

על מכונות הנשמה, סיכויי שרידות והפליה: מדוע יש לדחות את נייר העמדה לתיעודף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה

ירון קובו*

תקציר

כיצד יש להקצות משאבי טיפול מצילי חיים במצב שבו מספר החולות והחולים הזקוקים לטיפול עולה על היקף המשאבים? 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 לתיעודף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה", וזו פרסמה נייר עמדה הכולל המלצות לתיעודף במקרה של מחסור במשאבי רפואת חירום. הקריטריון המנחה לתיעודף שאומץ בנייר העמדה הוא "סיכויי השרידות". לפי קריטריון זה, חולים שסיכוייהם להחלים גבוהים יזכו לעדיפות על פני חולים עם סיכויי שרידות נמוכים.

המאמר מציג ניתוח של נייר העמדה מפרספקטיבה של דיני מוגבלות. הטענה העיקרית המוצגת במאמר היא שקריטריון סיכויי השרידות וחלק מהממדים שנבחרו לצורך יישומו מעוררים חשש ממשי לפגיעה בזכותם של אנשים עם מוגבלות לחיים ולשוויון. במסגרת כך, נטען במאמר כי הממדים שנבחרו ליישומו של קריטריון סיכויי השרידות פותחים פתח להטיות בהערכת המצב הרפואי; כי הם אינם מקצים באופן שווה את הסיכון לטעות בהערכה הרפואית בין אנשים עם וללא מוגבלות; וכי הם עלולים להביא לכך שאנשים עם מוגבלות יודגו בעדיפות נמוכה לקבלת טיפול מצילי חיים גם אם סיכויי השרידות שלהם גבוהים יותר משל אחרים. עוד נטען כי קריטריון סיכויי השרידות, בפני עצמו, 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 עם שורה של הצעות חלופיות שביכולתן להפיג, ולכלל הפחות לרצף, את החששות שמעורר המודל שאומץ בנייר העמדה.

א. מבוא. ב. רקע: הקמת הוועדה ומטרתה. ג. שתי הגרסאות של נייר העמדה וקריטריון סיכויי השרידות. ד. המסגרת הנורמטיבית; 1. אנשים עם מוגבלות והזכויות לחיים ולשוויון בדין הישראלי; 2. הגדרת הקבוצה. ה. ניתוח של קריטריון סיכויי השרידות; 1. קריטריונים שונים לתיעודף: רקע; 2. קריטריון סיכויי השרידות: דיון כללי; 3. הממדים שאומצו ליישום קריטריון השרידות; 4. שוני רלוונטי וחובת התאמות; 5. איוונים ומדיניות שיפוטית; 6. על מחסור במשאבים וגרעון דמוקרטי. 7. הנזקים האקספרסיביים של נייר העמדה. ו. חלופות למודל המוצע בנייר העמדה. ז. סיכום.

א. מבוא

שלושה אנשים מגיעים לבית החולים עם נגיף הקורונה (להלן: "Covid-19"). סיגל היא אשה בריאה בת 40 שמתניידת באמצעות כיסא גלגלים. לארנון, בן 19, יש סרטן והוא עובר טיפולי כימותרפיה. אדווה היא אשה בת 67, בריאה בדרך-כלל, ללא לקויות קודמות. במועד הגעתם לבית החולים, ישנה רק מכונת הנשמה אחת פנויה לשימוש. היה ומצבם של השלושה יחמיר והם יזדקקו לטיפול מצילי חיים, את מי מהם יש להנשים?¹

התפרצותה של מגפת הקורונה ברחבי העולם עוררה את החשש שמספר החולות והחולים הזקוקים למשאבי טיפול מצילי חיים יעלה על היקף המשאבים הקיימים. חשש זה התממש בפועל

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

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

באיטליה, שם צוותי רפואה נאלצו להחליט מי מבין החולים והחולות יחוברו למכונות הנשמה.² על רקע זה, הוקמה בישראל "הוועדה הציבורית לתיעודף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה" (להלן: "הוועדה"). הוועדה גיבשה נייר עמדה הכולל קווים מנחים להקצאת משאבים במצב של חוסר באמצעים.³ נייר העמדה, שגרסתו הראשונה פורסמה באפריל 2020, נועד להנחות את הצוותים הרפואיים בבתי החולים בישראל בבואם להכריע בדילמות קשות ורגישות דוגמת זו שמוצגת בפתח המאמר.

קריטריון-העל שאומץ בנייר העמדה הוא מבחן "סיכויי השרידות". לפי קריטריון זה, חולים שזקוקים למכשיר הנשמה וסיכוייהם להחלים טובים יחסית יקבלו עדיפות על פני חולים שאינם זקוקים בהכרח להנשמה או מטופלים שסיכויי השרידות שלהם נמוכים יותר. קריטריון זה נועד להגשים את עקרון "מירב התועלת למירב הנזקים" (להבדיל מ"המיטב לכולם"), במובן זה שיישמו כרוך במניעת טיפול מציל חיים מחולים מסוימים.⁴ במישור המעשי, נייר העמדה כולל מספר מדדים שעל-פיהם אמורים צוותי רפואה להחליט לאילו מהחולים סיכויים טובים יותר לשרוד, ובכך לקבוע את סדר העדיפויות להקצאתם של משאבים מוגבלים.

נייר העמדה עורר התנגדות עזה בקרב ארגוני חברה אזרחית, חברות וחברי אקדמיה וגורמים נוספים הפועלים לקידום זכויות לאנשים עם מוגבלות.⁵ במענה לביקורת, בחודש מאי 2020 פרסמה הוועדה גרסה מתוקנת של נייר העמדה (להלן: "נייר העמדה המתוקן"). המסמך המתוקן כולל מספר תוספות והבהרות שנועדו להדגיש את עקרון השוויון ביחס לאנשים עם מוגבלות. עם זאת, מבחינה מהותית, לא נערכו בו שינויים משמעותיים.

מאמר זה מציע ניתוח ביקורתי של נייר העמדה המתוקן מפרספקטיבה של דיני מוגבלות.⁶ המאמר מבקר את עצם הבחירה בקריטריון סיכויי השרידות כקריטריון מנחה לתיעודף, כמו גם את השימוש בכמה מהמדדים שנבחרו לצורך יישומו של קריטריון זה. על-אף שלא כל ההיבטים הנוגעים לקריטריון סיכויי השרידות הם בעייתיים באותה מידה, כך אטען, כולם מעוררים קושי משפטי בכל הנוגע לפגיעה בזכותם לשוויון 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 יותר חיי אדם. בחירה בקריטריון סיכויי השרידות אף לא משקפת, לפחות על-פני הדברים, כוונה להפלות נגד

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

³ ועדה משותפת למועצה הלאומית לביואתיקה, ללשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל ולמשרד הבריאות "נייר עמדה של הוועדה הציבורית לתיעודף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה" (5.2020) perma.cc/D2T7-FV77. מטעמי נוחות, המאמר עושה שימוש במונחים "נייר העמדה" ו"נייר העמדה המתוקן" לסירוגין. עם זאת, כל ההפניות והאזכורים של המסמך במאמר נוגעים לנוסח המתוקן שפורסם בחודש מאי 2020 ("נייר העמדה המתוקן"). כמפורט להלן, אלא אם מצוין במפורש אחרת.

⁴ שם, בעמ' 6 ו-20.

⁵ ראו להלן ה"ש 37 ו-194 והטקסט הסמוך להן. מר אברמי טורם, נציב שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תיאר את נייר העמדה המקורי שפורסם באפריל 2020 כ"מסמך שנגוע בכל ההמלצות שלו בהפליה קשה כלפי אנשים עם מוגבלות". מכתב פתוח מאברמי טורם, נציב שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, לח"כ הרב יעקב ליצמן, שר הבריאות, ולמר משה בר סימן טוב, מנכ"ל משרד הבריאות (18.4.2020) www.gov.il/he/departments/news/open_letter_bioethics_corona.

⁶ ככלל, תיעודף 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. נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9. מאמר זה מתמקד במוגבלות ואינו עוסק בשאלות המשפטיות והמוסריות שנוגעות להתחשבות בגיל במסגרת תיעודף חולים. עם זאת, שאלות אלה עשויות להיות רלוונטיות באופן עקיף. שאלת הזיקה והתפיפה 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 אדמוני-ריק, יוסף קרן-אברהם וישראל הבר **אנשים עם מוגבלות בישראל: 2017** 7 (משרד המשפטים, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ומכון מאירס-ג'וינט-ברוקדייל) perma.cc/D8WH-QBFX. בכך יש כדי ללמד שהגנה מהותית על אנשים בזקנה מפני הפליה צריכה להביא בחשבון גם נטרול דעות קדומות בנוגע למוגבלות.

אנשים עם מוגבלות. על רקע זה, פרוטוקולים לתיעודף חולים שמשקללים את סיכויי השרידות של מטופלים זוכים לתמיכה לא מעטה של חוקרים מתחומי הביו-אתיקה, ובפרט בתקופת הקורונה.⁷

עם זאת, קריטריון סיכויי השרידות אינו ניטרלי כפי שהוא נחזה להיות, ולכן נמתחה עליו גם ביקורת.⁸ השאלה שיש לשאול היא לא רק האם יש ביכולתו של הקריטריון להיטיב עם חברי הציבור בכללותו, אלא גם מיהם 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 לא-פרופורציונאלי ביחס למספרם באוכלוסייה, באופן שעולה, בהיבטים מסוימים, כדי הפליה אסורה.

החשש הכבד ביותר לפגיעה בשוויון של אנשים עם מוגבלות מתעורר ביחס ל"מדד התפקודי", אחד מהכלים שאומצו לצורך יישומו של קריטריון סיכויי השרידות.⁹ המדד התפקודי מדרג חולים לפי רמת התפקוד שלהם, בהתאם למונחים כגון "מסוגל לעבוד", "מרותק לכיסא" או "נכות מלאה".¹⁰ על-פי נייר העמדה המתוקן, המדד התפקודי הוא "מנבא מובהק של השרדות במצבים רפואיים רבים". אולם, כפי שאראה בהמשך, מדד זה פותח פתח רחב להטיות והשימוש בו מעורר חשש לניכוי שגוי במקרים מסוימים. כך, על-אף 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 או שווים לאלה של חולים אחרים. 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 התיעודף.

מאפיינים אלה של המדד התפקודי הובילו לכך שעיקר הביקורת הציבורית נגד נייר העמדה, בדגש על המסמך המתוקן, הופנתה כלפיו. מאמר זה מצטרף, אם כן, לטענה כי הסרתו של המדד התפקודי מנייר העמדה היא צעד הכרחי להבטחת הזדמנות שווה לאנשים עם מוגבלות לקבל טיפול

7 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. 719, 758-61 (2011) (דיון בקריטריון "אפקטיביות הטיפול" והגעה למסקנה שכל עוד המבחן מיושם ללא הטיות ושיקולים זרים, הרי שהוא 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) מאחר שהוא ניטרלי על-פניו ומבוסס על בחינה אינדיבידואלית של כל אחד מהחולים); Govind Persad, *Disability Law and the Case for Evidence-Based Triage in a Pandemic*, 130 YALE L. J. FORUM 26, 34-35, 42-46 (2020) לפי פרסד, לא זו בלבד שתיעודף המבוסס על חישוב סיכויי השרידות אינו מהווה הפליה אסורה נגד אנשים עם מוגבלות, אלא גם ששיטה זו רצויה מבחינה משפטית ואתית, כיוון שהיא אינה צפויה להשפיע לרעה על אנשים עם מוגבלות כקבוצה, אלא רק על יחידים עם לקויות ספציפיות. קריטריון סיכויי השרידות, כך נטען, צפוי להציל יותר חיים ולהיטיב עם הציבור בכללותו, לרבות אנשים עם מוגבלות, שאינן 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>; Deborah Hellman & Kate M. Nicholson, *Rationing and Disability in a State of Crisis* (UNIV. VA. SCH. L. PUB. L. & LEGAL THEORY SERIES, RSCH. PAPER No. 2020-33, 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3570088. הלמן וניקולסון טוענות שתיעודף המבוסס על שקלול הסתברות ההצלחה (probability of success) נוגד את העקרון שלאנשים עם מוגבלות צריכה להיות הזדמנות שווה לאחרים להפיק תועלת מטיפול רפואי. על כן, לשיטתן, קריטריון זה, בפני עצמו, אינו חוקי – אף שמדובר לדבריהן ב"מקרה גבולי"; ראו גם להלן ה"ש 172-177 והטקסט הסמוך להן (טענותיו של סמואל בנגסטוס בעניין "הגרעון הדמוקרטי" ובדבר העובדה שכמות משאבי הרפואה הקיימים היא אינה גזירת 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" על-פני הדברים ותכליתם למקסם את התועלות של משאבי הרפואה, גם אם חלופות אלטרנטיביות יובילו להצלחתם של פחות חיי אדם, בשם עקרון איסור ההפליה).

⁹ לדיון במדד התפקודי, ראו להלן פרק ה.3.

¹⁰ בנייר העמדה המתוקן, המדד התפקודי צורף רק בגרסה באנגלית. התיאורים שמוכאים כאן לקוחים מהמדד שצורף לנייר העמדה המקורי, שתורגם לעברית. מאמר זה מפנה למונח "מרותק לכיסא" שבו נעשה שימוש בנייר העמדה המקורי, על אף שאני מתנגד לשימוש במונח זה. הקושי במונח "מרותק" או "רתוק" לכיסא נובע מכך שהוא מקבע דעות קדומות ותפיסות שגויות ביחס לאנשים שמשתמשים בכיסא גלגלים. ההחלטה לעשות שימוש במונח זה במאמר נובעת אפוא מרצון לשמור על דיוק בהפניה למונחים בנייר העמדה המקורי ומתוך הכרה בכך שטרמינולוגיה מסוימת יכול לשקף ולחשוף גישות והלך רוח של האנשים שמשתמשים בה. לדיון נרחב וחשוב בשפה וטרמינולוגיה ביחס למוגבלות (ובכלל זה דחיית השימוש במונח "מרותק לכיסא גלגלים"), ראו נטע זיר, שגית מור ואדוה איכנגרין "מבוא: לימודי מוגבלות בעברית – שדה אקדמי בהתהוות לימודי מוגבלות: מקראה 11, 31-37 (שגית מור, נטע זיר, ארלין קנטר, אדוה איכנגרין וניסים מזרחי עורכות ועורכים, 2016).

מציל חיים. אולם, לטענתי, זהו לא 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 שאומץ בנייר העמדה. גם "מדד מחלות הרקע" – כלי נוסף שאומץ לצורך יישומו של קריטריון סיכויי השרידות – מעורר קושי ממשי.¹¹ 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 זה פותח פתח צר יותר להטיות ולכן, כך נראה, הוא לא זכה לתשומת לב רבה במסגרת המחאה הציבורית. אולם, בדומה למדד התפקודי, גם מדד מחלות הרקע אינו מחלק את הסיכון לטעות בהערכת סיכויי השרידות בצורה שווה בין אנשים עם וללא מוגבלות. מדד מחלות הרקע מתייחס אמנם למצבו הרפואי של אדם, אולם ההתייחסות היא ללקות שקדמה להידבקות בנגיף, להבדיל מהערכה ישירה של השפעת הנגיף על אותו אדם. לפיכך, מדד זה עלול להציב בעדיפות נמוכה אדם עם מחלת רקע שסיכויי ההחלים מ-Covid-19, מסיבה זו אחרת, גבוהים מאחרים. יתרה מכך, השימוש בקיומן של "מחלות רקע" כבסיס להבחנה בין אנשים לצורך התיעודף עלול להגביר את הסטיגמה המשויתת לחלק מהמחלות הללו, כדוגמת סוכרת או סרטן.¹²

אף במבט רחב יותר, קריטריון סיכויי השרידות בפני עצמו 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 פגיעה ואלימות במשפחה ולהתמודד עם עוני. חשוב מכך, המדינה נכשלת בתפקידה להגן על אנשים עם מוגבלות מפני הפליה והזנחה – לא רק בזמן שגרה אלא גם במצבי קיצון כדוגמת מגפת הקורונה.¹³ היקף המשאבים הקיימים להתמודדות עם מגפה כדוגמת הקורונה, לדוגמה, הוא אינו גזירת גורל, אלא תוצר של החלטותיהם של נבחרי ופקידי ציבור.

ההיסטוריה מלמדת שהחלטות ביחס 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 שצפויים להיפגע בצורה הקשה ביותר כתוצאה מהחלטות אלה. כפי שהמרחב הציבורי עוצב במשך שנים באופן מדיר מבלי להביא בחשבון את צרכיהם של אנשים עם מוגבלות, כך גם אופן התמודדות עם מצבי חירום מציב אנשים עם מוגבלות בתחתית סדר העדיפויות. על רקע זה, הכירו חוק השוויון והפסיקה בצורך לחייב גופים ציבוריים ופרטיים להנגיש ולהתאים את הסביבה הפיזית והרעיונית כדי לתת לאנשים עם מוגבלות הזדמנות שווה לקחת חלק בחיים הציבוריים. על רקע זה אף יש לבחון כיצד ניתן לעצב את הכללים להקצאת משאבים בתנאי מחסור באופן שאינו שולל, באופן מעשי, את זכותם של אנשים עם מוגבלות לקבל טיפול רפואי מציל חיים באופן שוויוני לזה של אחרים.

במועד כתיבת הדברים, בעיצומה של ההתמודדות עם מגפת הקורונה, לנייר העמדה אין תוקף משפטי מחייב.¹⁴ נכון לחודש אוגוסט 2020, משרד הבריאות טרם אימץ את המסמך בהחלטה מינהלית.¹⁵ ככל הידוע, לנוכח הביקורת שנמתחה על נייר העמדה המתוקן, ההחלטה של משרד הבריאות צפויה להתקבל רק לאחר קיומו של שיח נוסף עם נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ועם גורמים רלוונטיים נוספים.

¹¹ לדיון במדד "מחלות הרקע", ראו להלן פרק ה.ii.3.

¹² ראו להלן ה"ש 130-132 והטקסט הסמוך להן.

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

¹⁴ הדברים נאמרים מפרספקטיבה של המשפט המינהלי. לנייר העמדה עשוי להיות תוקף מחייב בהיבטים אחרים. ראו ירון קובו "תיעודף 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.

¹⁵ במקום אחר עמדתי על מעמדו המשפטי של נייר העמדה והטלתי ספק בדבר קיומו של מקור סמכות שמכוחו משרד הבריאות יכול לקבוע מדיניות ארצית בעניין תיעודף חולים קשים. ראו שם.

למאמר זה, לפיכך, ישנה תכלית כפולה – תאורטית ומעשית. מבחינה תאורטית, מטרתו של המאמר היא לחדד את השיקולים המשפטיים שחלים על הסוגיה ולהוסיף ממד נוסף לטענות שהועלו בזירה הציבורית. החשיבות הטמונה בכך חורגת משאלת ההשלכות הישירות של נייר העמדה המתוקן, כיוון שמסמכים מסוג זה מגדירים את הערכים וסדר העדיפויות של הציבור הישראלי ומוסדות המדינה.¹⁶

מבחינה מעשית, אני מקווה שמאמר זה ישפיע על מקבלי ההחלטות בבואם להכריע בשאלת העקרונות המנחים הרצויים לתיעודף חולים. אכן, בשלב זה, הצפי הוא כי בתי החולים בישראל לא יידרשו לקבל את ההחלטות הקשות הכרוכות בהקצאת משאבי טיפול בתנאי מחסור. יש לברך על כך ולקוות כי צורך כזה לא יתעורר. אולם, בהיעדר חיסון ל-Covid-19, מתעורר חשש כי מצב זה לא יישמר. בנוסף לכך, מסמכים מסוגו של נייר העמדה המתוקן עשויים לשמש בסיס לגיבוש קווים מנחים במצבי חירום בעתיד, או לצורך תיעודף משאבים אחרים בתקופת מגפת הקורונה, כדוגמת תרופות.¹⁷ לפיכך, קיימת חשיבות בבחינה של נייר העמדה המתוקן גם מבחינה מעשית.

לפני שנמשיך, ראוי להצביע על מספר הסתייגויות והבהרות. חרף העיסוק בהיבטים הנוגעים לרפואה, אינני מתכוון להתפלמס עם ההנחות הרפואיות שעומדות בבסיסו של נייר העמדה המתוקן, ואף לא להעריך את האפקטיביות של המדדים השונים שאומצו בו. הביקורת שמובעת במאמר נסמכת על התחקות אחר ההיגיון העומד בבסיס השימוש במדדים השונים, על-פי לשונו של נייר העמדה עצמו ומקורות נוספים. הביקורת הציבורית שנמתחה על המסמך, לרבות על-ידי אנשי רפואה, סייעה להבהיר חלק מהנקודות שעומדות לדיון. במקרים מסוימים נעזרתי בטיעונים ובעובדות שהוצגו בכתיבה אקדמית עדכנית בארצות-הברית. אולם, לא התאפשר לי לבקש הבהרות מהוועדה או ממשרד הבריאות. אני מקווה שהמאמר משקף את הזהירות הנדרשת בסיטואציה כזו, בהתחשב בעובדה שהדברים נכתבים בעיצומה של ההתמודדות עם המגפה ולא בהסתכלות צופה פני עבר. לצד זאת, יש להדגיש גם את החשיבות הטמונה בהצבת אלטרנטיבה לדומיננטיות של השיקולים המקצועיים-פרופסיונליים בשיח על מוגבלות.¹⁸ קריאת התיגר על הנטייה להפקיד את ההחלטות הנוגעות לגורלם של אנשים עם מוגבלות למומחים מתחומי הרפואה, הרווחה והשיקום עמדה במרכז המאבק לזכויות ולשוויון בהקשר של מוגבלות, והיא רלוונטית במיוחד בתחומי הביו-אתיקה.

בהמשך לכך, חשוב להכיר בקושי האינהרנטי הכרוך בהתמודדות עם השאלה שעומדת בבסיס נייר העמדה. תפיסות מוסריות שונות עשויות להוביל להכרעות שונות באשר לדרך הצודקת ביותר להקצות משאבי רפואה מוגבלים. המשימה שעמדה בפני הוועדה אינה פשוטה, ודאי לא בהתחשב בנסיבות ובלחץ הזמן שבהם היא פעלה. ההכרה בכך היא צעד חשוב בדרך לדיון מכבד וקונסטרוקטיבי, גם אם היא לא פוטרת מנקיטת עמדה. לבסוף, חשוב להבהיר שאין ברשימה זו משום הבעת ביקורת כלפי תפקודם של צוותים רפואיים בישראל – בתקופת משבר הקורונה או בכלל.

המאמר ממשיך באופן הבא: **פרקים ב ו-ג** מציגים את הרקע העובדתי הנדרש לדיון – **פרק ב** מתאר את הקמת הוועדה ואת עבודתה, ואילו **פרק ג** מתמקד בנייר העמדה המתוקן. **פרק ד** מספק את הרקע הנורמטיבי, תוך התמקדות בהוראות הרלוונטיות מהדין המקומי והבינלאומי ובהגדרת "אדם עם מוגבלות" לפי חוק השוויון. **פרק ה** מהווה את לב המאמר, ובו מוצע ניתוח של קריטריון השרידות. הפרק נפתח בדיון כללי על תיעודף חולים וממשיך בביקורת על המדד התפקודי ומדד מחלות הרקע. לאחר מכן, הפרק ממשיך בדיון על הקשיים שמעורר קריטריון סיכויי השרידות, ומציע מספר שיקולים שיש להביא בחשבון בעת בחינתו. המאמר נחתם עם דיון בהצעות לחלופות אפשריות למודל שאומץ בנייר העמדה המתוקן (**פרק ו**) ועם מספר הערות מסכמות (**פרק ז**).

¹⁶ כלשונו של נייר העמדה עצמו, העקרונות שמנחים את התיעודף משקפים את "הנורמות האתיות-משפטיות-דתיות של החברה". נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 2. לדיון במשמעות החברתית והתפקיד האקספריסיבי של כללים משפטיים, ראו להלן פרק ה.7.

¹⁷ ראו, באופן כללי, שגיא כהן "ישראל תתקשה בהשגת התרופה שהפכה לתקווה הגדולה נגד קורונה" **The Marker** Covid-19, 3.5.2020. www.themarker.com/coronavirus/premium-1.8814892. לדיון בנושא הקצאת תרופות ל-Covid-19 בתנאי מחסור, ראו 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>.

¹⁸ שגית מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית: חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות" **נגישות לצדק חברתי בישראל** 79, 117-119 (גיזני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009) (להלן: מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית").

ב. 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.¹⁹ לוועדה ניתן מנדט לדון ב"שאלת ההקצאה של אמצעים מצילי חיים וכוח אדם מיומן במקרה שייווצר חוסר באמצעים אלה".²⁰ התיעודף נוגע למשאבים שונים, בדגש על יחידות אשפוז בטיפול נמרץ והקצאת מכשירי הנשמה או אקמו (סוג של מכונת לב-ריאה).²¹ 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.²²

הוועדה משותפת לשלושה גופים: (1) המועצה הלאומית לביואתיקה,²³ (2) הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל (הר"י – ארגון העובדים היציג של רופאי מדינת ישראל) ו-(3) משרד הבריאות. הוועדה מורכבת מ-26 חברים,²⁴ אשר חולקו לארבע ועדות משנה: (1) רפואית, (2) פילוסופית-אתית-חברתית, (3) משפטית, (4) הלכתית ודתית. לאחר קיום מספר ישיבות (בדוא"ל ובשיחות וידאו), הגיעו ועדות המשנה להסכמה ביחס לעקרונות שלפיהם יתבצע התיעודף.²⁵ עקרונות אלה עוגנו בנייר העמדה המקורי ונותרו זהים בעיקרם, כאמור, גם בגרסה המתוקנת.

הוועדה אינה הגוף היחיד שפעל להתוויית קווים מנחים להקצאת משאבי בריאות 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. בנוסף לכך, מספר בתי חולים בישראל גיבשו פרוטוקולים פנימיים מטעמם עוד בטרם סיימה הוועדה את מלאכתה.²⁶ עובדה זו עומדת, למעשה, מאחורי אחת המטרות של נייר העמדה: לספק לבתי החולים הנחיות אחידות בעניין התיעודף ולהסיר מאנשי הצוות הרפואי את הנטל הכרוך בקבלת החלטות כה רגישות.²⁷

ג. שתי הגרסאות של נייר העמדה וקריטריון סיכויי השרידות

קריטריון-העל שאומץ בנייר העמדה המתוקן, כאמור, הוא מבחן סיכויי השרידות. לפי קריטריון זה, חולים הזקוקים לטיפול מציל חיים, שסיכוייהם להפיק תועלת רפואית מהטיפול הם טובים יחסית, יקבלו עדיפות על פני חולים שיכולים לשרוד גם ללא טיפול מציל חיים או על פני חולים שסיכויי ההחלמה שלהם נמוכים (גם בהינתן טיפול מציל חיים).²⁸

בחלק היישומי, נייר העמדה המתוקן מתווה שני שלבי בחינה.²⁹ בשלב הראשון נבחנת השאלה האם יש להעניק לחולה טיפול מציל חיים בתנאי מחסור. התשובה לשאלה זו היא בינארית. מטרתה היא לוודא שהטיפול נחוץ להצלתו של אדם, מחד גיסא, ושיש לאותו אדם סיכויים שאינם קלושים להחלים

¹⁹ על-פי נייר העמדה המתוקן, הוועדה הוקמה על-פי מינוי של מנכ"ל משרד הבריאות מיום 1 באפריל 2020. נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 3.

²⁰ שם, בעמ' 3.

²¹ שם, בעמ' 6.

²² שם, בעמ' 9.

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

²⁴ 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.

²⁵ נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 4.

²⁶ שם, בעמ' 23 (נייר העמדה של ועדת המשנה הרפואית). באופן ספציפי, גובשו קווים מנחים כאמור בבתי החולים רמב"ם ו"העמק", ויתכן 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; 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).

²⁷ נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 2-3.

²⁸ שם, בעמ' 6.

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

בזכות מתן הטיפול, מאידך גיסא. לצורך כך, נקבעו בנייר העמדה המתוקן מספר קריטריוני החרגה ובצד מספר קריטריונים להכללה. כדי לקבל טיפול מציל חיים על החולה להתאים לקריטריון הכללה אחד לפחות, ולא לענות על אף אחד מהקריטריונים להחרגה.³⁰

בשלב השני, לאחר שחולה מסוים נמצא מתאים לקבלת טיפול מציל חיים, אותו חולה מדורג לצורך התייעודף ביחס 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.³¹ לצורך הדירוג נעשה שימוש בארבעה מדדים "רב ממדיים" שאומצו על-ידי הוועדה: (1) מדד תפקודי, (2) מחלות רקע כרוניות, (3) כשל מערכת ו-4) הערכה כוללנית של סיכויי השרידות לטווח קצר.³² במקרה של שוויון בדירוג בין חולים, חברי צוות רפואי יקבלו עדיפות.³³

בעיקרם של דברים, ביחס לעקרונות שתוארו עד כה, לא קיימים הבדלים מהותיים בין נייר העמדה המקורי לבין הנוסח שפורסם כחודש לאחר מכן. מהם השינויים שנעשו, אם כן, בנייר העמדה בעקבות הביקורת הציבורית? ראשית, הוועדה הוסיפה את הקטגוריה של "מוגבלות" להוראה כללית שמציינת 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. בנוסף, בנייר העמדה המתוקן ישנו אזכור של חוק השוויון כחלק מעקרון השוויון שאליז מחויב המסמך, אזכור שלא היה קיים קודם לכן. כמו כן, נקבע כי ככל שיהיה בכך צורך, יעשה שימוש בהתאמות ותיווך על מנת לברר את רצונו של אדם עם מוגבלות בטרם קבלת החלטות לגבי הענקת טיפול פולשני.³⁴ לבסוף, הוועדה הוסיפה מספר הבהרות ותוספות באשר לפן היישומי של קריטריון סיכויי השרידות. תוספות אלה התייחסו בעיקרן למדד התפקודי, והן ייבחנו בצורה מעמיקה יותר בהמשך הדברים.

מאמר זה מנתח את נייר העמדה בנוסחו העדכני, ולכן אינו מתייחס בהרחבה לפגמים שנפלו בניסוחו של המסמך המקורי. אולם, האופן שבו נוסח נייר העמדה לראשונה מעורר שאלות קשות בנוגע לשיקולים שעמדו לנגד עיני הוועדה בעת גיבוש ההנחיות המעשיות לתייעודף, אשר נשאו זהות בעיקרן בנוסח המתוקן. איזו משמעות, למשל, יש לייחס לעובדה שמוגבלות היא קבוצת הזהות היחידה שלא נכללה בהוראת השוויון במסמך המקורי? האם חברות וחברי הוועדה שקלו בכובד ראש את ההשלכות של בחירה בקריטריון סיכויי השרידות ובמדדים היישומיים על אנשים עם מוגבלות?³⁵ האם היו מודעים למכלול החובות המוטלות על המדינה בדבר אספקת שירות רפואי מציל חיים באופן שוויוני לאנשים עם וללא מוגבלות על-פי הוראות הדין המקומי והבינלאומי שישראל מחויבת להן?³⁶ התשובה לשאלות אלה חורגת ממסגרת הדיון במאמר זה, וספק אם ניתן להשיב עליהן כלל, אך הן מספקות הקשר חשוב לבחינתו של קריטריון סיכויי השרידות. בנוסף לכך, לא ניתן להתעלם מהעובדה שבעוד שנעשו שינויים חשובים בפן הרטורי, בפן המעשי המסמך נותר זהה כמעט לחלוטין גם בגרסתו המתוקנת. כפי שהציעו

³⁰ נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 17-19 (נספח ב'). קריטריוני ההחרגה כוללים את הנתונים הבאים: (קיומן של) הנחיות מקדימות: לא להנשים או לא לשפז 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') ו-21 (נייר העמדה של ועדת המשנה הרפואית).

³² שם, בעמ' 11-12 ו-17-19 (נספח ב').

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.

³⁴ שם, בעמ' 7.

³⁵ השיח הציבורי שהתנהל בין 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 וגורמים נוספים בוועדה להפנות שאלה בעניין זה לצוות הרפואי. עם זאת, לדבריו, "לצערי 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.

³⁶ ראו להלן פרק ד.1.

כותבות אחרות במסגרת המחאה נגד נייר העמדה, סתירה זו יוצרת רושם שלפיו "התיקונים שהוכנסו בעקרונותיו של נייר העמדה השני משמשים בפועל כעלה תאנה בלבד".³⁷

ד. המסגרת הנורמטיבית

1. אנשים עם מוגבלות והזכויות לחיים ולשוויון בדין הישראלי

נקודת המוצא לדיון במאמר 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.³⁸ הזכות לחיים מעוגנת במפורש בחוק היסוד,³⁹ ואילו הזכות לשוויון הוכרה כבעלת מעמד חוקתי בהיבטים הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם.⁴⁰ הגישה המשתקפת מפסיקתו של בית המשפט העליון וממספר דברי חקיקה היא שאת הזכות לשוויון יש לפרש באופן רחב, כך שגם הפליה "תוצאתית", שאינה בהכרח תוצר של כוונה מפלה, עשויה לעלות כדי הפרה של הזכות לשוויון.⁴¹

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".⁴² על רקע זה, לפחות שופט אחד בבית המשפט העליון שיווה לחוק מעמד "מעין חוקתי".⁴³ חוק השוויון אינו כולל זכות מפורשת לבריאות,⁴⁴ אולם הוא אוסר על הפליה מטעמי מוגבלות במקומות ובשירותים ציבוריים, הכוללים בתי חולים ושירותי בריאות, בהתאמה.⁴⁵ באופן ספציפי, חל איסור על הפליה מחמת מוגבלות בכל הנוגע לאספקה או לשימוש בשירות ציבורי.⁴⁶

חוק השוויון והתקנות שהותקנו מכוחו מטילים על הגופים המנויים בחוק את החובה להנגיש את הסביבה ולספק התאמות פרטניות לאנשים עם מוגבלות. מטרתן של הוראות אלה היא לאפשר מתן שירות לאנשים עם מוגבלות באופן שוויוני ובאותה רמת נוחות, איכות ובטיחות כפי שניתנת לכלל הציבור.⁴⁷ באופן ספציפי, חוק השוויון קובע הוראות מיוחדות לעניין נגישות שירותי בריאות. התקנות

³⁷ מכתב מעו"ד רוני רוטלר, עו"ד ד"ר מיה גפן ועו"ד אביבית בראק-אהרונוף, עורכות דין הקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות וארגון "בזכות", לח"כ יולי אדלשטיין, שר הבריאות, פס' 33 (18.5.2020) perma.cc/84NH-MY8Y (להלן: "דרישה לדחיית המלצות הוועדה").

³⁸ ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

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

⁴⁰ 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). יחד עם זאת, היבטים מסוימים של זכות זו, הרלוונטיים במיוחד לענייננו, הוכרו כבעלי מעמד חוקתי. ראו להלן ה"ש 63 והטקסט הסמוך לה.

⁴¹ בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 1, 35-37 (2006); ע"מ 343/09 **בית 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").

⁴² ס' 1 לחוק השוויון.

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

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

⁴⁵ ס' 19 ו-119 לחוק השוויון.

⁴⁶ שם, ס' 119(א)(1)(ב), (ד), 119(א)(1)(3).

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

שהותקנו מכוחן נועדו להבטיח ששירותים אלה יינתנו לאדם עם מוגבלות "באופן שוויוני, מכובד, עצמאי ובטיחותי",⁴⁸ ומבלי שיפחתו ברמתם ובאיכותם מהשירותים הניתנים לכלל הציבור.⁴⁹

יש הרואים בחובה להנגיש ולהתאים את הסביבה הפיזית והרעיונית עבור אנשים עם מוגבלות כבשורה הגדולה ביותר שמביא עמו חוק השוויון.⁵⁰ 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 שוויון מהותי.⁵¹

האיסור על הפלייתם של אנשים עם מוגבלות מעוגן גם באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות, שאושרה על-ידי מדינת ישראל בשנת 2012.⁵² האמנה אוסרת הן על הפליה מכוונת והן על הפליה "תוצאתית",⁵³ והיא כוללת שלושה סעיפים רלוונטיים לעניין תיעודן 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.⁵⁴ 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 הבינלאומי.⁵⁵ בסעיף 25 לאמנה ("הזכות לבריאות") נקבע כי "מדינות שהן צדדים מכירות בכך שלאנשים עם מוגבלות הזכות ליהנות מרמת הבריאות הגבוהה ביותר האפשרית, ללא הפליה בשל מוגבלותם".⁵⁶ באופן ספציפי, סעיף זה מטיל חובה על המדינה למנוע "שלילה מפלה של טיפול רפואי... בשל מוגבלות".⁵⁷ שלושת הסעיפים המתוארים לעיל, כל אחד מהם לחוד ובמיוחד שלושתם יחדיו, מצביעים על חובתן של מדינות שהן צדדים לאמנה למנוע הפליה נגד אנשים עם מוגבלות בכל הנוגע לאספקת שירותים מצילי חיים בחירום, הגם שהם לא מתייחסים בצורה קונקרטיה לשאלה של תיעודן בתנאי מחסור.

האמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות מקרינה על דרך הפרשנות של הדין הישראלי.⁵⁸ על כן, יש לפרש את הוראות החוק בהתאם לרוח ולעקרונות של הסעיפים המתוארים לעיל, ובאופן שלא יסתור את ההתחייבויות שישאל 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 עם שיטות משפט ומכנים משטריים שונים. לכן, ראוי לתת משקל משמעותי לעקרונות מן המשפט הבינלאומי אשר אינם נטועים בהקשר תרבותי או מקומי מסוים. שנית, הוראות החוק בישראל אינן נותנות מענה ספציפי לשאלת התיעודן של משאבים רפואיים בתנאי מחסור. על אף שגם האמנה אינה מתייחסת במישורין לסוגיה של תיעודן חולים,

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

⁴⁹ שם, ת' 2(3).

⁵⁰ 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 לכל").

⁵¹ 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 עפארי עורכים, 2017) (להלן: מדינה "היקפה של החובה לנטרל את השונות"); מור "משפט נגיש לכל", 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 לפיה ישנה התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינלאומי שמדינת ישראל מחויבת להן. חזקה זו חלה גם על סמכויות מינהליות. ראו בג"ץ 4542/02 **עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 386, 346 (2006); ראו גם תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" **משפט בינלאומי** 65, 70 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישיית, 2016). בית המשפט העליון אכן נעזר בעבר באמנה לצורך הבהרת משמעותן של הוראות בחוק השוויון. עניין **מחמלי**, לעיל ה"ש 43, פס" 34.

היא מציירת תמונה ברורה לגבי חובות המדינה ביחס למתן טיפול רפואי זה לאנשים עם וללא מוגבלות, בשגרה ובתנאי חירום. יש בכך כדי להצדיק מתן משקל מיוחד לאמנה בתהליך הפרשני.⁵⁹

לבסוף, זכאותם של תושבי ישראל לשירותי בריאות ולטיפול רפואי מעוגנת בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994⁶⁰ ובחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.⁶¹ חוק זכויות החולה קובע כי "במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה".⁶² בפסיקה אף הובעה העמדה כי הזכות לטיפול במצב חירום רפואי עשויה לזכות בהגנה חוקתית.⁶³ בנוסף לכך, בחוק זכויות החולה נאסר להפלות מטופלים "מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטייה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה".⁶⁴ לפחות במקרה אחד, בית משפט בערכאה נמוכה פירש את סעיף הסל "כיוצא באלה" בצורה מרחיבה, באופן שכולל גם נשא HIV.⁶⁵

2. הגדרת הקבוצה

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

הגדרה זו חובקת קשת רחבה של לקויות. ההגדרה עצמה נוסחה במתכוון בצורה רחבה ופתוחה, כדי לא לתחום את תחולת החוק לרשימה סגורה של מקרים.⁶⁷ בנוסף לכך, ביחס לפרקים מסוימים, החוק חל גם על מי ש"היה בעבר אדם עם מוגבלות" ועל מי ש"נחשב לאדם עם מוגבלות".⁶⁸ לבסוף, הערכאות המנחות בישראל קבעו כי יש לפרש את ההגדרה באופן "רחב וגמיש".⁶⁹ בתי המשפט נוהגים להפנות בהקשר זה לדין האמריקאי,⁷⁰ שם תיקן הקונגרס את החוק הפדרלי (ADA) בשנת 2008 באופן שהרחיב משמעותית את קבוצת האנשים שעונים על ההגדרה.⁷¹ על רקע זה, ההגדרה בחוק השוויון חלה על לפחות חלק מ"מחלות רקע", 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.⁷²

בעובדה שלפחות חלק ממחלות הרקע עולות כדי "מוגבלות" לצורך חוק השוויון אין כמובן כדי ללמד שמוגבלות היא שם נרדף למצב רפואי רעוע או שהפתרון להפליה מחמת מוגבלות מצוי

⁵⁹ כפי שציננה 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.

⁶⁰ שירותי הבריאות ייתנו 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.

⁶¹ ס' 3(א) לחוק זכויות החולה.

⁶² שם, ס' 3(ב). כמו כן, במצב חירום או סכנה חמורה מטיל חוק זכויות החולה חובה על מוסדות רפואיים לטפל באדם כמיטב היכולת; במידה ולא ניתן לעשות כן – יש לפנות את המטופל למקום שבו יוכל לקבל את הטיפול המתאים. שם, ס' 11(א)-(ב).

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

⁶⁴ ס' 4(א) לחוק זכויות החולה.

⁶⁵ ת"א (שלום הר') 57278-09-11 אלמוני נ' פלוני, פס' 8 (פורסם בנוב, 28.6.2015). לדין בהכרה ב-HIV לא-סימפטומטי

כ"מוגבלות", ראו להלן ה"ש 82-83.

⁶⁶ ס' 5 לחוק השוויון.

⁶⁷ מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 119-120.

⁶⁸ ס' 8(ד) ו-19 לחוק השוויון (התחולה של הוראות אלה היא בתחום התעסוקה ובשירותי ציבורי, מקום ציבורי ומוצרים).

⁶⁹ ע"ע (ארצי) 34784-10-16 תרכובות ברום בע"מ – בורוכוב, פס' 44-48 (פורסם בנוב, 15.10.2018) (פרשנות ההגדרה

בהקשר התעסוקתי). ראו גם עניין מחמלי, לעיל ה"ש 43, פס' 47.

⁷⁰ עניין בורוכוב, לעיל ה"ש 69, פס' 25, 44 ו-48; עניין מחמלי, לעיל ה"ש 43, פס' 22.

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 היא שגויה. ראשית, בתי המשפט בישראל המשיכו להפנות לחוק האמריקאי כמקור השראה

גם לאחר התיקון, מבלי להסתייג מהתיקון, ולעתים תוך הפניה מפורשת לתיקון כמקור השראה. ראו למשל עניין בורוכוב,

לעיל ה"ש 69, פס' 47. שנית, התיקון בחקיקה האמריקאית 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>

במישור הרפואי.⁷³ 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 אנשים "בריאים" – טענה שמאמר זה דוחה.⁷⁴ 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 – התפיסה שלפיה מוגבלות היא עניינו של הפרט אשר יש לנסות ולתקן באמצעות התערבות רפואית. במקום זאת, פעילי זכויות לאנשים עם מוגבלות ביקשו לקדם את המודל החברתי, שלפיו מוגבלות נובעת מאינטראקציה בין הבניות חברתיות לבין לקות פיזית, שכלית או נפשית של אדם.⁷⁵ במקרים רבים, אם כן, מוגבלות היא תולדה של הבניות חברתיות, ארכיטקטורה מדירה ומציאות לא שוויונית ביחס לאנשים עם לקויות שונות.⁷⁶

מסיבה זו ומטעמים נוספים, שאלת הקבלתם של מצבי חולי ל"מוגבלות" היא מורכבת ושנויה במחלוקת.⁷⁷ 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,⁷⁸ תהליכים שעלולים להוביל בסופו של דבר לתגובה חריפה של המגזר העסקי או ל"דילול" הזכות לשוויון. יחד 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.⁷⁹ 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 במצב לא-סימפטומטי), סרטן, או סוכרת כ"מוגבלויות".⁸⁰ לבסוף, הכרה בקשת רחבה של מוגבלויות מונעת היררכיה לא-רצויה בין אנשים עם מוגבלות "ראויים" לבין מי ש"אינם מוגבלים מספיק".⁸¹

מנקודת מבט תאורטית, אם כן, השאלה מיהו "אדם עם מוגבלות" היא תלויה הקשר והשקפת עולם באשר לתכלית 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;⁸² מההגדרה הרחבה והפתוחה בחוק

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

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

⁷⁵ מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 103-105.

⁷⁶ אם כי חשוב גם להכיר בכך שמוגבלות כרוכה לעתים 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 (2008) 839, 882 U. PA. L. REV. Elizabeth F. Emens, *Integrating Accommodation*.

⁷⁷ לכתובה ערכנית בצומת שבין דיני מוגבלות לבין שיח רפואי, ראו Rabia Belt & Doron Dorfman, *Reweighting Medical Civil Rights*, STAN. L. REV. ONLINE (forthcoming 2020) (ביקורת על גישה המבכרת "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).

⁸⁰ BAGENSTOS, לעיל ה"ש 78, בעמ' 41-44; מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 134.

⁸¹ מור "מתיקון הפרט לתיקון החברה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 120 ו-134.

⁸² לפסקי דין שהכירו באנשים עם לקויות אלה כ"אדם עם מוגבלות", ראו ס"ע (אזורי חי') 17517-04-11 **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 הדינית); סע"ש (אזורי חי') 31606-03-16 **פישמן – חברת מוסדות חינוך ותרבות בנשר מיסודה של הסוה"י לא"י** (פורסם בנבו, 1.5.2019) (סוכרת, לצד לקויות נוספות); תא"מ (שלום פ"ת) 1542-02-15 **פלוגי נ' מאיר את לוקסנבורג בע"מ** (פורסם בנבו, 1.3.2018) (נשא HIV, ראו גם ההפניות שם, פס" 8) (להלן: עניין **מאיר את לוקסנבורג בע"מ**); עניין **מחמלי**, לעיל ה"ש 43 (דלקת קרום הלב); ת"צ (שלום הר') 20259-04-12 **מנואלה עידו נ' מנופים פיננסיים לישראל (מפל) בע"מ** (פורסם בנבו, 17.7.2014) (אי-ספיקת כליות

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

ה. ניתוח של קריטריון סיכויי השרידות

1. קריטריונים שונים לחידוד: רקע

החשש מפני מחסור במכונות הנשמה מעורר אתגרים מורכבים. בהנחה שמכונת הנשמה יכולה לטפל בחולה אחד בכל רגע נתון,⁸⁵ קיימים כמה משתנים שמשפיעים על קביעת מדיניות השימוש 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.⁸⁶ משתנים אלה משפיעים על השאלה כיצד לקבוע מי מבין החולים והחולות יחוברו למכונת הנשמה בכל רגע נתון.

קיימות גישות שונות ביחס לשאלת ההקצאה של מכונות הנשמה בנסיבות אלה. ניתן לתאר את הגישות השונות כנקודות על ציר. בקצה אחד של הציר נמצאת הגישה שלפיה, ככלל, לא ראוי להתחשב בקיומן של לקויות או מחלות שקדמו להידבקות בנגיף בעת ביצוע החידודים. החריגים היחידים שבמסגרתם ראוי להתחשב בלקות או מצב רפואי קודמים, על-פי גישה זו, הם מקרים שבהם אדם נמצא במצב רפואי כה רעוע כך שהוא צפוי למות ברמה גבוהה של ודאות בטווח הזמן המידי,⁸⁷ או מקרים

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) 15697-02-11 דוד נ' ג'י. סי הלת'קר בע"מ – חטיבת ינסן (פורסם בנבו, 27.6.2011) (סרטן); סע"ש (אזורי ת"א) 20002-10-13 בנרי – יהודה יצוא ויבוא בינלאומי (1971) בע"מ (פורסם בנבו, 20.10.2015) (סרטן).

קיימים מספר פסקי דין שבהם ננקטה גישה מצמצמת ביחס להכרה במחלות אלה כמוגבלות. ראו למשל סע"ש (אזורי ב"ש) 5010-08-17 סבטליצ'ני – 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) 3847-09-11 איצקל – מבטח סימון סוכנויות לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 8.6.2014) (גידול שאינו ממאיר מסוג אדנומה) (ערעור על פסק הדין נדחה בהעדר טעם להתערב בממצאי עובדה); עב' (אזורי ת"א) 9080/05 סולודקי – אל.אקס. מובייל סיסטמס בע"מ (פורסם בנבו, 24.7.2008) (תובעת שחלתה בסרטן השד לא עונה להגדרה של "אדם עם מוגבלות" כיוון שבמועד פירושה האישור הרפואי שניתן לה לצורך יום עבודה מקוצר לא היה בתוקף); ע"א (מחוזי מרכז) 16653-06-16 פלוני נ' שבלי (פורסם בנבו, 28.2.2018) (ללא הכרעה בשאלה האם נשא HIV הוא "אדם עם מוגבלות"); רע"א 1826/18 פלוני נ' פרופורציה פ.א.ס. סי בע"מ (פורסם בנבו, 21.11.2018) (קביעה, מבלי לטעת מסמרות, כי נשא HIV אינו נחשב "אדם עם מוגבלות" על-פי ס' 5 לחוק השוויון, אך חוק השוויון עשוי לחול בעניינו מכוחו של ס' 19 לחוק). על-פי רוב, פסקי דין אלה אינם נוקטים לשון נחרצת ומבוססים על הנסיבות העובדתיות של אותו מקרה. מכל מקום, ההנמקות שנלוו לקביעה בעניין המוגבלות בפסקי דין אלה עדיין משקפות במידה רבה את המודל הרפואי של מוגבלות, תוך התמקדות יתרה בסטטוס הרפואי של 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 שמויכת אליהן סטיגמה חמורה, כדוגמת HIV, פסקי דין אלה אף אינם עולים בקנה אחד עם ההלכות המנחות לעניין הגדרת "מוגבלות", כדוגמת עניין מחמלי, אשר מפנות לדין האמריקאי לצורך השראה. לפסק דין של בית המשפט העליון האמריקאי שהכיר ב-HIV כמוגבלות, אפילו עוד לפני התיקון החוקתי המרחיב של 2008, ראו Bragdon v. Abbott, 524 U.S. 624 (1998) (קביעה ש-HIV, גם במצב לא-סימפטי, מגביל באופן מהותי את היכולת להקים משפחה ביולוגית, שהיא אחד מתחומי החיים העיקריים).

⁸³ לסקירה של פסיקה שהכירה בסרטן, סוכרת, מחלת לב ו-HIV כ"מוגבלות" לאחר התיקון החוקתי ב-2008, ראו Kevin Barry, *Chasing the Unicorn: Anti-Subordination and the ADA*, 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.

⁸⁶ מטעם זה, נייר העמדה לא הכריע בשאלה האם יש לנתק חולה ממכשיר הנשמה כשסיכויי הישרדותו קלושים. הוועדה ציינה כי לנוכח המצב בשטח במועד פרסומו של המסמך לא נדרשת הכרעה בשאלה זו, וכי אם היא תהיה אקטואלית בהמשך הוועדה תתכנס לדיון מהיר בסוגיה. הוועדה הפנתה בהקשר זה 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 מספר מדינות בארצות-הברית מתירים לנתק חולים ממכשירי הנשמה אם מצבם הרפואי מחמיר כדי לאפשר טיפול בחולים אחרים שסיכוייהם לשרוד טובים יותר. הוראות אלה עוררו 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>.

⁸⁷ בדין הישראלי, הוראה ברוח זו מעוגנת בס' 13 לחוק החולה הנוטה למות. על-פי הכלל הקבוע ברישא, "חולה הנוטה למות, הרוצה שחיי יוארכו, ומבקש טיפול רפואי שלדעת הרופא האחראי, אין לו הצדקה בנסיבות הענין, יש לכבד את רצונו

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.⁸⁸ בקצה אחר של הספקטרום מצויה גישה שמטרתה להציל כמה שיותר שנות חיים, אשר מביאה בחשבון גם את "איכות החיים" בשנים שנותרו ואף את "ערכם החברתי" של החולים.⁸⁹ בין שתי נקודות הקיצון קיימות, כמובן, גם גישות ביניים – למשל התחשבות בשנות חיים אך לא באיכות החיים של החולים.

במישור המעשי, הגישות השונות תורגמו על-ידי ועדות תיעדוף ברחבי העולם לקריטריונים שעל פיהם יש לבצע את התיעדוף. בחלק מהמדינות, הקווים המנחים התייחסו במפורש לגיל או למוגבלות של אדם כקריטריון העומד בפני עצמו.⁹⁰ קריטריונים אחרים מתייחסים למוגבלות רק באופן עקיף. דבורה הלמן וקייט ניקולסון הצביעו על ארבעה קריטריונים שאינם מתייחסים בצורה מפורשת לקיומן של לקויות קיימות במסגרת התיעדוף.⁹¹ על-פי מודל ה"יעילות", התיעדוף מתבסס על השאלה כמה זמן נדרש לאדם להיות מחובר למכונת הנשמה לצורך הישרדותו (ככל שהזמן קצר יותר, כך העדיפות גבוהה יותר, מתוך הנחה שיותר אנשים יוכלו להיעזר במכונת הנשמה). על-פי קריטריון "תוחלת החיים", התיעדוף יתבסס על השאלה כמה שנים צפוי אדם לחיות לאחר החלמתו מהמחלה. על-פי קריטריון "איכות החיים", התיעדוף יתבצע על-פי איכות החיים המשוערת 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 התאורטי והן במישור המעשי.

המודל שאומץ 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 שבה נוקט נייר העמדה לבין מאמר מדעי-רפואי שמציג תרשים זרימה כמעט זהה לזה שאומץ בנייר העמדה, ואשר עושה שימוש במונח "שנות-חיים" ובמונחים נוספים שמעוררים אסוציאציה לקריטריון "תוחלת החיים".⁹² המאמר נכתב על-ידי קבוצה של

ולתת לו את הטיפול המבוקש בהתאם לכל דין...". בהמשך לכך, נקבע בסיפא של הסעיף חריג כלכל: "הוראות סעיף זה לא יחולו לגבי טיפול רפואי שלדעת הרופא האחראי אינו צפוי להאריך את חייו, או עלול לגרום נזק משמעותי לטיפול או לזולתו". מהסיפא ניתן ללמוד כי במקרה שבו ישנו 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 ההסבר של הצעת החוק מעלה כי תרחיש כזה עמד לנגד עיניהם של המחוקקים והמתוקנים. דברי הסבר להצעת 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" – אדם הסובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה על שישה חודשים. ס' 8(א) לחוק החולה הנוטה למות. לפיכך, דומה שהיא אינה חלה על כל החולים שידורגו בעדיפויות נמוכות במסגרת התיעדוף, אלא רק על אלה שמצבם כה חמור עד שאין להם סיכויים ממשיים לשרוד בטווח הקצר.

⁸⁸ 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. FORUM 1, 4 (2020).

⁸⁹ Hensel & Wolf, לעיל ה"ש 7, בעמ' 726-728.

⁹⁰ 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 האמריקאי. 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' 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-X4MG>.

⁹¹ Hellman & Nicholson, לעיל ה"ש 8.

⁹² 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 most life-years provided by ICU care is proposed" Sprung et al., בעמ' 1196. השימוש במילים life-years עשוי לעמוד בסתירה מסוימת להצהרה בנייר העמדה שלפיה אין לכלול

מומחים ובהם 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-רפואי תוך היעזרות באמירות נוספות במאמר, שמהן ניתן להבין שהמטרה הכללית של ההנחיות המוצעות בו אינה בהכרח הצלת כמה שיותר "שנות חיים".⁹³ 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.⁹⁴

2. קריטריון סיכויי השרידות: דיון כללי

מדוע העדיפה הוועדה את קריטריון סיכויי השרידות על-פני אפשרויות אחרות? התשובה נעוצה בהבטחה הגלומה בקריטריון זה – הצלת כמה שיותר חיי אדם.⁹⁵ כמו כן, קריטריון זה נתפס כמבחן ניטרלי שאינו מבצע הבחנה מפורשת בין אנשים עם וללא מוגבלות, ואף אינו מתייחס באופן מפורש לגיל. יתרון נוסף של קריטריון סיכויי השרידות הוא היותו מבוסס, לפחות על-פני הדברים, 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, מבחן סיכויי השרידות פותח פתח צר יותר להטיות ולהשפעה של דעות קדומות על תהליך התייעדוף לעומת קריטריונים אחרים. כך למשל, הוועדה בחרה שלא לשקול את איכות החיים הצפויה לאדם לאחר החלמתו,⁹⁶ ובצדק עשתה כך. בקרב חוקרים ישנה הסכמה רחבה יחסית שלא ראוי לשקול שיקול זה, כיוון שהוא פותח פתח רחב לשיקולים פסולים המבוססים על דעות קדומות.⁹⁷ לתפיסה זו יש עיגון בפסיקה הישראלית. כפי שקבע השופט (כתוארו אז) תאודור אור בפסק דין מ-1997, "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".⁹⁸ בהמשך לכך, ציין השופט אור את הדברים הבאים:

בתייעדוף "שנות חיים, ובכלל זה שיקולי גיל". ראו נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9. בנוסף, המאמר המדעי מציין "גיל" הוא אחד השיקולים שיש לשקול בעת ביצוע התייעדוף, 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 ש"הגיל הכרונולוגי כשלעצמו איננו מהווה שיקול לגיטימי בתייעדוף לטיפול מציל חיים, אלא כחלק ממכלול גורמי הסיכון". נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9.

⁹³ כך למשל, המאמר המדעי-רפואי 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 נעשה שימוש בניסוח עמום שלא כולל את המילים "שנות חיים". 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 (נייר העמדה של ועדת המשנה הרפואית) (אמירה מפורשת ומפורטת יותר שכוללת את המילים "שנות חיים").

⁹⁴ ראו לעיל ה"ש 35 ו-37 והטקסט הסמוך להן.
⁹⁵ הרציונל שעומד מאחורי תפיסה זו מודגם לעתים בעזרת דוגמה מספרית. נניח שישנן ארבע מכוניות הנשמה פנויות ושמונה חולים הזקוקים להן. סיכוייהם של ארבעה מהחולים לשרוד עומדים על 75 אחוזים, בעוד שסיכוייהם של ארבעת האחרים עומדים על 25 אחוזים בלבד. במקרה כזה, על-פי הטיעון, מתן מכוניות הנשמה לארבעת החולים שסיכוייהם לשרוד גבוהים יותר תביא להצלתם, בממוצע, של שלושה חולים, בעוד שמתן מכוניות הנשמה לחולים שסיכוייהם לשרוד הם 25 אחוזים תביא להצלתו, בממוצע, של אדם אחד. על-פי דוגמה זו, התחשבות בסיכויי השרידות תוביל להצלתם של יותר בני אדם מאשר מספר האנשים שיינצלו אם יישמו שיטות אחרות. ראו Persad, לעיל ה"ש 7, בעמ' 42 (שימוש במספרים ודרך טיעון שונים במקצת מאלה שמוצגים בהערה זו).

⁹⁶ אך ייתכן ונלקחים 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

⁹⁷ Hensel & Wolf, לעיל ה"ש 7, בעמ' 753-757; Bagenstos, לעיל ה"ש 88, בעמ' 7-15; Hellman & Nicholson, לעיל ה"ש 8, בעמ' 17. Persad, לעיל ה"ש 7, בעמ' 30; Ezekiel J. Emanuel et al., *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, New Eng. J. Med. 2049, 2052 (May 2020), <https://perma.cc/5T4V-5FWL>.

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

“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, אולי בלתי הפיכה, בעיקרון הבסיסי של קדושת החיים”⁹⁹.

אם כן, קרוב לוודאי שאילו היה נייר העמדה מאמץ את קריטריון איכות החיים, קריטריון זה היה נפסל מחמת הפליה נגד אנשים עם מוגבלות.¹⁰⁰ מבחן איכות החיים מעורר קשיים מהותיים ביחס לכל אחד ממבחני המידתיות (לרבות בשאלת קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעי לבין התכלית של הצלת יותר חיים), והוא אף מהווה תנאי שלא ממיין העניין לפי חוק השוויון.¹⁰¹ במונחים של מבחני המידתיות, ניתן לטעון אפוא שפגיעתו של קריטריון סיכויי השרידות בזכויות היא פחותה מאלה של מספר 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 לא פרופורציונאלי ביחס למספרם 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, מהכללים שנבחרו לצורך יישומו של קריטריון סיכויי השרידות: המדד התפקודי ומדד מחלות הרקע.

3. המדדים שאומצו ליישום קריטריון סיכויי השרידות

תרשים הזרימה שצורף לנייר העמדה המתקוקן מנחה את הגורמים המעורבים בתיעודף לחלק את החולים לארבעה דירוגים בהתאם לסיכוייהם לשרוד, כאשר הדירוג הראשון משקף את הסיכוי הגבוה ביותר. לצורך הדירוג, נייר העמדה נשען על ארבעה מדדים, כמתואר לעיל. בענייננו, שני מדדים הם 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.¹⁰² עובדה זו היא משמעותית במיוחד בענייננו כיוון ששימוש במדדים אלה במסגרת התיעודף פוגע בזכותם של אנשים עם מוגבלות לשוויון.

i. המדד התפקודי

⁹⁹ שם, בעמ' 854; ראו גם ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 172 (1993) ("משמחתיילים 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 בעוולה").
¹⁰⁰ Hensel & Wolf, לעיל ה"ש 7, בעמ' 757 (Quality of life determinations are . . . unlikely to survive a challenge under the ADA).

¹⁰¹ במונח 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", לפיו 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). בנוסף לכך, הערכת "איכות החיים" עשויה להיות מפלה גם ביחס לחברי קבוצות זהות נוספות באוכלוסייה שאיכות חייהם עשויה להיחשב פחותה על ידי חברי קבוצות אחרות. אני מודה לקורא/ת האנונימי/ת על הפניית תשומת הלב לנקודה זו.

¹⁰² נייר העמדה המתקוקן, 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 לייצל באופן מירבי את תהליך התיעודף") ובעמ' 17 (נספח ב', תרשים הזרימה שלפיו התיעודף מתבצע, עושה שימוש במילות תנאי "וגם/או" בעדיפויות 2-3, ובמילת תנאי "או" בעדיפות 4).

המדד התפקודי פותח על-ידי Eastern Cooperative Oncology Group (ECOG) לפני כ-35 שנה.¹⁰³ הוא כולל חמש דרגות תפקוד. הדרגה הגבוהה ביותר (0) היא "פעילות מלאה" והנמוכה ביותר (4) היא "מוגבל לחלוטין, לא יכול לטפל בעצמו, מרותק לחלוטין לכסא או למיטה".¹⁰⁴ זהו כלי מקובל למדידת רמת תפקוד גופנית של חולים שפוחח על-מנת לנבא היבטים מסוימים של מחלת הסרטן, למשל בחינת תגובה לטיפול כימותרפי, סבילות לטיפול, סיכויי החלמה ואיכות החיים של המטופל.¹⁰⁵ לפי נייר העמדה המתוקן, מדד זה הוא "מנבא מובהק של הישרדות במצבים רפואיים רבים, כולל בקשישים, בחולים עם דלקת ריאות, ובחולים המאושפזים בטיפול נמרץ".¹⁰⁶

היתרון שגלום במדד התפקודי, על-פי נייר העמדה המתוקן, הוא היותו מבוסס על משתנים קלים להערכה תוך זמן קצר.¹⁰⁷ אולם, בכך גם טמונה החולשה שלו. משתנים אלה מנוסחים בצורה כה כללית עד שלפחות על פני הדברים קשה לראות כיצד הם רלוונטיים למדידת סיכויי השרידות 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.¹⁰⁸ על רקע זה, מתעורר החשש שחולים עם מוגבלות לא יקבלו טיפול מציל חיים אך ורק מחמת המוגבלות, גם אם סיכויי ההחלמה שלהם מ-Covid-19 גבוהים יותר או שווים לאלה של חולים אחרים ללא לקויות קודמות.

במענה לביקורת שהתעוררה על רקע זה, הוועדה סיפקה 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".¹⁰⁹ בהמשך לכך, הוועדה הוסיפה 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".¹¹⁰

אולם, גם לאחר הבהרות ותוספות אלה ואחרות, נייר העמדה נותר, במקרה הטוב, עמום, לא קוהרנטי ובעל סתירות פנימיות. ככל שניתן להבין, המסר שנייר העמדה המתוקן מנסה לשדר הוא שהדירוג יתבצע רק על-פי נתונים שנוגעים במישורן 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 בכך ש"ככל שהתפקוד היומיומי נמוך יותר... פוחתים סיכויי השרידות". האם הכוונה לתפקוד "יומיומי" בזמן שגרה או רק לאחר הדבקה בנגיף? נייר העמדה המתוקן לא מספק תשובה נחרצת לשאלה, וגם היעדרות בהתבטאויות של חברות וחברי הוועדה בתקשורת קשה אינה מובילה למסקנה ברורה.¹¹¹

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

¹⁰⁴ לבחירה בשימוש במונחים בעברית שנכללו בנייר העמדה המקורי, ראו לעיל ה"ש 10.

¹⁰⁵ 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).

¹⁰⁶ נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11.

¹⁰⁷ שם.

¹⁰⁸ לדיון במערכת היחסים שבין "מוגבלות" לבין "בריאות", ראו לעיל ה"ש 73-74.

¹⁰⁹ נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10.

¹¹⁰ שם, בעמ' 17 (נספח ב').

¹¹¹ השוו בין דבריה של ד"ר תמי קרני, יו"ר הלשכה לאתיקה של הר"י 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" וכי "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 מבחינה רפואית סטטיסטית – ויש 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 [חולה שזקוק למכונת הנשמה] היא שהוא לא יכול ללכת על רגל אחת, הוא מבחינתו 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,

מכל מקום, וכאן טמון הקושי העיקרי, נייר העמדה המתוקן לא מבהיר איך תתבצע 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. הוועדה הוסיפה בגרסה המתוקנת 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 השרדות טובים משל אדם הסובל מאי ספיקת לב, גם אם אותו ספורטאי נזקק לעזרה בחלק מפעולות היום-יום"¹¹². בכך יש כדי להראות, לכאורה, שהמדד התפקודי אינו מפלה באופן קטגורי אנשים עם מוגבלות שמשפיעה על מצבם התפקודי.

הבהרה זו יכולה הייתה להיות מעודדת אם היה לה ביטוי כלשהו במדד התפקודי. אלא שמדד זה, בפני עצמו, אינו מספק שום כלי 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 שסיכוייו להחלים מ-Covid-19 טובים יחסית. למעשה, ההבהרה שהוסיפה הוועדה רק מדגישה מדוע המדד התפקודי מפלה אנשים עם מוגבלות – מן הטעם הפשוט שקריאה שלו כפשוטו מציבה בעדיפות נמוכה אנשים עם מוגבלות "תפקודית" ללא קשר לנתונים רלוונטיים אחרים (היותם בריאים בדרך-כלל, עוסקים בספורט וכו'), אלא רק מחמת המוגבלות. טענה זו אינה סותרת את הקביעה שהנחתה את הוועדה, שלפיה סיכויי השרידות פוחתים ככל שהתפקוד היומיומי נמוך יותר. לצורך חיבור זה, אין לנו אלא להניח שמבחינה רפואית, קביעה זו היא נכונה.¹¹³ אולם, זוהי קביעה כללית, אשר אינה מבוססת על בחינה פרטנית של כל איש ואשה על מאפייניהם המיוחדים, אלא על נתונים סטטיסטיים. לפיכך, החלתה של הנחה כללית זו ביחס לכל אחד מהאנשים והנשים אשר "מרותקים לכיסא" או "לא יכולים לעבוד" – וביתר שאת בנסיבות שבהן משמעות הדבר עשויה להיות ההבדל בין חיים למוות – מהווה הפליה אסורה.

דרך נוספת לתאר את החששות שמעורר המדד התפקודי מתמקדת בשאלה על מי מוטל הנטל במקרה של טעות בהערכת סיכויי השרידות. כאמור, טיעון זה יוצא מנקודת הנחה שלפחות במקרים מסוימים המדד התפקודי יכול לסייע בהערכה מדויקת של סיכויי השרידות בטווח הקצר. אולם, אפילו נקרא באור החיובי ביותר, המדד התפקודי מטיל את מלוא הנטל על אנשים עם מוגבלות במקרה של טעות בהערכה של המצב הרפואי. כך, קל לקראות כיצד המדד התפקודי עלול הוביל להערכת חסר של סיכויי השרידות של אנשים עם מוגבלות תפקודית, לדוגמה, במקרה שההתייחסות לדרגת התפקוד תחרוג משאלת סיכויי השרידות לטווח קצר. אולם, קשה לדמיין נסיבות שבהן המדד התפקודי מוביל להערכת יתר של סיכוייהם של אנשים עם מוגבלות תפקודית לשרוד. המדד התפקודי, אם כן, אפילו נקרא באור החיובי ביותר, אינו מחלק בצורה שווה את הסיכונים לטעות בין אנשים עם וללא מוגבלות.¹¹⁴

ואחרי הניתוק מהמכונה, יש צורך בשיקום מאוד מאוד מורכב לאחר טיפול הנשמתי. ככל שהרזרבות היו מלכתחילה נמוכות יותר, סיכויי השרידות מבחינה רפואית טהורה הם נמוכים יותר". ראו בהתאמה אור קשתי "במשרד המשפטים טוענים כי העקרונות לתיעודן חולים קשים מפלים את הנכים" **הארץ** 18.4.2020 www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.8778135 (להלן: קשתי "משרד המשפטים"); אביחי חיים "רופאה בוועדת התיעודן: 'בעלי נכה, לא הייתי חושבת לפגוע ברי' שוים" 23.4.2020 perma.cc/7RZF-WDP4; "מה בוער עם רוי ברקאי ורינו צורר" (גלי צה"ל" 20.4.2020) glz.co.il/%D7%92%D7%A6%D7%AA%D7%95%D7%9B%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%9A-%D7%9E%D7%94-%D7%91%D7%95%D7%A2%D7%A8/%D7%9E%D7%94-%D7%91%D7%95%D7%A2%D7%A820-04-2020-0901, בקטע "לא שותפנו בקבלת ההחלטה: הרופאים הפנימיים נגד אופן תעדוף חולי קורונה" (שאלות המראיינים הושטו) (ההתייחסות היא למדד התפקודי כפי שהוצג בנייר העמדה המקורי).

¹¹² נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10.

¹¹³ לצד זאת חשוב לציין כי מספר לא מבוטל של רופאים הסתייגו מהשימוש במדד התפקודי. ראו למשל מערכת אי-מד "גם יר"ר הר"י מצטרף ליר"ר האיגוד לרפואה פנימית ומביע הסתייגות מטיטת 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 'תיעודן חולים קשים בתקופת הקורונה'" (20.4.2020) (עותק בידי המחבר).

¹¹⁴ לדיון במשמעות שיש לייחס לשאלות בעניין "עלות החברתית" של טעות בהחלת מדיניות מסוימת – לרבות בשאלה על איזו קבוצה מוטל הנטל 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.

החשש לטעות קיים תמיד, זהו טבע האדם, אולם בהקשר הספציפי של הערכת מצבם הרפואי של אנשים עם מוגבלות, וכשעל הכף מונחת השאלה מי יחיה ומי ימות, עלינו להיות זהירים במיוחד. חוקרים מתחום הכלכלה ההתנהגותית הראו זה מכבר שכאשר אנשים מקבלים החלטות על בסיס מידע מסוים, האופן וההקשר שבהם הם נחשפים למידע משחקים תפקיד מכריע בקבלת ההחלטה.¹¹⁵ בהתאם לכך, קיים חשש שעצם הידיעה על קיומה של מוגבלות מסוימת יוביל איש צוות רפואי להערכה בחסר של מצבה 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 בארה"ב (גוף פדרלי עצמאי המספק המלצות לממשל האמריקאי בתחום המוגבלות) מצביע על כך שקיימת נטייה בקרב רופאים במדינה להמליץ על הפסקת טיפול במקרים של "חוסר תוחלת רפואית" כאשר המטופל הוא אדם עם לקות חמורה – גם במקרים שבהם לא קיימת הצדקה אובייקטיבית לכך.¹¹⁶ הטיה כזו אינה נובעת מכוונה רעה או רצון להפלות; על-פי הדו"ח, הסיבה העיקרית לתופעה זו היא תפיסה רווחת שלפיה חיים עם לקות חמורה אינם ראויים, אשר משפיעה על החלטותיהם של רופאים.¹¹⁷

באמור עד כה אין כדי להטיל ספק במקצועיותם ומסירותם של אנשי רפואה שעל כתפיהם תהיה מוטלת המשימה לתעדף בפועל. אולם, לא ניתן לנתק את הדיון בנושא הזה מההקשר החברתי וההיסטורי. למדע בכלל, ולמסד 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, ניהול מוסדות סגורים בתנאים קשים ובהשבת גזע.¹¹⁸ במבט רחב יותר, מלומדים מצביעים על קיומו של מתח אינהרנטי בין מדעי הרפואה ובריאות הציבור, ששואפים מעצם טיבם "לרפא" או למנוע מוגבלות, לבין קידום זכויות של אנשים עם מוגבלות והכרה בכך שחייהם אינם שווים פחות.¹¹⁹ במקצועות הרפואה רווחה בעבר תפיסה שגויה של מוגבלות לפיה מדובר בטרגדיה או גורל אכזר, ומחקרים עדכניים מראים ששרידים של תפיסה זו עודם קיימים כיום.¹²⁰ 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 מוגבלות".¹²¹

על רקע זה, לא ניתן להתעלם מהחשש שמא לקויות שהיו קיימות עוד בטרם ההידבקות בנגיף יובאו בחשבון במסגרת התייעודף, גם אם לא במתכוון, ובמיוחד כשמדובר בלקויות גלויות לעין. ביצוע תיעודף כרוך בקבלת החלטות קריטיות בלחץ זמן. בנסיבות אלה, חשוב לוודא שהקווים המנחים "ימסגרו" את המידע הרלוונטי לקבלת ההחלטה בצורה שתנטרל כל השפעה של תפיסות שגויות לגבי

¹¹⁵ דוגמה קלאסית נוגעת לסיטואציה שבה רופא מידע 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 שיותר חולים 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).

¹¹⁶ NAT'L COUNCIL ON DISABILITY, MEDICAL FUTILITY AND DISABILITY BIAS 27-34 (Nov. 20, 2019), <https://perma.cc/KCN4-LAY9>.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ 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).

¹¹⁹ Jessica L. Roberts, *Health Law as Disability Rights Law*, 97 MINN. L. REV. 1963, 1974-75 (2013).

¹²⁰ ראו לעיל ה"ש 117 והטקסט הסמוך לה.

¹²¹ שגית מור "זכויות אנשים עם מוגבלויות וגישה ביקורתית למוגבלות: השלכות לתחום הביו-אתיקה" ביו-אתיקה 15, 20 (2016).

מוגבלות.¹²² לא זו בלבד שהמדד התפקודי אינו מגשים מטרה זו, הוא עלול להוביל לתוצאה הפוכה. השימוש במונחים שמקושרים בשיח העכשווי באופן אסוציאטיבי למוגבלות,¹²³ בעיקר בכל הנוגע ללקויות קוגניטיביות ופיזיות ("אינו מסוגל לעבוד", "מרותק למיטה או לכיסא", "נכות מלאה"), עלול למסגר את ההקשר בעת קבלת 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.¹²⁴

ii. מדד "מחלות הרקע"

מדד מחלות הרקע פותח על-ידי איגוד הרופאים המרדמים האמריקאי (American Society of Anesthesiologists) ומשמש להערכת כשירותם של מטופלים לקראת ביצוע הרדמה במסגרת הליכים רפואיים.¹²⁵ המדד כולל חמש דרגות אשר ממוספרות מ-1 עד 5, כאשר הדרגה הראשונה משקפת את המצב הבריאותי הטוב ביותר, ואילו הדרגה החמישית משקפת את המצב הרע ביותר. על-פי נייר העמדה המתוקן, תפקידו של המדד במסגרת הערכת סיכויי השרידות הוא "הערכת מחלות רקע כרוניות". במלים 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.¹²⁶ 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 ולכלל הפחות עשויים "להיחשב" אדם עם מוגבלות.¹²⁷

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, מדד מחלות הרקע לוקה בפגם דומה, גם אם לא זהה, לזה של המדד התפקודי. הוא משתמש באמת מידה כללית כדי

Laura Guidry-Grimes et al., *Disability Rights as a Necessary Framework for Crisis Standards of Care* 122 Emens, *and the Future of Health Care*, 50 HASTINGS CENTER REPORTS 28, 29-30 (May-June 2020). ראו גם, *Framing Disability*, לעיל ה"ש 101. אמנס מציעה לעשות שימוש ב"כללי מסגור" (Framing Rules) שתכליתם לספק לאנשים העומדים בפני קבלת החלטות חשובות שיש להן קשר למוגבלות (למשל, בעת ביצוע בדיקות טרום-לידה) מידע מלא ומהימן שכולל גם התייחסות לחוויותיהם ותפיסותיהם של אנשים עם מוגבלות. מטרתם של כללי המסגור היא להעביר מסרים אודות מוגבלות שיאזנו את התפיסות השגויות הרווחות בציבור, שלפיהן מוגבלות בהכרח מקושרת לטרגדיה ולחסור אנושי.

¹²³ 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.

¹²⁴ ס' 119(א)(2) לחוק השוויון. לא קיימת פסיקה מנחה ביחס למודל ההפליה העקיפה בחוק השוויון בהקשר של שירות או 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 ישנה 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 ברור זו מחייב להראות כי קיימת חלופה היפותטית שניתן לעשות בה שימוש לצורך יישום הקריטריון. הדבר נכון גם באשר למבחן המידתיות שעניינו האמצעי שפגיעתו פחותה, אשר מכונה לעתים גם "מבחן הצורך". לדיון בחלופות אפשריות, ראו להלן פרק ו.

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

¹²⁶ על-פי נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, רשימת המחלות המוזכרות במדד מחלות הרקע אינה רשימה ממצה.
¹²⁷ ראו לעיל ה"ש 68 והטקסט הסמוך לה.

להעריך את סיכויי השרידות של חולה מסוים.¹²⁸ המדד מתייחס אמנם למצבו הרפואי של חולה ספציפי, אך ההתחשבות הבלעדית היא בלקות קיימת של אותו חולה, שהייתה 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.¹²⁹

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 את ההזדמנות להחלים מ-Covid-19, לעולם ניצמד להנחה שהיה להם סיכוי פחות טוב לשרוד מאחרים, 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, הוועדה הגדילה 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 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 ואשה מחייבת שהחלטה כה גורלית ביחס לחייהם תהיה מבוססת על מדד קליני ערכני ולא על התייחסות למחלה קיימת. לסוגיה זו יש משמעות גם ברמה ההצהרתית.¹³⁰ שימוש במדד מחלות הרקע עורך הבחנה ברורה בין אנשים "עם" ו"בלי" מחלות רקע. הבחנה כזו עשויה להיות כרוכה, מעצם טיבה, בתיוג חברתי שלילי.¹³¹ בכך, המדד מקבע סטיגמה שכבר הייתה קיימת ביחס לקבוצה מסוימת וקרוב לוודאי צמחה משמעותית מאז פרוץ המגפה, באופן שעלול להשפיע בהקשרים שלא נוגעים כלל למגפת הקורונה, ובכלל זה בהקשרי תעסוקה, מגורים, אספקת שירותים ציבוריים וכולי.¹³²

iii. מסקנות ביניים

הדיון עד כה הצביע על קשיים מהותיים שנובעים מהשימוש במדד התפקודי ובמדד מחלות הרקע. כאמור, על-פי תרשים הזרימה שאומץ בנייר העמדה המתוקן, מדדים אלה הם הראשונים שיש לבחון, ככל הנראה מכיוון שהם המהירים ביותר.¹³³ 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 מחלות רקע. אכן, שני המדדים אינם מקצים את הסיכון לטעות בהערכה הרפואית בצורה שווה בין אנשים עם וללא 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 בדיון הישראלי על אנשים עם מוגבלות מפני הפליה בהקצאת שירות רפואי. העקרונות החוקתיים בישראל, ובראשם עקרון המידתיות, מחייבים לבחון חלופות שיקטינו את הפגיעה בשוויון הנובעת מהטלת מוגבלות על זכויות הפרט לפי אמת מידה סטטיסטית או שיוך קבוצתי, כאשר מדובר בקבוצה חברתית מובהקת. בהמשך המאמר, אדון במספר חלופות אפשריות לשימוש במדדים אלה.

¹²⁸ נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 46 (נייר העמדה של ועדת המשנה ההלכתית-דתית) (דיון בשאלת הקדימות בטיפול וציון שהקדימויות המוצעות שם "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 יודקק להנשמה בגין מחלת הקורונה הם קלושים מאד"). ההדרגה הוספה.

¹²⁹ ראו, באופן כללי, מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים טז 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).

¹³⁰ ראו להלן פרק 7. (דיון בנוקמים האקספרסיביים של נייר העמדה המתוקן).

¹³¹ 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").

¹³² שם, בעמ' 83.

¹³³ נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10.

לצד זאת, הדיון עד כה העלה מסקנה נוספת, אשר פועלת במידה מסוימת בכיוון הפוך למסקנה הקודמת, אם כי אין ביניהן סתירה. גם אם לא ראוי להתחשב בו במסגרת התייעדוף, המתאם הסטטיסטי הגבוה בין מחלות רקע ולקויות אחרות לבין סיכון מוגבר לתחלואה קשה מ-Covid-19 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.¹³⁴ לפיכך, גם במקרה כזה, כך אטען, קיים חשש ממשי לפגיעה בשוויון, גם אם בדרגת חומרה פחותה מזו שנובעת מהשימוש במדד התפקודי ובמדד מחלות הרקע. במלים אחרות, לטענתי, קריטריון סיכויי השרידות כשלעצמו עלול להוביל לפגיעה בזכותם של אנשים עם מוגבלות לחיים ולשוויון, באופן שאינו מוצדק. את יתר המאמר אקדיש לטענה זו.

4. שוני רלוונטי וחובת התאמות

האם העובדה שקריטריון סיכויי השרידות – בפני עצמו ובמנותק מהמדדים שנדונו עד כה – צפוי להשפיע לרעה באופן לא-פרופורציונלי על אנשים עם לקויות שונות, ובהן מחלות כרוניות, מהווה הפליה אסורה? לפחות חלק מהתומכים בקריטריון סיכויי השרידות ישיבו על שאלה זו בשלילה. לשיטתם, ככל שהקריטריון מבחין בין אדם אחד למשנהו על בסיס מצבם הרפואי, ולא על פן כזה או אחר בקשר לזהותם, אין מדובר בהבחנה אסורה.¹³⁵ במלים אחרות, ישנו "שוני רלוונטי" בין אדם שמדורג בעדיפות נמוכה לבין אדם שמדורג גבוה יותר, ולכן לא 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 חלק מהבשורה שהביא עמו פסק הדין בעניין מילר,¹³⁶ שעסק בשאלה האם סירובו של זה"ל לזמן נשים למבדקים בקורס טיס מהווה הפליה אסורה מחמת מין. הצבא טען באותו עניין כי המדיניות של אי-גיוס חיילות לקורס טיס נובעת מהבחנות ענייניות הנוגעות לתנאי השירות של נשים, שמבססות "שונות רלוואנטית בנתונים",¹³⁷ 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.¹³⁸ מהו העקרון 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.¹³⁹ השופטת דורנר הגיעה לתוצאה זוהי, בנימוק אחר. גם לשיטתה, לא בכל מקרה שבו קיימת שונות רלוונטית יהיה בכך כדי לסתום את הגולל על הדיון בטענת ההפליה. אלא שדורנר אינה מתמקדת בשאלה האם ניתן לנטרל את השונות; היא מציעה לבחון האם ההתחשבות בשונות הרלוונטית היא מוצדקת בנסיבות העניין.¹⁴⁰ בחינה כזו תיעשה על-פי העקרונות המפורטים בפסקת ההגבלה בחוקי היסוד, בדגש על מבחני המידתיות.

¹³⁴ Hellman & Nicholson, לעיל ה"ש 8. בהקשר זה ראוי לציין שהלמן וניקולסון מבססות את הטענה שלהן על הדוקטרינה המכונה דיני ההפליה בארצות-הברית Disparate Impact, אשר 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.

¹³⁵ 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".

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

¹³⁷ 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.

¹³⁸ שם, בעמ' 120-122.

¹³⁹ שם, בעמ' 120.

¹⁴⁰ שם, בעמ' 135-136.

שאלת היקפה של החובה הכללית "לנטרל את השונות" עדיין לא הובהרה עד תום במשפט הישראלי וקיימות לגביה דעות שונות.¹⁴¹ אכן, מדובר בסוגיה מורכבת אשר כרוכה בשיפוט נורמטיבי, שהוא בעצמו תלוי השקפת עולם במידה רבה.¹⁴² בחיבור 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 כשירות למלא תפקיד מסוים או נגישות למשאבים חשובים, התאמה זו היא תולדה של "הפליה מבנית", כלומר היא תוצר של אוסף של נסיבות חברתיות, ובכללן "הפליה מכוונת בעבר ועוונות של קבוצת הרוב כלפי קבוצת המיעוט", אשר מובילות לכך שקבוצות מסוימות באוכלוסייה מצויות בעמדת נחיתות בשורה של תחומים.¹⁴³ 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.¹⁴⁴

בענייננו, מכל מקום, הדברים הם 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.¹⁴⁵ 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 וללא מוגבלות ומטילה את החובה על הגופים המצוינים בחוק השוויון 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, תחבורה או תפיסות חברתיות מדירות, היא חברה שבה קיימת מציאות בלתי שוויונית ביחס לאנשים 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 מההפליה המבנית בישראל ביחס לאנשים עם מוגבלות. אכן, לקות קיימת בהקשר של תיעדוף חולים אינה נתון ניטרלי.¹⁴⁶ לרשויות המדינה בפרט ולחברה בכללותה יש תפקיד בהיווצרותן של לקויות פיזיות ונפשיות,¹⁴⁷ כמו גם בכשל הנמשך לאפשר השתתפות מלאה של אנשים עם מוגבלות בחיים הציבוריים, ובכלל זה בהיבטים שמשפיעים במישורן 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

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

¹⁴² דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 684-685 (2010).

¹⁴³ מדינה "היקפה של החובה לנטרל את השונות", לעיל ה"ש 51, בעמ' 219-220, 227. חשוב להבחין בין הצעה זו של מדינה, שעוסקת 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.

¹⁴⁴ 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").

¹⁴⁵ ראו למשל מדינה "היקפה של החובה לנטרל את השונות", לעיל ה"ש 51, בעמ' 224.

¹⁴⁶ להבחנה בין הגישה הליברלית-אינדיווידואלית 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.

¹⁴⁷ WENDELL, לעיל ה"ש 79, בעמ' 36-37.

בכך שרופאים מנסים ככל יכולתם לסייע להם להתמודד עם בעיות רפואיות.¹⁴⁸ יתרה מכך, לפי הסקר, אנשים עם מוגבלות נמנעים מביקור רופא כיוון שהמרפאה אינה נגישה להם בשיעור כפול מאשר אנשים ללא מוגבלות.¹⁴⁹

הספורטאי הפארא-אולימפי שהוזכר בנייר העמדה המתוקן הוא דוגמה טובה נוספת לאופן שבו המדינה והחברה בכללותה משפיעים 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 שסיכוייו להחלים טובים יחסית לאחרים.¹⁵⁰ ההנחה היא שעיסוק אינטנסיבי בספורט יוביל לשיפור בסיכויי השרידות של אדם – כל אדם, עם וללא 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.¹⁵¹ זוהי עוד דוגמה למציאות הבלתי-שוויונית שמשפיעה, במישרין ובעקיפין, על סיכוייהם של אנשים עם מוגבלות לקבל הזדמנות שווה ליהנות מטיפול רפואי מציל חיים לפי קריטריון סיכויי השרידות.¹⁵²

מהי משמעותה של החובה בדבר נטרול השוני ואספקת התאמות בהקשר של התייעדות? זוהי 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 יותר על-פי המדדים שאומצו על-ידי הוועדה.¹⁵³ כפי שמדיניות הגיוס של חיל האוויר שונתה כדי למנוע את הפגיעה בשוויון על בסיס מין בעקבות עניין מילר, 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 ועקרונותיו של חוק השוויון¹⁵⁴ ואף כסעד חוקתי לצורך צמצום או מניעת הפגיעה בזכות לשוויון או לחיים של אנשים עם מוגבלות.¹⁵⁵ תתי הפרקים הבאים יחדרו את השיקולים שעומדים ברקע ההכרעה בסוגיה זו, מנקודת מבט משפטית, ולקראת סוף המאמר אתייחס לאפשרויות קונקרטיות של שינויים בנייר העמדה כ"התאמות".

5. איזונים ומדיניות שיפוטית

¹⁴⁸ דורון דורפמן, יוסי חסון, קארין סנדל ועירן הלפרין מדד הנגישות העירוני 2019 47-46 (2020), www.gov.il/he/departments/news/urban_accessibility_index_jan_20.

¹⁴⁹ שם, בעמ' 46.

¹⁵⁰ ראו לעיל ה"ש 112 והטקסט הסמוך לה.

¹⁵¹ 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).

¹⁵² 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").

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

¹⁵⁴ החובה לספק התאמות היא אחד המנגנונים החוקיים שעליהם נסמכים מלומדים בארצות-הברית המתנגדים לקריטריונים מפלים בפרוטוקולים שמטרתם לתעדף חולים בזמן מגיפה. באופן ספציפי, זהו המנגנון העיקרי שמוזכר ביחס לקריטריון סיכויי השרידות. ראו Hellman & Nicholson, לעיל ה"ש 8, בעמ' 25; 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, 26-25 (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).

¹⁵⁵ 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 בחובה לנטרל את השונות, לעיל ה"ש 143-144 והטקסט הסמוך להן).

עד כה, טענתי כי אין בקיומו של "שוני רלוונטי" – מצב רפואי שנובע מלקות שקדמה להידבקות בנגיף – כדי להכשיר את קריטריון סיכויי השרידות. אולם, בכך לא 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 שנוכרו 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 מספר נוסחאות איזון או מנגנונים ה"ממתנים" את החובות הקבועות בו, לרבות כאשר "הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המקום הציבורי או השירות הציבורי".¹⁵⁶ 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 המידיות.

בענייננו, האינטרס החברתי העומד בבסיס קריטריון סיכויי השרידות הוא הצלת כמה שיותר חיים. אין ספק שמדובר בתכלית ראויה וחשובה. קריטריון זה אף פוגע בצורה פחותה בזכות לשוויון ביחס לחלופות אחרות, כמפורט לעיל. אולם, עצם היותו של קריטריון מסוים "יעיל" ופחות מפלה מחלופות שכוללות בחינה של תוחלת החיים או איכותם, לא מכשיר אותו באופן אוטומטי. בחלקים הבאים של המאמר אצביע על מספר שיקולים שיש לשקול לדעתי במלאכת עריכת האיזון. אולם, תחילה אתייחס לעקרונות הנוגעים למדיניות שיפוטית, או, במלים אחרות, לכללים מנחים שיכולים 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.¹⁵⁷ באותו עניין, בית המשפט דן בעתירתם של חולים בסרטן המעי הגס לכלול את התרופה שלהם נזקקו בסל שירותי הבריאות, הזוכה למימון ציבורי. ההחלטה על השירותים הנכללים בסל מתקבלת על-ידי שר הבריאות ומאשרת על-ידי הממשלה על-פי המלצותיה של ועדת הסל, שהיא ועדה ציבורית. העותרים תקפו את התיעדוף שהוצע על-ידי ועדת הסל, בטענה כי ההחלטה לתת עדיפות נמוכה לתרופות שנרשמו להם מפרה 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.¹⁵⁸ הבדלים אלה, כך קבעה הנשיאה, אינם מהווים הפליה אסורה כל עוד הם תוצר של שיקולים ענייניים וסבירים.¹⁵⁹ הנשיאה ביניש הוסיפה כי כל עוד אמות המידה תואמות את הוראות החוק ואינן חורגות ממתחם הסבירות, "לא בידינו להורות על אימוצה של שיטת תיעדוף אחת על פני האחרת".¹⁶⁰ יתרה מכך, הנשיאה ביניש אף נמנעה מלדחות שיקול הדומה במהותו לשיקול "סיכויי השרידות",¹⁶¹ בקובעה כי "בנסיבות שבהן התקציב מוגבל ויש לקבוע תיעדוף בין צרכים רבים מספור, יעילות התרופה מהווה שיקול לגיטימי שניתן, ואף ראוי, להתחשב בו".¹⁶² לבסוף, השופטת (כתוארה אז) נאור הדגישה באותו עניין כי תחום ההתערבות השיפוטית בהחלטות בעניין תיעדוף הוא צר.¹⁶³

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

¹⁵⁶ ראו, באופן כללי, מור "משפט נגיש לכל", 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) לחוק השוויון. ראו גם ס' 19 ביחס לפטור מחמת "נטל כבד מדי" בהוראות הנגישות לגבי שירות בריאות ומקום ציבורי שבו ניתן שירות בריאות.

¹⁵⁷ לעיל ה"ש 40.

¹⁵⁸ שם, בעמ' 45.

¹⁵⁹ שם.

¹⁶⁰ שם, בעמ' 43.

¹⁶¹ שם, בעמ' 42.

¹⁶² שם.

¹⁶³ שם, בעמ' 49.

בשוויון עלתה רק כטענה משנית. יתרה מכך, ההבחנה בין העותרים באותו עניין לבין החולים שתרופותיהם כן נכללו בסל לא התבססה על השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת.

הבדל משמעותי נוסף נעוץ בשאלת המשאב שעמד במרכזו התיעדוף והשיקולים שנשקלו במסגרת ההליך. עניין לזון עסק בתיעדוף של סבסוד תרופות שונות. השיקולים שנשקלו על-ידי ועדת הסל נגעו למספר היבטים הנוגעים לתרופות אלה, ובכלל זה למחיריהן. ענייננו, לעומת זאת, עוסק במשאב רפואי אחיד: משאבי טיפול נמרץ. השיקול העיקרי שנשקל בנייר העמדה הוא מידת סיכוייו של אדם לשרוד אם יסופק לו הטיפול. במלים אחרות, בעוד שבעניין לזון הדיון היה 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 לזון אינן חלות באותה עצמה בענייננו.

ככל שעניין לזון משקף מדיניות מצמצמת בהחלטות שעניינן קביעת סדר עדיפויות בתחום הרפואי, הרי שפסקי דין אחרים מלמדים על מדיניות שיפוטית שמבוססת, לטענתי, על תפיסת מוסר שונה מזו של נייר העמדה המתוקן. כך למשל, פסק הדין בעניין הפרטת בתי הסוהר,¹⁶⁴ כמו גם פסקי דין נוספים,¹⁶⁵ משקפים הכרה בדמותו המלאה של הפרט כאדם ודוחים גישה המתייחסת לסובייקט המשפטי "מפרספקטיבה אינסטרומנטלית-פונקציונלית בלבד".¹⁶⁶ מדיניות שיפוטית זו היא חשובה בענייננו לנוכח הרציונל שעליו מבוסס קריטריון סיכויי השרידות, ולפיו במצב חירום המוקד עובר "למחויבות לבריאותם ולחיייהם של חברי הציבור בכללותו, ולעתים על חשבון יחידים".¹⁶⁷ עיקרון זה אמנם מכוון ל"מיקסום התועלת",¹⁶⁸ אך הגשמתו כרוכה במניעת שירותי טיפול נמרץ מחולים אשר היו צפויים ליהנות מהם בתנאי שיגרה.¹⁶⁹ 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 וההגשמה האישית של כל אדם, באופן שעשוי להשליך בעקיפין לענייננו. בעניין דעקה, בית המשפט פסק פיצוי לתובעת בגין העובדה שלא נמסר לה מידע על סכנות הכרוכות בהליך כירורגי שהסתיים בנזק גוף, חרף הקביעה העובדתית שאפילו אם היו מובאים בפניה כל הנתונים הרלוונטיים היא הייתה מסכימה לעבור את הטיפול.¹⁷⁰ בעניין אבו-חנא, אשר עסק בגובה הפיצוי שיש לפסוק לקטינה שנפצעה בתאונת דרכים בגין אבדן השתכרות, נשללה הטענה שבפסיקת הפיצוי יש להתחשב בנתונים סטטיסטיים הנוגעים למגדר, למגזר או למצב הסוציו-אקונומי של הקטינה או של משפחתה.¹⁷¹ בפסקי דין אלה, אשר כוללים גם היבטים ייחודיים למשפט הישראלי, קידש בית המשפט העליון את העיקרון שלפיו לכל איש ואשה 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 וגרעון דמוקרטי

המחלוקת המשפטיות העוסקות בהקצאת משאבים בתנאי מחסור מניחות לעתים קרובות את מצוקת המשאבים כעניין נתון. זהו אכן המקרה כשמדובר באיברים להשתלה שמקורם באנשים אחרים.

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 ("אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו") (פסק דינה של השופטת ארבל).

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

¹⁶⁶ שם, בעמ' 26.

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

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

¹⁶⁹ שם.

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

¹⁷¹ 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).

אולם, כשמדובר בסוגיות אחרות, כדוגמת דיוור ציבורי¹⁷² או מכונות הנשמה, מצוקת משאבים אינה גזירת גורל אלא תוצר של מדיניות והחלטות מושכלות בדבר קביעת סדרי עדיפויות לאומיים. זוהי אחת ההצדקות שמספק סמואל בגנסטוס לדחיית התחשבות בלקויות שהיו קיימות עוד בטרם ההידבקות בנגיף במסגרת התייעודף. כתיבתו של בגנסטוס מתמקדת אמנם במסמכי תיעודף שמתייחסים באופן מפורש למוגבלות, אולם טיעונו משקפים הסתייגות כללית מהתחשבות בתועלת היחסית שמטופלים עתידים להפיק מקבלת טיפול רפואי.¹⁷³ בגנסטוס טוען שלא ראוי להטיל על אנשים עם מוגבלות נטל כפול בעת הקצאת משאבים בשעת מחסור, וזאת לאחר שההחלטה הראשונית בדבר היקף המשאבים הקיימים לא נתנה משקל מספק לכך שהם צפויים להיות נפגעים עיקריים ממגיפה כדוגמת הקורונה.¹⁷⁴

טענה זו של בגנסטוס קשורה באופן ישיר לטענה נוספת נגד התחשבות בקיומן של לקויות קיימות בהליך התייעודף: ההיסטוריה הארוכה של הדרת אנשים עם מוגבלות מהשתתפות במרחב הדמוקרטי והצבת מכשולים להשפעה שלהם על סדר היום הציבורי.¹⁷⁵ זהו הרקע שכנגדו טוען בגנסטוס שהחלטות מדינה שמשפיעות לרעה על מצבם של אנשים עם מוגבלות מעוררות חשש של "גרעון דמוקרטי", ומכאן שיש לפרש את החוק באופן שימנע את התניית הגישה למשאבים רפואיים בהיעדרה של מוגבלות.¹⁷⁶ השימוש בגרעון דמוקרטי כעיקרון פרשני "שובר שוויון" בסוגיות הנוגעות לזכות לשוויון הוכר גם בכתיבה האקדמית בישראל.¹⁷⁷ הגרעון הדמוקרטי בענייננו מתבטא לא רק בייצוג בכנסת 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 ביו-אתיקה.¹⁷⁸ באופן ספציפי, חרף קיומו של דין ודברים בין הוועדה לבין נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ופעילי 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 התייעודף, במובן זה שלא ניתן ביטוי ממשי לעמדתם של אנשים עם מוגבלות, על מגוון תתי הקבוצות שמרכיבות קבוצה זו, טרם ניסוחו של נייר העמדה.¹⁷⁹

¹⁷² ראו למשל ע"מ 5667/13 אליה נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון והשכונ, פס" 8-7 (פורסם בנוב, 9.7.2014); דפנה ברק-ארז "פרשנות, שוויון והעצמה" ספר יורם דנציגר 503, 520, ה"ש 96 (לימוד זר-גוטמן ועידו באום עורכים, 2019) (להלן: ברק-ארז "פרשנות, שוויון והעצמה").

¹⁷³ Bagenstos, לעיל ה"ש 88, בעמ' 11-13.

¹⁷⁴ 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 האינדיווידואליות והרפואיות ומתפקיד 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").

¹⁷⁵ מור "משפט נגיש לכל", 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).

¹⁷⁶ Bagenstos, לעיל ה"ש 88, בעמ' 10-11. ראו גם Hellman & Nicholson, לעיל ה"ש 8, בעמ' 17.

¹⁷⁷ השופט דפנה ברק-ארז הציבה 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 ההסדרים האמורים. אכן, השופטת ברק-ארז הציבה להתחשב בכלי פרשני זה במקרים שבהם "משני צדי המתרחש 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.

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

¹⁷⁹ James I. Charlton, Nothing About Us Without Us (1998). ככלל, למעט אם קיימת הוראה ספציפית בדיון, רשות מינהלית 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-ארז, משפט מנהלי כרך א 292 (2010). עם זאת, רשות מינהלית 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 נד(4) 220 (2000). חובה זו, על-פי בית המשפט, קמה מתוך כללי מינהל תקין והחובה 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 שנקלו ועל יישומם. בנוסף, הליכי שיתוף עשויים לסייע לרשות לקיים את חובתה לקבל החלטות על בסיס תשתית עובדתית ראויה.

אף להחלטות הנוגעות לעיתוי כתיבתו של נייר העמדה ישנה חשיבות בהקשר זה. אילו הוועדה הציבורית הייתה מתכנסת מבעוד מועד כחלק מהיערכות למגיפה עתידית, הייתה הזדמנות רחבה יותר לארגוני חברה אזרחית בתחום המוגבלות להשפיע על קבלת ההחלטות. בארצות-הברית, למשל, לפחות 18 מדינות גיבשו קווים מנחים לתיעודף חולים בתנאי מחסור עוד במהלך העשור שקדם למגפת הקורונה, כחלק מהיערכות להתפרצות עתידית של מגפה דמוית-שפעת.¹⁸⁰ לעובדה זו יש משמעות בכל הנוגע לשיתוף הציבור בגיבוש התיעודף ולאפשרות להשיג על העקרונות שאומצו.¹⁸¹ במדינת מרילנד, תהליך העבודה על הפרוטוקול לתיעודף חולים ארך מספר שנים, וכלל שיח ציבורי רחב בהשתתפות מאות אזרחים.¹⁸² מדינת קליפורניה פרסמה אמנם קווים מנחים בתחילת חודש אפריל 2020, מבלי שניתנה אפשרות ממשית לארגוני חברה אזרחית להעיר הערות בנושא. אולם, כתוצאה ממחאה חריפה נגד העקרונות שגיבשו במסמך, הוא נגנז. ביוני פרסמה קליפורניה מסמך חדש, שונה משמעותית מקודמו.¹⁸³ בניגוד לנעשה בישראל, במהלך העבודה על גיבוש המסמך המתוקן בקליפורניה ניתנה אפשרות רחבה לארגוני חברה אזרחית להביע עמדה ביחס לתיעודף.¹⁸⁴

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.¹⁸⁵ אכן, כלל שמתווה אחד ממוסדות השלטון עשוי לשדר מסר שחורג 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 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).¹⁸⁶ 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".¹⁸⁷ כך למשל, כלל אשר מורה על הפרדה על בסיס

Sheri Fink, *Whose Lives Should Be Saved? To Help Shape Policy, Researchers Ask the Public*, N.Y. ¹⁸⁰ TIMES, Aug. 22, 2016, at A.9.

¹⁸¹ ראו לעיל ה"ש 90.

¹⁸² Fink, לעיל ה"ש 180.

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>

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>

¹⁸⁵ Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2024 (1996). על-פי מקאדמס, ישנן ארבע קטגוריות שונות של "תאוריות אקספרסיביות של המשפט". במאמר זה אני מתמקד רק באחת מהן, זו שעוסקת 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* (2015) 11-16. עם זאת, כפי שמקאדמס מציין, מלומדים נוטים לעתים להפנות לטיעונים המשויכים לתאוריות אקספרסיביות שונות בעת ובעונה אחת. בפרק זה של המאמר אני מפנה למספר מקורות שעוסקים בתאוריה אקספרסיבית שעליה אינני מסתמך, אשר בוחנת את הסטטוס הנורמטיבי של החוק לפי המסר שהוא משדר. הטעם לכך הוא שישנה חפיפה מסוימת בין התאוריות, במיוחד בכל הנוגע לשאלת ההשפעה של כלל מסוים על תפיסות חברתיות ביחס לקבוצה חברתית מובקת. ראו שם.

Yuval Feldman & Janice Nadler, *The Law and Norms of File Sharing*, 43 SAN DIEGO L. REV. 577, 594 ¹⁸⁶ (2006).

Bradley A. Areheart, *Accommodating Pregnancy*, 67 ALA. L. REV. 1125, 1130 n.17 (2016) ("By ¹⁸⁷ 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 מסייגת מהשימוש במונח "נזק" בהקשר האקספרסיבי. לטענתה, התאוריה האקספרסיבית של דיני הפליה מתמקדת במסר שמשחק מכלל מסוים, להבדיל מההשלכות של הכלל על הציבור. לכן, לטענתה של הלמן, כלל יכול להיות בעייתי מבחינה אקספרסיבית גם אם הוא לא 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, תחת תאוריה אקספרסיבית שבווחנת 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).

גזע או מוצא במוסדות חינוך משדר מסר של נחיתות כלפי קבוצה חברתית מסוימת, אפילו אם תנאי הלמידה הם זהים ביחס לשתי הקבוצות.¹⁸⁸ בדומה לכך, כלל שאוסר על גישוואים בין בני זוג מאותו המין מייחס מעמד מוסרי נחות לקהילת הלהט"ב, מסר שהוא רחב יותר מעצם האיסור (ולכן, בין היתר, הוא פוגע בחברות וחברי הקהילה שכלל אין להם כוונה להינשא, או במי שהאיסור לא השפיע על זכויותיו וחובותיו בפועל מסיבה אחרת).

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

בשורות הבאות אנסה לבחון את תפקידו האקספרסיבי של נייר העמדה המתוקן. הבחינה לא תתייחס במישורין לדוקטרינה משפטית בדבר איסור הפליה. מטרת צנועה יותר. אני מקווה להראות את מכלול השלכות האפשריות של נייר העמדה, גם אלה שחורגות מההשפעה הישירה על חולים קשים שההמלצות עשויות לחול עליהם. במובן זה, הדיון הקצר שיובא בהמשך הדברים נועד לבסס טיעון מדיניות, אם כי הוא עשוי להיות רלוונטי גם מבחינות אחרות, ובכלל זה לענות על אלמנטים מסוימים בשאלת 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.¹⁹³ אם כי חלק מהתאוריות 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. בנוסף לכך, להמלצות שהובאו בנייר העמדה המתוקן צפויות להיות השלכות דרמטיות על קבוצות מסוימות בחברה ועל הציבור בכללותו, אם ימומשו בפועל, כך שהן ודאי יעוררו, אם הן עוד לא מעוררות, תגובה רגשית-תפיסתית כלשהי בקרב הציבור.

מהו, אם כן, התפקיד האקספרסיבי של נייר העמדה המתוקן? ניתן להצביע על מספר מסרים אפשריים 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".¹⁹⁴ ואמנם, בעקבות

¹⁸⁸ ראו והשוו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד (סג) 398 (2009); מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 41, בעמ' 89.

¹⁸⁹ יובל פלדמן "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).

¹⁹⁰ שם, בעמ' 84, ה"ש 38.

¹⁹¹ Deborah Hellman, *The Expressive Dimension of Equal Protection*, 85 MINN. L. REV. 1 (2000) (ביחס לזכות להגנה שווה בפני החוק המעוגנת בחיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית); 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 מהחלטתו של השלטון לייחס מאפיינים כלשהם למי שנמנים על הקבוצה הנדונה").

¹⁹² Areheart, לעיל ה"ש 187, בעמ' 1146.

¹⁹³ McADAMS, לעיל ה"ש 185, בעמ' 16-21.

¹⁹⁴ מכתב חברות וחברי אקדמיה לד"ר אביחי מנדלבלית, היועץ המשפטי לממשלה, ולח"כ הרב יעקב ליצמן, שר הבריאות (22.4.2020) (עותק בידי המחבר) ("עורך החיים אינו מתאיים בשל קיומה של מוגבלות"; יותם בן-שץ "על קורונה, שוויון וערך החיים" כלכליסט perma.cc/SP7B-MT83 3.5.2020 (כיצד לא ימצאו את עצמם אנשים עם מוגבלות [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 'עורך' 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 19.4.2020 shavvim.co.il/2020/04/19/%D7%A4%D7%9C%D7%99%D7%94-%D7%91%D7%A8%D7%95%D7%A8%D7%94-%D7%95%D7%94%D7%A8%D7%A1%D7%A0%D7%99%D7%AA/ ("הגישה הזו, הרואה במוגבלות פגיעה

הביקורת, הוועדה הוסיפה בנייר העמדה המתוקן הבהרה שלפיה "בשום אופן אין לפרש את התיעוד הפיזיולוגי במצבי קיצון כשיפוט לגבי ערך החיים של אף אדם".¹⁹⁵ 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 בפני עצמו. מבט מעמיק ברציונל שעומד מאחורי קריטריון סיכויי השרידות עשוי ללמד שאספקתם של משאבי רפואת חירום לאנשים שסיכוייהם לשרוד נחשבים נמוכים – קבוצה שצפויה להכיל, כאמור, אנשים רבים עם מוגבלות – עומדת במתח עם רווחתם של חברי הציבור בכללותו. המתח נובע מכך שהקצאת משאבים במחסור לאנשים עם סיכויים נמוכים לשרוד צפויה להוביל, על-פי העיקרון המנחה של קריטריון סיכויי השרידות, להצלתם של פחות בני אדם. במלים אחרות, אספקת משאבי רפואת חירום לאנשים עם לקויות קיימות, כדוגמת מחלות רקע, אשר משפיעות על מצבם הרפואי, מעמידה בסיכון או מטילה נטל על הציבור בכללותו. 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.¹⁹⁶

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.¹⁹⁷ ביטוי מוקדם של תפיסה זו ניתן למצוא בפסק הדין הידוע לשמצה *Buck v. Bell*.¹⁹⁸ באותו עניין, השופט הולמס (Holmes) קבע שאין עילה חוקתית להתערבות בצו שהורה לעקר 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.¹⁹⁸ ההנחה שעליה התבסס הולמס היא שגם לצאצא של באק תהיה לקות שכלית, וכי הדבר יוביל לאחד משניים: פשע או גוויעה ברעב. פסק הדין מהווה תמורה אזהרה משמעותית ביחס לקבלת

באיכות החיים או גורם המפחית מערך החיים של אנשים, היא גישה הנגועה בתפיסות חברתיות וסטריאוטיפים); "דרישה לדחיית 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.

¹⁹⁵ נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9.
¹⁹⁶ ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 167-169. ראו גם נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 46 (נייר העמדה של ועדת המשנה ההלכתית): "במקרים כאלה [כאשר מספר המטופלים עולה על המשאבים הפנויים להצלת חיים] צריך לקבוע דירוג להצלת חיים, גם במחירי הכואב של מות אחרים. הדבר מבוסס על התפיסה העקרונית שהציבור והכלל איננו רק אסוף 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".

¹⁹⁷ 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", הקונגרס כלל ב-ADA הוראה שמטרתה להתמודד עם טענות של מעסיקים ומפעלי שירותי ציבורי בדבר "איום ישיר" (Direct Threat) שנשקף 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 לנוק חמור לבריאות או לבטיחות שאינו ניתן לנטרול באמצעות התאמות סבירות. בנוסף, כל טענה כזו צריכה להיות מבוססת על הערכה רפואית של אדם עם מוגבלות ונתמכת על-ידי הראיות האובייקטיביות הטובות ביותר שניתן לספק ביחס לאותו אדם. 29 C.F.R. § 1630.2(r); 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).

¹⁹⁸ *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)").

החלטות בצומת שבין ביו-אתיקה 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.

במרוצת השנים, דעות קדומות על אודות הסיכון הנשקף ממוגבלות הובילו להפלייתם של אנשים עם מוגבלות על-ידי מוסדות חינוך,¹⁹⁹ מעסיקים,²⁰⁰ מפעילי תחבורה,²⁰¹ מכוני יופי,²⁰² רופאי שיניים²⁰³ ועוד. בישראל ובמדינות אחרות, קיומה של מוגבלות נפשית עשויה להוביל להדרה משוק העבודה ולהטלת מגבלות בתחומים כמו חברות בלשכת עורכי הדין,²⁰⁴ נשיאת נשק או גיוס לכוחות הביטחון.²⁰⁵ מרבית המגבלות הללו מבוססות על חששות שלפיהם לאנשים עם מוגבלות יש נטייה לאלימות או שנשקפת מהם סכנה לציבור. אולם, כפי שמלומדים הראו, חששות אלה לרוב אינם מגובים בנתונים,²⁰⁶ ולכל הפחות מבוססים על הגזמות גסות.²⁰⁷ בדומה לכך, הטענה בדבר מסוכנותם של אנשים

¹⁹⁹ 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 שהיא משתמשת בכיסא גלגלים, הסביר מנהל בית הספר, עלולה להיות גורם סיכון במקרה של שריפה. בסופו של דבר, היומן החלה ללמוד בבית הספר רק כשהייתה בת תשע, לאחר מאבק ממושך של אמה ברשויות. אבל זו לא הפעם האחרונה שבה היומן נדרשה להתמודד עם יחס מפלה על רקע זה. כעבור שנים, היומן שאפה לעבוד כמורה. בקשתה נדחתה. במועצת החינוך הסבירו כי הם מחויבים לביטחונם של התלמידים במקרה של מצבי חירום, והייתה של היומן נכה המשתמשת בכיסא גלגלים עשויה לחתור תחת מחויבות זו. גם הפעם, רק לאחר מאבק משפטי עיקש, קיבלה היומן את המשרה. "כל כך נמאס לי להיקרא 'מפגע בטיחותי' שיכולתי להקיא", היא כתבה לאחרונה בממואר שלה. לאחר מכן הוסיפה: "כשמוסדות אינם מעוניינים לעשות דבר מה, נימוקים שעניינם 'בטיחות' הם תירוץ קל... קשה להתוכח 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) (הציטוטים תורגמו על-ידי המחבר).

²⁰⁰ ע"ע (ארצי) 61235-02-17 קופולק (1949) בע"מ – חנושילי, פס' 71 (פורסם בנבו, 16.10.2018) (במסגרת סכסוך 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 – מרגם ייעוץ ומחקר (פורסם בנבו, 21.3.2016) (דיון בשאלה האם סירובה של חברה להתקין תוכנת עזר על מחשבי החברה כדי להנגיש את המידע למועמד לעבודה, שהיא עיוור, עולה כדי הפליה על-פי חוק השוויון. במענה לטענת ההפליה, החברה טענה 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 ח"י) נדב – חברת אשר משאבים, לוגיסטיקה ונדרסה בע"מ (פורסם בנבו, 3.6.2013) (אדם אשר הועסק כפקח תנועה ופוטר לאחר מספר חודשים תבע את החברה המעסיקה על הפליה מחמת מוגבלות, והיא בתורה טענה כי הפיטורים מוצדקים בשל הסכנה שנשקפת לציבור מכך שהתובע, לטענתה, לא יכול היה להשתמש בשתי ידיו על רקע קיומה של מוגבלות פיזית. בפסק הדין דחה בית הדין האזורי טענה זו, בקבעו שלא נעשה ניסיון ממש 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 לזוז. הזוג ג'ייקובסון סירב כי הם ראו בבקשה פגיעה בכבודם. עקב כך התנהל נגדם משפט באשמת הפרת הסדר הציבורי, שבסופו הם זוכו. זמן קצר לאחר מכן הקונגרס האמריקאי חוקק 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) כך למשל, בית משפט השלום חייב מכוון יופי לשלם פיצוי לתובע, נשא HIV, בגין סירובו של המכוון להעניק לו טיפול להסרת שיער. הרקע לסירוב היה "הירתעות" הצוות המטפל "מתן שירות לתובע, על אף שהאחרון הצטייד באישור רפואי שבו צוין כי "אין כל מניעה לבצע הסרת שיער בכל שיטה שהיא". עניין מאיר את לוקסנבורג בע"מ, לעיל ה"ש 82, פס' 16.

²⁰² עניין Bragdon, לעיל ה"ש 82.

²⁰³ 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).

²⁰⁴ Thomas R. Smith, Jr., *Protecting Police Applicants from Disability Discrimination Under the* U.S. DEP'T DEFENSE, DOD; *Americans with Disabilities Act*, 36 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 187, 200 (2019) INSTRUCTION 6130.30, MEDICAL STANDARDS FOR APPOINTMENT, ENLISTMENT, OR INDUCTION INTO THE MILITARY SERVICES (2018), <https://perma.cc/5PJX-EHXJ>.

²⁰⁵ Susan McMahon, *Gun Laws and Mental Illness: Ridding the Statutes of Stigma*, 5 U. PA J. L. & PUB. AFFAIRS 1, 12 (2020) ראו למשל & 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 אינה מגובה בנתונים. ראוי להבהיר שבהצבעה על טענה זו של מקמהון אינני מאמץ גישה התומכת בזכות לשאת נשק או מעודדת נשיאת נשק. מטרתה היא להצביע על תחום נוסף שבו באה לידי ביטוי הסטיגמה בדבר מסוכנותם של אנשים עם לקויות נפשיות.

²⁰⁶ Ann Hubbard, *The ADA, the Workplace, and the Myth of the "Dangerous Mentally Ill"*, 34 U.C. DAVIS L. REV. 849, 867 (2001)

עם מוגבלות נפשית או שכלית מועלית לעתים קרובות בהליכים משפטיים שדנים בתוכניות מתאר אשר עוסקות בהקמתם של מעונות בקהילה, אולם גם במקרים אלה מדובר פעמים רבות בטענות שאינן מבוססות.²⁰⁸

המקרים שנסקרו עד כה מהווים רשימה לא ממצה של דוגמאות לקיומן של תפיסות רווחות בקרב הציבור באשר לחשש מהעסקה או מתן 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. לעתים, 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 שמוצעת כאן. הטענה היא אחרת. כוונתי להראות את נקודות ההשקפה 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 כמה שיותר בני אדם. אולם, בכך אין כדי לנטרל מסר זה. התפקיד האקספרסיבי של כלל מסוים אינו תלוי בהכרח בכוונתה של מי שניסחה את הכלל.²⁰⁹ נזק אקספרסיבי עלול להיגרם כתוצאה מהאופן שבו המסר שהכלל משדר "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 לשדר מסר שלילי ולהשפיע על האופן שבו הציבור מעריך את חברות וחברי הקבוצה.²¹⁰

חשוב לציין, בהקשר זה, שכל עוד נייר העמדה המתוקן לא מיושם בפועל (ותוך תקווה שכך המצב יישאר), הרי שייכתן שהנזק האקספרסיבי שנובע מהמסמך הוא הנזק היחיד שכבר "התגבש" כתוצאה מפרסומו.²¹¹ לכן, ספק אם ניתן להסתפק בכך שנייר העמדה המתוקן לא יאומץ בהחלטה מינהלית. לפחות מבחינה אקספרסיבית, נודעת חשיבות לדחייה אקטיבית של ההמלצות בנייר העמדה, בדגש על המדד התפקודי ומדד מחלות הרקע.

ו. 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

²⁰⁸ City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., 473 U.S. 432, 450 (1985); בש"א (שלום י-ם) 5853/07 לוי נ' מכוני 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).

²⁰⁹ Areheart, לעיל ה"ש 187, בעמ' 1146-1145; Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive*; 1146-1145. ראו גם Sunstein, 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 האמריקאי, 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 של החוק, שוודאי לא הייתה מכוונת על-ידי מנסחיו ושמתייחסת לתחום שכלל לא 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.

²¹⁰ 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).

²¹¹ אינני מתכוון כמובן להתגבשות הנזק 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 בהסתדרות הפסיכולוגים בישראל לנייר העמדה 'תיעודן חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה'" (2020) perma.cc/8UGV-7J9T ("את ההשלכות והמחירים הנפשיים של פרסום המסמך האמור אנו רואים כבר כעת במפגשים הטיפולים ויש להניח שיהיו להם הדים בהמשך").

של הצעות לשינויים בנייר העמדה המתוקן. המטרה היא לספק מצע לדיון ונקודות למחשבה, להבדיל מגיבוש המלצות שיבואו תחת ההמלצות הקיימות בנייר העמדה המתוקן.

את הדיון בעניין החלופות אפתח בהתייחסות למדד התפקודי ולמדד מחלות הרקע. על-אף שאני סבור שדניי השוויון בישראל מחייבים עיון מחדש בקריטריון סיכויי השרידות בכללותו, נקודת המוצא בחלק הראשון של הדיון תהיה שקריטריון סיכויי השרידות הוא הקריטריון המנחה שלפיו יתבצע התיעוד, אך ראוי להשתמש במדדים אחרים, פוגעניים פחות, על-מנת ליישם אותו. בהקשר זה, ניתן לטעון שנייר העמדה המתוקן כבר כולל מדדים נוספים מעבר למדד התפקודי ומדד מחלות הרקע, אשר יכולים להוות חלופה בפני עצמם. באופן ספציפי, נייר העמדה המתוקן עושה שימוש במדד "הכשל המערכתית", אשר ייתכן שיוכל להוות מדד יחיד להערכת סיכויי 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 מובילים לשוויון בין החולים. מודל דומה, למשל, אומץ בפרוטוקול של מדינת קליפורניה.²¹² כמתואר לעיל, המדד התפקודי ומדד מחלות הרקע הם המדדים הראשונים שיש לבחון על-פי תרשים הזרימה שצורף לנייר העמדה. עובדה זו הופכת את השימוש במדדים אלה למשמעותי במיוחד; ייתכן ששימוש במדד מחלות הרקע כמדד שובר שוויון יוביל לפגיעה פחותה באנשים עם מחלות אלה. מכל מקום, אפילו אם תאומץ גישה מרוכבת, יש להסיר את המדד התפקודי מנייר העמדה המתוקן לנוכח החשש הכבד שהוא מעורר ביחס להפליית אנשים עם מוגבלות ועל רקע חוסר הבהירות שמאפיינת אותו.

בכל הנוגע למדדים חלופיים, ניתן להפנות לפרוטוקולים של מספר מדינות 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, אשר מהווה שיטת ניקוד שנועדה לייצג סיכון לתמותה על-פי מדדים קליניים של תפקוד ריאות, כבד, מוח, כליות, קרישת דם ולחץ דם.²¹³ בספרות המשפטית הובעה הדעה כי השימוש ב-SOFA לא עולה כדי הפרה של החוק הפדרלי לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות בארצות-הברית (ADA).²¹⁴ מדד זה אינו חופף באופן מלא למדד התפקודי או למדד מחלות הרקע; על-פי נייר העמדה המתוקן, מדד SOFA דומה במהותו למדד הכשל המערכתי שאומץ 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.²¹⁵ אולם, ייתכן שראוי לאמץ מבחן זה גם אם הוא פחות "יעיל", ככל שהוא פוגע בזכות לשוויון של אנשים עם מוגבלות במידה פחותה.

ומה באשר לקריטריון סיכויי השרידות בפני עצמו? המתנגדים לקריטריון זה הציעו לבסס את התיעוד על הגרלה או שיטת "כל הקודם זוכה" כשיטות חלופיות כאמור.²¹⁶ לא ידוע לי על פרוטוקול לתיעוד שאימץ כללים שכאלה כקריטריון עיקרי, אם כי מספר מסמכים מאמצים שיטות אלה ככלים להכרעה במקרה שבו קריטריונים אחרים מובילים לשוויון בין חולים.²¹⁷ למעשה, גם נייר העמדה הישראלי קובע כי יש להקצות משאבים בשיטת "כל הקודם זוכה" במקרה של שוויון רפואי מלא.²¹⁸

עבור רבים, כללים של הגרלה וכל הקודם זוכה מנוגדים לאינטואיציה בסיסית בהקשר זה. מבחינה מעשית, לכל אחת מהחלופות הללו יש חסרונות. מבחינה תאורטית, הן מנוגדות במידת מה לרציונל בדבר הצלת כמה שיותר חיים, ועשויות להיתפס כ"השוואה כלפי מטה". גם בהקשר המשפטי,

Cal. Dep't of Pub. Health, *California SARS-CoV-2 Pandemic Crisis Care Guidelines* 27 (June 2020),²¹² <https://perma.cc/9UWM-YZ8L> (להלן: "פרוטוקול קליפורניה").

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

Hensel & Wolf, לעיל ה"ש 7, בעמ' 759.²¹⁴

נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11.²¹⁵

לתמיכה בהקצאת משאבים רפואיים לפי אמת מידה של קדימות בזמן, גם במחיר של הצלת פחות חיים, ראו Ne'eman,²¹⁶ לעיל ה"ש 8. מספר סנאטורים אמריקאים הביעו עמדה דומה בחודש אפריל 2020, תוך דחייה מפורשת של קריטריון סיכויי השרידות (אולם הם הכירו באפשרות למוע משאבים רפואיים ממוטופלים 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>.

כזה הוא למשל מסמך התיעוד שגובש במדינת קליפורניה. ראו פרוטוקול קליפורניה, לעיל ה"ש 212, בעמ' 28.²¹⁷

נייר העמדה המתוקן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 17 (נספח ב').²¹⁸

הגרלה נתפסת בדרך כלל כדבר שלילי. כך למשל, הכרעת סכסוכים משפטיים על-ידי הטלת מטבע תיחשב ככלל כהחלטה החורגת מכללים בסיסיים של הליך תקין.²¹⁹ אולם, במקרים שבהם רשויות מינהליות החליטו להקצות משאבים מוגבלים על דרך של הגרלה, בית המשפט העליון לא ראה בכך דבר פסול בהכרח ודחה טענות בדבר שרירותו של כלי זה.²²⁰ אכן, הודגש בפסיקה כי הגרלה היא פתרון מתאים רק כאשר אין שוני רלוונטי בין המשתתפים.²²¹ 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.²²² מכל מקום, ראוי להזכיר שגם שיטה שמבוססת על הגרלה או קדימות בזמן צפויה להציב בעדיפות נמוכה מקרים שבהם סיכויי השרידות הם אפסיים, בהתאם להוראות חוק החולה הנוטה למות.²²²

בכתיבה עדכנית ניתן למצוא מספר גישות מרוככות יותר להתמודד עם החששות שהועלו במאמר ביחס לקריטריון סיכויי השרידות, באופן שאינו שולל באופן מלא את החשבות בקריטריון זה. חלופה אחת הוצעה על-ידי מספר חוקרים מתחום הכלכלה אשר גיבשו מתווה שמטרתו "שריון" משאבים לקבוצות מסוימות באוכלוסייה (reserve system), תוך שימוש בנוסחה שתמנע הקצאה לא יעילה של משאבים.²²³ החוקרים מצביעים על אנשים עם מוגבלות כדוגמה לקטגוריה חברתית שעשויה להתאים לשריון מהסוג המוצע.²²⁴ לפחות על-פני הדברים, שיטת השריון עשויה להוות בסיס טוב ליצירת מנגנון תיעדוף כיוון שהיא מאזנת בין התכלית של הצלת יותר חיים לבין הכרה בזכותם של אנשים עם מוגבלות לשריון הזדמנויות בנגישות למשאבי טיפול מצילי חיים.

במישור הפרוצדורלי, הוצע לשלב אנשים עם מוגבלות או נציגים מטעמם בוועדות שמבצעות את התיעדוף בפועל בבתי החולים, על-מנת לוודא שהשיקולים שמשקלים נוגעים אך ורק למצבם הרפואי של החולים, על בסיס בדיקה פרטנית של כל חולה וחולה.²²⁵ הצעות נוספות כוללות מניעת אפשרות שלידי הצוותים המתעדפים יגיע מידע על החולים שאינו נוגע למצבם הרפואי (בדגש על מידע שעשוי לחשוף היבטים סטיגמטיים בזהותם של החולים);²²⁶ קיום הדרכות לצוותים המתעדפים בנושא מניעת הפליה מחמת מוגבלות;²²⁷ איסוף, חקר ופרסום נתונים על האופן שבו מגפת הקורונה משפיעה על אנשים עם מוגבלות, כך שקבלת ההחלטות תבצע על בסיס נתונים מהימנים ועדכניים;²²⁸ גיבוש תוכניות לשימוש יעיל של משאבים; חלוקת חולים בין בתי חולים כדי לדחות ככל הניתן את הצורך לתעדף; ומתן סיוע בהליך התיעדוף לבתי חולים שכוח האדם שלהם קטן.²²⁹

ז. סיכום

מאמר זה ניתח את נייר העמדה המתקוקן של הוועדה הציבורית לתיעדוף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה, ועמד על הקשיים המשפטיים שהוא מעורר. ראשית, נטען ששני מדדים שנבחרו לצורך יישומו של קריטריון סיכויי השרידות – המדד התפקודי ומדד מחלות הרקע – מעוררים חשש כבד הפליה אסורה מחמת מוגבלות ויש להסירם מנייר העמדה. בהמשך לכך, נטען שקריטריון סיכויי

²¹⁹ 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).

²²⁰ בג"ץ 5023/91 פורו 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.

²²¹ עניין תבורי, לעיל ה"ש 220, בעמ' 379.

²²² ראו לעיל ה"ש 87 והטקסט הסמוך לה.

²²³ 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>.

²²⁴ שם, בעמ' 12.

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

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

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

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

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

השרידות בפני עצמו 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 וללא מוגבלות?

שאלות אלה, שנדונו במאמר זה, מובילות למסקנה שההחלטה האם יש לאמץ או לזנוח את נייר העמדה המתוקן אינה צריכה להתבסס רק על השאלה האם הוועדה הצליחה לבסס קשר מדעי בין המדדים שנבחרו לבין הערכת הסיכוי להחלים מ-Covid-19. כדי להבטיח הזדמנות שווה לאנשים עם מוגבלות לקבל טיפול מציל חיים נדרשת חשיבה מחודשת ביחס לעקרונות שהתווה נייר העמדה המתוקן. חשיבה זו צריכה להתבסס על שורה של הצעות לחלופות אפשריות למודל שאומץ במסמך, אשר הוצגו בפרק הקודם.

את השורה האחרונה במאמר ראוי להקדיש לקריאה לרשויות הרלוונטיות לעשות כל מאמץ להרחיב את מערך משאבי רפואת החירום – כך שהעיסוק בשאלת התיעדוף יישאר רק ברמה התאורטית.