup>

התשובות לשאלות אלה חורגות ממסגרת הדיון במאמר זה, וספק אם ניתן להשיב עליהן כלל, אך הן מספקות הקשר חשוב לבחינתו של קריטריון סיכויי השרידות. נוסף על כך, לא ניתן להתעלם מהעובדה שבעוד בפן הרטורי נעשו שינויים חשובים, בפן המעשי נותר המסמך גם בגרסתו המתוקנת זהה כמעט לחלוטין לגרסתו הראשונה. כפי שהציעו כותבות אחרות במסגרת המחאה נגד נייר העמדה, סתירה זו יוצרת רושם שלפיו "התיקונים שהוכנסו בעקרונותיו של נייר העמדה השני משמשים בפועל כעלה תאנה בלבד [...]"<sup>37</sup>.

34 שם, בעמ' 7.

35 השיח הציבורי שהתנהל בתקופה שבין פרסומו של נייר העמדה המקורי לבין פרסומו של הנוסח המתוקן פתח חלון צר לדינמיקה בין חברי הוועדה בעת גיבושו של נייר העמדה. לדברי פרופ' נעם זהר, ראש התוכנית ללימודים מתקדמים בביואתיקה באוניברסיטת בר-אילן ויו"ר ועדת המשנה הפילוסופית-אתית-חברתית, תרשים הזרימה במסמך המקורי כלל "השלכות בעייתיות לגבי אנשים עם מוגבלות". הדבר הטריד אותו והוביל אותו וחברים נוספים בוועדה להפנות שאלה בעניין זה לצוות הרפואי. עם זאת, לדבריו, "לצד הסתפקנו בהסברים שהם [הצוות הרפואי] הציעו. בדיעבד, אני סבור שטעינו בכך ולא השגחנו מספיק בעניין". ראו מערכת על דעת הקהל "אתיקה בימי קורונה: איך קובעים מי קודם למי בהנשמה?" **מכון שלום הרטמן** 4.5.2020 [perma.cc/RV5P-D939](https://perma.cc/RV5P-D939). ראו להלן פרק ג' 1.

36 מכתבן של עורכות הדין רוני רוטלר וד"ר מיה גפן מהקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות באוניברסיטת בר-אילן ועו"ד אביבית בראק-אהרונף מארגון "בזכות", המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות, שנשלח בשם 52 ארגונים לח"כ יולי אדלשטיין, שר הבריאות, ולאחרים, פס' 33 (18.5.2020) [perma.cc/84NH-MY8Y](https://perma.cc/84NH-MY8Y). (להלן: "מכתב דרישה לדחיית המלצות הוועדה").

## ג. המסגרת הנורמטיבית

### 1. אנשים עם מוגבלות והזכויות לחיים ולשוויון בדין הישראלי

נקודת המוצא לדיון במאמר זה היא ההכרה בזכויותיהם של אנשים עם מוגבלות לחיים ולשוויון. זכויות אלה מעוגנות בשורה של מקורות נורמטיביים שונים, ובראשם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ככלל, הזכויות המעוגנות בחוק היסוד מושתתות על ההכרה בערך האדם ובקדושת חייו.<sup>38</sup> הזכות לחיים מעוגנת במפורש בחוק היסוד,<sup>39</sup> ואילו הזכות לשוויון הוכרה כבעלת מעמד חוקתי בהיבטים הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם.<sup>40</sup> הגישה המשתקפת מפסיקתו של בית המשפט העליון ומדברי חקיקה אחדים היא שאת הזכות לשוויון יש לפרש באופן רחב, כך שגם הפליה "תוצאתית", שאינה בהכרח תוצר של כוונה מפלה, עשויה להגיע כדי הפרה של הזכות לשוויון.<sup>41</sup>

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות מעגן בחקיקה את עקרון השוויון ביחס לאנשים עם מוגבלות. אחד מעקרונות היסוד שעליהם מושתת החוק הוא "ההכרה בערך האדם שנברא בצלם".<sup>42</sup> על רקע זה, לפחות שופט אחד בבית המשפט העליון שיווה

<sup>38</sup> ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>39</sup> ראו ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי כל אדם זכאי להגנה על חייו ועל גופו; ראו גם יניב רוזנאי והלל סומר "אם כל הזכויות: הזכות החוקתית לחיים" **משפט ועסקים** יט 537 (2016).

<sup>40</sup> ע"א 10011/17 מי-טל הנדה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פס" 12 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 18.2.2019). זכות חשובה נוספת היא הזכות לבריאות, אשר טרם זכתה להכרה כזכות חוקתית בישראל. בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג (1) 1 (2008). עם זאת, היבטים מסוימים של זכות זו, הרלוונטיים במיוחד לענייננו, הוכרו כבעלי מעמד חוקתי. ראו להלן ה"ש 63 והטקסט הסמוך לה.

<sup>41</sup> בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא (א) 1, 35–37 (2006); ע"ע 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד (2) 1, 36–38 (2010). בכתיבה של מלומדים מהשנים האחרונות נטען כי גישת השוויון התוצאתי, כפי שגובשה בפסיקה בישראל, אינה אלא מכשיר לחשיפת כוונה מפלה, להבדיל מהכרה מהותית בפסול הטמון בתוצאה מפלה של פעולה שלא עומדת מאחוריה כוונה להפלות. ראו משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" **משפט וממשל** יז 147 (2016); ראו גם ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **משפט וממשל** יז 63, 92–93 (2016) (להלן: מדינה "הזכות החוקתית לשוויון").

<sup>42</sup> ס' 1 לחוק השוויון.

לחוק מעמד "מעין חוקתי".<sup>43</sup> חוק השוויון אינו כולל זכות מפורשת לבריאות,<sup>44</sup> אולם הוא אוסר על הפליה מטעמי מוגבלות במקומות ציבוריים ובשירותים ציבוריים, הכוללים, בין השאר, בתי חולים ושירותי בריאות, בהתאמה.<sup>45</sup> באופן ספציפי, חל איסור על הפליה מחמת מוגבלות בכל הנוגע לאספקה או לשימוש בשירות ציבורי.<sup>46</sup> חוק השוויון והתקנות שהותקנו מכוחו מטילים על הגופים המנויים בחוק את החובה להנגיש את הסביבה לאנשים עם מוגבלות, ולספק להם התאמות פרטניות. מטרתן של הוראות אלה היא לאפשר מתן שירות לאנשים עם מוגבלות באופן שוויוני ובאותה רמת נוחות, איכות ובטיחות כפי שניתנת לכלל הציבור.<sup>47</sup> באופן ספציפי, קובע חוק השוויון הוראות מיוחדות לעניין נגישות שירותי בריאות. התקנות שהותקנו מכוחן נועדו להבטיח ששירותים אלה יינתנו לאדם עם מוגבלות "באופן שוויוני, מכובד, עצמאי ובטיחותי",<sup>48</sup> ומבלי שיפחתו ברמתם מהשירותים הניתנים לכלל הציבור.<sup>49</sup> יש הרואים את החובה להתאים את הסביבה הפיזית והרעיונית לאנשים עם מוגבלות כבשורה הגדולה ביותר שמביא עימו חוק השוויון.<sup>50</sup> מדובר בחובה פוזיטיבית המוטלת על גופים הכפופים למשפט הציבורי והפרטי, לנטרל את המכשולים הפיזיים והתפיסתיים אשר מונעים שוויון מהותי לאנשים עם מוגבלות. מאחורי חובה זו עומדת ההכרה בקיומה של מציאות חברתית, שבה דעות קדומות ותפיסות שגויות מובילות להדרה של אנשים עם מוגבלות מהמרחב הציבורי, ולנחיתות בנגישותם למשאבים חשובים, כך שרק תיקון עמוק של תחומי החינוך, התעסוקה, התחבורה והשירותים הציבוריים יבטיח להם שוויון מהותי.<sup>51</sup>

<sup>43</sup> בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר, פס' 45 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר ופסקה א' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.5.2014).

<sup>44</sup> שגית מור "עשרים שנה לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – קווים לדמותה של מהפכה משפטית בהתהוות" **משפט וממשל** כ 267, 279 (2019) (להלן: מור "עשרים שנה לחוק השוויון").

<sup>45</sup> ס' 19 ו-19ה לחוק השוויון.

<sup>46</sup> ס' 19(א)(1)(ב), (ד), 19(א)(1)(3) לחוק השוויון.

<sup>47</sup> ראו ס' 19-יב ו-19טז-יז לחוק השוויון; ראו גם תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירות), התשע"ג-2013.

<sup>48</sup> ת' 2(1) לתקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירותי בריאות ולמקומות נתינתם), התשע"ו-2016.

<sup>49</sup> ת' 3(2) לתקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירותי בריאות ולמקומות נתינתם).

<sup>50</sup> שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" **עיוני משפט** לה 97, 120-122 (2012) (להלן: מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה") (דיון בנושא ההתאמות בהקשר התעסוקתי); שגית מור "משפט נגיש לכל: הזכות לנגישות ונגישות למשפט – ביקורת מוגבלות" **חוקים** ח 15, 46-47 (2016) (להלן: מור "משפט נגיש").

<sup>51</sup> ברק מדינה "שוויון ואיסור הפליה: היקפה של החובה לנטרל את השונות" **ספר שטרסברג-כהן** 203, 219-226 (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן, מורן סבוראי ואלעד

האיסור על הפלייתם של אנשים עם מוגבלות מעוגן גם באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות, שאושרה על-ידי מדינת ישראל בשנת 2012.<sup>52</sup> האמנה אוסרת הן על הפליה מכוונת והן על הפליה "תוצאתית",<sup>53</sup> והיא כוללת שלושה סעיפים רלוונטיים לעניין תיעדוף חולים במצבי חירום. במסגרת סעיף 10 לאמנה ("הזכות לחיים") מתחייבות המדינות החברות לנקוט את כל האמצעים הדרושים כדי להבטיח שאנשים עם מוגבלות ייהנו מ"הזכות הטבועה לחיים" באופן ממשי, בשוויון עם אחרים.<sup>54</sup> בסעיף 11 לאמנה ("מצבי סיכון ומקרי חירום הומניטאריים") נקבע כי מדינות שהן צדדים לאמנה תנקוטנה את כל האמצעים הדרושים כדי להבטיח את הגנתם וביטחונם של אנשים עם מוגבלות במצבי סיכון שונים, לרבות מקרי חירום הומניטאריים, בהתאם להתחייבויותיהן לפי המשפט הבין-לאומי.<sup>55</sup> לבסוף, בסעיף 25 לאמנה (הזכות לבריאות) נקבע בין השאר כי "מדינות שהן צדדים מכירות בכך שלאנשים עם מוגבלויות הזכות ליהנות מרמת הבריאות הגבוהה ביותר האפשרית, ללא הפליה בשל מוגבלותם".<sup>56</sup> באופן ספציפי, סעיף זה מטיל חובה על המדינה למנוע "שיליה מפלה של טיפול רפואי [...] בשל מוגבלות".<sup>57</sup> שלושת הסעיפים המתוארים לעיל, כל אחד מהם לחוד ובמיוחד שלושתם יחדיו, מצביעים על חובתן של מדינות שהן צדדים לאמנה למנוע הפליה של אנשים עם מוגבלות בכל הנוגע לאספקת שירותים מצילי חיים בחירום, הגם שאין בסעיפים אלה התייחסות קונקרטית לשאלה של תיעדוף בתנאי מחסור במשאבים.

האמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות מקרינה על דרך הפרשנות של הדין הישראלי.<sup>58</sup> על כן, יש לפרש את הוראות החוק בהתאם לרוח ולעקרונות של הסעיפים המתוארים לעיל, ובאופן שלא יסתור את ההתחייבויות שישראל נטלה על עצמה עם אשרור האמנה. להשקפתי, יש לייחס להוראות הרלוונטיות באמנה משקל פרשני משמעותי, בשים לב לשני שיקולים מרכזיים. ראשית, מגפת הקורונה היא תופעה גלובלית חוצת יבשות, שפוגעת בצורה דומה במדינות שיש בהן שיטות משפט ומבנים

עפארי עורכים, (2017) (להלן: מדינה "היקפה של החובה לנטרל את השונות"); מור "משפט נגיש", לעיל ה"ש 50, בעמ' 22-25, 45-47.

52 אמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות, כ"א 63, 1 (נפתחה לחתימה ב-2007) (אושרה ב-2012) (להלן: "האמנה").

53 שם, ס' 2.

54 שם, ס' 10.

55 שם, ס' 11.

56 שם, ס' 25 (המבוא לסעיף).

57 שם, ס' 25(1).

58 בפסיקה נקבע כי קיימת חזקה פרשנית שלפיה יש התאמה בין חוקי המדינה לבין גורמות המשפט הבין-לאומי שמדינת ישראל מחויבת להן. חזקה זו חלה גם על סמכויות מנהליות. ראו בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 386 (2006); ראו גם תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 65, 70 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016). בית המשפט העליון אכן נעזר בעבר באמנה לצורך הבהרת משמעותן של הוראות בחוק השוויון. עניין מחמלי, לעיל ה"ש 43, פס' 34 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

משטריים שונים. לכן, ראוי לתת משקל משמעותי לעקרונות מן המשפט הבין-לאומי שאינם נטועים בהקשר תרבותי או מקומי מסוים. שנית, הוראות החוק בישראל אינן נותנות מענה ספציפי לשאלת התייעדוף של משאבים רפואיים בתנאי מחסור. אף על פי שגם האמנה אינה מתייחסת במישרין לסוגיה של תיעדוף חולים, היא מציינת תמונה ברורה לגבי חובת המדינה לתת טיפול רפואי זהה לאנשים עם מוגבלות ולאנשים ללא מוגבלות, בשגרה ובתנאי חירום. יש בכך כדי להצדיק מתן משקל מיוחד לאמנה בתהליך הפרשני.<sup>59</sup>

לבסוף, זכאותם של תושבי ישראל לשירותי בריאות ולטיפול רפואי מעוגנת בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994<sup>60</sup> ובחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.<sup>61</sup> חוק זכויות החולה קובע כי "במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה".<sup>62</sup> בפסיקה אף הובעה העמדה כי הזכות לטיפול במצב חירום רפואי עשויה לזכות בהגנה חוקתית.<sup>63</sup> זאת ועוד, בחוק זכויות החולה נאסר להפלות מטופלים "מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטייה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה".<sup>64</sup> לפחות במקרה אחד, פירש בית משפט בערכאה נמוכה את סעיף הסל "כיוצא באלה" בצורה מרחיבה, באופן שכולל גם נשא HIV.<sup>65</sup>

## 2. הגדרת הקבוצה

"אדם עם מוגבלות" מוגדר בחוק השוויון כ"אדם עם לקות פיסית, נפשית או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים".<sup>66</sup>

<sup>59</sup> כפי שציינה מור, התחייבות המדינה לאמנה "[...] מחזקת באופן עקיף את אותם תחומים שלא הוכרו בחקיקה המקומית אך הוכרו באמנה [...]". מור "עשרים שנה לחוק השוויון", לעיל ה"ש 44, בעמ' 288.

<sup>60</sup> שירותי הבריאות יינתנו לפי שיקול דעת רפואי ובאיכות סבירה במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים ותוך שמירה על כבוד האדם. ס' 3(א), (ד), (ה) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

<sup>61</sup> ס' 3(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

<sup>62</sup> ס' 3(ב) לחוק זכויות החולה. כמו כן, במצב חירום או סכנה חמורה מטיל חוק זכויות החולה חובה על מוסדות רפואיים לטפל באדם כמיטב היכולת; אם לא ניתן לעשות כן – יש להפנות את המטופל למקום שבו יוכל לקבל את הטיפול המתאים. שם, ס' 11(א)–(ב).

<sup>63</sup> בג"ץ 494/03 עמותת הרופאים למען זכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, 334–335 (2004).

<sup>64</sup> ס' 4(א) לחוק זכויות החולה.

<sup>65</sup> ת"א (שלום הר') 57278-09-11 אלמוני נ' פלוני, פס" 8 (פורסם בנבו, 28.6.2015). לדיון בהכרה ב-HIV לא-סימפטומטי כ"מוגבלות", ראו להלן ה"ש 82–83.

<sup>66</sup> ס' 5 לחוק השוויון.



הגדרה זו חובקת קשת רחבה של לקויות. ההגדרה עצמה נוסחה במתכוון בצורה רחבה ופתוחה, כדי לא לתחום את תחולת החוק לרשימה סגורה של מקרים.<sup>67</sup> נוסף על כך, ביחס לפרקים מסוימים, החוק חל גם על מי ש"היה בעבר אדם עם מוגבלות" ועל מי ש"נחשב לאדם עם מוגבלות".<sup>68</sup> לבסוף, הערכאות המנחות בישראל קבעו כי יש לפרש את ההגדרה באופן "רחב וגמיש".<sup>69</sup> בתי המשפט נוהגים להפנות בהקשר זה לדין האמריקני,<sup>70</sup> שם תיקן הקונגרס את החוק הפדרלי (ADA) בשנת 2008 באופן שהרחיב משמעותית את קבוצת האנשים העונים על ההגדרה.<sup>71</sup> על רקע זה, ההגדרה בחוק השוויון חלה על לפחות חלק מ"מחלות הרקע", אשר מגבירות סיכון לתחלואה קשה מ-Covid-19. קבוצה זו של לקויות כוללת, נכון למחקרים עדכניים, מחלות לב ודם, מחלות ריאה כרוניות, השמנת יתר, סרטן, סוכרת, אי-ספיקת כליות, HIV ומחלות כבד.<sup>72</sup>

בעובדה שלפחות חלק ממחלות הרקע עלולות כדי "מוגבלות" לצורך חוק השוויון אין כמובן כדי ללמד שמוגבלות היא שם נרדף למצב רפואי רעוע או שהפתרון להפליה מחמת מוגבלות מצוי במישור הרפואי.<sup>73</sup> חשוב להבחין בין הטענה המוצגת במאמר זה, שלפיה חלק מהאנשים עם מחלות רקע הם אנשים עם "מוגבלות" כמשמעו של מונח זה בחוק השוויון, לבין טענה אחרת שלפיה אנשים עם מוגבלות, בהגדרה, אינם

67 מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 119–120.  
68 ס' 8 (ד) ו-19 סו לחוק השוויון (התחולה של הוראות אלה היא על איסור הפליה בתחום התעסוקה, וכן בשירות ציבורי, במקום ציבורי ובמוצרים).

69 ע"ע (ארצי) 16-10-34784-10 **תרכובות ברום בע"מ – בורוכוב**, פס' 44–48 (פורסם בנבו, 15.10.2018) (פרשנות ההגדרה בהקשר התעסוקתי). ראו גם עניין **מחמלי**, לעיל ה"ש 43, פס' 47 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

70 עניין **בורוכוב**, לעיל ה"ש 69, פס' 25, 44 ו-48; עניין **מחמלי**, לעיל ה"ש 43, פס' 22 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

71 ADA Amendments Act of 2008, Pub. L. No. 110–325, 122 Stat 3553 (2008) (codified at 42 U.S.C §§ 12101–12213). ניתן לטעון שלתיקון זה אין כל משמעות ביחס לדין הישראלי, כיוון שחוק השוויון נחקק כעשר שנים קודם לכן. עם זאת, אני סבור שטענה זו שגויה. ראשית, בתי המשפט בישראל המשיכו להפנות לחוק האמריקני כמקור השראה גם לאחר התיקון, מבלי להסתייג מהתיקון, ולעיתים תוך הפניה מפורשת לתיקון כמקור השראה. ראו למשל עניין **בורוכוב**, לעיל ה"ש 69, פס' 47. שנית, התיקון בחקיקה האמריקנית משנת 2008 בא בתגובה לפרשנות מצמצמת של בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית, כך שלמעשה הוא נועד לשקף את כוונתו של הקונגרס בחקיקה המקורית (1990), ולא לשנות ממנה.

72 *People Who are at Higher Risk for Severe Illness*, CDC (June 25, 2020), <https://perma.cc/H66U-TJBJ>.

73 Susan Wendell, *Unhealthy Disabled: Treating Chronic Illnesses as Disabilities*, 16 HYPATIA 17 (2001). וונדל דנה במערכת היחסים שבין מחלות כרוניות לבין "מוגבלות" וטוענת שחרף ההבדלים בין אנשים "בריאים" עם מוגבלות לבין אנשים עם מחלות רקע יש להקצות מקום לאחרונים בשיח הפוליטי בעניין מוגבלות ופמיניזם.

אנשים "בריאים" – טענה שמאמר זה דוחה.<sup>74</sup> אכן, מוגבלות היא חלק מהמגוון האנושי. אחד המסרים החשובים ביותר של התנועה לזכויות אנשים עם מוגבלות באנגליה ובארצות הברית בעשורים המאוחרים של המאה העשרים התמקד בצורך להתנתק מהמודל הרפואי, היינו, מהתפיסה שלפיה מוגבלות היא עניינו של הפרט אשר יש לנסות ולתקן באמצעות התערבות רפואית. במקום זאת, ביקשו הפעילים למען זכויות לאנשים עם מוגבלות לקדם את המודל החברתי, שלפיו מוגבלות נובעת מאינטראקציה בין הבניות חברתיות לבין לקות פיזית, שכלית או נפשית של אדם.<sup>75</sup> במקרים רבים, אם כן, מוגבלות היא תולדה של הבניות חברתיות, ארכיטקטורה מדירה ומציאות לא שוויונית ביחס לאנשים עם לקויות שונות.<sup>76</sup>

מסיבה זו ומטעמים נוספים, שאלת הקבלתם של מצבי חולי ל"מוגבלות" היא מורכבת ושנויה במחלוקת.<sup>77</sup> גישה מרחיבה למושג "מוגבלות" עשויה לטשטש את גבולות הקבוצה המוגנת, להגדיל משמעותית את היקף האנשים שהחוק מגן עליהם ולהטיל עלויות על מעסיקים ונותני שירותים ציבוריים המחויבים בחובת ההתאמות,<sup>78</sup> תהליכים שעלולים להוביל בסופו של דבר לתגובה חריפה של המגזר העסקי או ל"דילול" הזכות לשוויון. עם זאת, בהכרה במצבי חולי מסוימים כמוגבלות גלומים גם יתרונות: גישה כזו מטילה זרקור על ההבניה של החברה והחיים הציבוריים סביב דמותו של אדם צעיר ובריא פיזית ונפשית (או, ליתר דיוק, סביב המיתוס בדבר קיומו של אדם כזה). היא אף מדגישה את האופן שבו גופים במשפט הפרטי והציבורי מסרבים להתגמש כדי להתאים עצמם לפרטים רבים בחברה שאינם עונים על הגדרה הזו, גם אם התגמשות כאמור כרוכה בנטל מינימלי.<sup>79</sup> גם גישה מצמצמת יותר, שמתמקדת בהגנה על קבוצה מוגדרת של אנשים שהייתה נתונה להפליה היסטורית וחשופה לסטיגמה ודעות קדומות, צפויה להכיר במחלות שונות, כדוגמת איידס (לרבות HIV

74 לדחיית ההקבלה בין "מוגבלות" ל"אי-בריאות" ראו Sean Aas, *Disabled – Therefore, Unhealthy?*, 19 ETHIC THEORY MORAL PRAC 1259 (2016).

75 מור "מתיקן הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 103–105.  
76 אם כי חשוב גם להכיר בכך שמוגבלות כרוכה לעיתים בקשיים שאינם נובעים מהבניה חברתית, כדוגמת כאב. בהתאם לכך, גם התומכים במודל החברתי של מוגבלות אינם מצדדים במודל "טהור" שמנתק כל קשר לתופעות פיזיולוגיות שונות שנלוות ללקות. ראו Elizabeth F. Emens, *Integrating Accommodation*, 156 U. PA. L. REV. 839, 882 (2008).

77 לכתיבה ערכנית בצומת שבין דיני מוגבלות לבין שיה רפואי, ראו Rabia Belt & Doron Dorfman, *Reweighting Medical Civil Rights*, 72 STAN. L. REV. ONLINE 176 (2020) (ביקורת על גישה המבכרת מסגור רפואי (מדיקליזציה) של זכויות אזרח בארצות הברית).

78 SAMUEL R. BAGENSTOS, LAW AND THE CONTRADICTIONS OF THE DISABILITY RIGHTS MOVEMENT 46–47, 53 (2009) (הצגת טענות אלה תוך הסתייגות מהן).

79 שם, בעמ' 47–48; SUSAN WENDELL, THE REJECTED BODY: FEMINIST PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON DISABILITY 37–40 (1996).

במצב לא-סימפטומטי), סרטן, או סוכרת כ"מוגבלויות".<sup>80</sup> לבסוף, הכרה בקשת רחבה של לקויות כ"מוגבלויות" מונעת היררכיה לא רצויה בין אנשים עם מוגבלות "ראויים" לבין מי ש"אינם מוגבלים מספיק".<sup>81</sup>

מנקודת מבט תיאורטית, אם כן, השאלה מיהו "אדם עם מוגבלות" היא תלויה הקשר והשקפת עולם באשר לתכליות ההגנה על אנשים עם מוגבלות. שאלה זו זכתה לתשומת לב רחבה בספרות והיא חורגת מגבולותיו של מאמר זה. החשוב לענייננו הוא שבמישור הדין הפוזיטיבי, אנשים עם חלק ממחלות הרקע שהוזכרו בפסקאות הקודמות צפויים לזכות בהגנה מפני הפליה על פי הוראותיו של חוק השוויון. קביעה זו נלמדת מסקירה של פסיקה רלוונטית,<sup>82</sup> מההגדרה הרחבה והפתוחה בחוק

<sup>80</sup> BAGENSTOS, לעיל ה"ש 78, בעמ' 41–44; מור "מתיקן הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 134.

<sup>81</sup> מור "מתיקן הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 120 ו-134.

<sup>82</sup> לפסקי דין שהכירו באנשים עם לקויות אלה כ"אדם עם מוגבלות", ראו ס"ע (אזורי חי') 11-04-17517 דניאל נ' ק.א.א. הרכבות וחיווט מכשירים אלקטרוניים בע"מ (פורסם בנבו, 19.10.2015) (מחלות יתר לחץ דם, סוכרת, לצד לקויות נוספות) (ערעור על פסק הדין הסתיים בפשרה שאינה שוללת את המסקנות המשפטיות בערכאה הדיונית); סע"ש (אזורי חי') 16-03-31606 פישמן – חברת מוסדות חינוך ותרבות בנשר מיסודה של הסה"י לא"י (פורסם בנבו, 1.5.2019) (סוכרת, לצד לקויות נוספות); תא"מ (שלוס פ"ת) 15-02-1542 פלוני נ' מאיר את לוקסנבורג בע"מ (פורסם בנבו, 1.3.2018) (נשא HIV, ראו גם ההפניות שם, פס' 8) (להלן: עניין מאיר את לוקסנבורג); עניין מחמלי, לעיל ה"ש 43 (דלקת קרום הלב); ת"צ (שלוס הר') 12-04-20259 מנואלה עידו נ' מנופים פיננסיים לישראל (מפל) בע"מ (פורסם בנבו, 17.7.2014) (אי-ספיקת כליות וטיפול בדיאליזה); עב' 1732/04 (אזורי נצ') דה-קסטרו – מ.ב.א. הזורע (פורסם בנבו, 10.7.2005) (סרטן תימוס קרצינומה); ס"ע (אזורי ת"א) 11-02-15697 דוד נ' גיי. סי הלת'קר בע"מ – חטיבת ינסן (פורסם בנבו, 27.6.2011) (סרטן); סע"ש (אזורי ת"א) 13-10-20002 בנרי – יהודה יצוא ויבוא בינלאומי (1971) בע"מ (פורסם בנבו, 20.10.2015) (סרטן). בפסקי דין אחרים ננקטה גישה מצמצמת להכרה במחלות אלה כמוגבלות. ראו למשל סע"ש (אזורי ב"ש) 17-08-5010 סבטליציני – טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (פורסם בנבו, 9.2.2020) (יתר לחץ דם; הטענות בעניין זה הועלו בשלב מאוחר של ההליך); ס"ע (אזורי ת"א) 11-09-3847 איצקל – מבטח סימון סוכנויות לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 8.6.2014) (גידול שאינו ממאיר מסוג אדנומה) (ערעור על פסק הדין נדחה בהיעדר טעם להתערב בממצאי עובדה); עב' (אזורי ת"א) 05/9080 סולודקי – אל.אקס. מובייל סיסטמס בע"מ (פורסם בנבו, 24.7.2008) (תובעת שחלתה בסרטן השד אינה עונה להגדרה של "אדם עם מוגבלות" כיוון שהאישור הרפואי שניתן לה לצורך יום עבודה מקוצר לא היה בתוקף במועד פיתוריה); ע"א (מחוזי מרכז) 16-06-16653 פלוני נ' שבלי (פורסם בנבו, 28.2.2018) (ללא הכרעה בשאלה האם נשא HIV הוא "אדם עם מוגבלות"); רע"א 18/1826 פלוני נ' פרופורציה פ.א.מ.סי בע"מ (פורסם בנבו, 21.11.2018) (נפסק, מבלי לקבוע מסמרות, כי נשא HIV אינו נחשב ל"אדם עם מוגבלות" על פי ס' 5 לחוק השוויון, אך חוק השוויון עשוי לחול בעניינו מכוחו של ס' 19 סו לחוק). על פי רוב, פסקי דין אלה אינם נוקטים לשון נחרצת, והם מבוססים על הנסיבות העובדתיות של כל מקרה ומקרה. מכל מקום, ההנמקות שנלוו לקביעה בעניין המוגבלות בפסקי דין אלה משקפות עדיין, במידה רבה, את המודל הרפואי של מוגבלות,

ומההוראות המרחיבות את תחולתו גם למי ש"נחשב לאדם עם מוגבלות", מההפניה לדין האמריקני<sup>83</sup> ומרוחו הכללית של חוק השוויון שמתמקדת במיגור ההפליה ובצורך בהתאמות, להבדיל מדרישת תנאים קשיחים ומצמצמים לצורך תחולתו.<sup>84</sup>

## ד. ניתוח של קריטריון סיכויי השרידות

### 1. קריטריונים שונים לתיעדוף: רקע

חלק זה של המאמר עוסק בקביעת מדיניות כללית לתיעדוף חולים בזמן מגפה. המיקוד הוא על מחסור במכונות הנשמה, אולם העקרונות המוצגים בו רלוונטיים גם למשאבים אחרים.

החשש מפני מחסור במכונות הנשמה מעורר אתגרים מורכבים. בהנחה שמכונת הנשמה יכולה לטפל בחולה אחד בכל רגע נתון,<sup>85</sup> קיימים משתנים אחדים המשפיעים על קביעת המדיניות לשימוש בהן. ראשית, יש להביא בחשבון שככל שחולה זקוק למכונת הנשמה לפרק זמן ארוך יותר, כך נמנע לכאורה השימוש במכונות הנשמה מחולים אחרים. שנית, לא כל החולים נדרשים לטיפול מציל חיים באותו זמן. שלישית, רבים רואים הבדל מוסרי בין אי-חיבור אדם למכונת הנשמה לבין ניתוק ממכונה זו.<sup>86</sup>

תוך התמקדות יתרה בסטטוס הרפואי של התובע או התובעת על חשבון בחינה של ההיבטים המגבילים בסביבת העבודה. ראו גם מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 133–134. לפחות בכל הנוגע ללקויות שמשויכת אליהן סטיגמה חמורה, כדוגמת HIV, פסקי דין אלה אף אינם עולים בקנה אחד עם ההלכות המנחות לעניין הגדרת "מוגבלות", כדוגמת עניין **מחמלי**, אשר שואבות השראה מהדין האמריקני. לפסק דין של בית המשפט העליון האמריקני שהכיר ב-HIV כמוגבלות, אף בטרם התיקון החקיקתי המרחיב של 2008, ראו (1998) 624 U.S. 624 *Bragdon v. Abbott* (קביעה ש-HIV גם במצב לא-סימפטומטי, מגביל באופן מהותי את היכולת להקים משפחה ביולוגית, שהיא אחד מתחומי החיים העיקריים).

83 לסקירה של פסיקה שהכירה בסרטן, בסוכרת, במחלת לב וב-HIV כ"מוגבלות" לאחר התיקון החקיקתי ב-2008, ראו *Kevin Barry, Chasing the Unicorn: Anti-Subordination and the ADAAA*, 14 CONN. PUB. INT. L.J. 207, 223 (2015).

84 מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 134.

85 אך ראו מיטל יסעור בית-אור "נמצא הפתרון למחסור? מכונת הנשמה תחובר לשני אנשים" **ישראל היום** 29.3.2020 [www.israelhayom.co.il/article/746833](http://www.israelhayom.co.il/article/746833).

86 מטעם זה, נייר העמדה לא הכריע בשאלה האם יש לנתק חולה ממכשיר הנשמה כסיכויי הישרדותו קלושים. הוועדה ציינה כי לנוכח המצב בשטח במועד פרסומו של המסמך לא נדרשה הכרעה בשאלה זו, וכי אם היא תהיה אקטואלית בהמשך, תתכנס הוועדה לדיון מהיר בסוגיה. בהקשר זה, הפנתה הוועדה גם אל ההוראה הקבועה בס' 21 לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, אשר אוסרת, ככלל, הפסקת טיפול רפואי רציף בחולה הנוטה למות. נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 7. פרוטוקולים של מדינות אחדות בארצות הברית מתירים לנתק חולים ממכשירי הנשמה אם מצבם הרפואי מחמיר כדי לאפשר טיפול בחולים אחרים שסיכוייהם לשרוד טובים יותר. הוראות אלה עוררו

משנתנים אלה משפיעים על השאלה כיצד לקבוע מי מבין החולים יחובר למכונת הנשמה בכל רגע נתון.

קיימות גישות שונות לשאלת ההקצאה של מכונות הנשמה בנסיבות אלה. ניתן לתאר את הגישות השונות כנקודות על ציר. בקצה אחד של הציר נמצאת הגישה שלפיה, ככלל, בעת ביצוע התייעדוף לא ראוי להתחשב בקיומן של לקויות או של מחלות שקדמו להידבקות בנגיף. על פי גישה זו, החריגים היחידים שבמסגרתם ראוי להתחשב בלקות או במצב רפואי קודמים, הם מקרים שבהם אדם נמצא במצב רפואי כה רעוע, עד שקיימת רמה גבוהה של ודאות שהוא צפוי למות בטווח הזמן המידי,<sup>87</sup> או מקרים שבהם הלקות הקיימת מבטלת או מאיינת את התרומה של ההתערבות הרפואית. בכל מקרה אחר, יש להימנע מכל הבחנה על בסיס לקות או מצב רפואי קיימים, גם אם על דרך של שימוש בהגדרה או באמת המידה של קדימות בזמן.<sup>88</sup> בקצה השני של הציר מצויה גישה שמטרתה להציל מרב שנות חיים, אשר מביאה בחשבון גם את "איכות החיים" בשנים שנותרו ואף את "ערכם החברתי" של החולים.<sup>89</sup> בין שתי נקודות הקצה קיימות, כמובן, גם גישות ביניים – למשל התחשבות בשנות חיים אך לא באיכות החיים של החולים.

ביקורת בקרב אנשי צוות רפואי, אשר ציינו, על סמך ראיות ראשוניות, שבמקרים רבים מצבם של חולי Covid-19 מחמיר לפני שהוא משתפר. ראו Mike Baker & Sheri Fink, *At the Top of the COVID-19 Curve, How Do Hospitals Decide Who Gets Treatment*, N.Y. TIMES (Mar. 31, 2020), <https://perma.cc/U3EM-LX95>.

<sup>87</sup> בדיון הישראלי, הוראה ברורה זו מעוגנת בס' 13 לחוק החולה הנוטה למות. על-פי הכלל הקבוע ברישא, "חולה הנוטה למות, הרוצה שחייו יוארכו, ומבקש טיפול רפואי שלדעת הרופא האחראי, אין לו הצדקה בנסיבות הענין, יש לכבד את רצונו ולתת לו את הטיפול המבוקש בהתאם לכל דין [...]". בהמשך לכך, נקבע בסיפא של הסעיף חריג לכלל: "הוראות סעיף זה לא יחולו לגבי טיפול רפואי שלדעת הרופא האחראי אינו צפוי להאריך את חייו, או עלול לגרום נזק משמעותי למטופל או לזולתו". מסייג זה אפשר ללמוד כי במקרה של מחסור במשאבי רפואה, קיימת הצדקה להפסיק טיפול שמקבל אדם "הנוטה למות", כאשר הטיפול אינו מוצדק עוד מבחינה רפואית, על מנת שניתן יהיה להקצות את משאבי הטיפול למטופלים אחרים. עיון בדברי הסבר של הצעת חוק החולה הנוטה תרחיש כזה עמד לנגד עיניהם של המחוקקים. ראו דברי הסבר של הצעת חוק החולה הנוטה למות, התשס"ה-2004, ה"ח הממשלה 145, 459 ("גרימת נזק משמעותי לזולת יכולה להיות למשל על ידי [...] המשך 'טיפול עקר' בחולה הנוטה למות [...] המונע מתן טיפול הולם לחולה אחר שסיכויו להחלים גבוהים"). חשוב לציין שההוראה חלה רק על "חולה הנוטה למות", היינו, אדם שנקבע כי הוא סובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא, ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה על שישה חודשים, כך לפי ס' 8(א) לחוק החולה הנוטה למות. לפיכך, דומה שהוראה זו אינה חלה על כל החולים שידורגו בעדיפויות נמוכות במסגרת התייעדוף, אלא רק על אלה שמצבם כה חמור עד שאין להם סיכויים ממשיים לשרוד בטווח הקצר.

<sup>88</sup> Hensel & Wolf, לעיל ה"ש 7, בעמ' 727 (תיאור של עקרון "הסיכוי ההוגן"); Samuel R. Bagenstos, *Who Gets the Ventilator? Disability Discrimination in Covid-19 Medical Rationing Protocols*, 130 YALE L.J.F. 1, 4 (2020).

<sup>89</sup> Hensel & Wolf, לעיל ה"ש 7, בעמ' 726–728.

במישור המעשי, תורגמו הגישות השונות, על ידי ועדות תיעודף ברחבי העולם, לקריטריונים שעל פיהם יש לבצע את התיעודף. בחלק מהמדינות, התייחס התיעודף במפורש לגיל או למוגבלות של אדם כאל קריטריון העומד בפני עצמו.<sup>90</sup> במקרים אחרים נעשתה ההתייחסות למוגבלות רק באופן עקיף. דבורה הלמן וקייט ניקולסון הצביעו על ארבעה קריטריונים שאינם מתייחסים בצורה מפורשת לקיומן של לקויות קיימות במסגרת התיעודף.<sup>91</sup> על פי קריטריון ה"יעילות", התיעודף יתבסס על השאלה כמה זמן נדרש לאדם להיות מחובר למכונת הנשמה לצורך הישרדותו (ככל שהזמן קצר יותר כך העדיפות גבוהה יותר, מתוך הנחה שחולים רבים יותר יוכלו להיעזר במכונות הנשמה). על פי קריטריון "תוחלת החיים", התיעודף יתבסס על השאלה כמה שנים צפוי אדם לחיות לאחר החלמתו מהמחלה. על פי קריטריון "איכות החיים", התיעודף יתבצע על פי איכות החיים המשווערת של אדם לאחר החלמתו. לבסוף, על פי קריטריון "סיכויי השרידות", תינתן עדיפות גבוהה יותר למי שסיכוייו להחלים גבוהים יותר. בחלק מהמקרים שאלות אלה קשורות זו בזו, לפחות במידה מסוימת, או נשקלות זו לצד זו. עם זאת, מבחינה אנליטית הן שונות זו מזו וניתנות להבחנה הן במישור התיאורטי והן במישור המעשי.

הקריטריון שהוצע בנייר העמדה הישראלי הוא קריטריון סיכויי השרידות. בנייר העמדה המתוקן אף הודגש שמדובר בסיכויי השרידות "לטווח קצר", הדגשה שלא הייתה קיימת במסמך המקורי. עם זאת, חשוב גם להצביע על פער מסוים בין הרטוריקה שאותה נוקט נייר העמדה לבין מאמר מדעי-רפואי שמציג תרשים זרימה כמעט זהה לזה שמופיע בנייר העמדה, ואשר עושה שימוש במונח "שנות חיים" ובמונחים נוספים שמעוררים אסוציאציה לקריטריון "תוחלת החיים".<sup>92</sup> המאמר האמור נכתב על ידי

<sup>90</sup> כך למשל, קווים מנחים שגובשו במדינת אלבמה בארצות הברית הציבו בעדיפות נמוכה אנשים עם מוגבלות שכלית – לרבות דמנציה בינונית עד חמורה – בהקצאת מכונות הנשמה במקרה של מחסור במשאבים. אלבמה גנזה את הפרוטוקול בעקבות מאבק והגשת תלונה של ארגוני זכויות מתחום המוגבלות, שהובילו להתערבות של מחלקת הבריאות ושירותי אנוש בממשל האמריקני. תהליך דומה אירע במדינת טנסי, ששינתה את הפרוטוקול שלה באופן משמעותי במסגרת פשרה עם מחלקת הבריאות, בעקבות הגשת תלונה של ארגוני זכויות לאנשים עם מוגבלות. גם מדינות נוספות, בהן וושינגטון, כללו התייחסות מפורשת למוגבלות כעילה למתן עדיפות נמוכה בהקצאת משאבים מצילי חיים. Bagenstos, לעיל ה"ש 88, בעמ' 2–3; & Press Release, Dep't of Health Hum. Servs., *OCR Resolves Complaint with Tennessee After it Revises its Triage Plans to Protect Against Disability Discrimination* (June 26, 2020), <https://perma.cc/FHU9-4X4MG>.

<sup>91</sup> Hellman & Nicholson, לעיל ה"ש 8.

<sup>92</sup> Charles L. Sprung et al., *Adult ICU Triage During the Coronavirus Disease 2019 Pandemic: Who Will Live and Who Will Die? Recommendations to Improve Survival*, 48 *CRITICAL CARE MED.* 1196 (2020). להפניה למאמר זה, ראו נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 12. המשפט המלא אשר עושה שימוש במונח "שנות חיים", ואשר מופיע בעמוד הראשון למאמר, הוא כדלקמן: "A triage algorithm based on clinical estimations of the incremental survival benefit (saving the most life-years) provided by

קבוצה של מומחים בהם יו"ר ועדת המשנה הרפואית של הוועדה, והוא מוזכר בנייר העמדה המתוקן כ"אלגוריתם" שעליו מבוסס כלי ההערכה לאומדן סיכויי השרידות המוצע בנייר העמדה. ייתכן שניתן ליישב את הסתירה בין השימוש בקריטריון סיכויי השרידות לטווח קצר בנייר העמדה לבין המונח "שנות חיים" המוזכר במאמר המדעי-הרפואי תוך היעזרות באמירות נוספות באותו מאמר, שמהן ניתן להבין שהמטרה הכללית של ההנחיות המוצעות בו אינה בהכרח הצלת כמה שיותר "שנות חיים"<sup>93</sup>. אולם, חרף הסתייגויות אלה, אציין בזהירות המתבקשת שהשוואה בין שני המסמכים מחזקת את התחושה כי קיים פער מסוים בין העקרונות המתוארים בחלק הכללי של נייר העמדה המתוקן לבין ההמלצות היישומיות הכלולות בו.<sup>94</sup>

## 2. קריטריון סיכויי השרידות: דיון כללי

מדוע העדיפה הוועדה את קריטריון סיכויי השרידות על פני אפשרויות אחרות? התשובה נעוצה בהבטחה הגלומה בקריטריון זה – הצלה של חיי אדם רבים ככל האפשר.<sup>95</sup> כמו כן, קריטריון זה נתפס כקריטריון ניטרלי, שאינו מבחין במפורש בין

"ICU care is proposed". Sprung et al. ראו, שם, בעמ' 1196. השימוש במילים life-years עשוי לעמוד בסתירה מסוימת להצהרה בנייר העמדה שלפיה אין לכלול בתיעודף "שנות חיים, ובכלל זה שיקולי גיל". ראו נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9. נוסף על כך, המאמר המדעי מציין ש"גיל" הוא אחד השיקולים שיש לשקול בעת ביצוע התיעודף, אך אסור לשקול אותו כשיקול יחיד. ראו Sprung et al., שם, בעמ' 1200: "Although age should be taken into consideration along with other variables, age should not be the sole determining factor in triage decisions". לעומת זאת, נייר העמדה מציין במפורש כי "[...] הגיל הכרונולוגי כשלעצמו איננו מהווה שיקול לגיטימי בתיעודף לטיפול מציל חיים, אלא כחלק ממכלול גורמי הסיכון". ראו נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9.

כך למשל, המאמר המדעי-הרפואי כולל אמירה שלפיה התחשבות בשנות חיים תיעשה במקרה שבו מספר המטופלים בעדיפות הראשונה גבוה ממספר המשאבים הזמינים ברגע נתון. ראו Sprung et al., לעיל ה"ש 92, בעמ' 1198. אמירה דומה קיימת גם בתרשים הזרימה שצורף לנייר העמדה, אם כי שם ננקט ניסוח עמום שאינו כולל את המילים "שנות חיים". ראו נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 17 ("במקרה של שוויון – ההקצאה תהיה על בסיס הסיכוי המירבי להצלת חיים, בהתחשב הן במחלות אקוטיות והן במחלות כרוניות של החולה"); ראו גם שם, בעמ' 22 (נספח 11, נייר העמדה של ועדת המשנה הרפואית) (אמירה מפורשת ומפורטת יותר שכוללת את המילים "שנות חיים"). ראו לעיל ה"ש 35 ו-37 והטקסט הסמוך להן.

הרציונל שעומד מאחורי תפיסה זו מוסבר לעיתים בדוגמה מספרית. נניח שיש ארבע מכונות הנשמה פנויות ושמונה חולים הזקוקים להן. סיכוייהם של ארבעה מהחולים לשרוד עומדים על 75 אחוזים, בעוד סיכוייהם של ארבעת האחרים עומדים על 25 אחוזים בלבד. במקרה כזה, על פי הטיעון, מתן מכונות הנשמה לארבעת החולים שסיכוייהם לשרוד גבוהים יותר תביא להצלתם, בממוצע, של שלושה חולים, בעוד מתן מכונות הנשמה לחולים שסיכוייהם לשרוד הם 25 אחוזים תביא להצלתו, בממוצע, של אדם אחד. על פי דוגמה זו, התחשבות בסיכויי השרידות תוביל להצלתם של בני אדם רבים יותר ממספר האנשים שיינצלו אם יישמו שיטות אחרות. ראו Persad, לעיל ה"ש

אנשים עם מוגבלות לבין אנשים ללא מוגבלות, ואף אינו מתייחס באופן מפורש לגיל. יתרון נוסף של קריטריון סיכויי השרידות הוא היותו מבוסס, לפחות למראית עין, על בחינה פרטנית של מצבו של כל חולה, באופן ששולל התייחסות לאדם רק בשל היותו חלק מקבוצה (אם כי, לטענתי, הכלים היישומיים שבהם נעשה שימוש בנייר העמדה המתוקן אינם משקפים בהכרח גישה זו, כמתואר להלן). במובן זה, קריטריון סיכויי השרידות פותח פתח צר יותר להטיות ולהשפעה של דעות קדומות על תהליך התייעודף לעומת קריטריונים אחרים.

כך למשל, הוועדה בחרה שלא לשקול את איכות החיים הצפויה לאדם לאחר החלמתו,<sup>96</sup> ובצדק עשתה כך. בקרב חוקרים קיימת הסכמה רחבה יחסית שאין זה ראוי לשקול שיקול זה, כיוון שהוא פותח פתח רחב לשיקולים פסולים המבוססים על דעות קדומות.<sup>97</sup> לתפיסה זו יש עיגון בפסיקה הישראלית. כפי שקבע השופט (כתוארו אז) תאודור אור בפסק דין מ-1977, "איננו בוחנים את התועלת שבביצוע פרוצדורה רפואית, אשר יש בה כדי להאריך את חייו של פלוני, על פי שיפוטנו בדבר איכות חייו, או בדבר ערכו של אותו אדם לחברה".<sup>98</sup> בהמשך לכך, ציין השופט אור את הדברים הבאים:

ההתחשבות בשיקולים הנוגעים לאיכות חייו של החולה, כפי שהחברה רואה אותם, עלולה ליצור סיכון בלתי נסבל לחייהם של אותם בני-אדם חסרי ההגנה, הסובלים מנכויות קשות או מליקויים נפשיים או פיזיים חמורים [...] סיכון זה מוגבר בשל העובדה שהערכות בדבר איכות חייו של האחר הן במידה רבה סובייקטיביות. במצב דברים זה, קיימת סכנה מוחשית, כי ייעשה שימוש לרעה בשיפוט הסובייקטיבי בדבר איכות חייהם של החלשים, אשר יוביל לפגיעה חמורה,

7, בעמ' 42 (אם כי השימוש במספרים ודרך הטיעון שונים במקצת מאלה המוצגים בהערה זו).

<sup>96</sup> אך ייתכן ששיקול זה נלקח בחשבון במסמכים שגובשו על ידי בתי החולים עצמם. ראו אור קשתי "השאלה מתי לנתק חולה ממכונת הנשמה לטובת אחר היא כבר לא תרגיל תיאורטי" **הארץ** 3.4.2020. [www.haaretz.co.il/news/health/premium-1.8736156](http://www.haaretz.co.il/news/health/premium-1.8736156)

<sup>97</sup> Hensel & Wolf, לעיל ה"ש 7, בעמ' 753-757; Bagenstos, לעיל ה"ש 88, בעמ' 7-15; Hellman & Nicholson, לעיל ה"ש 8, בעמ' 31-34. Persad, לעיל ה"ש 7, בעמ' Ezekiel J. Emanuel et al., *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, New ENG. J. MED. 2049, 2052 (May 21, 2020), <https://perma.cc/5T4V-5FWL>.

<sup>98</sup> רע"א 5587/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אכר (קטיין)**, פ"ד נא(4) 830, 852 (1997).



## אולי בלתי הפיכה, בעיקרון הבסיסי של קדושת החיים.<sup>99</sup>

אם כן, קרוב לוודאי שאילו היה נייר העמדה מאמץ את קריטריון "איכות החיים", היה קריטריון זה נפסל מחמת הפליה של אנשים עם מוגבלות.<sup>100</sup> קריטריון איכות החיים מעורר קשיים מהותיים ביחס לכל אחד ממבחני המידתיות (לרבות בשאלת קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי לבין התכלית של הצלת מרב חיי אדם), והוא אף מהווה תנאי שלא ממין העניין לפי חוק השוויון.<sup>101</sup> במונחים של מבחני המידתיות, ניתן לטעון אפוא שפגיעתו של קריטריון סיכויי השרידות בזכויות היא פחותה מפגיעתם של קריטריונים אחרים, בדגש על קריטריון איכות החיים. אולם, כפי שאראה להלן, אנשים עם מוגבלות צפויים להיות מדורגים בעדיפויות הנמוכות על פי קריטריון סיכויי השרידות באופן שאינו פרופורציונלי לשיעורם בקרב קבוצת המטופלים. למעשה, יש אף יסוד לחשש שאנשים עם לקויות קיימות ישובצו בעדיפויות נמוכות גם אם סיכויי ההחלמה שלהם שווים לאלה של אחרים או גבוהים מהם. חשש זה נובע, בראש ובראשונה, מהמדדים שנבחרו לצורך יישומו של קריטריון סיכויי השרידות: המדד התפקודי ומדד מחלות הרקע.

### 3. המדדים שהוצעו ליישום קריטריון סיכויי השרידות

תרשים הזרימה שצורף לנייר העמדה המתוקן מנחה את הגורמים המעורבים בתיעדוף לחלק את החולים לארבעה דירוגים בהתאם לסיכוייהם לשרוד, כאשר הדירוג הראשון משקף את הסיכוי הגבוה ביותר. לצורך הדירוג, נשען נייר העמדה על ארבעה

<sup>99</sup> שם, בעמ' 853–854; ראו גם ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 172 (1993) ("משמחילים להעריך ולשקול ערכם של חיי אדם, מדרך העולם והשיגרה ש'הערכה' ו'שקילה' אלה יביאו תחילה לכלל היתר הריגתם של אנשים שגופם ונפשם פגועים ביותר, ולאחר מכן – גם של אלה שפגועים במידה קצת פחותה, ובמשך הזמן לא יהא שיעור עד כמה מידה זו צריכה להיות פחותה"); ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פ"ד סה(2) 797 (2012) (ביטול עילת התביעה בגין "חיים בעולה").

<sup>100</sup> Hensel & Wolf, לעיל ה"ש 7, בעמ' 757 ( [ . . ] Quality of life determinations are unlikely to survive a challenge under the ADA ).

<sup>101</sup> במובן מסוים, מבחן איכות החיים משקף הפליה כפולה, כיוון שלא זו בלבד שהוא מבוסס על התחשבות סובייקטיבית שרירותית, הוא גם מבוסס על ההנחה שאיכות חייהם של אנשים עם מוגבלות היא פחותה, בניגוד לאופן שבו אנשים עם מוגבלות תופסים את איכות חייהם. ראו בהרחבה Elizabeth F. Emens, *Framing Disability*, 2012 U. ILL. L. REV. 1383, 1391-93 (להלן: Emens, *Framing Disability*) (דיון ב"פרדוקס של מוגבלות", שלפיו קיים פער גדול בין האופן שבו אנשים עם מוגבלות מעריכים את רמת האושר שלהם, לבין האופן שבו אנשים ללא מוגבלות מדמיינים את רמת האושר של אנשים עם מוגבלות). נוסף על כך, אפשר שגם אנשים המשתייכים לקבוצות זהות נוספות באוכלוסייה, יעריכו באופן מפלה את איכות החיים של חברי קבוצות אחרות, בכך שיחשיבו אותה כאיכות חיים פחותה. אני מודה לקוראת האנונימית על הפניית תשומת הלב לנקודה זו.

מדדים, כמתואר לעיל. בענייננו, שני מדדים חשובים במיוחד: המדד התפקודי ומדד מחלות הרקע. אלה הם שני המדדים הראשונים שיש לבחון לפי תרשים הזרימה, ודי בכל אחד מהם בנפרד כדי להציב חולה בעדיפות נמוכה לקבלת טיפול רפואי.<sup>102</sup> עובדה זו משמעותית במיוחד בענייננו, כיוון ששימוש במדדים אלה במסגרת התיעדוף פוגע בזכותם של אנשים עם מוגבלות לשוויון.

### (א) המדד התפקודי

המדד התפקודי פותח על-ידי Eastern Cooperative Oncology Group (ECOG) לפני כ-35 שנה.<sup>103</sup> הוא כולל חמש דרגות תפקוד. הדרגה הגבוהה ביותר (0) היא "תפקוד מלא טרם המחלה" והנמוכה ביותר (4) היא "נכות מלאה"; לא מסוגל לדאוג לעצמו. מרותק למיטה או לכיסא".<sup>104</sup> זהו כלי מקובל למדידת רמת תפקוד גופנית של חולים, שפותח על מנת לנבא היבטים מסוימים של מחלת הסרטן, למשל בחינת תגובה לטיפול כימותרפי, סבילות לטיפול, סיכויי החלמה ואיכות החיים של המטופל.<sup>105</sup> לפי נייר העמדה המתוקן, מדד זה הוא "מנבא מובהק של הישרדות במצבים רפואיים רבים, כולל בקשישים, בחולים עם דלקת ריאות, ובחולים המאושפזים בטיפול נמרץ".<sup>106</sup> על פי נייר העמדה המתוקן, היתרון הגלום במדד התפקודי הוא היותו מבוסס על משתנים שהם קלים להערכה תוך זמן קצר.<sup>107</sup> אולם בכך גם טמונה חולשתו. משתנים אלה מנוסחים בצורה כה כללית עד שלפחות על פני הדברים קשה לראות כיצד הם רלוונטיים למדידת סיכויי הישרדות למחלת Covid-19. כך למשל, חולה מסוים ידורג בעדיפות השלישית לקבלת טיפול מציל חיים אם הוא נמצא בדרגת תפקוד 3 ("מוגבל ביכולת לדאוג לעצמו ומרותק למיטה או לכיסא ברוב שעות היום"). אולם, מי שנעזרת בכיסא גלגלים עשויה להיות מוגדרת "מרותקת לכיסא" גם אם היא בריאה לחלוטין.<sup>108</sup> על רקע זה, מתעורר החשש שחולים עם מוגבלות לא יקבלו טיפול מציל חיים אך ורק

<sup>102</sup> ראו נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10 ("המדדים צריכים להיות רשומים לפי משך הזמן הנדרש להערכתם, כשהקצר קודם לארוך ועם התקדמות הגיונית כך שאם לא עומדים בקריטריונים, הרופא יכול לעבור במהירות למועמד הבא, וזאת כדי לייעל באופן מירבי את תהליך התיעדוף [...]"), ובעמ' 17 (נספח ב, תרשים הזרימה שלפיו התיעדוף מתבצע, שבו ננקטו המילים "וגם/או" בעדיפויות השנייה והשלישית, והמילה "או" בעדיפות הרביעית).

<sup>103</sup> *ECOG Performance Status*, ECOG-ACRIN: CANCER RESEARCH GROUP, <https://perma.cc/XS2G-DSCV> (last visited Apr. 21, 2020).

<sup>104</sup> נייר העמדה המקורי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 15 (נספח ב, תרשים זרימה וטבלת דירוג). לבחירה בשימוש במונחים המתורגמים לעברית של המדד התפקודי, אשר נכללו בנייר העמדה המקורי, ראו לעיל ה"ש 10.

<sup>105</sup> Sarah E. Quinn et al., *The Correlative Strength of Objective Physical Assessment Against the ECOG Performance Status Assessment in Individuals Diagnosed with Cancer*, 100 *PHYSICAL THERAPY* 416, 417 (2020).

<sup>106</sup> נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11.

<sup>107</sup> שם.

<sup>108</sup> לדיון במערכת היחסים שבין "מוגבלות" לבין "בריאות", ראו לעיל ה"ש 73–74.

מחמת המוגבלות, גם אם סיכויי ההחלמה שלהם מ-Covid-19 גבוהים יותר מסיכוייהם של חולים אחרים ללא לקויות קודמות, או שווים להם. במענה לביקורת שהתעוררה על רקע זה, סיפקה הוועדה, בנייר העמדה המתוקן, הסבר קונקרטי לשימוש במדד התפקודי. על פי הספרות הרפואית, כך הסבירה הוועדה, "ככל שהתפקוד היומיומי נמוך יותר, כך נמוכה יותר הפעילות השרירית והתפקוד הנשימתי, ובאותה מידה פוחתים סיכויי השרידות"<sup>109</sup>. בהמשך לכך, הוסיפה הוועדה הערה המופנית לצוות הרפואי, שלפיה "יש להתייחס לדרגת התפקוד רק ככל שהדבר נוגע לסיכויי השרידות לטווח קצר, ויש להקפיד על כך במיוחד בהערכה של אנשים עם מוגבלויות"<sup>110</sup>.

אולם, גם לאחר הבהרות ותוספות אלה ואחרות, נותר נייר העמדה במקרה הטוב, עמום, לא קוהרנטי ובעל סתירות פנימיות. ככל שניתן להבין, המסר שנייר העמדה המתוקן מנסה לשרר הוא, שהדירוג יתבצע רק על פי נתונים הנוגעים במישרין לסיכויי השרידות בטווח הקצר, כך שלכאורה אין חשש שאדם המשתמש בכיסא גלגלים, לדוגמה, ידורג בעדיפות נמוכה רק בשל היותו "מרותק לכיסא". אולם, באותה נשימה, נייר העמדה המתוקן מכיר כאמור בכך ש"ככל שהתפקוד היומיומי נמוך יותר [...] פוחתים סיכויי השרידות". האם הכוונה לתפקוד "יומיומי" בזמן שגרה או רק לאחר הדבקה בנגיף? נייר העמדה המתוקן אינו מספק תשובה נחרצת לשאלה זו, וגם בחינת ההתבטאויות של חברי הוועדה בתקשורת, בעת שהתייחסו למדד התפקודי כפי שהוצג בנייר העמדה המקורי, אינה מובילה למסקנה ברורה.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10.

<sup>110</sup> שם, בעמ' 17 (נספח ב, תרשים זרימה וטבלאות דירוג).

<sup>111</sup> השווו בין דבריה של ד"ר תמי קרני, יו"ר הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל ואחת מיושבי הראש של הוועדה הציבורית, אשר ציינה, בין היתר, כי "המדד לא מדבר על אנשים שחיים בכיסא גלגלים ומפעילים את עצמם. הרופאים מכירים את המדדים האלה ולא משתמשים בהם כדי להפלות אנשים", ובמקום אחר: "ברור שאדם נכה בגלל מחלת הפוליו מגיל 5 לא נכנס לתוך המדד כמישהו שעומד למות מזה", לבין דבריו של פרופ' אברהם שטיינברג, מנהל היחידה לאתיקה רפואית בבית החולים "שערי צדק" ואחד מיושבי הראש של הוועדה הציבורית: "תפקוד פיזי אומר שכלל שהוא [החולה] יותר מוגבל ביכולות שלו לנוע, הסיכון שלו יורד [ככל הנראה הכוונה לכך שהסיכון עולה על זה הרבה מאוד עבודות – הסיכון שלו יורד] ככל הנראה הכוונה לכך שהסיכון עולה – י"ק]. זה לא מרכיב מרכזי בשום אופן, זה רק אחד משלושה קריטריונים [...] אם כל הבעיה שלו [תולה שזקוק למכונת הנשמה] היא שהוא לא יכול ללכת על רגל אחת, הוא מבחינתי שווה למי שיכול ללכת על שתי רגליים. אבל אם הוא לא יכול ללכת בכלל, והיכולות שלו מבחינה שרירית הן יותר נמוכות – הרי צריך להבין, כשמנשימים אדם, אז במהלך ההנשמה הוא מקבל באופן שווה, בין אם הוא כשיר ללכת ובין אם לא. אבל באיזשהו שלב צריך גם לנתק אותו מהמכונה, ואחרי הניתוק מהמכונה, יש צורך בשיקום מאוד מאוד מורכב לאחר טיפול הנשמת. ככל שהרזכות היו מלכתחילה ירודות יותר, סיכויי השרידות מבחינה רפואית טהורה הם נמוכים יותר". ראו בהתאמה, אור קשתי "במשרד המשפטים טוענים כי העקרונות לתעדוף חולים קשים מפלים את הנכים" **הארץ** (להלן: קשתי www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.8778135 18.4.2020)

מכל מקום, וכאן טמון הקושי העיקרי, נייר העמדה המתוקן אינו מבהיר איך תבצע ההבחנה בין דרגת תפקוד שנוגעת לסיכויי השרידות לטווח קצר לבין דרגת תפקוד שנובעת מלקות שקדמה להידבקות בנגיף. אחת ההבהרות שנוספו בנייר העמדה המתוקן מדגימה קושי זה. בגרסה המתוקנת הוסיפה הוועדה דוגמה, שלפיה במצבים מסוימים, קיומה של לקות פיזית שמגבילה את התפקוד היומיומי לא תוביל בהכרח לדירוג בעדיפות נמוכה. על פי דוגמה זו, "יש להניח שספורטאי פארא-אולימפי קטוע רגליים הוא בעל סיכויי הישרדות טובים משל אדם הסובל מאי ספיקת לב, גם אם אותו ספורטאי נזקק לעזרה בחלק מפעולות היום-יום"<sup>112</sup>. בכך יש כדי להראות, לכאורה, שהמדד התפקודי אינו מפלה באופן קטגורי אנשים עם מוגבלות שהלקות שלהם משפיעה על מצבם התפקודי.

הבהרה זו יכולה הייתה להיות מעודדת אילו היה לה ביטוי כלשהו במדד התפקודי. אלא שמדד זה, כשלעצמו, אינו מספק שום כלי שיש בו כדי להעריך בצורה שונה את סיכויי השרידות של אותו ספורטאי שמוזכר בדוגמה. בשל היותו קטוע רגליים, הספורטאי הוא "מרותק לכיסא", כהגדרתו של מונח זה במדד התפקודי, ולכאורה אין זה משנה שסיכויי ההחלים מ-Covid-19 טובים יחסית. למעשה, ההבהרה שהוסיפה הוועדה רק מדגישה מדוע המדד התפקודי מפלה אנשים עם מוגבלות, זאת מן הטעם הפשוט שקריאת המדד כפשוטו מציבה בעדיפות נמוכה אנשים עם מוגבלות "תפקודית", ללא קשר לנתונים רלוונטיים אחרים (כגון היותם בריאים בדרך כלל, עוסקים בספורט וכדומה) אלא רק מחמת המוגבלות. טענה זו אינה סותרת את הקביעה שהנחתה את הוועדה, שלפיה סיכויי השרידות פוחתים ככל שהתפקוד היום-יומי נמוך. לצורך מאמר זה, אין לנו אלא להניח שמבחינה רפואית, קביעה זו נכונה.<sup>113</sup> אולם זוהי קביעה כללית, שאינה מבוססת על בחינה פרטנית של כל איש ואישה על מאפייניהם המיוחדים, אלא על נתונים סטטיסטיים. לפיכך, החלתה של הנחה כללית זו על כל אחד מהאנשים והנשים שהם "מרותקים לכיסא" – וביתר שאת בנסיבות שבהן משמעות הדבר עשויה להיות ההבדל בין חיים למוות – היא הפליה אסורה.

"משרד המשפטים"; אביחי חיים "רופאה בוועדת התיעוד: 'בעלי נכה, לא הייתי חושבת לפגוע בו'" **שונים** 23.4.2020 perma.cc/7RZF-WDP4; ריאיון של רזי ברקאי ורינו צרור עם פרופ' שטיינברג, גלי צה"ל, "מה בוער" (20.4.2020) bit.ly/345NLKq, בקטע "לא שותפנו בקבלת ההחלטה": הרופאים הפנימיים נגד אופן תערוף חולי קורונה" (שאלות המראיינים הושמטו).

נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10.

לצד זאת, חשוב לציין כי מספר לא מבוטל של רופאים הסתייגו מהשימוש במדד התפקודי. ראו למשל, מערכת אי-מד "גם יו"ר הר"י מצטרף ליו"ר האיגוד לרפואה פנימית ומביע הסתייגות מטיוט נייר העמדה של משרד הבריאות והמועצה לביואתיקה על קריטריונים להעדפת מתן טיפול לחולי קורונה קשים" **אי-מד** (20.4.2020) perma.cc/B93K-K2GN; "האם בעלי מוגבלות יהיו בעדיפות שניה בניסיון להצלת חיים בטיפול נמרץ?" **רופאים לזכויות אדם** 20.4.2020 perma.cc/JNE2-R3UX; האיגוד הישראלי לרפואה פיזיקלית ושיקום "תגובת איגוד השיקום לנייר עמדה תיעודי חולים קשים בתקופת הקורונה" (20.4.2020) (עותק בידי המחבר).

דרך נוספת לתאר את החששות שמעורר המדד התפקודי מתמקדת בשאלה על מי מוטל עיקר הסיכון במקרה של טעות בהערכה של סיכויי השרידות. כאמור, טיעון זה יוצא מנקודת הנחה שלפחות במקרים מסוימים, יכול המדד התפקודי לסייע בהערכה מדויקת של סיכויי השרידות בטווח הקצר. אולם, אפילו אם נקרא אותו באור החיובי ביותר, נראה כי המדד התפקודי מטיל את מלוא הסיכון דווקא על אנשים עם מוגבלות במקרה של טעות בהערכה של המצב הרפואי. כך, קל לראות כיצד המדד התפקודי עלול להוביל **להערכת חסר** של סיכויי השרידות של אנשים עם מוגבלות, לדוגמה, במקרה שההתייחסות לדרגת התפקוד תחרוג משאלת סיכויי השרידות לטווח קצר. לעומת זאת קשה לדמיין נסיבות שבהן המדד התפקודי יוביל **להערכת יתר** של סיכוייהם של אנשים עם מוגבלות לשרוד. המדד התפקודי, אם כן, אפילו אם הוא נקרא באור החיובי ביותר, אינו מחלק בצורה שווה את הסיכונים לטעות בין אנשים עם מוגבלות לבין אנשים ללא מוגבלות.<sup>114</sup>

החשש לטעות קיים תמיד, זהו טבע האדם, אולם בהקשר המסוים של הערכת מצבם הרפואי של אנשים עם מוגבלות, וכשעל הכף מונחת השאלה מי יחיה ומי ימות, יש להיות זהירים במיוחד. חוקרים מתחום הכלכלה ההתנהגותית הראו זה מכבר שכאשר אנשים מחליטים החלטות על בסיס מידע מסוים, לאופן ולהקשר שבהם הם נחשפים למידע זה יש תפקיד מכריע בהחלטה.<sup>115</sup> בהתאם לכך, קיים חשש שעצם הידיעה על קיומה של מוגבלות מסוימת יוביל איש צוות רפואי להערכה בחסר של המצב הרפואי של החולה עם המוגבלות, גם אם מבחינה אובייקטיבית למוגבלות אין השפעה ממשית על המצב הרפואי. כך למשל, דו"ח שפורסם בחודש נובמבר 2019 על ידי המועצה הלאומית למוגבלות בארצות הברית (גוף פדרלי עצמאי המספק המלצות לממשל האמריקני בתחום המוגבלות) מצביע על כך שקיימת נטייה בקרב רופאים במדינה להמליץ על הפסקת טיפול במצב של "חוסר תוחלת רפואית" כאשר המטופל הוא אדם

<sup>114</sup> לדיון במשמעות שיש לייחס לשאלות בעניין ה"עלות החברתית" של טעות בהחלת מדיניות מסוימת – לרבות בשאלה על איזו קבוצה מוטל עיקר הסיכון במקרה של טעות בהקשר של הדיון על איסור הפליה, ראו מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 41, בעמ' 104–106. בענייננו המצב חמור עוד יותר, כיוון שמתעורר החשש שהמדד התפקודי יגביר את הסיכוי לטעות, כפי שמוסבר בחלק זה של המאמר.

<sup>115</sup> דוגמה קלאסית נוגעת לסיטואציה שבה רופא מיידיע חולה בדבר הסיכויים והסיכונים בניתוח עתידי. על פי דוגמה זו, במקרה אחד הרופא מציין בפני החולה שתשעים אנשים מתוך מאה שעוברים את הניתוח נשארים בחיים לאחר חמש שנים. במקרה אחר הוא מציין שעשרה אנשים מתוך מאה שעוברים את הניתוח לא שורדים לאחר חמש שנים. לשתי האמירות משמעות זהה, אבל מתברר שחולים רבים יותר בוחרים לעבור את הניתוח אם מוצגת בפניהם האמירה הראשונה. אנשי צוות רפואי, ככל בני האדם, אינם חסינים מפני הטיות מסוג זה. למעשה, בהמשך לדוגמה הקודמת, מחקרים הראו שגם רופאים ייטו יותר להמליץ למטופלים על ניתוח אם ייאמר להם שתשעים מתוך מאה חולים יישארו בחיים מאשר אם ייאמר להם שעשרה ימותו. ראו RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS 36 (2008).

עם לקות חמורה – גם במקרים שבהם לא קיימת הצדקה אובייקטיבית לכך.<sup>116</sup> הטיה כזו אינה נובעת מכוונה רעה או מרצון להפלות; על פי הדו"ח, הסיבה העיקרית לתופעה זו היא תפיסה רווחת שלפיה חיים עם לקות חמורה אינם ראויים, תפיסה אשר משפיעה על החלטותיהם של רופאים.<sup>117</sup>

באמור עד כה אין כדי להטיל ספק במקצועיותם ובמסירותם של אנשי רפואה שעל כתפיהם תהיה מוטלת המשימה לתעדף בפועל. אולם לא ניתן לנתק את הדיון בנושא הזה מההקשר החברתי וההיסטורי. למדע בכלל, ולממסד הרפואי בפרט, יש מערכת יחסים מורכבת עם מוגבלות. אכן, התפתחות הרפואה, שהביאה תועלת אדירה לאנושות, תרמה כמובן גם לשיפור בריאותם של יחידים עם מוגבלות. אבל היחס ההיסטורי של המדע והרפואה למוגבלות כולל גם מעורבות – ישירה או עקיפה – בניסויים, בניהול מוסדות סגורים בתנאים קשים ובהשכחת גזע.<sup>118</sup> במבט רחב יותר, מלומדים מצביעים על קיומו של מתח אינהרנטי בין מדעי הרפואה ובריאות הציבור, השואפים מעצם טיבם "לרפא" או למנוע מוגבלות, לבין קידום זכויות של אנשים עם מוגבלות והכרה בכך שחיהם אינם שווים פחות מחיי אנשים ללא מוגבלות.<sup>119</sup> במקצועות הרפואה רווחה בעבר תפיסה שגויה של מוגבלות, שלפיה מדובר בטרגדיה או בגורל אכזר, ומחקרים עדכניים מראים ששרידים של תפיסה זו עודם קיימים כיום.<sup>120</sup> כפי שהראו מלומדים ואקטיביסטים מתחום לימודי המוגבלות, תפיסה זו "מייחסת ערך אובייקטיבי וניטרלי לידע המדעי וערך נמוך לידע הנובע מניסיון החיים ומנקודת המבט של אנשים עם מוגבלויות".<sup>121</sup>

על רקע זה, לא ניתן להתעלם מהחשש שמא לקויות שהיו קיימות עוד בטרם ההידבקות בנגיף יובאו בחשבון במסגרת התיעודף, גם אם לא במתכוון, ובמיוחד כשמדובר בלקויות גלויות לעין. ביצוע תיעודף כרוך בקבלת החלטות קריטיות בלחץ זמן. בנסיבות אלה, חשוב לוודא שהקווים המנחים "מסגרו" את המידע הרלוונטי

NAT'L COUNCIL ON DISABILITY, MEDICAL FUTILITY AND DISABILITY BIAS 27–34 (Nov. 20, 2019), <https://perma.cc/KCN4-LAY9>.

סיבות נוספות שהוזכרו בדו"ח הן קשיים ביישום של אמות מידה אבחוניות ביחס לאנשים עם לקויות חמורות, פערי תקשורת וקשיים להבחין בין לקויות קיימות לבין הסימפטומים החדשים שהובילו לאשפוז. שם, בעמ' 31.

David L. Braddock & Susan L. Parish, *An Institutional History of Disability*, in HANDBOOK OF DISABILITY STUDIES 11 (Gary L. Albrecht, Katherine D. Sellman & Michael Bury eds., 2001); Sagit Mor, *Nothing About Us Without Us: A Disability Challenge to Bioethics*, in BIOETHICS AND BIOPOLITICS IN ISRAEL: SOCIO-LEGAL, POLITICAL, AND EMPIRICAL ANALYSIS 97, 99 (Hagai Boas, Yael Hashiloni-Dolev, Nadav Davidovitch, Dani Filc & Shai J. Lavi eds., 2018).

Jessica L. Roberts, *Health Law as Disability Rights Law*, 97 MINN. L. REV. 1963, 1974–75 (2013).

ראו לעיל ה"ש 117 והטקסט הסמוך לה.  
שגית מור "זכויות אנשים עם מוגבלויות וגישה ביקורתית למוגבלות: השלכות לתחום הביו-אתיקה" ביו-אתיקה 20, 15 (2016).

הדרוש להחלטה, בצורה שתנטרל כל השפעה של תפיסות שגויות לגבי מוגבלות.<sup>122</sup> לא זו בלבד שהמדד התפקודי אינו מגשים מטרה זו, הוא עלול להוביל לתוצאה הפוכה. השימוש במונחים המקושרים בשיח העכשווי באופן אסוציאטיבי למוגבלות,<sup>123</sup> בעיקר בכל הנוגע ללקויות קוגניטיביות ופיזיות ("אינו מסוגל לעבוד", "מרותק למיטה או לכיסא", "נכות מלאה"), עלול למסגר את ההקשר בעת ההחלטה, ולהוביל להערכת חסר של סיכויי השרידות של אנשים עם לקויות אלה.

המסקנה העולה מהניתוח עד כה היא שהמדד התפקודי מעורר חשש ממשי להפליית אנשים עם מוגבלות, עד כדי אי-חוקיות. ייתכן שניתן לראות בו הפליה ישירה של אנשים עם מוגבלות על דרך של מניעת שירות ציבורי. לטענתי, ניתן לראות בו לכל הפחות "תנאי שלא ממין העניין" אשר מונע או מגביל בעקיפין שירות רפואי מאנשים עם מוגבלות. ככלל, קביעת תנאים מסוג זה נאסרה בחוק השוויון.<sup>124</sup>

### (ב) מדד מחלות הרקע

מדד מחלות הרקע פותח על ידי איגוד הרופאים המרדמים האמריקני ( American Society of Anesthesiologists) ומשמש להערכת כשירותם של מטופלים לקראת ביצוע

<sup>122</sup> Laura Guidry-Grimes et al., *Disability Rights as a Necessary Framework for Crisis Standards of Care and the Future of Health Care*, 50 HASTINGS CENTER REPORTS 28, Emens, *Framing Disability*, ראו גם 29–30 (May-June 2020). אמנס מציעה לעשות שימוש ב"כללי מסגור" (Framing Rules) שתכליתם לספק לאנשים העומדים להחליט החלטות חשובות שיש להן קשר למוגבלות (למשל, בעת ביצוע בדיקות טרום-לידה), מידע מלא ומהימן, הכולל גם התייחסות לחוויותיהם ולתפיסותיהם של אנשים עם מוגבלות. מטרת כללי המסגור היא להעביר מסרים על אודות מוגבלות, שיאזנו את התפיסות השגויות הרווחות בציבור שלפיהן מוגבלות בהכרח מקושרת לטרגדיה ולחסר אוניים.

<sup>123</sup> במציאות העכשווית, המונחים "אינו מסוגל לעבוד", "לא יכול לדאוג לעצמו" או "מרותק לכיסא" מעוררים אסוציאציות לתחום המוגבלות. אולם, יש להכיר בכך שהכרעות בדבר מסוגלות של אדם לעבוד או לדאוג לעצמו מגלמות פעמים רבות נכותנות (ableism) ומבוססות על מציאות חברתית מסוימת, כפי שהצביעה ד"ר שגית מור בהקשר הנוכחי. ראו קשתי "משרד המשפטים", לעיל ה"ש 111.

<sup>124</sup> ס' 19(א)2 לחוק השוויון. לא קיימת פסיקה מנחה ביחס למודל ההפליה העקיפה בחוק השוויון בהקשר של שירות או של מקום ציבורי. השופט מלצר אימץ בעניין **מחמלי**, לעיל ה"ש 43, את המתכונת הבאה לבחינת מודל זה בהקשר התעסוקתי: כאשר התובע מוכיח כי לקריטריון ניטרלי לכאורה הייתה השפעה מפלה, הנטל עובר למעסיק להוכיח כי מתקיים "מבחן הצורך העסקי". אם המעסיק מוכיח כי קיים צורך עסקי כאמור, רשאי התובע להוכיח כי קיימת חלופה לשימוש בקריטריון הבעייתי, המקדמת את מטרות המעסיק ואיננה גוררת השפעה מפלה. אם המעסיק מסרב לאמץ חלופה זו, הרי שיש בכך משום הפרה של החוק. שם, פס' 35. אם כן, טיעון ברוח זו מחייב להראות כי קיימת חלופה היפותטית שניתן לעשות בה שימוש לצורך יישום הקריטריון. הדבר נכון גם כאשר למבחן המידתיות העוסק באמצעי שפגיעתו פחותה, אשר מכונה לעיתים גם "מבחן הצורך". לדיון בחלופות אפשריות, ראו להלן פרק ה'.

הרדמה במסגרת הליכים רפואיים.<sup>125</sup> המדד כולל חמש דרגות הממוספרות מ-1 עד 5, כאשר הדרגה הראשונה משקפת את המצב הבריאותי הטוב ביותר, ואילו הדרגה החמישית משקפת את המצב הגרוע ביותר. על פי נייר העמדה המתוקן, תפקידו של המדד במסגרת ההערכה של סיכויי השרידות הוא "הערכת מחלות רקע כרוניות". במילים אחרות, בהקשר הנוכחי, המדד בוחן האם המטופלת חולה במחלה נוספת שמגבירה את הסיכון שלה למות מ-Covid-19. מדד מחלות הרקע כולל בין היתר את המחלות הבאות, שמציבות את המטופלת בנחיתות משמעותית בגישה לקבלת טיפול מציל חיים: סוכרת במצב חמור, מחלת ריאות כרונית וכשל כליות.<sup>126</sup> כפי שצוין לעיל, לפי כל פרשנות שאינה מצמצמת את תחולת חוק השוויון, אנשים עם לקויות אלה צפויים לענות על ההגדרה של "אדם עם מוגבלות" בחוק, ולכל הפחות עשויים "להיחשב" אדם עם מוגבלות.<sup>127</sup>

מדד מחלות הרקע, אם כן, מדרג בעדיפות נמוכה אנשים עם מוגבלות בשל קיומן של מחלות שכבר היו קיימות בטרם ההידבקות בנגיף. בעת הזו, על העובדה שמבחינה סטטיסטית מחלות רקע מגבירות סיכון לתמותה מ-Covid-19 אין מחלוקת. אולם, האם קיומה של מחלת רקע מקטין משמעותית את סיכויי השרידות בכל המקרים? ככל שהתשובה לשאלה זו היא שלילית, לוקה מדד מחלות הרקע בפגם דומה, גם אם לא זהה, לזה של המדד התפקודי. הוא משתמש באמת מידה כללית כדי להעריך את סיכויי השרידות של חולה מסוים.<sup>128</sup> המדד מתייחס אומנם למצבו הרפואי של חולה מסוים, אך ההתחשבות היא בלקות של אותו חולה שהייתה קיימת עוד בטרם נדבק החולה בנגיף הקורונה. אם כן, חרף הרושם הראשוני, המדד הזה דומה יותר להבחנות אחרות המבוססות על שיוך לקבוצה חברתית מובהקת, אשר במצבים מסוימים הן פסולות גם אם הן מבוססות על סטטיסטיקה.<sup>129</sup>

השימוש במחלות רקע כאמת מידה להבחנה בין חולים שולל מאנשים עם מחלות רקע את ההזדמנות "לנצח" את הסטטיסטיקה. למעשה, הוא מקבע ומנציח את הסטטיסטיקה. אם לא ניתן לאנשים עם מחלות רקע הזדמנות להחלים מ-Covid-19,

<sup>125</sup> ASA Physical Status Classification System, AM. SOC'Y ANESTHESIOLOGISTS, <https://perma.cc/Z6W6-TS7E> (last visited June 30, 2020).

<sup>126</sup> על פי נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, רשימת המחלות המוזכרות במדד מחלות הרקע אינה רשימה ממצה.

<sup>127</sup> ראו לעיל ה"ש 68 והטקסט הסמוך לה.

<sup>128</sup> נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 46 (נספח 4), נייר העמדה של ועדת המשנה ההלכתית-דתית). ועדת המשנה ההלכתית-דתית דנה בשאלת הקדימות בטיפול וציינה שהקדימויות שהציעה "נכונות במיוחד כאשר מדובר בחולה שגם לפני ההידבקות בקורונה היה בגדר חולה הנוטה למות, או שהוא סובל ממחלות רקע קשות שלפי נתונים סטטיסטיים סיכויי ההישרדות שלו באם יזדקק להנשמה בגין מחלת הקורונה הם קלושים מאד". ההדגשה אינה במקור.

<sup>129</sup> ראו, באופן כללי, מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים 109 (2013); ראו גם מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 41, בעמ' 81–84; ברק מדינה "שמירה על ביטחון הציבור: הפליה היא אסורה גם אם היא יעילה" "המשפט ברשת": זכויות אדם 14, 18–20 (2013).



לעולם ניצמד להנחה שהסיכוי שלהם לשרוד היה טוב פחות משל אחרים, גם אם הנחה זו אינה נכונה במקרה מסוים, וגם אם יחול שינוי במחקר המדעי או באופן שבו הנגיף פועל. לפיכך, כמו במקרה של המדד התפקודי, בניסיון להגיע לאמת מידה מדויקת ככל האפשר, הגדילה הוועדה את הסיכון לטעות ביחס לקבוצה אחת בלבד. קיים הבדל משמעותי בין שימוש במדד מחלות הרקע בזמן שגרה, על מנת להעריך את הסיכון הנשקף לאדם מסוים מהליך כירורגי שנעשה במטרה להיטיב עם אותו אדם, לבין שימוש במדד זה כאמצעי להבחנה בין אנשים שונים באופן שמשפיע לרעה על אנשים עם מחלות רקע בהחלטות שצפויות לחרוץ את גורלם. אפילו אם נניח שמבחינה סטטיסטית קיים מתאם גבוה בין קיומה של מחלת רקע לבין סיכוי נמוך להחלים מ-Covid-19, הכרה אמיתית בערכם של כל איש ואישה מחייבת שהחלטה כה גורלית ביחס לחייהם תהיה מבוססת על מדד קליני עדכני ולא על התייחסות למחלה קיימת. לסוגיה זו יש משמעות גם ברמה ההצהרתית.<sup>130</sup> שימוש במדד מחלות הרקע עורך הבחנה ברורה בין אנשים "עם" מחלות רקע לבין אנשים "בלי" מחלות רקע. הבחנה כזו עשויה להיות כרוכה, מעצם טיבה, בתיוג חברתי שלילי.<sup>131</sup> בכך, מקבע המדד סטיגמה שכבר הייתה קיימת ביחס לקבוצה מסוימת, ושקרוב לוודאי צמחה משמעותית מאז פרוץ המגפה, באופן העלול להשפיע בהקשרים שאינם נוגעים כלל למגפת הקורונה, בכלל זה בהקשרי תעסוקה, מגורים, אספקת שירותים ציבוריים וכדומה.<sup>132</sup>

### (ג) מסקנות ביניים

הדיון עד כה הצביע על קשיים מהותיים הנובעים מהשימוש במדד התפקודי ובמדד מחלות הרקע. כאמור, על פי תרשים הזרימה שמוצג בנייר העמדה המתוקן, מדדים אלה הם הראשונים שיש לבחון, ככל הנראה מכיוון שהם המהירים ביותר.<sup>133</sup> אולם השימוש הקל והמהיר במדדים אלה נובע מכך שהם מבוססים על אמות מידה כלליות המתייחסות ללקויות שכבר היו קיימות בטרם ההידבקות בנגיף, להבדיל מבחינה פרטנית של המצב הרפואי של כל חולה. לפיכך, המהירות עשויה לבוא על חשבון הדיוק, והטעויות בהערכה צפויות לפגוע בקבוצה מסוימת בלבד – אנשים עם מוגבלות "תפקודית" או עם מחלות רקע. אכן, שני המדדים אינם מקצים את הסיכון לטעות בהערכה הרפואית בצורה שווה בין אנשים עם מוגבלות לבין אנשים ללא מוגבלות. שניהם עלולים להציב אנשים עם מוגבלות בעדיפות נמוכה שאינה משקפת בהכרח את סיכוייהם האובייקטיביים להחלים. על רקע זה, לטענתי, מדדים אלה אינם מתיישבים עם ההגנה החזקה בדין הישראלי על אנשים עם מוגבלות מפני הפליה בהקצאת שירות רפואי. העקרונות החוקתיים בישראל, ובראשם עקרון המידתיות, מחייבים לבחון

<sup>130</sup> ראו להלן פרק ד' 7 (דיון בנוזקים האקספרסיביים של נייר העמדה).

<sup>131</sup> מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 41, בעמ' 105 (הצבעה על כך שבחירה בתבחין מכליל מעוררת חשש "שהשימוש בו כאומדן למאפיין רלוונטי של בני הקבוצה ייצור מסר שלילי כלפיהם").

<sup>132</sup> שם, בעמ' 83.

<sup>133</sup> נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10.

חלופות שיקטינו את הפגיעה בשוויון הנובעת מהטלת מגבלות על זכויות הפרט לפי אמת מידה סטטיסטית או לפי שיוך קבוצתי, כאשר מדובר בקבוצה חברתית מובהקת. בהמשך המאמר, אדון בחלופות אפשריות אחדות לשימוש במדדים אלה. הדיון עד כה העלה מסקנה נוספת, אשר פועלת במידה מסוימת ככיוון הפוך למסקנה הקודמת, אם כי אין ביניהן סתירה. המתאם הסטטיסטי הגבוה בין מחלות רקע ולקויות אחרות לבין סיכון מוגבר לתחלואה קשה מ-Covid-19, גם אם לא ראוי להתחשב בו במסגרת התיעוד, משמעו שגם אם קריטריון סיכויי השרידות ייושם באופן אופטימלי על פי מדדים ניטרליים לחלוטין, עדיין מספרם של אנשים עם מוגבלות בעדיפויות הנמוכות יהיה גבוה באופן לא פרופורציונלי ביחס למספרם באוכלוסייה.<sup>134</sup> לפיכך, גם במקרה כזה, כך אטען, קיים חשש ממשי לפגיעה בשוויון, גם אם בדרגת חומרה פחותה מזו שנובעת מהשימוש במדד התפקודי ובמדד מחלות הרקע. במילים אחרות, לטענתי, קריטריון סיכויי השרידות כשלעצמו עלול להוביל לפגיעה בזכותם של אנשים עם מוגבלות לחיים ולשוויון, באופן שאינו מוצדק. המשך המאמר יוקדש לדיון בטענה זו.

#### 4. שוני רלוונטי וחובת התאמות

האם העובדה שקריטריון סיכויי השרידות – כשלעצמו, ובמנותק מהמדדים שנדונו עד כה – צפוי להשפיע לרעה באופן לא פרופורציונלי על אנשים עם לקויות שונות, בהן מחלות כרוניות, היא הפליה אסורה? לפחות חלק מהתומכים בקריטריון סיכויי השרידות ישיבו על שאלה זו בשלילה. לשיטתם, כל עוד הקריטריון משמש להבחין בין אדם אחד למשנהו על בסיס מצבם הרפואי, ולא על בסיס פן כזה או אחר הנוגע לזהותם, אין מדובר בהבחנה אסורה.<sup>135</sup> במילים אחרות, יש "שוני רלוונטי" בין אדם שמדורג בעדיפות נמוכה לבין אדם שמדורג בעדיפות גבוהה יותר, ולכן אין מדובר בהפליה אסורה מחמת מוגבלות.

להשקפתי, טיעון זה אינו משכנע. במישור העקרוני, הפסיקה בישראל הכירה בכך שגם אם קיים שוני רלוונטי, יש להמשיך ולבחון האם השימוש בשיקול המבחין היה מוצדק בנסיבות העניין, והאם חלה על הרשות חובה לנטרל את השונות. קביעה זו היא

<sup>134</sup> Hellman & Nicholson, לעיל ה"ש 8. בהקשר זה ראוי לציין שהלמן וניקולסון מבססות את הטענות שלהן על הדוקטרינה המכונה בדיני ההפליה בארצות הברית Disparate Impact. דוקטרינה זו עוסקת במצבים שבהם קיים קשר סיבתי בין מדיניות מסוימת לבין מציאות לא-שוויונית, ואינה מחייבת הוכחה של כוונה להפלות. הדין הישראלי, כאמור, מכיר בהפליה "תוצאתית" כהפליה אסורה, אולם כפי שצוין לעיל, מלומדים טוענים שבמקרים רבים השימוש ברטוריקה זו נעשה כמכשיר לחשיפת כוונה מפלה. ראו לעיל ה"ש 41.

<sup>135</sup> Solomon et al., לעיל ה"ש 7: "Patients with preexisting cardiovascular disease would receive lower scores because they're less likely to derive benefit from the intervention, not because of disability"

חלק מהבשורה שהביא עמו פסק הדין בעניין **מילר**,<sup>136</sup> שעסק בשאלה האם סירובו של צה"ל לזמן נשים למבדקים בקורס טיס הוא הפליה אסורה מחמת מין. הצבא טען באותו עניין כי המדיניות של אי-גיוס חיילות לקורס טיס נובעת מהבחנות ענייניות, הנוגעות לתנאי השירות של נשים והמבססות "שונות רלוואנטית בנתונים",<sup>137</sup> ומכאן שמדובר בהבחנה מותרת.

בית המשפט העליון, בדעת רוב, דחה את הטענה כי בהבדלים אלה בין חיילים לבין חיילות יש כדי להצדיק את מדיניות הצבא בעניין גיוס נשים לקורס טיס. לענייננו, חשובות במיוחד חוות הדעת של השופטות שטרסברג-כהן ודורנר. השופטת שטרסברג-כהן קבעה כי גם כאשר קיימת שונות רלוונטית ראוי לתקנה ולנטרלה על מנת להשיג שוויון, במקרים שבהם השונות ניתנת לנטרול במחיר סביר.<sup>138</sup> מהו העיקרון המוסרי העומד בבסיס החובה לנטרל את השונות? השופטת שטרסברג-כהן הסבירה שהמטרה היא להציב ב"עמדת זינוק שווה" שני אנשים המתאימים למלא תפקיד מסוים, אלא שנתונים שאינם ממהותו של התפקיד חוסמים את דרכו של אחד מהם.<sup>139</sup> השופטת דורנר הגיעה לתוצאה זחה, בנימוק אחר. גם לשיטתה, לא בכל מקרה שבו קיימת שונות רלוונטית יהיה בכך כדי לסתום את הגולל על הדיון בטענת ההפליה. אלא שדורנר לא התמקדה בשאלה האם ניתן לנטרל את השונות; היא הציעה לבחון האם ההתחשבות בשונות הרלוונטית היא מוצדקת בנסיבות העניין.<sup>140</sup> בחינה כזו תיעשה על פי העקרונות המפורטים בפסקת ההגבלה בחוקי היסוד, בדגש על מבחני המידתיות.

שאלת היקפה של החובה הכללית "לנטרל את השונות" עדיין לא הובהרה עד תום במשפט הישראלי וקיימות לגביה דעות שונות.<sup>141</sup> אכן, מדובר בסוגיה מורכבת אשר כרוכה בשיפוט נורמטיבי, שהוא בעצמו תלוי השקפת עולם במידה רבה.<sup>142</sup> כחיבור מהעת האחרונה, הציע ברק מדינה להרחיב את החובה לנטרל את השונות כך שתחול במקרים של מציאות לא שוויונית ביחס לקבוצה חברתית מסוימת, גם אם אין קשר סיבתי בין מציאות זו לבין מדיניות שלטונית ספציפית. מדינה מצביע על כך שבמקרים רבים, גם אם קיימת מידה מסוימת של התאמה בין השתייכות קבוצתית לבין נגישות למשאבים חשובים, התאמה זו היא תולדה של "הפליה מבנית", כלומר היא תוצר של אוסף של נסיבות חברתיות, ובכללן "הפליה מכוונת בעבר ועונית של קבוצת הרוב כלפי קבוצת המיעוט", אשר מובילות לכך שקבוצות מסוימות באוכלוסייה מצויות

<sup>136</sup> בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94 (1995).

<sup>137</sup> שם, בעמ' 107. באופן ספציפי, לטענת נציגי הצבא, "משך שירות החובה של נשים, חובת השירות המצומצמת במילואים המוטלת עליהן וזכאותן לפטור משירות ביטחון עקב נישואין, היריון ולידה, אינם מאפשרים את שילובן בקורס טיס ואת שירותן בצוות אוויר". שם, בעמ' 108.

<sup>138</sup> שם, בעמ' 120–122.

<sup>139</sup> שם, בעמ' 120.

<sup>140</sup> שם, בעמ' 135–136.

<sup>141</sup> ראו למשל מדינה "היקפה של החובה לנטרל את השונות", לעיל ה"ש 51, בעמ' 221.

<sup>142</sup> דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 684–685 (2010).

בעמדת נחיתות בשורה של תחומים.<sup>143</sup> לפי מדינה, גישה מרחיבה זו ביחס לחובה לנטרל את השונות טרם אומצה בדין הישראלי בכל הנוגע לזכות החוקתית לשוויון, אם כי ניתן למצוא לה עיגון בחוקי היסוד וביטוי מסוים בפסיקה, לרבות בעניין מילר.<sup>144</sup> בענייננו, מכל מקום, הדברים פשוטים יותר. הטעם לכך הוא שהדין הישראלי מכיר באופן מפורש בחובה של גופים שונים, ציבוריים ופרטיים, "לנטרל את השונות" בהקשר של מוגבלות. כמתואר לעיל, חוק השוויון מטיל על הגופים המצוינים בחוק את החובה להנגיש את הסביבה הפיזית ולספק התאמות פרטניות לאנשים עם מוגבלות. החובה לספק התאמות משקפת רבות מההצדקות שהועלו בפסיקה ובספרות בעניין הצורך "לנטרל את השונות" כדי להבטיח שוויון.<sup>145</sup> למעשה, השופטת שטרסברג-כהן הדגימה את עקרון "נטרול השונות" בעניין מילר באמצעות תיאור של התאמה ביחס למוגבלות (התקנת מעלית כדי לאפשר גישה לאדם המשתמש בכיסא גלגלים).

חובת ההתאמות, אם כן, מניחה קיומו של שוני בין אנשים עם מוגבלות לבין אנשים ללא מוגבלות, ומטילה על הגופים המצוינים בחוק השוויון את החובה לנטרל את השונות. מטרתה של החובה היא לתקן מציאות של אי-שוויון. החובה להנגיש ולהתאים את הסביבה מכירה בכך שאין שום דבר ניטרלי במדרגות, כמו גם בחסמים ארכיטקטוניים או גישתיים אחרים שמונעים מאנשים עם מוגבלות הזדמנות שווה להשתלב באופן מלא בחיים הציבוריים. חברה המבוססת על ארכיטקטורה, על תחבורה או על תפיסות חברתיות מדירות, היא חברה שבה קיימת מציאות בלתי שוויונית כלפי אנשים עם מוגבלות. מכאן צומחת ההכרה בכך שאי-נטרול השוני הוא בגדר הפליה.

על רקע זה, גם בענייננו, עצם קיומו של שוני רלוונטי (לקות קיימת אשר מקטינה את הסיכוי להחלים מ-Covid-19) אינו מספיק כדי להצדיק את קריטריון סיכויי השרידות. התחשבות במוגבלות כשוני "רלוונטי" או "אינהרנטי" מתעלמת מהפליה המבנית בישראל ביחס לאנשים עם מוגבלות. אכן, לקות קיימת, בהקשר של תיעודף חולים, אינה נתון ניטרלי.<sup>146</sup> לרשויות המדינה בפרט ולחברה בכללותה יש תפקיד בהיווצרותן של לקויות פיזיות ונפשיות,<sup>147</sup> כמו גם בכשל הנמשך לאפשר השתתפות מלאה של אנשים עם מוגבלות בחיים הציבוריים, ובכלל זה בהיבטים המשפיעים

<sup>143</sup> מדינה "היקפה של החובה לנטרל את השונות", לעיל ה"ש 51, בעמ' 219–220, 227. חשוב להבחין בין הצעה זו של מדינה, העוסקת בסיטואציה שבה לא ניתן להצביע על קשר סיבתי בין מציאות לא-שוויונית למדיניות מסוימת, לבין מקרים אחרים שבהם קיים קשר סיבתי כאמור, אך אין ראיות בדבר כוונה להפלות.

<sup>144</sup> שם, בעמ' 224–226. מדינה מפנה בהקשר זה לס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו").

<sup>145</sup> ראו למשל מדינה "היקפה של החובה לנטרל את השונות", לעיל ה"ש 51, בעמ' 224. להבחנה בין הגישה הליברלית-האינדוידואלית למוגבלות, אשר מניחה כי הנחיתות החברתית של אנשים עם מוגבלות היא תוצר של הבחנה מותרת המבוססת על שוני רלוונטי, לבין גישות מרחיבות לאחריותה של המדינה, המבוססות על הכרה בתפקידה של המדינה בהיווצרותן של לקויות ובכשל ליצור חברה נגישה, ראו מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 112–114.

<sup>147</sup> WENDELL, לעיל ה"ש 79, בעמ' 36–37.

במישרין על מצבם הבריאותי. סקר עדכני שנערך בישראל מצא שכשלושים אחוזים מהאנשים עם מוגבלות נתקלים בקושי לדבר בפתיחות עם צוותים רפואיים; כי אנשים עם מוגבלות חשים שרופאים מאמינים להם פחות כשהם מתארים כאבים, בהשוואה לאנשים ללא מוגבלות; וכי יש לאנשים עם מוגבלות מידה פחותה של אמון בכך שרופאים מנסים ככל יכולתם לסייע להם להתמודד עם בעיות רפואיות.<sup>148</sup> יתרה מכך, לפי הסקר, אנשים עם מוגבלות נמנעים מביקור רופא כיוון שהמרפאה אינה נגישה להם, בשיעור כפול מאשר אנשים ללא מוגבלות.<sup>149</sup>

הספורטאי שהוזכר בנייר העמדה המתוקן הוא דוגמה טובה נוספת לאופן שבו המדינה והחברה בכללותה משפיעות בעקיפין על סיכויי השרידות של אנשים עם מוגבלות. כמתואר לעיל, הוועדה סיפקה מקרה היפותטי של ספורטאי קטוע רגליים אשר חולה ב-Covid-19 כדוגמה לאדם עם מוגבלות שסיכויי להחלים טובים יחסית לאחרים.<sup>150</sup> ההנחה היא שעיסוק אינטנסיבי בספורט יוביל לשיפור בסיכויי השרידות של אדם – של כל אדם, עם מוגבלות או ללא מוגבלות. אלא שהנחה זו מתעלמת מהעובדה שבמציאות הישראלית, לא לכל אדם הזדמנות שווה לעסוק בספורט, ובמיוחד נכון הדבר ביחס להבחנה בין ספורט נכים לספורט שאינו מותאם לאנשים עם מוגבלות. תקציבים ציבוריים, הסכמי חסות, סיקור תקשורתי ורמת הנגישות של מתקני ספורט שמוצעים לציבור – כולם משפיעים על היקף ההזדמנויות לעיסוק אינטנסיבי בספורט, חובבני או מקצועני.<sup>151</sup> זוהי עוד דוגמה למציאות הבלתי שוויונית המשפיעה, במישרין ובעקיפין, על סיכוייהם של אנשים עם מוגבלות לקבל הזדמנות שווה ליהנות מטיפול רפואי מציל חיים לפי קריטריון סיכויי השרידות.<sup>152</sup>

השאלה מהי משמעותה של החובה לנטרל את השוני ולספק התאמות בהקשר של התיעוד היא שאלה מורכבת. במישור העקרוני, ניתן לטעון שמשמעות החובה היא שיש לעצב את מדיניות הקצאת המשאבים הרפואיים באופן שיאפשר לאנשים עם לקויות קיימות הזדמנות שווה לקבל טיפול מציל חיים, גם אם סיכוייהם לשרוד נמוכים

<sup>148</sup> דורון דורפמן, יוסי חסון, קארין סנדל ועירן הלפרין **מדד הנגישות העירוני 2019** 46–47  
www.gov.il/he/departments/news/urban\_accessibility\_index\_jan\_20 (2020)

<sup>149</sup> שם, בעמ' 46.

<sup>150</sup> ראו לעיל ה"ש 112 והטקסט הסמוך לה.

<sup>151</sup> ראו למשל משה הרוש "ספורט נכים: 'אנחנו לא מסוגלים להעמיד משלחת ללונדון 2012'" **הארץ** 6.4.2011 perma.cc/PDG9-8JTA (תיאור של מאבק ארוך שנים לשוויון בתקציבים). לדיון כללי בגורמים החברתיים המשפיעים על טיב בריאותו של אדם, ראו Paula Braveman & Laura Gottlieb, *The Social Determinants of Health: It's Time to Consider the Causes of the Causes*, 129 PUB. HEALTH REP. 19 (2014).

<sup>152</sup> השוו למדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 41, בעמ' 98 [...] אף אם קיימת מידה מסוימת של התאמה בין השתייכות קבוצתית לבין כשירות למלא תפקיד מסוים, במקרים שבהם מדובר בקבוצות חברתיות מובהקות מתאם זה הוא פעמים רבות תוצאה של מציאות חברתית לא-שוויונית".

יותר על פי המדדים שהוצעו על ידי הוועדה.<sup>153</sup> כפי שמדיניות הגיוס של חיל האוויר שונתה בעקבות עניין מילר, כדי למנוע את הפגיעה בשוויון על בסיס מין, כך יש לעצב את הפרוטוקול באופן שימנע, ככל הניתן, פגיעה בזכות לשוויון של אנשים עם מוגבלות, גם אם יש לכך מחיר חברתי. סעד זה יכול להילמד מהוראותיו ומעקרונותיו של חוק השוויון<sup>154</sup> ולהינתן אף כסעד חוקתי לצורך צמצום או מניעת הפגיעה בזכות לשוויון או לחיים של אנשים עם מוגבלות.<sup>155</sup> בפרקי המשנה הבאים אחדד את השיקולים העומדים ברקע ההכרעה בסוגיה זו, מנקודת מבט משפטית, ולקראת סוף המאמר אתיחס לאפשרויות קונקרטיות של שינויים בנייר העמדה המתוקן כ"התאמות".

## 5. איזונים ומדיניות שיפוטית

עד כה, טענתי כי אין בקיומו של "שוני רלוונטי" – מצב רפואי שנובע מלקות שקדמה להידבקות בנגיף – כדי להכשיר את קריטריון סיכויי השרידות. אולם בכך אין מסתיים הדיון. ניתן להוסיף ולטעון שגם אם קריטריון סיכויי השרידות פוגע בזכותם של אנשים עם מוגבלות לשוויון, הרי שפגיעה זו היא חוקית כיוון שהיא מוצדקת באיזון מול אינטרסים נוגדים. אכן, בדין הישראלי אף זכות איננה זכות מוחלטת. כל אחת מהוראות החוק שנזכרו בסקירה לעיל כוללת, במפורש או במשתמע, מנגנוני איזון בין הזכות המוגנת לבין אינטרסים אחרים. בהקשר החוקתי, מנגנון האיזון קבוע בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם חוק השוויון כולל נוסחאות איזון אחדות או מנגנונים ה"ממתנים" את החובות הקבועות בו, לרבות כאשר "הדבר מתחייב

<sup>153</sup> ראו, באופן כללי, מור "משפט נגיש", לעיל ה"ש 50, בעמ' 16 ("נגישות היא מצב שבו לכל האנשים יש יכולת שווה להשתמש במשאבים החברתיים ובמרחב הציבורי ולהינות מהם [...]). מחויבות לרעיון הנגישות כוללת מחויבות לעיצוב מראש של הסביבה באופן מכליל ושוויוני, ובצד זאת מחויבות להסרת מחסומים, חסמים ומכשולים כאשר הם מתגלים [...]").

<sup>154</sup> החובה לספק התאמות היא אחד המנגנונים החוקיים שעליהם נסמכים מלומדים בארצות הברית המתנגדים לקריטריונים מפלים בפרוטוקולים שמטרתם לתעדף חולים בזמן מגפה. ראו Hellman & Nicholson, לעיל ה"ש 8, בעמ' 38–39; ראו גם Bagenstos, לעיל ה"ש 88, בעמ' 21. עקרון שוויון ההזדמנויות הוכר בפסיקה בישראל ביחס לתכלית חקיקה שנועדה לקדם שוויון לאנשים עם מוגבלות. ראו בג"ץ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות"**, פ"ד נ(1) 19, 25–26 (1996) ("החקיקה) נועדה להגשים את הערך המרכזי של השוויון בכל הנוגע לנכה. היא נועדה להעניק לנכה שוויון של הזדמנות") (ביחס להוראות בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965).

<sup>155</sup> השוו למדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 41, בעמ' 127 ("במקרים מתאימים תוטל על השלטון החובה להחליף אמת-מידה ניטרלית – כלומר, לשנות 'יחס' אשר בו עצמו אין פגם של הפליה – באמת מידה אחרת, לעיתים אמת-מידה ניטרלית אחרת ובמידת הצורך אף אמת-מידה שיש בה התחשבות מפורשת בהשתייכות קבוצתית") (התייחסות לסעד אפשרי במקרה שתוכר הגישה המרחיבה שהוצעה בדבר החובה לנטרל את השונות, לעיל ה"ש 143–144 והטקסט הסמוך להן).

מאופיו או ממהותו של המקום הציבורי או השירות הציבורי.<sup>156</sup> למעשה, גם העקרונות פורצי הדרך שקבעו השופטות שטרסברג-כהן ודורנר בעניין מילר בדבר נטרול השוני או אי-התחשבות בו מכירים בצורך לאזן בין הזכות לשוויון לבין אינטרסים נוגדים, ולכן הם מחילים את דרישת המידתיות.

בענייננו, האינטרס החברתי העומד בבסיס קריטריון סיכויי השרידות הוא הצלת מרב חיי אדם. אין ספק שמדובר בתכלית ראויה וחשובה. קריטריון זה אף פוגע בצורה פחותה בזכות לשוויון לעומת חלופות אחרות, כמפורט לעיל. אולם, עצם היותו של קריטריון מסוים "יעיל" ומפלה פחות מחלופות הכוללות בחינה של תוחלת החיים או של איכותם, אין בכך כדי להכשיר אותו באופן אוטומטי. בהמשך המאמר אצביע על שיקולים אחדים שיש לשקול לדעתי במלאכת עריכת האזון. אולם תחילה אתייחס לעקרונות הנוגעים למדיניות שיפוטית, או במילים אחרות, לשיקולים מנחים היכולים ללמד על היקף מתחם ההתערבות הרצוי במקרים כדוגמת זה.

במישור של מדיניות משפטית, ניסיון לאתגר את קריטריון סיכויי השרידות עומד בפני משוכה משמעותית – פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין לוזון.<sup>157</sup> באותו עניין, דן בית המשפט בעתירתם של חולים בסרטן המעי הגס לכלול בסל שירותי הבריאות, הזוכה למימון ציבורי, את התרופה שלה נזקקו. ההחלטה על השרוית הנכללים בסל מתקבלת על ידי שר הבריאות ומאושרת על ידי הממשלה על פי המלצותיה של ועדת הסל, שהיא ועדה ציבורית. העותרים תקפו את התיעודף שהוצע על ידי ועדת הסל, בטענה כי ההחלטה לתת עדיפות נמוכה לתרופות שנרשמו להם מפירה את זכותם לבריאות, כמו גם את זכותם לשוויון ביחס לחולים אחרים שהתרופות הדרושות להם נכללו בסל.

במסגרת ההחלטה לדחות את העתירה, קבעה הנשיאה ביניש כי בנסיבות של מחסור במשאבים ציבוריים, "יש צורך בהקצאת המשאבים לפי סולם עדיפויות שמטבע הדברים יוצר הבדלים בין אדם לאדם ובין קבוצה לקבוצה".<sup>158</sup> הבדלים אלה, כך קבעה הנשיאה, אינם מהווים הפליה אסורה כל עוד הם תוצר של שיקולים ענייניים וסבירים.<sup>159</sup> הנשיאה ביניש הוסיפה כי כל עוד אמות המידה תואמות את הוראות החוק ואינן חורגות ממתחם הסבירות, "לא בידינו להורות על אימוצה של שיטת תיעודף אחת על פני האחרת".<sup>160</sup> יתרה מכך, היא אף נמנעה מלדחות שיקול הדומה במהותו לשיקול "סיכויי השרידות",<sup>161</sup> וקבעה כי "בנסיבות שבהן התקציב מוגבל ויש לקבוע תיעודף

<sup>156</sup> ראו, באופן כללי, מור "משפט נגיש", לעיל ה"ש 50, בעמ' 46, ה"ש 149; ראו גם ס' 119(ג) לחוק השוויון. סייג נוסף הקבוע בחוק נוגע לקיומו של "נטל כבד מדי" הכרוך בביצוע התאמות נגישות לאנשים עם מוגבלות. ראו ס' 19(א)ג(א)(2) לחוק השוויון; ראו גם ס' 19(א)ג(א)ג(א) לחוק השוויון. בהוראות הנגישות לגבי שירות בריאות ולגבי מקום ציבורי שבו ניתן שירות בריאות.

<sup>157</sup> לעיל ה"ש 40.

<sup>158</sup> שם, בעמ' 45.

<sup>159</sup> שם.

<sup>160</sup> שם, בעמ' 43.

<sup>161</sup> שם, בעמ' 42.

בין צרכים רבים מספור, יעילות התרופה מהווה שיקול לגיטימי שניתן, ואף ראוי, להתחשב בו".<sup>162</sup> לבסוף, השופטת (כתוארה אז) נאור הדגישה באותו עניין כי תחום ההתערבות השיפוטית בהחלטות בעניין תיעדוף הוא צר.<sup>163</sup>

אכן, השוואה של עניין לוזון לענייננו ברמת הפשטה גבוהה מוצאת קווי דמיון רבים. אולם בחינה מדוקדקת יותר מגלה הבדלים משמעותיים בין המקרים. ראשית, סוגיית ההפליה כלל לא עמדה במוקד הדיון בעניין לוזון. העתירה התמקדה בזכות לבריאות ובסדר עבודתה של ועדת הסל, וטענת הפגיעה בשוויון עלתה רק כטענה משנית. יתרה מכך, ההבחנה בין העותרים באותו עניין לבין החולים שתורפותיהם כן נכללו בסל לא התבססה על השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת.

הבדל משמעותי נוסף נעוץ בשאלת המשאב שעמד במרכז התיעדוף והשיקולים שנשקלו במסגרת ההליך. עניין לוזון עסק בתיעדוף של סכסוד תרופות שונות. השיקולים שנשקלו על ידי ועדת הסל נגעו להיבטים אחדים הנוגעים לתרופות אלה, ובכלל זה למחיריהן. ענייננו, לעומת זאת, עוסק במשאב רפואי אחיד: משאבי טיפול נמרץ. השיקול העיקרי שנשקל בנייר העמדה הוא מידת סיכויי של אדם לשרוד אם יסופק לו הטיפול. במילים אחרות, בעוד בעניין לוזון היה הדיון לגופה של תרופה, בענייננו הדיון הוא לגופו של אדם. אכן, גם אם התוצאה עשויה להיות דומה, יש הבדל מוסרי בין תיעדוף תרופות לבין תיעדוף אנשים. לפיכך, להשקפתי, הקביעות בעניין לוזון אינן חלות באותה עוצמה בענייננו.

ככל שעניין לוזון משקף מדיניות מצמצמת בהחלטות שעניינן קביעת סדר עדיפויות בתחום הרפואי, הרי שפסקי דין אחרים מלמדים על מדיניות שיפוטית המבוססת, לטענתי, על תפיסת מוסר שונה מזו של נייר העמדה המתוקן. כך למשל, פסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר,<sup>164</sup> כמו גם פסקי דין נוספים,<sup>165</sup> משקפים הכרה בדמותו המלאה של הפרט כאדם, ודוחים גישה המתייחסת לסובייקט המשפטי "מפרספקטיבה אינסטרומנטלית-פונקציונלית בלבד".<sup>166</sup> מדיניות שיפוטית זו היא חשובה בענייננו לנוכח הרציונל שעליו מבוסס קריטריון סיכויי השרידות, ולפיו במצב חירום עובר המוקד "למחויבות לבריאותם ולחיייהם של חברי הציבור בכללותו, ולעתים על חשבון יחידים".<sup>167</sup> עיקרון זה אומנם מכוון ל"מיקסום התועלת",<sup>168</sup> אך הגשמתו כרוכה

162 שם.

163 שם, בעמ' 49.

164 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009). ראו במיוחד שם, בעמ' 644 (פסק דינה של השופטת ארבל) ("אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו").

165 ראו, באופן כללי, דפנה ברק-ארז "פתח דבר: לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט" עיוני משפט לט 5, 26–27 (2016) (אזכור מקורות).

166 שם, בעמ' 26.

167 נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 6.

168 שם, בעמ' 20 (נספח ג, נייר העמדה של ועדת המשנה הרפואית).



במניעת שירותי טיפול נמרץ מחולים אשר היו צפויים ליהנות מהם בתנאי שגרה.<sup>169</sup> בכך, ניתן לטעון, מתייחס נייר העמדה אל אותם חולים מפרספקטיבה אינסטרומנטלית-פונקציונלית, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם רוח הפסיקה שנזכרה לעיל.

במישור המדיניות השיפוטית המרחיבה, ניתן למצוא גם פסקי דין שמחזקים את ההגנה על הבחירה ועל ההגשמה האישית של כל אדם, באופן שעשוי להשליך בעקיפין לענייננו. בעניין **דעקה**, פסק בית המשפט פיצוי לתובעת בגין העובדה שלא נמסר לה מידע על סכנות הכרוכות בהליך כירורגי שהסתיים בזק גוף, חרף הקביעה העובדתית שאפילו אם היו מובאים בפניה כל הנתונים הרלוונטיים הייתה מסכימה לעבור את הטיפול.<sup>170</sup> בעניין **אבו-חנא**, אשר עסק בגובה הפיצוי שיש לפסוק לקטינה שנפצעה בתאונת דרכים בגין אובדן השתכרות, נשללה הטענה שבפסיקת הפיצוי יש להתחשב בנתונים סטטיסטיים הנוגעים למגדר, למגזר או למצב הסוציו-אקונומי של הקטינה או של משפחתה.<sup>171</sup> בפסקי דין אלה, אשר כוללים גם היבטים ייחודיים למשפט הישראלי, קידש בית המשפט העליון את העיקרון שלפיו לכל איש ואישה מגיעה הזדמנות אמיתית לכתוב את סיפור חייהם. הם מבוססים על הכרה בערכו של כל אדם, כעולם בפני עצמו; וכדי להבטיח את מימוש האפשרות לעצב את סיפור חייהם, יש לתת הזדמנות שווה לכל הפרטים בחברה להישאר בחיים.

## 6. על מחסור במשאבים ועל גירעון דמוקרטי

המחלוקות המשפטיות העוסקות בהקצאת משאבים בתנאי מחסור מניחות לעתים קרובות את מצוקת המשאבים כעניין נתון. זהו אכן המקרה כשמדובר באיברים להשתלה שמקורם באנשים אחרים. אולם, כשמדובר בסוגיות אחרות, כדוגמת דיור ציבורי<sup>172</sup> או מכונות הנשמה, מצוקת משאבים אינה גזרת גורל אלא תוצר של מדיניות ושל החלטות מושכלות בדבר קביעת סדרי עדיפויות לאומיים. זוהי אחת ההצדקות שמספק סמואל בגנסטוס לדחיית התחשבות בלקויות שהיו קיימות עוד בטרם ההידבקות בנגיף, במסגרת התיעדוף. כתיבתו של בגנסטוס מתמקדת אומנם במסמכי תיעדוף שמתייחסים באופן מפורש למוגבלות, אולם טיעונו משקפים הסתייגות כללית

<sup>169</sup> ש.ס.

<sup>170</sup> ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה**, פ"ד נג(4) 526 (1999) (הכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בעולת הרשלנות).

<sup>171</sup> ע"א 10064/02 **"מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**, פ"ד ס(3) 13 (2005) (חישוב הפיצוי בגין הפסד השתכרות עתידי שנגרם כתוצאה מנזק גוף בתאונת דרכים, על פי אמת מידה סטטיסטית אחידה, תוך נטרול ההתחשבות בשייכות למגזר או למגדר מסוימים).

<sup>172</sup> ראו למשל ע"ע 5667/13 **אליה נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון**, פס' 7-8 (פורסם בנבו, 9.7.2014); דפנה ברק-ארז "פרשנות, שוויון והעצמה" **ספר יורם דנציגר** 503, 520, ה"ש 96 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים, 2019) (להלן: ברק-ארז "פרשנות, שוויון והעצמה").

מהתחשבות בתועלת היחסית שמטופלים עתידים להפיק מקבלת טיפול רפואי.<sup>173</sup> בגנסטוס טוען שלא ראוי להטיל על אנשים עם מוגבלות סיכון מוגבר בעת הקצאת משאבים בשעת מחסור, וזאת לאחר שהחלטה הראשונית בדבר היקף המשאבים הקיימים לא נתנה משקל מספק לכך שהם צפויים להיות נפגעים עיקריים ממגפה כדוגמת הקורונה.<sup>174</sup>

טענתו של בגנסטוס מבוססת בחלקה על ההיסטוריה הארוכה של הדרת אנשים עם מוגבלות מהשתתפות במרחב הדמוקרטי והצבת מכשולים להשפעה שלהם על סדר היום הציבורי.<sup>175</sup> זהו הרקע שכנגדו טוען בגנסטוס שהחלטות מדינה המשפיעות לרעה על מצבם של אנשים עם מוגבלות מעוררות חשש של "גירעון דמוקרטי", ומכאן שיש לפרש את החוק באופן שימנע את התניית הגישה למשאבים רפואיים בהיעדרה של מוגבלות.<sup>176</sup> השימוש ב"גירעון דמוקרטי" כעיקרון פרשני "שובר שוויון" בסוגיות הנוגעות לזכות לשוויון הוכר גם בכתיבה האקדמית בישראל.<sup>177</sup> הגירעון הדמוקרטי בענייננו מתבטא לא רק בייצוג ככנסת או בהחלטות הנוגעות להיקף המשאבים לשעת חירום, אלא גם, למשל, בתת-ייצוג של אנשים עם מוגבלות בגיבושו של נייר העמדה ובהליכים הקשורים ביישומו, כמו גם בעיצוב מדיניות כללית בנושאי ביאותיקה.<sup>178</sup>

<sup>173</sup> Bagenstos, לעיל ה"ש 88, בעמ' 11–13.

<sup>174</sup> שם, בעמ' 10–13; ראו גם, באופן כללי, מור "עשרים שנה לחוק השוויון", לעיל ה"ש 44, בעמ' 280 ("על אלה נוספים החסמים התקציביים, שאינם מנותקים מהשפעתן של הגישות האינדיבידואליות והרפואיות ומתפקידם המרכזי של אנשי-מקצוע המחזיקים בעמדות מסורתיות, שכן הבעיה התקציבית אינה העדר תקציב בהכרח, שהרי זה יהיה חסר תמיד, אלא סדרי העדיפויות העומדים מאחורי התקציב ותפיסת-העולם החברתית המניעה אותם").

<sup>175</sup> מור "משפט נגיש", לעיל ה"ש 50, בעמ' 27; ראו גם מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית", לעיל ה"ש 18, בעמ' 85–86, 102–103 (סקירה של הליכים משפטיים בעניין נגישות לקלפיות).

<sup>176</sup> Bagenstos, לעיל ה"ש 88, בעמ' 10–11; ראו גם Hellman & Nicholson, לעיל ה"ש 8, בעמ' 23.

<sup>177</sup> השופטת דפנה ברק-ארז הצביעה בכתיבה אקדמית על "הדפיציט הדמוקרטי" ככלי פרשני אפשרי במקרים שבהם החתירה לשוויון עשויה להוביל לתוצאות סותרות. משמעותו של אמצעי זה הוא התחשבות בפער בין מידת ההשפעה של הסדרים והחלטות על קבוצה מסוימת לבין מידת הנגישות של אותה קבוצה לתהליך העיצוב של הסדרים האמורים. אכן, השופטת ברק-ארז הציעה להתחשב בכלי פרשני זה במקרים שבהם "משני צדי המתרחס של המחלוקת המשפטית ניצבות אוכלוסיות מוחלשות". אולם, בהתחשב בתת הייצוג השיטתי של אנשים עם מוגבלות בצמתי קבלת ההחלטות הנוגעות לעניינם, ייתכן שראוי לעשות שימוש בעקרון פרשני זה גם במקרה זה. ברק-ארז "פרשנות, שוויון והעצמה", לעיל ה"ש 172, בעמ' 518.

<sup>178</sup> ראו, בהקשר הישראלי, Mor, לעיל ה"ש 118. בהסתמך על המוטו הנודע "שום דבר עלינו בלעדינו" (ראו להלן ה"ש 179), קוראת מור לפתח מנגנונים שיאפשרו לאנשים עם מוגבלות להשתתף בהליך קבלת ההחלטות הנוגעות במישורן לזכויותיהם בכל תחומי החיים, בדגש על קביעת מדיניות ציבורית בתחום הביאותיקה. ייצוג לאנשים עם

באופן ספציפי, חרף העובדה שהוועדה קיימה דין ודברים עם נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ועם פעילים למען זכויות אנשים עם מוגבלות **לאחר** פרסום נייר העמדה המקורי, ספק רב אם העיקרון "שום דבר עלינו בלעדינו" (Nothing About Us Without Us) מומש באופן מהותי בתהליך גיבוש התיעדוף, במובן זה שלא ניתן ביטוי ממשי לעמדתם של אנשים עם מוגבלות, על מגוון תתי-הקבוצות שמרכיבות קבוצה זו, טרם ניסוחו של נייר העמדה.<sup>179</sup>

אף להחלטות הנוגעות לעיתוי כתיבתו של נייר העמדה יש חשיבות בהקשר זה. אילו הייתה הוועדה הציבורית מתכנסת מבעוד מועד כחלק מהיערכות למגפה עתידית, הייתה הזדמנות רחבה יותר לארגוני חברה אזרחית בתחום המוגבלות להשפיע על קבלת ההחלטות. בארצות הברית, למשל, לפחות 18 מדינות גיבשו קווים מנחים לתיעדוף חולים בתנאי מחסור במשאבים עוד במהלך העשור שקדם למגפת הקורונה, כחלק מהיערכות להתפרצות עתידית של מגפה דמוית שפעת.<sup>180</sup> לעובדה זו יש משמעות בכל הנוגע לשיתוף הציבור בגיבוש התיעדוף, ולאפשרות להשיג על העקרונות שאומצו.<sup>181</sup> במדינת מרילנד, תהליך העבודה על הפרוטוקול לתיעדוף חולים ארך שנים אחדות, וכלל שיח ציבורי רחב בהשתתפות מאות אזרחים.<sup>182</sup> מדינת קליפורניה פרסמה אומנם קווים מנחים בתחילת חודש אפריל 2020, מבלי שניתנה אפשרות ממשית לארגוני חברה אזרחית להעיר הערות בנושא, אולם כתוצאה ממחאה חריפה נגד העקרונות שגובשו במסמך, הוא נגנז. ביוני פרסמה קליפורניה מסמך חדש,

מוגבלות כולל שני מישורים משלימים – מוחשי ורעיוני. במישור המוחשי, נודעת חשיבות לכך שיחידים עם מוגבלות יהיו חלק מהליך קבלת ההחלטות. במישור המהותי, יש לוודא שיינתן ביטוי בדיון לתפיסות של אנשים עם מוגבלות, על מכלול ההבדלים ביניהם.

JAMES I. CHARLTON, NOTHING ABOUT US WITHOUT US (1998). ככלל, למעט אם קיימת הוראה ספציפית בדיון, רשות מנהלית אינה חייבת לשתף את הציבור בתהליך קבלת ההחלטות כאשר היא מעצבת נורמות כלליות, אפילו אם נורמות אלה מחייבות את הציבור ומשפיעות על זכויותיו. דפנה ברק-ארו, **משפט מנהלי** כרך א 292 (2010). עם זאת, רשות מנהלית עשויה להיות מחויבת לשתף את הציבור בהחלטותיה מכוח עקרונות פרשניים במקרים מסוימים. כך למשל, בית המשפט הכיר בחובתה של רשות מקומית לפרסם את כוונתה להקצות מקרקעין לתכלית מסוימת, ולאפשר לתושבים להשמיע את עמדתם ביחס לכוונה זו. ראו בג"ץ 3638/99 **בלומנטל נ' עיריית רחובות**, פ"ד נד4 (4) 220 (2000). חובה זו, על פי בית המשפט, קמה מתוך כללי מנהל תקין ומהחובה לפעול בשקיפות. לפרסומם של מסמכים מסוגו של נייר העמדה לציבור הרחב בשלב מוקדם של גיבוש התהליך נודעת חשיבות רבה. בין היתר, פרסום כאמור מאפשר ביקורת ציבורית על השיקולים שנשקלו ועל יישומם. נוסף על כך, הליכי שיתוף עשויים לסייע לרשות לקיים את חובתה לקבל החלטות על בסיס תשתית עובדתית ראויה.

<sup>179</sup> Sheri Fink, *Whose Lives Should Be Saved? To Help Shape Policy, Researchers Ask the Public*, N.Y. TIMES, Aug. 22, 2016, at A.9

<sup>181</sup> ראו לעיל ה"ש 90.

<sup>182</sup> Fink, לעיל ה"ש 180.

שונה משמעותית מקודמו.<sup>183</sup> בניגוד לנעשה בישראל, במהלך העבודה על גיבוש המסמך המתוקן בקליפורניה ניתנה אפשרות רחבה לארגוני חברה אזרחית להביע עמדה ביחס לתיעודו.<sup>184</sup>

## 7. הנזקים האקספרסיביים של נייר העמדה

השפעתם של חוקים, תקנות וכללים אחרים בעלי תוקף משפטי אינה מסתכמת בהוראות המפורשות בהם. לכללים אלה יש גם תפקיד "אקספרסיבי", אשר מתבטא במסר שהם משדרים לציבור.<sup>185</sup> אכן, כלל שמתווה אחד ממסודות השלטון עשוי לשדר מסר החורג במידה מסוימת מהתוכן המפורש המצוי באותו כלל, ובכך להשפיע על עיצובן של נורמות חברתיות. כללים יכולים לשדר מסרים שהם רצויים מבחינה חברתית. לדוגמה, חוקים בתחום הבטיחות או בתחום בריאות הציבור עשויים להעביר איתות בדבר הממד המזיק בהתנהגויות מסוימות מעצם האיסור על התנהגויות אלה (למשל, בדבר הסכנות הגלומות בעישון או באי-חגירת חגורות בטיחות).<sup>186</sup> באותה מידה, כללים יכולים לשדר גם מסרים לא רצויים ובכך להשפיע לרעה על עיצוב נורמות חברתיות. בלשונם של חלק מהכותבים, כללים מהסוג השני עשויים לגרום ל"נזקים אקספרסיביים".<sup>187</sup> כך למשל, כלל אשר מורה על הפרדה במוסדות חינוך על בסיס גזע

Mara Hoplamazian, *California Sets New Rules for Rationing Medical Equipment if Hospitals Run out During Pandemic*, SACRAMENTO BEE (June 12, 2020), <https://www.sacbee.com/news/local/health-and-medicine/article243474286.html> 183

The Times Editorial Board, *Who Do We Save from Coronavirus and Who Do We Let Die? Take Wealth, Race and Disability Out of That Brutal Equation*, L.A. TIMES (Apr. 25, 2020), <https://www.latimes.com/opinion/story/2020-04-25/triage-rules-priority-ventilators> 184

Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2024 (1996). על פי מקאדמס, יש ארבע קטגוריות שונות של "תיאוריות אקספרסיביות של המשפט". במאמר זה אני מתמקד רק באחת מהן, זו העוסקת בהשפעה של כללים משפטיים על אמונות, רגשות או התנהגויות של חברי הציבור באמצעות המסר החברתי שהכללים הללו משדרים. ראו RICHARD H. MCADAMS, *THE EXPRESSIVE POWERS OF LAW: THEORIES AND LIMITS* 11–16 (2015). עם זאת, כפי שמקאדמס מציין, מלומדים נוטים לעיתים להפנות לטיעונים המשויכים לתיאוריות אקספרסיביות שונות בעת ובעונה אחת. בפרק זה של המאמר אני מפנה למקורות אחדים העוסקים בתיאוריה אקספרסיבית שעליה אינני מסתמך, אשר בוחנת את הסטטוס הנורמטיבי של החוק לפי המסר שהוא משדר. הטעם לכך הוא שיש חפיפה מסוימת בין התיאוריות, במיוחד בכל הנוגע לשאלת ההשפעה של כלל מסוים על תפיסות חברתיות ביחס לקבוצה חברתית מובהקת. ראו שם. Yuval Feldman & Janice Nadler, *The Law and Norms of File Sharing*, 43 SAN DIEGO L. REV. 577, 594 (2006) 185

Bradley A. Areheart, *Accommodating Pregnancy*, 67 ALA. L. REV. 1125, 1130 n.17 (2016) ("By expressive harms, I mean the negative impact on social norms and understandings that flow from the message or expression of a particular proposal or policy." דבורה הלמן מסתייגת מהשימוש במונח "נזק" בהקשר האקספרסיבי. לטענתה, 187

או מוצא משרד מסר של נחיתות כלפי קבוצה חברתית מסוימת, אפילו אם תנאי הלמידה זהים לשתי הקבוצות.<sup>188</sup> בדומה לכך, כלל האוסר על נישואים בין בני זוג מאותו המין מייחס מעמד מוסרי נחות לקהילת הלהט"ב, מסר שהוא רחב יותר מעצם האיסור (ולכן, בין היתר, הוא פוגע בחברות ובחברי הקהילה שכלל אין להם כוונה להינשא, או במי שהאיסור לא השפיע בפועל על זכויותיו וחובותיו מסיבה אחרת).

התפקיד האקספרסיבי של המשפט נתפס על ידי חלק מהחוקרים כבעל השפעה עקיפה, כיוון שהוא חורג מהתוכן הישיר של הכלל.<sup>189</sup> אולם אין בכך כדי לרמוז שהממד האקספרסיבי של כללים או של פעולות שלטוניות אינו חשוב. חלק מהתיאוריות האקספרסיביות מבוססות, בצורה זו אחרת, על ההנחה שהסטטוס הנורמטיבי של כלל מסוים תלוי במשמעות החברתית שלו.<sup>190</sup> באופן ספציפי, קיימת תפיסה בקרב מלומדים שלפיה למסר הנשקף מפעולה שלטונית מסוימת עשויה להיות חשיבות, או לכל הפחות צריכה להיות לו חשיבות, בהכרעה האם אותה פעולה מגיעה כדי הפרה של הזכות החוקתית לשוויון.<sup>191</sup> אבל גם במנותק מהפן הדוקטרינרי, מלומדים בענפים שונים של המשפט סבורים שהמסר ההצהרתי הגלום בחוקים מסוימים ממלא תפקיד מרכזי בעיצובן של נורמות חברתיות. המסר שמשדר כלל משפטי יכול לבסס, לשנות או להנציח תפיסות חברתיות בנוגע לתופעה מסוימת או לקבוצה מסוימת.<sup>192</sup>

לאור זאת, אבחן את תפקידו האקספרסיבי של נייר העמדה המתוקן. הבחינה לא תתייחס במישירן לדוקטרינה משפטית בדבר איסור הפליה. אסתפק בכך שאצביע על

התיאוריה האקספרסיבית של דיני ההפליה מתמקדת במסר שמשקף מכלל מסוים, להבריל מההשלכות של הכלל על הציבור. לכן, לטענתה של הלמן, כלל יכול להיות בעייתי מבחינה אקספרסיבית גם אם אינו יוצר נזק פסיכולוגי או סטיגמה. ראו למשל Deborah Hellman, *What Makes Genetic Discrimination Exceptional?*, 29 AM. J.L. & MED. 77, 89–90 (2003) במונח Expressive Harms נעשה לראשונה שימוש בהקשר של שרטוט מחוזות בחירה, במסגרת תיאוריה אקספרסיבית הבוחנת את הסטטוס הנורמטיבי של החוק לפי המסר שהוא משדר. ראו Richard H. Pildes & Richard G. Niemi, *Expressive Harms, "Bizarre Districts," and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearances After Shaw v. Reno*, 92 MICH. L. REV. 483 (1993) ראו והשוו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009); מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 41, בעמ' 89.

יובל פלרמן "משפט, נורמות והתנהגות: על משתנים ממתנים, על משתנים מתווכים ועל מה שביניהם" *משפט חברה ותרבות: האם המשפט חשוב?* 71, 83 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

שם, בעמ' 84, ה"ש 38.

Deborah Hellman, *The Expressive Dimension of Equal Protection*, 85 MINN. L. REV. 1 (2000) (ביחס לזכות להגנה שווה בפני החוק המעוגנת בתיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקנית); מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 41, בעמ' 81–86 ("מדיניות שלטונית כלפי קבוצה של אנשים עלולה להשפיע, באופן עקיף, על יחסו של הציבור לקבוצה זו. גורם חשוב הוא המסר, המפורש או המשתמע, שעולה מהחלטות של השלטון לייחס מאפיינים כלשהם למי שנמנים על הקבוצה הנדונה". שם, בעמ' 82).

Areheart, לעיל ה"ש 187, בעמ' 1146.

מכלול ההשלכות האפשריות של נייר העמדה, גם אלה שחורגות מההשפעה הישירה על חולים במצב קשה שההמלצות עשויות לחול עליהם. עם זאת, הדיון הקצר שיובא בהמשך הדברים עשוי לענות על מרכיבים מסוימים בסוגיית הבחינה החוקתית של פגיעה בשוויון כחלק מכבוד האדם. אני מודע לקושי המובנה בהעלאת טיעון ביחס למסרים אפשריים שנייר העמדה משדר מבלי לתמוך טענה זו באופן אמפירי,<sup>193</sup> אם כי חלק מהתיאוריות האקספרסיביות מבוססות על בחינה אובייקטיבית של הכלל ואינן דורשות שהוא יעורר תגובה כלשהי בפועל בקרב הציבור. מכל מקום, ומבלי להתעלם מהקושי האמור, חשוב להצביע גם על כך שפרסומו של נייר העמדה עורר מחאה ציבורית, וממנה ניתן ללמוד על המשמעות החברתית של המסמך בעיני פרטים רבים בחברה.

מהו, אם כן, התפקיד האקספרסיבי של נייר העמדה המתוקן? ניתן להצביע על מסרים אפשריים אחדים שמסמך זה משדר. מסר אחד שהודגש במסגרת המחאה הציבורית נגד המסמך – הן בגרסתו המקורית והן בנוסח המתוקן – הוא ש"חיייהם של אנשים עם מוגבלות שווים פחות".<sup>194</sup> ואומנם, בעקבות הביקורת, הוסיפה הוועדה בנייר העמדה המתוקן הבהרה שלפיה "בשום אופן אין לפרש את התיעודף הפיזיולוגי במצבי קיצון כשיפוט לגבי ערך החיים של אף אדם".<sup>195</sup> באופן כללי, תוספת זו מעוררת שאלה קשה בדבר היכולת לסתור את התפקיד האקספרסיבי של כלל מסוים באמצעות תוספת הבהרה לצד ההוראה האופרטיבית של הכלל.

מכל מקום, בכך לא מסתכם התפקיד האקספרסיבי של נייר העמדה המתוקן. הכלל שגובש במסמך, כך אטען, משדר מסר נוסף – דומה, אך לא זהה – באשר לחייהם של אנשים עם מוגבלות. מסר זה משתמע מקריטריון סיכויי השרידות בעצמו. מבט מעמיק ברציונל העומד מאחורי קריטריון זה עשוי ללמד שאספקתם של משאבי רפואת חירום לאנשים שסיכוייהם לשרוד נחשבים נמוכים – קבוצה שצפויה להכיל, כאמור, אנשים רבים עם מוגבלות – מצויה במתח עם רווחתם של חברי הציבור בכללותו. המתח נובע

<sup>193</sup> MCADAMS, לעיל ה"ש 185, בעמ' 16–21.

<sup>194</sup> מכתב חברי אקדמיה לד"ר אביחי מנדלבלית, היועץ המשפטי לממשלה, ולח"כ הרב יעקב ליצמן, שר הבריאות (22.4.2020) (עותק בידי המחבר) ("ערך החיים אינו מתאיין בשל קיומה של מוגבלות"); יותם בן-שץ "על קורונה, שוויון וערך החיים" כלכליסט 3.5.2020 perma.cc/SP7B-MT83 ("כיצד לא ימצאו את עצמם אנשים עם מגבלות [כך במקור] בתחתית סדר העדיפויות, כאשר מניחים מראש כי איכות חייהם נמוכה וחייהם שווים פחות?"); מכתב מרו"ח אהוד רצאבי ובעוז הרמן, יו"ר ומנכ"ל איל"ן (בהתאמה) לח"כ בנימין נתניהו, ראש הממשלה (19.4.2020) perma.cc/PY26-4YAL ("הצמדת ערך לחיי אדם על סמך תפקודו או מוגבלותו היא גישה שחלפה מן העולם והוחלפה בגישה חברתית עדכנית המכבדת אדם באשר הוא אדם"); אברמי טורם "מסמך האפליה, מסמך הבושה" שווים bit.ly/2IGyDvd 19.4.2020 ("הגישה הזו, הרואה במוגבלות פגיעה באיכות החיים או גורם המפחית מערך החיים של אנשים, היא גישה הנגועה בתפיסות חברתיות וסטריאוטיפים"); "מכתב דרישה לרחיית המלצות הוועדה", לעיל ה"ש 37, פס' 40 ("כלי תפקודי בעייתי אשר [...] קובע הלכה למעשה כי חייהם של אנשים עם מוגבלות שווים פחות"). כל ההדגשות בהערת שוליים זו הוספו ואינן במקור. נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9.

<sup>195</sup>

מכך שהקצאת משאבים במחסור לאנשים שסיכוייהם לשרוד נמוכים, צפויה להוביל, על פי העיקרון המנחה של קריטריון סיכויי השרידות, להצלתם של פחות בני אדם. במילים אחרות, אספקת משאבי רפואת חירום לאנשים עם לקויות קיימות, כדוגמת מחלות רקע, אשר משפיעות על מצבם הרפואי, מעמידה בסיכון את הציבור בכללותו או מטילה עליו נטל של סיכון כזה. ייתכן שמסר זה אינו נגלה לעין במבט ראשון, אך ניתן לזהות אותו בבהירות כאשר בוחנים לעומק את הכלל שעליו המליצה הוועדה, את האופן שבו הוא מנוסח ואת הרציונל שעומד מאחוריו.<sup>196</sup>

החשש המשתקף מנייר העמדה המתוקן, שלפיו יינצלו פחות חיי אדם אם יסופקו שירותים מצילי חיים לאנשים שסיכוייהם לשרוד נמוכים, אינו מתעורר בחלל ריק. חשש זה מתכתב עם תפיסות חברתיות ארוכות שנים שמבוססות על חששות מפני "סיכונים" – בטיחותיים או אחרים – שנשקפים מהשתתפותם של אנשים עם מוגבלות בתחומים שונים של החיים הציבוריים: בשוק העבודה, בתחבורה ובמרחב הציבורי.<sup>197</sup> ביטוי מוקדם של תפיסה זו ניתן למצוא בפסק הדין הידוע לשמצה *Buck v. Bell*. באותו

<sup>196</sup> ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 167–169; ראו גם נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 46 (נספח 4, נייר העמדה של ועדת המשנה ההלכתית-דתית): "במקרים כאלה [כאשר מספר המטופלים עולה על כמות המשאבים הפנויים להצלת חיים] צריך לקבוע דירוג להצלת חיים, גם במחיר הכואב של מות אחרים. הדבר מבוסס על התפיסה העקרונית שהציבור והכלל איננו רק אוסף של יחידים, אלא הוא יחידה עצמאית, בעלת מהות מיוחדת עם חוקים משלה, ועם צרכים של ציבור ככלל, לעתים גם על חשבון היחיד, ואף שאין היחיד מתבטל כנגד הציבור, בכל זאת יש לציבור משקל מיוחד בפני עצמו במצבים שונים. לפיכך, יש צורך לאזן בין הצרכים של הציבור כיחידה עצמאית, לבין הצרכים של כל יחיד ויחיד המרכיב את הציבור."

<sup>197</sup> Samuel R. Bagenstos, *The Americans with Disabilities Act as Risk Regulation*, 101 *COLUM. L. REV.* 1479, 1479–80 (2001); Michelle A. Travis, *Disqualifying Universality Under the Americans with Disabilities Act Amendments Act*, 2015 *MICH. ST. L. REV.* 1689, 1728–29 (2015). על רקע הנטייה להפלות אנשים עם מוגבלות מטעמים "בטיחותיים", כלל הקונגרס ב-ADA הוראה שמטרתה להתמודד עם טענות של מעסיקים ומפעילי שירות ציבורי בדבר "איום ישיר" (Direct Threat) שנושקף מאנשים עם מוגבלות. 42 U.S.C. §§ 12113(b), 12182(b)(3). על פי דוקטרינה זו, תישמע טענת הגנה בדבר "איום ישיר" רק כאשר מדובר בסיכון משמעותי לנזק חמור לבריאות או לבטיחות שאינו ניתן לנטרול באמצעות התאמות סבירות. נוסף על כך, כל טענה כזו צריכה להיות מבוססת על הערכה רפואית של אדם עם מוגבלות ונתמכת בראיות האובייקטיביות הטובות ביותר שניתן לספק ביחס לאותו אדם. 29 C.F.R. § 1630.2(f); 28 C.F.R. § 36.208. לסקירה של דוקטרינה זו, ההיסטוריה שלה והקשיים ביישומה לנוכח קיומם של סטריאוטיפים, "קיצורי דרך" קוגניטיביים ותפיסות חברתיות שגויות בדבר המסוכנות הנשקפת מאנשים עם מוגבלות, ראו Ann Hubbard, *Understanding and Implementing the ADA's Direct Threat Defense*, 95 *NW. U. L. REV.* 1279 (2001). לטענה שהדוקטרינה בדבר "איום ישיר" עצמה מנציחה סטיגמות על אודות המסוכנות של אנשים עם מוגבלות, ראו Travis, שם, בעמ' 1728–1729. גופים ממשלתיים בישראל מנסים להפריך מיתוסים ותפיסות שגויות בדבר המסוכנות הכרוכה בהעסקתם של אנשים עם מוגבלות. ראו למשל משרד העבודה והרווחה **שילוב אנשים עם מוגבלות במקום העבודה: המדריך המלא למעסיק** 124 (2015).

עניין, קבע השופט הולמס (Holmes) שאין עילה חוקתית להתערבות בצו שהורה לעקר בכפייה את קארי באק, שתוארה בפסק הדין כאשה עם לקות שכלית. את החלטתו נימק השופט הולמס, בין היתר, בכך שעיקורה של באק ימנע מראש את הגורל הצפוי לצאצא שייוולד לה: הוצאתו להורג בגין פשעיו העתידיים.<sup>198</sup> ההנחה שעליה התבסס הולמס היא שגם לצאצא של באק תהיה לקות שכלית, וכי הדבר יוביל לאחד משניים: לפשע או לגוויעה ברעב. פסק הדין הוא תמרור אזהרה משמעותי להחלטות בצומת שבין ביורטיקה לבין מוגבלות, אבל לענייננו הוא חשוב גם כי הוא מלמד על ההשלכות הקשות של הסטיגמה בדבר הסיכון הנשקף משילובם של אנשים עם מוגבלות במרחב הציבורי.

דעות קדומות על אודות הסיכון הנשקף ממוגבלות הובילו במרוצת השנים להפלייתם של אנשים עם מוגבלות על ידי מוסדות חינוך,<sup>199</sup> מעסיקים,<sup>200</sup> מפעילי

<sup>198</sup> Buck v. Bell, 274 U.S. 200, 207 (1927) ("It is better for all the world, if instead of waiting to execute degenerate offspring for crime [. . .] society can prevent those who (are manifestly unfit from continuing their kind"

<sup>199</sup> כשג'ודית' היומן, לימים אחת ממנהיגות התנועה לזכויות אנשים עם מוגבלות בארצות הברית, התייצבה ללמוד בבית הספר בגיל חמש, היא נדחתה בטענה שהיא מהווה "סיכון בטיחותי". העובדה שהשתמשה בכיסא גלגלים, הסביר מנהל בית הספר, עלולה הייתה לגרום לסיכונים בטיחותיים במקרה של שרפה. בסופו של דבר, החלה היומן ללמוד בבית הספר רק כשהייתה בת תשע, לאחר מאבק ממושך של אמה ברשויות. אבל לא הייתה זו הפעם האחרונה שבה נדרשה היומן להתמודד עם יחס מפלה על רקע זה. כעבור שנים, שאפה היומן לעבוד כמורה. בקשתה נדחתה. במועצת החינוך הסבירו כי הם מחויבים לבטיחותם של התלמידים במקרה של מצבי חירום, והיותה של היומן נכה המשתמשת בכיסא גלגלים עשוי היה לחתור תחת מחויבות זו. גם הפעם, רק לאחר מאבק משפטי עיקש, קיבלה היומן את המשרה. "כל כך נמאס לי להיקרא 'מפגע בטיחותי' שיכולתי להקיא", כתבה לאחרונה בספר הזיכרונות שלה. לאחר מכן הוסיפה: "כשמסודות אינם מעוניינים לעשות דבר מה, נימוקים שעניינם 'בטיחות' הם תירוץ קל [...] קשה להתווכח עם נימוקים שעניינם בטיחות. כולם רוצים להיות בטוחים; זה צורך אנושי בסיסי".  
ראו JUDITH HEUMANN & KRISTEN JOINER, BEING HEUMANN: AN UNREPENTANT MEMOIR OF A DISABILITY RIGHTS ACTIVIST ch. 1–3 (2020) (ebook) על ידי המחבר).

<sup>200</sup> ע"ע (ארצי) 61235-02-17 קופולק (1949) בע"מ – חנשוילי, פס' 71 (פורסם בנבו, 16.10.2018). בעניין זה, שעסק בסכסוך בין עובד עם מוגבלות שעבד כ"מפעיל כימי" לבין מעסיקתו, קבע בית הדין הארצי לעבודה שטענות החברה המעסיקה בדבר סיכונים בטיחותיים שעלולים להיגרם כתוצאה מהמשך עבודתו של העובד לא הוכחו ונטענו בעלמא; סע"ש (אזורי ת"א) 46240-06-13 חושאן – מדגם ייעוץ ומחקר (פורסם בנבו, 21.3.2016). בעניין זה נידונה השאלה האם סירובה של חברה להתקין תוכנת עזר על מחשבי החברה כדי להנגיש את המידע למועמד לעבודה, שהוא עיוור, עולה כדי הפליה על פי חוק השוויון. במענה לטענת ההפליה, טענה החברה כי שימוש בתוכנה אינו אפשרי מטעמים של אבטחת מידע, וכי התקנתה תוביל לסיכונים עסקיים. לאחר שבחן את הראיות, קבע בית הדין האזורי לעבודה כי "לא זו בלבד שבטיחות תוכנת העזר לא נבדקה, יתכן שלו נבדקה הייתה נמצאת תקינה ובטוחה לשימוש"; עב' 2545-08 (אזורי



תחבורה,<sup>201</sup> מכוני יופי,<sup>202</sup> רופאי שיניים<sup>203</sup> ועוד. בישראל ובמדינות אחרות, קיומה של מוגבלות נפשית עשוי להוביל להדרה משוק העבודה ולהטלת מגבלות בתחומים כמו חברות בלשכת עורכי הדין,<sup>204</sup> נשיאת נשק או גיוס לכוחות הביטחון.<sup>205</sup> מרבית המגבלות הללו מבוססות על חששות שלפיהם לאנשים עם מוגבלות יש נטייה לאלימות או שנשקפת מהם סכנה לציבור. אולם, כפי שהראו מלומדים, חששות אלה לרוב אינם

---

ח"י) נדב – חברת אשד משאבים, לוגיסטיקה והנדסה בע"מ (פורסם בנבו, 2013.3.6). מקורו של פסק דין זה בתביעה שהגיש אדם שהועסק כפקח תנועה ופוטר לאחר חודשים אחדים. החברה טענה כי הפיטורים היו מוצדקים בשל הסכנה שנשקפה לציבור מכך שהתובע, לטענתה, לא יכול היה להשתמש בשתי ידיו על רקע קיומה של מוגבלות פיזית. בפסק הדין דחה בית הדין האזורי טענה זו, וקבע שלא נעשה ניסיון ממשי לברר האם הפקח יכול להמשיך בעבודתו, באופן מלא או חלקי: "הקל ביותר הינו להעלות טיעון שעבודת התובע עלולה לסכן את המשתמשים, מבלי לבחון, האם המדובר בסיסמה בלבד". שם, פס' 31.

201 בשנת 1985, למשל, התבקשו נדין וסטיבן ג'ייקובסון לעבור ממקומותיהם במטוס של חברת יונייטד בשל מדיניות של החברה שלפיה נאסר על אנשים עיוורים (כדוגמת הזוג ג'ייקובסון) לשבת בשורה של יציאת החירום מהמטוס. אלה המקומות שניתנו לבני הזוג מלכתחילה, ומשהתבררה הטעות הם התבקשו לעבור משם. בני הזוג ג'ייקובסון סירבו לכך, כי ראו בבקשה פגיעה בכבודם. עקב כך התנהל נגדם משפט באשמת הפרת הסדר הציבורי, ובסופו הם זוכו. זמן קצר לאחר מכן חוקק הקונגרס האמריקני חוק נגד הפליית אנשים עם מוגבלות במתן שירותי תעופה, אולם חברות תעופה המשיכו למנוע מאנשים עם מוגבלות לשבת בשורות הסמוכות ליציאת החירום. ראו Paul K. Longmore, *The Second Phase: From Disability Rights to Disability Culture, in WHY I BURNED MY BOOK AND OTHER ESSAYS ON DISABILITY* 215, 216 (2003).

202 כך למשל, בית משפט השלום חייב מכוני יופי לשלם פיצוי לתובע, נשא HIV, בגין סירובו של המכוני להעניק לו טיפול להסרת שיער. הרקע לסירוב היה "הירתעות" הצוות המטפל" ממתן שירות לתובע, אף על פי שהוא הצטייד באישור רפואי שבו צוין כי "אין כל מניעה לבצע הסרת שיער בכל שיטה שהיא". עניין מאיר את לוקסנבורג, לעיל ה"ש 82, פס' 16.

203 עניין Bragdon, לעיל ה"ש 82.

204 ס' 49 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; Alyssa Dragnich, *Have You Ever ...? How State Bar Association Inquiries into Mental Health Violate the Americans with Disabilities Act*, 80 BROOK. L. REV. 677 (2015).

205 Thomas R. Smith, Jr., *Protecting Police Applicants from Disability Discrimination Under the Americans with Disabilities Act*, 36 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 187, 200 U.S. DEP'T DEFENSE, DoD INSTRUCTION 6130.30, MEDICAL STANDARDS FOR APPOINTMENT, ENLISTMENT, OR INDUCTION INTO THE MILITARY SERVICES (2018), <https://perma.cc/5PJX-EHXJ>.

מגובים בנתונים,<sup>206</sup> ולכל הפחות מבוססים על הגזמות מופלגות.<sup>207</sup> בדומה לכך, הטענה בדבר מסוכנותם של אנשים עם מוגבלות נפשית או שכלית מועלית לעיתים קרובות בהליכים משפטיים שדנים בתוכניות מתאר אשר עוסקות בהקמתם של מעונות לאנשים עם מוגבלות בקהילה, אולם גם במקרים אלה מדובר פעמים רבות בטענות שאינן מבוססות.<sup>208</sup>

המקרים שנסקרו עד כה הם רשימה לא ממצה של דוגמאות לקיומן של תפיסות רווחות בקרב הציבור באשר לחשש מהעסקה או ממתן שירותים לאנשים עם מוגבלות. דוגמאות אלה משקפות תפיסות חברתיות שלפיהן קיים מתח בין השתתפותם של אנשים עם מוגבלות בתחומים שונים של החיים הציבוריים לבין קידום האינטרס של הציבור בכללותו. לעיתים, אותן תפיסות מבוססות על ראייה של מוגבלות כנטל על החברה. במקרים אחרים, מוגבלות נתפסת כמקור לסיכון.

המסרים שנייר העמדה המתוקן משדר עלולים להנציח או להחמיר את אותן תפיסות חברתיות. אינני מבקש לטעון שמחברי המסמך התכוונו, או אף היו מודעים, למשמעות החברתית של נייר העמדה, כפי שהיא מוצעת כאן. הטענה היא אחרת. כוונתי להראות את נקודות ההשקה בין המסרים שנשקפים מנייר העמדה לבין תפיסות ונורמות חברתיות אשר מושרשות בצורה עמוקה ביחס לקשת רחבה של לקויות. למעשה, ניתן להניח שחברי הוועדה לא התכוונו לשדר את המסר שלפיו אספקת משאבי רפואה לאנשים עם מוגבלות מנוגדת למימוש התכלית של הצלת בני אדם רבים ככל האפשר. אולם אין בכך כדי לנטרל מסר זה. התפקיד האקספרסיבי של כלל מסוים אינו תלוי בהכרח בכוונתה של מי שניסחה את הכלל.<sup>209</sup> נזק אקספרסיבי עלול להיגרם כתוצאה

<sup>206</sup> ראו למשל Susan McMahon, *Gun Laws and Mental Illness: Ridding the Statutes of Stigma*, 5 U. PA J. L. & PUB. AFFAIRS 1, 12 (2020). מקמהון מבקרת הטלת איסורים על אנשים עם מוגבלות נפשית לשאת נשק, בטענה שהמיתוס שלפיו אנשים עם "מחלות נפש" הם מסוכנים אינו מגובה בנתונים. ראוי להבהיר שבהצבעה על טענה זו של מקמהון אינני מאמץ גישה התומכת בזכות לשאת נשק או המעודדת נשיאת נשק. מטרתה היא להצביע על תחום נוסף שבו באה לידי ביטוי הסטיגמה בדבר מסוכנותם של אנשים עם לקויות נפשיות.

<sup>207</sup> Ann Hubbard, *The ADA, the Workplace, and the Myth of the "Dangerous Mentally Ill"*, 34 U.C. DAVIS L. REV. 849, 867 (2001).

<sup>208</sup> City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., 473 U.S. 432, 450 (1985); בש"א (שלום י-ם) 5853/07 לוי נ' מכוון סאמיט, פס' 9 (פורסם בנבו, 10.9.2007); בש"א (שלום י-ם) 1628/98 קטוריה נ' עמותת מרפא לנפש, פס' 9 (פורסם בנבו, 30.6.1998).

<sup>209</sup> Elizabeth S. Anderson & Richard H. Areheart, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U. PA. L. REV. 1503, 1528 (2000). לעיל ה"ש 187, בעמ' 1145-1146; לעיל ה"ש 185, בעמ' 2022. דוגמה בולטת היא מחקרם של פוקס וגריפין שבו נטען, על בסיס מחקר אמפירי, שחקיקתו של ה-ADA, מקבילו של חוק השוויון בדין הפדרלי האמריקני, הובילה לעלייה בשיעור ההפלות לאחר ביצוע בדיקה גנטית המעידה על הסתברות גבוהה לעובר עם תסמונת דאון. פוקס וגריפין מציעים הסבר אפשרי לתופעה זו: ההשלכות של החוק השפיעו באופן שלילי על העמדות החברתיות והרגשיות של הורים מיועדים כלפי תסמונת דאון. את ההשפעה העקיפה הזו

מהאופן שבו המסר שהכלל משרד "מתכתב" עם תפיסות ומוסכמות חברתיות. גם אם הכלל לא נועד לפגוע במעמד המוסרי של קבוצה מסוימת באוכלוסייה, ואף אם הוא מבוסס על אמות מידה "ניטרליות", הוא עלול לשרר מסר שלילי ולהשפיע על האופן שבו הציבור מעריך את חברות וחברי הקבוצה.<sup>210</sup> חשוב לציין בהקשר זה, שכל עוד נייר העמדה המתוקן אינו מיושם בפועל (ובתקווה שכך המצב יישאר), הרי ייתכן שהנוק האקספרסיבי שנובע מהמסמך הוא הנזק היחיד שכבר "התגבש" כתוצאה מפרסומו.<sup>211</sup> לכן, ספק אם ניתן להסתפק בכך שנייר העמדה המתוקן לא יאומץ בהחלטה מנהלית. לפחות מבחינה אקספרסיבית, נודעת חשיבות לדחייה אקטיבית של ההמלצות בנייר העמדה, בדגש על ההמלצות בעניין המדד התפקודי ומדד מחלות הרקע.

## ה. חלופות למודל המוצע בנייר העמדה

הדיון עד כה הצביע על קשיים משמעותיים בקריטריון סיכויי השרידות בכללותו ובחלק מהמדדים שנבחרו לצורך יישומו. חלק מהטענות שהועלו מחייבות הצבעה על חלופות להמלצות הוועדה, הן במישור המעשי והן במישור הנורמטיבי. בפסקאות הבאות, אם כן, אציע רשימה לא ממצה של הצעות לשינויים בנייר העמדה המתוקן. המטרה היא לספק מצע לדיון ונקודות למחשבה, להבדיל מגיבוש המלצות שיבואו במקום ההמלצות הקיימות בנייר העמדה המתוקן. את הדיון בעניין החלופות אפתח בהתייחסות למדד התפקודי ולמדד מחלות הרקע. כמתואר לעיל, אני סבור שדיני השוויון בישראל מחייבים עיון מחדש בקריטריון סיכויי השרידות בכללותו. עם זאת, נקודת המוצא בחלק הראשון של הדיון תהיה שקריטריון סיכויי השרידות הוא הקריטריון המנחה שלפיו יתבצע התיעדוף, אלא שראוי להשתמש במדדים אחרים, פוגעניים פחות, על מנת ליישם אותו. בהקשר זה, ניתן לטעון שנייר העמדה המתוקן כבר כולל מדדים נוספים, אשר יכולים בעצמם לשמש חלופה למדד התפקודי ולמדד מחלות הרקע. באופן ספציפי, נייר העמדה המתוקן מציע שימוש במדד "הכשל המערכתי", אשר ייתכן שיוכל להיות מדד יחיד להערכת סיכויי

של החוק, שוודאי לא הייתה מכוונת על ידי מנסחיו ושמתייחסת לתחום שכלל אינו מוסדר בו, מכנים פוקס וגריפין Expressive Externalities. ראו Dov Fox & Christopher L. Griffin, Jr., *Disability-Selective Abortion and the Americans with Disabilities Act*, 2009 UTAH L. REV. 845.

<sup>210</sup> Benjamin Eidelson, Comment, *Kidney Allocation and the Limits of the Age Discrimination Act*, 122 YALE L.J. 1635, 1647-50 (2013) (הצגת טיעון ברוח זו ביחס להתחשבות בשנות חיים במדיניות שקובעת סדרי עדיפויות בהקצאת איברים להשתלה).

<sup>211</sup> אינני מתכוון כמובן להתגבשות הנוק כמשמעו של מונח זה בדיני הנזיקין, אלא לאמירה כללית בדבר הנזק החברתי שנגרם כתוצאה מפרסום המסמך. ראו הסתדרות הפסיכולוגים בישראל, החטיבה השיקומית "תגובת החטיבה לפסיכולוגיה שיקומית בהסדרות הפסיכולוגים בישראל לנייר העמדה 'תיעדוף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה'" perma.cc/8UGV-7J9T (2020) ("את ההשלכות והמחירים הנפשיים של פרסום המסמך האמור אנו רואים כבר כעת במפגשים הטיפוליים ויש להניח שיהיו להם הדים בהמשך").

השרידות. אפשרות אחרת, שאיננה רצויה להשקפתי אך עשויה להיות רלוונטית כמוצא אחרון, היא להשתמש במדד מחלות הרקע כמדד "שובר שוויון", במובן זה שיעשה בו שימוש רק אם שאר המדדים יובילו לשוויון בין החולים. מודל דומה, למשל, אומץ בפרוטוקול של מדינת קליפורניה.<sup>212</sup> כמתואר לעיל, המדד התפקודי ומדד מחלות הרקע הם המדדים הראשונים שיש לבחון על פי תרשים הזרימה שהובא בנייר העמדה. עובדה זו הופכת את השימוש במדדים אלה למשמעותי במיוחד; ייתכן ששימוש במדד מחלות הרקע כמדד שובר שוויון יוביל לפגיעה פחותה באנשים החולים במחלות אלה. מכל מקום, אפילו אם תאומץ גישה מרוככת, יש להסיר את המדד התפקודי מנייר העמדה המתוקן, זאת לנוכח החשש הכבד שהוא מעורר ביחס להפליית אנשים עם מוגבלות ועל רקע חוסר הבהירות המאפיין אותו.

בכל הנוגע למדדים חלופיים, ניתן להפנות למסמכי תיעוד של מדינות אחדות בארצות הברית, כדוגמת ניו יורק וקליפורניה. המסמכים שגובשו במדינות אלה מבוססים אף הם על קריטריון סיכויי השרידות כקריטריון מרכזי בתיעוד, אך הם עושים שימוש במדד SOFA, שהוא שיטת ניקוד שנועדה לייצג סיכון לתמותה על פי מדדים קליניים של תפקוד ריאות, כבד, מוח, כליות, קרישת דם ולחץ דם.<sup>213</sup> בספרות המשפטית הובעה הדעה כי השימוש ב-SOFA אינו עולה כדי הפרה של החוק הפדרלי לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות בארצות הברית (ADA).<sup>214</sup> מדד זה אינו חופף באופן מלא למדד התפקודי או למדד מחלות הרקע; על פי נייר העמדה המתוקן, מדד SOFA דומה במהותו למדד הכשל המערכתי שהוצע על ידי הוועדה. הוועדה התייחסה בנייר העמדה המתוקן למדד SOFA והסבירה כי ההחלטה שלא לאמץ אותו נבעה, בין היתר, מכך שהוא נמצא בעבר לא מועיל לשימוש במצבים של מגפות.<sup>215</sup> אולם ייתכן שראוי לאמץ מבחן זה גם אם הוא "יעיל" פחות, אם מידת הפגיעה שלו בזכות לשוויון של אנשים עם מוגבלות היא פחותה.

ומה באשר לקריטריון סיכויי השרידות כשלעצמו? המתנגדים לקריטריון זה הציעו לבסס את התיעוד על הגרלה או על שיטת "כל הקודם זוכה" כשיטות חלופיות כאמור.<sup>216</sup> לא ידוע לי על פרוטוקול לתיעוד שהציע כללים שכאלה כקריטריון עיקרי, אם כי מסמכים אחדים מאמצים שיטות אלה ככלים להכרעה במקרה שבו קריטריונים

212 Cal. Dep't of Pub. Health, *California SARS-CoV-2 Pandemic Crisis Care Guidelines* (June 2020), <https://perma.cc/9UWM-YZ8L> (להלן: "פרוטוקול קליפורניה").

213 Baker & Fink, *Leilil Ha"sh*, 86 *Disability*; Rabia Belt, Celina Malavé & Camila Strassle, *Disability and Health in the Age of Triage*, HARV. L. REV. BLOG (July 1, 2020), <https://perma.cc/X3Z8-VFQU>.

214 Hensel & Wolf, *Leilil Ha"sh* 7, בעמ' 759.

215 נייר העמדה המתוקן, *Leilil Ha"sh* 3, בעמ' 11.

216 לתמיכה בהקצאת משאבים רפואיים לפי אמת מידה של קדימות בזמן, גם במחיר של הצלת פחות חיים, ראו Ne'eman, *Leilil Ha"sh* 8. סנאטורים אמריקנים אחרים הביעו עמדה דומה בחודש אפריל 2020, תוך דחייה מפורשת של קריטריון סיכויי השרידות (אולם הם הכירו באפשרות למנוע משאבים רפואיים ממתופלים שסיכוייהם להחלים "זניחים"). Letter from Senator Elizabeth Warren et al. to Alex Azar, Sec'y of Health & .Hum. Servs., et al. (Apr. 10, 2020), <https://perma.cc/F9QF-Q325>.

אחרים מובילים לשוויון בין חולים.<sup>217</sup> למעשה, גם נייר העמדה הישראלי קובע כי יש להקצות משאבים בשיטת "כל הקודם זוכה" במקרה של שוויון רפואי מלא.<sup>218</sup> עבור רבים, כללים של הגרלה ושל "כל הקודם זוכה" מנוגדים לאינטואיציה בסיסית בהקשר זה. מבחינה מעשית, לכל אחת מהחלופות הללו יש חסרונות. חלופות אלה גם מנוגדות במידת מה לרציונל בדבר הצלת מרב חיי אדם. גם בהקשר המשפטי, הגרלה נתפסת בדרך כלל כדבר שלילי. כך למשל, הכרעת סכסוכים משפטיים בדרך של הטלת מטבע תיחשב ככלל כהחלטה החורגת מכללים בסיסיים של הליך תקין.<sup>219</sup> אולם במקרים שבהם החליטו רשויות מנהליות להקצות משאבים מוגבלים על דרך של הגרלה, לא ראה בכך בית המשפט העליון דבר פסול בהכרח, ודחה טענות בדבר שרירותו של כלי זה.<sup>220</sup> אכן, הודגש בפסיקה כי הגרלה היא פתרון מתאים רק כאשר אין שוני רלוונטי בין המשתתפים.<sup>221</sup> אולם, ייתכן שראוי להחיל כלל זה גם כאשר קיים לכאורה שוני רלוונטי, במקרים שבהם לא ראוי להתחשב בשוני זה בנסיבות העניין, או כאשר קמה חובה לנטרל את השונות, ברוח העקרונות שנקבעו בעניין מילר. מכל מקום, ראוי להזכיר שגם שיטה שמבוססת על הגרלה או על קדימות בזמן צפויה להציב בעדיפות נמוכה מקרים שבהם סיכויי השרידות הם אפסיים, בהתאם להוראות חוק החולה הנוטה למות.<sup>222</sup>

בחיבורים שהתפרסמו לאחרונה אפשר למצוא גישות אחרות שנועדו להתמודד עם החששות שהועלו במאמר זה ביחס לקריטריון סיכויי השרידות, באופן שאינו שולל באופן מלא התחשבות בקריטריון זה. חלופה אחת הוצעה על ידי חוקרים אחדים מתחום הכלכלה אשר גיבשו מתווה שמטרתו "שריון" משאבים לקבוצות מסוימות באוכלוסייה (Reserve System), תוך שימוש בנוסחה שתצמצם הקצאה לא יעילה של משאבים.<sup>223</sup> החוקרים מצביעים על אנשים עם מוגבלות כדוגמה לקטגוריה חברתית שעשויה להתאים לשריון מהסוג המוצע.<sup>224</sup>

במישור הפרוצדורלי, הוצע לשלב אנשים עם מוגבלות או נציגים מטעמם בוועדות שמבצעות את התיעוד בפועל בבתי החולים, על מנת לוודא שהשיקולים שנשקלים

<sup>217</sup> כזה הוא למשל מסמך התיעודף שגובש במדינת קליפורניה. ראו פרוטוקול קליפורניה, לעיל ה"ש 212, בעמ' 28.

<sup>218</sup> נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 17 (נספח ב, תרשים זרימה וטבלאות דירוג).  
<sup>219</sup> דפנה ברק-ארו "צדק ישראלי, צדק קווקזי – משפט צדק, שופטים, הורים וילדים בעקבות מעגל הגיר הקווקזי" ספר נילי כהן – משפט, תרבות וספר 520 (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים, 2017).

<sup>220</sup> בג"ץ 5023/91 פרוז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793, 801 (1992); בג"ץ 6437/04 תבורי נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד נח(6) 369 (2004). ראו גם ברק-ארו, לעיל ה"ש 142, בעמ' 697.

<sup>221</sup> עניין תבורי, לעיל ה"ש 220, בעמ' 379.

<sup>222</sup> ראו לעיל ה"ש 87 והטקסט הסמוך לה.

<sup>223</sup> Parag A. Pathak, Tayfun Sönmez, M. Utku Unver & M. Bumin Yenmez, *Leaving No Ethical Value Behind: Triage Protocols Design for Pandemic Rationing* (NBER, Working Paper No. 26951, 2020), <https://perma.cc/64X7-NBK7>.

<sup>224</sup> שם, בעמ' 12.

נוגעים אך ורק למצבם הרפואי של החולים, על בסיס בדיקה פרטנית של כל חולה וחולה.<sup>225</sup> הצעות נוספות כוללות מניעת אפשרות שלידי הצוותים המתעדרים יגיע מידע על החולים שאינו נוגע למצבם הרפואי (בדגש על מידע שעשוי לחשוף היבטים סטיגמטיים בזהותם של החולים);<sup>226</sup> קיום הדרכות לצוותים המתעדרים בנושא מניעת הפליה מחמת מוגבלות;<sup>227</sup> איסוף, חקר ופרסום נתונים על האופן שבו מגפת הקורונה משפיעה על אנשים עם מוגבלות, כך שקבלת ההחלטות תתבצע על בסיס נתונים מהימנים ועדכניים;<sup>228</sup> גיבוש תוכניות לשימוש יעיל במשאבים; חלוקת חולים בין בתי חולים כדי לדחות ככל הניתן את הצורך לתעדף ומתן סיוע בהליך התיעודף לבתי חולים שכוח האדם שלהם מצומצם.<sup>229</sup>

## סיכום

מאמר זה ניתח את נייר העמדה המתוקן של הוועדה הציבורית לתיעודף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה, ועמד על הקשיים המשפטיים שהוא מעורר. תחילה נטען, ששני מדדים שנבחרו לצורך יישומו של קריטריון סיכויי השרידות – המדד התפקודי ומדד מחלות הרקע – מעוררים חשש כבד להפליה אסורה מחמת מוגבלות והוצע להסירם מנייר העמדה. בהמשך לכך, נטען שקריטריון סיכויי השרידות כשלעצמו מעורר חשש להפליה, כיוון שהוא צפוי להציב אנשים עם מוגבלות בעדיפות נמוכה לקבלת טיפול מציל חיים באופן לא-פרופורציונלי ביחס למספרם באוכלוסייה. אין מחלוקת על כך שהצלת חיי אדם היא תכלית ראויה. אבל בניסיון להגשים תכלית זו, עלינו גם לשאול את השאלות הבאות: מיהם האנשים שתימנע מהם גישה למשאבי רפואה? מהו המחיר החברתי שאנו משלמים על הניסיון לאמץ את אמת המידה ה"יעילה" ביותר לצורך הערכת סיכויי השרידות? האם הכלים היישומיים שנבחרו פותחים פתח רחב להטיות? והאם כלים אלה מחלקים את הסיכון לטעות, בצורה שווה, בין אנשים עם מוגבלות לבין אנשים ללא מוגבלות? שאלות אלה, שנידונו במאמר זה, מובילות למסקנה שהחלטה האם יש לאמץ את נייר העמדה המתוקן או לדחות אותו אינה צריכה להתבסס רק על השאלה האם הוועדה הצליחה לבסס קשר מדעי בין המדדים שנבחרו לבין הסיכוי להחלים מ-Covid-19. כדי להבטיח הזדמנות שווה לאנשים עם מוגבלות לקבל טיפול מציל חיים נדרשת חשיבה

<sup>225</sup> Belt et al., לעיל ה"ש 213. השוו להמלצות בנייר העמדה המתוקן בנוגע לזהות הגורם המתעדף, שלפיהן כל מוסד רפואי ימנה ועדת תיעודף מוסדית שתהיה לה סמכות ייעוצית, אך "כל החלטת תיעודף ביחס לכל חולה אינדיבידואלי תתקבל על ידי רופא בכיר מומחה בטיפול נמרץ לאחר התייעצות עם מומחה רפואי נוסף [...]". נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 14.

<sup>226</sup> Guidry-Grimes et al., לעיל ה"ש 122, בעמ' 30.

<sup>227</sup> שם. ראו גם פרוטוקול קליפורניה, לעיל ה"ש 212, בעמ' 11 (הוראה בדבר קיום הדרכות על זכויות מוגבלות ודעות קדומות).

<sup>228</sup> Guidry-Grimes et al., לעיל ה"ש 122, בעמ' 30.

<sup>229</sup> פרוטוקול קליפורניה, לעיל ה"ש 212, בעמ' 7-12; Belt et al., לעיל ה"ש 213.

מחודשת על העקרונות שהתווה נייר העמדה המתוקן. חשיבה זו צריכה להתבסס על שורה של הצעות חלופיות אפשריות למודל שהוצע במסמך, חלופות שהוצגו בפרק הקודם.