

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2974/06

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט א' רובינשטיין

העותרים: 1. ויקטוריה (ויקי) ישראל
2. בקול – ארגון כבדי שמיעה ומתחרשים
3. רופאים לזכויות אדם
4. מרכז אדווה

נגד

המשיבים: 1. הועדה להרחבת סל הבריאות
2. שר הבריאות
3. שר האוצר
4. ממשלת ישראל
5. שירותי בריאות כללית

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: ו' באייר התשס"ו (04.05.06)

בשם העותרים: עו"ד דורי ספיבק

בשם המשיבים 1-4: עו"ד דנה בריסקמן; עו"ד מיכל צוק

בשם המשיב 5: עו"ד אריאל מייטליס

כתבי טענות: [עתירה דחופה למתן צו על תנאי](#), עו"ד דורי ספיבק

כתבי טענות: [טיעונים משלימים מטעם העותרים](#), עו"ד דורי ספיבק

מיני-רציו:

* בריאות – ביטוח בריאות ממלכתי – סל שירותי הבריאות

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – שוויון בפני החוק

* משפט חוקתי – שוויון בפני החוק – שמירת כבוד האדם

* משפט חוקתי – חוקי יסוד – מידתיות

עתירה לתיקון פריט 14 בפרק "שירותים בהשתתפות עצמית של המבוטח" שבתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 (להלן - החוק), כך שבגיר בעל חרשות דו-צדדית שאינה ניתנת לשיקום ע"י מכשירי שמיעה, והנזקק לניתוח להשתלת האביזר "שתל שבלול" לשם הצלת שמיעתו, יהיה פטור מ"תשלום ההשתתפות" הנדרש כיום לפי החוק, שהוא 70% ממחיר הניתוח (70 אלף ₪ מתוך 100 אלף ₪). לחילופין, מבוקש להפחית את גובה ההשתתפות כדי לאפשר נגישות לניתוח לנזקקים. לחילופין, מבוקש תיקון סל השרותים כך שקופות החולים יחוייבו לספק את הניתוח ללא תשלום השתתפות או בתשלום מופחת ובמקום שחוש השמיעה חיוני לצורך קיומו בכבוד של המתחרש. שמיעתה של העותרת בענייננו מוגדרת כ-15% משל אדם בריא, והיא הולכת ומתחרשת. יצוין, כי ניתוח "שתל השבלול" יעיל יותר אצל מי שמצוי בתהליך ההתחרשות וטרם התחרש, כפי שזה בענייננו, ועל כן יש לאפשר את ביצועו במועד הקבוע בסוף חודש יוני 2006.

בג"ץ דחה את העתירה, וקבע:

המנגנון לקביעת שיעור ההשתתפות נשוא הדיון הינו מנגנון שנקבע בחקיקה ראשית. לשם שינוי סל הבריאות - שבענייננו מפנה לתוספת השנייה לחוק, הקובעת השתתפות של 70% בעלות הניתוח - נקבעו בחוק מדרגי סמכויות, וככל שהמדובר בתוספת עלות, כמו במקרה דנא, נתונה הסמכות לשר הבריאות, שר האוצר והממשלה במשולב, ויש צורך במקור מימון. המנגנון הפועל בתחום זה הוא הועדה הציבורית להרחבת סל שירותי הבריאות (ועדת הסל), ובה אישים מדיסציפלינות שונות, הממליצה למועצת הבריאות אשר פועלת מכוח סעיף 48 לחוק ביטוח בריאות; מועצה זו מוסמכת לייעץ לשר הבריאות באשר לשינויים הנוגעים גם לטכנולוגיות חדשות. סדר הטיפול הוא איפוא ועדת הסל, מועצת הבריאות, שר הבריאות, שר האוצר והממשלה. דהיינו, המדובר בנושא הקבוע בחקיקה ראשית, ושאינו סטטי. ועדת הסל נדרשת קבע לנושאי הטכנולוגיות והתרופות החדשות, וראיה לדבר שאכן שינתה פעמיים, את הפריט נשוא ענייננו בנוגע לקטינים, והדבר אושר ונחקק.

ביהמ"ש קבע, כי לא ניתן לחלוק על כך שמדובר בענייננו בתהליך החלטה סדור ושהתערוף שעורכת ועדת הסל הוא הכרחי, ועל כן, קשה לומר שישנה אפליה ע"י קביעת התערוף.

אומנם לדעת ביהמ"ש אכן מתעוררת שאלה באשר ל"מידתיות" שיעור ההשתתפות בענייננו, אולם הנושא מסודר בקביעה של המחוקק, בחקיקה ראשית. ביהמ"ש מוסיף ומציין, שגם העובדה שהתיקון לתוספת השנייה נעשה בצו, קרי בחקיקת משנה, איננה רלוונטית, שכן ההוראה קיבלה גושפנקא ישירה של המחוקק הראשי. בהקשר זה, מציין ביהמ"ש כי אין מקום להכריע בשאלה האם התוספת היא בבחינת דבר חקיקה ראשי העומד לביקורת חוקתית או שמא חקיקת משנה העומדת לביקורת בדין המנהלי, וזאת מכיוון שבמנגנון שנקבע לעניין הסל (ועדת הסל), ודרכי עבודתו אין דופי. יחד עם זאת, מפרט ביהמ"ש את הדעות השונות בנושא: מחד, עצם הגושפנקא שניתנה לסל ע"י המחוקק הראשי מקרבת אותה להוראת חוק, ומאידך, הליך תיקונה מקרב אותה לבקרת חקיקת משנה, ויש פנים לכאן ולכאן.

ביהמ"ש דחה את טענת העותרים כי יש בקביעת שיעור ההשתתפות של 70% משום הפליה הפוסלת אותה. ביהמ"ש קבע כי אין בפניו תשתית מספקת כדי לבחון את העתירה בחינה חוקתית.

לאור כל זאת, דחה ביהמ"ש את העתירה. יחד עם זאת, קרא ביהמ"ש לועדת הסל לשוב ולשקול את הנושא ולבחון האם יש מקום לשנות את שיעור ההשתתפות. זאת, תוך הפנייה לשאלת "מידתיות" שיעור השתתפות זה.

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. העתירה

1. עתירה זו נוגעת, כעתירות אחרות בתחום ביטוח בריאות הבאות בפני בית משפט זה, בנימים חשופות ועצובות שבמתח בין השאיפה לסייע לחולים במצוקתם ככל הניתן, ובין המגבלות התקציביות ותוצאתן. פעמים הדברים נוגעים לעצם החיים, לתרופות או פרוצדורות מצילות חיים או מאריכות חיים, ופעמים שהם נוגעים לתרופות או פרוצדורות שעניינן איכות החיים, ואם נרצה, מותר האדם כיצור חברתי המתקשר עם זולתו והמקיים עצמו בכבוד. מן הסוג האחרון היא העתירה שלפנינו.

2. העותרים כוללים אשה שבכף מוטלות היזקקותה ומשאלתה לניתוח הקרוי "שתל שבלול" (שתל קוכלארי), שיציל את שמיעתה; ועמה שלושה עותרים ציבוריים, בקול - ארגון כבדי שמיעה ומתחרשים, רופאים לזכויות אדם ומרכז אדווה.

3. העתירה מכוונת עצמה כלפי פריט אחד מפריטי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 (להלן החוק או חוק ביטוח בריאות), הוא פריט 14 בפרק "שירותים בהשתתפות עצמית של המבוטח", שבתוספת השניה לחוק, הכוללת שירותי בריאות שניתנו על-יד קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בישראל, כשמה בעת חקיקת החוק (כיום משיבה 5) במועד הקובע שהוא י"ח בטבת תשנ"ד (1.1.94). משאלת העותרות היא כי הפריט יתוקן כך, שבגיר בעל חרשות דו-צדדית שאינה ניתנת לשיקום על-ידי מכשירי שמיעה, והנזקק לניתוח להשתלת האביזר "שתל שבלול" לשם הצלת שמיעתו, יהא פטור מ"תשלום ההשתתפות" הנדרש על פי החוק כיום, שהוא 70% ממחיר

הניתוח, קרי כ- 70 אלף מתוך כמאה אלף נש. המשאלה החלופית היא הפחתת גובה ההשתתפות כדי לאפשר נגישות לניתוח לנזקקים. המשאלה לחלופי-חלופין היא תיקון סל השרותים כך שקופות החולים יחוייבו לספק את הניתוח ללא תשלום השתתפות או בתשלום מופחת ובמקום שחוש השמיעה חיוני לצורך קיומו בכבוד של המתחרש.

4. העותרת היא מורה, אם חד-הורית שאינה זוכה למזונות מבעלה לשעבר. משכורתה נמוכה, בהיקף משרה של 130%, ומאפשרת לה – כנטען – לפרנס אך בקושי את בני משפחתה. מצב שמיעתה אינו טוב מזה שנים, אך הלכות החריפה, והיא הולכת ומתחרשת (כיום שמיעתה מוגדרת כ-15% משל אדם בריא), למרבה הצער. הניתוח להשתלת "שתל השבלול" עשוי להציל את שמיעתה, בלעדיו ייפגעו, כנטען, פרנסתה ויכולתה לתפקד במשפחתה. היא פנתה למשיבות ומנסה להשיג גם תרומות לשם הניתוח. יצוין כי כנטען טכנולוגית השתל יעילה יותר למי שמצוי בתהליך התחרשות וטרם התחרש, מאשר למי שאינו שומע כל עיקר מזה זמן רב, ומכאן חשיבות הניתוח במועד קרוב, הקבוע ל-25.6.06.

5. לטענת העותרים, יש לפרש בצמצום את הסמכות לקביעת תשלומי השתתפות בעבור שירותים שבסל הבריאות, וקביעת תשלום השתתפות כה גבוה משמעה כי שירותי בריאות במימון ציבורי יינתנו אך לעשירים. על פי הנטען, ובהסתמכות על הערכה של פרופ' יוסי אטיאס, ממרכז "שניידר" לרפואת ילדים, הנזקקים לטיפול זה מספרם כעשרים איש לשנה, שהם מתחרשים מבוגרים כעותרת (כפי שיפורט להלן אין דרישת ההשתתפות חלה על קטינים) והעלות היא כ-1,400,000 ₪. לא למותר לציין כי לדברי פרופ' אטיאס (מכתב מיום 4.4.06 לבא-כוח העותרים) 80-90 אחוזים מניתוחי שתל השבלול הנעשים בארץ הם לילדים, ורק היתר למבוגרים שבהם עסקינן.

6. לחלופין נטען כי יש לקבוע אמות מידה להשתתפות מדורגת, שיאפשרו למתחרש שאינו בעל יכולת להמשיך לעבוד ולהתקיים בכבוד.

7. נטען כי זכות היסוד לביטוח בריאות, המבוטאת בחוק ביטוח בריאות, היא חלק מכבוד האדם; ובהקשר זה אמנם יש מקום להשתתפויות מסוימות של מבוטחים בעלות התרופות או הטיפולים, אך 70% היא רמת השתתפות שאינה סבירה ואינה מידתית, על

ההשתתפות להיות ברמה נמוכה, כדי שלא למנוע נגישות לשירותי בריאות בסיסיים. במקרה דנן, משמעות גבייתם של סכומי ההשתתפות הגבוהים היא בחינת סובסידיה למי שיוכלו לממן ניתוח מכיסם, ועל כן אין מקום לשויון פורמלי-שמשמעו אי שויון מהותי.

8. נטען כי סל הבריאות הורחב לאורך השנים, בעקבות חקיקה ופסיקה, ואף בתחום ספציפי זה עצמו-שתל השבלול-בוטל, בשני שלבים, תשלום ההשתתפות לקטינים; ובמישור של יעילות כלכלית עדיפה הליכה לקראת העותרת והמתחרשים האחרים על הפיכתם לנתמכי סעד, דבר שמחירו יהא גבוה יותר ויש בו פגיעה בכבוד.

9. לחלופי חלופין נטען, כי על קופות החולים בכגון דא להפעיל שיקול דעת פרטני, כמו בוועדות חריגים הפועלות בהן לצרכים שמעבר לסל הבריאות.

10. בטיעוניהם המשלימים, בשונה במובנים מסוימים מן הטיעון הבסיסי, העלו העותרים את העתירה למדרגה מעין-חוקתית. לשיטתם גובה ההשתתפות הנדרש (70%) הוא קיצוני וחריג, בהשוואה להשתתפויות אחרות הנדרשות על פי חוק ביטוח בריאות. דבר זה פוגע בזכות לשויון, שכן מי שאין ידו משגת לממן את ה"השתתפות" לא יזכה גם לסכום שמקציב החוק; הקצאת שירותים צריך שתיעשה באופן התואם את הזכות לשויון. לשיטת העותרים אין דרישת ההשתתפות עומדת בתנאי המידתיות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן למצער השתתפות של מעל 50% אינה מידתית; ומכאן העתירה לקביעת אמות מידה לנושא זה העשויה לצמצם את הפגיעה, ולחלופין – דיון בוועדת חריגים. אין איסור, לשיטת העותרים, על קופות החולים לדון בחריגים גם כשהללו מצויים בתוך סל הבריאות, ולא מחוצה לו. על ידי המוצע ניתן להסיר – לשיטת העותרים-את כתם אי החוקתיות שדבק בנושא, תוך יישוב הסתירה בין השויון לבין ההשתתפות הגבוהה הנדרשת.

ב. עמדת המשיבות 1-4: המדינה

11. לשיטת המדינה יש לדחות את העתירה, שכן מדובר בה בביטול הסדר הקבוע בחקיקה ראשית, בעוד שלא הוצגה תשתית לפגיעה בזכות חוקתית. חוק ביטוח בריאות "צילם" את המצב הקיים בשנת 1994 על פי השירותים שנתנה קופת חולים כללית באותה

תקופה. גם ההסדר שבפריט 14, קרי, השתתפות עצמית של 70%, הוא ביסודו "צילום המצב הקיים" דאז, ככל שהמדובר במבוגרים (לגבי קטינים תוקנה התוספת פעמיים וכוללת את כולם, ללא השתתפות). על פי סעיף 8(1) לחוק, אין תוספת שירותים לסל בלא מקור מימון; המנגנון להחלטות בדבר שינוי הוא הליך מורכב, הכולל ועדה ציבורית להרחבת סל הבריאות (להלן ועדת הסל), הפועלת בתהליך מקצועי ממושך. קביעת הטכנולוגיות החדשות מחייבת סדרי עדיפויות וקדימויות תוך שקלול כל הגורמים; ולאחר ועדת הסל באה מועצת הבריאות, ובעקבותיה הליכים בממשלה, תוך ראייה כוללת.

12. נטען כי מעבר לתיקונים בתוספת שפטרו קטינים מתשלום בעניין השתל, נבדקה בועדת הסל הרחבת מימון גם למבוגרים, אולם הוחלט עד כה להכליל בתעדוף גבוה טכנולוגיות אחרות ולא את זו; בנושא "שתל השבלול" ההערכה היא כי המדובר בכ-30 מקרים חדשים בשנה (לעומת 20 שבפי העותרים כאמור), קרי עלות של כ-2.25 מיליון ₪. לפי שעה החליטה ועדת הסל שלא לכלול בסל שתל זה- כמו גם טכנולוגיות ותרופות חדשות אחרות למחלות הסרטן, יתר לחץ ריאתי, נשאי HIV ועוד; זאת, חרף הגדלה משמעותית של הסל. מועצת הבריאות והממשלה אישרו את ההמלצות שלא כללו שתל זה. הדיון עבר איפוא תהליך מסודר, ואין מקום להתערבות בו.

13. ועוד, לשיטת המדינה, המדובר בזכות חברתית-כלכלית, שאינה בהכרח חלק מכבוד האדם המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לממשלה ולכנסת הפרווגטיבה לקבוע סדרי עדיפות; אין לנתק את הדיון בשתל השבלול מן ההקשר הכולל של סל הבריאות. גם האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מ-1966 שישראל אישרה אותה, כוללת זכות ליהנות מרמת הבריאות הגבוהה ביותר שניתן להשיגה (סעיף 2.1) אך הדבר כפוף לזמינות מקורות ולשלביות, והחובה מקוימת, תוך שמתחייבת קביעתם של סדרי עדיפות. אין המדובר איפוא בחובה קונקרטיית מוחלטת המנותקת מההקשר הפנימי.

14. עוד, נמסר כי בפעם הבאה בה יידונו טכנולוגיות לצורך הכללתן בסל הבריאות, יועלה לדיון גם נושא השתתפות העצמית בשתל השבלול.

15. בהודעה משלימה נטען כי המבוקש בפי העותרים משמיע התערבות חזיתית וחרیפה בעבודתה של ועדת הסל, המחויבת לקבוע תערוף בעבודתה; ואדרבה, ההצעה ליצור הבחנות בין מתחרשים חדשים לפי מצב תעסוקתי או כלכלי עלולה לפגוע בעקרון השיוויון.

16. נאמר, כי אין מניעה שקופת חולים תנכה השתתפות עצמית מופחתת, בתנאי של שוויונות.

ג. עמדת המשיבה 5: שירותי בריאות כללית (להלן: הקופה)

17. אף שהקופה מזדהה אנושית עם העותרת 1, המדובר לשיטתה בנושא שנקבע בידי המחוקק, ולה עצמה אין עמדה משלה בעניין זה; עם זאת פרסה את דמי ההשתתפות העצמית לעניין השתל ל-10 תשלומים ללא ריבית והצמדה, ומוכנה היא לפרסו עד 24 תשלומים כאלה.

18. הקופה מנועה כדבריה, על פי סעיף 8 לחוק ביטוח בריאות, ממתן הנחות או הטבות אלא אם הללו נקבעו בחוק. סעיף 8 קובע את ההנחות הניתנות, ותקנות הותקנו בעקבותיו; הנחות שנקבעו הן בעבור דמי ביטוח בריאות, ולא ברכישת שירותים רפואיים. ועוד, סעיפים שונים בחוק ביטוח הבריאות כובלים את הקופה ומונעים ממנה לפעול כראות עיניה בהקשר זה.

19. ועדת החריגים הפועלת בקופה דנה בתרופות שאינן כלולות בסל או שלא יוכלו בו בשל נדירות התסמונת, ועיסוקה במצב רפואי ולא במצב כלכלי; זאת, שכן חוק הבריאות הוא חוק שיווני בתכלית.

ד. דיון

20. הדיון להלן תמציתי בנסיבות, בהתחשב באילוצי הזמן בטרם מועדו של הניתוח שעל העותרת 1 לעבור, וכדי שהמצב המשפטי לעת הזאת יהא נהיר לה.

(1) המסגרת הנורמטיבית:

21. כפי שצוין, חוק ביטוח בריאות מטרתו מתן שירותי בריאות לכל תושב, באחריות המדינה ובאחריות ספציפית של כל קופת חולים כלפי הרשומים בה, במסגרת מקורות מימון שנקבעו בחוק (סעיף 3). סל הבריאות מוגדר בסעיף 7 ומפנה – לענייננו – לתוספת השניה לחוק. עם חקיקת החוק "צולם" סל השירותים שנתנה המשיבה 5 ביום 1.1.94, ובהם השתל דנא; ההשתתפות העצמית ברמת 70% היא גם כיום כנתינתה לעת ההיא.

22. לשם שינוי הסל נקבעו בחוק מדרגי סמכויות, וככל שהמדובר בתוספת עלות, כמו במקרה דנא, נתונה הסמכות לשר הבריאות, שר האוצר והממשלה במשולב (סעיף 8(ב)(1) לחוק), ויש צורך במקור מימון (סעיף 8(ה)).

23. המנגנון הפועל בתחום זה הוא הועדה הציבורית להרחבת סל שירותי הבריאות (ועדת הסל), ובה אישים מדיסציפלינות שונות, הממליצה למועצת הבריאות אשר פועלת מכוח סעיף 48 לחוק ביטוח בריאות; מועצה זו מוסמכת לייעץ לשר הבריאות באשר לשינויים הנוגעים גם לטכנולוגיות חדשות (סעיף 52(1)(ב)). סדר הטיפול הוא איפוא ועדת הסל, מועצת הבריאות, שר הבריאות, שר האוצר והממשלה.

24. פריט 14 לתוספת השניה קובע:

"שתלים לאוזן הפנימית – השתתפות המבוטח ב-70% מעלות השתל. מבוטחים שגילם עד 18, עם חרשות דו-צדדית אשר אינה ניתנת לשיקום באמצעות מכשירי שמיעה, לא יידרשו להשתתף בעלות השתל".

נוסח זה שונה מן הנוסח המקורי, שכן בשנים 1999 ו-2002 תוקן פריט 14, תחילה (1999) לכלל זכאות למימון מלא בגיל שנתיים עד 18, ולימים - (2002) - גם לפעוטות עד גיל שנתיים. כאמור, נמסר ולא היה חולק, כי רובם הגדול של ניתוחי השתלים הוא לקטינים.

25. המדובר איפוא בנושא הקבוע בחקיקה ראשית, ושאיננו סטטי, הן נוכח התיקונים בעבר והן נוכח הדיונים בועדת הסל, הנמשכים והולכים וגם יימשכו ספציפית על פי מה

שנמסר לנו. ועדת הסל נדרשת קבע לנושאי הטכנולוגיות והתרופות החדשות, וראיה לדבר שאכן שינתה פעמיים, את הפריט נשוא ענייננו בנוגע לקטינים, והדבר אושר ונחקק. כפי שצוין בפי המדינה בתשובתה, נושא השתל נדון זה לא מכבר בבית הדין הארצי לעבודה (ע"ע 284/05 דרורי נ' קופת חולים לאומית ומדינת ישראל), ובית הדין קבע, כי "לשון החוק במקרה שלפנינו ברורה. מבוטח בקופה שגילו מעל 18 שנה נושא בעלות של 70% ממחיר השתל". נקבע שם, כי אין לומר שההבחנה בין קטינים לבגירים פסולה כאפליה, וזאת כיוון שהיא באה מטעמים קליניים של צרכים מיוחדים של קטינים, מטעמים רפואיים וכן חברתיים (העדר אמצעים כלכליים לקטין עצמו).

(2) התעדוף וההשתתפות

26. איש אינו יכול לחלוק, ראשית על כך שהמדובר בתהליך החלטה סדור, ושנית על כך שתעדוף הוא הכרחי בנסיבות של סל הבריאות. לעולם קצר המצע מהשתרע ואין הקומץ משיבוע. בעולם שבו הנוף הטכנולוגי והרפואי משתנה במהירות, לעתים לבלי הכר, ועם זאת מחיר הטכנולוגיות והתרופות הוא גבוה, אין מנוס מקביעתם של סדרי עדיפויות. קשה לומר, גם במקרים כואבים כמו בנידון דידן, שישנה אפליה על ידי קביעת התעדוף. אכן, בגלל המאבק על העוגה המצומצמת מוגשות עתירות לבית משפט זה, במקביל למאבקים ציבוריים, פרלמנטריים וחוק-פרלמנטריים. קשה מאוד במקרים אחרים לעמוד בפני זעקתם של מי שחייהם עשויים להתארך אם יזכו לתרופות מסוימות - כשם שאי אפשר להיות אדיש למשאלתה של העותרת 1, החפצה להמשיך בחייה האישיים והמקצועיים, שעה שהאפשרות הרפואית לכך זמינה אלא שהאמצעים הכלכליים הנדרשים אינם ברשותה די הצורך. בוודאי למקרא תצהירו של פלוני שזכה לשתל השבלול, אשר צורף לעתירה, ניתן לראות עד כמה איכות החיים ויכולת התפקוד מושפעים לטובה מן השתל, ותחת להימצא במעגל אבטלה, לפנינו איש מועיל ומצליח. הוא הדין לסיכוייה של העותרת 1, שהצליחה עד היום לתפקד במשפחתה ובמקצועה כמורה חרף הלקות, ומבקשת להמשיך בכך בעתיד, ואנו מאחלים לה כי כך יהיה.

27. נוסף, כי לעותרת-בצדק-תקווה גדולה לשיפור שמיעתה ולשיקום. כותב ד"ר ישראל ברמה במאמרו "השתל הקוכלארי והגדרת החרש בהלכה" (תחומין כ"ד, 173) על השתל כי "ניתן לומר שאנו בפתחו של עידן חדש, שבו אוזני החרשים תיפקחנה" (עמ' 173).

176, אף כי יש דעות שונות באשר לדינו של בעל השתל בהקשרי מצוות מסוימות); לשתל השבלול ייחוד על פני מכשירי השמיעה האחרים. והנה סיכום דבריו של ד"ר ברמה (עמ' 178): "השתל הקוכלארי יוצר למעשה אוזן מלאכותית. הוא אינו מכשיר שמיעה רגיל, אלא הוא מחקה את מנגנון השמיעה של האוזן הפנימית, אף על פי שהמכשיר בחלקו חיצוני. נראה לי, שאדם עם שתל קוכלארי ייחשב כשומע לכל דבר, גם לתקיעת שופר... שלא כמו במכשיר שמיעה שאליו התייחסו הפוסקים (ויש שלא ראו את בעליו כ'שומע' במובן ההלכתי - א"ר), ...החרש עם השתל שומע כמו כל אדם. אמנם בהתחלה הוא צריך ללמוד להבין מה הוא שומע, וצריך לכוון את המחשב, אבל דומה הדבר לעולה חדש, שרק אחרי שלמד באולפן הוא מבין מה הוא שומע; והוא בודאי אינו נחשב ל'חרש' במובן ההלכתי". דברים אלה מלמדים על רמתו ואיכותו של השתל.

28. האם נפל פגם בהתנהלותן של המשיבות בהקשר דנא? כשלעצמי, הטרידה אותי הנקודה שגם חודדה בטיעוניהם המשלימים של העותרים, קרי, מידתיותו של גובה ה"השתתפות". עוד בטרם באו הטיעונים הללו עיינתי בתוספת השניה. כפי שצינו העותרים, תשלומי ההשתתפות הכלולים בה ברובם הם של 10%, ויש אך מיעוט קטן של פריטי השתתפות של 25%, 50%, וכן מקרה נוסף של 70% (CPAP לדום נשימה) ומקרה של 80% (תותבות גפיים). נטען מטעם העותרים, כי המקרים שלגביהם ההשתתפות הנדרשת היא 70% ו-80% אינם ממומשים ככלל בפועל (המדינה לא הגיבה על כך ספציפית), ונותר רק ענייננו שלנו. בין אם כך ובין אם לאו, המדובר במיעוט מקרים. האם ל-70% של תשלום על ידי החולה ייקרא "השתתפות"? האם "השתתפות" אינה צריכה להיות, על פני הדברים, ברמה נמוכה יותר? האם אין פירושה של "השתתפות" שהנטל העיקרי נישא על ידי גורם אחר וה"משתתף" מתבקש להוסיף משלו, ולא כאשר הוא נושא בעיקר הנטל כנקבע כאן? גם אם השתתפות של 70% היתה הנוהג לפני 1.1.94, כש"צולמה" תמונת השירותים של המשיבה 5 - השאלה עומדת. אמנם, עשוי לטעון הטוען, בהיקש לדיני הנזיקין, כי רשלנות "תורמת" יכול שתהא של 100%, קרי, ה"תרומה" היא כל הרשלנות כולה, ולכן גם "השתתפות" יכולה להיות רוב גדול של הסכום הנדרש. מילון גור מגדיר "השתתפות" כ"פעולת המשתתף ולוקח חלק בדבר, לקיחת חלק ב...". מילון אבן-שושן (מה' 9) מגדירה כ"לקיחת חלק בדבר, היות שותף ל...". (בין הדוגמאות הניתנות מצויה "השתתפות הסוחר בעסק"). דומה שמהגדרות אלה אין להסיק דבר ברור לכאן או לכאן, אף כי סבורני כשלעצמי שהתחושה הלשונית מצביעה לכיוון האמור, קרי,

שה"השתתפות" ביסודה מייצגת חלק קטן יותר מזה של הנושא העיקרי בעול. אוסיף, כי "השתתפות עצמית" בדמי ביטוח דומה שתהא על פי רוב, כשבנזק גדול עסקינן, רק חלק קטן הימנו (אך לא כן בנזק קטן). בסופו של יום, בנידון דידן אנו מדברים במאטריה חברתית ספציפית, והמחוקק הכיר בפרוצדורה זו ככלולה בסל הבריאות. ואם כך, האם אין 70% "השתתפות" אחוז גבוה מדי? סבורני כי יש בכך כדי לעורר תהיה, אלא שבעוכרי טענה זו עומדת העובדה שהמדובר בקביעת המחוקק, בחקיקה ראשית, בנושא שנהג במשך שנים; אמנם תיקונה של התוספת נעשה בצו, קרי בחקיקת משנה, אך ההוראה עצמה קיבלה גושפנקא ישירה של המחוקק הראשי.

29. במאמר מוסגר אוסיף, כי כשלעצמי איני סבור, שיש צורך להידרש לשאלה היפה, במישור החוקתי-חוקי, האם התוספת היא בחינת דבר חקיקה ראשי העומד לביקורת חוקתית - או שמא חקיקת משנה העומדת לביקורת בדין המנהלי. לא למותר לציין כי תוספות לסל לפי סעיף 8 לחוק אינן טעונות אישור פרלמנטרי, אך גריעה מן הסל (סעיף 8 (ב) (1)) טעונה אישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת. מחד גיסא עצם הגושפנקא שניתנה לסל על-ידי המחוקק הראשי מקרבת אותה להוראת חוק, ומאידך גיסא הליך תיקונה מקרב אותה לבקרת חקיקת משנה, ויש פנים לכאן ולכאן. ואולם, כיוון שהמנגנון שנקבע לעניין הסל - ועדת הסל - ודרכי עבודתו, על פניהם אין בהם דופי ואף אין העותרים טוענים כנגדם באופן מהותי, אין טעם וצורך בהכרעה בשאלה זו.

30. אכן, בשלב שלאחר הדיון העלה בא כוח העותרים את טיעונו למדרגה מעין חוקתית, בהקשר השויון, זאת - בטיעון כי יש בדרישת ההשתתפות הגבוהה משום הפליה הפוסלת אותה. לעניין זה התמקדו העותרים בתנאי המידתיות שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאמור לדידי גובה ההשתתפות דנא יש בו כדי לעורר סימני שאלה. ואולם, אין בפנינו תשתית מספקת כדי לבחון תיק זה במשקפיים חוקתיות, ודומה שהדבר מובן לבא כוח העותרים שבמקצת "הן ולא ורפיא בידיה"; עוצמת הנטען אל מול אותם נתונים המצויים בפנינו, ובראש וראשונה מערך הדיונים בועדת הסל, אינה מאפשרת לקבל מניה וביה טענה מעין חוקתית של היעדר מידתיות, בשעה שמגוון של אישים מתחומים שונים שבוועדת הסל נדרש לכך.

31. אכן הזכות לשוויון הוכרה על ידי בית משפט זה ואין צורך להכביר מילים על כך (ראו לאחרונה [בג"צ 6472/02](#) התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (טרם פורסם); [בג"צ 7052/03](#) עדאלה נ' שר הפנים (טרם פורסם)). ואולם, לא יכולנו לקבל במקרה דנא את טענת האפליה. המדובר בנידון דידן ביסודו באותו סד שבין הפטיש לסדן, שהמדינה נתונה בו בהקשר הסל ושירותי הבריאות ושהזכרנוהו לעיל (וראו [בג"צ 4613/03](#) שחם נ' שר הבריאות (טרם פורסם) (השופט לוי)). מקובלת עלינו גם עמדת המדינה, כי את הנושאים אין לבחון אך במבט נקודתי בלבד, אלא במבט רחב. המבט הרחב מצוי במומחיותה של ועדת הסל, שאין יסוד להטיל דופי בעבודתה ובקביעת סדרי העדיפויות על ידה.

32. נוכח כל האמור חוששני כי אין בידינו עילה משפטית לצוות כמבוקש.

(3) כלפי עתיד

33. עם זאת, משעומד הנושא לשוב ולהישקל בוועדת הסל, נראה לנו להפנות תשומת הלב לאמור מעלה ולטענות העותרים. ראשית, הדעת נותנת כי כתום 12 שנה לכינון סל הבריאות, ומשהוחלט בשעתו לאורך השנים לוותר על השתתפות בפריט זה ככל שהמדובר בקטינים, האם אין מקום אף לשינויים נוספים - לא בהכרח ביטול ההשתתפות אלא הפחתתה המשמעותית. זאת - משמדובר ב"השתתפות" של 70% שהיא בתמונה הכוללת יוצאת דופן, ומטענת ה"מידתיות" לגביה אין להתעלם. הדעת נותנת כי יש להתחשב גם בשינויים החברתיים והכלכליים שאירעו מאז 1994, אף שאיננו מביעים דעה בעניינם. ניתן להניח כי מעבר לצורך הרפואי-אנושי שבבסיס הנושא, תיבדק בוועדת הסל, ככל שהיא נדרשת לשיקולים כאלה, גם השאלה של עלות ותועלת, קרי, האם השיפור באיכות חייהם של מקבלי השתל אינו כזה שיאפשר להם להמשיך בעבודתם באורח שלא יפיל אותם למעמסה כלכלית על כתפי הציבור, מעבר לתחושת כבוד האדם שתישמר להם, והדבר יחסוך כספי ציבור אחרים. בדומה, ושוב מועלים הדברים בלא הבעת דעה, נציג את השאלה האם ניתן לשקול מנגנון כגון ועדת חריגים ארצית להקטנת ההשתתפות עצמה בפריטים מסוימים של התוספת השניה, שבהם ההשתתפות הנדרשת גבוהה, וזאת בהתאם ליכולתו הכלכלית של הנוגע בדבר, שתיבדק פרטנית (אמנם דבר זה יתכן שיחייב תיקון חקיקה).

34. אשר לקופת חולים, מבלי להיכנס לשאלת הסמכות ביחסים שבין העותרת 1 למשיבה 5, המסורה ביסודה לפי סעיף 54 לחוק ביטוח בריאות לבית הדין לעבודה, אין בידינו תשתית מספקת אף בשאלה מה טיבה, מקורות סמכותה ודרכי פעולתה של ועדת החריגים הפועלת בקופת חולים. עיינו גם בדו"ח מבקר המדינה 56ב שאליו הפנו העותרים. כל שנוכל לומר, לעת הזאת, הוא כי חזקה עלינו עמדת המדינה שאין מניעה משפטית לגביית השתתפות עצמית מופחתת על בסיס שיוני.

35. נחזור ונאמר: אנו ערים לצורך בכגון דא בתמונה כוללת, ושיקול הדעת מסור לוועדת הסל על הרכבה ומקצועיותה. אך ייחודיותו של הפריט דנא הוא בהיותו אחד הבודדים שבו ההשתתפות הנדרשת גבוהה ביותר.

ה. סוף דבר

36. ערים אנו לכך שאין בהחלטתנו כדי לסייע מיידית לעותרת 1 בניתוח שהיא זקוקה לו. צר לנו על זאת, ואנו מאחלים לה רפואה שלמה. אך אולי תהא לה ולעותרים הציבוריים נחמה פורתא בכך שעוררו את הבעיה ועשו לה קול, שלמצער יישמע ויידון במוסדות העוסקים בנושא.

37. בכפוף לאלה אין בידינו להיעתר לעתירה. איננו עושים צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה. צר לי על כך שלא נוכל לסייע לעותרת. מצוקתה נוגעת ללבנו, אך לא נוכל להתערב בקביעת סדרי העדיפויות שקבעה ועדת הסל. המצב איננו של זה נהנה וזה אינו חסר, אלא זה נהנה וזה חסר. לא נוכל לקבוע כי יש להעניק לעותרת עדיפות על חשבונם של אחרים, ונראה כי גם ב"כ העותרת אינו מצפה שכך נעשה (סעיפים 16-18 לסיכומים המשלימים).

2. אני מעדיפה להימנע מלעסוק במסכת היחסים שבין העותרת לבין שירותי בריאות כללית, המשיבה 5. בצדק ציין חברי השופט רובינשטיין כי אין בידינו תשתית מספקת בענין טיבה, מקור סמכויותיה, ודרכי פעולתה של ועדת החריגים, הפועלת בקופת החולים. כיוון שעניין זה מסור לבית הדין לעבודה, סבורה אני שמוטב שנמשוך ידינו מנושא זה בשל קיומו של סעד חלופי, כך שעתירה זו לא תהווה מעשה בית דין בין העותרת לבין המשיבה 5, והכל בלי לחוות כל דעה לגוף העניין.

ש ו פ ט ת

הנשיא א' ברק:

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט א' רובינשטיין ולהערוותיה של חברתי השופטת מ' נאור.

ה נ ש י א

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, ט"ו בסיון תשס"ו (11.6.06).

אהרן ברק 54678313-2974/06

פ ו ר

ש ו פ ו ת

ה נ ש י א

ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 06029740_T03.doc מפ
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה. חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)