

## קביעת סדר עדיפויות לטיפול בחולים קשים במהלך משבר הקורונה: היבטים חוקתיים, חוקיים ומעשיים

סלים ג'ובראן וגיל סיגל\*

מגפת הקורונה (COVID-19) שפרצה בשנת 2020 הביאה למשבר שיצר מציאות מורכבת בכל מיזור אפשרי – בריאותי, כלכלי, חברתי, תעסוקתי ועוד, אך אנו נבקש לעסוק בהיבטים המשפטיים של תיעדוף טיפול רפואי בתנאי מחסור קיצוני. בשל אירועים דרמטיים ברחבי העולם שבהם נצפתה או נחזתה קריסה של מערכות הבריאות אל מול גל של מטופלים הנזקקים להנשמה, נוצר ההכרח לבחון בישראל את הגדרים למצב קיצון שבו עולה הצורך לתעדף מכונות הנשמה ולהחליט על הקצאה שתעמוד בקריטריונים רפואיים כמו גם אתיים ומשפטיים, ותזכה גם להסכמה חברתית. לצד העקרונות החוקתיים הכלליים ובהם הזכות לחיים וקדושת החיים, הזכות לבריאות, הזכות לכבוד האדם והזכות לשוויון, מצויים גם ההסדרים המסוימים בחוק ביחס לטיפול בחולים במצבי חירום. אחריותה של המדינה להבטיח את אספקתם ונגישותם של שירותי הבריאות בישראל הוותוהה בשיטתנו המשפטית בדברי חקיקה שונים ובהם חוק זכויות החולה; חוק ביטוח בריאות ממלכתי; פקודת בריאות העם; ובנסיבות המתאימות גם חוק החולה הנוטה למות. לא יהיה חידוש מסעיר בתובנה כי אחד מתפקידיו של המשפטן באירוע של איום דרמטי על בריאות הציבור הוא לאפשר הגנה על בריאות הציבור תוך שמירה על אגד זכויות הפרט ועל נורמות חברתיות ראויות. בעתות מצוקה אנחנו חשופים לסיכונים בשל חוסר יכולת או פניות של כלל המערכות להערכה ולהפנמה

\* סלים ג'ובראן הוא שופט בית המשפט העליון (בדימוס). גיל סיגל הוא פרופסור למשפטים, הפקולטה למשפטים; ראש המרכז למשפט רפואי, ביו-אתיקה ומדיניות בריאות, הקריה האקדמית אונו; פרופסור (אורח) הפקולטה לרפואה, אוניברסיטת תל אביב. המחברים מבקשים להודות לתליה אגמון, יובל אלבשן, יעקב בן שמש, חיים זיכרמן, שי לביא ורויטל שטיינר על הערות לגרסאות מוקדמות של המאמר או של חוות הדעת המשפטית שהוגשה למשרד הבריאות בנושא, ולחברינו ב"ועדה הציבורית לתיעדוף חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה" שהדיונים עימם משתקפים מדין שורות. תודה מיוחדת והערכה רבה לרועי טבק על עבודת מחקר מצוינת בהכנת המאמר לדפוס ולצוות הסוקרים והעורכים של כתב העת מעשי משפט (נופר קרוש, נטלי גלמן, ניצן בן ששון ורומי שוחט) על הערותיהם המועילות.

של המשמעויות המשפטיות הנובעות מהעשייה הרפואית והרגולטורית או המתלוות אליה, הן מצד הצוותים המטפלים והן ממי שמנהל אותם או משמש כרגולטור בתחומם. כלומר – החשש הוא מהתעלמות מהיבטים משפטיים בשל נסיבות החירום; או ההיפך – אימוץ מוגזם של נורמות לכאורה שאינן משקפות את הנורמות הנדרשות או את השינוי בהן לאור נסיבות החירום המיוחדות. האתגר המשפטי אותו לקחנו על עצמנו הוא יצירת מפת דרכים מעשית המיישמת עקרונות חוקתיים והוראות חוק מנחות לצורך החלטות תיעדוף (במקרה זה של מכונות הנשמה) בפרקטיקה של צוותי הרפואה ומי שאחראי לניהולם, תוך הבטחת אמון הציבור בתהליכי קבלת ההחלטות ויישומן בעת משבר.

לאחר פריסת התשתית החוקתית והחוקית, המאמר מציג שני רבדים באותה מפת דרכים: הראשון, הדרישות המשפטיות הפרוצדורליות לתהליך ההקצאה ובהן קביעת זהות הגורמים המעורבים בהחלטה; עירוב/הפרדה בין צוות שמקצה לצוות שמטפל; מניעת ניגודי עניינים; דרישות שקיפות והוגנות – תיעוד השיקולים ומשקלם היחסי. והשני, תהליך מהותי של תיעדוף, תוך התייחסות לקריטריונים רפואיים ולא רפואיים לתהליך התיעדוף. המאמר מבקש להפנות תשומת לב לעובדה שהגם שארגוני רופאים ברחבי העולם פרסמו קווים מנחים לתיעדוף מכונות הנשמה בצל מגפת הקורונה, נודעת חשיבות יתרה להתאמת המתווה הרפואי המוצע לתשתית המשפטית והאתית הקיימת במדינת ישראל, תוך שמירה על העקרונות החוקתיים, החוקיים והאתיים של המדינה – בבחינת משפט רפואי "כחול לבן".

## מבוא

מגפת הקורונה שמקורה בנגיף COVID-19 שינתה סדרי עולם. זו אינה גוזמה או תחזית כי אם הבחנה אמיתית וכנה המורגשת היטב במישורים הבריאותיים, הכלכליים, החברתיים והתעסוקתיים בישראל ובשאר מדינות העולם, כמו גם בניהול המיקרו של חיינו הפרטיים. מתוך כלל הסוגיות המתעוררות בשל הקורונה ובצילה, ההשלכה על מערכות הבריאות גלויה לעין, וגובהה חיי אדם, שוחקת את הצוותים הרפואיים וצורכת משאבי עתק. בשל אירועים דרמטיים ברחבי העולם שבהם נצפתה (בפועל) או נחזתה קריסה של מערכות הבריאות אל מול גל של מטופלים שמצבם מחייב טיפול נמרץ וממושך,<sup>1</sup> נוצר ההכרח גם בישראל לבחון את הגדרים והיישום למצב קיצון שבו עולה הצורך לתעדף טיפול

1 למצבי קריסה של מערכת הבריאות בגרמניה ובברזיל ראו אטילה שומפלבי "נורא עצוב, המצב נורא. בתי החולים בקריסה": המצב העגום בברזיל ובגרמניה" *Ynet* (8.4.2021) <https://bit.ly/2UvIQS4>. בספרד ובארה"ב ראו בהתאמה, Benjamin Herreros, Pablo Gella & Diego Real de Asua, *Triage During the COVID-19 Epidemic in Spain: Better and Worse Ethical Arguments*, 46 J. MED. ETHICS 455 (2020); Robert D. Truog, Christine Mitchell & George Q. Daley, *The Toughest Triage – Allocating Ventilators in a Pandemic*, 382 N. ENGL. J. MED. 1973 (2020).

רפואי בתנאי מחסור. הקריסה שעל אודותיה מדובר מתייחסת לזמינותם של מיטות אשפוז, מכונות הנשמה, צוותי טיפול נמרץ המסוגלים להפעיל את הציוד הנדרש וכן הלאה. בתנאי מחסור ועקה כמתואר אין מנוס מהתמודדות עם הצורך להחליט על דרך ההקצאה של משאבי טיפול שתעמוד בקריטריונים רפואיים כמו גם אתיים ומשפטיים, ושזוכה גם להסכמה חברתית. לבקשת משרד הבריאות הוקמה לשם כך ועדה ציבורית.<sup>2</sup> אחד מתפקידיהם של המשפט והמשפטן באירוע של איום דרמטי על בריאות הציבור הוא לבחון פעולות מוצעות ונדרשות להגנה על בריאות הכלל תוך שמירה על זכויות הפרט ועל נורמות חברתיות ראויות ואיזון ביניהן. מנעד הפעילויות שהמשפטן אמור לבחון בעת מגפה דוגמת הקורונה כולל: התנהגות הציבור (כגון אחריות פלילית או חבות נזיקית של מדביקים ונדבקים); הערכת פעילות הצוותים המטפלים ומי שמנחה אותם (כגון אחריות פלילית ונזיקית בגין החלטותיהם ומעשיהם); ופעילות רשויות המדינה והרגולטורים השונים האמונים על התמודדות עם המגפה (כגון מקור הסמכות המוקנית להם לפעול, בחינת הכלים שנבחרו והמידתיות של השימושים בהם). מתוך הללו, מאמר זה מבקש לשפוך אור על חלק מהסוגיות המשפטיות העיקריות העולות מצורך אפשרי כאמור בתיעודן אמצעים מצילי חיים (דוגמת מכונות הנשמה).

נידרש לשאלות קונספטואליות אך גם לחלק פרקטי-יישומי, המיועד לאנשי המעש, קרי הרגולטור, הצוותים הרפואיים ומנהליהם, ויועציהם המשפטיים. החלק הפרקטי-יישומי חיוני בשל העובדה כי בעתות מצוקה אנחנו חשופים לסיכונים בשל חוסר יכולת או פניות של כלל המערכות להערכה ולהפנמה של המשמעויות המשפטיות הנובעות מהעשייה הרפואית והרגולטורית או המתלוות אליה, הן מצד הצוותים המטפלים והן מצד מי שמנהל אותם או משמש כרגולטור בתחומם. כלומר מחד גיסא החשש הוא מהתעלמות מהיבטים משפטיים בשל נסיבות החירום;<sup>3</sup> אולם מאידך גיסא קיים חשש מאימוץ מוגזם של נורמות-לאאורה שאינן משקפות את הנורמות הנדרשות או לחלופין משינוי מוצדק בהן לאור נסיבות החירום המיוחדות.<sup>4</sup> נוסף על כך, היכולת ליישם נורמות משפטיות אבסטרקטיות במקרה הקונקרטי ובתנאי עקה (שחיקת הצוות, ריבוי

ראו גם Ezekiel J. Emanuel et al., *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, 382 N. ENGL. J. MED. 2049 (2020).

2 ועדה ציבורית זו הוקמה ביום 2 באפריל 2020 לפי מינויו של מנכ"ל משרד הבריאות מיום 1 באפריל 2020, בשיתוף המועצה הלאומית לביוראטיקה, לשכת האתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל ומשרד הבריאות. מדובר בוועדה רב-תחומית המורכבת ממומחים בתחומי הרפואה, האתיקה, המשפט, החברה, ההלכה היהודית, הנצרות והאסלאם. הוועדה מנתה 26 חברים והיא חולקה ל-4 ועדות משנה (רפואית, פילוסופית-אתית-חברתית, משפטית והלכתית-דתית). כתובי המאמר שימשו יו"ר (ג"ס) וחבר (ס"ג) תת-הוועדה המשפטית. ראו משרד המשפטים דו"ח הוועדה הציבורית לתיעודן חולים קשים בתקופת מגפת הקורונה (2020) <https://bit.ly/3hwZVCT> (להלן: דו"ח הוועדה הציבורית).

3 ראו למשל, בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (נבו) 1.3.2021. (בג"ץ פסל את המשך השימוש בכלים של השב"כ לצורך ניטור מגפת הקורונה והתפשטותה).

4 ראו למשל, בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (נבו) 4.4.2021. (בג"ץ קבע כי הגבלת מספר המשתתפים בהפגנות ובקפסולות של עד 20 איש עם מרחק מינימלי

משתנים), לחץ זמן (כמו הצורך לקבל החלטה בטווח של דקות) ומחסור מחייבים מנגנונים יעילים ("רזים"), זמינים ורלוונטיים כדי לאפשר לעוסקים בפועל במלאכה המקצועית סביבת עבודה משפטית ו/או רגולטורית ברורה, ישימה והגיונית. במילים אחרות, האתגר המשפטי הוא ליצור מפת דרכים מעשית המיישמת עקרונות חוקתיים והוראות חוק מנחות לצורך החלטות תיעודף (במקרה זה של מכונות הנשמה) בפרקטיקה של צוותי הרפואה ומי שאחראי לניהולם, תוך הבטחת אמון הציבור בתהליכי קבלת ההחלטות ויישומן בעת משבר.

בכתיבה מעין זו יש צורך חיוני להצביע על נקודות המוצא של הכותבים: ראשית, מהי מקומה של נקודת המבט המשפטית? האם היא מסננת אחרונה, הבוחנת את ההצעות הרפואיות ומכשירה/פוסלת מי מהן? או שמא היא המניחה את העקרונות, ולאור העקרונות המשפטיים של השיטה המשפטית בישראל ייבנה מודל התיעודף על ידי הרופאים העוסקים במלאכה? לתפיסתנו, לאור ריבוי ההסדרים המשפטיים המחייבים בתחומי הבריאות (הנשענים על מטרייה חוקתית רחבה), התשתית המשפטית נועדה להתוות את גבולות הגזרה לצוותים הרפואיים ומנהליהם, שלאורם יש לנהל את התיעודף. אנו ערים לכך כי באווירת הדחיפות שנוצרה, התפיסה האינטואיטיבית תעדיף את הפרופוזיציה הראשונה. ברם, בחלוף החודשים מאז פרוץ המגפה, ועם התייצבות המצב (נכון לכתובת שורות אלו), ניתן לחזור לשולחן השרטוט ולבחור את המודלים לתיעודף לאור העקרונות המשפטיים הנוהגים בישראל. להכרעה זו יכולה להיות נפקות באשר למקור הסמכות של אלו הנדרשים לפעול כמתעדרפים – האם יישענו על הכרעות מכוח מצב חירום או שמא על יסודות חוקתיים וחוקים קיימים, כפי שיידון בהמשך.

כמו כן, ההחלטות הנדרשות בתיעודף בתנאי מחסור מערבות שיקולים רחבים, מערכתיים. בכך הם שונים מאינטראקציה במהלך טיפול אישי, במטופל מסוים. בזה האחרון, הגישה וההחלטה המסוימות יכולות להיות מבוססות על העקרונות והנורמות האישיות של המטופל והמטפל המעורבים (במגבלות החוק). אך בשאלות של בריאות הציבור, במעשי המדינה המבקשת ליצור הסדר בנסיבות של חיים ומוות כפשוטם, ראוי כי תשתית משפטית תישקל כנקודת הפתיחה המחייבת בשאלת התיעודף ברמה הלאומית. ובנימה אישית יותר – רבים מאנשי הרפואה שעיימם נועדו חברי הוועדה אמרו דברים מפורשים בדבר נחיצותם של קווים אתיים-משפטיים מנחים לצורך התוויית פעילותם.<sup>5</sup> שנית, יש לבחון את השאלה האם התיעודף, כמדיניות ציבורית רחבה וכוללת, צריך להיות מוכתב מלמעלה (Top-Down) בצורה של פרוטוקול מחייב (כמו שקיים לדוגמה בהקצאת איברים להשתלה)<sup>6</sup> או שמא החלטות על הקצאת משאבי מכונות הנשמה

של 20 מטרים בין הקפסולות היא מידתית, והפגיעה המסוימת בזכות לחופש הביטוי ראויה לעת חירום בריאותית).

5 ובציטוט חופשי: "גם אני צריך ללכת לישון עם מצפון נקי".

6 הקצאת איברים בישראל מבוצעת על פי פרוטוקול ממוחשב ומחייב הכולל קריטריונים שנקבעו על ידי המרכז הלאומי להשתלות. קריטריונים אלו קבועים ומשמשים לצורך דירוג הערכת הצורך

תיוורתנה כהחלטה מקומית של בתי חולים, ובתוך בית החולים כהחלטה של הצוות המסוים ("מחלקה פנימית ג'") בחולה המסוים וחלק מהאוטונומיה המקצועית של המטפלים?<sup>7</sup> בחירה במנגנון של החלטה מקומית משמעותה רבת-פנים: מחד גיסא היא מאפשרת גמישות לצוות המטפל כיוון שאין נמצא פרוטוקול שיכיל את הססגוניות של החיים והמצבים שיזדמנו לצוות; החלטה מקומית, המתקבלת על ידי הצוות בזמן אמת, על סמך המאפיינים המקומיים, על בסיס ה-"DNA" של המוסד/מחלקה המטפל (כמו ההבדל המצופה בין מחלקה בבית הרפואה מעייני הישועה לבין מחלקה בבית החולים איכילוב בשל שונות על רקע תרבותי, דתי או סוציו-אקונומי) עשויה ליצור שונות אפשרית בתוצאה הסופית במקרה של שני חולים זהים לכאורה המטופלים בידי שני צוותים שונים; ומאידך גיסא החלטה מקומית בעצם התנהלותה תאופיין בחוסר שקיפות מספק לתהליך, לשיקולים שעמדו מאחורי ההחלטה הסופית, ועקב כך חוסר יכולת להקיש וללמוד ממקרה מסוים למקרים מקבילים או הגברת הסיכון בסדיקת האמון בהצדקה או בטוהר ההחלטות. כאן המקום להזכיר כי הותרת תיעודן מכוננת הנשמה לא יהווה תקדים ראשוני להחלטות שבאחריתן חיים או מוות, שכן כך לדוגמה מתקבלות ומתנהלות החלטות של הימנעות מהחייה (DNR = Do Not Resuscitate); או בהכרעות יום-יומיות של מחלקות המטפלות בחולים סופניים, כגון השיקולים ודרך מתן מורפיום עם ההשפעה הכפולה (Double Effect).<sup>8</sup> וכנכתב במאמר בכתב העת הרפואי המוכר *New England Journal of Medicine*: "Nevertheless, even under the direst circumstances, rationing is often better tolerated when done silently".<sup>9</sup>

- 7 הרפואי, ומניעת השפעות חיצוניות שעלולות לפגוע בשוויון הקצאת איברים מצילי חיים. לסקירת תהליך ההקצאה של איברים שונים (כגון לב, ריאה, כליות וכבד) ראו "מדיניות הקצאת איברים מתורמים נפטרים" אתר ארי – המרכז הלאומי להשתלות <https://bit.ly/3qZ2mBu>.
- 8 ברוח זו התבטאו בכירים במשרד הבריאות בתגובה לרו"ח הוועדה הציבורית, באומרים כי תיעודן משאבים מוגבלים הוא לחם חוקם של רופאים ומנהלים במערכת הבריאות. רו"ח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 2.
- 9 החלטות שעניינן הימנעות מהחייה מתקבלות במהלך טיפול במטופלים סופניים, אם מתרחש תהליך טבעי של הפסקת נשימה או דום לב, הצוותים הרפואיים מונחים שלא לבצע פעולות החייה ולאפשר לתהליך הטבעי להתרחש. בטיפול בחולים סופניים הסיבולים מכאב בלתי-נסבל, אחת הדרכים להקל על כאביהם היא במתן מורפיום, אשר תופעת לוואי שלו היא ריכוז נשימה שעלול להביא להפסקת נשימה ולמוות. על החלטות "בסוף החיים" ראו למשל, ענת אסייג "בחניתו של האיסור על הפסקת טיפול רפואי רציף בחוק החולה הנוטה למות" *משפט רפואי וביור-אתיקה* 1, 160 (2008); Einav; Sharon et al, *Intensive Care Physicians' Attitudes Concerning Distribution of Intensive Care Resources*, 30 *INTENSIVE CARE MED.* 1140, 1140-1143 (2004).
- 9 "עם זאת, ואפילו תחת הנסיבות הקשות ביותר, תיעודן לעיתים קרובות נסבל יותר כשהוא מתבצע בצנעה". Lisa Rosenbaum, *Facing Covid-19 in Italy – Ethics, Logistics, and Therapeutics*. *on the Epidemic's Front Line*, 382 *N. ENGL. J. MED.* 1873, 1873-1875 (2020).

לעומת זאת, להחלטה כללית על פרוטוקול חוקי/רגולטורי יש תוקף מחייב; ההחלטה חותרת לאחידות ומאפשרת בקרה ופיקוח. עצם הכנת פרוטוקול מחייב אמורה ליצור הזדמנות לדיון ציבורי, אתיקה דליברטיבית, שתשפיע על תוכן ההחלטה ועיצוב ההסדר. יודגש כי לפיקוח ולבקרה תפקיד חיוני בהגברת האמון של האזרחים בתפקוד בפועל של מערכת הבריאות בתנאי דחק. הוועדה הציבורית לקביעת מוות מוחי (על פי חוק המוות מוחי-נשימתי התשס"ח-2008)<sup>10</sup> היא דוגמה למכשיר בונה אמון כלפי הציבור, המונע מצב שבמחיי יד (דוגמת פרסום על אודות קביעת מוות לא מוצדקת, חפוזה או שלא על פי הנהלים) יתערער ביטחונו של הציבור באמינות ובטוהר תהליכי קבלת ההחלטות בתחומים כה רגישים.<sup>11</sup> מנגד, החלטה על אימוץ פרוטוקולים מחייבים מגבילה התאמות אישיות ו"גמישות" הנדרשות בחיי היום-יום ובהחלטות בזמן אמת. יש להודות כי פרוטוקולים מחייבים במהלך טיפול רפואי אינם חזון נפרץ. ברם, בסיטואציות של סוף החיים, ההסדרים בחוק זכויות החולה<sup>12</sup> ובחוק החולה הנוטה למות<sup>13</sup> אכן פרסו הסדר משפטי שיש בו חלקים אופרטיביים רבים. עמדתנו לכן היא כי יש לשרטט את התשתית המשפטית ההכרחית והנדרשת לעיצוב מראש של תהליכי תיעודף ובראייה רחבה, ציבורית וממלכתית, תוך הותרת שולי הכרעה נדרשים לצוות הרפואי. נצביע על כך כי הטלת אחריות משפטית בגין החלטות תיעודף וקביעת אחריות הן נושא למאמר נפרד, ברם היצמדות לפרוטוקולים מחייבים אמורה ליתן הגנה משפטית לכאורית, וסטייה מהם עשויה ליצור אחריות. המאמר מבקש להפנות תשומת לב לעובדה שהגם שארגוני רופאים ברחבי העולם פרסמו קווים מנחים לתיעודף מכוונת הנשמה בצל מגפת הקורונה, נודעת חשיבות יתרה להתאמת המתווה הרפואי המוצע לתשתית המשפטית והאתית הקיימת במדינת ישראל, תוך שמירה על העקרונות החוקתיים, החוקיים והאתיים של המדינה – בבחינת משפט רפואי "כחול לבן".<sup>14</sup> ייתכן שיש לשקול חקיקה ראשית בנושא, כפי שיתואר להלן.

10 ס' 5-6 לחוק מוות מוחי-נשימתי, התשס"ח-2008, ס"ח 406 (להלן: חוק מוות מוחי-נשימתי). הליך קביעת מוות מוחי מתבסס על אבחנה קלינית ובדיקה מכשירנית, בכל בית חולים מורשה בישראל ובהתאם לחוק מוות מוחי-נשימתי והנחיות המעוגנות בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 10/96 "קביעת מוות מוחי" (30.4.1996). משרד הבריאות מפקח על תהליכי קביעת מוות מוחי-נשימתי בבתי החולים באמצעות ועדה ציבורית מיוחדת, הוועדה בודקת את תקינות ההליכים באמצעות רופאים שהוסמכו לכך לפי החוק והנהלים ועוקבת אחר ביצוע ההוראות ויישומן בבתי החולים. "מוות מוחי נשימתי – ועדה לקביעת מוות מוחי נשימתי" אתר משרד הבריאות <https://bit.ly/3xzoAwk>.

11 כך התרחש בכמה מדינות. ראו למשל באנגליה: The Royal Liverpool Children's Inquiry: Summary and Recommendations (2001) <https://bit.ly/36sgx8y>.

12 ס' 13-15 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327 (להלן: חוק זכויות החולה).

13 ס' 30-36 לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, ס"ח 58 (להלן: חוק החולה הנוטה למות).

14 לסקירת התשתית המשפטית והאתית בישראל ראו גיל סיגל "ביו-אתיקה כחול לבן – ביו-אתיקה ומשפט רפואי בישראל" ביו-אתיקה כחול לבן 15 (גיל סיגל עורך, 2015). לסקירת המצב בחו"ל, ראו ה"ש 1 לעיל.

מבנה המאמר יהיה כלהלן: שני הפרקים הראשונים סוקרים בקצירת האומר את הרקע החוקתי (פרק א) והחוקי (פרק ב) כבסיס ותשתית לכל דיון בתיעדוף בהקצאת טיפול מציל חיים בישראל. אנו מבקשים להגביל את הדיון שלנו למקרה הקונקרטי של תיעדוף מכונות הנשמה, הגם שכאמור דיוננו מיועד לשמש בסיס לכל דיון בהקצאת משאבים מוגבלים. פרק ג דן בקביעת סדרי עדיפויות בטיפול על פי עקרון המידתיות כעקרון מסגרת משפטי. פרק ד והמסיים פונה לחלקים היישומיים (ובוחר בקיצור לצורך יישום), ובהם הדרישות המשפטיות הפרוצדורליות לתהליך ההקצאה, והמתייחסים לקביעת זהות הגורמים המעורבים בהחלטה; עירוב/הפרדה בין צוות שמקצה לצוות שמטפל; מניעת ניגודי עניינים; דרישות שקיפות והוגנות – תיעוד השיקולים ומשקלם היחסי. בפרק זה אף נבחן את התהליך המהותי של תיעדוף, תוך התייחסות ללגיטימיות של קריטריונים רפואיים (כגון מחלות רקע המשפיעות על סיכויי שרידות, סיכויי שרידות סטטיסטיים לעומת התפתחות המחלה באופן מעשי בחולה המסוים) וקריטריונים לבר-רפואיים לתיעדוף: העדפת צוות רפואי; מעמדם של אלו שאינם אזרחים (מסתננים/מבקשי עבודה/שוהים בלתי-חוקיים; תיירים; תושבי הרשות הפלסטינית), מניעת הפליה אסורה או הטיות (Biases), ובהן גיל ומוגבלויות. כמו כן, נתייחס בקצרה לטיפול עקר (בהינתן העובדה הרפואית שבאוכלוסיית חולים מסוימת רק אחד מכל חמישה מונשמים שורד), או להעברת מכונה ממוטפל מונשם לכזה שממתין.

### א. הממד החוקתי: קביעת סדר עדיפויות לטיפול חיוני בחולים

קביעת סדר עדיפויות למתן טיפול מציל חיים, דוגמת חיבור חולה למכונת הנשמה מלאכותית, לנוכח משאבים מוגבלים כגון מחסור במכונות הנשמה מעלה כמה שיקולים חוקתיים ובהם: (1) הזכות לכבוד; (2) הזכות לחיים; (3) הזכות לכריאות; (4) הזכות לשוויון. חשוב להדגיש כי מובן הוא שלא כל הזכויות החוקתיות שוות-מעמד; ומשקלן היחסי שונה, בהינתן מערכת עובדתית שונה. המשקל של כל זכות ייקבע ביחס למערכת העובדתית הנדונה, ולא בקביעה א-פריורית כי זכות חוקתית אחת, למשל הזכות לחיים, גוברת על רעותה. בשיטתנו החוקתית הפתרון להתנגשות בין זכויות חוקתיות הוא ברמה הת-חוקתית במסגרת האיזונים בעקרון המידתיות ובשאלה עד כמה מוענקת הגנה לזכות חוקתית מסוימת במקרה נתון.<sup>15</sup>

בפרק זה נבקש לסקור בקיצור נמרץ את העקרונות הללו ואת משמעותם המיוחדת בבואנו לדון בתיעדוף בין מטופלים, וכדי להכין את הקרקע לדיון ברובד הבא, הממד החוקי.



## 1. הזכות לכבוד

הזכות לכבוד האדם היא בסיס מרכזי במשפט החוקתי הישראלי. היא מעוגנת בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו<sup>16</sup> ומהווה "זכות אם" למרבית הזכויות החוקתיות בישראל.<sup>17</sup> הפסיקה קבעה כי הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד האנושי. הנשיא ברק ציין כי:

ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו וכוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו.<sup>18</sup>

כלומר, כבוד האדם משמיע לנו חובה משפטית ומוסרית לראות בכל אדם בן אנוש עם זכויות מלאות ללא קשר לנסיבותיו או לתועלת שצומחת ממנו לחברה. מובן הוא שהזכות בדבר כבוד האדם והאוטונומיה של הרצון החופשי יכולה לעמוד בהתנגשות עם הזכות לחיים, מקום שבו נכפה על אדם טיפול מציל חיים שאין הוא רוצה בו. גם בהקשר זה האיזון בין הזכויות ובין הערכים יהיה ברמה התת-חוקתית במישור החקיקה והנהלים, כגון חוק החולה הנוטה למות, שיפורט בהמשך.

## 2. הזכות לחיים

הזכות לחיים ושלמות הגוף היא זכות יסוד במשפט החוקתי הישראלי,<sup>19</sup> ונתונה לכל אדם בישראל. מעמדה החוקתי של זכות זו מעוגן בפסקת עקרונות היסוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת כי: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין [...]".<sup>20</sup> זכות זו זכתה להכרה מפורשת גם בסעיף 2 לחוק היסוד, המורה, כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".<sup>21</sup> סעיף 4 לחוק מורה, כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".<sup>22</sup> זכות זו נתונה אפוא לכל אדם באשר הוא אדם, וכוללת בתוכה הן את הזכות השלילית

16 ס' 2-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

17 ראו אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" מבחר כתבים כרך ג 547 (2017) (להלן: ברק "הזכות החוקתית"); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271 (התשנ"ג-התשנ"ד); חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט ספר היובל 9 (א' גבריאלי ומ' דויטש עורכים, 1994).

18 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 35 לפסק הדין של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון).

19 ברק "הזכות החוקתית", לעיל ה"ש 17.

20 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

21 שם, בס' 2.

22 שם, בס' 4.



של איסור פגיעה בחיים והן את החובה הפוזיטיבית-אקטיבית לעשות למען חיי האדם, גופו וכבודו.<sup>23</sup> אגד זכויות זה הוא כמובן מאבני היסוד של שיטת המשפט הישראלית, שיונקת את ערכיה גם מערכי היסוד של היהדות אשר מעמידה את ערך קדושת חיי האדם כערך עליון ומנחה, כך תיאר זאת השופט ריבלין בעניין המר:

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 1 את "עקרונות היסוד" לפיהם זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם ובקדושת חייו. ההכרה בערכים אלה מושתתת הן על ערכי מוסר אוניברסאליים, הן על ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית, המקדשת את ערך החיים. אדם בצלם אלוהים נולד. משנולד – יש להגן על כבודו ועל קדושת חייו.<sup>24</sup>

קביעה זו עומדת גם בנסיבות שבהן המטופל/החולה עלול להתנגד לכך, כפי שנקבע בבג"ץ בנושא הצלת חייהם של שוכתי רעב בישראל.<sup>25</sup>

### 3. הזכות לבריאות

הזכות לבריאות היא זכות אדם בסיסית, חלק מאגד הזכויות החוקתיות החברתיות.<sup>26</sup> היא מוכרת גם במשפט הבינלאומי כזכות בסיסית אשר למדינה יש חובה לספק ברמה כזו או אחרת לתושביה. היקפה של הזכות, ומידת מימושה בפועל תלויים ביכולתה התקציבית והכלכלית של כל מדינה. סעיף 25(1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (אשר אומצה באו"ם בשנת 1948) הצהיר באופן כללי על הזכות לבריאות, ובנוסף, סעיף 12(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991 קובע: "מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל אדם ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה".<sup>27</sup> הזכות לבריאות חובקת בתוכה מגוון זכויות בעלות אופי שונה, תוכן שונה, והגנה משפטית שונה, ואולם אין חולק כי היא כוללת גם את הזכות של כל אדם לקבל טיפול רפואי במצב חירום, ואת הזכות לקבל שירותי בריאות בסיסיים.<sup>28</sup>

מעמדה החוקתי של הזכות לבריאות טרם לובן בפסיקה עד תומו. לעניינינו נסתפק בקביעה המהדהדת של השופט ברק כי "אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי

23 ראו ה"ש 17 לעיל.

24 ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פס' 26 לפסק הדין של המשנה לנשיא ריבלין (נבו 28.5.2012).

25 בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל (נבו 11.9.2016) (להלן: בג"ץ שוכתי הרעב). ראו גם גיל סיגל ואח' "הזנה בכפיה של אסירים שוכתי רעב – פגיעה אסורה באוטונומיה או הצלת חיים הכרחית?" הרפואה 157, 38-41 (2018).

26 ראו רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); יוסף מ' אזרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון כרך שני: בני סברה 45, 110-112 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

27 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

28 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד (1) 782, פסקה 37 לפסק הדין של הנשיאה ביניש; פסקה 4 לפסק הדין של השופט ארבל; פסקה 2 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (2012).

הוא אדם שכבודו כאדם נפגע".<sup>29</sup> לכן, ניתן לומר כי טיפול רפואי בעת מגפה וקבלת שירותי בריאות חיוניים ברמה הבסיסית ביותר הנדרשים להגנת החיים והבריאות, הם נגזרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם, באשר הוא אדם, ושל הזכות החוקתית לחיים ולשלמות הגוף המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו עומדת לכל אדם בישראל באשר הוא.<sup>30</sup> היקפה של הזכות בתנאי חירום כמו בעת מגפה טרם התבררו אף הם, ברם לאור העובדה שמדובר בפעולות שנועדו להגן על החיים עצמם, קרי בסיס הזכות, אנו בדעה כי היישום יחול באופן שווה על כל הנמצא בישראל (כפי שיצוין להלן ובמגבלות המתאימות).<sup>31</sup>

#### 4. הזכות לשוויון

מאז קום המדינה חזר בית המשפט העליון וקבע כי השוויון הוא "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".<sup>32</sup> השוויון בין בני החברה הוא מרכיב מרכזי של המשפט המקובל הישראלי. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם, ואין תחושה קשה יותר לאדם מאשר תחושת ההפליה הבלתי-מוצדקת. בית המשפט קבע כי השוויון "מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה [...]. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזכותו העצמית של האדם".<sup>33</sup> לעקרון השוויון פנים רבות, אשר המשותף להן הוא "האיסור על הבחנה בלתי עניינית בין שווים – היא ההפליה".<sup>34</sup> מכאן שעקרון השוויון אינו מחייב זהות בטיפול בכל אדם ואדם, אלא מתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. אכן, "הפליה משמעותה יחס שונה אל שווים ויחס שווה אל שונים [...]. לעתים לשם השגת השוויון נדרש לפעול מתוך שונות. לא כל טיפול שונה הוא טיפול מפלה. עקרון השוויון מבוסס אפוא על תפיסת הרלוונטיות".<sup>35</sup> היטיב להביע זאת הנשיא אגרנט, בצינינו:

המושג "שוויון", בהקשר זה, פירושו איפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא הדרוש, לענין המטרה הנדונה, "טיפול שווה" (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניוון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב

29 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 374-375 (2001).

30 בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, פס' 59 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו 22.6.2014).

31 ראו להלן הדין בחלק ד 3 והכתוב ליד ה"ש 111.

32 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 698, 693 (1969); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 110 (1995).

33 בג"ץ 953/87 פורו נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988).

34 בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית, פס' 103 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 19.7.2017).

35 בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 358, 365 (2004).

של אי־שוויון רלוונטי (relevant inequality), כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניוון מהיותם נתונים במצב של אי־שוויון, שאיננו רלוונטי למטרות הטיפול.<sup>36</sup>

משנחקק חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכרה הזכות לשוויון כחלק מזכותו של האדם לכבוד על פי מודל הביניים של הנשיא ברק.<sup>37</sup> הזכות לשוויון, כאמור, הייתה מוכרת מאז ומתמיד במשפט הישראלי, והיא מעוגנת בשורה ארוכה של פסיקות וחוקים האוסרים על הפליה כגון בשוק העבודה ומתן שירותים ציבוריים. ואולם, משהוכרה הזכות החוקתית לשוויון השתנו מעמדה הנורמטיבי והשפעתה הנורמטיבית על הדין הת־חוקתי. כעת הסדר ברמה תת־חוקתית, כגון חוק או נוהל, הפוגע בזכות החוקתית לשוויון דינו פסלות, אלא אם כן הוא יעמוד בתנאי פסקת ההגבלה הקבועים בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקת ההגבלה מבוססת על שני מרכיבים עיקריים – תכלית ראויה ומידתיות האמצעים, כפי שיפורט בהמשך. כלומר, פגיעה חוקתית בזכות לשוויון מחייבת הצדקה חוקתית הבאה לידי ביטוי בתכלית ראויה במידתיות. מכאן שמעמדה הנורמטיבי של הזכות לשוויון כזכות חוקתית על־חוקית משליך באופן ישיר על עיצוב ההסדרים הנוגעים להקצאת מכוונת הנשמה, וזאת לצד ההסדרים החוקיים הקיימים האוסרים הפליה. על חשיבותה הרבה של הזכות לשוויון ותוכנה אמר השופט ג'ובראן:

הזכות לשוויון, כידוע, נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד הקבועה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] על־פי גישה זו, השוויון מוסבר באמצעות מושג הרלבנטיות, ולא מאפשר להבחין בין אנשים מטעמים לא ענייניים [...] כאשר נערכת הבחנה מטעמים שאינם רלבנטיים הרי זו הפליה. נהוג להבחין בין שני סוגים של הפליה. הפליה מסוג אחד עלולה להתקיים כאשר הבחנה האסורה לוקה בחוסר רלבנטיות בהיותה שרירותית ובכך טועה להבחין כראוי בין פרטים. ההפליה מסוג נוסף יכולה להיעשות על בסיס קטגוריות זהות מוגדרות כגון לאום, גזע, או שיוך עדתי. הפליה זו מכונה בפסיקה "הפליה גנרית", והיא נתפסת כהפליה קשה שעולה כדי פגיעה בכבוד האדם.<sup>38</sup>

כך לדוגמה, עקרון השוויון אוסר בפירוש על הפליה מחמת גיל, הפליה שנאסרה בהקשרים מסוימים בישראל כבר בסוף שנות החמישים;<sup>39</sup> בשנים האחרונות הולכת וגוברת המודעות הציבורית והמשפטית לאיסור על הפליה מחמת גיל.<sup>40</sup> בשל העובדה שהאוכלוסייה הבוגרת נמצאת בעין הסערה של הסיכון להתדרדרות נשימתית ולמוות מקורונה בשל סיבוכיה, הרי שנדרש בידול בין הבחנה מותרת להפליה אסורה, ואנו נעסוק בכך בהמשך. המקרה השכיח של הפליה מחמת גיל הוא הפליה לרעה של "מבוגרים" או "זקנים", המכונה

36 ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה (1) 7, 35 (1971).

37 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 685-688.

38 בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פס' 13-14 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (נבו 17.9.2014).

39 ס' 42(א) לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959, ס"ח 32.

40 בג"ץ 10076/02 רוזנבאום נ' נציב שירות בתי הסוהר, פ"ד סא (3) 857, 872 (2006) (להלן: עניין רוזנבאום). מדיניות גיל הפרישה הנהוגה בשב"ס ובמשרה מפלה ואינה כדין.

"גילנות" (Ageism)<sup>41</sup>. הפליה מחמת גיל מבטאת [...] סטריאוטיפים באשר למגבלות הגוף והרוח של האדם המבוגר, בלא שלדברים יהיה לרוב בסיס רציונאלי או ענייני<sup>42</sup>. בית הדין האזורי לעבודה עמד על כך בציינו כי:

הגם שהחוק (חוק שוויון הזדמנויות בעבודה – ס"ג, ג"ג, ס"ס) מנוסח באופן ניטרלי, במרבית המקרים מכוונת ההפליה מחמת גיל כלפי מי שהחברה מתייחסת אליו כאל "מבוגר" או "זקן", ויש בה כדי לשקף בעיה חברתית רחבת היקף של התייחסות לאנשים בגיל מתקדם כ"קבוצה חברתית המתויגת כבעלת מאפייני חולשה ואי יכולת אך ורק בשל גילה הכרונוולוגי"<sup>43</sup>.

הביטוי המעשי לכך קובע בחוק זכויות החולה, כפי שיבואר להלן, אשר קובע סייג להגנה מטענת הפליה, ככל שזו נדרשת משיקולים רפואיים<sup>44</sup>.

### ב. הממד החוקי: קביעת סדר עדיפויות לטיפול חיוני בחולים

לצידם של העקרונות החוקתיים (הזכות לחיים וקדושת החיים, הזכות לכריאות, הזכות לכבוד האדם והזכות לשוויון) מצויים בחוק הסדרים ביחס לטיפול בחולים במצבי חירום. היקף אחריותה של המדינה להבטיח את אספקתם ונגישותם של שירותי הבריאות בישראל, הותווה בשיטתנו המשפטית בדברי חקיקה שונים, העיקריים שבהם: (1) חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; (2) חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (3) פקודת בריאות העם; ושמא, בנסיבות המתאימות גם (4) חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005.<sup>45</sup> עם זאת, ההסדרים החוקיים הללו ואחרים עשויים להיות מותאמים בדרך של פרשנות משפטית או יישום בפועל, לאגד הזכויות החוקתיות שהוזכרו בפרק הקודם. בקונטקסט של מגפה ותחרות על משאבים מוגבלים, זיהוי זכות הוא רק שלב ראשון בהכרעה, כיוון שאל מולה עלולה לצמוח זכות לזולת או למדינה בקבלת החלטות של תיעודף, הקצאה או אף הימנעות ממתן גישה למשאב או הפסקת אספקתו.

#### 1. חוק זכויות החולה

ההסדר החוקי המשמעותי ביותר ביחס לעקרונות הטיפול בחולים בישראל הוא חוק זכויות החולה שמטרתו "לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל

41 בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת (נבו 2016.4.21) (איסור הפליה מחמת גיל וחוקתיות גיל הפרישה הקבוע בחוק). לסקירה נרחבת של התופעה, ראו גם ישראל דורון משפט, צדק וזיקנה (מהדורה שנייה מורחבת ומתוקנת 2010).

42 עניין רונבאום, לעיל ה"ש 40, בעמ' 871.

43 עע"א (ארצ"י) 10-209 וינברגר נ' אוניברסיטת בר אילן, פס' 25 (נבו 2012.12.6).

44 כך למשל עשויה להידחות בקשת טיפול פוריות לנשים מעל גיל 45 בשל העובדה שסיכויי הצלחת הטיפול נמוכים עד לא קיימים. ראו "הפריה חוץ גופית" אתר משרד הבריאות <https://bit.ly/3k70t44>.

45 חוק זכויות החולה, לעיל ה"ש 12; חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156; פקודת בריאות העם, 1940, ע"ר תוס' 1, 191; חוק החולה הנוטה למות, לעיל ה"ש 13.

טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו.<sup>46</sup> סעיף 3(א) לחוק קובע בזו הלשון: "כל הנזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים מעת לעת במערכת הבריאות בישראל".<sup>47</sup> הסעיף קובע<sup>48</sup> אפוא במפורש כי היקפה של הזכות לטיפול רפואי בישראל נגזר, בין היתר, מהוראות הדין החלות על העניין, מכאן שהזכות מסויגת בהוראות ובהסדרים הקיימים מעת לעת (הסדרים והוראות הכפופים כמובן לממד החוקתי).<sup>49</sup> יוער כי סעיף 5 לחוק זכויות החולה,<sup>50</sup> שכותרתו "טיפול רפואי נאות", משלים את הוראת סעיף 3(א) בקובעו כי: "מטופל זכאי לטיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי האנוש".<sup>51</sup> לענייננו, תחת איום המגפה, סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה<sup>52</sup> קובע כדלקמן: "במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה". לכך יש להוסיף את הוראת סעיף 11(א)<sup>53</sup> הקובעת כי: "בנסיבות שיש בהן לכאורה מצב חירום רפואי או סכנה חמורה, והתבקש מטפל או מוסד רפואי לתת טיפול רפואי לאדם, יבדוק אותו המטפל ויטפל בו ככל יכולתו".<sup>54</sup> על נקודה זו נעמוד ונרחיב בהמשך הדברים בדיון המעשי בהקצאת משאבים רפואיים חסרים ותיעדופם.

החוק בסעיף 54 מעגן גם את עקרון השוויון והיעדר ההפליה בטיפול רפואי: "מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא,

46 ס' 1 לחוק זכויות החולה. ראו אמנון כרמי בריאות ומשפט כרך א 837-840 (מהדורה שנייה, מוחמד ס' ותר עורך, 2013); אברהם סהר "הסכמה מדעת – תהיות והרהורים" רפואה ומשפט 33, 48 (2005); אביעד הכהן "משפט ורפואה ב'מדינה יהודית ודקמורטית': בין אנטומיה של חוק לפתולוגיה של יחסי דת ומדינה" שערי משפט 2(ב) 189 (התשס"א).

47 ס' 3(א) לחוק זכויות החולה. על הזכות לטיפול בישראל ראו דוד א' פרנקל "הזכות לשירותי בריאות: יישומה בישראל" משפט ועסקים 1 249 (2007) (להלן: פרנקל "הזכות לשירותי בריאות"); עפרה גולן "קריטריונים אתיים לתעדוף שירותי בריאות" משפט רפואי וביור-אתיקה 1 22 (2008) (להלן: גולן "קריטריונים אתיים לתעדוף שירותי בריאות").

48 ס' 3(א) לחוק זכויות החולה.

49 להיקפה של הזכות לטיפול בישראל בראי הממד החוקתי ראו יניב רוזנאי והלל סומר "אם כל הזכויות: הזכות החוקתית לחיים" משפט ועסקים יט 537 (2016).

50 ס' 5 לחוק זכויות החולה.

51 ראו יוסי גרין "חובת אמון של הרופא: בין המערכת האזרחית לצבאית" חובות אמון בדין הישראלי 321 (רות פלאטו-שנער והיושע שגב עורכים, 2016); מוטי מרק וגיל סיגל "הזכויות לשירותי בריאות הנפש ומדיניות הפעלתם בישראל: בין רפואה, משפט וחברה" משפט רפואי וביור-אתיקה 2, 22 (2009); סילביאן קולומבו וראובן (רובי) ציגלר "הכרה בזכות חוקית 'פוזיטיבית' לקבלת טיפול פליאטיבי – צו השעה" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 277 (שי לביא עורך, 2003).

52 ס' 3(ב) לחוק זכויות החולה.

53 שם, בס' 11(א).

54 ראו נילי קרקו אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 465 (2008) (ההרגשה הוספה).

55 ס' 4 לחוק זכויות החולה.

נטיה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה".<sup>56</sup> ואולם החוק מתיר להביא שיקולי גיל כהבחנה מותרת רק כאשר היא חלק משיקול רפואי: "אין רואים הפליה מטעמי גיל לפי סעיף זה כאשר ההבחנה נדרשת משיקולים רפואיים" (סעיף 4(ב)), ולדבר משמעות ניכרת בענייננו, שכן המגפה פגעה באופן קשה ביותר באוכלוסיית הגיל המבוגר, והעמידה באחת את הצורך לתעדף בין מטופלים על סמך קריטריון כה בעייתי כגיל המטופל.<sup>57</sup> סעיף 13 לחוק עוסק בהסכמה לטיפול רפואי, הקובע כי לא יינתן טיפול לאדם שלא בהסכמתו המפורשת, אם בעל פה, אם בכתב ואם בהתנהגות.<sup>58</sup> דוקטרינת ההסכמה מדעת היא ביטוי להכרה באוטונומיה של האדם על גופו, ומעבר מ"טובתו הגופנית" ל"טיפול על פי רצונות של המטופל" (הגם שבחירתו עלולה להיות מנוגדת לתפיסה הרפואית של "טובתו הפיזית").<sup>59</sup> מבחינה זו, הסכמה לטיפול כוללת בתוכה גם הזכות לסרב לטיפול, אבל גם את הזכות לסרב להפסקת טיפול במגבלות חוק זכויות החולה.<sup>60</sup> במקרה של צורך בתיעוד, כולל במצב שבו נדרשת בחירה בין מטופלים, או בהסטת משאב מוגבל ממטופלת אחת לרעותה, יש להבטיח ככל שניתן את קבלת ההסכמה של המטופלת או לכל הפחות יש ליידע אותה או את בני משפחתה, אם יש עימות בין רצון המטופלת ליכולת המערכת לעמוד בבקשתה של המטופלת.

כאשר להיבט החוקתי שנזכר לעיל, חוק זכויות החולה קובע גם את החובה לשמור על כבודו של החולה.<sup>61</sup> כידוע, אין מדובר ב"זכות למות בכבוד"<sup>62</sup> כי אם בזכות לטיפול

56 לעקרון השוויון וההגנה על זכויות ראו אייל גרוס "הפרדוקס של חוקה בהסכמה: בחינה דרך סוגיית השוויון, הנטייה המינית והזכויות החברתיות" הפרקליט מט 333 (2007). לעקרון השוויון בבריאות ראו שפרה שורץ, עפרה גולן וג'ורא קפלן "שווים ושווים יותר – היבטים ראשוניים בהתפתחות מושג השוויון בבריאות בישוב היהודי בארץ ישראל" רפואה ומשפט 44, 10 (2011).

57 ס' 4(ב) לחוק זכויות החולה. להפליה כלפי קבוצות מטופלים אחרות ראו מרדכי מרק "מבט מבעד לעדשה של תורת המשפט הטיפולי על אשפוז פסיכיאטרי בכפייה בישראל" קריית המשפט ט 83 (2011); אייל גרוס "הטרונורמטיביות כבעיה בריאותית: על הזכות לבריאות של להט"ב" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 611 (עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים, 2016).

58 ס' 13-14 לחוק זכויות החולה.

59 לדוקטרינת ההסכמה מדעת במשפט הישראלי ראו עמוס שפירא "הסכמה מדעת לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט יד(2) 272-225 (1989); נילי קרקו אייל "דוקטרינת 'הסכמה מדעת' – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181 (2007). לדוקטרינת ההסכמה מדעת בעידן הדיגיטלי ראו Gil Siegal, Richard J. Boonie & Paul S. Appelbaum, *Personalized Disclosure by Information-on-Demand: Attending to Patients Needs in the Informed Consent Process*, 40(2) J.L. MED. & ETHICS 359 (2012).

60 ראו מאיה פלד-רז "אחר כך תודה לנו: טיפול כפוי בפרט כשיר, המסרב מדעת" הפרקליט נג 61 (2014); גיל סיגל, שמעון גליק, עירית עופר-שטרק ואברהם שטיינברג "הזנה בכפייה של אסירים שובתי רעב – פגיעה אסורה באוטונומיה או הצלת חיים הכרחית?" הרפואה 157, 38-41 (2018).

61 ס' 10 לחוק זכויות החולה ("מטפל [...] וכן כל עובד אחר של המוסד הרפואי ישמרו על כבודו ועל פרטיותו של המטופל בכל שלבי הטיפול הרפואי").

62 זכות זו והיקפה מטופלים בחוק החולה הנוטה למות. ראו אברהם שטיינברג "חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005 – 'כחול לבן' ביו-אתיקה כחול לבן 285, 288-289 (גיל סיגל עורך, 2015).

רפואי מכבד, אשר משמר את האנושיות בטיפול וכבוד האדם. סעיף זה דקלרטיבי במהותו (נוסח כמעט זהה מופיע גם בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, דלהלן) ואינו מעניק זכות קונקרטית (כבוד האדם כמונח מתעתע).<sup>63</sup> ברם לענייננו הוא חשוב בנדבך אחר – גם אם ייווצר חלילה הצורך לתעדף, תעשינה גם ההחלטות הללו תוך כיבוד המטופל, כולל הדרך שבה הוא מטופל בימיו האחרונים הגם שלא נמצאה עבורו מכונת הנשמה כפי שידון להלן.

## 2. חוק ביטוח בריאות ממלכתי

דבר חקיקה מרכזי נוסף המשליך על מימוש הזכות החוקית לשירותי בריאות ציבוריים הוא חוק ביטוח בריאות ממלכתי. תכליתו של החוק ליצור הסדר של ביטוח בריאות חובה לשם הבטחת שירותי בריאות לכלל תושבי ישראל, תוך הגדרת מקורות המימון למערכת הבריאות הציבורית והקצאתם.<sup>64</sup> התפיסה המונחת בבסיסו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי הכירה באחריותה של המדינה למימון שירותי בריאות ציבוריים לטובת הכלל שיופקו לציבור באמצעות קופות החולים, וזאת מתוך מחויבות ל"עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית" כאמור בהוראת-סעיף 1 לחוק.<sup>65</sup> מהותה והיקפה של הזכות החוקית לשירותי בריאות ציבוריים נקבעה בסעיף 3 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי,<sup>66</sup> שזו לשונו:

(א) כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר [...] (ד) שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות יינתנו בישראל, לפי שיקול דעת רפואי, באיכות סבירה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגורי המבוטח [...];<sup>67</sup> (ה) שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על הפרטיות ושמירה על הסודיות הרפואית."

נמצאנו למדים כי החוק מסדיר את המעטפת הרפואית הכללית שלה זכאי כל תושב בישראל, ברם אין הוא מעניק זכות קונקרטית או שמא הנחיה כיצד לנהל את הקצאת המשאבים המוגבלים בעת מחסור למעט ההכרה בזכות לצדק ושוויון.

ניתוח השילוב של מסכת הזכויות המוענקות לפרט בשני החוקים הללו מביאנו למסקנה כי הנחיה חוקית, הנסמכת על זכויות האדם הנזקק לטיפול, באשר לתיעודן

63 אבל השוו ליפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקיות" משפט וממשל ט 137 (2006) (החובה לשמור על כבוד המטופל נגזרת מזכות היסוד לכבוד, הפרת החובה עשויה להצמיח עילת תביעה נזיקית).

64 סעיפים 1, 3, 9 ו-13 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

65 ס' 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. לסקירה כללית של החוק וההיסטוריה החקיקתית שלו ראו נתן סומך "חוק ביטוח בריאות ממלכתי – הסדרה, פיקוח ואכיפה" משפט ועסקים 133 (2007); פרנקל "הזכות לשירותי בריאות", לעיל ה"ש 47, בעמ' 257-262; גיל סיגל "על חידושים ועל מגמות במשפט הרפואי" קרית המשפט 5 433, 443-447 (2005).

66 ס' 3 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

67 ראו רותי הוסטובסקי "תפקידו של בית המשפט בקביעת קריטריונים לצורך מימוש הזכות לקבלת שירותי בריאות בזמן ובמרחק סבירים" מעשי משפט ח 147 (2016).



בתנאי מחסור – אין, ומתוך כך עולה חשיבותה של פקודת בריאות העם המפרטת מנגד את סמכויות המטפלים ומנהליהם בבואם להכריע על מדיניות טיפול והפעלתה.

### 3. פקודת בריאות העם – 1940

לאור הסוגיות החוקיות ומסכת הזכויות המוענקות לפרט, צפוי כי תעלינה שאלות בדבר הסמכות המשפטית ליצור רגולציה (אם כללית ואם מפורטת) בכל הנוגע לתיעדוף המוצע. אין בנמצא דבר חוק המטפל בתיעדוף בישראל, ועל כן יש לפנות לדברי חקיקה המגדירים את סמכויות העוסקים במלאכה. ראוי להדגיש כי ס' 20 לפקודה<sup>68</sup> מסמיך את המנהל, בעת מצב חירום, להסדיר את אופן וחלוקת הטיפול הרפואי, וזו לשונו:

- (1) אם נראה כי מרחפת על איזה חלק של ישראל סכנה של מחלה איזומה אפידמית, מקומית או מידבקת [...] שהכריז עליה שר הבריאות, [...] ומשפורסמה הכרזה זאת היא המנהל מוסמך לסדר, או להתקין, בין בצו ובין בהוראה או בכל דרך אחרת שהיא, כי ייעשו על ידי כל אדם, לרבות קופת חולים: [...].
- (ב) הגשת עזרה רפואית, חלוקת רפואות, הספקת מקומות שיכון, טיפוח הנקיון, האיורור והחיטוי ושמירה בפני התפשטות המחלה; [...].<sup>69</sup>

במילים אחרות, הסמכות להורות על הדרך שבה תוגש עזרה רפואית ויחולקו רפואות ניתנה לרגולטור, ומכאן הסמכות לרגולציה העוסקת בתיעדוף מכשירי הנשמה, במגבלות חקיקה אשר תמצא כי היא מנוגדת לחוקי היסוד.<sup>70</sup>

### 4. חוק החולה הנוטה למות

חוק זה עוסק בסוגיה הנושקת לסוגייתנו, למצער, בשלושה מישורים: המישור הראשון – חזקת הרצון לחיות,<sup>71</sup> בשילוב הזכויות החוקתיות האמורות (חיים, בריאות, שוויון) נוטים כולם לכיוון הזכות לקבלת טיפול, ובכך מייצרים שוויון לכאורי בצד הביקוש.<sup>72</sup>

68 ס' 20 לפקודת בריאות העם.  
 69 לדרכי הטיפול בחולים מדבקים ומניעת מחלות מידבקות לפי דיני בריאות הציבור ראו כרמי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1219-1233. ראו גם חני כספי, תמיר מוריץ ותמר תבורי "הסמכות ליטול דגימות מגופות נפטרים אלמונים לצורכי זיהוי" רפואה ומשפט 27, 35, 41 (2002). שם הכותבים מציינים כי קיימות סמכויות נוספות בפקודת בריאות העם, שניתן להשתמש בהן בשעת חירום או לשם מניעת התפשטות מחלה מידבקת, והן מאפשרות, בין היתר, לכפות על אדם בדיקה, טיפול ומכך ניתן להסיק גם אי-טיפול או אי-הקצאת משאב.  
 70 ראו בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1, פס' 26 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (2008) (להלן: עניין לוזון). "מהסמכות הנתונה בידי רשות ציבורית לחלק משאבים מוגבלים עשויה להיגזר גם הסמכות לקבוע כיצד תתבצע חלוקה זו ולפי אלו סדרי עדיפות" (תודה לירון קובו על ההפניה).  
 71 ס' 4 לחוק החולה הנוטה למות.  
 72 ראו איילת גלעד וניר סרבטקה "עת להרוג ועת לרפוא: שילוב חוק החולה הנוטה למות בדין הקיים" הארת דין ג 60, 61-64 (2006); דניאל סינקלר "האוטונומיה של החולה ויהדות דמוקרטיה בחוק

ייתכן שחלק מהמטופלים ערכו מבעוד מועד מסמך של הנחיות מקדימות או ייפוי כוח לפי החוק שבו נתנו הוראות בדבר טיפולי החייאה למיופה הכוח,<sup>73</sup> בין שנרשמו ובין שלא נרשמו במאגר משרד הבריאות.<sup>74</sup> לכן, החלטות התיעודף עשויות לחול על מטופלים אלו בצורה שונה בשל תוכנן של אותן הנחיות (כך, עצם חיבור למכונת הנשמה עשוי להיות בניגוד לרצונם, בעיקר אם לא מדובר בהתערבות קצרה ואם הראיות מראות שהשרידות נמוכה); זאת, כאשר יוצאים מנקודת הנחה שלגבי אנשים במצב רפואי מסוים, בסיבוכי המחלה בדרגת חומרה גבוהה, וכשאנו נמצאים בשלבים מוקדמים של המגפה (כשהטיפול אינו מבוסס דיו) מחלת הקורונה עלולה להיחשב מחלה חשוכת מרפא<sup>75</sup> הנופלת לגדרו של חוק החולה הנוטה למות (הנחה הטעונה ביסוס בכל מקרה לגופו). עם זאת, בשל השימוש הנמוך באפשרות זו בציבור הישראלי,<sup>76</sup> או בשל התדרדרות מהירה של המחלה אשר עלולה להביא אדם בריא למצב של היעדר כשרות משפטית תוך זמן קצר וללא יכולת להיערך לכך כראוי, ברור כי בידי הרוב המוחלט של החולים שיגיעו למצב של היעדר כשרות משפטית, לא יהיו מסמך הנחיות מקדימות או ייפוי כוח.<sup>77</sup> במקרה זה מתעוררת חובה משפטית מעשית של צוותים רפואיים (כיבוד הזכות לאוטונומיה של המטופל) לברר את רצונם של המטופלים, כולל רצונם או סירובם להתחבר למכונת הנשמה או להתנתק ממנה (במגבלות ס' 19 כמובן).<sup>78</sup> ברם, מן הצד

החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005 "המשפט כא 221, 240-246 (2015).

73 ס' 30 ו-32 לחוק החולה הנוטה למות. ראו אהובה טיכו "חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005: נוסחת 'האיזון הראוי' בין ערך קדושת החיים לבין אוטונומיות הרצון ואיכות החיים – בחינה ביקורתית" *רפואה ומשפט* 35, 32, 33-37 (2006); עפרה גולן ואח' "החולה הנוטה למות והחוק – עזר או כנגדו?" *רפואה ומשפט* 51, 28 (2019).

74 ס' 44 לחוק החולה הנוטה למות.

75 לסיכויי ההיותו כחיים בקבוצות מטופלים מסוימות בשלבי המגפה הראשונים, ונתוני תמותה של עד 86% ראו Semagn Mekonnen Abate et al., *Rate of Intensive Care Unit Admission* and Outcomes Among Patients with Coronavirus: A Systematic Review and Meta-analysis, 15(7) PLOS ONE (2020) <https://bit.ly/2Vr42I5>; Zheng Jie Lim et al., *Case Fatality Rates for Patients with COVID-19 Requiring Invasive Mechanical Ventilation. A Meta-analysis*, 203(1) AM. J. RESPIR. CRIT. CARE. MED. 54 (2021); Clara Bonanad et al., *The Effect of Age on Mortality, in: Patients With COVID-19: A Meta-analysis with 611,583 Subjects*, 21(7) J. AM. MED. DIR. ASSOC. 915 (2020).

76 בישראל אין חובת הפקדה של ההנחיות המקדימות במאגר משרד הבריאות, לכן אין אפשרות לדעת איזה אחוז מהישראלים אכן חתם על הנחיות מקדימות. לפי התכתבות בדואר אלקטרוני בין כותבי המאמר לאחר איתור מאגר המידע, המרכז להנחיות רפואיות מקדימות במשרד הבריאות (ללא תאריך) עולה כי מספר הטפסים לסוגיהם שאושרו ושומרים במאגר המידע נכון ל-3 במאי 2021 הוא 33,700. בממוצע מתווספים למאגר כ-1,000 טפסים בחודש, והם כוללים הנחיות רפואיות מקדימות, ייפוי כוח, ייפוי כוח משולב וקצור. לסיבות להיעדר השימוש באופציה זו ראו עיריית עופר-שטרק וגיל סיגל "התאמת טיפול רפואי לרצונם של חולים באמצעות הנחיות מקדימות: חזון, מציאות ומבט לעתיד" *שערי משפט* 10, 75, 77-84 (2020).

77 שם.

78 ס' 19 לחוק החולה הנוטה למות. ראו בנוסף נוסח ס' 9 לחוק:

"קבע רפא אחראי כי מטופל הוא חולה הנוטה למות והוא אינו בעל כשרות -

השני קיים חשש שמא האמון בין המטופלים למטופלים (בעיקר המבוגרים שבהם) יתערער לנוכח תחקור בדבר רצונותיהם במקרה של התדרדרות משמעותית והאם הותירו הנחיות מקדימות (חשד מצד המטופל שמא "הם רוצים להרוג אותי", וחשש של הצוות שמא כך יחשוב המטופל). ברור כי פרוטוקול בנושא חייב להיות רגיש לסוגיה זו. בד בבד, ייתכנו מצבים בעייתיים חוקית שבהם מטופל יבחר שלא להיות מונשם תוך הסתכנות בכך שהדבר יביא למותו, אך כאשר מצבו אינו עונה במדויק על הקריטריונים שנקבעו בחוק החולה הנוטה למות להימנעות המאושרת על פי דין ממתן טיפול זה.<sup>79</sup>

(א) ס' 13 לחוק החולה למות קובע שזכותו של חולה לקבל טיפול, הגם שלדעת הרופא האחראי אין לו הצדקה בנסיבות העניין,<sup>80</sup> אך הוראה זו לא תחול לגבי טיפול רפואי שלדעת הרופא האחראי אינו צפוי להאריך את חיי החולה או עלול לגרום נזק משמעותי לזולתו. קביעה זו רלוונטית ביותר בעת צורך בתיעוד בין בעלי סיכויי שרידות השונים מהותית, ומאפשרת, או שמא מכשירה, את התיעוד שבהקצאת מכוונת הנשמה בשל הנזק שעלול להיגרם לאחר בשל אי-ההקצאה.

(ב) ס' 19 לחוק החולה הנוטה למות מחדד את האיסור בחוק על עשיית פעולה,<sup>81</sup> אף אם היא טיפול רפואי, המכוונת להמית או שתוצאתה, קרוב לוודאי, היא גם גרימת מוות. הכרעה זו משליכה על הסיטואציה של הפסקת טיפול בא' והעברת המנשם לב'. עם זאת, החוק בא להגביל את ההיענות לרצונותיו של אדם שהוא חולה הנוטה למות, ואינו

(1) הרופא האחראי או מי שהוסמך על ידו לענין זה, יעשה מאמץ סביר כדי לקבל את כל הנתונים והמסמכים הנוגעים בדבר, לצורך בירור רצונו של החולה הנוטה למות לפי סעיף 5(ב) ו-7(ג) והכל בהתאם לכללים שנקבעו לענין זה בתקנות;

(2) הרופא האחראי או מי שהוסמך על ידו לענין זה, יברר במאגר המידע אם, על פי הרשום בו, נתן החולה הנחיות רפואיות מקדימות, או מינה מיופה כוח; מצא הרופא האחראי או מי שהוסמך על ידו לענין זה, כי החולה נתן הנחיות או מינה מיופה כוח כאמור, וזאת לאחר בירור במאגר המידע ובדרך אחרת, ככל הניתן, יצרף הרופא האחראי או מי שהוסמך על ידו לענין זה, מידע זה לרשומה הרפואית המתנהלת לגבי החולה."

79 הכוונה למצב שכיח במגפת הקורונה, שבו מטופל מגיע במצב של אי-ספיקה נשימתית בינונית אך מתגברת. הוא בוודאי עשוי להיתרם מטיפול נשימתי אינטנסיבי, אך מסרב לכך. במקרה כזה, אם המטופל נכנס תחת הקטגוריה של חולה הנוטה למות, סירובו אינו נופל בתחומי ההוראות המקדימות והימנעות מטיפול בו עלולה להיות חריגה מתוואי חוק החולה הנוטה למות. להרחבה ראו גבריאל הלוי "האחריות הפלילית של הצוות הרפואי והמוסד הרפואי למותו של החולה הנוטה למות" משפט רפואי וביור-אתיקה 1, 65 (2008); לימור מלול ונורית דסאו "בין הסדר חוקי למענה קליני – הטיפול בחולה המתמודד עם מחלה חשוכת מרפא לאור חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005" רפואה ומשפט 51, 41 (2019).

80 ס' 13 לחוק החולה הנוטה למות. "חולה הנוטה למות, הרוצה שחיי יוארכו, ומבקש טיפול רפואי שלדעת הרופא האחראי, אין לו הצדקה בנסיבות הענין, יש לכבד את רצונו ולתת לו את הטיפול המבוקש בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל; הוראות סעיף זה לא יחולו לגבי טיפול רפואי שלדעת הרופא האחראי אינו צפוי להאריך את חייו, או עלול לגרום נזק משמעותי למטופל או לזולתו."

81 ס' 19 לחוק החולה הנוטה למות.

משרטט מגבלות על שיקול הדעת הרפואי באשר לסיכויי ההצלחה של טיפול מסוים,<sup>82</sup> או מייתר את הצורך בקיומה של התוויה רפואית לטיפול, מסוג זה או אחר, בנסיבות.<sup>83</sup> מכיוון שהחוק אוסר הפסקת טיפול רציף (ובמקרה שלנו הנשמה),<sup>84</sup> הדבר ישליך על סיטואציה אפשרית של ניתוק חולה עם סכנות (פרוגנוזה) נמוכה והעברת המכשיר לחולה עם סכנות גבוהה. מגבלה זו אינה נמוגה אל מול איום הקורונה, אך עשויה להשתנות ביישומה. כך, במקרה הקורונה נבקש לדעת האם קיימים אמצעים חליפיים אשר יעמדו בדרישת החוק ל"המשך טיפול" (דוגמת BiPAP, משקפי חמצן לסיוע נשימתי וכו')<sup>85</sup> הגם שהם פחותים ביכולותיהם.<sup>86</sup>

### ג. קביעת סדרי עדיפויות בטיפול על פי עקרון המידתיות כעקרון מסגרת משפטי

העקרונות החוקתיים וההסדרים החוקיים שפורטו בפרקים הקודמים מובילים למסקנה ברורה כי יש להעניק טיפול מציל חיים לכל אדם בישראל ללא הפליה ובאופן שוויוני. הזכות לכבוד, הזכות לחיים, הזכות לבריאות והזכות לשוויון משמשות פריזמה שדרכה נבחן את עקרונות ההפעלה של החוקים שציינו לעיל. כך, אי-היכולת לזכות לטיפול מציל חיים הוא מקרה שבו האיום על כבוד האדם ברור וניכר. ברם, הגם שהממד החוקתי והחוקי העמיד על מכונו אגד זכויות, תרגום אגד זה בקונטקסט של תיערוף במתן טיפול במצב קיצון בעקבות התפרצות מגפה מחייב הכרעות בין זכויות. במציאות של משאבי טיפול מוגבלים, כבמקרה זה מכונות הנשמה ומשאבי טיפול נמרץ, על הרשות הציבורית לקבוע סדרי עדיפויות, כפי שעמד על כך בית המשפט העליון:

82 ע"פ 4668/09 ראב נ' מדינת ישראל, פס' כ לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 29.12.2009).

83 ראו והשוו אסייג, לעיל ה"ש 8 (הימנעות מטיפול רפואי רציף מותרת בתנאים מסוימים בעוד הפסקת טיפול רפואי רציף היא אסורה). ראו גם חיה רודניצקי דרורי "חוק החולה הנוטה למות מול חוק העונשין: עבירות המתה וסיוע להתאבדות במבחן חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" רפואה ומשפט 35, 48, 68-72 (2006) (היקף שיקול הדעת הרפואי בחוק החולה הנוטה למות).

84 ס' 21 לחוק החולה הנוטה למות.

85 בהתאמה לעיל: מכשיר הנשמה לא חודרני, המסייע בהקלה על המאמץ הנשימתי ופתיחת נתיבי אוויר באמצעות הפעלת לחץ אוויר קבוע על האזור הסמוך לדרכי הנשימה דרך מסכת פנים. משקפי חמצן מוליכים חמצן בריכוז הגבוה מריכוזו באוויר החדר באמצעות צינור זעיר המונח ליד אפו של המטופל. להסבר נוסף: דן אבן "מכשיר ביפאפ (BiPAP) – כל הפרטים" כמוני (ערכון אחרון: אפריל 2019) <https://bit.ly/3wzOAqb>.

86 ראו למשל ה"פ (מחוזי ת"א) 14-11-16813 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 23.11.2014) (הפחתה הדרגתית של קצב ההנשמה וריכוז החמצן עד למינימום עולה לכדי "המשך טיפול"). לניתוח נרחב של עניין פלוני, ראו יוסי גרין "על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 14-11-16813 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה" המשפט ברשת": זכויות אדם: מבזקי הארות פסיקה 42, 5 (2015); רועי גילבר "עד כלות הנשימה – על הפסקת הנשמה מלאכותית בחולים סופניים לאור פסק הדין בה"פ (תל-אביב) 14-11-16813 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה" המשפט ברשת": זכויות אדם: מבזקי הארות פסיקה 42, 35 (2015).

הלכה פסוקה היא שרשות ציבורית רשאית, ואף חייבת, להתחשב במגבלות התקציביות במסגרת שיקול-הדעת הנתון לה, כחלק ממילוי חובותיה כלפי הציבור. כך במיוחד, מקום בו הדין מסמיך את הרשות לקבוע בעצמה ולפי שיקול-דעתה את היקפה וגבולותיה המדויקים של הזכאות לשירות ציבורי, באופן המחייב קביעת סדרי עדיפויות בהתאם למשאבים הציבוריים המוגבלים.<sup>87</sup>

ובלשונה של השופטת ש' נתניהו:

אין חברה שמשאביה בלתי מוגבלים. אין רשות הפועלת בחברה על פי חוק הרשאית והיכולה להתעלם מאילוץ תקציב ולספק שירותים ללא חשבון, ותהא חשיבותם של השירותים רבה וחיונית ככל שתהא [...] כל רשות עומדת בפני הצורך למצוא את האיזון הראוי בין ההיקף, האופן והמידה של קיום תפקידיה-חובותיה על פי הדין, לבין חובתה לשמור על המסגרת התקציבית שלה. לעולם אין היא יכולה לצאת ידי חובת הכל ולקיים את כל תפקידיה באופן אופטימלי, ללא התחשבות במגבלות התקציב. עליה לקבוע לעצמה סדרי עדיפויות וקדימויות וכללים וקריטריונים מנחים ליישומם, אשר יעמדו במבחן הסבירות. אותם עליה להפעיל תוך שוויון.<sup>88</sup>

גם במקרים רגישים וקשים שבהם חיי אדם מוטלים על הכף יש מקום לקבוע סדרי עדיפויות לטיפול, וכפי שמציין חוק זכויות החולה – הזכות לטיפול הרפואי כפופה לכל דין ותינתן בהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים מעת לעת במערכת הבריאות בישראל,<sup>89</sup> והדברים נכוחים שבעתיים בעת חירום רפואית.

### 1. קביעת סדרי עדיפויות לטיפול בחולים על פי עקרון המידתיות

עיקרון מרכזי בדין הישראלי לאיזון בין שיקולים שונים הוא עקרון המידתיות המעוגן בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם.<sup>90</sup> בגדרי עקרון המידתיות ניתן לאזן בין החובה מחד גיסא, להבטיח טיפול רפואי נאות לכול לבין הצורך, מאידך גיסא, להתחשב במגבלות זמינותם של משאבי הטיפול. עקרון המידתיות הוא קביעת יחס נאות בין הגשמת מטרה ראויה לבין האמצעים שננקטים לשם השגתה.<sup>91</sup>

במקרה הנז, המטרה של קביעת סדרי עדיפויות לטיפול בחולים היא להציל כמה שיותר חיים במשאבי הטיפול הזמינים. עמדה זו מעוגנת היטב הן בבסיס הגישה התועלתנית-רפואית והן בגישה המבוססת על מרכזיותה של קדושת החיים בשיטת המשפט הישראלי, כעולה משורה של חוקי המדינה והכרעות עקביות של בית המשפט

87 ראו עניין לוזון, לעיל ה"ש 70.

88 בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 152 ד (1993).

89 ראו עניין לוזון, לעיל ה"ש 70, בפס' 14 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

90 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

91 ברק, לעיל ה"ש 15, בפרק השישי.

העליון ביוכל השנים האחרונות.<sup>92</sup> האמצעים שייקבעו לשם השגת מטרה זו נדרשים לעמוד במבחני המידתיות, המשקפים ביישומם מבחנים ערכיים:<sup>93</sup>

(א) קשר רציונלי בין האמצעים למטרה

מבחן המשנה הראשון הוא "מבחן הקשר הרציונלי" או "מבחן ההתאמה". על פיו נדרש קשר של רציונליות בין המטרה הראויה לבין האמצעי שנבחר כדי להשיג תוצאה בעין. הרציונליות אינה טכנית – היא מחייבת לעיתים הוכחתם של קשרים סיבתיים, המבססים את הקשר הרציונלי. לעניין קשרים אלו לא נדרשת, מחד גיסא, ודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו, ומאידך גיסא, אין להסתפק בסיכון "קלוש ותאורטי". נדרשת אותה מידת הסתברות שהיא ראויה בהתחשב במהות הזכות, עוצמת הפגיעה בה, והאינטרס הציבורי שהפגיעה נועדה להגשים.<sup>94</sup> כדי להמשיג זאת, ברור כי "שמירת מכוונות הנשמה לצעירים שאולי יגיעו ומניעתן ממטופלים קשים שבפנינו (הגם שסיכוייהם לשרוד נמוכים)" תהא החלטה שמעלה ספק בדבר הקשר הראוי בין האמצעים (שמירת רזרבה) לבין המטרה (להציל כמה שיותר חיים).

(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

מבחן המשנה השני למידתיות הפגיעה הוא "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה", או "מבחן הצורך". ההנחה היא כי מבחן המשנה הראשון מכיר בכמה אמצעים המקיימים את הקשר הרציונלי בין התכלית הראויה לבין האמצעי שנבחר. מביניהם יש לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה.<sup>95</sup> על פי מבחן זה, נדרש כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה:

92 למרכזיותה של קדושת החיים במשפט הישראלי וסקירת החקיקה והפסיקה כאמור לעיל, ראו גיל סיגל "ביו-אתיקה בעולם המערבי – ישראל שבין אירופה לארה"ב" הרפואה 143(ב) 142 (2004); סיגל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 16-40; בג"ץ שובתי הרעב, לעיל ה"ש 25, בפס' עג וקלז לפסק הדין של השופט רובינשטיין ("וכי החוק עומד במבחן החוקתי. בסופו של דבר יש בחוק אלמנט של הצלת חיים, ומתן עליונות לעקרון קדושת החיים [...] ואולם, כך הטעמנו ונחזור ונטעים, כי בהיות המטרה הדומיננטית הצלת חיים ושמירת קדושתם, חלק מאותו אתוס אוניברסלי ובמיוחד אתוס היהודי במדינה יהודית ודמוקרטית, נחה הדעת שנעשה כל הניתן לצמצם פגיעה, והשופט היושב בדין יוודא זאת בנסיבות הקונקרטיות"); ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 188-197 (1993) (דחיית בקשה להפסקת טיפול של חולה סופני בשל ערך קדושת החיים).

93 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 93-98 לפסק הדין של השופט ברק (1995); בתחומי הרפואה וקדושת החיים ראו בג"ץ שובתי הרעב, לעיל ה"ש 25.

94 לאופן יישומו של "מבחן הקשר הרציונלי" בין האמצעי למטרה ראו, למשל, בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (נבו) 22.9.2014; בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012); בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, פ"ד מט(5) 1 (1996) (להלן: עניין בן עטייה).

95 בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקאות 36-43 לפסק הדין של השופט מלצר; פסקאות 14-16 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו) 15.4.2015; בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44 (2012), בעמ' 78-79, 122-123, 180-184.

החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, אינה שקולה כנגד החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות. החובה היא לבחור, מבין האופציות הסבירות העומדות לרשותה, את זו הפוגעת פחות. יש להשוות אפוא בין האפשרויות הרציונליות, תוך בחירה של אותה אפשרות, אשר בנסיבות הקונקרטיות, יש בכוחה להשיג את התכליות הראויות תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם.<sup>96</sup>

להמשגה – "שמירת מכונות הנשמה לצעירים שאולי יגיעו ומניעתן ממטופלים קשים שבפנינו (הגם שסיכוייהם לשרוד נמוכים)" שונה מהחלטה על הקצאתן, ולו זמנית, למי שנצרך להן כעת (הגם שסיכוייהם לשרוד נמוכים), אך בהבנה כי תועברנה בבוא העת לחולים נצרכים שתיעדופם גבוה יותר.

מרכיב משמעותי ב"מבחן הצורך" הוא מניעת השימוש בהסדר גורף (Flat Ban),<sup>97</sup> כגון קביעה מראש שמגיל מסוים לא יינתן טיפול רפואי. הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. הנשיא ברק ציין בהקשר באחת הפרשות כי:

כמובן, ייתכנו מצבים בהם הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף. עם זאת, בטרם מגיעים למסקנה זו יש להשתכנע, על בסיס נתונים ראויים, כי אין תחליף ראוי לאיסור הגורף. לעיתים הבחירה באיסור הגורף באה בשל כישלון בעיצוב הבדיקה האינדיבידואלית ולא משום שבדיקה כזו אינה יעילה [...] הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו שלנו.<sup>98</sup>

#### (ג) מבחן האמצעי המידתי – סבירות האמצעים

מבחן המשנה השלישי למידתיות הפגיעה הוא "מבחן האמצעי המידתי" או "מבחן המידתיות במובן הצר",<sup>99</sup> הבוחן את היחס הראוי בין התועלת הכללית הצומחת מהשגת התכליות הראויה לבין הפגיעה בזכות החוקתית של הפרט (או במילים אחרות: יחס ראוי בין תוחלת התועלת הצפויה לבין הנזק הנגרם מהפגיעה בזכות).<sup>100</sup> אנו בוחנים את האיזון בין ערכים מתנגשים – התועלת הצומחת/עשויה לצמוח מן המדיניות לעומת הנזק שהיא מביאה בעקבותיה. בית המשפט ציין בהקשר זה כי:

96 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 68 לפסק הדין של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין עדאלה).

97 בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים, פ"ד סד(3) 807 (2011) (הצורך לנקוט אמצעי שפגיעתו פחותה כמנוע שימוש בהסדר גורף).

98 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 96, בפס' 69-70 לפסק הדין של הנשיא ברק.

99 ראו בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010); עניין בן עטייה, לעיל ה"ש 94.

100 ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 422-425.



מבחן משנה זה בוחן את התועלת מול הנזק [...] על-פיו, החלטה של רשות שלטונית צריכה לקיים איזון סביר בין הצרכים של הכלל לבין הפגיעה בפרט. מטרת הבדיקה היא לבחון אם חומרת הפגיעה בפרט והטעמים המצדיקים אותה הם ביחס ראוי זה לזה. הערכה זו נעשית על רקע המבנה הנורמטיבי הכללי של מערכת המשפט.<sup>101</sup>

כך למשל בדוגמה העוסקת בהערכת הכרעה על העברת מכשירי הנשמה שכבר מוקצים לאדם מסוים עם סיכויי שרידות נמוכים לאדם עם סיכויי שרידות גבוהים.

(ד) שקיפות והוגנות

כלי פרוצדורלי הכרחי בהשגת העיקרון של טיפול בחולים על פי עקרון המידתיות הוא היכולת לתמוך את ההחלטות בציר הזמן ולשקף לציבור את תהליך ההקצאה ואת היותו עקבי, הוגן וצודק.<sup>102</sup> הגם שמבחן זה לא מצא עדיין את מקומו המפורש בפסיקה העוסקת במידתיות, אנו ברעה כי הוא חלק עיוני והכרחי בהפעלת אמצעים אשר מטיבם ומטבעם נוגסים בזכויות יסוד חוקתיות. הדברים יפים בעיקר אם תינקט העמדה כי תיערוף ראוי לו שיוגדר בצורה של פרוטוקול מחייב ולא כהחלטה מקומית של בתי חולים.<sup>103</sup> במקרה זה, עקרון השקיפות כמשפט המינהלי שופך אור (תרתי משמע) על הגדרים לתהליך קבלת החלטה ועל יישומה בפועל, בבחינת קונקרטיזציה של עקרונות-על כמשפט החוקתי לכלל פרקטיקות ראויות במעשי הרשות, ובמקרה הזה רשויות המדינה בתחומי הבריאות.<sup>104</sup> כך בעניין שבפנינו, דרישה להכנת מנגנון של ניקוד (בדומה כאמור לעיל לתהליך הקצאת איברים להשתלה),<sup>105</sup> ודיון ציבורי על אודותיו, אשר יופעל בכל מקרה של תיערוף הקצאת מכונת הנשמה, יאפשר אחריותיות (Accountability), והקצאה

101 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, פס' 59 לפסק הדין של הנשיא ברק (2004).

102 James F. Childress et al., *Public Health Ethics: Mapping the Terrain*, 30 J.L MED & ETHICS 170, 170-76 (2002).

103 ראו הדיון בה"ש 6-14 לעיל והכתוב לידן.

104 לעקרון השקיפות כמשפט המינהלי ראו רפנה ברק-ארו "האתגר הדמוקרטי של המשפט המנהלי" עיוני משפט כד(2) 369, 377 (2000) ("החתימה לדמוקרטיזציה של ההליך המינהלי יכולה למצוא את ביטוייה בפתיחת של ההליך לשיתוף הציבור במתכונות שונות, כגון היוועצות, הליכים של הגשת התנגדויות או הכרה בזכויות טיעון של הציבור הרלוונטי להחלטה. ככל שההליך המינהלי פתוח יותר לשמיעת קולו של הציבור תוך כדי ההליך של קבלת ההחלטה, ומכיר במעמד שיש לאזרח להשמיע את טענותיו עובר להשלמתו, כן קטן החשש לקבלת החלטות שהציבור אינו שותף לעיצובן"); איל בנבנישתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המנהלי" ספר יצחק ומיר: על משפט, ממשל וחברה 1-2, 119 (יאב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) (שיתוף הציבור כאמצעי להרחבת מנגנוני הפיקוח על הרשויות המינהליות). לחשיבות הדיון הציבורי באסדרה בתחום הבריאות ראו דניאל שפרלינג "אסדרת הטיפול בסוף החיים בישראל" ביו-אתיקה כחול לבן 316 (גיל סיגל עורך, 2015).

105 לתהליך הקצאת איברים להשתלה ראו ה"ש 4 לעיל. ראו גם "הקצאת לב" אתר משרד הבריאות <https://bit.ly/3hxYFQ1>

ברורה, הוגנת ושקופה. כך תתקבל תוצאה חיונית בבואנו לכמת ערכים ולהעריך את עוצמת הפגיעה בהם בעת המאמץ לברר את מבחני ה"מידתיות" ולעמוד בהם.

### ד. מן הכלל אל המעשה – קווים מנחים משפטיים ראשוניים<sup>106</sup> לקביעת סדר עדיפויות לטיפול בחולים במהלך משבר הקורונה

העקרונות החוקתיים שנסקרו, ההסדרים החוקיים שנדונו ועקרון המידתיות כבית קיבול משפטי לקביעת האיזונים בין העקרונות השונים, יוצרים כללי מסגרת משפטיים לקביעת סדרי עדיפויות לטיפול בחולים במהלך משבר הקורונה במצבים שבהם יהיה מחסור במשאבי טיפול בחולים קשים. בפרק זה נדון ביישומם בשני חלקים: הראשון, החלק הפרוצדורלי, עוסק באותם רכיבים שמקדמים כלים טכניים המגבירים את הסיכוי להגנה על ערכים כגון שוויון, שקיפות והוגנות ומצמצמים מרחב למניפולציה או להתעלמות מזכויותיהם של פרטים או תתי־קבוצות בציבוריות הישראלית. השני, החלק המהותי, עוסק בהחלטות לגופן, במותר ובאסור במסגרת התיעודף גופא. בשל קוצר היריעה לא נרחיב בסוגיה זו, אך אנו תקווה כי הדיון המשפטי בכללי המסגרת ויישומם יעמיק ויתרחב.

#### 1. על פרוצדורה ועל בניית אמון ציבורי

(א) אמון הציבור מתבסס על ההכרה כי מקבלי ההחלטות בעניינינו עושים זאת מתוך הישענות על כללים בעלי תוקף רפואי ואתי הניתנים לבחינה ולבקרה. בשל כך, על הצוות הרפואי לעשות ככל שביכולותיו (במגבלות המצב) לתעד את החלטותיו ולנמק בצורה ברורה את ההערכה לגבי סיכויי השרידות של החולה ואת ההמלצה בדבר ההקצאה או אי־מתן המשאב הטיפולי.<sup>107</sup> בעוד שחובת תיעוד הטיפול הרפואי היא נורמה מקצועית וחובה חוקית,<sup>108</sup> המטרה המסוימת כאן היא להשיג הוגנות, שקיפות, ותיעוד החלטות המתייחסות להיצמדות לכללי ההכרעה וההקצאה, ופירוט הערכת הצוות באשר לתיעודף יחסי בין מטופלים (דרישה שלא קיימת היום).<sup>109</sup> לשם כך (וכל עוד נעדרת חקיקה ראשית ו/או מכוח חקיקה אם תתקבל) יותקנו תקנות משנה אשר יפרטו את מנגנון הדיווח והתיעוד לכל המלצת תיעודף על סמך שיטת הניקוד הרפואי שנקבעה.<sup>110</sup>

(ב) בעת הקצאת מכוונת הנשמה, חברי הצוות הרפואי יפעלו על סמך פרוטוקול רפואי קבוע ומתוקף מקצועית. קיימת מחלוקת על הצורה המועדפת לבצע את ההחלטה

106 בשלב זה, כפתיח לדיון משפטי וציבורי נרחב יותר.

107 בהלימה לרעיון העומד מאחורי הדרישה כי עובד ציבור יודיע ויידע על הנימוקים להחלטתו. לעניין זה ראו יצחק זמיר הסמכות המנהלית, כרך ב 1269 (2011) (הפרק העוסק בחובת ההנמקה); דפנה ברק ארו משפט מנהלי כרך א 423-438 (2010) (חובת ההנמקה).

108 ראו ס' 17 לחוק זכויות החולה.

109 ראו ג'יימס פ' צ'ילדרס "מחשבות בדבר יצירת ביו־אתיקה ציבורית" משפט רפואי וביו־אתיקה 1 xxiii (2008).

110 ראו לעיל ה"ש 102, והכתוב לידה.

הרפואית, ונכון לכתובת שורות אלו טרם הוגדרו פרוטוקולים בנושא. בשל כך הצוותים פועלים על סמך הידע המצוי בידיהם ובאופן מקומי (ואנו איננו עוסקים בכך במאמר זה).<sup>111</sup> בסופו של יום ייבחר פרוטוקול ועל הצוותים ליישמו באופן ראוי. גם כאן, תקנות משנה יפרטו את מנגנון הדיווח והתיעוד לכל החלטת תיעוד על סמך שיטת הניקוד הרפואי שתקבע.

(ג) על הצדק לא רק להיעשות כי אם גם להיראות ולכן יש ליצור הפרדה בין הצוות המטפל לבין הצוות האחראי על הקצאת מכוונת ההנשמה. הפרדה זו נועדה להתמודד עם החשש שמא החלטות שנשענות על היכרות אישית עלולות ליצור הטיה והעדפה לא ראויות. הקצאה הנעשית "על הנייר" ועל סמך נתונים אובייקטיביים ובהפרדה האמורה בין המכריעים לבין המטפלים קיימת בתחום השתלות האיברים, שבו הצוות המטפל בנזקק לאיבר אינו יכול להיות שותף בקביעת המוות המוחי לצורך נטילת איברים<sup>112</sup> או בהחלטות הקצאת האיברים.<sup>113</sup>

(ד) לאחר שיוקם מנגנון ניקוד אחיד וברור, כל מוסד רפואי שבו מטופלים חולים מונשמים (ויודגש, לא רק חולי קורונה) ימנה ועדת מיון על מנת להבטיח כי שיטת הניקוד ופרוטוקול סדרי העדיפויות ייושמו באופן שווה/דומה בכל בית החולים ובין כל המחלקות השונות. מינוי ועדת מיון בבית החולים יאפשר ליישם את עקרונות התיעוד ולבצע בקרה. ככל שהנסיבות מתירות זאת, יש לשקול בחיוב יצירת מנגנון ערר כדי לאפשר למשפחה או לנציגו של המטופל לפנות לקבלת סעד בגין החלטה על אי-הקצאה. מבלי להיכנס לפרטים נאמר כי מנגנון הערר יהיה חייב להיות רגיש לנסיבות, ללחץ הזמנים ולרגישות המתחייבת מעיסוק בחיי אדם פשוטו כמשמעו. הסעדים שניתן לבחון יהיו בקשות להקפאת מצב, הסטת מכשור, הסטת מטופל למחלקה/מוסד אחר ועוד.

(ה) יש למנות ועדה עליונה/ארצית למעקב אחר החלטות התיעוד בכל מוסד ומוסד ובדומה לוועדה הציבורית לקביעת מוות מוחי, אשר מבקרת אחת לתקופה את קביעות המוות המוחי ומאשרת כי התנהלו ללא דופי.<sup>114</sup> הציבור ייחשף לנתונים על פי מתווה שישקלל מצד אחד את הצורך בבניית אמון והיכרות עם מערך השיקולים ודרך הפעלתם במקרים הקשים שעלולים להתרחש, אך מצד שני ללא העמסה רגשית מוגזמת והנכחת

111 ראו דו"ח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 10-12.

112 ס' 3 לחוק מוות מוחי-נשימתי ("קביעת מוות מוחי נשימתי של מטופל לא תיעשה אלא על ידי שני רופאים [...] (2) אינם מעורבים ישירות בטיפול במטופל; (3) הם אינם עוסקים בהשתלות אברים").

113 ראו ס' 26 לחוק השתלת אברים, התשס"ח-2008, ס"ח 394. לפיו, רק המרכז הלאומי להשתלות מוסמך לאתר נתרים מתאים מתוך מאגר המידע וללא מעורבות צוותים מטפלים.

114 ס' 6(ב) לחוק מוות מוחי-נשימתי ("הוועדה [ועדת הסמכה ומעקב רפואית ציבורית – ס"ג, ג"ס] תערוך בקרה על תהליכי קביעת מוות מוחי-נשימתי בבתי חולים, תבדוק את תקינות התהליכים באמצעות רופאים שהוסמכו לפי הוראות חוק זה לקביעת מוות מוחי-נשימתי ותעקוב אחר ביצוע הוראות לפי חוק זה ויישומן בבתי החולים").

הבחירות הקשות הללו (שמשמעותן גזירת מי לחיים ומי למוות). בנסיבות פנרמיה ומחסור קיצוני, היווצרות עקה ציבורית המייצרת תחושת חוסר ביטחון בזמינות אמצעים מצילי חיים עלולה לגרום לתגובה ציבורית קשה דוגמת התפרצויות של בני משפחה, חוסר אמון בסיסי ("אתם הורגים את הזקנים/צעירים/נכים/זרים..."), הימנעות מפנייה לקבלת טיפול רפואי וכדומה. כפי שצינינו בראשית המאמר, "עם זאת, ואפילו תחת הנסיבות הקשות ביותר, תיעדוף לעיתים קרובות נסבל יותר כשהוא מתבצע בצנעה"<sup>115</sup>.

(ו) כיוון שבבריאות הציבור עסקינן, העקרונות החוקתיים שנמנו לעיל מחייבים לצמצם ככל הניתן פערים חברתיים בנגישות למשאב המוגבל. במילים אחרות, הפערים המוכחים בזמינות שירותי רפואה בין מרכז לפריפריה<sup>116</sup> צריכים להיות לנגד עיניהם של קובעי המדיניות ועליהם לוודא זמינות הוגנת ושוויונית (ככל האפשר) בפריסה ארצית של מכונות הנשמה וצוות נדרש להפעלתן על פי מדדים של צפיפות אוכלוסייה וצפי או ביקוש בפועל של המשאב המצומצם. בשל כך אנו דוחים הקצאה על בסיס "כל הקודם זוכה" – מי שמגיע ראשון לבית חולים זוכה במכונה,<sup>117</sup> בין היתר בשל עדיפות פסולה שהיא נתנת למי שנמצא קרוב למרכז/לבתי חולים מרכזיים על פני תושבי פריפריה (רעננה לעומת קצרין). המשמעות המעשית היא כי מרכזי השליטה והבקרה של משרד הבריאות יחויבו לאסוף את הנתונים ויניידו במקרי הצורך מכונות/צוות בין מוסדות כדי להבטיח נגישות מספקת בכל אתר ואתר (במגבלות המשבר הכללי). ברי כי הפעלת מרכזי השליטה עלולה להיות כרוכה בעלויות נוספות, מבחינה כלכלית ופרוצדורלית, במיוחד בעת משבר. עם זאת, ממילא מופעלת בשעת חירום מערכת שליטה מרכזית והעלות השולית צפויה להיות נמוכה. כמו כן, ניווד מכונות ההנשמה גוזל זמן יקר שבו הן עשויות להציל חיים, ומרכיב זה חייב להילקח בחשבון בעת החלטה מקצועית-רפואית על ניווד אל מול שרידות המטופלים המעורבים. לסיכום, ובצל ביקורת אפשרית על הענקת סמכות כה חריגה בנושאים הרי גורל לחקיקת משנה, יש לשקול חקיקה ראשית אשר תסדיר את המנגנון ואת הפרוצדורה לתיעדוף משאבים מוגבלים בשעת חירום כאמור.

115 ראו ה"ש 9 לעיל והכתוב לידה.

116 ראו טוביה חורב, אמה אברוך וניר קידר התמודדות לאומית עם אי השוויון בבריאות: משולחן השרטוט ליישום בפועל (מינהל תכנון אסטרטגי וכלכלי משרד הבריאות, 2013). <https://bit.ly/3hVEUkt>; מאירס ג'וינט מכון ברוקדייל צמצום אי-השוויון ואי-הצדק בבריאות בישראל: לקראת מדיניות לאומית תוכנית פעולה (2006); המכון הלאומי לחקר שירותי הבריאות ומדיניות הבריאות פערים ואי-שוויון במערכת הבריאות: היבטים כלכליים (2003).

117 ראו Sara J. Rosenbaum et al., *Ethical Considerations for Decision Making Regarding Allocation of Mechanical Ventilators During a Severe Influenza Pandemic or Other Public Health Emergency* 1-27 (Atlanta Centers for Disease Control and Prevention 2011) <https://bit.ly/2UDgFzA>; Govind Persad, Alan Weryjeimer & Ezekiel J. Emanuel, *Principles for Allocation of Scarce Medical Interventions*, 373 LANCET 31 (2009).

## 2. כללי מהות בהחלטות תיערוף

המטרה המרכזית של קביעת סדרי עדיפויות בהתאם לתשתית הנורמטיבית שהוצגה לעיל והזכות לחיים/בריאות היא להציל כמה שיותר חיים במציאות של מחסור במשאבי טיפול. פועל יוצא מכך – עדיפות תינתן לחולים שעבורם הטיפול יהיה קרוב לוודאי מציל חיים (מקסום תועלת וקדושת החיים).

על מנת להגשים מטרה זו, על הרגולטור להקים צוות מומחים רלוונטיים ברפואה (טיפול נמרץ, מחלות נשימה, וירולוגיה ועוד) אשר ימליץ על כללי תיערוף, אשר יופעלו בכל מקרה של תיערוף הקצאת מכונת הנשמה או מכשור מציל חיים אחר בעת מגפה דוגמת הקורונה. בהכנת כללי התיערוף יש לאפשר שיח מכיל, וקבלת התייחסות מקבוצות שעלולות להיות מושפעות מן התפיסות (כולל סטריאוטיפים/הטיות) שמנחות את הצוות הרפואי. כך למשל, חובה לשמוע את קולם של נציגי אנשים עם מוגבלויות, מבוגרים/קשישים, חסרי מעמד חוקי בארץ ועוד. עם זאת, ובכך אנו משקפים את עמדת הוועדה כפי שהועברה למשרד הבריאות,<sup>118</sup> אין לדלל את המטרה של כללי התיערוף והיא בחינה רפואית-מדעית של סיכויי השרידות לאור המצב הרפואי של כל מטופל ומטופל.

(א) מי שיש לו הסיכוי הגבוה ביותר לשרוד ללא טיפול רפואי במשאב החסר, ומי שיש לו הסיכוי הנמוך ביותר לשרוד עם הטיפול הרפואי במשאב החסר יקבלו את העדיפות הנמוכה ביותר בגישה למשאב החסר (כמו למשל מכונת הנשמה).<sup>119</sup> על אף האמור לעיל, אסור לקבוע כלל גורף לאי-מתן טיפול ויש לבסס החלטות רק על הערכה אינדיבידואלית של כל חולה וחולה. העיסוק ברפואה מתרגל את הרופאים לחשיבה סטטיסטית ובהקצאת מטופלים לקטגוריות. ברם, אסור לקבוע כלל גורף שלפיו אין מטופלים בסוג מסוים של חולים ללא הסתמכות על בדיקה פרטנית והערכה פרטנית של החולה הנדון, כפי שמורה עקרון המידתיות (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה).<sup>120</sup> לאדם שמורה הזכות להבקיע את חומות הסטטיסטיקה או הסטריאוטיפים של קבוצתו.<sup>121</sup> כך למשל, אסור בתכלית האיסור לקבוע כלל גורף שלפיו מגיל מסוים לא יינתן טיפול רפואי מציל חיים. כלל שכזה מנוגד לחוק ולזכות החוקתית בדבר כבוד האדם.<sup>122</sup> כן אין להתיר שיקולים של מוגבלויות אשר עשויות להיות משמעותיות מבחינת התפקוד היומ-יומי אך אינן משפיעות באופן רפואי ומהותי על סיכויי השרידות בסיטואציה הנוכחית.

118 ראו דו"ח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 2.

119 גולן "קריטריונים אתיים לתיערוף שירותי בריאות", לעיל ה"ש 47, בעמ' 29-32.

120 ראו פרק ג לעיל.

121 ראו ע"א 10064/02 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס' 13 (3) (2005) (כאשר בוחרים את אוברך ההשתכרות, לצורך פיצויים, של ניוזק קטין המשתייך למגזר שסטטיסטית השתכרותו נמוכה מהממוצע (כגון מין או בן מיעוטים), אין להתחשב בכך. ככלל, ובהיעדר ראיות ספציפיות באשר לנפגע מסוים, יש לפצות על פי השכר הממוצע במשק).

122 לעניין זה ראו לעיל את הסקירה החוקית על אודות הזכות לשוויון.

ואולם מותר כמובן להתייחס לפקטור של גיל או לסוג הנכות המסוים כמדד אחד מבין המדדים המשפיעים על הסיכויים של החולה המסוים שבפנינו לשרוד את המחלה.<sup>123</sup>

(ב) כאשר בוחנים את סיכויי השרידות לשם מתן עדיפות טיפול, על הצוות הרפואי לשים דגש על סיכויי השרידות של החולה מהמחלה הנוכחית, קרי הקורונה, בנסיבות מצבו הבריאותי הכללי ולא שרידות כללית ותוחלת חיים לשנים רבות לעתיד. כך למשל בסוגיית הגיל – אכן, כפי שנאמר לעיל, סיכויי השרידות יורדים עם הגיל אבל אם נקבל למשוואה את סיכויי השרידות ארוכי הטווח/תוחלת החיים הכללית כשיקול לגיטימי בהקצאת משאב מוגבל מציל חיים, לעולם תהיה הפליה כנגד אוכלוסייה מבוגרת, הפליה המנוגדת למצע הערכי של קדושת החיים בישראל (המעוגנת בחוקי היסוד), המסרבת להעניק ציון לערך חיים של א' על פני חיים של ב'; "אין אנו מוסמכים, ואין אנו רשאים, להבדיל באיזו צורה שהיא בערכו של האדם – בין עשיר בין עני, בין שלם בגופו לבין בעל מום, בין בריא בנפשו לבין לקוי בשכלו. כל בני האדם, באשר נבראו בצלם אלוהים, שווים הם בערכם ובסגולתם".<sup>124</sup>

ודוק, התיעדוף אינו נותן ערך, אינו משערך את חייו של א' לעומת ב', אלא בהנחה שערך החיים שווה בכולם – למי יש סיכוי טוב יותר לשרוד.

(ג) אסור לקבוע כי הקצאת משאבים מוגבלים תינתן על בסיס שיקולים שאינם מגדירים רפואית את סיכויי השרידות. קריטריונים כגון גיל, מין, גזע, דת, לאום, מצב כלכלי או סוציאלי הם ה"חשודים העיקריים". עיקרון חוקתי זה של "כבוד האדם באשר הוא אדם" הוטמע בסעיף 4 לחוק זכויות החולה הקובע כי מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטייה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה. עם זאת, חוק זכויות החולה עצמו קובע בס' 4 (ב) כי "אין רואים הפליה מטעמי גיל לפי סעיף זה כאשר ההבחנה נדרשת משיקולים רפואיים" ויש להשליך מהחרגה זו על שאר הקטגוריות החשודות להפליה אסורה. כך, לו יתברר כי מוכח באופן מובהק כי שרידות נשים גבוהה משמעותית משרידות גברים, מין יהפוך לאחד הקריטריונים להקצאת רפואית ראויה בנסיבות של תיעדוף. כדאי גם לציין שאל מול חשש ההעדפה שלילית כלפי בני הגיל השלישי, תיתכן קריאה (או אפילו אינטואיציה אינסטינקטיבית) להעדפת קטינים בהקצאה. כך, בתחום השתלות האיברים נקבע כי הגם שמחזיקי כרטיס תורם זכאים לתיעדוף אם שני הממתנים לאיברים שווים בניקוד

123 ס' 4 לחוק החולה הנוטה למות. עם פרסום דו"ח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 2, התחוללה סערה ציבורית בטענה כי הדו"ח מפלה אנשים עם מוגבלויות. ראשי הוועדה נפגשו עם נציב שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות ונציגי ארגוני נכים, אך למרות שינויים בניסוח, הצדדים נותרו באי-הסכמה. ראו שני אשכנזי "את מי מנשמים קודם? המסמך שממשיך להסעיר את הרוחות" גלובס (14.5.2020). <https://bit.ly/3i1IMQY>

124 ר"ע 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661, פס' 9 לפסק הדין של המשנה לנשיא אלון (1986). ראו גם סיגל, לעיל ה"ש 14.

הרפואי שלהם,<sup>125</sup> הסדר זה לא יחול אם אחד מן המועמדים לקבלת האיבר הוא קטין. כלומר, ביטול העדיפות שניתנה למחזיק כרטיס תורם הבגיר כדי לא לקפח את הקטין (מתוך ההנחה שמכיוון שהקטין לא מסוגל היה להביע עמדה או אפילו מנוע מכך חוקית בשל היותו חסר כשרות משפטית להביע דעתו, אין לפגוע בזכויותיו ועל כן היתרון למחזיק הכרטיס אינו מובא בחשבון). אנו בדעה כי בשלב הזה ובהיעדר ראיות לסתור, הגיל חייב להישאר בגדר הקריטריון הרפואי ואם לקטין יש אותו סיכוי רפואי כמו לבגיר ליהנות ממכשיר ההנשמה – מצבם צריך להיות שווה מבחינת הקצאה.

(ד) יש להיזהר מכך שהחולים בקורונה יהיו קבוצה מועדפת לטיפול, בגלל תשומת הלב המיוחדת שלה וזכה מחלה זו כעת. מתן העדפה לחולי קורונה יפגע בעקרון השוויון.<sup>126</sup> לעומת זאת, אין גם להגיע למצב שבו הטיפול בחולי קורונה הוא בעדיפות הנמוכה ביותר, בשל החשש מהדבקה<sup>127</sup> או בשל המחסור במשאבים. על פי עיקרון זה, מכונות הנשמה יוקצו ויתועדפו לכלל החולים הנדרשים להן והנמצאים במצב זהה מבחינת הצורך הנשימתי הדחוף, ולא תהיה עדיפות מיוחדת או פחותה לחולי קורונה. לכן, כל החולים הזקוקים למשאב הטיפולי החסר, ללא קשר למחלתם, צריכים להיכלל באותה קבוצת התייחסות לתיעדוף, וכל חולה ייבחן באופן פרטני באשר לצורך ולסיכויי השרידות שלו בהתאם למחלה האחרת/נוספת שממנה הוא סובל. אין באמור כדי למנוע הליך מיון שונה ומבודד לחולי קורונה בשל הצורך למנוע את התפשטות המגפה אך לא תהליך ההקצאה עצמו.

(ה) נדרש מנגנון הכרעה במקרי קיצון לא סבירים שבהם ישנם חולים אשר ההערכה הרפואית לגבי שרידותם זהה לחלוטין או כמעט לחלוטין ולמומחים אין אפשרות מעשית לתעדף ביניהם. הערכה משפטית של מנגנונים אלו ודרך הפעלתם תיעשה בצמצום, תוך כיבוד (Deference) שיקול הדעת של המטפלים, ובהתחשב בעקרונות שעוצבו כאן. כלי

125 ראו ס' 9(ב)(4) לחוק השתלת אברים.

126 דואר אלקטרוני מהאגודה לזכויות החולה, לכותבים, שכותרתו "אין להפלות בין כרוני לקורוני" (בתקופה זו שבה מרב תשומת הלב הציבורית נתונה לקורונה, נשכחים לעיתים מאות אלפי החולים במחלות אחרות. כמובילי קואליציה של עשרות ארגוני חולים אנו עדים למגוון סוגיות שהקורונה הביאה אל פתחם של אלה המתמודדים עם מחלות כרוניות ומצבים רפואיים מורכבים המייביים התייחסות מיוחדת לשם הבטחת בריאותם. אנו פועלים אל מול מקבלי ההחלטות כדי למנוע הפליה ופגיעה בבריאות הציבור ובשירותי הרפואה להם זכאים החולים הכרוניים (לב, סרטן ועוד). עיקר המאמצים בעת חירום מופנים למאבק בקורונה ועל כן מתחדרת חובתנו להשמיע את זעקת המטופלים ולדאוג כי יקבלו את הטיפול הרפואי לו הם זכאים וזקוקים, חרף אילוץ התקופה") דואר אלקטרוני מהאגודה לזכויות החולה לכלל המנויים ברשת הדיוור שלה, (10.9.2020, 09:07). ראו "הרצף הטיפולי שלי": כיצד מתמודדים הסובלים ממחלה כרונית עם שגרת הקורונה? וואלה בריאות <https://bit.ly/3e70Gkd> (6.7.2020).

127 ראו השווה לחוזר ראש שירותי בריאות הציבור 13/11 "ההתייחסות לאנשים החיים עם HIV המטופלים במוסדות רפואיים" (16.11.2011) (אין לנתח אחרון, מכין רשימת המנותחים לאותו יום, חולה הידוע כי הוא אדם שחי עם HIV או איידס רק בשל כך).



אפשרי אחד הוא להותיר את ההחלטה בידי הרופאים תוך ציון מפורש בתיעוד/דו"חות שהיא התקבלה בנסיבות קיצון וללא הכרעה מהותית בין הממתינים. במקרים שבהם מתאפשר, יש לבחון מה הן העדפות המטופל עצמו, ולאפשר לו להשתתף ואף לסייע בקבלת ההחלטה הקשה. דוקטרינת ההסכמה מדעת מעצימה את המטופל ואין לקבל את ההנחה והפרקטיקה של מטופל אין כלל תפקיד ומשקל בקבלת ההחלטות במצבים אלו.<sup>128</sup> לחלופין יש המעדיפים בחירת החולה בהגדרה אקראית, הנתפסת כמוסרית והאתית ביותר להכרעה כה קשה וכאשר לא ידועים רצונות המטופלים או שרצון כולם לקבל טיפול באופן זהה.<sup>129</sup>

(ו) כיבוד רצונו של המטופל: ההנחה היא, בהיעדר מידע אחר על רצונו של המטופל, כי כל מטופל רוצה בטיפול להארכת חייו. בנסיבות רגיעה על הצוות הרפואי לכבד את רצונו של המטופל, וחובה לברר את רצונו בנסיבות העניין, לשאול בדבר קיומן של הנחיות מקדימות או ייפוי כוח מתאים,<sup>130</sup> ולבחון את התאמת הטיפול ופולשנותו לרצונו המוקדם של המטופל. ברם, בעתות חירום וכאשר התחזית להתדרדרות מהירה של המטופל מבחינת תפקודים חיוניים עומדת לנגד עיני הצוות, המטופל ומשפחתו, הרי שלקראת מעבר של מטופל ממצב בינוני למצב קשה, שעלול לחייב טיפול בהנשמה, יש לקיים שיחה ולהסביר על התהליך ועל תוצאותיו המקוות וסיכוניו עם המטופל ועם בני משפחתו (העתידיים להיות אפטרופוסים לגוף). בספרות האקדמית כבר הוטבע המושג של הסכמה מונחית/מועצמת קורונה – COVID-19 enhanced informed consent.<sup>131</sup> אחד המאפיינים הייחודיים למצב זה הוא כי בתנאי רגיעה וללא מחסור יודע המטופל כי הצוות הרפואי יעשה עבורו ככל שלא ידו כדי להטיב את מצבו. כך, חולה שיורדם ויונשם ייוותר בטיפול נמרץ או במחלקה עד להטבת מצבו או חלילה עד לסוף חייו. ברם, בעתות מחסור, הרי ששיקול צדדי (קרי מצבו של הזולת והצורך לתעדף), ישפיע על המשך הטיפול שלו הוא יזכה – חולה עם סיכויי שרידות נמוכים עלול שלא לקבל את מכונת ההנשמה בגינו של מטופל אחר בעל סיכוי משופר. אם כן, בעת התקיים הצורך בתיעודף, יש להבטיח ככל שניתן את קבלת ההסכמה של המטופל/ת או לכל הפחות יידוע שלו/ה או של בני המשפחה על אודות מנגנון התיעודף ודרך הילוכו והפעלתו, גם לנוכח עימות או אי-הסכמה בין רצון המטופלים או משפחתם ליכולת המערכת לעמוד בה.

128 להסכמה מדעת ראו ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 764, פס' 8-12 לפסק הדין של השופט דורנר (2002); ע"א 1309/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פ"ד סה(3) 164, פס' 13 לפסק הדין של השופט עמית (2012). להסכמה מדעת בנושא מגפת הקורונה ראו גיל סיגל "דוקטרינת ההסכמה מדעת באור ובצל מגפת COVID-19 ('הקורונה') עלון הביוראתיקה 21 (2020).

129 ראו Ezekiel, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2050-2053.

130 ס' 32א ו-32ב לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120.

131 ראו Ava Ferguson Bryan et al., *Unknown Unknowns: Surgical Consent During the COVID-19 Pandemic*, 272(2) ANN. SURG. e161 (2020) <https://bit.ly/3e7Pxzw>

יש להיות ערים לכך שאם יתקיים תרחיש המחסור ביכולות הטיפול, הצוות הרפואי עשוי להחליט על אי-מתן טיפול למטופל. אי-מתן הטיפול עשוי להיות בהתאם (בהינתן קיומן של הוראות מקדימות), או דווקא בניגוד לבקשתו המקורית של המטופל. כלומר שבמצב מחסור צפויה הלימה רק עם רצונם של אותם המטופלים שביקשו להימנע מטיפול פולשני. לכן, יש רגליים לטענה שבמצב מחסור לא ראוי לברר את רצון המטופלים, משום שבעת מחסור ממילא לא יתחשבו ברצונם, ואז בירור רצונם הוא משלה ומטעה. לחלופין, וכך עמדנו, ניתן לומר שישנה משמעות מוסרית אתית לעצם בירור רצונו של אדם כביטוי להכרה בחשיבותו של מרחב האוטונומיה האישי שעל הצוות הרפואי לכבד, הגם שבנסיבות קיצוניות לא יצליח הצוות לעמוד ברצונות אלו. בנוסף, באותם מקרים שבהם תהיה הלימה בין רצון הפרט (להימנע מטיפול או להעביר את מכשיר ההנשמה למטופל בעל סיכויי שרידות טובים משמעותית), להחלטה הטיפולית לתעדף מטופל אחר, יש בכך משום הקלה הן על המטופל והן על הצוות הרפואי, המתייסר בסוג כזה של החלטות הן בשעת מעשה והן בדיעבד.

(ז) ככל שחולה המקבל טיפול (למשל מכונת הנשמה) ומצבו אינו משתפר והצוות הרפואי מעריך כי סיכויי שרידותו נמוכים מאוד או שהם פחתו משמעותית לאור אי-השיפור/החמרה במצבו (לדוגמה מונשם ימים רבים), אזי יש לבחון קביעת מנגנון להוצאת חולה מטיפול נמרץ/הנשמה לשם הכנסת חולה אחר בעל סיכויים גבוהים יותר אשר ממתין למשאב הטיפולי. יובהר שכוונתנו לפערים דרמטיים בסיכויי שרידות – 2% מול 60%, אך לא 40% לעומת 60%. כמו כן, כלל הניוד של ציוד בין מטופלים כפוף להגבלות של חוק החולה הנוטה למות.<sup>132</sup> לכן, מקרה קיצון של העברת מכשיר ממטופל למטופל יישקל רק במקרים שבהם הטיפול בראשון נחזה להיות עקר/בעל סיכויים נמוכים, על פי מגבלת ס' 13 לחוק החולה הנוטה למות, הכולל את המגבלה ש"לא לגרום נזק לאחר",<sup>133</sup> ואין עוד אינדיקציה לטיפול זה (במכונת הנשמה) לפי הסטנדרט הרפואי הסביר בנסיבות המגפה. מקרה כזה יובא לאישור גורם שאינו הצוות הטיפולי הישיר במחלקה, וידווח למשרד הבריאות. אין לכפות על איש צוות רפואי, אשר אמונתו מנוגדת למעשה, את ביצוע ההעברה, והוא יהיה חסין מכל הליך משפטי ו/או משמעותי בשל סירוב זה.<sup>134</sup> חולה אשר מוסר ממכונת הנשמה צריך להיות מטופל במכשיר אחר שיעילותו אכן פחותה, אך שעדיין מעניק סיוע נשימתי נדרש ככל שניתן וככל שיש כזה. קיימת חובה משפטית להמשיך בטיפול רפואי אחר ככל שנדרש וככל שניתן, ובוודאי טיפול פאליאטיבי.<sup>135</sup>

132 ס' 13 ו-19 לחוק החולה הנוטה למות.

133 שם, בס' 13.

134 לדיון בהיבטים פליליים של החלטת צוות רפואי העלולה להביא למותו של אדם ראו הלוי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 77-91.

135 טיפול פאליאטיבי הוא טיפול תומך שאין ביכולתו לרפא כי אם להקל על תופעות גופניות ונפשיות למחלה היסודית (למשל טיפול המשכך כאבים במקרה של סרטן מפושט) <https://bit.ly/3xAARKn>. ראו גם אתר האיגוד לרפואה הפאליאטיבית בישראל <https://bit.ly/3e4XCVq>.

(ח) עירוב שיקולי הקצאה שאינם רפואיים נחזה על פניו להיות פסול. עם זאת, יש לשקול קטגוריות ייחודיות שלגביהן תהיה התייחסות מיוחדת ומתן קדימות. הדוגמה הבולטת היא הענקת עדיפות לאנשי צוות רפואי. ברור כי איננו עוסקים בצוות רפואי במובנו הרחב (כל מי שעוסק ברפואה) אלא במתן עדיפות לאנשי צוות רפואי העוסקים בטיפול ישיר בחולי קורונה, ובוודאי אותם אנשי צוות שנדבקו במהלך התגייסותם לטיפול בחולי קורונה. במקרה זה, הן משיקולי תמרוץ הצוותים שלא להימנע מחשיפה לסיכון, והן משיקולים של מתן טיפול לאותם אנשי צוות כדי שיוכלו לחזור ולסייע בטיפול בחולים עם החלמתם, יש לדעתנו מקום לתת להם עדיפות מסוימת. משקלה של העדיפות לא יהיה מכריע אבל הוא עשוי להטות את הכף במקרים של שני מטופלים במצב דומה. מנגנון דומה נחקק בישראל בנושא הקצאת איברים להשתלה: מי שחתם על כרטיס תורם זוכה לנקודות בניקוד הקצאת איברים,<sup>136</sup> ואירע בפועל בעת תיעודף הקצאת מנות החיסון הראשונות לקורונה לצוותים הרפואיים.<sup>137</sup> ברם, מהלך כזה מחייב דיון ציבורי רחב שבו יובהרו לציבור משמעותו ומטרתו. אנו צופים כי רוב הציבור יקבל מהלך זה כביטוי הערכה לצוותים הרפואיים שמשליכים חייהם מנגד יום יום. לעומת זאת, עדיפות לנושאי תפקידים (ראש ממשלה, רמטכ"ל וכו') הם נושאים רגישים פוליטית ואין בכוונתנו לדון בכך במסגרת מאמר זה. עם זאת נעז לומר שכל העדפה מסכנת את אמון הציבור ויש לעשותה בשום שכל, בהסברה נאותה ובהירות המתחייבת.

קצרה היריעה מלדון לעומק בסוגיית הקצאה למטופלים שאינם תושבים/אזרחים כגון מסתננים, מבקשי עבודה, שוהים בלתי-חוקיים או תיירים, אך הקביעות הערכיות באשר לכבוד האדם אינן נעצרות בעמדות רשויות ההגירה בנתב"ג או במעבר אלנבי. כבוד האדם וזכותו לקבל טיפול חירום מונעים סלקציה (עם הקונוטציה הקשה שלה בזיכרון הלאומי שלנו) שכזו. ברם, גם אלמנט תועלתני יש כאן כיוון שישראלים רבים מצויים במדינות שמעבר לים ובשם עיקרון ההדדיות במשפט הבינלאומי על ישראל להעניק טיפול רפואי לנמצאים בשטחה מתוך תקווה כי אזרחיה יזכו לטיפול מקביל במדינות שהותם.

136 ראו ס' 9(ב)4 לחוק השתלת אברים. Nurrit Guttman, et al., *Promoting Organ Donation Registration with the Priority Incentive: Israeli Transplantation Surgeons' and other Medical Practitioners' Views and Ethical Concerns*. 34(5) *BIOETHICS* 527 (2020) אך ראו מאמרי ביקורת: Govert Den Hartogh, *Priority to Registered Donors on the Waiting List for Postmortal Organs? A Critical Look at the Objections*, 37(3) *J. MED ETHICS* 149 (2011); Muireann Quigley, Linda Wright, & Vardit Ravitsky, *Organ Donation and Priority Points in Israel: An Ethical Analysis*, 93(10) *TRANSPLANTATION* 970 (2012) 137 למעגלי התיעודף כפי שנקבעו במשרד הבריאות ראו הנחיית מנהלת האגף לאפידמיולוגיה 77411121 "תיעודף למתן חיסונים עפ"י המלצת הוועדה לחיסונים נגד קורונה – עדכון מס' 4" (26.1.2021) <https://bit.ly/3r4VR04>. ראו גם אליאב בטיטו "קופות החולים זימנו את המתחסנים הראשונים; מוקד מכבי קרס" מעריב (17.12.2020) <https://bit.ly/3e6IEhW>

באשר לתושבי הרשות הפלסטינית, בג"ץ 168/91 מימי מלחמת המפרץ ובנסיבות של מחסור בערכות מגן, פרס את עמדת בית המשפט העליון דאז<sup>138</sup> כי חובתה של המדינה לדאוג למצויים בשטחה ובאחריותה, מבלי שימת לב למעמדם האזרחי והורה על הקצאת ערכות מגן לכלל האוכלוסייה בשטחים הנמצאים בסיכון לחשיפה. במהלך מלחמת עיראק השנייה, ולאחר הקמת הרשות הפלסטינית, הורה בית המשפט העליון על חובה מוגבלת לחלוקה רק לתושבי אזור C, שבשליטת ישראל.<sup>139</sup> באותן נסיבות התחייבה המדינה לחלק ערכות לעובדים זרים<sup>140</sup> מבלי לבדוק את חוקיות שהותם בארץ. עם הגעת חיסון הקורונה לישראל הועברו כמה אלפי מנות לרשות, אך בעת כתיבת שורות אלו לא מדובר במבצע רחב ממדים.<sup>141</sup>

## סיכום

חקר משפטי זה של החלטות תיעדוף של ציוד רפואי מציל חיים משקף לקוראים מעבר מתרגיל אינטלקטואלי-תאורטי למציאות רפואית שעלולה להתגשש על ציבור המטופלים כמו גם על המטופלים בישראל במצבי חירום ובתנאי מחסור, והדרך לאסדר את הקצאת אמצעי הרפואה. הגם שבעת כתיבת שורות אלו (מאי 2021) החשש מאי-ספיקה של מערכת הבריאות בצל הקורונה הוסר, ההכרעות כאן מהוות תבנית, Blue Print לדיון כללי יותר בהקצאת משאבים בתנאי מחסור. אכן, הכרעה משפטית א-פריורית (Ex ante) בדבר זהות הכללים המשפטיים המחייבים וגבולותיהם ממסגרת את מרחב התמרון של מקבלי ההחלטות הרפואיות. החקר בשלב ראשוני זה מאפשר לשרטט את המתווה באופן שיעניק לאנשי הרפואה את עיקרי היסודות לביצוע התיעדוף, על סמך היצירה החקיקתית, החוקית והאתית בישראל, "כחול לבן".

ניתוחנו התבסס על העמדה שלפיה הצלת כמה שיותר חיים (מבלי לשפוט את ערכם היחסי או הסגולי) מתעדת חולים שמתן הטיפול בהם יהיה קרוב לוודאי מציל חיים עבורם. הפרשנות לביטוי "מציל חיים" מתייחסת לאירוע הקריטי שבפנינו (הן חולה קורונה והן באדם החולה במחלה אחרת), תוך נטרול הערכה של שנות חיים כלליות שנותרו לאותו

138 בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 471 (1991) ("טענת הפליה היא תמיד שפיטה. חוסר שוויון הוא תמיד שפיט. אין צורך בכל מומחיות מיוחדת שאינה מצויה בדינו כדי להבין, שהסיכון של האוכלוסייה הישראלית גדול מהסיכון של האוכלוסייה באזור. גם כעת, אין צורך בכל מומחיות מיוחדת שאין מצויה בדינו כדי להבין, כי יישובים באזור המצויים בקרבת יישובים ישראלים מצויים – לאור חוסר הדיוק של אמצעי הלחימה – באותו סיכון עצמו. ואין כל צורך במומחיות מיוחדת כדי לדעת, כי הכול שווים בפני החוק").

139 ראו נעמן היימן 1991 – חובת הגנה אזרחית כלפי פלסטינים באזור יהודה ושומרון" אתר צה"ל <https://bit.ly/3xBBPwm>.

140 ראו "בג"ץ: רק הפלסטינים בשטחי C יקבלו ערכות מגן" Ynet (18.2.2003) <https://bit.ly/3r2FmkO>.

141 פרוטוקול מס' 18 משיבת ועדת המשנה למדיניות ואסטרטגיה של ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-23 (15.2.2021) <https://bit.ly/3xvzlNs> ("רועי בנימיני, ראש ענף פלסטינים במל"ל, השיב: ראש הממשלה אישור את העברת 5000 החיסונים, בהתאם להמלצות מערכת הביטחון ומשרד הבריאות, אבל אינני יודע להגיד כעת באיזה פורום התקבלה ההחלטה").

אדם לחיות, וההכרעות בין מטופלים תתבססנה אך ורק על הערכה אינדיבידואלית של החולה, ועל השוואתו האינדיבידואלית לחולה אחר. אחד החידושים של מאמרנו זה הוא הפיכת המטופל לחלק עיקרי בשיח התיעודי, והענקת מקום מרכזי לרצונו של המטופל עצמו – הן בחזקת הרצון לחיות אך גם ביכולת לתת הנחיות מקדימות (במגבלות חוק החולה הנוטה למות) וכן ביכולתו לוותר על מקומו עבור מטופל אחר.

כדי לנסות ולהבטיח את אמון הציבור בהכרעות התיעודי הצענו כמה כלים ומנגנונים פרוצדורליים שיבטיחו, ככל הניתן, שקיפות, אחידות, הוגנות והגינות בהקצאת מכוונות ההנשמה והצוות הרפואי הנדרש. התייחסנו בכובד ראש לצורך האקוטי להבטיח ככל שניתן מניעת הפליה פסולה כנגד מגזרים שונים ובהם תושבי פריפריה, מבוגרים, אנשים עם מוגבלויות וכדומה, תוך ההבנה שהבחנות מותרות הנוגעות לשרידות מהאירוע הנוכחי ישמשו ככלי העיקרי לתיעודי. בהצגת המורכבות של שקלול גורמים לברי-רפואיים בתהליך ההקצאה, יישמנו את חלקם (כגון העדפת אנשי צוות רפואי) מתוך הבנה ורגישות כי יש בכך להעלות את מפלס אי-ההסכמה בשעה מורכבת זו.

נחתום מאמר זה בקריאה ברורה וצלולה לקובעי המדיניות ולמי שאחראי על הפעלתם לעשות ככל אשר לאל ידם להטמיע אצל העושים במלאכה את העקרונות שנפרסו כאן. כיבוד חיי האדם באופן שמקרב אותנו זה לזה, באופן שמגביר סולידריות אל מול המגפה (או אל מול מצבי חירום רפואיים אחרים בעתיד) הוא חיסון אזרחי חיוני לשרידות החברה בישראל. הגם שמגפת הקורונה עשויה לחלוף (בשל חיסון יעיל) או עלולה ללוות אותנו שנים רבות, חשוב שאם חלילה נגיע בעתיד לצורך בתיעודי בתנאי עקה ומחסור בהתמודדות עם מצבי חירום אחרים, הרי שהציבור והעושים במלאכה יהיו סמוכים ובטוחים כי מלאכתם מבוססת על אדני יושר, יושרה והכרעות מוסריות ראויות.