

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3071/05

בג"ץ 3938/05

בג"ץ 4013/05

בפני :

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור

העותרים בבג"ץ 3071/05

1. גילה לוזון
2. אדולף אדרי
3. עמותת הקו האחרון-לחולי סרטן

העותרים בבג"ץ 3938/05 :

1. יעקב בר-און
2. אוריאל גילון
3. ציון חליפי
4. אליהו יתח
5. אמיל חורי
6. קרן דוד
7. אשר מיארה
8. שלמה גינוסר

העותרים בבג"ץ 4013/05 :

1. יעקב שיבר
2. חיים אדלשטיין
3. שלומי סגל
4. חייט יוסופוב

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 3071/05 :

1. ממשלת ישראל
2. שר הבריאות
3. שר האוצר
4. הוועדה להרחבת שירותי סל התרופות שמונתה על ידי המועצה לביטוח הבריאות הממלכתי

המשיבים בבג"ץ 3938/05 :

1. משרד הבריאות
2. שר הבריאות
3. משרד האוצר
4. שר האוצר

המשיבים בבג"ץ 4013/05 :

1. מדינת ישראל
2. שר הבריאות
3. שר האוצר

4. שר התעשייה והמסחר
5. המפקח על המחירים והוועדה לפי חוק הפיקוח על המחירים
6. הוועדה להרחבת שירותי סל התרופות שמונתה על ידי המועצה לביטוח הבריאות הממלכתי
7. שירותי בריאות כללית
8. מכבי שירותי בריאות
9. קופת חולים מאוחדת
10. קופת חולים לאומית

עותרות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : ג' באב התשס"ה (08.08.2005)

בשם העותרים בבג"ץ 3071/05 : עו"ד ארנה לין ; עו"ד מיכל שטיין

בשם העותרים בבג"ץ 3938/05 : עו"ד גדעון קורן ; עו"ד סיגל זפט

בשם העותרים בבג"ץ 4013/05 : עו"ד דוד ששון ; עו"ד ד"ר יאיר שיבר

בשם המשיבים בבג"ץ 3071/05
ובבג"ץ 3938/05 :

עו"ד עינב גולומב

בשם המשיבים 1-6
בבג"ץ 4013/05 :

עו"ד דנה בריסקמן

בשם המשיבה 7
בבג"ץ 4013/05 :

עו"ד אריאל מייטליס

בשם המשיבה 8
בבג"ץ 4013/05 :

עו"ד עזגד שטרן ; עו"ד נעמה אלעד

בשם המשיבה 9
בבג"ץ 4013/05 :

עו"ד שירה חנה מלמד ; עו"ד מומי דהאן

בשם המשיבה 10
בבג"ץ 4013/05 :

עו"ד עומר אשקר

ספרות:

א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (התשנ"ג)

י' זמיר, הסמכות המינהלית (תשנ"ו)

להחלטה בעליון (2005-08-08): בגץ 3071/05 גילה לוזון נ' ממשלת ישראל שופטים: דורית ביניש, מרים נאור, אשר גרוניס עו"ד: עינב גולומב, ארנה לין, מיכל שטיין

להחלטה בעליון (2006-07-13): בגץ 3071/05 גילה לוזון נ' ממשלת ישראל שופטים: דורית ביניש עו"ד: עינב גולומב, ארנה לין, מיכל שטיין

להחלטה בעליון (2005-04-20): בגץ 3938/05 יעקב בר און נ' משרד הבריאות שופטים: אליקים רובינשטיין עו"ד: בבגץ 3071/05 בבגץ 3938/05 בבגץ 4013/05 בבגץ 3071/05 ובבגץ 3938/05 1 6 בבגץ 4013/05 7 בבגץ 4013/05 8 בבגץ 4013/05 9 בבגץ 4013/05 10 בבגץ 4013/05, ארנה לין, מיכל שטיין, גדעון קורן, סיגל זפט, דוד ששון, ד"ר אורי שיבר, עינב גולומב, דנה בריסקמן, אריאל מייטליס,

להחלטה בעליון (2005-05-24): בגץ 4013/05 יעקב שיבר נ' מדינת ישראל שופטים: אליעזר ריבלין, סלים ג'ובראן, אליקים רובינשטיין עו"ד: דנה בריסקמן 1, אריאל מייטליס 7, עזגד שטרן 8, מומי דהן 9, פז מוזר 10, עמרי קאופמן 11, דורון נור 12, דוד ששון

כתבי עת:

יובל קרניאל, "סל התרופות - רופאים", משפט ועסקים, כרך ו (תשס"ז) 225

ספרות:

י' רבין, הזכות לחינוך (2002)

מיני-רציו:

* העתירה להורות למשיבים לכלול את תרופת הארביטוקס בסל שירותי הבריאות נדחתה, משנקבע כי לא נפל פגם באמות-המידה המנחות את ועדת הסל בקביעת סדרי העדיפויות בין הטכנולוגיות הרפואיות החדשות

* בריאות – ביטוח בריאות ממלכתי – סל שירותי הבריאות

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – הזכות לשירותי בריאות

* משפט מינהלי – בגץ – ביקורת שיפוטית

עתירה המופנית כנגד אי הכללתה של תרופת הארביטוקס בסל שירותי הבריאות הזוכה למימון ציבורי. תרופת הארביטוקס מהווה תרופה חדשנית לטיפול במחלת סרטן המעי הגס.

ביהמ"ש העליון בשבתו כבג"ץ קבע:

ספק אם הדרישה למימון ציבורי של תרופות חדשניות עשויה למצוא אחיזה בגרעין הקשה של הזכויות החוקתיות המנויות בחוק היסוד. אף לפי גישה פרשנית המרחיבה את היקפה החוקתי של הזכות לכבוד מעבר לרמת המינימום ההכרחי בתחום הרווחה והביטחון הסוציאלי, דומה כי רק בנסיבות חריגות ויוצאות-דופן תקום חובה חוקתית על רשויות המדינה לממן תרופה פרטנית מסוימת. דומה, כי בעניין העותרים לא הוכחה פגיעה בזכות חוקתית.

הזכות לשירותי בריאות ציבוריים עומדת על רגליה שלה כזכות חוקתית. ממכלול ההסדרים הקבועים בחוק זכויות החולה ובחוק ביטוח בריאות ממלכתי, מתבקשות שתי מסקנות עיקריות: ראשית, סל שירותי הבריאות אינו מתיימר לכלול את מלוא השירותים הרפואיים האפשריים, בהיקף וברמה אופטימאליים להם עלול להיזקק הפרט. שנית, במצב המשפטי הקיים מוכרת בשיטתנו המשפטית זכות חוקתית לשירותי בריאות ציבוריים בהיקף רחב יותר מליבת המינימום של שירותי הבריאות הבסיסיים הנדרשים לקיום אנושי בחברה. בגרעין של הזכות נכללים אותם שירותי בריאות שהמדינה מחויבת לממנם. במעטפת מצויים יתר שירותי הבריאות שאינם נכללים במסגרת סל היסוד האמור. היקף הזכות החוקתית לשירותי בריאות ציבוריים מעבר לסל היסוד, נגזר מחוק התקציב השנתי.

הטענות בעתירה מכוונות כנגד סמכותה ואופן הפעלת שיקול-דעתה של ועדת הסל בעת קביעת תכולתו של סל שירותי הבריאות במסגרת התקציב הקיים. תפקידה של ועדת הסל הוא ליעץ לגורמים הרלוונטיים בעניין קביעת סדרי העדיפויות בין הטכנולוגיות הרפואיות החדשות לצורך הרחבת הסל. מלאכה זו היא קשה. במסגרת זו, השיקול התקציבי הינו שיקול לגיטימי וענייני שועדת הסל רשאית להתחשב בו. חשוב להדגיש כי ועדת הסל מהווה חלק מהמינהל הציבורי והיא מחויבת בפעולותיה לכללי המשפט המנהלי. בענייננו, באמות-המידה המנחות את ועדת הסל בקביעת סדרי העדיפויות בין הטכנולוגיות הרפואיות החדשות, לא נמצא פגם המחייב התערבות בג"ץ.

אף אין לומר כי המלצת ועדת הסל לעניין דירוג תרופת הארביטוקס הינה בלתי סבירה במידה המחייבת התערבות בה. היא גם אינה מהווה הפליה פסולה של העותרים ביחס לחולים אחרים שהתרופות להן הם זקוקים נכללות בסל שירותי הבריאות. בנסיבות בהן המשאבים הציבוריים אינם מספיקים לכל הצרכים וכל הנצרכים, יש צורך בהקצאת המשאבים לפי סולם עדיפויות שמטבע הדברים יוצר הבדלים בין אדם לאדם ובין קבוצה לקבוצה. הבדלים אלה אינם מהווים הפליה פסולה, כל עוד הם מבוססים על שיקולים ענייניים וסבירים.

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

העותרים בשלוש העתירות שבפנינו חלו בסוגים שונים של מחלת הסרטן. הם הופנו על-ידי רופאיהם לקבלת טיפול תרופתי. בעת הגשת העתירות, לא נכללו התרופות להן נזקקו העותרים בסל שירותי הבריאות הזוכה למימון ציבורי בהתאם להוראותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי או החוק). העותרים התקשו לממן את רכישת התרופות מכיסם. על רקע זה, פנו העותרים לבית-משפט זה וביקשו כי נורה למשיבים לכלול את התרופות האמורות בסל

שירותי הבריאות (להלן גם: הסל) הזוכה למימון ציבורי. לטענת העותרים, ההחלטה בדבר אי הכללת התרופות הנדונות בסל שירותי הבריאות שנקבע לשנת 2005, פגעה שלא כדין בזכויותיהם החוקתיות, לקתה בחוסר סבירות והפלתה לרעה את העותרים ביחס לחולים אחרים שהתרופות הדרושות להם נכללות בסל האמור.

כפי שיובהר להלן, ביום 27.8.06 התקבלה החלטת ממשלה מס' 406 בדבר תוספת תקציבית לסל שירותי הבריאות. בעקבות התוספת התקציבית האמורה, הוכנסו לסל שירותי הבריאות התרופות עליהן נסובו העתירות כבג"ץ 3071/05 (פורסם בנבו), (להלן: בג"ץ לוזון) ובבג"ץ 3938/05 (פורסם בנבו), (להלן: בג"ץ בר-און). מנגד, התרופה שעניינה נדון כבג"ץ 4013/05 (פורסם בנבו), (להלן: בג"ץ שיבר), נותרה מחוץ לסל שירותי הבריאות ועניינה הוא שנותר לפנינו.

הרקע העובדתי שקדם להגשת העתירות

1. סל שירותי הבריאות כהגדרתו בסעיף 7 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, כולל את שירותי הבריאות שכלל תושבי ישראל המבוטחים לפי החוק זכאים לקבל מקופות החולים, באמצעות מקורות מימון המצויים באחריות המדינה. על ההסדרים הקבועים בחוק ביטוח בריאות ממלכתי ועל אופן קביעת תכולתו של סל שירותי הבריאות נעמוד בהמשך הדברים. בשלב זה של הדיון נציין כי בשנת 2005 - עת הוגשו העתירות שלפנינו - נתקבלו במשרד הבריאות בקשות להוספת כ- 400 תרופות וטכנולוגיות חדשות לסל שירותי הבריאות. הבקשות האמורות בצירוף החומר המקצועי ועיבוד הנתונים ביחס לכל בקשה, הועברו לוועדה הציבורית להרחבת סל שירותי הבריאות (להלן: ועדת הסל או הוועדה). ועדת הסל קיימה מספר ישיבות. בסופם של הדיונים, דירגה הוועדה את התרופות שהיו לפניה לפי סדר קדימויות שהושפע, בין היתר, ממידת חיוניותן של התרופות השונות בהתאם לשיקול-דעת הוועדה.

המלצותיה של ועדת הסל הוצגו בפני הממשלה ביום 21.3.05 במסגרת דיון על התקציב להוספת טכנולוגיות חדשות לסל שירותי הבריאות. ביום 13.4.05 התקבלה החלטת ממשלה במסגרתה אישרה הממשלה הוספה לסל של תרופות וטכנולוגיות שפורטו בטבלה שצורפה להחלטה. עוד נקבע במסגרת ההחלטה הנ"ל כי "...עלות סל שירותי הבריאות לשנת 2005 תבטא תוספת טכנולוגיות בעלות שנתית של 350 מיליון ₪, במחירי מדד יוקר הבריאות הממוצע לשנת 2004...". התוספת התקציבית האמורה

איפשרה להוסיף לסל שירותי הבריאות חלק מהתרופות שהומלצו על-ידי ועדת הסל. עם זאת, תרופות מסוימות לסוגים שונים של מחלת הסרטן, אשר לא דורגו על-ידי ועדת הסל בסדר עדיפות גבוה דיו, נותרו מחוץ לסל שירותי הבריאות. על רקע זה, הוגשו שלוש העתירות שלפנינו.

שלוש העתירות והשתלשלות העניינים בהן

2. העתירה בבג"ץ לוזון הוגשה על-ידי חולים בסרטן המעי הגס ועמותה שהוקמה במטרה לסייע להם. על-פי הנטען בעתירה, הרופאים שטיפלו בעותרים הפנו אותם לקבלת טיפול בתרופת האווסטין (Avastin). תרופה זו לא נכללה בסל שירותי הבריאות לשנת 2005, ולפיכך נאלצו העותרים לרכוש תרופה זו מכיסם. בשל עלותה הגבוהה של התרופה, לא היה ביכולתם להמשיך לשאת במימונה. בהתחשב בכך, פנו העותרים לבית-המשפט זה בבקשה להורות למשיבים לכלול בסל שירותי הבריאות את תרופת האווסטין בהתוויה של טיפול במחלת סרטן המעי הגס.

אשר לבג"ץ בר-און - העתירה הוגשה על-ידי מספר עותרים שחלו בסרטן הערמונית אשר התפתח בגופם לשלב גרורתי העמיד בפני טיפול הורמונאלי. בהתאם להמלצת רופאיהם, נזקקו העותרים לתרופת הטקסוטר (Taxotere). גם התרופה האמורה לא נכללה בסל שירותי הבריאות שנקבע לשנת 2005. על רקע זה הוגשה העתירה, במסגרתה ביקשו העותרים מבית-משפט זה להורות למשיבים לכלול בסל שירותי הבריאות את תרופת הטקסוטר בהתוויה המבוקשת, לצד סעדים נוספים.

אשר לבג"ץ שיבר - ארבעת העותרים שהגישו את העתירה חלו בסרטן המעי הגס ונזקקו לתרופת הארביטוקס (Erbix) שאף היא לא נכללה בסל שירותי הבריאות לשנת 2005. נוכח מחירה הגבוה של התרופה, התבקש בית-משפט זה להורות על הכנסתה של תרופת הארביטוקס בהתוויה של טיפול בסרטן המעי הגס, לרשימת התרופות הנכללות בסל שירותי הבריאות. זאת, לצד בקשת סעדים נוספים עליהם נעמוד בהמשך הדברים.

3. בסמוך לאחר הגשת העתירות, הוחלט לקובען לשמיעה בהקדם. ביום 4.4.05 נערך דיון בבג"ץ לוזון בפני הנשיא א' ברק והשופטות א' פרוקצ'יה ומ' נאור. בסיומו של אותו דיון, החליט בית-המשפט ליתן צו-על-תנאי כמבוקש בעתירה. ביום 24.5.05 התקיים דיון בבג"ץ בר-און ובבג"ץ שיבר בפני הרכב השופטים א' ריבלין, א' רובינשטיין וס' ג'ובראן. בתום הדיון החליט בית-המשפט להיענות לבקשת העותרים בבג"ץ בר-און להגשת עתירה מתוקנת מטעמם. עוד החליט בית-המשפט ליתן צו-על-תנאי ביחס לחלק מהסעדים שהתבקשו בבג"ץ שיבר.

לאחר הגשת העתירה המתוקנת בבג"ץ בר-און והתגובה לה, ולאחר הגשת תצהירי התשובה בעתירות האחרות, נקבעו שלוש העתירות לדיון ביום 8.8.05 בפני המותב הנוכחי (הנשיאה ד' ביניש והשופטים א' גרוניס ומ' נאור). אותה עת, עלתה סוגית מימונו של סל שירותי הבריאות לסדר היום הציבורי ונוהל מאבק ציבורי להגדלת התקציב לצורך תוספת טכנולוגיות חדשות לסל. בהתחשב בכך, ראינו להמתין עם מתן פסק-דינו, שמא בסופה של דרך תמצאנה העתירות את פתרונון ללא צורך בהתערבותו של בית-משפט זה.

ואמנם, בהודעת-העדכון הראשונה שהגישה המדינה לבית-משפט זה צוין כי ביום 9.4.06 החליטה ממשלת ישראל על הרחבת סל שירותי הבריאות על-ידי הוספת טכנולוגיות חדשות, באופן שעלות הסל לשנת 2006 הוגדלה בסכום של 165 מיליון ₪. באותו שלב הובהר כי התרופות הנדונות בעתירות שלפנינו לא נכללו במסגרת התוספת התקציבית עליה החליטה הממשלה. בהודעת-עדכון שנייה שהגישה המדינה כעבור מספר חודשים, צוין כי ביום 27.8.06 החליטה ממשלת ישראל על הרחבה נוספת של סל שירותי הבריאות על-ידי הוספת טכנולוגיות חדשות לשנת 2007 בעלות שנתית כוללת של 237.279 מיליון ₪ שהוקדמה לשנת 2006 (החלטת ממשלה מס' 406). בהתאם להחלטה האמורה, החל מיום 20.9.06 נוספה לסל שירותי הבריאות התרופה אווסטין בהתוויה של טיפול קו ראשון בסרטן מעי גס גרורתי, אליו התייחסה העתירה בבג"ץ לוזון; וכן התרופה טקסוטר בהתוויה של טיפול בסרטן ערמונית גרורתי העמיד לטיפול הורמונאלי, אליו התייחסה העתירה בבג"ץ בר-און.

כפי שצוין בפתח הדברים, תרופת הארכיטוקס עליה נסובה העתירה בבג"ץ שיבר, לא דורגה על-ידי ועדת הסל בסדר עדיפות גבוה דיו, והיא נותרה מחוץ לסל שירותי הבריאות אף לאחר התוספות התקציביות לשנת 2006. יצוין כי בהמשך הדרך,

החליטה ממשלת ישראל על הגדלת המימון לסל שירותי הבריאות לשנת 2008: בתחילה אושרה תוספת של כ-380 מיליון ₪, ובסופו של הליך אושר סכום כולל של 450 מיליון ₪. ואולם, גם לאחר התוספת התקציבית האמורה, נותרה תרופת הארביטוקס בהתוויה לחולי סרטן המעי הגס מחוץ לסל.

בג"ץ בר-און ובג"ץ לוזון

4. כאמור, בעקבות התוספת התקציבית להרחבת סל שירותי הבריאות לשנת 2006, נוספו תרופות האווסטין והטקסוטר בהתוויות המבוקשות לסל שירותי הבריאות לשנת 2006. התפתחות זו הובילה לכך שהסעד העיקרי שהתבקש במסגרת העתירות בבג"ץ בר-און ובבג"ץ לוזון בא למעשה על פתרונו, אף כי למרבה הצער אירע הדבר לאחר שמרבית העותרים כבר הלכו לעולמם.

ביום 27.9.06 הודיעה באת-כוח העותרים בבג"ץ בר-און, עו"ד סיגל זפט, כי נוכח הכללתה של תרופת הטקסוטר בסל שירותי הבריאות, מוותרים העותרים על המשך הדיון בעתירה. אשר לבג"ץ לוזון - ביום 3.10.06 הודיעו באת-כוח העותרים, עו"ד אורנה לין ועו"ד מיכל שטיין, כי על-אף הכללתה של תרופת האווסטין בהתוויה של סרטן מעי גס גרורתי במסגרת סל שירותי הבריאות משנת 2006 ואילך, הן מוסיפות לעמוד על עתירתן. לגישתן, הטיעונים העקרוניים שהועלו במסגרת העתירה כנגד דרך עבודתה ואופן הפעלת שיקול-דעתה של ועדת הסל, לא התייתרו עם הוספתה של תרופת האווסטין לסל שירותי הבריאות, ומן הראוי להכריע בטיעונים אלה. בהתייחס לדברים אלה ייאמר כי ככלל, בית-משפט זה אינו רואה לדון בעתירה, אף אם היתה אקטואלית בעבר, בנסיבות בהן הסעד המבוקש בעתירה התייתר. כבר נאמר בפסיקתו של בית-משפט זה כי "...אם המקרה הנדון נפתר, מעצמו או בהחלטה, אין בית-המשפט מוכן יותר לדון בשאלה המשפטית שהתעוררה באותו מקרה" (דברי השופט י' זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, פס' 3 (1999)). אין חולק כי הסעד שהתבקש בבג"ץ לוזון בנוגע להכללתה של תרופת האווסטין ברשימת התרופות הנכללות בסל שירותי הבריאות, בא על פתרונו החל משנת 2006. בנסיבות אלה, איננו רואים להכריע במכלול הטענות שהועלו במסגרת אותה עתירה. עם זאת, יצוין כי חלק מהטענות שהעלו באת-כוח העותרים בבג"ץ לוזון בנוגע לפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של העותרים ובנוגע לאופן הפעלת שיקול-דעתה של ועדת הסל, הועלו גם על-ידי העותרים בבג"ץ שיבר. סוגיות אלה יידונו בהמשך הדברים.

אשר על כן, ונוכח הוספת תרופות האוסטין והטקסוטר בהתוויות המבוקשות לסל שירותי הבריאות בשנת 2006, הצו-על-תנאי שניתן בבג"ץ לוזון יבוטל, והעתירות בבג"ץ לוזון ובבג"ץ בר-און יימחקו, ללא צו להוצאות. בהתחשב בכך, העתירה בבג"ץ שיבר היא שנותרה להכרעתנו.

בג"ץ שיבר - טענות הצדדים

5. בא-כוח העותרים, עו"ד דוד ששון, ביקש במסגרת העתירה בבג"ץ שיבר שני סעדים עיקריים: ראשית, התבקש בית-משפט זה להורות על הכנסתה של תרופת הארביטוקס בהתוויה של טיפול בסרטן המעי הגס, לרשימת התרופות הנכללות בסל שירותי הבריאות. שנית, ביקשו העותרים להורות על פעולה באחת או יותר מהדרכים המפורטות בעתירה, שתכליתן להוביל להוזלת המחיר שנדרשים חולי סרטן לשלם בעבור רכישתן של תרופות שאינן נכללות בסל שירותי הבריאות.

בעתירתם העלו העותרים מספר טענות עיקריות: ראשית, נטען כי הזכות לבריאות הינה חלק מהזכות לחיים ולשלמות הגוף וכן מהזכות לכבוד האדם המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: חוק היסוד). לפי הטענה, העדר הכללתה של תרופת הארביטוקס בסל שירותי הבריאות, פגעה שלא כדין בזכויותיהם החוקתיות של העותרים בניגוד לתנאיה של פסקת ההגבלה. שנית, טענו העותרים כנגד אופן הפעלת שיקול-דעתה של ועדת הסל. בהקשר זה הדגישו העותרים כי אין הם טוענים כנגד המסגרת התקציבית שמקצה הממשלה למימון סל שירותי הבריאות. טענתם העיקרית היתה כי במסגרת התקציב הניתן למימון הסל, ראוי לאמץ שיטת מימון בשיעור שווה למכלול התרופות מצילות החיים או מאריכות החיים, בלא להעדיף תרופה אחת על-פני האחרת. עוד נטען בהקשר זה כי אי הכללתה של תרופת הארביטוקס בסל שירותי הבריאות לא נתנה משקל ראוי לערך של הצלת חיי אדם, וכי מדובר בהפליה לרעה של העותרים ביחס לחולים אחרים שהתרופות הדרושות להם נכללו בסל.

חלק נכבד מטיעוניהם של העותרים נסוב על הצעות שונות שהעלו בעתירתם, בניסיון להפחית את מחיר התרופות שאינן נכללות בסל שירותי הבריאות, על-מנת

לסייע לחולים לרכוש תרופות אלה בכוחות עצמם. בהקשר זה, הציעו העותרים מספר פתרונות ובהם: ביטול מס ערך מוסף ומיסים עקיפים אחרים המוטלים על מכירת תרופות מצילות חיים; וכן ביצוע רכישה מרוכזת של תרופות מצילות חיים שאינן כלולות בסל שירותי הבריאות על-ידי משרד הבריאות ו/או קופות החולים, באופן שיוזיל את מחיריהן עבור ציבור החולים הזקוק להן.

6. באות-כוח המדינה, עו"ד דנה בריסקמן ועו"ד עינב גולומב, אשר פרשו בתשובותיהן לעתירות יריעה רחבה ומלומדת, טענו כי דינה של העתירה בבג"ץ שיבד להידחות. בכל הנוגע לטענת העותרים בדבר פגיעה שלא כדין בזכויותיהם החוקתיות, הפנו באות-כוח המדינה לתצהיר התשובה שהגישו בבג"ץ לוזון. לגישת המדינה, על בית-משפט זה לנהוג בריסון שיפוטי ובזהירות מרבית בהקשר הנדון, ולהימנע מגזירת זכות חוקתית כללית לבריאות ולטיפול רפואי מזכויות המסגרת המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אשר לטענות שהעלו העותרים בנוגע לאופן הפעלת שיקול-דעתה של ועדת הסל - השיבה המדינה כי ההחלטה בדבר דירוג התרופות והטכנולוגיות החדשות הינה החלטה מורכבת המתחשבת במגוון רחב של שיקולים, והיא כפופה למגבלות תקציביות הנקבעות בהתאם לסדרי העדיפויות הכוללים של הממשלה. בעניינה של תרופת הארביטוקס נטען כי מדובר בתרופה חדשה אשר בשלב זה לא ידוע אם יש בה כדי לשפר את הסיפטומים של חולי סרטן המעי הגס או להאריך את חייהם. בהתחשב בכך, סברה ועדת הסל כי אין ליתן לתרופה זו עדיפות גבוהה ביחס לתרופות אחרות אשר הוכח לגביהן כי הן מאריכות חיים. לפי הטענה, המלצה זו התקבלה לאחר תהליך מושכל, יסודי ומעמיק שנערך כדין, ואין עילה להתערב בה.

בכל הנוגע להצעות שהעלו העותרים לשם הוזלת מחיר התרופות שאינן נכללות בסל שירותי הבריאות - נטען כי דינן של הצעות אלה להידחות על הסף נוכח העדר מיצוי הליכים ואי פנייה מוקדמת לרשויות הנוגעות בדבר. לגופם של דברים, התייחסה המדינה להצעות השונות שהעלו העותרים, והציגה את טעמיה לדחיית העתירה בעניינן.

7. ארבע קופות החולים בישראל אף הן משיבות לעתירה. בתשובותיהן טענו קופות החולים כי הן אינן משיבות רלוונטיות לבקשת העותרים לכלול את תרופת

הארביטורקס בסל שירותי הבריאות. זאת מאחר ולפי הוראותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, קופות החולים אינן הגורם הקובע את תכולת הסל, ותפקידן הוא אך לספק את השירותים הקבועים במסגרתו. אשר להצעת העותרים כי קופות החולים ירכשו באופן מרוכז תרופות שאינן נכללות בסל שירותי הבריאות על-מנת להוזיל את מחיריהן למבוטחים - נטען כי חוק ביטוח בריאות ממלכתי אינו מטיל על קופות החולים חובה לרכישה מרוכזת כאמור. עם זאת, חלק מקופות החולים ציינו בתגובתן כי לא יתנגדו לבצע רכישה מרוכזת של תרופות שאינן נכללות בסל שירותי הבריאות, אך התנו זאת בכך שיוסדרו תחילה מכלול השאלות וההיבטים הכרוכים בדבר.

8. העתירה בבג"ץ שיבר מעוררת, אפוא, סוגיות שונות הנוגעות לסל שירותי הבריאות בישראל. דיוננו בסוגיות אלה ייעשה בסדר הבא: תחילה, נתייחס לטענת העותרים לפיה אי הכללתה של תרופת הארביטורקס בסל שירותי הבריאות פגעה בזכויותיהם החוקתיות שלא כדין. לאחר מכן, נדון בטענות העותרים כנגד אופן הפעלת שיקול-דעתה של ועדת הסל בקביעת תכולתו של סל שירותי הבריאות. לבסוף, נדון בהצעות השונות שהעלו העותרים לשם הוזלת מחיריהן של התרופות שאינן נכללות בסל האמור.

שאלת מעמדה החוקתי של הזכות לבריאות

9. העותרים טענו בפנינו כי דירוג התרופות והטכנולוגיות החדשות על-ידי ועדת הסל באופן שהותיר את תרופת הארביטורקס בהתוויה המבוקשת מחוץ לסל, פגעה בזכותם החוקתית לבריאות בניגוד לתנאיה של פסקת ההגבלה. העותרים ציינו כי הזכות לבריאות אמנם אינה מנויה במפורש בחקיקת היסוד, אולם נטען כי היא נגזרת מהזכות לחיים ולשלמות הגוף וכן מהזכות לכבוד האדם המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בהתייחס לטענתם האמורה של העותרים, נציין כבר בפתח הדברים כי היקפה הפנימי של הזכות לבריאות קשה להגדרה שכן לכאורה היא משתרעת על תחום רחב ביותר. ככלל, ניתן לומר כי הזכות לבריאות מהווה שם כולל לאגד של זכויות הקשורות לבריאות האדם, אשר חלקן נהנות ממעמד חוקתי בשיטתנו המשפטית. כך למשל, הזכות לבריאות כוללת את הזכות לשמירה על פרטיותו של המטופל והגנה על אוטונומיה הרצון שלו, על-ידי גילוי מידע רפואי הנוגע לעניינו וקבלת הסכמתו לטיפול

הניתן לו. כן כוללת הזכות לבריאות את הזכות להעדר הפלייה בגישה לטיפול רפואי. הזכות לבריאות כוללת היבטים נוספים המשפיעים על בריאות האדם, כגון- הסברה וגישה למידע בנושאי בריאות, גישה למזון ולמים ראויים לשתייה בתנאי תברואה הולמים, איכות סביבה שאינה פוגעת בבריאות האדם ועוד (ראו בעניין זה: COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, GENERAL COMMENT 14, THE RIGHT TO THE HIGHEST ATTAINABLE STANDARD OF HEALTH, U.N.Doc.E/C.12/2000/4, available at [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En); להלן: הערה כללית 14 של ועדת האו"ם לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות). בהתחשב בהיבטים הרבים הנכללים בזכות לבריאות, דומה כי אין מקום לבחון את מעמדה החוקתי של הזכות האמורה כמכלול אחד, אלא יש להתייחס לטעמים המונחים בבסיס הזכויות והאינטרסים השונים המוגנים במסגרתה, בהתאם לחשיבותם החברתית היחסית ובהתחשב בעוצמת זיקתם לזכויות החוקתיות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו והשוו: דברי השופטת ד' דורנר בנוגע "לזכות לסביבה ראויה" בבג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, פס' 2 (2004)).

10. העתירה שלפנינו עוסקת בזכות לטיפול רפואי (health-care), וביתר פירוט- בזכות לקבלת טיפול רפואי-תרופתי במימון ציבורי. אין חולק כי הזכות לטיפול רפואי אינה מנויה במפורש במסגרת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. כידוע, הניסיונות לקבלתה של חקיקת יסוד שתקנה מעמד חוקתי מפורש לזכויות חברתיות ובהן הזכות לבריאות ולטיפול רפואי, לא נשאו פרי עד כה (ראו למשל: הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשנ"ד 337; עוד ראו: הצעתה של ועדת חוקה חוק ומשפט "חוקה בהסכמה רחבה", בסעיפים 17 ו-18 להצעה: www.knesset.gov.il/HUKA; כן ראו והשוו: הצעת "חוקה בהסכמה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה, בסעיפים 32 ו-34 להצעה: www.e-q-m.com/clients/Huka/huka_01.htm). בהתחשב בכך, השאלה באיזו מידה נהנית הזכות לטיפול רפואי ממעמד חוקתי בשיטתנו המשפטית, אינה פשוטה למענה. כך במיוחד בנוגע להיבט ה"חיובי" של הזכות, המטיל על המדינה חובת-עשה שעיקרה אחריות למימון ציבורי של שירותי בריאות בישראל. דומה כי אחת הדילמות המרכזיות בעניין זה נעוצה בהגדרת היקפה החוקתי-הפנימי של הזכות לטיפול רפואי בכלל והזכות לשירותי בריאות במימון ציבורי בפרט.

בית-משפט זה כבר פסק בעבר כי הזכות להיכלל במנגנון ביטוח הבריאות הממלכתי, כשלעצמה, אינה נהנית ממעמד חוקתי על-חוקי (ראו: בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, פס' 18 מפי הנשיא א' ברק (2004)). לצד הקביעה האמורה, הובעה בפסיקתנו הדעה לפיה "אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע" (דברי הנשיא א' ברק ברע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, פס' 20 (2001)). עוד נקבע כי "...ניתן לעגן זכות סוציאלית לאספקת שירותי בריאות בסיסיים בגדר הזכות לשלמות הגוף, הקבועה בסעיף 4 לחוק היסוד" (דברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 494/03 עמותת רופאים הנ"ל, פס' 16 ו-18; ההדגשה הוספה- ד.ב.). בנוסף הובעה הדעה כי הזכות לטיפול רפואי במצב חירום של מצוקה גופנית מיידית - זכות המעוגנת כיום בסעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 - עשויה להיכלל בגדר הזכויות המוגנות במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (שם, פס' 18).

הנה כי כן, מפסיקתו של בית-משפט זה עולה כי הזכויות החוקתיות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עשויות לכלול היבטים מתחומי הרווחה והביטחון הסוציאלי, לרבות בתחום הבריאות. עם זאת, פסיקתנו טרם דנה באופן ישיר בשאלה מהם "שירותי בריאות בסיסיים" הבאים בגדרן של הזכויות החוקתיות המנויות בחוק היסוד, והאם ראוי לקרוא לתוך הזכויות האמורות זכות חוקתית לשירותי בריאות בהיקף רחב יותר מהרמה הבסיסית הנדרשת לקיום אנושי בחברה. הדילמה בעניין זה השתקפה בטיעוני הצדדים בפנינו: מחד גיסא, אין חולק בדבר מרכזיותה של הבריאות לקיום החיים האנושיים, לרווחתו של הפרט וליכולתו לממש את יתר זכויות האדם. כאשר מדובר בטיפול תרופתי שעשוי ברמת היתכנות כזאת או אחרת להציל חיים, להאריכם או לשפר את איכות חייו של החולה, יש ליתן משקל משמעותי לערכי קדושת החיים, שלמות הגוף והנפש, וכבוד האדם שהינם ערכים מרכזיים בעלי מעמד חוקתי בשיטתנו המשפטית. בכל הנוגע לקבלת טיפול רפואי במימון ציבורי, מתאפיינת חקיקתה של מדינת ישראל במחויבות למערכת בריאות ציבורית המושתתת על עקרון הערבות ההדדית והדאגה למיעוטי-היכולת בקרב בני החברה, כעולה מהוראותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי אליהן נתייחס בהמשך הדברים.

מאידך גיסא, כפי שצוין לעיל, הזכות לשירותי בריאות ציבוריים בהקשר הנדון לפנינו, משמעותה הטלת חובת-עשה על המדינה שעיקרה אחריות למימון ציבורי של טיפולים רפואיים-תרופתיים. מטבע הדברים, סוגית היקפה החוקתי של הזכות האמורה כרוכה בשאלות חלוקתיות כלליות, הנגזרות מאופי המשטר הכלכלי-סוציאלי הנוהג בחברה ומהיקף משאביה הציבוריים של המדינה (ראו והשוו בעניין זה: דברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, פס' 9 (2004)). אכן, גם זכויות-האדם המוכרות בשיטתנו ושנהוג לכנותן "זכויות אזרחיות ופוליטיות", מטילות על המדינה חובות "חיוביות" של הגנה על מימוש הזכות ולא רק חובות "שליליות" של אי פגיעה בזכות. לא פעם, החובה המוטלת על המדינה להגן על מימושן של זכויות אזרחיות ופוליטיות, כוללת גם חובה "חיובית" הכרוכה בהקצאת משאבים ניכרים (ראו, למשל, בהקשר של חופש הביטוי וההפגנה: בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פס' 14 ואילך לפסק-דינו של הנשיא א' ברק (פורסם בנבו), 12.12.2006). עם זאת, דומה כי הזכות לשירותי בריאות במימון ציבורי - בדומה ליתר הזכויות המכונות "זכויות חברתיות-כלכליות" - היא בעלת מימד "חיובי" דומיננטי, המעורר בעוצמה גבוהה יותר שאלות שעניינן מדיניות של חלוקת משאבים חברתיים בהתאם לקביעת סדרי עדיפויות לאומיים (ראו: גיא זיידמן וארז שחם "מבוא: על רפואה, משפט ומה שביניהם" משפט ועסקים ו 13, 27 (2007); להלן: זיידמן ושחם).

התפיסה המקובלת בפסיקתו של בית-משפט זה מראשית ימיו הינה כי בית-המשפט ייזהר מלהתערב בעיצובה של מדיניות כלכלית כוללת ובקביעת סדרי עדיפויות לאומיים שכן ככלל, הרשות המבצעת והרשות המחוקקת הן הנושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה (ראו: דבריי בבג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, פס' 13 (2002) והאסמכתאות המובאות שם). בהתחשב בכך, ובהעדר עיגון מפורש של הזכויות החברתיות בחקיקת יסוד, מתעוררת שאלה באיזו מידה ניתן לעשות שימוש בכלים שיפוטניים-פרשניים על-מנת לקרוא לתוך הזכויות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכות שכנגדה חובה למתן שירותי בריאות ציבוריים בהיקף רחב יותר מרמת המינימום ההכרחית לקיום אנושי בחברה (ראו והשוו בעניין זה: דעת-הרוב מפי הנשיא א' ברק בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פס' 14-16 (פורסם בנבו), 12.12.2005) אליו צרפתי דעתי, ולפיה יש לפרש את הזכות החוקתית לכבוד האדם ככוללת הגנה על מינימום של תנאי קיום אנושי, אל מול דעת-המיעוט של השופט א' לוי, שם, פס' 1-3 הסבור כי כבוד האדם כולל הגנה על "תנאי מחייה נאותים"; לדעה המצדדת בקריאה רחבה של

הזכות החוקתית לכבוד האדם בתחומי הרווחה והביטחון הסוציאלי, ראו למשל: יורם רבין הזכות לחינוך 370 (2002) והאסמכתאות המובאות שם; לדעות אחרות, ראו: רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25, 34-35 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); רבקה וייל "בריאות התקציב או תקציב הבריאות- מה עדיף בראייה חוקתית?" משפט ועסקים ו 157, 169 ואילך (2007) (להלן: וייל); יואב דותן "בית-המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 69 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004)).

בהמשך לדברים האמורים יוער כי הכרה בקיומה של זכות חוקתית לשירותי בריאות במימון ציבורי, מקימה את השאלה בדבר מידת ההגנה החוקתית על הזכות הנדונה. לשון אחר; אף בהנחה שהזכות האמורה נכללת, בהיקף כזו או אחר, במסגרת הזכויות החוקתיות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי ככל הזכויות האחרות אף הזכות לשירותי בריאות ציבוריים אינה מוחלטת, ויש לאזנה אל מול זכויות ואינטרסים נוגדים. לפיכך, שאלה שיש ליתן עליה את הדעת אם תיקבע זכות חוקתית לשירותי בריאות ציבוריים, הינה כיצד ראוי לפרש וליישם את תנאי פסקת ההגבלה בנסיבות בהן הוכחה פגיעה ממשית בזכות האמורה, ומהם הכלים ההולמים להפעלת התנאים האמורים. (להבחנה בין היקפה הפנימי של זכות חוקתית לבין מידת ההגנה עליה, ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג-פרשנות חוקתית 371 ואילך (1995)).

11. הדילמות האמורות הן מורכבות, ומעוררות שאלות בהיבטים שונים שאינני רואה לפרט בעניינן. אעיר רק כי הזכות לבריאות אמנם זכתה להכרה באמנות בינלאומיות שונות, והזכות אף נכללת בחוקותיהן של חלק ממדינות העולם. עם זאת, הגדרת היקפה הפנימי של הזכות האמורה ומידת ההגנה עליה, נותרו עמומים והם מתאפיינים בגישה זהירה המתחשבת ביכולות התקציביות של כל מדינה ובעקרון המימוש ההדרגתי של הזכות. כך למשל, חוקת ארגון הבריאות העולמי לבריאות (WHO) משנת 1946 מכירה בזכות-יסוד לבריאות, אולם היקפה של הזכות האמורה מוגדרת כ"רמה הגבוהה ביותר הניתנת להשגה" (the highest attainable standard of health), ההדגשות הוספו- ד.ב.; ראו בעניין זה: אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437, 442-443 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); (להלן: גרוס). אשר להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם

משנת 1948 - אמנה זו מעגנת במסגרתה מספר זכויות אדם חברתיות, ובהן הזכות לרמת חיים נאותה הכוללת היבטים של הזכות לבריאות ולטיפול רפואי. עם זאת, במבוא להכרזה נקבע במפורש כי הזכויות האמורות יובטחו "באמצעים הדרגתיים" (לנוסח בעברית של ההכרזה, ראו:

http://www.knesset.gov.il/docs/heb/un_dec.htm).

אחד המסמכים הבינלאומיים המרכזיים בנוגע לזכות לבריאות הינה האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, שאושרה על-ידי מדינת ישראל בשנת 1991. סעיף 12 לאמנה הנ"ל קובע כי מדינות שהן צד לאמנה "...מכירות בזכות כל אדם להנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה" (ההדגשה אינה במקור - ד.ב.), וכי על המדינות לנקוט צעדים נחוצים על-מנת להבטיח, בין היתר, "יצירת תנאים נאותים אשר יבטיחו לכל שירותי בריאות וטיפול רפואי במקרה של מחלה". סעיף 2 לאמנה הנ"ל מוסיף וקובע כי על המדינות החברות באמנה לפעול "עד כדי מירב המקורות העומדים לרשותן] למען הבטח, בשלבים, את השימוש המלא בזכויות" (על אמנות ומסמכים בינלאומיים נוספים העוסקים בזכות לבריאות, ראו: גרוס הנ"ל, עמ' 443-445). הנה כי כן, אמנות בינלאומיות המכירות בזכות לבריאות ולטיפול רפואי, מתחשבות במגבלות התקציביות ונוקטות זהירות בקביעת היקפה של הזכות הנדונה ובמידת ההגנה הניתנת לה.

אשר למישור החוקתי הפנים-מדינתי - חוקותיהן של מדינות רבות, ובהן ארה"ב וקנדה, אינן מקנות מעמד חוקתי מפורש לזכות לבריאות. משפטן החוקתי של מדינות אלה מגן רק על היבטים מצומצמים של הזכות האמורה. לעומתן, סעיף 27 לחוקה של דרום-אפריקה מקנה מעמד חוקתי מפורש לזכות לנגישות לטיפול רפואי. עם זאת, חוקת דרום-אפריקה מוסיפה וקובעת כי על המדינה לנקוט באמצעים סבירים - חקיקתיים ואחרים - על-מנת לקדם את הזכות האמורה באופן הדרגתי ובמסגרת המשאבים העומדים לרשותה (לנוסח החוקה של דרום אפריקה, ראו: <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#27>). יצוין כי חוקותיהן של הודו והולנד מעגנות במפורש את הזכות לקידום בריאות הציבור, אולם זכות זו אינה ניתנת לאכיפה על-ידי הרשות השופטת, והיא אך בגדר עקרון-יסוד שאמור להנחות את הרשות המבצעת והרשות המחוקקת בפעולותיהן (ראו: גרוס הנ"ל, עמ' 462-463; גיא זיידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ולדרום-אפריקה" 347, 356, 370 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004)).

הבחינה ההשוואתית מלמדת, אפוא, כי אף שהזכות לבריאות ולקבלת טיפול רפואי מוכרת במישור הבינלאומי ובחוקותיהן של חלק ממדינות העולם, היקפה של הזכות האמורה, מידת ההגנה עליה ואופן מימושה משתנים ממדינה למדינה, ומתאפיינים בגישה זהירה המושפעת, בין היתר, מזמינות המשאבים הציבוריים ומיכולותיה הכלכליות של כל מדינה (ראו: אהרן ברק "הקדמה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 8-9 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004)). ככלל, ניתן לומר כי שאלת ההיקף של שירותי בריאות ציבוריים אינה ייחודית לישראל והיא מאפיינת, במידה כזו או אחרת, את כל מדינות העולם - שהרי אף מדינה אינה יכולה לממן היקף בלתי מוגבל של שירותי רפואה, המשתכללים ומתייקרים באופן תדיר עקב התפתחויות הרפואה והטכנולוגיה. שיטת המימון של שירותי הבריאות הניתנים לציבור משתנה אף היא ממדינה למדינה לפי מודלים שונים (מימון פרטי, מימון ציבורי או שילוב של שניהם), וזאת בהתאם לשיטת המשטר הכלכלי הנוהג באותה מדינה, סדרי העדיפויות החברתיים והיכולות התקציביות (ראו: זיידמן ושחם הנ"ל, עמ' 40-42; לגבי שיטת המימון של שירותי הבריאות בקנדה, בארצות-הברית ובאנגליה, ראו: יובל קרניאל "סל התרופות-רופאים, שופטים, תקשורת ומה שביניהם" משפט ועסקים ו 225, 231 ואילך (2007) (להלן: קרניאל)). כבר נאמר בפסיקתנו כי "לכל מדינה בעיותיה שלה. גם אם השיקולים העקרוניים הם דומים, האיזון ביניהם משקף את ייחודה של כל חברה ואת המאפיין את הסדריה המשפטיים" (דברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 4128/02 אדס טבע ודין הנ"ל, פס' 14). על רקע כל אלה ניתן לומר בסיכום כי הגדרת היקפה החוקתי של הזכות לשירותי בריאות ציבוריים, היקף ההגנה החוקתית עליה ומתן סעדים לאכיפתה הינן סוגיות מורכבות, ולפיכך התייחסותנו הפסיקתית לזכות הנדונה מחייבת הליכה זהירה ומתונה.

12. העתירה בבג"ץ שיבר אינה דורשת הכרעה במכלול השאלות הסבוכות הנוגעות למעמדה החוקתי של הזכות לטיפול רפואי בכלל, והזכות לשירותי בריאות במימון ציבורי בפרט. זאת מאחר והעתירה אינה מופנית כנגד חוקתיותו של דבר חקיקה של הכנסת, אלא כנגד אופן הפעלת שיקול-דעתם של הגורמים המוסמכים לקבוע את תכולתו של סל שירותי הבריאות. בהתחשב בכך, אסתפק בהערה קצרה מההיבט החוקתי, המתייחסת לנסיבות המקרה דנן.

כפי שצוין לעיל, העתירה בבג"ץ שיבר מופנית כנגד אי הכללתה של תרופת הארביטוקס בסל שירותי הבריאות הזוכה למימון ציבורי. תרופת הארביטוקס מהווה תרופה חדשנית לטיפול במחלת סרטן המעי הגס. כפי שיפורט בהמשך הדברים, אין תמימות דעים לגבי יכולתה של תרופה זו להציל חיים או אף להאריכם; הנתונים המחקריים לגבי התרופה האמורה עדיין שנויים במחלוקת ועלותה גבוהה. בהתחשב בכך, נוטה אני לדעה כי התרופה הנדונה - ותרופות חדשניות ניסיוניות אחרות כמותה - אינן נכללות בגדר שירותי הבריאות הבסיסיים הנדרשים לשם קיום אנושי מינימאלי בחברה. אכן, עבור החולים במחלות מסכנות חיים, כל תרופה העשויה להציע סיכוי כלשהוא להצלת חייהם או למצער להארכתם, ולו במעט - ערכה וחיוניותה לא יסולאו בפז. עם זאת, בראייה חברתית כוללת ובהתחשב במוגבלות המשאבים הציבוריים, ספק בעיניי אם הדרישה למימון ציבורי של תרופות חדשניות כאמור, עשויה למצוא אחיזה בגרעין הקשה של הזכויות החוקתיות המנויות בחוק היסוד.

יתרה מזאת; אף לפי גישה פרשנית המרחיבה את היקפה החוקתי של הזכות לכבוד האדם מעבר לרמת המינימום ההכרחי בתחום הרווחה והביטחון הסוציאלי, דומה כי רק בנסיבות חריגות ויוצאות-דופן תקום חובה חוקתית על רשויות המדינה לממן תרופה פרטנית מסוימת - אחת מיני רבות לגביהן מוגשות בקשות למימון ציבורי. בהקשר זה יוער כי נוכח הרתיעה מפני התערבות יתרה בסדרי עדיפויות לאומיים-כלכליים, נמנעים בתי-משפט ברחבי העולם מלפסוק כי העדר מימון ציבורי לטיפול רפואי קונקרטי, עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית של החולה. (לנסיבות יוצאות-דופן בהן נפסק כי הוכחה פגיעה בזכות חוקתית כאמור, ראו והשוו: Minister of Health v. Treatment Action Campaign, CCT 8/02, 2002 (10) BCLR 1033 שם בית-המשפט החוקתי של דרום-אפריקה חייב את הממשלה לאפשר הפצתו של טיפול תרופתי שנועד למנוע את העברתה של מחלת האיידס מאמהות לילדיהן, בנסיבות בהן הטיפול התרופתי סופק בחינם לממשלה על-ידי יצרנית התרופה). בהתחשב בכל אלה, דומה כי בעניינם של העותרים לא הוכחה פגיעה בזכות חוקתית על-חוקית, ויש לבחון את זכויותיהם בהתאם למסגרת הנורמטיבית-החקיקתית עליה נעמוד להלן.

הזכות החוקתית לשירותי בריאות ציבוריים

13. כאמור, העתירה בבג"ץ שיבר אינה מופנית כנגד חוקתיותו של דבר חקיקה של הכנסת, ולפיכך לא ראיתי להכריע במכלול השאלות המורכבות המתעוררות בנוגע למעמדה החוקתי של הזכות לטיפול רפואי במימון ציבורי. עם זאת, ראוי להדגיש כי הזכות לשירותי בריאות ציבוריים עומדת על רגליה שלה כזכות חוקית, קרי- זכות הנובעת מדברי חקיקה של הכנסת כפי שפורשו בהלכה הפסוקה וברוח ההתחייבויות שהמדינה נטלה על עצמה במישור הבינלאומי ההסכמי; זאת, בלא זיקה הכרחית בין הזכות החוקית האמורה לבין הזכויות החוקתיות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו והשוו לעניין הזכות לחינוך: בג"ץ 2599/00 יתד-עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, פס' 6 מפי השופטת ד' דורנר והאסמכתאות המובאות שם; בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פס' 4 לפסק-דיני (פורסם בנבו), 18.7.2005). מתעוררת, אפוא, השאלה מה טיבה והיקפה של הזכות החוקית לשירותי בריאות ציבוריים בישראל, והאם זכות זו נפגעה שלא כדין בנסיבות עניינם של העותרים.

14. היקף אחריותה של המדינה להבטיח את אספקתם, נגישותם ומימנם של שירותי הבריאות בישראל, הותווה בשיטתנו המשפטית בדברי חקיקה שונים. סעיף 3 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה) שכותרתו "הזכות לטיפול רפואי", קובע בזו הלשון:

3. (א) כל הנזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים מעת לעת במערכת הבריאות בישראל".	"הזכות לטיפול רפואי"
--	----------------------

סעיף 3(א) לחוק זכויות החולה קובע, אפוא, במפורש כי היקפה של הזכות לטיפול רפואי בישראל נגזר, בין היתר, מהוראות הדין החלות על העניין. יוער כי סעיף 5 לחוק זכויות החולה, 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". סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה מוסיף קובע כדלקמן:

3. (א) ...
 "הזכות לטיפול רפואי"
 (ב) במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה".

ייתאמר מיד כי העותרים נמנעו מלבסס את טיעוניהם לפנינו על הוראות-סעיף 3(ב) הנ"ל לחוק זכויות החולה. ואכן, על-פני הדברים דומה כי תרופת הארביטוקס בהתוויה הנדונה לפנינו, אינה עולה בגדר טיפול רפואי דחוף במצב חירום רפואי כאמור בסעיף 3(ב). זאת, בהתחשב בכך שמדובר בתרופה חדשה יחסית, שנועדה להאריך חיים בנסיבות של מחלה קשה מתמשכת, כאשר הנתונים המחקריים לגבי ההתוויה הרלוונטית של התרופה הנדונה שנויים במחלוקת, והתרופה אינה נכללת בגדר סל שירותי הבריאות. (ראו והשוו בענין זה לפסיקתו של בית-המשפט החוקתי של דרום-אפריקה שקבע כי הזכות לטיפול חירום רפואי לפי סעיף 27(3) לחוקה ("emergency medical treatment"), אינה חלה על טיפולי דיאליזה הניתנים לשם הארכת חיים במצב רפואי כרוני של מחלה מתמשכת: *Soobramoney v. Minister of Health*, CCT 32/97, 1997 (12) BCLR 1696). יוער כי מטעמים דומים אף לא חלות בנסיבות העניין שלפנינו הוראותיו של חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998 אליו הפנו העותרים בטיעוניהם.

15. דבר חקיקה מרכזי נוסף המשליך על מהותה והיקפה של הזכות החוקית לשירותי בריאות ציבוריים הינו חוק ביטוח בריאות ממלכתי. קודם לחקיקתו של החוק האמור, היה ביטוח הבריאות בישראל וולנטרי. החוק לא קבע חובת ביטוח רפואי, ומי שלא ביטח עצמו כחבר באחת מקופות החולים חייב היה בתשלום על כל טיפול רפואי שקיבל (ראו בעניין זה: ע"א 5557/95 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' אלאחד, פ"ד נא(2) 724, פס' 12 לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) ת' אור (1997)). חוק ביטוח בריאות ממלכתי נועד לשנות מצב זה. תכליתו של החוק האמור היתה ליצור הסדר של ביטוח בריאות חובה לשם הבטחת שירותי בריאות לכלל תושבי ישראל, תוך הגדרת מקורות המימון למערכת הבריאות הציבורית והקצאתם. התפיסה המונחת בבסיסו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי הכירה באחריותה של המדינה למימון שירותי בריאות ציבוריים לטובת הכלל שיסופקו לציבור באמצעות קופות החולים, וזאת מתוך מחויבות ל"עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית" כאמור בהוראת-סעיף 1 לחוק.

מהותה והיקפה של הזכות החוקית לשירותי בריאות ציבוריים נקבעה בסעיף 3

לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, שזו לשונו:

3. (א) כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר.

”הזכות לשירותי בריאות

(ב) המדינה אחראית למימון סל שירותי הבריאות מהמקורות המנויים בסעיף 13.

(ג) קופת חולים אחראית כלפי מי שרשום בה למתן מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה.

(ד) שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות יינתנו בישראל, לפי שיקול דעת רפואי, באיכות סבירה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגורי המבוטח, והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים לפי סעיף 13.

(ה) שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על הפרטיות ושמירה על הסודיות הרפואית” (ההדגשות אינן במקור – ד.ב.).

מסעיף 3 הנ”ל ומיתר הוראותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי עולה כי בחוק האמור נקבע מבנה יחסים מיוחד בין המבוטחים, קופות-החולים והמדינה. המבוטחים שהינם כלל תושבי המדינה, מחויבים לפי החוק בתשלום דמי ביטוח בריאות ששיעורם הוא פרוגרסיבי ומחושב בהתאם לרמת הכנסתו של המבוטח כאמור בסעיף 14 לחוק. בכך ניתן ביטוי לעקרון הערבות ההדדית מתוך שאיפה כי כל מבוטח ישלם לפי יכולתו ויקבל לפי צרכיו, תוך התחשבות בחלשים בקרב בני החברה (ראו: דו”ח ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת תיפקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל כרך א 81-82 (1990) (להלן: דו”ח נתניהו); כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות האדם 202 (2003) (להלן: שלו); על עקרון הניתוק שבין קבלת טיפול רפואי לבין היכולת לשלם בעדו, ועל הכרסום שחל משך השנים בעקרון זה עקב תיקונים שהוכנסו לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, ראו: גרוס הנ”ל, עמ’ 471 ואילך).

בהתאם להוראותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, קופות החולים הן האחראיות לספק לכל המבוטחים הרשומים בהן את מלוא שירותי הבריאות לפי החוק,

למעט מספר מצומצם של שירותי בריאות שמשרד הבריאות אחראי לאספקתם (ראו: סעיף 3(ג) שנוסחו הובא לעיל וכן סעיף 69 לחוק). שירותי הבריאות אותם זכאים המבוטחים לקבל מקופות החולים הם בעיקרם אותם השירותים הנכללים ב"סל שירותי הבריאות" כהגדרתו בסעיף 7 לחוק. יצוין כי עובר לחקיקתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, לא היה בנמצא סל שירותים אחיד וכל קופת חולים פעלה במידה רבה כרצונה בקביעת שירותי הבריאות שהעניקה למבוטחיה, בהרכב השירותים ובהיקפם. חוק ביטוח בריאות ממלכתי שינה מצב זה, בקובעו סל שירותי בריאות אחד המחייב את כל קופות החולים.

בעוד קופות החולים אחראיות לאספקת השירותים הנכללים בסל שירותי הבריאות לציבור, אחראית המדינה למימון סל זה. חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע הוראות ספציפיות בנוגע לחישוב עלותו של סל שירותי הבריאות ובנוגע למקורות המשמשים למימונו. סעיף 9(א) לחוק קובע את "עלות היסוד" של הסל המתעדכנת מדי שנה בהתאם לנוסחה אוטומטית-טכנית המבוססת על שיעור עליית מדד יוקר הבריאות כמפורט בתוספת החמישית לחוק. משנקבעת עלותו של סל שירותי הבריאות לשנת תקציב פלונית, אחראית המדינה לשאת במימון עלותו של הסל באמצעות מקורות המימון המנויים בהוראת-סעיף 13 לחוק. הוראת-סעיף 13 הנ"ל מונה שורה של מקורות מימון לשירותי הבריאות הניתנים לפי החוק, ובהם דמי ביטוח הבריאות שמשלמים המבוטחים, סכומי כסף שגובה המוסד לביטוח לאומי, סכומים מתקציב משרד הבריאות ועוד. בין המקורות למימון סל שירותי הבריאות, נכללים "סכומים נוספים מתקציב המדינה כפי שייקבעו מדי שנה בחוק התקציב השנתי ואשר ישלימו את מימון עלות הסל לקופות...". בהתחשב בכך, משמש חוק התקציב השנתי מקור מימון מרכזי, המשלים את יתר מקורות המימון של סל שירותי הבריאות הקבועים בחוק.

בשולי הדברים האמורים יוער כי במשך השנים נמתחה ביקורת רבה על מנגנון עדכון עלותו של סל שירותי הבריאות הקבוע בחוק. הטענה המרכזית בהקשר זה הינה כי אין די במדד יוקר הבריאות כדי להתאים את מימון סל שירותי הבריאות לגידול הראלי בעלותו של הסל הנובע, בין היתר, מהגידול השנתי באוכלוסיית המדינה, מהעלייה בגיל הממוצע של אוכלוסיית ישראל, וכן מההתקדמות הטכנולוגית המתמדת בתחום הרפואה (ראו: שלו הנ"ל, עמ' 229-232, 270-269; גרוס הנ"ל, עמ' 495 ואילך; דפנה ברק-ארז "מדינת הרווחה בישראל- בין החקיקה לבירוקרטיה" עבודה, חברה ומשפט ט 175, 181 (2002); עוד ראו: פסק-דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין

בבג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729 (2000)). במהלך השנים דחה משרד האוצר המלצות לקביעת מנגנון מהותי משלים למנגנון הטכני הקבוע כיום בחוק, וזאת בנימוק של אילוץ תקציבי. כנגד כך הוגשו מספר עתירות לבית-משפט זה, אולם בסופם של ההליכים נמנע בית-המשפט מלהתערב במדיניותו האמורה של משרד האוצר מטעמים שפורטו בפסיקה. (ראו: פסק-דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין בבג"ץ 9163/01 שירותי בריאות כללית נ' שר האוצר, פ"ד ננ(5) 521 (2002); כן ראו: בבג"ץ 2344/98 מכבי הנ"ל). הצעות-חוק שונות לקביעת מנגנון מהותי לעדכון עלותו הריאלית של סל שירותי הבריאות לא הבשילו כדי חקיקה. במצב דברים זה, נתון בידי הממשלה שיקול-דעת רחב בקביעת שיעור התוספת השנתית לעלותו של הסל, וזאת מעבר לתוספת המתחייבת לפי מדד יוקר הבריאות.

16. ממכלול ההסדרים האמורים הקבועים בחוק זכויות החולה ובחוק ביטוח בריאות ממלכתי, מתבקשות שתי מסקנות עיקריות בנוגע למהותה ולהיקפה של הזכות החוקית לשירותי בריאות ציבוריים בישראל: ראשית, בהתחשב בכך שתכליתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי הינה מתן זכויות לכלל תושבי מדינת ישראל באמצעות הסדר של ביטוח בריאות ממלכתי, בשונה מביטוח סיכונים פרטי; ובהתחשב בכך ששירותי הבריאות הציבוריים הכלולים בסל שירותי הבריאות כפופים למקורות המימון הקבועים בסעיף 13 לחוק ובהם חוק התקציב השנתי - ברי כי סל שירותי הבריאות אינו מתיימר לכלול את מלוא השירותים הרפואיים האפשריים, בהיקף וברמה אופטימאליים להם עלול להיזקק הפרט. עמד על כך השופט (כתוארו אז) ת' אור בציינו כדלקמן:

"...כפי שראינו, קובע חוק הבריאות סל של שירותים. הוא אינו מתיימר לספק את כל השירותים הרפואיים הנדרשים, או העלולים להיות נדרשים למבוטחי קופות החולים...
 קיומה של מערכת הבריאות תלוי באיזונה הכספי, ואין המקורות הכספיים הנוכחיים מבטיחים את כל השירותים הרפואיים האפשריים...
 יוצא, אפוא, שמתן שירותים רפואיים על ידי קופות החולים אין בו תמיד לספק את כל שירותי הבריאות הנדרשים לחולה או נפגע המבוטחים בקופה."
 (ע"א 5557/95 סהר הנ"ל, פס' 19).

שנית, מתכליתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי וממכלול ההסדרים הקבועים במסגרתו; וכן מסעיף 5 לחוק זכויות החולה הקובע את הזכות "לטיפול רפואי נאות"; מתבקשת המסקנה כי במצב המשפטי הקיים מוכרת בשיטתנו המשפטית זכות חוקית

לשירותי בריאות ציבוריים בהיקף רחב יותר מליבת המינימום של שירותי הבריאות הבסיסיים הנדרשים לקיום אנושי בחברה. מטבע הדברים, קשה ואף בלתי אפשרי להגדיר במדויק את היקפה של הזכות החוקית האמורה. עם זאת, ניתן לומר כי מדובר בזכות בעלת גרעין ומעטפת. בגרעין של הזכות החוקית לשירותי בריאות ציבוריים נכללים אותם שירותי בריאות שהמדינה מחויבת לממן. בהתאם לסעיף 7(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, מדובר ב"סל השירותים הבסיסי" שנהג בקופת חולים של ההסתדרות הכללית ביום 1.1.94 (ערב תחילת החוק), בתוספת העדכון האוטומטי-טכני לפי מדד יוקר הבריאות כאמור בסעיף 9(ב) לחוק (להלן: סל היסוד). המימון הציבורי של סל היסוד האמור מהווה חובה סטטוטורית מוגדרת מבחינת היקפה וכמותה, ואין חולק כי המדינה אינה יכולה להתנער מחובתה זו בטענה כי אין כסוי תקציבי לאחריותה (ראו והשוו: בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל" נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, פס' 21 מפי השופט (כתוארו אז) ת' אור (1996); בג"ץ 2344/98 מכבי הנ"ל, פס' 17; בג"ץ 2725/02 שירותי בריאות כללית נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 781, פס' 47 לפסק-דינו של השופט ס' ג'ובראן (2004)).

במעטפת של הזכות החוקית לשירותי בריאות ציבוריים מצויים יתר שירותי הבריאות שאינם נכללים במסגרת סל היסוד האמור. בהתאם להוראותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, הזכות להרחבת סל שירותי הבריאות מעבר לסל היסוד הינה זכות מן הסוג אותו כינה השופט (כתוארו-אז) מ' חשין "זכויות תלויות-תקציב" (בג"ץ 2344/98 מכבי הנ"ל, פס' 40-35). זכויות אלה נגזרות לפי טיבן ומהותן ממדיניות שהמקור לה נקבע בחוק התקציב השנתי. ואמנם, כפי שהובהר לעיל, סעיף 13 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע כי חוק התקציב השנתי ישמש מקור מימון משלים ליתר מקורות המימון של סל שירותי הבריאות. משמעות הדבר הינה כי בחוק התקציב נקבעת תוספת המימון לצורך הוספת טכנולוגיות ותרופות חדשות לסל שירותי הבריאות, באופן ש"באין תקציב, אין זכות" להרחבת הסל (ראו והשוו: בג"ץ 2344/98 מכבי הנ"ל, פס' 39). יוער כי הסדר זה עשוי להתיישב עם התפיסה המקובלת באמנות בינלאומיות ובמשפטן של מדינות אחרות, ולפיה היקפה ומידת מימושה של הזכות לבריאות ולטיפול רפואי, כפופים ליכולתה הכלכלית של המדינה ולמשאבים העומדים לרשותה (ראו: פס' 11 לעיל).

17. הנה כי כן, במצב החוקי הקיים, היקף הזכות החוקית לשירותי בריאות ציבוריים מעבר לסל היסוד, נגזר מחוק התקציב השנתי. עם זאת, רואה אני להעיר כי

מגבלת התקציב אינה בגדר תיקרה שלעולם לא ניתן יהיה לפרוץ. באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות - שכאמור אושרה על-ידי ישראל עוד בשנת 1991 - נקבע כי על המדינות החברות באמנה לפעול להגשמתה ההדרגתית של הזכות לבריאות המעוגנת בסעיף 12 לאמנה. משמעותה של חובת ההגשמה ההדרגתית נדונה בהערה כללית 14 של ועדת האו"ם לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות - הערה המשמשת כפרשנות המוסמכת לסעיף 12 לאמנה. בהערה כללית 14 הנ"ל נקבע, בין היתר, כי בנסיבות בהן נוקטת המדינה בצעדים רטורגריסיביים הפוגעים במידת ההתקדמות שכבר הושגה ביחס למימוש הזכות לבריאות, מועבר הנטל למדינה לשכנע כי צעדים אלה הכרחיים בהתחשב במשאבים האפשריים המרביים העומדים לרשותה (ראו: פס' 32 להערה כללית 14 הנ"ל). כך, אם כן, במישור התפיסה של ההתחייבויות הבינלאומיות. ברוח העקרונות האמורים, שאלה שעשויה להתעורר בשיטתנו המשפטית הינה האם פגיעה חמורה במימון סל שירותי הבריאות - לרבות בדרך של שחיקה מצטברת ומשמעותית במימון הסל בהעדר מנגנון מהותי לעדכון ריאלי של עלותו - מעבירה למדינה את הנטל לשכנע כי הפגיעה האמורה אמנם מוצדקת ומחויבת המציאות. שאלה זו הינה שאלה פרשנית, ולפיה הזכות החוקית להרחבתו של סל שירותי הבריאות היא אמנם תלוית-תקציב בהתאם להוראותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, אולם השאלה היא האם ראוי לפרש את היקפה בהתחשב בעקרון היישום ההדרגתי וברוח ההתחייבויות שנטלה על עצמה מדינת ישראל במישור הבינלאומי. סוגיה זו אינה עומדת לדיון בעתירה שבפנינו ואני מבקשת להותירה לעת הזאת בצריך-עיון.

18. האם בנסיבות העניין שלפנינו הזכות החוקית של העותרים לקבלת שירותי בריאות במימון ציבורי, נפגעה שלא כדין עקב אי הכללתה של תרופת הארביטוקס בסל שירותי הבריאות? אין חולק כי תרופת הארביטוקס הנדונה לפנינו אינה נכללת בגדר סל היסוד המוגדר בסעיף 7 לחוק (ראו: פס' 16 לעיל). בהתחשב בכך, הדרישה למימון ציבורי של תרופת הארביטוקס היא, אפוא, "תלוית-תקציב". בהקשר זה יודגש כי העותרים בבג"ץ שייבר נמנעו מלטעון כנגד המסגרת התקציבית שמקצה הממשלה להרחבת מימון של סל שירותי הבריאות, וצדקו בכך בנסיבות העניין. בא-כוח העותרים הדגיש בטיעונו בכתב ובעל-פה כי עתירתו אינה מופנית להגדלת התקציב הניתן לסל שירותי הבריאות, אלא עיקר טענותיו מכוונות כנגד סמכותה ואופן הפעלת שיקול-דעתה של ועדת הסל בעת קביעת תכולתו של סל שירותי הבריאות במסגרת התקציב הקיים.

י"אמר מיד כי בחנו את טענות העותרים כנגד סמכותה ואופן פעולתה של ועדת הסל, ובאנו למסקנה כי לא נמצאה עילה משפטית להתערבותנו בעניין זה. בנסיבות העניין, אף לא הוכחה פגיעה שלא כדין בזכותם החוקית של העותרים לקבלת שירותי בריאות ציבוריים. על-מנת להבהיר את טעמינו למסקנה האמורה, נעמוד תחילה על אופן קביעת הרכבו של סל שירותי הבריאות ועל מהותה של ועדת הסל וכפיפותה לכללי המשפט הציבורי. לאחר מכן נפנה לדון בטענות העותרים כנגד סמכותה ואופן הפעלת שיקול-דעתה של הוועדה האמורה.

קביעת הרכבו של סל שירותי הבריאות

19. כפי שצוין לעיל, סעיף 7 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מגדיר את תחולתו ההתחלתית של סל שירותי הבריאות ("סל היסוד"), באופן המשקף את מסגרת שירותי הבריאות שניתנו על-ידי קופת-חולים של ההסתדרות הכללית ערב תחילת החוק. מטבע הדברים, נוכח ההתפתחויות התכופות בעולם המדע ובהתחשב בפיתוח המואץ של טכנולוגיות רפואיות חדשות אל מול הצרכים ההולכים וגדלים של האוכלוסייה בישראל, מתעורר תדיר הצורך לבחון את האפשרות להוספת תרופות וטכנולוגיות חדשות לסל שירותי הבריאות. בהקשר זה, אוסר סעיף 8(ה) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי על הוספת תרופות וטכנולוגיות לסל שירותי הבריאות, בלא מקור מימון מתאים לתוספת העלות הכרוכה בכך. (על השאלות הפרשניות שמעורר סעיף זה, ראו: בג"ץ 1829/02 שירותי בריאות כללית נ' שר הבריאות, פ"ד נח(1) 406, פס' 5 לפסק-דינו של השופט א' גרוניס (2003)). סעיף 8(ב)(1) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מוסיף וקובע כי תוספת תרופות וטכנולוגיות חדשות לסל שירותי הבריאות שכרוכה בתוספת עלות, תיעשה לפי החלטה של שר הבריאות, בהסכמת שר האוצר ובאישור הממשלה.

20. בנסיבות בהן ישנה החלטה על תוספת תקציבית למימון הרחבתו של סל שירותי הבריאות, כיצד מתקבלת ההכרעה אילו תרופות וטכנולוגיות חדשות תיכללנה במסגרת הסל? כעולה מתשובת המדינה לפנינו, קבלת ההחלטות בעניין זה כפופה להליך המורכב ממספר שלבים:

מדי שנה שולח משרד הבריאות "קול קורא" להגשת בקשות להכללת תרופות וטכנולוגיות חדשות בסל שירותי הבריאות. בקשות אלה מוגשות על-ידי גורמים מגוונים - מקצועיים, ציבוריים, מסחריים ופרטיים. לאחר ריכוז הפניות, מתחיל תהליך של איסוף נתונים והערכה מקצועית. תהליך זה מבוצע על-ידי המינהל לטכנולוגיות ותשתיות במשרד הבריאות, בסיוע גורמים מקצועיים נוספים במשרד הבריאות ומחוצה לו. בסיום התהליך האמור ולאחר גיבוש המלצתם של הגורמים המקצועיים במשרד הבריאות, מועבר חומר הרקע המקצועי לוועדת הסל.

הוועדה האמורה מקיימת את דיוניה בבקשות שהוגשו לה, בהתחשב במכלול החומר המקצועי שהועבר לעיונה. מתגובת המדינה עולה כי בשלבים הראשונים של דיוני הוועדה, נבחנת כל תרופה לעצמה ומדורגת באופן מספרי, על-מנת לשמש כלי-עזר במיון הבסיסי של הטכנולוגיות השונות. בשלב המתקדם והסופי של הדיונים, מתעדפת ועדת הסל את הטכנולוגיות השונות בינן לבין עצמן, וממליצה על קביעת סדרי עדיפויות סופיים בין הטכנולוגיות בהתחשב במסגרת התקציב הנתונה.

המלצותיה של ועדת הסל לעניין דירוג התרופות והטכנולוגיות החדשות מוצגות בפני מליאתה של מועצת הבריאות, שכאמור מוסמכת לפי החוק לייעץ לשר הבריאות בעניין שינויים בסל. לאחר כל אלה, ובמידה וההמלצות מתקבלות על-ידי שר הבריאות, הן טעונות הסכמת שר האוצר ואישור הממשלה כנדרש לפי סעיף 8(ב)(1) לחוק; זאת, על-מנת לאשר מקור-מימון להרחבתו של הסל. בסופו של התהליך, מעוגנות ההמלצות בצו של שר הבריאות.

הנה כי כן, לוועדת הסל תפקיד מרכזי בדירוג הטכנולוגיות הרפואיות החדשות, והמלצותיה משפיעות על תכולתו של הסל, במידה ומתקבלת החלטה תקציבית על הרחבתו. נמקד מבטנו בוועדה זו.

ועדת הסל – מהותה וכפיפותה לכללי המשפט הציבורי

21. ועדת הסל מתמנית על-פי החלטה מנהלית של שר הבריאות והיא פועלת מטעמה של מועצת הבריאות המוסמכת לייעץ לשר בנוגע ל"שינויים בסל שירותי

הבריאות בהתחשב, בין היתר, בטכנולוגיות חדשות ועלויותיהן" (סעיף 52(1)(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי). הסמכות למנות את ועדת הסל מצויה בהוראת-סעיף 48(ו) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, הקובעת כי למועצת הבריאות, ששר הבריאות עומד בראשה, נתונה הסמכות למנות ועדות מבין חבריה, וכן להיעזר במומחים שלא מבין חבריה. עוד ניתן לעגן את הקמתה של ועדת הסל בסמכות העזר הכללית הנתונה לשר הבריאות להיוועץ מרצונו בקשר להפעלת סמכויותיו, ואף להקים גופים מתאימים לצורך היוועצות כאמור (ראו: סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, וכן: יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך א 191-190, 246-247 (1996) (להלן: זמיר)).

תפקידה של ועדת הסל הוא, אפוא, לייצג לגורמים הרלוונטיים בעניין קביעת סדרי העדיפויות בין הטכנולוגיות הרפואיות החדשות לצורך הרחבת הסל. אין חולק כי מלאכה זו דורשת מומחיות, ניסיון וראייה רחבה לשם מציאת האיזון הראוי בין מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, שהינם רב-תחומיים ומורכבים כפי שעוד יפורט בהמשך הדברים. בהתחשב בכך, ראה שר הבריאות, בשיתוף עם שר האוצר, לכלול בוועדת הסל נציגים מתחומים שונים ובהם: נציגי הרופאים, נציגי קופות-החולים, כלכלנים וכן נציגי ציבור. הרכב של זה ועדת הסל נועד לסייע לה בהערכת הטכנולוגיות הרפואיות החדשות ובקבלת המלצות מתוך ראייה חברתית כוללת, ובשים לב להיבטים המקצועיים-רפואיים ולהיבטים הציבוריים השונים הקשורים בהוספת תרופות וטכנולוגיות חדשות לסל שירותי הבריאות; כל זאת, במסגרת המשאבים שהקצתה הממשלה לסל שירותי הבריאות עבור שנת התקציב הרלוונטית.

22. חשוב להדגיש כי על-אף שועדת הסל אינה גוף סטטוטורי ועל-אף שהרכבה כולל נציגי ציבור שאינם כפופים באופן אישי לשר הממנה, מהווה ועדת הסל חלק מהמינהל הציבורי והיא מחויבת בפעולותיה לכללי המשפט המנהלי. (להצעה לכנות גופים מן הסוג הנדון "גופים לווייניים", ראו: זמיר הנ"ל, עמ' 413, 421). יצוין כי באות-כוח המדינה לא חלקו על הדברים האמורים, והניחו בטיעוניהן כי ועדת הסל מחויבת לכללי המשפט המנהלי.

בהתחשב בכך, אין חולק כי על ועדת הסל לפעול בסבירות, בהגינות, בענייניות ובשוויוניות, תוך קיום הליך מינהלי תקין וברוח העקרונות הקבועים בחוק

ביטוח בריאות ממלכתי. בהמשך לדברים האמורים יוער כי נוכח הרכבה הייחודי של ועדת הסל ונוכח מקצועיותה ומומחיותה בשאלות הרגישות והמורכבות אותן היא בוחנת, נתון בידיה מרחב תמרון רחב יחסית בהפעלת שיקול-דעתה. ככלל, בית-משפט זה לא יעמיד עצמו במקומה של ועדת הסל ולא ימהר להתערב בשיקול-דעתה, כל עוד המלצותיה התקבלו בהליך תקין וכל עוד הוועדה לא סתתה באופן מהותי ממסגרת השיקולים הענייניים שעליה לשקול, או חרגה באופן ברור מהאיזון הראוי בין שיקולים אלה במסגרת מתחם הסבירות (ראו והשוו: דברי השופט י' זמיר בבג"ץ 7365/95 האחים בולוס-חברה לייצור שיש וגרניט בע"מ נ' מרכז ההשקעות, פ"ד נ(2) 89, פס' 4 (1996)).

23. בסיום חלק זה של הדיון יוער כי מלכתחילה, לא היתה חובה לעגן בחקיקה את עצם הקמתה ואת פעילותה של ועדת הסל, בהיותה גוף שהוקם לצרכי היועצות כמוסבר לעיל. עם הזמן, הפכה ועדת הסל להיות גורם בעל השפעה מרכזית על עדכון תכולתו של סל שירותי הבריאות, בין היתר בהתחשב בכך ששר הבריאות רואה בדרך-כלל לאמץ את המלצות הוועדה לעניין קביעת סדרי העדיפויות בין הטכנולוגיות הרפואיות השונות. בהתחשב בכוח השפעתה של ועדת הסל, ובהתחשב במורכבות עבודתה עקב כובד הסוגיות המונחות לפתחה ונוכח הלחצים המופעלים מצד בעלי-עניין שונים - דומה כי בשלה העת לשקול את עיגון פעילותה של הוועדה במקור חקיקתי מתאים, אשר יקבע את אופן מינויה, הרכבה, סמכויותיה וסדרי עבודתה. עיגון כאמור עשוי לסייע בהסדרת פעולתה של הוועדה, בשים-לב לרגישות המיוחדת של הסוגיות הקשות והחשובות הנדונות לפניה (ראו והשוו בעניין זה: Guy I. Seidman, *Regulating Life and Death: The Case of Israel's "Health Basket" Committee*, 23 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 9, 30 (2006); קרניאל הנ"ל, עמ' 234-235; לגופים מייעצים אחרים שהוקמו מכוח החלטה מנהלית וכעבור זמן עוגנו בחקיקה מתאימה, ראו: זמיר הנ"ל, עמ' 415-416). טוב יעשו, אפוא, הגורמים המופקדים על העניין, אם ישקלו הסדרה חקיקתית מתאימה של הוועדה ופעולתה.

דיון בטענות העותרים כנגד אופן הפעלת שיקול-דעתה של ועדת הסל

24. העותרים בבג"ץ שיבר העלו מספר טענות עיקריות כנגד אופן הפעלת שיקול-דעתה של ועדת הסל בכלל, וכנגד המלצתה שלא לדרג בסדר-עדיפות גבוה את תרופת הארביטוקס בפרט: ראשית, נטען כי ועדת הסל נתנה משקל-יתר לשיקול התקציבי וכי המלצות הוועדה שמשמעותן דירוג נמוך יחסית של תרופות שיש בהן כדי להציל חיים

או להאריך חיים - התקבלו שלא כדין, עקב העדר משקל ראוי לערך של הצלת חיי אדם. שנית, טענו העותרים כנגד אמות-המידה המנחות את ועדת הסל בקביעת סדרי העדיפויות בין הטכנולוגיות הרפואיות החדשות. הטענה העיקרית בהקשר זה היתה כי במסגרת התקציב הניתן למימון סל שירותי הבריאות, ראוי לאמץ שיטת מימון בשיעור שווה למכלול התרופות מצילות החיים או מאריכות החיים, בלא להעדיף תרופה אחת על-פני רעותה, ובלא ליתן משקל לסיכויי ההחלמה בגין התרופות השונות. שלישיית, נטען כי אי הכללתה של תרופת הארביטוקס בסל שירותי הבריאות עלתה כדי הפליה פסולה, שכן היא הפלתה לרעה את העותרים ביחס לחולים אחרים שהתרופות הדרושות להם נכללות בסל שירותי הבריאות.

25. לאחר ששמענו את טענות הצדדים ועיינו בחומר המצוי בתיק, באנו למסקנה כי דין טענותיהם של העותרים להידחות. בפתח הדיון יובהר כי 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 הזכויות לשירות ציבורי, באופן המחייב קביעת סדרי עדיפויות בהתאם למשאבים הציבוריים המוגבלים. ובלשונה של השופטת ש' נתניהו בבג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143 (1993):

"אין חברה שמשאביה בלתי מוגבלים. אין רשות הפועלת בחברה על פי חוק הרשאית והיכולה להתעלם מאילוצי 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".

(שם, פס' 4; עוד ראו: בג"ץ 3627/92 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(3) 387, פס' 5 לפסק-דינו של השופט א' מצא (1993))

כפי שהובהר לעיל, חוק ביטוח בריאות ממלכתי אוסר במפורש על הוספת שירותים לסל שירותי הבריאות בלא שנמצא לכך מקור מימון מתאים. בהתחשב בכך, השיקול התקציבי הינו שיקול לגיטימי וענייני שועדת הסל רשאית להתחשב בו במסגרת קביעת סדרי העדיפויות בין הטכנולוגיות הרפואיות החדשות. בעניין זה כבר נקבע בפסיקתנו כי "לא ניתן להתעלם מן העובדה שגם בעניין רגיש כמו זה של בריאות, יש להתחשב בשיקולים תקציביים" (דברי השופט א' גרוניס בבג"ץ 2453/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 3 (פורסם בנבו), 21.3.2006); עוד ראו: דברי השופטת מ' נאור בבג"ץ 4004/07 טרונישבילי נ' משרד הבריאות, פס' 6 (פורסם בנבו), 19.7.2007). אין בכך, חלילה, משום זלזול בקדושתם של חיי אדם, כי אם הכרה במגבלות המציאות שבה המשאבים התקציביים מוגבלים, ועליהם להתחלק בין מכלול צרכים לאומיים וחברתיים המחייבים קביעת סדרי עדיפויות.

26. בהמשך לדברים האמורים יצוין כי חוק ביטוח בריאות ממלכתי שותק לעניין אופן קביעת התיעדוף בין הטכנולוגיות הרפואיות השונות לצורך הרחבת הסל. עם זאת, הלכה פסוקה היא כי מהסמכות הנתונה בידי רשות ציבורית לחלק משאבים מוגבלים, עשויה להיגזר גם הסמכות לקבוע כיצד תבצע חלוקה זו ולפי אילו סדרי עדיפויות (ראו: דברי השופט א' לוי בבג"ץ 4613/03 שחם נ' שר הבריאות, פ"ד נח(6) 385, פס' 7 (2004)).

אין ספק כי המלאכה שהוטלה על ועדת הסל לייעץ לשר הבריאות ולמועצת הבריאות בעניין קביעת התיעדוף בין הטכנולוגיות הרפואיות השונות - מלאכה קשה, מורכבת ורגישה היא עד מאד (על הדילמות בעניין זה, ראו: דו"ח נתניהו הנ"ל, עמ' 100). במסמך שצירפה המדינה לטיעוניה בכתב, פורטו אמות-המידה שועדת הסל קבעה לעצמה, לשם דירוג הטכנולוגיות והתרופות השונות הנדונות לפנייה. במסגרת אמות-המידה האמורות, נכללו השיקולים הבאים: יעילות הטכנולוגיה בטיפול במחלה; היות הטכנולוגיה מונעת מחלה; היות הטכנולוגיה מצילת חיים או מונעת תמותה; הארכת חיים והתייחסות לאיכות חיים צפויה; קיום חלופה טיפולית ובדיקת יעילות החלופה; קיום ניסיון בארץ ובעולם בשימוש בטכנולוגיה; עלות כלכלית ברמת הפרט וברמה הלאומית; מספר החולים שייהנו מהתרופה; התועלת הצפויה מהכללת הטכנולוגיה בסל לטווח קצר וארוך ועוד.

יוער כי מדובר באמות-מידה כלליות שוועדת הסל נמנעה מלדרגן לפי סדר חשיבות או משקל. עמדת המדינה בעניין זה היתה כי מאחר ומדובר בסוגיה שהיא מורכבת ביותר, נדרשת נקודת מבט רחבה וכוללת ולא ניתן לאמץ כללים נוקשים וחד-משמעיים שיביאו ליצירת מעין "נוסחה מיכנית" לפתרון הדילמות הציבוריות, הכלכליות, הערכיות והאתיות הכרוכות בקביעת התיעדוף. בהקשר זה, הדגישה המדינה כי השיקול של הצלת חיים או הארכתם באופן משמעותי, זוכה למשקל רב בשיקוליה של ועדת הסל בעת דירוג הטכנולוגיות הרפואיות הנדונות בפניה. עם זאת, כמו יתר אמות-המידה שפורטו לעיל - אף השיקול של הצלת חיים או הארכתם אינו מהווה שיקול בלעדי או מכריע, עקב הצורך להתחשב במכלול שיקולים נוספים הרלוונטיים לעניין, כגון: מספר הנזקקים לתרופה, חלופות טיפול אחרות ויעילותן, איכות החיים של המטופל, העלות הכוללת ביחס לתרופות אחרות ועוד. המדינה הוסיפה וציינה בהקשר זה כי סל התרופות אינו נועד לכלול רק תרופות שתכליתן ריפוי חולי קיים, והוא כולל מגוון תרופות אחרות כגון: תרופות בעלות ערך מניעתי ארוך טווח; תרופות המונעות סיבוכים והחמרה של מחלות קיימות; וכן תרופות שהינן בעלות השפעה משמעותית ביותר על איכות החיים, כגון מניעת נכויות קשות וסבל.

27. לאחר ששקלנו בדבר, באנו למסקנה כי באמות-המידה שהוצגו לפנינו, לא נמצא פגם שבכוחו להקים עילה להתערבותנו. נוכח מורכבות השאלות הנדונות בפני ועדת הסל והעובדה כי הן כרוכות בהיבטים מגוונים - משפטיים, אתיים, פילוסופיים, מוסריים, כלכליים ואחרים - אין לומר כי אמות-המידה שועדת הסל שמה לנגד עיניה, הינן בלתי ענייניות או בלתי סבירות במידה המחייבת את התערבותו של בית-משפט זה. כך למשל, אין לומר כי השיקול של יעילות התרופה ותרומתה לסיכויי ההחלמה של החולה, מהווה שיקול פסול כנטען על-ידי העותרים. בנסיבות בהן התקציב מוגבל ויש לקבוע תיעדוף בין צרכים רבים מספור, יעילות התרופה מהווה שיקול לגיטימי שניתן, ואף ראוי, להתחשב בו. אשר לקריטריון של עלותן הכלכלית של התרופות - כאמור, ועדת הסל רשאית להתחשב בשיקול התקציבי, ויש בו כדי להשליך על קביעת התיעדוף בין התרופות השונות. בהתאם לכך, עלות התרופה מהווה שיקול ענייני שהוועדה רשאית להביא בגדר שיקוליה.

נוסיף כי נוכח מורכבות השיקולים הרלוונטיים לעניין; ובהתחשב בצורך לנקוט בראייה ערכית וציבורית רחבה לשם מציאת שביל הזהב בין הצרכים השונים; סברנו כי הימנעותה של ועדת הסל מלדרג באופן נוקשה את סדר החשיבות של אמות-המידה אותן היא שמה לנגד עיניה - אף היא אינה מקימה פגם מן הסוג המחייב את התערבותנו. יש לזכור כי שיקול-הדעת הנתון בידי ועדת הסל אינו מבוסס על מבחני-סף שעמידה בהם מזכה במימון ציבורי, אלא על אמות-מידה מורכבות, ולעיתים סותרות, באמצעותן אמורה הוועדה להמליץ אילו תרופות יכללו בסל, ואילו תרופות ידורגו בסדר עדיפות נמוך יותר. בהתחשב באופיו המורכב של התפקיד המוטל על ועדת הסל, ובהתחשב בהרכבה הייחודי, במומחיותה ובמקצועיותה של הוועדה, לא ניתן על-פני הדברים לשלול את עמדת המדינה לפיה ראוי ליתן בידי הוועדה שיקול-דעת רחב שיאפשר לה להעריך את משקלם של מכלול השיקולים הרלוונטיים במבט רחב וכולל. עם זאת, בהמשך להמלצתנו בפסקה 23 לעיל לעניין הסדרת פעילותה של ועדת הסל באמצעות מקור חקיקתי מתאים, דומה כי ראוי לשקול את דבר עיגונן של אמות-המידה שעל הוועדה לשים לנגד עיניה, במקור חקיקתי כאמור. במסגרת זו, אף ראוי לבחון את השאלה האם ניתן ורצוי לקבוע מדרג בין אמות-המידה השונות, על-מנת להנחות את הוועדה בהפעלת שיקול-דעתה.

28. כאמור, העותרים הציעו לאמץ שיטת תיעודף אחרת מזו הנוהגת כיום, ולפיה יינתן מימון בשיעור שווה למכלול התרופות מצילות החיים או מאריכות החיים. לפי הצעת העותרים, יש לממן אחוז מסוים מעלותן של התרופות האמורות, בלא להעדיף תרופה אחת על-פני רעותה ובלא לפרוץ את המסגרת התקציבית הקיימת.

בהתייחס להצעתם האמורה של העותרים נעיר כי לא הובאו לפנינו נתונים בנוגע לאפשרות יישומה של ההצעה מבחינה תקציבית. עם זאת, אף אם לצורך הדיון נניח כי הצעתם של העותרים לחלוקת התקציב בשיעור שווה בין התרופות הנדונות ניתנת ליישום - ובעניין זה, כאמור, לא הובא כל נתון - ברי כי גם ההצעה האמורה כרוכה בחסרונות ובקשיים (כך למשל, תרופות שכיום זוכות למימון מלא, עשויות לזכות לפי הצעת העותרים במימון חלקי בלבד, באופן שיגדיל את שיעור ההשתתפות העצמית ביחס אליהן). לכך יש להוסיף כי יש ממש בעמדת המדינה לפיה הצעתם של העותרים אינה עולה בקנה אחד עם מדיניות הממשלה, לפיה ראוי לתעדף תרופות, בין היתר, בהתאם לאיכותן וליעילותן. על-פני הדברים, הצעת העותרים אף אינה מתיישבת עם התפיסה המונחת בבסיסו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ולפיה סל התרופות

אמור ליתן מענה לא רק לתרופות מצילות או מאריכות חיים, אלא למגוון רחב יותר של טכנולוגיות רפואיות הדרושות לבריאות האוכלוסייה. מכל מקום, השאלה כיצד ראוי לקבוע את סדרי העדיפויות בחלוקת המשאבים הציבוריים בתחום שירותי הבריאות מעוררת מחלוקת, ועשויות להיות בה דעות שונות. לא בידינו להורות על אימוצה של שיטת תיעדוף אחת על-פני אחרת, כל עוד אמות-המידה הנוכחיות תואמות את הוראותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי ומבוססות על שיקולים ענייניים וסבירים, וכל עוד לא הוכח כי נפגע באופן מהותי האיזון הראוי בין שיקולים אלה או כי הוועדה חרגה באופן מהותי וברור ממתחם הסבירות.

29. אשר להחלטה שהתקבלה בעניינה הפרטני של תרופת הארביטוקס העומדת במרכז העתירה בבג"ץ שיבר - מתגובת המדינה עולה כי התרופה הנדונה נרשמה בפנקס התכשירים הרפואיים בישראל ביום 10.5.05. קודם לכן, שווקה תרופת הארביטוקס לחולי סרטן המעי הגס הגרורתי, בהתאם להיתר פרטני לשימוש בתכשיר שאינו רשום בפנקס, לפי סעיף 47א(ג) לפקודת הרוקחים (נוסח חדש), התשמ"א-1981. לטענת המדינה, העדויות המדעיות לגבי התרופה האמורה הן ראשוניות יחסית, וטרם ידוע האם התרופה משפרת את הסיפטומים של חולי סרטן המעי הגס הגרורתי או מאריכה את חייהם. הדברים משתקפים בפרוטוקול הדיון של ועדת הסל מיום 1.12.04, שם נאמר בעניינה של תרופת הארביטוקס כדלקמן:

"התכשיר מיועד לטיפול בקבוצה קטנה של חולים בסרטן המעי הגס הגרורתי. מדובר בתרופה חדשה אשר נרשמה במהלך שנת 2004 בארה"ב ובמדינות מערביות אחרות.

...

העדויות המדעיות הקיימות אודות התכשיר אינן רבות ובהן לא הוכח כי הטיפול בתרופה מוביל להארכת חיים באופן מובהק, אלא העלאת שיעור התגובה וצמצום המסה הגידולית. ניתן להניח שצמצום המסה הגידולית תשפר את איכות חיי המטופלים אך לא בהכרח תאריך את חייהם.

חברי הוועדה הציעו להוריד את דרוג התכשיר מ-A9 ל-A8 בשל היעדר עדויות מספיקות על מרכיב הארכת חיים. אחרים טענו מנגד כי אמנם המידע הקיים היום גם מצומצם בהיקפו, וגם אינו נותן מידע הולם על המרכיב של הארכת החיים, אך יש עדויות על צמצום מסה גידולית, ושיפור התגובה לטיפול. כמו כן, החומר לגבי התכשיר ממשיך להיאסף. לכן הוצע להגדיר (A9-) שמשמעותו בעדיפות נמוכה יותר להכללה בסל מאשר

טכנולוגיות אחרות לטיפול שמרכיב הארכת חיים ברור יותר (והן הוגדרו A9)”.
 (פרוטוקול הדיון של ועדת הסל מיום 1.12.04 - נספח מש/ 6 לתגובת המשיבים 1-6 מיום 20.5.05 בבג”ץ שיבר).
 .

ועדת הסל ראתה, אפוא, לדרג את תרופת הארביטוקס בדירוג נמוך יותר ביחס לטכנולוגיות אחרות לגביהן הוכח בבירור כי הן מאריכות חיים. מפרוטוקול הדיון עולה כי ועדת הסל התחשבה בשיקולים ענייניים, ובהם יעילות הטכנולוגיה בטיפול במחלה ושאלת קיומה של יכולת מוכחת להארכת חיים. יודגש כי בהמשך הפרוטוקול צוין כי “החומר לגבי התכשיר [תרופת הארביטוקס] ממשיך להיאסף”, וכי אם יתקבלו נתונים משמעותיים נוספים על התכשיר בנוגע, בין היתר, למידת יעילותו, הם יועברו לוועדת הסל והתכשיר יועלה לדיון נוסף. ניתן להניח, אפוא, כי ככל שייאספו עדויות מדעיות חדשות לגבי יעילות תרופת הארביטוקס, יישקל מחדש הדירוג לו זכתה תרופה זו.

בהתחשב בכל אלה, אין לומר כי המלצת ועדת הסל לעניין הדירוג של תרופת הארביטוקס הינה בלתי סבירה במידה המחייבת את התערבותו של בית-משפט זה. אף אין לומר כי המלצתה של ועדת הסל בעניינה של תרופת הארביטוקס, מהווה הפליה פסולה של העותרים ביחס לחולים אחרים שהתרופות להן הם זקוקים נכללות בסל שירותי הבריאות. בנסיבות בהן המשאבים הציבוריים אינם מספיקים לכל הצרכים ולכל הנצרכים, יש צורך בהקצאת המשאבים לפי סולם עדיפויות שמטבע הדברים יוצר הבדלים בין אדם לאדם ובין קבוצה לקבוצה. הבדלים אלה אינם מהווים הפליה פסולה, כל עוד הם מבוססים על שיקולים ענייניים וסבירים (ראו והשוו: דברי השופט י' זמיר בבג”ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פס' 5 (פורסם בנבו, 18.4.2000)). גישה אחרת פירושה מניעת כל אפשרות להכרעות חלוקתיות לצורך הקצאת משאבים ציבוריים, אף בנסיבות בהן ההכרעות התקבלו על-בסיס שיקולים כדין. ובלשונו של השופט א' רובינשטיין: “...תעדוף הוא הכרחי בנסיבות של סל הבריאות. לעולם קצר המצע מהשתרע ואין הקומץ משביע. בעולם שבו הנוף הטכנולוגי והרפואי משתנה במהירות, לעיתים מבלי היכר, ועם זאת מחיר הטכנולוגיות והתרופות הוא גבוה, אין מנוס מקביעתם של סדרי עדיפויות. קשה לומר, גם במקרים כואבים כמו בנידן דידן, שישנה אפליה על-ידי קביעת התעדוף” (בג”ץ 2974/06 ישראל נ' הוועדה להרחבת סל הבריאות, פס' 26 (פורסם בנבו, 11.6.2006); ההדגשה הוספה-ד.ב.).

אכן, ניתן להבין את מצוקתם הרבה של החולים בסרטן המעי הגס הגרורתי, שרופאיהם המליצו על טיפול בתרופת הארביטוקס וידם אינם משגת לרכוש את התרופה האמורה. קשה להישאר אדישים אל מול סבלם של החולים וזעקתם. למרבה הצער, מודעים אנו לכך שבמסקנה אליה הגענו אין כדי ליתן להם את מבוקשם. עם זאת, לעת הזאת ובהתחשב בנתונים הקיימים, לא נמצאה לנו עילה משפטית להתערב בקביעת סדרי העדיפויות של ועדת הסל בנוגע לתרופה הנדונה. אשר על כן, ונוכח מכלול הטעמים שפורטו, בקשת העותרים להורות על הכללתה של תרופת הארביטוקס בסל שירותי הבריאות, נדחית.

הצעות העותרים להוזלת מחיריהן של תרופות שאינן נכללות בסל

30. חלק ניכר מטיעוניהם של העותרים בבג"ץ שיבר הוקדש להצעות שתכליתן להוביל להוזלת מחיריהן של תרופות שאינן נכללות בסל שירותי הבריאות. בהקשר זה, ביקשו העותרים שני סעדים לגביהם ניתן בשעתו צו-על-תנאי: האחד, להורות על ביטול מס ערך מוסף ומיסים עקיפים אחרים המוטלים על תרופות חדשניות מצילות חיים שאינן כלולות בסל שירותי הבריאות; והשני, לחייב את המשיבים - משרד הבריאות ו/או קופות-החולים - לרכוש באופן מרוכז את התרופות הנדונות, על-מנת לסייע בהוזלת מחיריהן לצרכנים.

אשר לבקשת העותרים להורות על ביטול מס ערך מוסף ומיסים עקיפים אחרים המוטלים על תרופות למחלת הסרטן - מתשובת המדינה עולה כי ביטול המע"מ ומיסים עקיפים אחרים כמבוקש, מחייב שינוי חקיקתי לשם קביעת פטור סטטוטורי בנוגע לתרופות שאינן נכללות בסל שירותי הבריאות. בהקשר זה יוער כי בשנים האחרונות הוגשו מספר הצעות-חוק פרטיות לתיקון סעיף 31 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975, לצורך קביעת פטור ממע"מ לתרופות חדשניות מצילות חיים שאינן נכללות בסל. הצעות אלה לא הבשילו לחקיקה עקב התנגדותו של משרד האוצר לסטות מעקרון אחדות המס, ולסבסד את מימון התרופות הנדונות שלא בדרך של תמיכה ישירה בסל שירותי הבריאות. מכל מקום, השאלה האם ראוי ליתן פטור סטטוטורי ממע"מ וממיסים עקיפים אחרים בעניינן של תרופות חדשניות שאינן נכללות בסל שירותי הבריאות, היא שאלה הנמצאת בתחום אחריותו של המחוקק ולא של בית-משפט זה.

31. אשר לבקשת העותרים לחייב את המשיבים לרכוש באופן מרוכז תרופות חדשניות כדוגמת הארביטוקס על-מנת להוזיל את מחיריהן לצרכנים - מתגובותיהן של קופות החולים עולה כי חלקן רואות בחיוב את רעיון הרכישה המרוכזת, אולם מתנות זאת בכך שייקבעו הסדרים מתאימים, חקיקתיים ואחרים, על-מנת לאפשר את יישומו על-ידן. חלק מקופות-החולים סבורות כי ראוי שהרכישה המרוכזת של תרופות שאינן נכללות בסל שירותי הבריאות, תבוצע על-ידי גורם מרכזי אחר שאינו קשור לקופות-החולים. מטעונוני הצדדים לפנינו עולה כי מימוש הרעיון של רכישה מרוכזת של תרופות כאמור, עשוי לעורר בעיות משפטיות, בין היתר בהיבט של יצירת הסדר כובל. זאת ועוד; על-מנת להוציא לפועל את רעיון הרכישה המרוכזת של תרופות שאינן נכללות בסל שירותי הבריאות, יש להידרש למכלול שאלות יישומיות שאינן פשוטות למענה: מי ראוי שיהיה הגורם שיעסוק ברכישה המרוכזת? כיצד יוחלט אילו תרופות יירכשו באופן מרוכז? איפה יאוחסנו התרופות האמורות וכיצד יימכרו לחולים הזקוקים להן? ועוד כהנה שאלות. מכל מקום, דומה כי רכישה מרוכזת של תרופות חדשניות כדוגמת הארביטוקס שאינה נכללת בסל שירותי הבריאות, עשויה לתרום במקרים מסוימים להוזלת מחיריהן של תרופות אלה עבור החולים הנזקקים להן, ובכך להקל על מצוקתם. בהתחשב בכך, מחייבת ההצעה הנדונה בדיקה של מכלול ההיבטים הנוגעים בדבר על-ידי משרד הבריאות ויתר הגורמים הרלוונטיים לעניין, על-מנת לבחון את הסוגיה לעומק.

32. בסיום הדברים יוער כי העותרים בבג"ץ שייבר ביקשו להורות כי יפורסם צו פיקוח לפי חוק פיקוח על מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996, שיקבע את המחיר המרבי של תרופת הארביטוקס ושל תרופות חדשניות אחרות כמותה. במסגרת הדיונים לפנינו הובהר כי צו פיקוח כאמור כבר הוצא, וכי הצו חל גם על תרופות שאינן רשומות בפנקס התכשירים (ראו: צו פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים) (מחירים מרביים לתכשירים שהם תכשירי מרשם), התשס"א-2001; עוד ראו: בג"ץ 3997/01 ניאופרם בע"מ נ' שר האוצר (לא פורסם, 30.7.2001) שם נדחתה עתירה כנגד תוקפו של צו הפיקוח הנ"ל). בהתחשב בכך, לא ניתן מלכתחילה צו-על-תנאי בסוגיה האמורה. עוד יצוין כי בטיעוניהם לפנינו טענו העותרים כי על קופות החולים לבצע רה-ארגון בתקציביהן, ולהשתמש ביתרת התקציב לשם רכישת תרופות מצילות חיים. טענה זו הועלתה באופן סתמי וכוללני בלבד, ולפיכך לא ראינו לדון בעניינה.

33. אשר על כן, אציע לחבריי להורות כדלקמן:

(א) נוכח הוספתן של תרופות האווסטין והטקסוטר בהתוויות המבוקשות לסל שירותי הבריאות משנת 2006 ואילך, הצו-על-תנאי שניתן בבג"ץ לוזון יבוטל, והעתירות בבג"ץ לוזון ובבג"ץ בר-און יימחקו, ללא צו להוצאות.

(ב) נוכח מכלול הטעמים שפורטו לעיל, הצו-על-תנאי שניתן בבג"ץ שיבר יבוטל והעתירה תידחה, ללא צו להוצאות. זאת, בשים-לב להמלצות שצוינו בפסקאות 23 ו-27 בדבריי לעיל, לעניין הסדרת פעילותה של ועדת הסל באמצעות מקור חקיקתי מתאים.

ה נ ש י א ה

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה לכך שהצו על תנאי שניתן ב-בג"ץ לוזון יבוטל וכי העתירות ב-בג"ץ לוזון וב-בג"ץ בר-און יימחקו, ללא צו להוצאות. אני מסכימה גם לביטולו של הצו על תנאי שניתן ב-בג"ץ שיבר ולדחיית עתירה זו ללא צו להוצאות.

2. כפי שהראתה חברתי הנשיאה, מלאכת התייעדוף מלאכה קשה היא. היא מחייבת, לא אחת, להשיב ריקם את פניהם של חולים קשים, דוגמת העותרים בבג"ץ שיבר. אכן, קשה לעמוד בפני אדם הנלחם על חייו ולא להושיט לו סעד. עם זאת איני רואה אפשרות להתערב בעניין זה.

מעט לעת מוגשות לבית המשפט הגבוה לצדק עתירות שעניינן התערבות בהחלטות בעניין תיעדוף (ראו בג"ץ 2974/06 ישראלי נ' הוועדה להרחבת סל הבריאות (פורסם בנבו), 11.6.2006) (להלן: עניין ישראלי) ובג"ץ 4004/07 טרונישבילי נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו), 19.7.2007) (להלן: עניין טרונישבילי) המוזכרים על ידי חברתי הנשיאה). בעניין ישראלי הסכמתי לדברי השופט א' רובינשטיין שקבע, כפי שציטטה הנשיאה בחוות דעתה:

"... תעדוף הוא הכרחי בנסיבות של סל הבריאות. לעולם קצר המצע מהשתרע ואין הקומץ משיע. 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."

על דברים אלה חזרתי גם בעניין טרונישבילי, וכוחם יפה, לטעמי גם בעניינינו אנו. לדידי תחום ההתערבות של בית משפט זה בהחלטות בעניין תיעדוף הוא תחום צר. כדי ליתן החלטה ראויה בעניין תיעדוף יש הכרח שבפני מקבלי ההחלטות (או ההמלצות) תעמוד תמונה רחבה. התיעדוף נעשה בין כל התרופות שיש הצעה לכלול אותן ב"סל", והכל במסגרת מגבלות התקציב. בדיון בפני בית המשפט הגבוה לצדק עומד באור הזרקורים, מטבע הדברים, אדם אחד (או מספר מצומצם של בני אדם) ותרופה אחת שאולי בכוחה להאריך את חייו. כל אדם הוא עולם ומלואו. החשיבות של הצלת נפש אחת טבועה עמוק בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית. קשה כאמור לעמוד מנגד, ולא להושיט יד. אך בפני מקבלי ההחלטות (וההמלצות) תמונה רחבה יותר. אני משוכנעת כי ההחלטות בעניין "הסל" והרכבו מדירות שינה מעיני כל מי שצריך להחליט או להמליץ. ואולם, אף אני, כמו חברתי הנשיאה, איני רואה עילה משפטית להתערבותנו. במוקד הדיון לפנינו עומד הפרט הזקוק לתרופה אך ברקע נמצאים חולים רבים אחרים שקולם לא נשמע אך גם מצוקתם רבה היא. ההחלטה מחייבת ידע רחב, שקלול של נתונים שונים וקביעת משקלם היחסי. מדובר ב"בעיה רב-קדקודית", כפי הביטוי שטבע השופט י' זמיר ב-בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 644-645 (2001):

"אפשר לחלק את הבעיות הבאות להכרעה במסגרת הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי לשני סוגים עיקריים: בסוג הראשון נכללות בעיות שניתן למקדן בהתמודדות בין שני גורמים מרכזיים: שתי נורמות או שני אינטרסים או שתי דרכים...בדרך-כלל בעיה מסוג זה צריכה תשובה של כן או לא, מותר או אסור, זה או זה, כך או כך. לכן אפשר לכנותה בעיה דו-קדקודית, משל יש לה שני ראשים שצריך לבחור ביניהם. זוהי בעיה טיפוסית לביקורת שיפוטית...ההכרעה בבעיה כזאת היא, על-פי רוב, תפקיד הולם לבית-משפט.

בסוג השני נכללות בעיות המורכבות ממספר ניכר של גורמים: נורמות, אינטרסים ודרכים. כל אחד מאלה ראוי להתחשבות בדרך לפתרון המתגבש, וצריך לקבל ביטוי בפתרון שיינתן. בעיה כזאת היא רב-קדקודית...בעיה מסוג זה לא ניתנת לפתור בתשובה של כן או לא, מותר או אסור, זה או זה. לכן גם קשה מאוד, ואולי אף אי אפשר, לפתור אותה באמצעות כלל משפטי או בנוסחת איזון...זהו תפקיד מובהק לרשות מינהלית, שיש לה התמחות וכלים הנדרשים לפתרון הבעיה, והיא יכולה לפעול באופן גמיש, תוך התייעצות ותיאום בין הגורמים המעורבים בעניין. זה אינו תפקיד הולם לבית-משפט.

אין פירושו של דבר שבית-המשפט ימשוך ידו מכל טיפול בבעיה רב-קדקודית. הוא מוסמך לטפל בבעיות כאלה...אך הוא מגביל עצמו בדרך הטיפול. מצד אחד, הוא אינו מוכן לשים עצמו במקום הרשות המינהלית ולמלא את התפקיד שהוטל עליה...מצד אחר, הוא מוכן, במקרה של מחדל שלא כדין, לצוות על הרשות המינהלית להפעיל את סמכותה...כמו כן לאחר שהרשות המינהלית הפעילה את סמכותה, הוא מוכן לבקר את חוקיות הפעולה, כגון את חוקיות התכנית כולה או חלקה."

ובדומה אמר גם הנשיא א' ברק ב-בג"ץ 82/02 קפלן נ' מדינת ישראל, משרד האוצר, אגף המכס, פ"ד נח(5) 901, 908-910 (2004):

"תפקידו של בית-המשפט לקבוע אם ההסדר שגובש על-ידי הרשות המינהלית הוא חוקי אם לאו. הרשות המינהלית עשויה לגבש כמה וכמה הסדרים חלופיים, שכולם ייחשבו חוקיים. חוקיותם מובטחת כל עוד הם אינם חורגים מגבולות המותר בהפעלת שיקול-דעת."

(וראו גם ע"א 8797/99 אנדרמן נ' ועדת הערר המחוזית לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, חיפה, פ"ד נו(2) 466, 474 (2001); בג"ץ 10/00 עיריית רעננה נ' המפקחת על התעבורה, מחוזות ת"א והמרכז, פ"ד נו(1) 739, 756 (2001)).

למלאכה המורכבת של הרכבת הסל עליה עמדה חברתי יתכנו מספר רב של פתרונות; בכל פתרון יש נפגעים. אין פתרון אופטימאלי להכרעה, ואין נוסחת קסמים לשקלול האינטרסים הנוגדים. ההחלטה שלא לכלול את התרופה המבוקשת בסל, על פי המידע הקיים לגביה, אינה חורגת ממתחם הסבירות, לא נמצאה לנו עילה להתערבות, ואין מנוס אלא לדחות את העתירה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ה בתמוז התשס"ח (28.07.2008).

א' גרוניס 54678313-3071/05

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 05030710_N12.doc דו
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