

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

אייל גרוס*

- א. מבוא: הזכות לבריאות כזכות-אדם
- ב. מהי הזכות לבריאות
1. התפתחות הרעיון של הזכות לבריאות כזכות-אדם
 2. תוכן הזכות ושני מרכיביה
 3. הניסיון לקבוע את היקף הזכות ודילמות בסיסיות
 4. יצירת תוכן לזכות לבריאות: הערה כללית 14
 5. מימון הבריאות ושאלת הזכויות
 6. על השוויון בבריאות
 7. הכרה בזכות לבריאות ברמת המדינות והגנה עליה

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

ראשית פיתוחן של המחשבות שגובשו לימים לכדי מאמר זה בהרצאה שהוכנה לערב-העיון בנושא "הזכות לרמת הבריאות הגבוהה ביותר הניתנת להשגה", שנערך בדצמבר 2000 במכון ון ליר בירושלים יחד עם עמותת רופאים לזכויות-אדם. אני מודה לחדוה רדובניץ, מנכ"לית רופאים לזכויות-אדם באותה עת, על שהזמינה אותי להרצות באותו ערב ועודדה אותי לחשוב ולכתוב על הזכות לבריאות. גרסה מוקדמת נוספת של חלק מהדברים הוצגה גם בכנס בינלאומי על זכויות חברתיות שהתקיים במאי 2001 מטעם מרכז מינרבה לזכויות-אדם בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. תודה לדפנה ברק-ארו, אסף לחובסקי ויובל שני על הערותיהם לגרסה קודמת של המאמר. תודה גם לרותי לאופר, דני פילק וכרמל שלו על סיועם. מאמר זה הינו חלק ממחקר מקיף יותר על הזכות לבריאות. תודה למרכז-על צגלה למחקר בינתחומי של המשפט ולמרכז מינרבה לזכויות-אדם, שניהם בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, על תמיכתם הנדיבה במחקר זה. מחקר-המשך למחקר זה ממומן על-ידי המכון הלאומי לחקר שירותי הבריאות ומדיניות הבריאות. תודה מיוחדת ללירון הלברייך על עבודת המחקר המקיפה והמסורה, ולדורי ספיבק על סיועו הרב והערותיו. תודה גם לעדי קרונפלד שסייע בשלבים המוקדמים של המחקר.

- ג. הזכות לבריאות בישראל
1. מעמד הזכות לבריאות במשפט הישראלי
 2. היקף הדיון
 3. חוק ביטוח בריאות ממלכתי
 4. יצירת זיקה בין שירות רפואי לבין תשלום: מימון הסל ותשלומים נוספים
 5. גבולות סל-הבריאות
- (א) מנגנונים לעדכון הסל ולתקצוב התייקרותו
- (ב) תביעות פרטניות בגין טיפולים ותרופות
- ד. סיכום: בריאות ציבורית בעידן של הפרטה

א. מבוא: הזכות לבריאות כזכות-אדם

מה חשוב לאדם יותר מאשר בריאותו? פגיעה בבריאותו של אדם, בין אם היא תוצאת מחלה, תאונה, או פגיעה מכוונת על-ידי אחר, עשויה לגרום לו כאב וסבל ואף להוביל למותו. האמרה הפופולרית "העיקר הבריאות" מסמנת את המקום המרכזי שיש לבריאות בחייהם של בני-אדם. נדמה שהבריאות היא אחד הנכסים החשובים ביותר לבני-אדם ומאלה שלשמירה עליהם יש חשיבות עליונה.

תפיסת זכויות-אדם שנועדה להגן על הדברים החשובים ביותר לקיומו של אדם בעולם, על האפשרות שלו לחיות את חייו בכבוד ובשוויון, חופשי מהשפלה, תוך שהוא יכול לעשות את הבחירות המשמעותיות בחייו, תיתן מקום מרכזי לבריאות: הבריאות חיונית כדי לאפשר לאדם לתפקד בעולם, להיות חופשי מכאב וסבל, להגשים את עצמו ואף לחיות.

טול מבן-אדם את חופש הביטוי, את חופש הדת, אולי אפילו את החינוך – ועדיין תוכל להחזיר לו אותם. תיקון באיחור לא יפחית את עוצמת הפגיעה, אך עשוי להקטין את הנזק שנגרם. לעומת זאת, הפגיעה בבריאות הינה תכופות בלתי-הפיכה, וכל מכשול בפני מימוש הזכות פוגע בגופו של האדם ואף עלול להוביל לסוף חייו.

לנוכח חשיבותה של הבריאות לחייו של אדם היה ניתן לצפות שהיא תזכה במקום מרכזי בקנון של זכויות האדם. אך במידה רבה אין הדבר כך: הזכות לבריאות סבלה לאורך שנים רבות, במיוחד במשפט הישראלי, אך גם במקומות אחרים, מאותו מעמד של "בן חורג" שהזכויות החברתיות סובלות ממנו באופן כללי. ההתפתחות המסורתית של תפיסת זכויות האדם כעוסקת בעיקר בזכויות האזרחיות והפוליטיות לא פסחה על הזכות לבריאות, שלא

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

נכנסה כמעט עד כה לשיח החוקתי שלנו. בזירה הבינלאומית, אף שהזכות לבריאות הוגדרה כאחת הזכויות החברתיות כבר לפני יותר מחמישים שנה, העיסוק בה במסגרות השונות של זכויות-אדם התעכב, כפי שאירע לזכויות החברתיות האחרות.

עם זאת, בשנים האחרונות השתנו הדברים, והמודעות לזכויות חברתיות בכלל ולזכות לבריאות בפרט גדלה. הדיון בזכות לבריאות התרחב ברמה הבינלאומית, וכפי שאראה בהמשך המאמר, יש גם עיסוק בנושא הבריאות בנושא של זכויות בחלק מהפסיקה הישראלית. בין ההתפתחויות הראויות לציון ברמה הבינלאומית אזכיר את הפרסום של מסמך מקיף של ועדת האו"ם לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות שניסה ליצוק תוכן קונקרטי יותר לזכות לבריאות (בשנת 2000)¹, מינוי דָּוִד רַפּוֹרְטֵוֹר (Rapporteur) מיוחד על-ידי נציבות האו"ם לזכויות-אדם לעניין הזכות לבריאות (בשנת 2002)², הרחבת השימוש ברעיון של זכות לבריאות על-ידי ארגון הבריאות העולמי וההתמקדות וההכרה בזכות לבריאות כרלוונטית בדיון על המשבר בהספקת תרופות האיידס בדרום-אפריקה – משבר שהעלה את שאלת המתח בין זכויות הקניין הרוחני בתרופות ובין הזכות לבריאות של הזקוקים לתרופות אך ידם אינה משגת את מחיריהם הגבוהים³. אף בישראל הופיע לא-מכבר לראשונה ספר המנתח את שאלת הבריאות מזווית של זכויות-אדם⁴.

1 הכוונה להערה כללית 14 שתידון להלן בחלק ב.

2 ראו דו"ח הראשון של הדָּוִד רַפּוֹרְטֵוֹר שייידון להלן בחלק ב: The Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, Report of the Special Rapporteur, Paul Hunt, Commission on Human Rights, E/CN.4/2003/58, 13 February 2003. (להלן: דו"ח הדָּוִד רַפּוֹרְטֵוֹר).

3 לעניין נושא התרופות לאיידס והמתחים בין הזכות לבריאות לזכויות קניין רוחני, ראו: W.P. Nagan "International Intellectual Property, Access to Health Care, and Human Rights: South Africa v. United States" 14 *Fla. J. Int'l L.* (2002) 155; L. Ferreria "Note: Access to Affordable HIV/AIDS Drugs: The Human Rights Obligations of Multinational Pharmaceutical Corporations" 71 *Fordham L. Rev.* (2002) 1133; B. Loff & M. Heywood "Patents on Drugs: Manufacturing Scarcity or Advancing Health?" 30 *Journal of Law, Medicine & Ethics* (2002) 621. לדיון במשמעותן של התפתחויות אלה בכללותן למעמד הזכות לבריאות, ראו: B. Loff & S. Gruskin "Getting Serious About the Right to Health" 356(9239) *Lancet* (2000) 1453; P. Hunt "The Right to Health: From the Margins to the Mainstream" 340(9398) *Lancet* (2002) 1878.

4 ראו כ' שלו בריאות, משפט זכויות האדם (תשס"ג).

הדיונים ההולכים ומתרחבים על הזכות לבריאות הם חלק מהסתכלות רחבה יותר על הקשר בין בריאות לזכויות-אדם, הסתכלות שאינה מוגבלת לסוגיות הזכות לבריאות בלבד, אלא לקשרים נוספים בין הנושאים, כגון השפעתה של מדיניות בריאות על זכויות-אדם שונות (ולאו דווקא על הזכות לבריאות), השלכות בריאותיות הנובעות מהפרת זכויות-אדם שונות וניתוח הקשר בין בריאות וזכויות-אדם (במיוחד הקשר בין מצב חברתי-כלכלי ובריאות)⁵. בשנים האחרונות ניתן לראות פריצת דרך בצורת כתבי-עת, מכוני מחקר ופרסומים שונים העוסקים בסוגיה זו של הקשר בריאות-זכויות-אדם, לרבות בזכות לבריאות עצמה⁶. מאמר זה מכיל שני חלקים עיקריים לאחר חלק מבואי זה: הראשון מביניהם (חלק ב) עוסק בניסיון לצקת תוכן בזכות לבריאות. תוך הסתמכות על המשפט הבינלאומי ועל כתיבה תיאורטית בנושא, אנסה להציע תוכן קונקרטי – אם כי לא-ממצה – לזכות לבריאות כזכות-אדם. השני (חלק ג) יבחן את מידת ההגנה על הזכות במשפט הישראלי, תוך בחינה ספציפית של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק הבריאות), והפסיקה לאורו. גם כאן לא יהיה דיון ממצה, אך יבחן היבטים מסוימים של הזכות, תוך שימוש בתוכן הקונקרטי שאצוק לתוכה בחלק הראשון. כפי שנראה בהמשך, הזכות לבריאות עוסקת הן בתנאי הרקע לבריאות והן בזכות לטיפול רפואי. הדיון, שיבחן את מידת ההגנה על הזכות לבריאות במשפט הישראלי, יתמקד אך ורק בהיבט של הזכות לטיפול רפואי – בהיקף הזכות לפי החוק, ויבחן את מידת ההגנה על הזכות מהזווית של תפיסת הזכות לבריאות כזכות-אדם וכן את הנגישות ואת השוויון בהנאה מהזכות כפי שהן מתבטאות בהיקפם של שירותי הבריאות

5. ראו: J.M. Mann et al. "Health and Human Rights" *Health and Human Rights: A Reader* (New York, J. Mann ed., 1999) 7–20.
6. בשנת 1993 הוקם באוניברסיטת הרוורד מרכז מחקר ראשוני לנושא בריאות וזכויות-אדם: The François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights. החל בשנת 1994 יוצא לאור במסגרת מרכז זה כתב-העת *Health and Human Rights*. בשנת 2002 הקדיש ה-*Journal of Law Medicine and Ethics* גיליון מיוחד לנושא בריאות וזכויות-אדם: Symposium: Health, Law, and Human Rights: Exploring the Connections. Vol. 30, Issue 4. ראו גם את הניסיון המקיף ביותר לנתח את הזכות מבחינת המשפט הבינלאומי וליצוק בה תוכן במסגרתו: B. Toebes *The Right to Health as a Human Right in International Law* (Oxford, 1999). מאת אותה מחברת, ראו גם: B. Toebes "Towards an Improved Understanding of the International Human Rights to Health" 21 *Human Rights Quarterly* (1999) 661. כמו-כן ראו אסופת המסמכים: *Documents on Health and Human Rights* (The Hague, G. Alfredsson & K. Tomasevski eds., 1998).

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

הניתנים לזכאים ובתנאים שבהם הם ניתנים. במסגרת זו לא אדון בשאלות חשובות ביותר הנוגעות בהפליה בין קבוצות שונות של האוכלוסייה, פרט לזו הנוצרת על רקע כלכלי; כך שלא אדון בשאלות ייחודיות הנוגעות בבריאות נשים, בהפליית האוכלוסייה הערבית בישראל ובמעמד של מהגרי עבודה. נוסף על כך לא אעסוק במסגרת מאמר זה בסוגיה של הפגיעות בזכות לבריאות של האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים. נושאים חשובים אלה יידונו בחלקם במסגרת אחרת. יתר על-כן, מאחר שהדיון יתמקד בזכות לבריאות במשפט הישראלי, הוא לא ייכנס לעומק הסוגיה של החובות הבינמדינתיות בתחום הזכות לבריאות. העיסוק בשאלה זו הולך וגובר בשנים האחרונות, גם על רקע משבר תרופות האיידס שהוזכר לעיל ובאופן כללי יותר כתוצאה של הגלובליזציה.⁷

הדיון במעמד הזכות לבריאות בישראל יעלה את השאלה עד כמה מתייחסים בישראל ברצינות לרעיון של בריאות כזכות.⁸ אטען כי במידה שבה אין מתייחסים ברצינות לזכות כזו, הבריאות נעשית מצרך או סחורה – משהו שנקנה בכסף על-ידי מי שרוצה ויכול לקנותו. המאמר יבחן את המתח בין תפיסה הרואה בבריאות זכות ומתייחסת ברצינות לרעיון של בריאות כזכות לבין התפיסה שאינה עושה כן, וההופכת את הזכות בפועל יותר ויותר לבעלת אופי של מצרך. אראה במהלך הדיון שאם מתייחסים לזכות לבריאות ברצינות, ולא רק כמס־שפתיים, מתחייבות מכך תוצאות מסוימות שעשויות להקטין (אם כי לא לבטל) את אי־השוויון בבריאות ולהפוך את הבריאות ליותר זכות ופחות מצרך. אראה כי השינויים שחלו בחוק ביטוח בריאות ממלכתי למן חקיקתו ביטאו מגמה הפוכה – של הפיכת הבריאות ליותר מצרך ופחות זכות. הדיון יסתמך על הרעיון של הזכות לבריאות כנגזר הן מהמשפט הבינלאומי והן מהמשפט החוקתי הישראלי, ויבחן גם את הצורך להתייחס, כאשר עוסקים בזכויות בכלל ובבריאות בפרט, לא רק לאדם האבסטרקטי נושא הזכויות, אלא גם לאדם הקונקרטי בעל הצרכים. לסיום (חלק ד) אבחן את המשמעות של הפנייה לשיח הזכויות בתחום הבריאות על רקע המתח שבין בריאות ציבורית לבין הפרטת הבריאות.

7 ראו: L.C. Chen, T.G. Evans & R.A. Cash "Health as a Global Public Good" *Global Public Goods* (New York, I. Kaul and others eds., 1999) 284–304; D. Fidler "International Law and Global Public Health" 48 *Kan. L. Rev.* (1999) 1. הדיון במשפט הבינלאומי יופיע כאן כמקור שלאורו יש להכיר בזכות במשפט הפנימי. השאלות של הזכות לבריאות במסגרת המערכת הגלובלית לא יידונו אס־כן במסגרת מאמר זה.

8 המטפורה של התייחסות לזכויות ברצינות שאולה מכותרת ספרו הידוע של רונלד דבורקין: R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (London, 1977).

ב. מהי הזכות לבריאות

1. התפתחות הרעיון של הזכות לבריאות כזכות-אדם

הקשר בין בריאות לזכויות-אדם הינו מורכב, והדיון בזכות לבריאות מקיף רק חלק ממנו⁹. בתוך כך עולות שאלות כגון: עד כמה ניתן להגביל את זכויות האדם בשם הבריאות (למשל כאשר כופים על אנשים חיסונים)? עד כמה זכויות האדם נשמרות במהלך הטיפול הרפואי (למשל השמירה על הסודיות הרפואית, שהינה חלק מזכותו של אדם לפרטיות)? וכיצד למנוע הפליה של אנשים בשל מחלתם (שאלה שעלתה רבות בהקשר האיידס)? מאמר זה יתמקד רק בחלק של הקשר בריאות-זכויות-אדם, שניתן לכנותו הזכות לבריאות. שורשי הרעיון של הזכות לבריאות נעוצים בשתי התפתחויות: תנועת הרפואה הציבורית שהחלה במאה התשע-עשרה וההכרה בזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות שהתגבשה במאה העשרים¹⁰.

נקודת-המוצא לדיון בזכויות חברתיות במאה העשרים היא ההכרזה האוניוורסלית על זכויות האדם משנת 1948, אך הזכות לבריאות אוזכרה לראשונה במסמך בינלאומי עוד קודם-לכן – בחוקה של ארגון הבריאות העולמי (WHO) משנת 1946. המבוא לחוקת WHO קובע: "ההנאה מרמת הבריאות הגבוהה ביותר שניתן להשיגה היא אחת מזכויות היסוד של כל בשר ודם, בלא הבדל גזע, דת, השקפה מדינית, מעמד כלכלי או חברתי."¹¹ בשנת 1948 באה לעולם, כאמור, ההכרזה האוניוורסלית על זכויות האדם. בהכרזה אין אומנם סעיף נפרד על הזכות לבריאות, אך היא קובעת ש"כל אדם זכאי לרמת היים נאותה לשם הבטחת בריאותם ורווחתם שלו ושל בני ביתו – לרבות מזון, לבוש, שיכון, טיפול רפואי, שירותים סוציאליים

9 Mann, *supra* note 5

10 Toebes, *supra* note 6

11 חוקת ארגון הבריאות העולמי, כ"א 3, מס' 79, ע' 233. המבוא מגדיר "בריאות" כ"מצב של קיום טוב פיזי, נפשי וחברתי, ולא רק העדר מחלה או חולשה". כפי שנראה, הגדרה זו של הזכות היא בסיס להגדרות נוספות של הזכות שהופיעו בהמשך. עם זאת יש לתת את הדעת על כך שההגדרה של "בריאות" בחוקת WHO הינה רחבה ביותר, ולמעשה היא יכולה לכלול את כל התנאים הקשורים לרווחתו של אדם במושג "בריאות", וספק אם זו הגדרה העוזרת לנו בדיון על הזכות לבריאות: היא מאפשרת אומנם הבנה רחבה של בריאות, אך מצד אחר היא עשויה לעשות "מדיקליזציה" של כל הקיום האנושי, ולהכניס שאלות רבות מדי אל מתחת למטרייה של בריאות.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

כדרוש וזכות לביטחון במקרה של אבטלה, מחלה, אי כושר לעבודה, התאלמנות, זיקנה, או מחסור אחר בנסיבות שאינן תלויות בו¹². קביעה כללית זו נתרגמה לסעיף ספציפי הרבה יותר באשר לזכות לבריאות באמנה הבינלאומית על זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. אמנה זו, משנת 1966, קבעה בסעיף 12 שלה:

1" מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה.

2. הצעדים שיינקטו בידי מדינות בעלות אמנה זו למען השג את מימושה המלא של הזכות האמורה יכללו אותם צעדים הנחוצים כדי להבטיח:

א. הפחתה בשיעור לידות-דומה (stillbirth-rate) ותמותת תינוקות, והתפתחותו הבריאה של הילד;

ב. שיפור בכל היבטי הגהות הסביבתית והתעשייתית;

ג. מניעה של מחלות מדבקות, אתרניות (endemic), תעסוקתיות ואחרות, טיפול במחלות אלה ופיקוח עליהן;

ד. יצירת תנאים נאותים אשר יבטיחו לכל שירותי בריאות וטיפול רפואי במקרה של מחלה.¹³

סעיף 12 הוא כיום המסמך הבינלאומי המרכזי באשר לזכות לבריאות, בשל היותו חלק מהאמנה שזכתה באשרור רחב-היקף בעולם ושמחייבת משפטית מדינות רבות. ראוי אם-כן לתת את הדעת על תוכנו של הסעיף, ובמיוחד על ההכרה שהוא קובע כי הזכות לבריאות היא הזכות להנאה מהרמה הגבוהה ביותר הניתנת להשגה של בריאות פיזית ונפשית, והיא מחייבת יצירת תנאים נאותים שיבטיחו לכל שירותי בריאות וטיפול רפואי במקרה מחלה. נוסף לסעיף 12, הופיעו בהמשך סעיפים העוסקים בזכות לבריאות באמנות נוספות, וביניהן נציין במיוחד את האמנה לביעור הפליה גזעית¹⁴, האמנה לביעור כל צורות ההפליה

12 נוסח עברי של סעיף כה(1) מתוך זכויות האדם והאזרח בישראל - מקראה (ר' גביוון וח' שניידור עורכים, כרך א, 1991) 76.

13 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, מס' 1037, ע' 205, 211-212. להיסטוריה של סעיף 12, ראו: Toebes, *supra* note 6, at pp. 40-52.

14 סעיף 5(ה)(4) לאמנה בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, כ"א 25, מס' 861, ע' 547, בע' 556.

נגד נשים¹⁵, האמנה לזכויות הילד¹⁶ והאמנה להגנת זכויותיהם של מהגרי עבודה ומשפחותיהם¹⁷. סעיפים אלה קובעים הוראות מיוחדות הנוגעות בזכות לבריאות של קבוצות אלה¹⁸. מסמכים מרכזיים חשובים נוספים, שהוכנו במסגרת WHO, הם הצהרת אלמה-אטה משנת 1978¹⁹ והצהרת הבריאות העולמית משנת 1998²⁰. הצהרת אלמה-אטה קבעה כמה עקרונות שהשפיעו רבות על המחשבה על הזכות לבריאות. היא הדגישה את היות הבריאות זכות-אדם יסודית, עמדה על הפערים בין מצב הבריאות בין מדינות ובתוך מדינות תוך קביעה שפערים אלה אינם קבילים וקבעה כי עד למדינות, לארגונים בינלאומיים ולקהילייה הבינלאומית כולה לפעול לכך שעד שנת 2000 תושג לכל בני-האדם בעולם רמת בריאות שתאפשר להם לנהל חיים חברתיים וכלכליים פוריים. על-סמך אלה שמה ההכרזה את הדגש ב-Primary Health care, קרי הטיפול הרפואי הראשוני, שצריך להיעשות נגיש אוניוורסלית. הטיפול הרפואי הראשוני אמור, לפי ההצהרה, לעסוק בנושאים הבריאותיים העיקריים הניצבים לפני הקהילה, ולכלול לפחות חינוך באשר לבעיות בריאות והדרך להימנע מהן, הספקת מזון ותזונה וכן מים ותברואה, חיסונים נגד המחלות המידבקות העיקריות, הספקת תרופות חיוניות ונושאים נוספים²¹.

- 15 סעיף 12 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, מס' 1035, ע' 179, 188-189.
- 16 סעיף 24 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, מס' 1038, ע' 221, 233-234.
- 17 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families Adopted by General Assembly Resolution 45/158 of 18 December 1990. ראו סעיף 28 לאמנה. ישראל אינה צד לאמנה. לנוסח האמנה ולמדינות שהצטרפו אליה, ראו: [URL: http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/m_mwctoc.htm] (last visited on 26/2/04).
- 18 נוסף על כך, הזכות לבריאות מופיעה בצורות שונות במסמכי זכויות-אדם אזוריים. ראו: E.D. Kinney "The International Human Right to Health: What Does it Mean for Our Nation and World" 34 *Indiana L. Rev.* (2001) 1457.
- 19 Declaration of Alma-Ata, International Conference on Primary Health Care, Alma-Ata, USSR, 6-12 September 1978.
- 20 World Health Declaration, European Health for All No. 5; 1998.
- 21 הצהרת אלמה-אטה קבעה כי רמה מתקבלת על הדעת של בריאות לכל תושבי העולם עד שנת 2000 ניתנת להשגה על-ידי שימוש מלא וטוב יותר במשאבי העולם, שחלק ניכר מהם מוצא על חימוש וסכסוכים צבאיים. מדיניות כנה של עצמאות, שלום, דטנט ופירוק החימוש תוכל לשחרר משאבים נוספים שיוכלו להיות מוקצים למטרות של שלום ובמיוחד

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

הצהרה נוספת שיש להזכירה היא הצהרת Doha. הצהרה זו היא תולדה של משבר תרופות האיידס בשנים האחרונות, שהוזכר לעיל. משבר זה נוצר בעקבות השפעתה הנרחבת של מחלת האיידס על אוכלוסיות במדינות עניות. לנוכח מחירן הגבוה של תרופות הנדרשות לחולי איידס, עמדו מדינות שונות, כדרום-אפריקה ואחרות, על הזכות למכור תרופות גנריות. חברות התרופות מחו על פגיעה בזכויות היוצרים שלהן. כאשר עלה הנושא על סדר-יומו של ארגון הסחר העולמי, הוא קיבל לבסוף הצהרה, בוועידת שרים שלו בשנת 2001, ובה נקבע שהסדרי זכויות היוצרים במסגרת ארגון הסחר העולמי הקבועים בהסכם על היבטי סחר של זכויות קניין רוחני (הידוע כהסכם TRIPS) אין בהם כדי למנוע את המדינות החברות בארגון הסחר העולמי מלנקוט בצעדים עלי-מנת להגן על בריאות הציבור. ההצהרה קבעה כי ניתן וצריך לפרש וליישם את הסכם זכויות היוצרים הבינלאומי בדרך העולה בקנה אחד עם הזכות של המדינות שחברות בארגון הסחר העולמי להגן על בריאות הציבור, ובמיוחד לקדם נגישות לתרופות לכל²². לנוכח ריבוי הסעיפים העוסקים בזכות לבריאות באמנות זכויות-אדם בינלאומיות, מסמכים בינלאומיים אחרים, למעלה משישים חוקות לאומיות המכירות בזכות לבריאות (וזאת נוסף לארבעים חוקות נוספות שכוללות זכויות הקשורות לבריאות)²³, סוברים רבים שהזכות לבריאות מוכרת כיום כזכות אוניוורסלית, המוכרת גם כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי²⁴. לקביעה זו יש השלכות משפטיות מחייבות בשני מישורים: במישור הבינלאומי משמעותה מחויבות לזכות לבריאות גם לגבי המדינות המעטות שאינן צד לאמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות; במישור המשפטי הפנימי משמעותה היות הזכות לבריאות חלק מהמשפט הישראלי הפנימי אף ללא חוק שיאמץ את האמנה הבינלאומית אל תוך המשפט הישראלי.

להאצת הפיתוח הכלכלי והחברתי, שטיפול רפואי ראשוני, כחלק חיוני ממנו, צריך לקבל את חלקו המתאים בו.

Doha Ministerial Declaration on the TRIPS agreement and Public Health, Adopted 14 22
November 2001, WT/MIN (01)/DEC/2, para 4.b [URL:http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm] (last visited on 27/2/04)
אומנם, הצהרת Doha אינה מדברת על הזכות לבריאות, אלא על זכותן של מדינות להגן על בריאות הציבור, אך הדגש שהושם בה בקידום הנגישות לתרופות לכל מחזק את החשיבות של היבט זה של הזכות לבריאות כחלק מהצהרה של הוועדה המיניסטריאלית של ארגון הסחר העולמי.

לנתון זה ראו דוח הַדְוָה, וכן: Hunt, *supra* note 3, at para. 20. 23

"Health" in A. Clapham & S. Marks *International Human Rights Lexicon* (Oxford, 24
forthcoming); וכן: Kinney, *supra* note 18, at pp. 1464–1467.

סעיף 12 קובע אם־כן מסגרת משפטית ברמת המשפט הבינלאומי, אך כמובן שאינו ממצה את שאלת תוכן הזכות לבריאות. שאלה זו נידונה הן ברמה של המשפט הבינלאומי, הן ברמה של המשפט המקומי של מדינות שונות המכירות בזכות ברמה זו או אחרת והן במסגרת הדיון הפילוסופי בשאלת ההצדקות להכרה בזכות לבריאות והתוכן שיש לצקת בה. בהמשך חלק זה של המאמר אנסה להציג מקצת מהשאלות העיקריות העולות בדיונים אלה ולראות מה ניתן ללמוד מהם לגבי תוכן הזכות לבריאות.

2. תוכן הזכות ושני מרכיביה

כאשר אנו דנים בזכות לבריאות, עלינו להתמקד לא רק בשירותי הבריאות שהמדינה נותנת. ראוי להדגיש כי הזכות לבריאות אינה מוגבלת לזכות לשירותי בריאות. בריאותו של אדם נקבעת על־סמך גורמים רבים. לא ניתן לדבר על זכות להיות בריא או לא להיות חולה (ולו משום שקשה לחשוב על חובות תואמות לזכות זו שלא יהיו בלתי־אפשריות או בלתי־סבירות כלפי מי שהם מוטלות עליו), אך הזכות לבריאות יכולה וצריכה להכיל מגוון גורמים שעשויים להשפיע על בריאותו של אדם. כך, למשל, שיפורים במים ותברואה, בתזונה ובגורמים נוספים חיוניים להבטחת הבריאות לא פחות מאשר טיפול רפואי²⁵. זו גם העמדה שאימצה ועדת האו"ם האחראית על יישום אמנת הזכויות החברתיות בהערה הכללית שפרסמה בדבר הזכות לבריאות.

ניתן לחלק את מרכיבי הזכות לבריאות לשני חלקים עיקריים:

1. תנאי הרקע שמשפיעים על הבריאות²⁶.
2. טיפול רפואי²⁷.

25 K. Tomasevski "Health Rights" *Economic, Social and Cultural Rights – a Text Book* 125, 126 (Boston, A. Eide and others eds., 1995).

26 לדיון בגורמים אחדים שהינם חלק מתנאי הרקע לבריאות, כגון מי שתייה נקיים ותברואה, אוכל מזין מתאים, בריאות סביבית ובריאות תעסוקתית, ראו: Toebes, *supra* note 6, at pp. 254–258.

27 לגבי הזכות לטיפול רפואי כחלק מזכות רחבה יותר לבריאות, ראו: Toebes, *ibid*, at pp. 16–19. Toebes עומדת על כך שטיפול רפואי הוא יותר מטיפול במחלה, והוא כולל בין היתר טיפול רפואי מונע (246–254). *Ibid*, at pp. 246–254. לדיון בהיבטים שונים אלה של הזכות לבריאות ראו גם: H. Fuenzalida-Pulema & S. Scholle-Connor "Summary and Analysis" *The Right to Health in the Americas, A Comparative Constitutional Study* (Washington, 1989) 597–600.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

כאשר אנו מחלקים את הזכות לשני רכיבים מרכזיים אלה, ביכולתנו לראות שני היבטים של הזכות שניתן להטיל לעומתם חובות, הן חובות עשה והן חובות לא־עשה, על המדינה ועל גורמים נוספים. החובות של המדינה ושל צדדים שלישיים בתחום תנאי הרקע המשפיעים על הבריאות עשויות לכלול חובות עשה, כגון החובה להבטיח מערכת מים, תברואה ועוד, וכן חובות לא־עשה, כגון החובה למנוע זיהום אוויר שעשוי לפגוע בבריאות. בתחום הטיפול הרפואי החובות עשויות לכלול חובות עשה כגון הבטחת קיומה של מערכת בריאות נגישה, אך גם חובות לא־עשה, כגון איסור על מניעת טיפול רפואי, מצד אחד, או על כפיית טיפול רפואי שאדם אינו מעוניין בו, מצד אחר.

כאשר אנו בוחנים את הזכות לבריאות מנקודת־מוצא רחבה זו, שמטרתה הגדרת הזכות באופן שתכיל את הגורמים המשפיעים על בריאותו של אדם, הרי שכאשר בוחנים את מידת יישום הזכות, מן הראוי לבחון את מצב הבריאות של האוכלוסייה: בחינה המידה של יישום הזכות במדינה מסוימת אינה צריכה להיות מוגבלת לבחינת מדיניותה של הממשלה בתחום תנאי הרקע ובתחום המערכות שמבטיחות טיפול רפואי; עליה גם להיערך על־פי בחינת התוצאות. ארגון הבריאות העולמי קבע "אינדיקטורים", שהם מידע סטטיסטי המנסה להצביע על מצב הבריאות במדינה מסוימת. אינדיקטורים אלה יכולים לתת תמונה חשובה, גם אם לא מלאה, של מצב הזכות לבריאות, ודיון מקיף בזכות, לרבות בחינה של מידת ההגנה עליה במדינות מסוימות, חייב להביא אותם בחשבון²⁸, שכן אינדיקטורים אלה עשויים להיות בעלי

28 האינדיקטורים של WHO כוללים שנים־עשר נושאים עיקריים:

1. קיום מחויבות פוליטית למדיניות של בריאות לכל.
2. מעורבות קהילתית בבריאות לכל.
3. מקורות - האם לפחות 5% מהתל"ג מוצא על בריאות?
4. בחינה השאלה אם אחוז סביר מתקציב הבריאות הלאומי מוצא על שירותי בריאות מקומיים.
5. בחינה השאלה אם המקורות לטיפול רפואי ראשוני מחולקים בצורה שוויונית יותר.
6. בחינת מידתה של העזרה הבינלאומית הניתנת או המתקבלת בנושאי בריאות.
7. קיום שירותי בריאות ראשוניים: בחינת השאלה איזה אחוז מהאוכלוסייה מכוסה על־ידי שירותי בריאות ראשוניים, לרבות נגישות למים נקיים ותנאי תברואה הולמים, חיסונים חשובים, נגישות לשירותי בריאות מקומיים, לרבות הימצאות תרופות חיונית במרחק של שעת נסיעה וכוח־אדם מיומן לטיפול בהיריון, לידה ופעוטות.
8. תזונה: בחינת אחוז התינוקות הנולדים כאשר משקלם בלידה הוא 2500 גרם לפחות ושל אחוז הילדים שמשקלם ביחס לגילם וגובהם הינו מקובל.
9. אחוז תמותת התינוקות, אחוז תמותת האימהות וההסתברות של מוות לפני גיל חמש.

רלוונטיות למידת יישומה של הזכות לבריאות במדינות²⁹ ולעזור לבחון עד כמה הזכות מיושמת במדינה ספציפית. התמונה שנותן הדיון המשפטי – מהסוג שייערך במאמר זה – המתמקד מטבע הדברים בחקיקה ופסיקה, הינה חלקית בלבד בכואנו לבחון את מידת היישום של הזכות לבריאות. הדו"ח הראשון של הדנוח המיוחד של האו"ם לענייני בריאות מצביע על נושאים רבים שמן הראוי לבחון אותם כאשר דנים בצורה מקיפה בזכות לבריאות. הדו"ח מתמקד בזכות לבריאות ובקשר שלה לעוני, ובזכות לבריאות בהקשרים של הפליה וסטיגמה. כך, למשל, הדו"ח דן בצורך לפתח אסטרטגיות להפחתת עוני המבוססות על הזכות לבריאות והעוסקות בשיפור הנגישות של עניים לשירותי בריאות, בהפחתת הנטל הכספי הרובץ על עניים ובהבטחת סביבה בריאה יותר בעבורם.

עיקרון נוסף שיש להביאו בחשבון כאשר יוצקים תוכן בזכות לבריאות הוא עקרון היישום ההדרגתי, המקובל במשפט הבינלאומי בכל הנוגע בזכויות החברתיות. סעיף 2(1) לאמנת הזכויות החברתיות קובע כי חובה על מדינות, בקשר עם הזכויות שבאמנה, לפעול "עד כדי מירב המקורות העומדים לרשותה, למען הבטח, בשלבים, את השימוש המלא בזכויות שהוכרו באמנה זו בכל האמצעים המתאימים, ובמיוחד אימוצם של אמצעי תחיקה". בכואנו לפרש עיקרון זה עלינו לזכור כי עקרון היישום ההדרגתי אינו הופך את הזכות לערטילאית גרידא: לזכות נלוות חובות ספציפיות שעל המדינה לפעול ליישומן. יתר על-כן, התפיסה המקובלת היא שיש חובות שהן בתוך ה"ליבה" או "הגרעין הקשה" של הזכות, שעל המדינה לקיים אותן באופן מידי. תפיסה זו מקובלת באופן כללי לגבי זכויות חברתיות³⁰, וכפי שנראה בהמשך, ההערה הכללית פירטה כמה חובות כאלה בקשר לזכות לבריאות. נוסף על כך, מעיקרון זה נובעת הגבלה משמעותית על יכולתה של המדינה לנקוט צעדים רטרוגרסיביים, הפוגעים במידת ההתקדמות שכבר הושגה ביחס לזכות.

10. אורך חיים ממוצע.

11. רמת קרוא וכתוב בקרב המבוגרים.

12. התוצר הלאומי הגולמי per capita.

ראו: P. Hunt *Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives* (Aldershot, 1996) 123–130.

29 *Ibid*, at pp. 129–130.

30 ראו המקורות שבהם נקבעו עקרונות כלליים לגבי יישום האמנה המפורטים להלן בהערה 40.

3. הניסיון לקבוע את היקף הזכות ודילמות בסיסיות

הבעיה שאנו נתקלים בה כאשר אנו מנסים ליצוק תוכן בזכות לבריאות היא כמובן היקף הזכות. ספרות רבה ניסתה להתמודד עם השאלה של היקף הזכות, מצד אחד, וחובת המדינה, מצד אחר³¹. ניתן להטיל על המדינה חובות מרביות בשני ההיבטים של הזכות: חובה להבטיח תנאים שיבטיחו מרבית את בריאותם של אזרחיה ותושביה, וחובה להבטיח לכולם את המירב האיכותי והכמותי של טיפול רפואי נדרש. אלא שתפיסה מקסימליסטית כזו של הזכות לבריאות נתקלת בקושי לנוכח המשאבים המוגבלים של המדינה. גם כאשר נדרוש מהמדינה לממש השקעה ניכרת בבריאות באופן שתגשים את שני ההיבטים של הזכות ותעמוד בדרישה של "הרמה הגבוהה ביותר הניתנת להשגה" של בריאות (כקבוע בסעיף 12), השקעה כזו יכולה להיות אינסופית. והרי לא נרצה לדרוש מהמדינה שתשקיע את כל משאביה אך ורק בבריאות. אנו רוצים שהמדינה תשקיע גם בתחומים אחרים הקשורים לזכויות ולרווחה של אזרחיה ותושביה. אם תשקיע המדינה את כל משאביה בבריאות, יבוא הדבר על־חשבון ההשקעה בחינוך, בדיוור ובנושאים חשובים אחרים הקשורים בחלקם להגשמת זכויות אחרות³². לכן נדמה שקשה לנסח במופשט קביעות מדויקות לגבי השאלה מהי בדיוק חובת המדינה בנוגע לזכות לבריאות. עם זאת ניתן לקבוע עקרונות אחדים שהמשפט הבינלאומי והספרות התיאורטית בנושא עוזרים לנו בכך. עקרונות אלה יכולים לעזור לנו בבחינת יישומה של הזכות לבריאות במקומות שונים, אולם יישומה הקונקרטי במדינות שונות יהיה תלוי במבנה של מערכת הבריאות באותה מדינה ובתנאים של אותה מדינה. ננסה לראות בהמשך חלק זה מהם העקרונות המנחים, ובחלק הבא ליצוק בהם תוכן קונקרטי יותר בתנאיה של ישראל. על־כן, בבואנו לערוך דיון זה, עלינו להקדיש מחשבה לקושי הקיים בשימוש בתפיסה של זכויות ככלי להכרעה בשאלת הבריאות. כפי שעולה מהדיון, קביעת זכויות ספציפיות בהקשר של בריאות הינה שאלה מורכבת הנוגעת בהקצאת משאבים וסדרי עדיפויות. ניתן לתהות אם הפנייה לתפיסה של זכויות יכולה לעזור במערכת רפואה ציבורית הבנויה על קביעת סדרי עדיפויות על רקע משאבים מוגבלים. כיצד ניתן לנסח זכות־אדם שגם מקדמת תלות חברתית

31 ראו למשל: Toebes, *supra* note 6; וכן: V. Leary "The Right to Health in International Human Rights Law" 1 *Health and Human Rights* (1994) 25; Tomasevski, *supra* note 25; V. Leary "Implications of a Right to Health" *Human Rights in the Twenty-First Century, A Global Challenge* (Boston, K. Mahoney & P. Mahoney eds., 1993); Hunt, *supra* note 28; Fidler, *supra* note 7, at pp. 302–309.

32 R. Dworkin "Justice in the Distribution of Health Care" 38 *McGill Law Journal* 883 (1993).

הדדית וגם מבטיחה זכאות אינדיווידואלית? תלות הדדית אינה אידיאל חברתי בהקשר זה, אלא מציאות הנכפית עלינו בשל היות המשאבים מוגבלים. יש לתת תשובה לשאלות כגון: מי יוצב בראש התור להשתלת כליה? מי יקבל טיפול דיאליזה ומי לא? לשיח הזכויות קשה לתת מענה על שאלות אלה. שיח זכויות האדם התפתח סביב האינדיווידואל נושא הזכויות, ואין הוא עוזר לנו להשיב על השאלה כיצד להקצות משאבים או להכריע בין נושאי זכויות מתנגשים. התוצאה עשויה להיות זניחת שיח הזכויות לטובת תפיסה תועלתנית. אולם האתגר בתחום זה הוא לבחון אם לא ניתן להפנים אל תוך שיח הזכויות את הדאגה לאינטרסים של אחרים. האם יש לשיח הזכויות האינדיווידואלי חלופה שיכולה להכיל את השאלות של תלות הדדית³³?

כאשר אנו שואלים מי מקבל את טיפול הדיאליזה, מי מקודם בתור להשתלת כליה, או כפי ששאלו בתי-משפט בישראל – איזו תרופה ניתנת ואיזו לא, אילו חולים יקבלו תרופה במסגרת הסל ואילו לא, השאלה שלפנינו היא: כיצד הקביעה שלכל אחד הזכות לבריאות ברמה הגבוהה ביותר הניתנת להשגה מקדמת אותנו? כאשר אין די טיפולי דיאליזה ואין די תרופות לכולם, לא כולם יקבלו את הטיפול ולא כולם יקבלו את התרופות. ההכרעה בנושא זה היא הכרעה בשאלות חלוקתיות, וספק אם פנייה לזכויות אינדיווידואליות יכולה לעזור בפתרונה: הפנייה לזכויות אינדיווידואליות מסתירה את האופי החלוקתי של ההכרעה ומעודדת אי-התחשבות בצרכים של האחרים. היא עשויה לפגוע בהליכים החברתיים שבחירות חברתיות חלוקתיות נערכות במסגרתם³⁴. יתר על-כן, בשל האופי האינדיווידואלי של הזכויות, הפנייה אליהן עשויה לעודד דה-קונטקסטואליזציה של המציאות החברתית ולבוא על-חשבון בחינת ההקשר החברתי הכולל³⁵.

- 33 שאלות אלה הציגה מרתה מינו לצד שתי שאלות נוספות לגבי הזכות לבריאות: כיצד ניתן לנסח בהצלחה זכות-אדם המותנית במשאבים חומריים למימושה? כיצד ניתן לנסח זכות שהינה גם אוניוורסלית וגם רגישה להבדלים בין בני-אדם בהיבטים של גיל, מגדר, מסורות תרבותיות ועוד? עם זאת, כדברי מינו עצמה, השאלות השונות שהיא מעלה אינן ייחודיות דווקא לזכות לבריאות או לזכויות חברתיות בכלל, והן עולות גם כאשר מדובר בזכויות האזרחיות והפוליטיות. מינו דוחה את ההבחנה בין סוגי הזכויות השונות, ראו: M. Minow in "Economic and Social Rights and the Right to Health, An Interdisciplinary" Discussion Held at Harvard Law School in September, 1993 (*Harvard Law School, Human Rights Program, 1995*) 2–5
- 34 Marks and Clapham, *supra* note 24
- 35 D. Otto "Linking Health and Human Rights: A Critical Legal Perspective" 1 *Health and Human Rights* (1994) 273, 277–279

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

עם זאת, עמדתי במאמר זה אינה כי הפנייה לזכויות אינה רלוונטית או אינה משמעותית במסגרת הדיון בנושאי בריאות; אלא שעלינו לזכור כי הפנייה לשיח הזכויות אינה מייתרת את הצורך בקביעת מדיניות בריאות רחבה, הכוללת עריכת בחירות, קביעת סדרי עדיפויות וקבלת החלטות בעלות אופי חלוקתי. אך הפנייה לשיח הזכויות צריכה לעצב את מדיניות הבריאות ולאפשר הצגת דרישה שהבחירות וההחלטות המתקבלות, לרבות החלטות לגבי המבנה של מערכת הבריאות, יהיו מוצדקות לאור כמה עקרונות בסיסיים. עם עקרונות אלה, המהווים רכיבים מרכזיים של הזכות לבריאות, נמנים: (1) איסור הפליה; (2) חובת המדינה לנקוט בצעדים, לפי מידב המשאבים שברשותה, כדי להגדיל את הנגישות של כל האזרחים והתושבים לבריאות (הן במובן של יצירת תנאי־רקע לבריאות והן במובן של מתן טיפול רפואי); (3) קיום מחויבויות ליבה, שבהן המדינה מחויבת בכל מקרה³⁶. בדיון זה עלינו לזכור כי זכויות הן כלי חשוב בעל משמעות נורמטיבית ורטורית לדיון בתגובות החברה על הצרכים האנושיים, וזכויות, אם מתייחסים אליהן ברצינות, הן יותר משאיפה גרידא: הן מהוות מחויבות לפעולה. הגשמת זכויות אינה דבר פשוט: היא תוצאה של משא־ומתן מורכב בין גופים שונים, פרטיים וציבוריים, ומושגת כתוצאה מעבודה פוליטית ומשפטית. עבודה זו, אף שהיא צריכה להיות אוניוורסלית, חייבת להיות ממוקדת בחברים הפגיעים ביותר בחברה ובעלי כמות המשאבים הנמוכה ביותר. עלינו לתת את הדעת על הקצאות לא־שוויוניות בהקשר של בריאות ולבחון כיצד כלי הזכויות מאפשר לנו להסב תשומת־לב לא־שוויון, לכאב ולסבל, ולנסות להפחיתם³⁷. אם כך, השימוש ברעיון הזכות לבריאות מיישם את עקרונות זכויות האדם בתחום הבריאות. הגם שאין הוא מחליף את הצורך בקביעת מדיניות, הוא יוצר כלים שיאפשרו לבחון את החלטות המדיניות באופן ביקורתי. כך נוצרת אפשרות להתייחס לשאלת הבריאות מזווית של צדק וזכויות, ולא רק מזווית כלכלית, תועלתנית או טכנית. ראיית הבריאות כזכות משפטית, ולא כמצרך או סחורה, כפריווילגיה, או כתוצאה של אלטרואיזם, עשויה לפתוח ערוצים משפטיים להגנה על בריאות ולקידום הבריאות לכל. בתוך כך יש חשיבות רבה לעובדה שתפיסת הבריאות כזכות מאפשרת תקיפה משפטית של אי־שוויון בתחום הבריאות, הן בתחום של אי־שוויון כלכלי והן כאשר מדובר באי־שוויון של קבוצות שונות, כגון נשים ומיעוטים אתניים.

דברים אלה יקבלו תוכן קונקרטי יותר בדיון שאערוך בהמשך לגבי הזכות לבריאות

36 בדיון זה אני מאמץ באופן חלקי את עמדתם של Marks and Clapham (*supra* note 24).

37 דיון זה הוא בהשראת דבריה של מינו (*supra* note 33, at pp. 4–5).

בישראל, כאשר אבחן מתי אפשר לומר שהחלטות מדיניות מסוימות אינן עומדות באמות- המידה של הזכות לבריאות³⁸.

4. יציקת תוכן בזכות לבריאות: הערה כללית 14

הערה כללית 14 של ועדת האו"ם לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות³⁹ היא אולי הניסיון המוצלח ביותר לצקת תוכן קונקרטי יותר בזכות לבריאות. ההערה היא למעשה פרשנות מוסמכת לסעיף 12 לאמנה לזכויות חברתיות הקובע את זכותו של כל אחד להנאה מהרמה הגבוהה ביותר הניתנת להשגה של בריאות פיזית ונפשית. אמנה להלן תשעה עקרונות מרכזיים העולים מן ההערה הכללית, במיוחד אלה הרלוונטיים לנושאים שידונו בפירוט במאמר זה⁴⁰. אתעכב על חלקים מרכזיים בהערה כללית 14 לא רק בזכות מעמדה החשוב של ההערה והיותה תוצאת מחשבה עמוקה על הזכות לבריאות, אלא גם מאחר שסבורני כי קביעותיה הן טובות ונכונות ושמנסחי ההערה הצליחו לזהות נכונה עקרונות אחדים העשויים להיות משמעותיים במתן תוכן קונקרטי יותר לזכות לבריאות ולסייע לנו להשתמש בזכות ככלי לביקורת מדיניות.

(1) עיקרון כללי לגבי הגשמת הזכות: הגשמת הזכות לבריאות עשויה להיות מושגת בכמה

38 לדיון ביתרונות של אימוץ מסגרת של זכויות-אדם לדיון בבריאות מזוויות דומות לאלה שמניתי כאן, ראו: Otto, *supra* note 35, at pp. 276–277.

39 The Right to the highest attainable standard of health, E/C.12/2000/4, CESCR General Comment 14 (11 August 2000).

40 חלק מהעקרונות שבהערה כללית 14 ממשיכים את העקרונות הכלליים שנקבעו קודם-לכן בקשר עם יישום הזכויות החברתיות שבאמנה לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות. אחד המסמכים החשובים שקבע עקרונות אלה הוא "עקרונות לימבורג": The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights" UN Doc E/CN.4/1987/17, Annex. 9 *Human Rights Quarterly* (1987) 122. מסמך חשוב נוסף הוא הנחיות מסטריך בדבר הפרות של זכויות אלה: The Masstricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, NQHR 2 (1997). כמו-כן יש חשיבות להערה כללית 3, העוסקת באופן כללי יותר בחובותיהן של מדינות במסגרת האמנה: Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 3, The Nature of States Parties Obligations, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994) 4.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

דרכים שונות ומשלימות, כגון יצירת מדיניות בריאות, יישום תוכניות בריאות או אימוץ מסמכים משפטיים ספציפיים. בכל מקרה, הזכות כוללת רכיבים הניתנים לאכיפה משפטית.

(2) היקף הזכות: הזכות לבריאות אינה מוגבלת לזכות לטיפול רפואי (health care). אין מדובר בזכות להיות בריא, אך הזכות כוללת גורמים חברתיים-כלכליים המקדמים תנאים שבהם בני-האדם יכולים להיות חיים בריאים, ונוגעת גם בגורמי הרקע לבריאות, כגון מזון ותזונה, דיור, נגישות למים נקיים וראויים לשתייה ותברואה, תנאי עבודה בטוחים ובריאים וסביבה בריאה.

(3) כוללות הזכות: הזכות לבריאות כוללת חירויות (freedoms) וזכויות (entitlements). החירויות כוללות את זכותו של אדם לשלוט בכריאותו ובגופו ולהיות חופשי מהתערבות בגופו על-ידי טיפול רפואי שלא בהסכמה, עינויים ועוד. לעומת זאת, הזכויות החיוביות כוללות את הזכות למערכת הגנה על הבריאות, שמספקת שוויון הזדמנויות לאנשים ליהנות מהרמה הניתנת להשגה הגבוהה ביותר של בריאות (ההדגשה שלי - א' ג'). רמה זו נקבעת תוך התחשבות בתנאיו של הפרט ובמשאבים האפשריים של המדינה. המדינה אינה יכולה להבטיח את בריאותו של האדם, כלומר לוודא שלא יהיה חולה באף מחלה אפשרית; אבל הזכות כוללת את הזכות להנאה ממגוון של מתקנים, מוצרים, שירותים ותנאים החיוניים להגשמת הרמה הגבוהה ביותר של בריאות.

(4) ארבעה עקרונות מרכזיים: הזכות לבריאות כוללת ארבעה יסודות שצריכים להיות מיושמים לפי התנאים הקיימים במדינה ספציפית:

(א) קיום (Availability) - מתקנים, מוצרים, שירותים ותוכניות בתחום הבריאות צריכים להיות קיימים במדינה בכמות מספקת. האופי המדויק שלהם ישתנה לפי נסיבות שונות, לרבות הרמה ההתפתחותית של המדינה. בכל מקרה הם יכללו את גורמי הרקע לבריאות, כגון מים ותברואה, בתי-חולים, מרפאות, צוותים רפואיים מאומנים ותרופות חיוניות⁴¹.

(ב) נגישות (Accessibility) - מתקנים, מוצרים ושירותים בתחום הבריאות צריכים להיות נגישים לכולם ללא הפליה. לנגישות ארבעה היבטים חופפים: (1) איסור הפליה - עליהם להיות נגישים לכל, במיוחד לאוכלוסיות הפגיעות או השוליות

41 על "קיום" במובן זה, ראו גם: Toebes, *supra* note 6, at pp. 115-116.

ביותר באוכלוסייה, ללא הפליה (ראו להלן דיון באיסור הפליה). (2) נגישות פיזית – עליהם להיות נגישים פיזית לכל חלקי האוכלוסייה, במיוחד לקבוצות פגיעות ולקבוצות הנמצאות בשולי החברה, כגון מיעוטים, נשים, ילדים, קשישים, אנשים עם מוגבלויות ואנשים עם HIV ואידס. (3) נגישות כלכלית – עליהם להיות בהישג ידם הכלכלי של כולם. התשלום בעבור שירותי בריאות, כמו גם בעבור שירותים הקשורים לתנאי הרקע לבריאות, צריך להיות מבוסס על עקרון הצדק (equity) ולהבטיח ששירותים אלה, בין שהם ניתנים באופן פרטי ובין באופן ציבורי, יהיו בהישג ידם של כולם, ובמיוחד של קבוצות הלשות מבחינה חברתית. הצדק דורש שלא יוטל נטל לא-מידתי בקשר עם הוצאות הבריאות על משקי-בית עניים לעומת משקי-בית עשירים יותר.

(4) נגישות למידע – הזכות לבקש, לקבל ולמסור מידע ורעיונות הנוגעים בנושאי בריאות (כפוף לזכות לסודיות המידע הרפואי האישי)⁴².

(ג) מקובלות (Acceptability) – כל המתקנים, המוצרים ושירותים בתחום הבריאות חייבים לכבד את האתיקה הרפואית ואת הקהילות, להיות רגישים למגדר, לסודיות ולחובה לשפר את מצב בריאותם של הנוגעים בדבר.

(ד) איכות (Quality) – מתקנים, מוצרים ושירותים בתחום הבריאות חייבים להיות מתאימים למטרתם ובאיכות טובה מבחינה רפואית ומדעית. לשם כך דרוש, בין היתר, צוות רפואי מוכשר, תרופות וציוד בית-חולים מאושרים מבחינה מדעית, מים נקיים וראויים לשתייה ותברואה מתאימה⁴³.

5. איסור הפליה: לגבי איסור הפליה ההערה הכללית מדגישה כי בהתאם לאמנה, אסורה הפליה כלשהי בנגישות לשירותי הבריאות ולגורמי הרקע לבריאות על בסיס גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, קניין, לידה, מוגבלות פיזית או נפשית, מצב בריאות (לרבות HIV ואידס), נטייה מינית, ומעמד אזרחי, פוליטי, חברתי או אחר. ההערה מדגישה שגם במדינות הסובלות ממוגבלות קשה של המשאבים הזמינים יש לתת הגנה לחברים הפגיעים ביותר בחברה. דגש מיוחד מושם בשוויון בנגישות לטיפול רפואי ולשירותים רפואיים: על המדינה מוטלת חובה מיוחדת

42 על נגישות, ראו גם: Toebes, *ibid*, at pp. 116–122, המחלקת את הנגישות לכלכלית, גיאוגרפית ותרבותית.

43 על איכות, ראו גם: *Ibid*, at p. 112.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

לדאוג למי שאין להם די אמצעים לביטוח הבריאות הדרוש ולגישה למתקני הבריאות הדרושים, ולמנוע הפליה אסורה.

6. המשמעות של עקרון היישום ההדרגתי: ההערה מדגישה כי אף-על-פי שהאמנה מכילה את עקרון היישום ההדרגתי, היא מטילה על המדינות גם חובות שהן בעלות תוצא (אפקט) מייד, כגון החובה שהזכות תופעל ללא הפליה והחובה לנקוט בצעדים לקראת יישום מלא של סעיף 12. על הצעדים להיות מוכוונים, מוחשיים ויעילים לקראת המטרה של יישום מלא של הזכות לבריאות. חובת היישום ההדרגתי משמעה שעל המדינות מוטלות חובות ספציפיות מתמשכות לנוע במהירות וביעילות המרביות האפשריות לקראת היישום המלא של סעיף 12. קיימת חזקה מודגשת שצעדים רטרוגרסיביים הננקטים ביחס לזכות לבריאות אסורים. אם ננקטו צעדים רטרוגרסיביים, על המדינה הנטל להוכיח שהם נעשו רק לאחר שיקול זהיר ביותר של חלופות, ושהם ניתנים להצדקה בהקשר השימוש המלא במשאבים האפשריים המרביים של המדינה.

7. החובות המוטלות על המדינה: הזכות לבריאות, כמו כל זכויות האדם, מטילה על המדינה שלושה סוגים של חובות: החובה לכבד, החובה להגן והחובה להגשים (respect, protect and fulfill).

(א) החובה לכבד - מטילה על המדינה חובה להימנע מלהתערב בהנאה מהזכות לבריאות.

(ב) החובה להגן מטילה על המדינה חובה לנקוט בצעדים שימנעו צדדים שלישיים מלהתערב בהבטחת הזכות. בהקשר זה יש להבטיח נגישות שווה לטיפול ולשירותים רפואיים הניתנים על-ידי צד שלישי, ולהבטיח שהפרטת מערכת הבריאות לא תפגע בזמינות, בנגישות, במקובלות ובאיכות של המתקנים, המוצרים והשירותים בתחום הבריאות.

(ג) החובה להגשים דורשת מהמדינה לנקוט בצעדים הנאותים, לרבות צעדים חקיקתיים, מנהלתיים, תקציביים, שיפוטניים, מקדמים ואחרים לקראת ההגשמה המלאה של הזכות לבריאות. משמעות הדבר הינה כי חובה על המדינה לתת הכרה מספקת לזכות לבריאות במערכות הפוליטיות והמשפטיות, עדיף בדרך של חקיקה, ולאמץ מדיניות בריאות לאומית עם תוכנית מפורטת שמטרתה הגשמת הזכות לבריאות. בין השאר מוטלת עליה חובה להבטיח מערכת ביטוח (ציבורית, פרטית או מעורבת) נגישה כלכלית לכולם.

8. התחייבויות הליבה: לדעת הוועדה, התחייבויות הליבה של הזכות, אלה שעל המדינה

חובה להבטיחן כחלק מהרמה הנדרשת המינימלית של הזכות, כוללות לפחות את הרמה המינימלית של הזכות, לרבות טיפול רפואי ראשוני חיוני (essential primary health care). נוסף על כך הוועדה מונה בין היתר את ההיבטים הבאים כרשימה חלקית של התחייבויות ליבה: (א) הבטחת הגישה למתקנים, מוצרים ושירותים העוסקים בבריאות על בסיס בלתי-מפלה, במיוחד באשר לקבוצות פגיעות או שוליות; (ב) הספקת תרופות חיוניות כמוגדר על-ידי ארגון הבריאות העולמי; (ג) הבטחת חלוקה צודקת של כל מתקני הבריאות, המוצרים והשירותים; (ד) אימוץ ויישום של אסטרטגיית בריאות ציבורית לאומית, על-סמך ראיות אפידמיולוגיות, הנוגעות בצורכי הבריאות של כל האוכלוסייה. (ה) הבטחת גישה למזון החיוני המינימלי המתאים והבטוח מבחינה תזונתית והבטחת חופש מרעב לכולם. (ו) הבטחת נגישות לקורת-גג, מגורים ותברואה בסיסיים והספקה מתאימה של מים נקיים וראויים לשתייה.

9. הפרות: במסגרת בדיקה אם קיימת הפרה של הזכות לבריאות יש להבחין בין אי-יכולת לבין אי-רצון של המדינה לעמוד בהתחייבויותיה. מדינה שאינה מעוניינת להשתמש במירב משאביה הקיימים להבטחת הזכות לבריאות מפרה את התחייבויותיה במסגרת סעיף 12. אם כמות מוגבלת של משאבים מונעת את המדינה מלמלא את חובותיה, מוטל עליה הנטל להראות כי נקטה בכל אמצעי כדי לנצל את כל המשאבים הקיימים. בכל מקרה, מדינה אינה יכולה להצדיק אי-ציות להתחייבויות הליבה שאוזכרו לעיל. אימוץ צעדים רטרוגרסיביים ייחשב, כאמור לעיל, להפרת הזכות. כך, למשל, ביטול רשמי או השעיה של חקיקה הנחוצה להנאה מהזכות לבריאות, או אימוץ חקיקה או מדיניות שאינן תואמות מחויבויות משפטיות קודמות העוסקות בזכות לבריאות ייחשבו להפרת הסעיף. בצורה רחבה יותר: הכישלון לאמץ או ליישם מדיניות בריאות ציבורית לאומית המיועדת להבטיח את הזכות לבריאות, כמו גם אי-הקצאת משאבים מספקת וכן הימנעות מעשיית צעדים לצמצום אי-השוויון החלוקתי של מתקנים, מוצרים ושירותים בתחום הבריאות – כל אלה יהוו הפרה של סעיף 12⁴⁴.

ניתן אם-כן לראות כי המסגרת שהערה הכללית מציעה משאירה מתחם שיקול-דעת

44 כאשר עוסקים בשאלת הפרות, יש לתת את הדעת על כך שיש גישות לזכויות חברתיות, ובפרט לזכות לבריאות, שמציעות לפתוח את הדיון בשאלה מה ייחשב הפרה של הזכות (וזאת במקום לנסות ולקבוע מזווית מופשטת (אבסטרקטית) מהו ההיקף והמגבלות של הזכויות). לניסיון כזה בקשר לזכות לבריאות, ראו: A.R. Chapman "Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach" 65 *Tennessee L. R.* (1998) 389.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

למדינות באשר לצורה שבה יכוננו את מערכת הבריאות שלהן. עם זאת, על המדינות לעשות צעדים ממשיים להתקדמות קבועה אל עבר הגשמת הזכות בכל הנוגע בארבעת עקרונות היסוד. העיון בהערה כללית 14 מסייע לראות כיצד יכולה הזכות לבריאות לסייע בעיצובה של מדיניות הבריאות: מדיניות הבריאות אסור שתהיה מפלה, אין היא רשאית לפגוע בנגישות לבריאות, לרבות בנגישות כלכלית של קבוצות חלשות, עליה להראות התקדמות ולא לבטל או להשעות מדיניות או חקיקה קיימים, שכן אז יהיו אלה צעדים רטרוגרסיביים שעל המדינה הנטל להוכיח שלא היה מהם מנוס.

נושא בעל חשיבות רבה הוא התחייבויות הליבה. בריגיט טובס, במחקר מקיף על הזכות לבריאות, מציעה פירוט רחב יותר של התחייבויות הליבה מזה המוצע בהערה כללית 14. בהשראת המסמכים השונים של ארגון הבריאות העולמי הנוגעים בזכות לבריאות⁴⁵, טובס מציעה שהתחייבויות הליבה יכללו גם טיפול באם ובילד, לרבות תכנון משפחה; חיסונים נגד המחלות המידבקות העיקריות; טיפול נכון במחלות ובפציעות נפוצות; הספקת תרופות חיוניות; הספקה הולמת של מים נקיים ותברואה בסיסית וכן היעדר איומים סביבתיים המוריים המסכנים את הבריאות⁴⁶.

5. מימון הבריאות ושאלת הזכויות

כפי שעולה מהערה הכללית 14, הצורך לצקת תוכן ממשי בזכות לבריאות מטיל התחייבויות נרחבות על המדינה. אין ספק שהתחייבויות אלה כרוכות בעלות כספית רבה, ושאלה בסיסית בדיון על הזכות לבריאות היא אופן המימון של מערכת הבריאות. הדבר רלוונטי במיוחד להיבט של הזכות הנוגע בזכאות לטיפול רפואי. נושא המימון משפיע משמעותית על מידת קיומה של הזכות לבריאות ועל שאלת השוויון.

במסגרת מאמר זה אטען כי תפיסת הזכות לבריאות שביסודה שוויון בהנאה מהזכות תגרוס כי על הזכות לבריאות – ובפרט על הזכות לקבל טיפול רפואי – להיות מסופקת לפי צורך. שאלת המימון קשורה קשר הדוק לשאלה זו. אם הזכות לבריאות מוכרת כזכות בסיסית, ייחשבו הבדלים משמעותיים בכל הנוגע בנגישות לבריאות ובטיפול רפואי לפגיעות בעקרון השוויון⁴⁷. אופן המימון משפיע על הנגישות ועל השוויון. עמדה שוויונית גורסת ששירותי

45 יש לציין במיוחד את הצהרת Alma-Ata (supra note 19), שהתקבלה בשנת 1978 כחלק

מהוועידה הבינלאומית על Primary Health Care.

46 Toebes, supra note 6, at pp. 283–284.

47 Leary, supra note 31, at p. 483.

הבריאות ימומנו לפי היכולת לשלם ויוענקו על-פי הצורך. תשלומים בעבור טיפול רפואי צריכים להיות קשורים ליכולת לשלם בעדם, ולא לשימוש במתקני בריאות. דיון מפורט בדגמים השונים של מימון שירותי הבריאות יחרוג מהיקפו של מאמר זה, אך יש לתת את הדעת על כך שיש כמה וכמה צורות מימון. שתי צורות בולטות של מימון – שיכולות להתקיים זו לצידה של זו – הן מיסוי, מצד אחד, ותשלומים ישירים של המטופלים (out of pocket) מצד אחר⁴⁸. מיסוי נחשב לדרך פרוגרסיבית של מימון מערכת הבריאות, וזאת כמובן בתנאי שהמס הינו פרוגרסיבי. לעומת זאת, תשלומים ישירים של המטופלים הם צורה רגרסיבית של מימון אם הם מהווים את צורת המימון העיקרית, ומהווים גורם רגרסיבי במערכות שיש בהן גורם של מיסוי. בשיטה של מיסוי נגבה מס מהאוכלוסייה המממן את מערכת הבריאות (לצד מקורות אחרים שאין מקורם בחולים, כגון תקציב המדינה), והאוכלוסייה מקבלת טיפול רפואי בהתאם לצרכיה. לעומת זאת, שיטה של תשלום ישיר של המטופלים בעד טיפול רפואי לפי צורכיהם ובלי התחשבות ביכולתם הכספית הינה גבייה רגרסיבית לא רק משום שעל העניים מוטל נטל קשה יותר באופן יחסי, אלא גם בשל הנפוצות הרבה יותר של מחלות בקרב העניים יותר⁴⁹. אכן, רבים עומדים על הסכנה שבתשלומים ישירים או "תשלומי השתתפות" לזכות לבריאות⁵⁰, והנושא שנוי במחלוקת קשה במדינות שונות⁵¹. גם ארגון הבריאות העולמי יצא נגד הרעיון של תשלומים ישירים על-ידי השתתפות

-
- 48 לדין בצורות שונות, לרבות צורות נוספות של מימון, ראו: A. Wagstaff & E. Van Doorslaer "Equity in the Finance of Health Care: Some International Comparisons" 11 *Journal of Health Economics* (1992) 361; A. Wagstaff et al. "Equity in the Finance of Health Care: Some Further International Comparisons" 18 *Journal of Health Economics* (1999) 263.
- 49 Wagstaff & Van Doorslaer "Equity in the Finance of Health Care: Some International Comparisons", *ibid*, at pp. 361–364, 384–385.
- ראו על שאלות המימון גם: A. Wagstaff et al. "Equity in the Finance of Health Care: Some Further International Comparisons", *ibid*.
- 50 A. Den Exter, G. France & H. Hermans "Synthesis" *The Right to Health Care in Several European Countries* (Boston, 1999) 167, 170; World Health Organization World Health Report 1999, reprinted in Fidler, *supra* note 7, at pp. 327–330.
- 51 ראו למשל על המחלוקת בנושא זה בצ'כיה: E. Krizova "The Patient's Rights as an Important Issue in the Process of Civic Emancipation in the Czech Republics" *The Right to Health Care in Several European Countries* (Boston, A. Den Exter, G. France & H. Hermans eds., 1999) 153, 157.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

חולים בהוצאות. הארגון עמד על כך שתשלומים מסוג זה תורמים להגדלת הפער בין עשירים ועניים ופוגעים בגישה לשירותי בריאות⁵². כפי שאראה בהמשך, חוק ביטוח בריאות ממלכתי בישראל נע ממסגרת ראשונית של מיסוי פרוגרסיבי אל עבר מערכת שבה יש תפקיד מרכזי יותר לתשלומים ישירים, שהם תשלומים רגרסיביים. היסודות הרגרסיביים נמצאים כבר בחוק עצמו, אך הם הוחרפו בתיקונים לחוק שהתקבלו עם השנים. מתח זה שבין מימון פרוגרסיבי על בסיס מיסוי, שנועד להבטיח יתר שוויון, לבין הטלת התשלומים ישירות על החולים הוא מתח בין גישה המתייחסת לבריאות כאל זכות שיש להבטיח הנאה שווה ממנה של כל החברים בחברה לבין גישה המתייחסת לבריאות כאל "מצרך" או "סחורה" הנקנים בכסף על-ידי מי שמוכן ויכול לשלם בעבורם.⁵³ חוק ביטוח בריאות ממלכתי הבטיח ביסודותיו ובעקרונותיו גישה של זכות, אך השינויים שנעשו בו ודרך יישומו יצרו מעבר לגישה של מצרך. המשמעות היא מעבר מגישת זכויות לבריאות לגישת ה"שוק"⁵⁴, הנוגדת תפיסה של בריאות כזכות, שכן היא תולה את ההנאה ממנה ביכולת לשלם בעבורה.

6. על השוויון בבריאות

קשה להפריד בין הדיון בזכות לבריאות לבין הדיון בשוויון בנגישות לבריאות. כדי שהזכות תקבל משמעות לגבי כולם, יש להבטיח את השוויון בהנאה ממנה ואת הנגישות אליה לכולם, בלי מכשולים מסוגים שונים, כפי שעולה בהערה הכללית 14. המלומד אמטריה סן (Sen), חתן פרס נובל לכלכלה, עמד על כך שבריאות היא אחד התנאים החשובים ביותר של החיים האנושיים, והיא מרכיב חיוני של היכולות האנושיות החשובות. לכן, כל תפיסה של צדק חברתי שמקבלת את הצורך לחלוקה הוגנת של היכולות האנושיות חייבת להתייחס

European Health Care Reforms, Analysis of Current Strategies (Copenhagen, WHO, 52
Regional Office for Europe, 1996) p. 96, cited in I. Sheiman "Excessive State
Commitments to Free Health Care in the Russian Federation: Outcomes and Health
Policy Implications" *The Right to Health Care in Several European Countries*
(Boston, A. Den Exter, G. France & H. Hermans eds., 1999) 101–113

ראו ד' פילק "בריאות עוברת לסוחר: הרפואה הציבורית בישראל בין המדינה, החברה
האזרחית והשוק" תיאוריה וביקורת 6 (1995) 3. 53

על הניגוד בין שתי גישות אלה, ראו: V. Leary "Defining the Right to Health Care" 54
Health Care Reform, A Human Rights Approach (Washington D.C., A. Chapman ed.,
1994) 87–105.

לתפקיד הבריאות בחיים האנושיים. סן עומד על כך שגילוי רציני במיוחד של אי-צדק הוא אי-היכולת של פרטים להשיג רמת בריאות טובה עקב קיומם של הסדרים חברתיים לא-נאותים. על-כן, מחלה שאינה נמנעת ואינה מטופלת מסיבות חברתיות הינה בעלת משמעות שלילית במיוחד מבחינת הצדק החברתי.

סן מדגיש כי מעבר לשיקולים הכלליים של צדק, יש נסיבות מיוחדות הקשורות לבריאות: יש לשים דגש גם במרכזיות של הבריאות לרווחתנו כבני-אדם וגם בכך שהאפשרות שלנו ליהנות מהחירויות והיכולות האנושיות שלנו תלויה בבריאות. המחלה לא רק פוגעת אס-כן ברווחה של קיומנו כבני-אדם, אלא גם מגבילה את חירותנו לפעול בעולם⁵⁵.

ניתוחו של סן אינו פותר אותנו מהצורך ליצוק בזכות תוכן ספציפי יותר. מלומדים רבים שניגשו לנושא מהוויות הפילוסופית הציצו הצדקות לזכות לבריאות שחפפו לעיתים באופן חלקי את הנמקותיו של סן. בולט במיוחד נורמן דניאלס, שגזר תיאוריה של זכות לטיפול רפואי מתורת הצדק של רולס. דניאלס התמקד לא בשאלת הסבל והכאב הכרוכים בבריאות, כי אם בהשפעה שיש לפגיעה בבריאות על התפקוד הנורמלי של בני-אדם בצורה הפוגעת באפשרויותיו של הפרט בכל הנוגע בתכנון חייו. תפיסה חלוקתית של בריאות נגזרת אס-כן אצל דניאלס משוויון ההזדמנויות המעוגן בתפיסת הצדק של רולס⁵⁶. בכתיבתו המאוחרת יותר עמד דניאלס על הצורך לדון ביתר עמקות גם בגורמים החברתיים לבריאות, ולא רק בזכות לטיפול רפואי⁵⁷.

דניאלס מגיע אס-כן למסקנה שטיפול רפואי שמטרתו הגנה על שוויון הוגן של הזדמנויות אינו צריך להינתן מחולק לפי היכולת לשלם ואין להטיל את נטל התשלום על החולים באופן לא-פרופורציונלי. מערכת בריאות צריכה להיות בנויה על כיוסי אוניוורסלי. מערכת כזאת תהיה מוגבלת אומנם משיקולים תקציביים – שכן קיימים טובין חברתיים נוספים – ועל-כן נדרש שיפוט לגבי זיהוי הצרכים הרפואיים החיוניים ביותר. אולי בהיעדר יכולת לגזור קביעות ממשיות יותר מתורת צדק, דניאלס מציע שכפוף לעקרונות השוויון שהוא גזור מתורתו של רולס, יש למצוא את התשובה לגבי הגבולות של הקצאת המשאבים לבריאות

A. Sen "Why Health Equality" Text of Keynote Adress to Third International Conference on Economics of Health: Within and Beyond Health Care, July 23 2001 [URL:<http://www.israelhpr.org.il/heb/code/sea4/SenPaper.pdf>] (last visited on 27/2/04)

N. Daniels *Just Health Care* (Cambridge, 1985) 56

N. Daniels "Justice, Health and Health Care" *Medicine and Social Justice* (Oxford, 1992) 57
R. Rhodes and others eds., 2002) 6–23

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

במבחנים פרוצדורליים, קרי בכך שיתקיים הליך הוגן, דמוקרטי וציבורי המושתת על היגיון והסברים לגבי סוגיות אלה⁵⁸.

סן ודניאלס הם רק שניים מבין ההוגים הרבים שניסו לפתח מחשבה תיאורטית לגבי הזכות לבריאות. במסגרת מאמר זה לא אנסה להכריע בין הגישות התיאורטיות, שניתן למצוא בהן קשיים ובעיות שונות⁵⁹. עם זאת, גם לגישתי יש לראות בשוויון עיקרון מרכזי שלאורו יש לבחון את מימוש הזכות, וזאת לא רק בשל השפעת הבריאות על היכולות וההזדמנויות בהקשרים אחרים, אלא בשל מרכזיותה לחיינו ובשל השפעתה המרכזית על עצם החיים, משכם ואיכותם.

דנתי לעיל בכך שבהחלטות לגבי בריאות יש בחירות חברתיות רבות. הרעיון של זכות לבריאות, כנובע מהמשפט הבינלאומי ומהרעיונות הפילוסופיים על חלוקה הוגנת של בריאות, נותן לנו כלים ביקורתיים שניתן לבחון באמצעותם את הבחירות החברתיות, את ההחלטות השונות ואת המדיניות הנקבעת. ניתוח ביקורתי זה מהווה של זכויות, כשהוא נעשה ברמה המדינית, נעשה בתוך מערכת בריאות קיימת. הוא מאפשר לשאול אם המערכת עצמה עומדת בתנאים של הזכות במבנה הבסיסי שלה ואם ההחלטות שמתקבלות במסגרתה תואמות את הזכות. ניתוח כזה אינו יכול להסתפק, לדעתי, בבחינה פרוצדורלית, והוא חייב לבחון אם עקרונות היסוד שנידונו לעיל וכן התחייבויות הליבה של הזכות נשמרים. הדיון המשפטי בזכות לבריאות במדינות שונות עסק בסוגיות אלה.

58 *Ibid, ibid*. לפיתוחן של תפיסות צדק בהקשר של בריאות בהסתמך על מחשבתו של רולס, ראו גם: J. Bryant "Principles of Justice as a Basis for Conceptualizing a Health Care System" 7 *International Journal of Health Services* (1977) 707. לדיונים ברמת ההצדקות התיאורטיות לזכות לבריאות ראו גם שלו, לעיל הערה 4, בע' 27-46; כ' שלו "זכויות בריאות" דילמות באתיקה רפואית (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002) 37; ר' כהן-אלמגור "דמוקרטיה ורפואה: מחויבות המדינה כלפי חוליה" סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית (ר' כהן-אלמגור עורך, 1999); (La Haya, *The Right to Health as a Human Right* (R.J. Dupuy ed., 1979); T.J. Bole III & W.B. Bondeson (eds.) *Rights to Health Care* (Dordrecht, 1991).

59 D. Filc "The Rawlsian Justification of the Right to Health: An Egalitarian Critique" paper presented at the conference in memoriam of John Rawls, January 2003, the Hebrew University.

7. הכרה בזכות לבריאות ברמת המדינות והגנה עליה

ניתוח משווה מקיף על הזכות לבריאות במדינות שונות יחרוג ממסגרת מאמר זה, אך יש לציין כי הזכות לבריאות מוכרת כזכות-אדם במספר רב של מדינות, ולנסיון של מדינות אלה יש חשיבות רבה מבחינת התרומה לפיתוח המחשבה על מה שזכות זו מכילה. יותר משישים מדינות כוללות בחוקותיהן את הזכות לבריאות, ועוד כארבעים מדינות כוללות בחוקותיהן התייחסות לזכויות הקשורות לבריאות⁶⁰. הזכות לבריאות והדילמות שהיא מעלה בעולם של משאבים מוגבלים מביאות לידי כך שיותר ויותר מקרים מובאים לבתי-המשפט המדינתיים⁶¹, ומעניין ללמוד שהשאלות שמגיעות לאחרונה שוב ושוב לפתח בתי-המשפט בישראל נידונות גם במדינות אחרות. קשה לומר שהפסיקה במדינות אלה עד כה מציעה תמונה ברורה של מהי הזכות לבריאות, אך בפיתוח המחשבה על הזכות חשוב בוודאי לראות מה היו השיקולים שנסקלו בבתי-משפט ברחבי העולם שדנו בנושאים אלה, ולהכיר בכך שהשאלות שהפסיקה הישראלית עוסקת בהן בשנים האחרונות נידונות במדינות רבות בעולם, לעיתים קרובות כשאלות *חוקתיות של זכויות-אדם*. ההתמודדות עם הזכות לבריאות במצב של משאבים מוגבלים מוצאת ביטוי בניסיון השיפוטי של מדינות אלה.

באיטליה קובע סעיף 32 לחוקה כי על הרפובליקה להגן על בריאות כעל זכות יסודית של הפרט וכאינטרס של הקולקטיב, ומבטיח טיפול רפואי חינם לעניים. התדיינויות רבות התנהלו בקשר לסעיף זה, וחלקן עסקו בשאלות של חובת המימון של טיפול רפואי שהומלץ על-ידי רופא, אך לא ניתן על-ידי רשויות הבריאות⁶².

בדרום-אפריקה קובע סעיף 27 לחוקה כי לכל אחד הזכות לנגישות לשירותי בריאות, וכי על המדינה לנקוט בצעדים, במסגרת המשאבים שעומדים לרשותה, ליישומה הפרוגרסיבי של הזכות. סעיף זה היה הבסיס לשני פסקי-דין חשובים של בית-המשפט החוקתי: בראשון דחה בית-המשפט תביעה של אזרח שדרש טיפול דיאליזה, וקיבל את טענת המדינה שהזכות

60 פול האנט, דו"ח הנון, הערה 2 לעיל. Kinney מונה מאה ותשע מדינות המזכירות בחוקותיהן זכויות הקשורות לבריאות. היא מזכירה כי אף כי הזכות אינה מוכרת בחוקה האמריקאית, היא מוכרת בחוקות של מדינות אחדות בארצות-הברית 1465–1466. לסקירה נרחבת על הזכות לבריאות בחוקות של מדינות יבשת אמריקה, ראו: Fuenzalida-Pulema & Scholle-Connor, *supra* note 27, at pp. 607–647. Den Exter, *supra* note 50.

61 על גדילת הליטיגציה בנושא, ראו: *Ibid*, at pp. 171–172.

62 G. France "The Changing Nature of the Right to Health Care in Italy" *The Right to Health Care in Several European Countries* (Boston, A. Den Exter, G. France & H. Hermans eds., 1999) 39–55.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

לבריאות יכולה להיות מוגבלת בשל משאבים מוגבלים⁶³. בשני קיבל בית-המשפט החוקתי עתירה וקבע כי על הממשלה לתכנן וליישם, במסגרת משאביה המוגבלים, תוכנית מקיפה ומתואמת שתאפשר באופן הדרגתי לנשים הרות ולתינוקות שזה אך נולדו לקבל נגישות לטיפול רפואי שימנע העברת איידס מאם לתינוקה⁶⁴.

בוונצואלה סעיף 76 לחוקה מכיר בזכות לבריאות. התדיינות משפטית שעסקה בסעיף זה דנה גם בתנאי הרקע לבריאות. במקרה אחד היתה התוצאה הטלת איסור על המשך בנייתו של פרויקט בצורה שעשויה ליצור סיכון לזיהום כימי ובקטריוולוגי ולהשפיע על הספקת מים⁶⁵. במקרה אחד פסק בית-המשפט העליון כי הזכות לבריאות מטילה על המדינה חובות מתחום בריאות הציבור, וחייב את המדינה לממן טיפולים בנשאים של נגיף האיידס או בחולים באיידס⁶⁶. יש לציין עם זאת כי למרות פסיקה זו, הממשלה עשתה אך מעט מאוד בפועל להגדלת הנגישות של חולי איידס לטיפול, והתעלמה ככל הנראה מפסק-הדין⁶⁷.

בהודו הכיר בית-המשפט העליון בזכות לבריאות כחלק מהכרתו בזכות היסודית לחיים המוגנת בחוקה, ועסק בסוגיות רבות הקשורות לנושא⁶⁸. המקרה ההודי מעניין בהקשר הישראלי, שכן הוא ממחיש את האפשרות לגזור את הזכות לבריאות שלא עוגנה במפורש בחוקה מזכויות חוקתיות קרובות אחרות.

-
- Soobramoney v. Minister of Health*, CCT 32/97, 1998 (1) SALR 765 (CC) 63
- Minister of Health v. Treatment Action Campaign* CCT 8/02 2002 (10) BCLR 1022 64
(CC).
- E.J. Sanchez Falcon "Venezuela" *The Right to Health in the Americas, A Comparative Constitutional Study* (Washington, H. Fuenzalida-Pulema & S. Scholle-Connor eds., 1989) 534–535 65
- Case No. 15789, *In the Matter of Cruz Bermudez, et al. v. Ministerio de Sanidad y Asistencia Soacial (MSAS)*, Political-Administrative Division of the Supreme Court of Venezuela, July 17 1999, in Fidler, *supra* note 7, at pp. 316–326 66
- M.A. Torres "Public Health and International Law: The Human Right to Health, National Courts, and Access to HIV/AIDS Treatment: A Case Study from Venezuela" 67
- E. Gonzalez Mac Dowell "Juridical Action for: ראו גם: 3. *Chi. J. Int'l L.* (2002) 105 the Protection of Collective Rights and Its Legal Impact: A Case Study" 30 *Journal of Law, Medicine and Ethics* (2002) 644
- S.B. Shah "Illuminating the Possible in the Developing World: Guaranteeing the Human Right to Health in India" 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 68
(1999) 391, 474–484

ג. הזכות לבריאות בישראל

1. מעמד הזכות לבריאות במשפט הישראלי

סעיף 3(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע: "כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה." כמין-כן נקבע בחוק כי שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם (סעיף 13(ה) לחוק). יש לפרש את הזכות הסטטוטורית לאור סעיף 1 לחוק, הקובע: "ביטוח הבריאות הממלכתי לפי חוק זה, היא מושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית."⁶⁹ עם זאת, הזכות לבריאות אינה זכות רגילה שהקנה המחוקק, כפי שעולה מהדיון בחלק הראשון של המאמר, זו אחת הזכויות המוכרות כזכויות-אדם. הזכות זכתה בהכרה זו במשפט הבינלאומי ההסכמי, והיא נחשבת כיום בעיני רבים כזכות גם על-פי המשפט הבינלאומי המנהגי. יש לכך משמעות, שכן המשפט הישראלי מבחין בין זכויות משפטיות רגילות לזכויות-יסוד. כאשר אנו מדברים על זכויות-יסוד, אנו אף יודעים שבמשפט הישראלי, שבו לא הושלמה עד היום מלאכת עשיית החוקה הכתובה, ניתן לחלק את זכויות-היסוד לשניים: כאלה המוגנות על-ידי חוקי-יסוד, ועל-כן נהנות ממעמד חוקתי על-חוקי, וכאלה שאינן מוגנות בחוקי-היסוד, אך הן עדיין חלק ממגילת הזכויות הלא-כתובה (קרי: זכויות-יסוד הלכתיות). ההכרה בזכות כבעלת מעמד חוקתי על-חוקי מעלה אותה לראש המדרג הנורמטיבי, באופן שמאפשר ביקורת שיפוטית הן על חקיקה ראשית והן על מעשים מנהליים הפוגעים בזכות. הכרה בזכות כזכות-יסוד הלכתית אינה מאפשרת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית שפוגעת בה, אך מאפשרת ביקורת שיפוטית על מעשים (אקטים) מנהליים שפוגעים בה. יתר על-כן, הכרה בזכות כזכות-יסוד הלכתית דורשת מבתי-המשפט לפרש חקיקה ראשית ככל האפשר על רקע מעמדה של הזכות כזכות-יסוד.

מהו מעמדה של הזכות לבריאות במארג זכויות זה? מאחר שהזכות אינה מוזכרת מפורשות באף אחד מחוקי-היסוד של מדינת-ישראל, ניתן להכיר בה כזכות-אדם חוקתית רק על-ידי גזירתה מ"זכויות המסגרת" או מזכויות המנויות במפורש בחוקי-היסוד. אכן, ניתן למצוא מקור שיאפשר גזירה כזו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה מגן על כבודו של אדם, על חייו ועל גופו⁶⁹. הפרשנות החוקתית הנפוצה בישראל אחרי חקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992 היא שניתן לגזור מחוקי-היסוד זכויות לא-כתובות. מחוק-יסוד שמגן על כבודו, חייו וגופו של אדם ניתן לדעת לגזור את הזכות לבריאות כזכות שקשורה קשר הדוק לזכויות אלה והינה חיונית לקיומו של אדם בכבוד, ובוודאי לשמירה על חייו וגופו⁷⁰.

69 סעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד.

70 לטיעון בעד הזכות לבריאות כחלק מהזכויות החברתיות, כזכות שיש לגזור אותה מחוק

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

אולם בעוד שהפסיקה של בית-המשפט העליון ובתי-משפט נמוכים יותר הכירה בזכויות שונות כנגזרות מהזכות לכבוד האדם שבחוק-היסוד, הזכות לבריאות טרם זכתה בהכרה מפורשת כזו. אי-הכרה זו נעוצה באימוץ על-ידי בית-המשפט של דגם שהציע פרופסור אהרן ברק, דגם המכונה "מודל הביניים", לגבי כבוד האדם. פרופסור ברק הביע את העמדה כי בזכות לכבוד האדם כלולות זכויות רבות, ובעיקר הזכויות האזרחיות, אך ציין כי כבוד האדם אינו כולל כמה זכויות אחרות, בעיקר חברתיות, וביניהן הזכות לבריאות⁷¹. מודל זה, החוצץ במידה רבה בין רוב הזכויות האזרחיות שנמצאות בפנים ובין רוב הזכויות החברתיות שנשארו בחוץ, אומץ על-ידי השופט אור בבית-המשפט העליון בקשר לזכות לחינוך בדעת היחיד שלו בפסק-הדין בעניין שוחרי גילת⁷². אולם הכתיבה, בעיקר המאוחרת יותר, של פרופסור ברק והפסיקה של בית-המשפט העליון אינן שוללות לחלוטין את ההכרה בזכויות חברתיות. פרופסור ברק הביע את העמדה⁷³ כי המינימום של הזכויות החברתיות מוגן בגדר חוק-היסוד. עמדה זו התקבלה על-ידי בית-המשפט העליון בפסק-דין אחדים, המפורסם שבהם הוא בעניין גמזו, שם נפסק כי כבוד האדם כולל בחובו הגנה על מינימום הקיום האנושי, וכדוגמה לכך ציין הנשיא ברק בפסק-דינו כי "אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו נפגע"⁷⁴.

התוצאה היא שבשיח החוקתי ההגמוני הזכות לבריאות אינה זוכה בהכרה כזכות חוקתית על-חוקתית – מעבר לרמת המינימום – וזאת למרות החשיבות והמרכזיות של הבריאות לקיום האנושי. יש לציין כי ההכרה בזכות ברמת המינימום אינה עולה בקנה אחד עם הזכות לבריאות כזכות שבאה להבטיח – כנדרש בסעיף 12 לאמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות – את הרמה הגבוהה ביותר של בריאות גופנית ונפשית הניתנת להשגה.

בהמשך אראה כיצד שיח חוקתי הגמוני זה משפיע על פסיקותיו של בית-הדין לעבודה בקשר לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. נראה כיצד היעדר ההכרה בזכות לבריאות מעבר לרמת המינימום גורמת שבית-הדין דוחה לעיתים תביעות המובאות לפניו בשם זכות זו. עם זאת נראה גם כיצד בית-הדין פיתח, בפסיקה שבה בחר להיענות לתביעות שהוגשו בשם הזכות

יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראו א' גרוס "החוקה הישראלית – כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 79–96.

71 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית) 423; גרוס, שם, בע' 84–85.

72 בג"צ 7715/95 עמותת "שוחרי גילת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2.

73 הקדמה לספר ברנזון, מתוך ספר ברנזון (א' ברק וח' ברנזון עורכים, כרך ב, 1997) 8.

74 רע"א 4905/98 פרופסור יוסף גמזו נגד נעמה ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375–376.

לבריאות, אסטרטגיות אחדות שמאפשרות לו "לעקוף" את מודל הביניים הברקי השולל הכרה בזכות מעבר לרמת המינימום.

אִי־ההכרה (או ההכרה המוגבלת) בזכות לבריאות כזכות חוקתית על־חוקית אין משמעה שלילת מעמד הזכות כזכות־יסוד במשפט הישראלי. במשפט החוקתי שלנו יש מסורת ארוכת שנים של הכרה בזכויות ש"אינן כתובות על ספר"⁷⁵, אך הן מהוות את מגילת הזכויות הלא־כתובה שלנו. כך, בפסק־הדין בעניין יתד פסק בית־המשפט העליון, מפי השופט דורנר, כי הזכות לחינוך היא זכות־יסוד בשיטתנו המשפטית, וזאת מבלי להכריע בשאלה אם היא זכות הנכללת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. מהלך זה אפשר לבית־המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על מעשים מנהליים שפגעו בזכות זו⁷⁶.

אם־כן, גם לפי ההשקפה הרואה בזכות לבריאות זכות שאינה כלולה, מעבר לרמת המינימום, בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אפשר לפחות להכיר בה כזכות־יסוד הלכתית, כמתחייב מהתפקיד המרכזי שהבריאות ממלאת בחיי האדם, מהיות הזכות חלק מהמסורת של זכויות האדם, מהמסורת הישראלית של מקום מרכזי לשירותי בריאות ומהחוקים שמעגנים זכות זו.

נוסף לכל זה, יש להכיר בזכות לבריאות כחלק מהמשפט הישראלי גם לנוכח מעמדה במשפט הבינלאומי: הן לנוכח היותה חלק מהמשפט המנהגי שנקלט באופן אוטומטי במשפט הפנימי והן לנוכח מעמדה הנובע מהמשפט הבינלאומי ההסכמי – כאשר מדובר בדיני זכויות האדם הבינלאומיות, ניתן לו בספרות ובפסיקה משקל מיוחד⁷⁷.

שאלת ההכרה בזכות לבריאות כזכות־יסוד הינה משמעותית לניתוח נושא הבריאות במשפט הישראלי. חוק ביטוח בריאות ממלכתי מבטיח זכות לשירותי בריאות "לפי חוק זה". תפיסת הזכות לבריאות כזכות־יסוד מאפשרת לנו להשתמש בזכות ככלי ביקורתי הן לביחנת

75 הביטוי המפורסם הוא של השופט לנדוי בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1) 698, 693.

76 בג"צ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 843, 848–849.

77 לעניין "חוקת ההתאמה" בין המשפט הבינלאומי הפומבי ובין החוק המקומי ראו דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 721, 743–744; ע"פ 6182/98 שיינבין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 635; בג"צ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 966, 945; ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2041, 2033; ע"א 522/70 אלקוטוב נ' שאהין, פ"ד כה(2) 80; א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד), כרך ב: פרשנות החקיקה) 576.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

החוק בפרמטרים של זכות-אדם לבריאות (בפרט אם הזכות תזכה בהכרה כזכות חוקתית על-חוקית) והן לבחינת ההחלטות של גופים מנהליים שונים (ולכך די בהכרה בזכות כזכות-יסוד הלכתית או כזו הנובעת מהמשפט הבינלאומי).

2. היקף הדיון

היקף הדיון ביתרת חלק זה של המאמר יעסוק אך ורק בהיבט של הזכות לשירותי בריאות, ולא בהיבט של תנאי הרקע לבריאות. נקודת-המוצא לדיון תהיה חוק ביטוח בריאות ממלכתי. הדיון יבחן את החוק ואת הפסיקה לאורו מהווית של הזכות לבריאות. מטרת הדיון תהיה לבחון עד כמה קיימת הכרה בזכות בחוק ובפסיקה, ולערוך דיון ביקורתי לגבי החוק והפסיקה לאור זכות זו. דיון זה לא יקיף מטבעו את כל השאלות הנוגעות בזכות לבריאות בישראל. במסגרת חלק זה של המאמר אבחן את הסוגיה של הזכות לבריאות בעיקר מהווית של סל-בריאות המוכר במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי. אין ספק שדיון זה אינו ממצה גם את בחינת הזכות לטיפול רפואי. בחינת מימושה של הזכות לטיפול רפואי מחייבת בדיקה של איכות הטיפול, מקום מתן הטיפול, שוויון במתן הטיפול ופרמטרים נוספים. האינדיקטורים של ארגון הבריאות העולמי שהוזכרו בחלק ב(2) של המאמר יכולים וצריכים להיות כלי מבחן למידת היישום של הזכות לבריאות במדינה. שאלה מרכזית לשאלת השוויון היא היחס בין רפואה פרטית לרפואה ציבורית, ועד כמה נוצר אי-שוויון בין מי שנהנה משירותי הרפואה הפרטית לבין מי שנאלץ להסתפק בשירותי הרפואה הציבורית. לכך מיתוסף אי-השוויון שנוצר כתוצאה מעירוב מערכות ציבוריות ופרטיות: שתי דוגמות לכך הן סוגיות השר"פ (שירותי רפואה פרטיים הניתנים בבת-החולים הציבוריים) והביטוח המשלים שקופות-החולים מציעות. ביטוח זה אולי אינו ממש "פרטי", אך למעשה הוא מפריט חלק משירותי הבריאות אל מחוץ לסל ועושה אותם זמינים למי שיכול לשלם בעבור ביטוח משלים זה⁷⁸. דיון כזה ידרוש גם התייחסות לקבוצות ייחודיות⁷⁹. בהקשר הישראלי, דיון מקיף בזכות לבריאות ידרוש בחינה של אי-שוויון בבריאות לגבי האוכלוסייה הערבית בישראל. אי-שוויון זה הוא

78 על אי-שוויון על רקע קיום רפואה פרטית ועל שאלת השר"פ ראו י' ט' שובל וע' אנסון העיקר הבריאות - מבנה חברתי ובריאות בישראל (תשס"א) 307-314; ב' סבירסקי ואח' "שירותי בריאות בישראל" מידע על שוויון 9 (1999) 25-30. על הביטוח המשלים ראו שלו, לעיל הערה 4, בע' 255-258, 262-263.

79 ראו הדיון לגבי אנשים עם מוגבלות, חולי-נפש וחולים גריאטריים, שם, בע' 92-106. לגבי קשישים ועולים ראו סבירסקי ואח', שם, בע' 23.

רבי-בשנים, נמשך אל תוך שנות התשעים של המאה העשרים⁸⁰ והגיע לפתחם של בג"צ⁸¹ ומבקר-המדינה⁸². באופן כללי יותר, הספרות מצביעה על אי-שוויון בין מרכז ופריפריה שבא לידי ביטוי, בין היתר, באי-שוויון בנגישות לספקים של שירות רפואי ובאיכות השירות בין המרכז לפריפריה של מדינת-ישראל⁸³. סוגיה ייחודית נוספת היא זו של בריאות נשים ואי-שוויון הקיים בתחום זה⁸⁴. כמו-כן יש לתת את הדעת במיוחד על מעמדן של שתי קבוצות שאינן מכוסות על-ידי חוק ביטוח בריאות ממלכתי: מהגרי עבודה בישראל ופלסטינים תושבי השטחים⁸⁵. חבריהן של שתי קבוצות אלה אינם בגדר תושבי ישראל הזכאים להנאה מהזכויות שבחוק. הפגיעה בזכותם לבריאות הינה חמורה. באשר למהגרי עבודה, הפגיעה נוצרת כתוצאה מכך שהחוק אינו מוחל עליהם (אף-על-פי ששר הבריאות יכול להחילו עליהם לאור

-
- 80 שובל ואנסון, לעיל הערה 78, בע' 296-303; שלו, שם, בע' 81-83; סבירסקי ואח', שם, בע' 17-23; נ' וך "בריאות סוג ב" הארץ 26.8.2002.
- 81 ראו בג"צ 7115/97 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הבריאות (טרם פורסם, ניתן ביום 25.3.99); בג"צ 7115/97 עדאלה נ' משרד הבריאות (לא פורסם), תקדין-עליון 2000 (2) 427, ובג"צ 4540/00 לבאד אבו-עפאש נ' שר הבריאות (לא פורסם), תקדין-עליון 2001 (1) 464. שתי העתירות של עדאלה עסקו בחובתו של משרד הבריאות לספק במרפאות לאם ולילד שירותי רפואה מונעת שיהיו נגישים וזמינים לאוכלוסייה, בעוד שעתירת אבו-עפאש, שהוגשה על-ידי האגודה לזכויות האזרח עסקה בדרישה להקים מרפאות קהילתיות של קופות-החולים ביישובים הלא-מוכרים שהעותרים מתגוררים בהם. לדיון בעתירות אלה ראו שלו, שם, בע' 82-83.
- 82 לניתוח מפורט של אי-שוויון בתחום הבריאות בין יהודים וערבים ראו מבקר המדינה, דו"ח שנתי 52 לשנת 2001, בע' 540-565.
- 83 שובל ואנסון, לעיל הערה 78, בע' 293-296. נ' ניראל ואח' "נגישות לשירותי הבריאות בדרום וזמינותם: האם נסגרו פערים לרעת הדרום לעומת אזורים אחרים בעקבות חוק ביטוח בריאות ממלכתי?" ביטחון סוציאלי 59 (2001) 76.
- 84 לנושא בריאות נשים ראו שלו, לעיל הערה 4, בע' 46-80. שובל ואנסון, שם, בע' 316-345. ראו גם ד' ברק-ארז "פמיניזם חברתי וזכויות חברתיות של נשים", המתפרסם בקובץ זה. כמו כן ראו סבירסקי ואח', לעיל הערה 78, בע' 11-17.
- 85 לגבי הבריאות בשטחים ראו ת' ברנע ור' חוסייני (עורכים) הוירוס לא עוצר במחסום: היפרדות מערכת הבריאות הפלסטינית מישראל (2002). שאלות ייחודיות עולות לגבי פלסטינים תושבי ירושלים המזרחית ושאלת זכאותם מכוח החוק. גם נושא זה הגיע פעמים מספר לפתחו של בג"צ. ראו שלו, שם, בע' 84-86, 182-180, וכן סבירסקי ואח', שם, בע' 24.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

סעיף 56 (א) לחוק, ואף-על-פי שהוטלה על מעבידים חובה לדאוג להם לביטוחי בריאות,⁸⁶ חברות הביטוח, שדרכן נעשים ביטוחים אלה, מנסות לעיתים קרובות להתנער מחובות כלפי עובדים שחלו⁸⁷. לגבי פלסטינים תושבי השטחים המצב המוראולי עוד יותר: הפרקטיקות של הכיבוש הישראלי בשטחים מנעו לעיתים קרובות חולים פלסטיניים באופן פעיל מלהגיע לטיפול רפואי. כך, בכל הנוגע לתושבי השטחים, אין אנו מדברים רק על בעיות הנוגעות בקיום מערכת בריאות תקינה, אלא על פגיעה בזכות שבאה לידי ביטוי בשלילת האפשרות לקבל טיפול רפואי בסיסי⁸⁸.

עוד נושא שלא יידון כאן הוא שאלת השירותים הניתנים על-ידי משרד הבריאות, ולא על-ידי קופות-החולים. אלה כוללים רפואה מונעת, אשפוז סיעודי וגריאטרי, שירותי בריאות-נפש ומכשירי שיקום שמשרד הבריאות משתתף במימונם. למרות תוכניות להעברת שירותים אלה לקופות-החולים, טרם אירע הדבר. בנושאים אלה קיימות בעיות ייחודיות, לרבות בתחום המימון. בנושא אשפוז סיעודי הגיעה שאלת המימון לפתחו של בג"צ⁸⁹ כאשר עותר קבל על שהתבקש לשלם בעד האשפוז הסיעודי של אימו המנוחה השתתפות עצמית של 100 אחוז מתוך עזבונו. לפי מדיניות משרד הבריאות, על המאושפז להשתתף בעלות האשפוז עד לגמר כל הכספים העומדים לרשותו, למעט סכום הדרוש למימון הוצאות הקשורות להקמת מצבה. העותר טען נגד דרישת השתתפות עצמית כה גדולה בהוצאות האשפוז העלולה לרושש את האדם. הוא טען כי מדיניות זו מנוגדת לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, לעקרונות-היסוד של

86 ראו סעיף 1א ו-1ד לחוק עובדים זרים (העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים), תשנ"א-1991, הקובעים שכדי להעסיק עובד זר, על המעביד להסדיר לו, על-חשבונו (של המעביד), למשך כל תקופת עבודתו אצלו, ביטוח רפואי שיכלול סל-שירותים שקבע שר הבריאות לעניין זה בצו. מכוח הוראה זו הוציא שר הבריאות את צו עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (סל שירותי בריאות לעובד), התשס"א-2001.

87 לעניין הזכות לבריאות של מהגרי עבודה ראו ר' אדוט "אדישות אלימה - מצב בריאותם של מהגרי עבודה (עובדים זרים) בישראל" רופאים לזכויות אדם (אפריל 2002); שלו, לעיל הערה 4, בע' 89-91. סבירסקי ואח', לעיל הערה 78, בע' 24-25; נ' זך "חולים זרים" הארץ 26.1.2004.

88 לעניין הזכות לבריאות בשטחים הכבושים ראו ה' זיו "אי צדק מאורגן, הזכות לבריאות בשטחים הכבושים תחת סגר ומצור" רופאים לזכויות אדם (נובמבר 2002); "ברצותו אחוז וברצותו שלח" - מדיניות ישראל להיתרי תנועה בכתר" רופאים לזכויות אדם (נובמבר 2003). שני נושאים אלה ייבחנו בנפרד במאמרים שבכתובים, ובמהלך המשך הדיון בחלק זה לא אעסוק בהתדיינות המשפטיות שעסקו בהם.

89 בג"צ 7031/98 לאור נ' שר הבריאות (לא פורסם) דינים עליון, כרך נח 605.

המשפט החוקתי והמנהלי ולחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת תוך הסתמכות על הזכות לבריאות, הזכות לרמת חיים מינימלית, זכות הקניין, הזכות לכבוד והזכות לשוויון. בית המשפט העליון סירב להתערב במקרה זה, ויעץ לעותר לחזור בו מן העתירה. כתוצאה מכך התבטלה העתירה. בית המשפט העיר אומנם כי ההסדר הקיים טעון עיון מחדש, אך ציין כי לפי עמדת המדינה, הסדר חדש מחייב חקיקה ראשית.⁹⁰

3. חוק ביטוח בריאות ממלכתי

כאמור, הנושא של מתן שירותי הבריאות בישראל מוסדר באמצעות חוק ביטוח בריאות ממלכתי. חוק זה נחקק על רקע משבר שמערכת הבריאות היתה נתונה בו, בהמשך לוועדת החקירה הממלכתית לבדיקת תפקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל (ועדת נתניהו) משנת 1990 וכתוצאה משינויים פוליטיים שחלו בהסתדרות עם אובדן שליטתה של מפלגת העבודה בה⁹¹. חשוב לציין כי סמוך לחקיקת חוק זה נחקק חוק זכויות החולה, התשנ"ז-1996, שקובע אף הוא עקרונות חשובים, וביניהם הזכות לטיפול רפואי, איסור הפליה ושמירה על כבודו ופרטיותו של המטופל⁹².

חוק ביטוח בריאות ממלכתי לא ביטל את קופות-החולים שהיו קיימות ערב חקיקתו, וקובע בסעיף 3(ג) כי "קופת חולים אחראית כלפי מי שרשום בה למתן מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה". עם זאת, החובה לממן את השירותים עברה למדינה, וסעיף 3(ב) לחוק קובע כי "המדינה אחראית למימון סל שירותי הבריאות מהמקורות המנויים בסעיף 13". החוק יצר אס-כן מערכת יחסים משולשת, שבה המדינה אחראית למימון (בין היתר מ"דמי ביטוח בריאות" - הידועים כ"מס בריאות" - כמפורט בסעיפים 13 ו-14 בחוק), קופות-החולים אחראיות למתן השירות והאזרח זכאי לשירותי הבריאות. עם זאת, באשר לשירותים המפורטים בתוספת השלישית בחוק (שירותי רפואה מונעת, גריאטריה, בריאות-הנפש

90 גרוס, לעיל הערה 70, בע' 87-88.

91 לרקע לחקיקת החוק ראו שלו, לעיל הערה 4, בע' 23-26, 145-156. לרקע היסטורי מקיף ראו גם שובל ואנסון, לעיל הערה 78, בע' 127-139. לניתוח התנאים שאפשרו את העברת החוק, ראו: D. Chinitz "Israel's Health Policy Breakthrough: The Politics of Reform and the Reform of Politics" 20 *Journal of Health Politics, Policy and Law* (1995) 909. לניתוח החוק ראו גם א' כרמי בריאות ומשפט (כרך ב, 2003) 1635-1647.

92 לניתוח חוק זה ראו כרמי, שם, בע' 817-833.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

ורכישת מכשירי שיקום) נקבע בסעיף 69(א) לחוק כי משרד הבריאות הוא האחראי למתן השירותים⁹³.

כל ניתוח של חוק ביטוח בריאות חייב להתחיל בסעיף 1, הקובע כי ביטוח הבריאות הממלכתי יהא מושתת על עקרונות של "צדק, שוויון ועזרה הדדית". ניתן לאתר במבנה הבסיסי של החוק, כפי שנחקק בשנת 1994, את קיומם של יסודות אלה: החוק בנוי על עיקרון של זכאות אוניוורסלית (כל תושב זכאי לשירותי בריאות – סעיף 3(א)), כאשר בסיס היחסים המשולשים תושב-קופת-חולים-מדינה בנוי על הפרדה בין היחסים הכספיים ליחסים הטיפוליים:

- בין התושב לקופת-החולים קיים יחס שעיקרו זכאות התושב לשירותי בריאות מצד קופת-החולים שבה הוא רשום (סעיפים 3(א) ו-3(ג)).
- בין קופת-חולים למדינה קיים יחס שעיקרו חובת המדינה לממן את סל שירותי הבריאות (סעיף 3(ב)).
- בין המדינה לתושב קיים יחס שעיקרו חובת התושב לשלם דמי ביטוח בריאות (סעיף 14). ניתן אם-כן לראות כי במבנה של היחסים המשולשים יש ניתוק בין היחסים של תשלום דמי ביטוח בריאות (תושב ← מדינה), קבלת שירותי הבריאות (קופת-חולים ← תושב), ומימון שירותי הבריאות (מדינה ← קופת-חולים). בבסיסו של מבנה זה נמצא הניתוק החשוב שהחוק מבטיח בין תשלום בעד ביטוח בריאות לבין קבלת שירותי הבריאות: התשלום מוטל כמס פרוגרסיבי – חובת התושב לשלם דמי ביטוח בריאות למוסד לביטוח לאומי בשיעור של 4.8% מהכנסתו (סעיף 14 לחוק). כביטוי לפרוגרסיביות של המס נקבע גם בתקנות כי דמי ביטוח הבריאות ייגבו בשיעור מופחת של 3.1% בלבד מאותו חלק מן ההכנסה שאינו עולה על סכום מופחת ששוויו 50% מהשכר הממוצע במשק⁹⁴. מס זה, יחד עם מקורות מימון נוספים, מהווה בסיס למימון מערכת הבריאות (סעיף 13 לחוק), וקבלת שירותי הבריאות אינה אמורה להיות תלויה בעיקרה בתשלום. בדרך זו, הקשר בין היכולת לשלם בעד שירותי הבריאות לבין קבלתם מנותק. זו תפיסה שעולה בקנה אחד עם הגנה ראויה על הזכות לבריאות, מאחר שהיא יוצרת נגישות שוויונית לבריאות: על-פי גישה זו, ההנאה מהבריאות אינה מותנית באפשרות לשלם בעד שירותי הבריאות, אלא אמורה להיות שוויונית לכולם לפי הצורך

93 מדובר בשירותים שסיפק משרד הבריאות לפני חקיקת החוק. עם זאת, הכוונה בעת חקיקת החוק היתה להעביר אותם בהמשך לאחריות קופות-החולים. הדבר טרם נעשה. ראו שלו, לעיל הערה 4, בע' 157.

94 תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (שיעורים מופחתים של דמי ביטוח בריאות), תשנ"ה-1995. ראו שלו, שם, בע' 204.

הרפואי. במקרה הישראלי, המבנה המשולש אף מחזק את ההפרדה בין התשלום בעד השירותים לבין קבלתם בשל הימצאותה של המדינה בתווך: התשלום נעשה אליה, והשירות מתקבל מקופות-החולים. (לשם השלמת התמונה יש לציין כי מעבר למבנה המשולש, יש גם שחקן רביעי במערכת, והוא בתי-החולים⁹⁵). במובן זה, במערכת הישראלית, כפי שהיא עוצבה מחדש בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, יש הכלאה בין מערכת מולאמת לבין שיטת קופות-החולים: מימון שירותי הבריאות הולאם, אך הספקתם נעשית על-ידי קופות-החולים ובאחריותן⁹⁶.

שירותי הבריאות שניתנים הם אלה שבסל-הבריאות (סעיף 6 ו-7 לחוק). הסל מפורט בחוק ובתוספות לו, ונקבע כי בתנאים המפורטים בחוק, שר הבריאות רשאי לערוך שינויים בסל (סעיף 8 לחוק). הנושא של מבנה הסל והתנאים לשינויו יידונו בהמשך.

זה המבנה הבסיסי של חוק ביטוח בריאות ממלכתי כפי שנחקק בשנת 1994. מבנה זה משקף את עקרונות הצדק, השוויון והעזרה ההדדית המוזכרים בסעיף 1. מבנה זה, כמגן על הזכות לבריאות, מחזק אף על-ידי הוראות סעיפים 3 (ד) לחוק, הקובעות כי שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות יינתנו לפי שיקול-דעת רפואי, באיכות סבירה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגורי המבוטח. עם זאת, הוראה זו מסויגת באמירה "והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים לפי סעיף 13". עוד נקבע, בסעיף 3 (ה), כי שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על הפרטיות ושמירה על הסודיות הרפואית. הישגיו של החוק היו אס-כך רבים. הוא יצר ביטוח בריאות לכלל האוכלוסייה, הבטיח סל רחב שענין את זכויות האזרח והחליש את התמריצים של קופות-החולים לערוך סינון בקרב המבוטחים⁹⁷.

95 למעמדם של בתי-החולים במסגרת הקיימת למן חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי ראו ג' עופר וב' רוזן "מערכת הבריאות בישראל: הישגים, בעיות והשלמת הרפורמה" הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד (ר' גרונאו עורך, 2002), 11, 20-22.

96 לניתוח הכלאה זו, המשלבת בין "שיטת בברידג" (שיטת ההלאמה על שם הלורד בברידג' שפיתח אותה בבריטניה) לבין "שיטת ביסמרק" (שיטת קופות-החולים על-שם ביסמרק שפיתח אותה בגרמניה), ראו שם, בע' 13-15. לניתוח כללי של החוק, ראו גם: C. Shalev & D. Chinitz "In Search of Equity and Efficiency: Health Care Reform and Managed Competition in Israel" 20 *Dalhousie Law Journal* (1997) 553; ר' גרוס ואח' "מערכת הבריאות בישראל בעקבות החלת חוק ביטוח בריאות ממלכתי" בטחון סוציאלי 54 (1999), 11.

97 ג' בן-נון "ההתפתחויות העיקריות בעלות סל השירותים ומקורות מימונו במהלך ארבע שנות הפעלתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי" בטחון סוציאלי 54 (1999), 35, 50.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

יתר על-כן, החוק מבוסס במבנהו היסודי על עיקרון צודק של ניתוק הקשר בין הצורך בטיפול רפואי לבין התשלום בעדו. התשלום בעד שירותי הרפואה אמור להיעשות במסגרת מיסוי פרוגרסיבי, ושירותי הרפואה אמורים להינתן על-פי צרכים רפואיים. זה עקרון "ההוגנות הכפולה" שעמד ביסוד החוק, ומשמעותו מימון שירותי הבריאות בהתאם ליכולת התשלום של הפרט ומתן שירותי הבריאות בהתאם לצרכיו⁹⁸.

אלא שמבנה בסיסי זה של החוק הוא כמובן רק חלק מהסיפור. שתי בעיות עיקריות מעיבות על החוק ומונעות את היותו מסגרת ראויה להגשמת הזכות לבריאות. הבעיה הראשונה היא הדרישה, שהלכה והתפתחה בעקבות תיקונים שנעשו בחוק המקורי, לתשלום על-ידי חולים בעד שירותים רפואיים ספציפיים, וזאת נוסף למס הבריאות. הבעיה השנייה היא אי-הכיסוי במסגרת סל-הבריאות של שירותים רפואיים חיוניים והיעדר מנגנון במסגרת החוק המחייב עדכון של הסל ועלותו בהתאם לטכנולוגיות ותרופות חדשות, לשינויים הדמוגרפיים באוכלוסייה ולהתייקרותם של שירותי הבריאות.

התוצאה של שתי בעיות אלה דומה. גביית תשלומים בעד שירותים המצויים בסל ואי-הכללת שירותים אחרים במסגרת הסל משמעותן ששירותים רבים ניתנים רק בתשלום. כמובן שיש הבדל משמעותי בין שני המקרים: כאשר מדובר בשירותים (תרופות או טיפולים) הכלולים בסל, התשלום שנגבה בעד אינו המחיר המלא, וישנן הגבלות שונות על גבייתו, כפי שיפורט בהמשך. לעומת זאת, כאשר מדובר בשירותים שאינם כלולים בסל, החולים עלולים למצוא עצמם נאלצים לשלם את מלוא המחיר היקר של שירותים אלה. שתי בעיות אלה – גביית תשלומים בעד שירותים הכלולים בסל ואי-הכללתם של טיפולים רפואיים בסל (או בפרשנותו) – הם למעשה המכשולים העיקריים המונעים את החוק מלהבטיח את הזכות לבריאות לתושבים הזכאים להגנתו. אדון עתה אם-כן בהרחבה בשתי סוגיות אלה על-מנת לבחון את החוק והפסיקה הנוכחיים מנקודת-המבט של הזכות לבריאות, כדי לראות עד כמה הם מגשימים את הזכות, מצד אחד, וכיצד ניתן להשתמש בזכות לבריאות, מצד אחר, כדי

98 למושג עקרון ההוגנות הכפולה ראו ע' שמואלי ור' גרוס "אי-השוויון בבריאות הקשור בהכנסה בישראל של שנות ה-90" בטחון סוציאלי 59 (2001) 64-65. כרמל שלו מונה את "הפרדת הזכאות לשירות מחובת התשלום" כאחת הזכויות שהחוק מבטיח (שלו, לעיל הערה 4, בע' 165). עמדה על כך השופטת פוגל בבית-הדין האזורי לעבודה בתל-אביב, בפסק-דין שבו ציינה כי ברוח עקרונות-היסוד שבסעיף 1 לחוק, "השוויוניות מתבטאת בכך שהמבוטחים משלמים לפי יכולתם ומקבלים טיפול לפי צרכיהם" (ע"ב 70004/97 עזבון המנוח אריאל ישר ז"ל, באמצעות הוריו תמר וניר ישר נ' קופת חולים מאוחדת (לא פורסם) עבודה איזורי, כרך יד, 722).

לבקר אותם ולהביא לידי שינויים. תוך כדי בחינה זו נראה גם כיצד התייחס בית-הדין לעבודה בפסיקותיו למעמד הזכות לבריאות.

4. יצירת זיקה בין שירות רפואי לבין תשלום: מימון הסל ותשלומים נוספים

כאמור, הבעיה הראשונה המונעת את החוק מלהגשים את הזכות לבריאות היא החתירה תחת עקרון הניתוק בין הצורך בטיפול רפואי לבין היכולת לשלם בעדו: כבר בחוק עצמו היו מצויים זרעים של אי-שוויון שחתרו תחת העקרונות הבסיסיים של החוק, זרעים אלה צמחו וגדלו בעקבות סדרת תיקונים לחוק, ובמיוחד התיקונים שנעשו בשנת 1998. שינויים אלה הלכו וגרעו מהעקרונות שביסוד החוק המפורשים בסעיף 1 שלו. השינויים יצרו מהלך משולב: מצד אחד, הם ביטאו נסיגה של המדינה ממחויבותה לממן את סל שירותי הבריאות כקבוע בסעיף 3(ב), וזאת באמצעות סדרת תיקונים לסעיף 13 העוסק במקורות המימון; צידו האחר של המטבע היה גלגול חלק מהמימון של סל-הבריאות אל החולים, וזאת לא רק באמצעות "מס הבריאות", אלא גם על-ידי הטלת תשלומים על החולים בעד תרופות ושירותים. (תשלומים מסוג זה היו קיימים כבר בחוק המקורי, והם חלק מזרעי האי-שוויון שהיו בו עצמו. התיקונים לחוק הגדילו את האפשרות לגבות תשלומים ישירים מחולים כפי שיפורט בהמשך.) משמעותם של שינויים אלה היא יצירת קשר בין קבלת שירות רפואי לבין האפשרות לשלם בעדו באופן שפוגע בעקרונות הצדק, השוויון והעזרה הדדית, שכן הוא יוצר התניה כספית של הנגישות לשירותים רפואיים. יתר על-כן, התשלום בעד שירותי הבריאות נעשה רגרסיבי, מאחר שהתשלומים הם אחידים, והם נגבים מהחולים ללא התחשבות ביכולתם הכספית⁹⁹. מהלך זה משמעו פגיעה בהתייחסות לבריאות כאל זכות, והתייחסות אליה כאל סחורה או מצרך. ניתן אם-כן לחלק את השינויים החקיקתיים לשניים: שינוי במדיניות המימון, תוך התנערות הדרגתית של המדינה מאחריותה המימונית, והטלת נטל מימוני על החולים.

חשוב לציין כי הטלת נטל מימוני על החולים מעבר לסל-הבריאות היתה קיימת כבר בחוק המקורי: החוק קבע כי "סל השירותים הבסיסי" שיהווה את סל שירותי הבריאות יהיה סל שירותי הבריאות שניתנו על-ידי קופת-חולים של ההסתדרות הכללית ביום 1.1.1994, "לרבות תשלומים מיוחדים ששילם החבר" (סעיף 7). תשלומים אלה פורטו בתוספת השנייה

99 כפי שיפורט בהמשך, התיקונים שאפשרו גביית תשלומים אלה קבעו מנגנונים של הנחות ופטורים. עם זאת, מנגנונים אלה צומצמו בשנת 2003 במסגרת התוכנית הכלכלית של ממשלת ישראל.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

לחוק, שכללה רשימת שירותים הניתנים בהשתתפות כספית עצמית של המבוטח. באשר לתרופות נקבע כי שר הבריאות יפרסם בצו את רשימת התרופות הכלולות בסל שירותי הבריאות ואת גובה התשלום בעדן בהתאם לרשימת התרופות והתשלומים שהיו נהוגים בקופת-חולים של ההסתדרות הכללית ביום 1.1.94, וכי הוא רשאי לשנות בצו את רשימת התרופות או את גובה התשלומים (סעיף 8(ז)). נוסף על כך נקבע שאם יערוך שר הבריאות בצו שינויים בסל-הבריאות, יפורטו בצו שירותי הבריאות שיינתנו בתשלום, אלה שיינתנו ללא תשלום וכן גובה התשלום (סעיף 8).

סעיף 13, שעסק במקורות המימון של שירותי הבריאות, מנה בעת חקיקת החוק שישה מקורות: (1) דמי ביטוח בריאות; (2) תקבולי המס המקביל שהוטל על המעבידים לפי חוק מס מקביל; (3) הקצאות למשרד הבריאות בהתאם לחוק ביטוח לאומי; (4) הסכומים המופיעים בתקציב משרד הבריאות והמשמשים למתן שירותי בריאות בתחומים שנותרו באחריות משרד הבריאות; (5) סכומים נוספים מתקציב המדינה כפי שייקבעו מדי שנה בחוק התקציב השנתי ואשר ישלימו את מימון העלות של סל שירותי הבריאות; וכן (6) התקבולים של קופת-חולים משירותי בריאות שניתנים בתשלום לפי סעיפים 7 ו-8 בחוק. למעשה, ניתן לחלק מקורות אלה לארבעה: דמי ביטוח הבריאות שתושבי המדינה משלמים, המס המקביל ששילמו מעסיקים, תקציבים ממשלתיים ותשלומים ישירים של חולים לקופת-החולים.

סעיף 13(ב)(1) ממחיש את הסכיוזופרניה שנוצרה כבר בחוק בנוסחו המקורי, בקובעו: "קופת חולים לא תגבה, במישרין או בעקיפין, דמי ביטוח בריאות או כל תשלום אחר עבור שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות, או עבור שירותי בריאות אחרים. ואולם רשאית היא לגבות תשלומים שנקבעו לפי סעיפים 7 ו-8, או תשלומים עבור ביטוח משלים כאמור בסעיף 10." סעיף זה מכיל ברישא שלו איסור על קופת-חולים לגבות תשלום בעד שירותי בריאות – זה ניתוק הקשר בין קבלת שירותי הבריאות והתשלום בעדם. אולם הקשר בין תשלום לשירות שנותק ברישא של הסעיף נוצר מחדש בסיפא שלו, המתיר לגבות תשלומים שנקבעו לפי סעיפים 7 ו-8 (וכמו כן תשלומים בעד ביטוח משלים). אולם במסגרת סעיף 13(ב)(1) המקורי הוגבלו התשלומים לאלה שנקבעו על-פי סעיפים 7 ו-8, קרי לתשלומים שהיו נהוגים בקופת-חולים כללית ערב חקיקת החוק, הגם ששר הבריאות הוסמך לערוך שינויים בתשלומים אלה באמצעות צווים מטעמו¹⁰⁰.

100 עדות נוספת לניתוק הקשר בין תשלום לשירות הוא סעיף 21 לחוק, הקובע כי קופת-חולים תיתן לכל מי שהיא אחראית כלפיו את כל שירותי הבריאות שהוא זכאי להם על-פי החוק, וכי אית-תשלום או פיגור בתשלום דמי ביטוח בריאות לא יפטרו את קופת-החולים ממתן

התיקונים השלובים שחלו מאוחר יותר, הן באשר לתשלומים המוטלים על חולים והן באשר למימון החוק, הרחיבו באופן משמעותי את זרעי האי־שוויון שהיו טמונים בחוק עצמו. נדון להלן בתיקונים העיקריים. לפני כן יש לתת את הדעת על כך שהתיקונים העיקריים לא נעשו באמצעות תיקון ישיר של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, אלא באמצעות תיקונים עקיפים שנעשו לרוב יחד עם "חוק ההסדרים", שנחקק מדי שנה יחד עם העברת תקציב המדינה בכנסת. אף כי תיקונים עקיפים לחקיקה אינם פסולים כשלעצמם בשיטה המשפטית שלנו, יש טעם לפגם בכך ששינויים משמעותיים באשר למערכת הבריאות נעשו בדרך זו, לעיתים בלי דיון ציבורי ראוי ותוך שהם מועברים יחד עם תיקוני חקיקה רבים ושונים, המועברים לעיתים בזריזות בשל הצורך להביא לידי אישור התקציב, ובלא תשומת־לב ודיון מתאימים. יש גם לציין כי הדיון בחוקי ההסדרים נעשה בוועדת הכספים של הכנסת, ולא בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות¹⁰¹. התיקונים הרלוונטיים והמשמעותיים ביותר לעניין זה היו שלושה:

1. תיקון מס' 5 לחוק נעשה במסגרת "חוק ההסדרים" של שנת 1997¹⁰². חוק ההסדרים תיקן את חוק מס מקביל וביטל את החובה לשלם מס זה. לאור זה תוקן במסגרת חוק ההסדרים סעיף 13(א)(2) לחוק, שמנה את תקבולי המס המקביל כאחד ממקורות המימון של שירותי הבריאות. לסעיף הוסף סיפא שסייג את תקבולי המס המקביל כמקור מימון, וקבע כי תקבולים אלה יהיו מקור מימון רק לתקופה המסתיימת ביום 31.12.1996¹⁰³. היה זה אם־כן השינוי המשמעותי הראשון שביטל את המס המקביל ששילמו המעסיקים, ובכך שלל את אחד ממקורות המימון החשובים של שירותי הבריאות שהופיעו בסעיף 13 המקורי. המס המקביל היה מקור מימון לכשליש מהוצאותיה של מערכת הבריאות, וביטולו פגע פגיעה משמעותית בתזרים המזומנים של קופות־החולים¹⁰⁴. התיקון עשה את ישראל למדינה היחידה מהמדינות

שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות. סעיף זה מרחיק אם־כן לכת עוד יותר בכל הנוגע בניתוק בין התשלום בעד שירותים רפואיים לבין קבלתם, שכן הוא קובע שגם אם לא שולם המס הפרוגרסיבי הנגבה במנותק מקבלת שירותי הבריאות, אין לשלול בשל כך את קבלת השירותים האלה.

101 על חוקי ההסדרים והשימוש שנעשה בהם לתיקון חוק ביטוח בריאות ממלכתי ראו שלו, לעיל הערה 4, בע' 219–220.

102 חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת 1997), תשנ"ז–1996.

103 סעיף 12(7)(א) לחוק חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת 1997), תשנ"ז–1996.

104 שלו, לעיל הערה 4, בע' 207, 224–226.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

ה"מערביות" שיש בה מערכת ביטוח בריאות ציבורית שהמעבידים אינם משתתפים בנטל מימונה¹⁰⁵.

2. תיקון מס' 7 לחוק נעשה במסגרת חוק ההסדרים של שנת 1998, שזכה בשם "חוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1998". תיקון זה הוא אולי המשמעותי ביותר לחוק עד היום¹⁰⁶. התיקון כלל שינויים משמעותיים בכל הנוגע במימון סל-הבריאות, הן בצורה של הטלת נטל מימוני על החולים – התיקונים לסעיף 8 לחוק – והן בצורה של צמצום המחויבות של המדינה למימון הסל – התיקונים לסעיף 13 לחוק: סעיף 8 תוקן באופן שהתיר לקופות-החולים להציע הוספה לסל שירותי הבריאות, גריעה של הוספה כאמור וכן תשלומים שיחולו על החברים בקופת-חולים בעבור הסל, שהם שונים מהתשלומים הקבועים מכוח התוספת לחוק והצו של שר הבריאות שבהם נקבעו הסל והתשלומים בעדו. כמו-כן הותר לקופות להציע תשלומים בעד שירותים שיוספו לסל. משמעות הוראה זו היא כרסום בעיקרון של ניתוק הקשר בין התשלום לבין השירות הרפואי, והיתר לקופות-החולים להציע תשלום עיתי קבוע בעד הסל או תשלומים של השתתפות עצמית בעד שירותים. החוק גם קבע עקרונות אחדים ביחס לתשלומים אלה: נקבע כי אסור לתשלומים לגרום לדחיית חברים על רקע מצבם הכלכלי או הבריאותי, וכי ייקבעו ביחס לתשלומים הנחות או פטורים לאוכלוסיות חלשות¹⁰⁷. עם זאת נקבע כי התשלומים (לגבי מי שאינו זכאי לפטורים) יהיו "אחידים ובלתי מפלים, ובלא תלות

105 שם, בע' 226; בן-נון, לעיל הערה 97, בע' 46.

106 ההסתדרות עתרה לבג"צ כדי לתקוף את הליכי החקיקה של החוק בטענה שהכללת תיקונים כה רבים בחוקים שונים בצורה זו לא תאפשר דיון הולם בהצעת-החוק על חלקיה השונים. בית-המשפט דחה את העתירה בקובעו ש"ככלל, מצווה הרשות השופטת על ריסון עצמי בכל מקרה שמתבקשת התערבותה בהליך החקיקה, כל עוד הוא נמשך, והיא תפעיל את הביקורת השיפוטית רק לאחר סיום הליך החקיקה", זאת לאור הפסיקה הקובעת כי ככלל, בית-המשפט לא יתערב בהליך החקיקה כל עוד הוא נמשך. ראו בג"צ 7116/97 הסתדרות העובדים הכללית נ' הכנסת (לא פורסם) תקדין-עליון 97(4) 25. לביקורת על פסק-הדין ראו שלו, שם, בע' 223.

107 הכוונה היא לקטינים, קשישים, מקבלי גמלת הבטחת הכנסה, מקבלי גמלה לפי פרק ט לחוק הביטוח הלאומי, זוכים לפי סעיף 1 לחוק המזונות, חולים במחלות כרוניות, חבר במשפחה שלה ארבעה ילדים או יותר, עולים חדשים וקבוצות אוכלוסייה נוספות ששר הבריאות ושר האוצר יקבעו שהן זכאיות להנחה.

בהכנסות החברים". עוד נקבע שכל אחד מהשינויים האלה – לרבות הטלת התשלומים הנוספים – על-ידי קופת-חולים טעון אישור שר הבריאות. החלטה על שינוי בתשלומי החברים טעונה גם אישור של ועדת הכספים של הכנסת. עוד נקבע כי שר הבריאות, בהסכמת שר האוצר, רשאי לקבוע תקרה שנתית להכנסות קופת-חולים מתשלומי חברים וכן תקרת תשלום שנתית למשפחה¹⁰⁸.

במקביל לשינויים שהרחיבו את האפשרות של גביית התשלומים הישירים מחולים על-ידי קופת-החולים, תוקן גם סעיף 13(א) העוסק במימון הסל. סעיף 13(א)(5) – שקבע בנוסחו המקורי, כמקור מימוני, "סכומים נוספים מתקציב המדינה כפי שייקבעו מדי שנה בחוק התקציב השנתי ואשר ישלימו את מימון עלות סל שירותי הבריאות" – תוקן באופן המגביל את תכלית המימון הנוסף ל"מימון עלות הסל לקופות". בכך הופחתה חובתה של המדינה להקצות סכום למימון הטיפוליים שנותרו באחריות משרד הבריאות. גם להשלמת מימון הסל לקופות הוסף סייג, ולפיו ינוכה ממנו סכום קבוע המשקף הערכה של התקבולים מתשלומי החברים לקופת-החולים (687 מיליון שקלים חדשים במחירי מדד יוקר הבריאות הממוצע לשנת 1995), אשר ייחשב מקור מימון לפי פסקה (6) לסעיף 13 (הפסקה העוסקת בתקבולים של קופת-חולים משירותי בריאות הניתנים בתשלום). בכך הועבר למעשה חלק מהנטל המימוני מהמדינה אל כתפי החולים. *תיקון מס' 7, שנעשה במסגרת חוק ההסדרים של שנת 1998, אפשר אס-כן יצירת זיקה מחוזקת בין קבלת השירות הרפואי לבין התשלום בעדו. בעקבות תיקון זה נחקקו בין השנים 1999 ו-2002 תיקונים אחדים שעסקו בהרחבות ושינויים ברשימת הזכאים לפטורים ולהנחות בהתאם לסעיף 8 לחוק¹⁰⁹.*

108 סעיף 11(5)(א) לחוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), תשנ"ח-1998.

109 הוספו קטיגוריות שונות לקבוצות הזכאיות לפטורים, וביניהן אברכים המקבלים שכר מינימום, ותיקי מלחמת-העולם השנייה ונכי המאבק בנאצים ומקבלי גמלות מסוימות של ביטוח לאומי בתנאים מסוימים. תיקון מס' 9 נעשה במסגרת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999), תשנ"ט-1999. במסגרת תיקון זה תוקן סעיף 8 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי בצורה שהוסיפה לקבוצות הזכאיות לפטורים את מי שהוא אברך כולל המקבל הבטחת הכנסה מינימום (סעיף 24(3) לחוק). נוסף על כך, בתיקון זה לסעיף 13 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי הוסף סעיף-קטן א1, שקבע מקור מימון נוסף לחוק, והוא תשלום מיוחד שייקבע ממי שנעדר מישואל במשך יותר משנה בצורה ששמרה על זכויותיו כמבוטח (סעיף 24(4) לחוק). תיקון מס' 10, שנעשה במסגרת חוק מעמד ותיקי מלחמת העולם השנייה, תש"ס-2000, תיקן את סעיף 8

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

3. אחרי סדרת תיקונים שהרחיבו את הזכויות לפטורים במסגרת סעיף 8, נעשה תיקון משמעותי שלישי בחוק – תיקון מס' 22, שנעשה במסגרת חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003, מעין "חוק הסדרים" רחב שנעשה לשם יישום התוכנית הכלכלית של שר האוצר בנימין נתניהו. תיקון זה צמצם את הזכאות לפטורים והנחות לפי סעיף 8(א)(2)(ג) לחוק (רשימת החברים הזכאים להנחות או פטורים בקשר עם תשלומים שאינם מפורטים בסל שבתוספת ובצו), ובין היתר בוטלה הזכאות לפטורים והנחות של כל מקבלי הבטחת הכנסה (או מקבלי תגמולים לפי חוק תגמולים לאסירי ציון ובני משפחותיהם), אלא אם הם בגיל שישים וחמש ומעלה לגברים או שישים ומעלה לנשים¹¹⁰. בכך המשיך החוק את תהליך גלגול הוצאות המימון של סל-הבריאות על החולים באופן ישיר ורגרסיבי.

לחוק וקבע הנחה של 75% ל"ותיק מלחמה נזקק" מתשלום בעד תרופות הכלולות בסל שירותי הבריאות. תיקון מס' 11, שנעשה במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי (תיקון מס' 11), תש"ס-2000, תיקן את סעיף 8(א) לחוק והוסיף זכאות לפטור לבת-זוג וילדים של מי שמקבל גמלת הבטחת הכנסה. תיקון מס' 12, שנעשה במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי (תיקון מס' 12), תשס"א-2001, הרחיב את התקופה שבה יהיה עולה זכאי לפטור והרחיב את ההנחה שזכאים לה אורח ותיק ועולה. תיקון 14 במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי (תיקון מס' 14), תשס"א-2001, הרחיב פטורים לגבי זכאים לגמלות שונות לפי חוק ביטוח לאומי – גמלת ניידות וגמלת זקנה בתנאים מסוימים. כמו-כן הוסף סעיף 8(ג) שקבע כי הנחה או פטור שנקבעו לגבי אחת מהקבוצות המנויות סעיף 8(ג) בפסקת-משנה (1) עד (8) יחולו על כלל החברים שבאותה פסקת-משנה. תיקון מס' 17 נעשה במסגרת חוק נכי המלחמה בנאצים (תיקון מס' 12), תשס"ב-2002, והוסיף לסעיף 8 הנחות לנכי המלחמה בנאצים (סעיף 2 לחוק). תיקון מס' 18 נעשה במסגרת חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 54), תשס"ב-2002, ותיקן את סעיף 8(ז) בכל הנוגע בפטורים לזכאים לגמלה מהביטוח הלאומי ולוותיקי מלחמת-העולם השנייה הזכאים לגמלה. תיקון מס' 19 נעשה במסגרת חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 54), תשס"ב-2002, והסדיר אמות-מידה נוספות לזכאות לפטורים במסגרת סעיף 8 באשר לזכאי ביטוח לאומי וותיקי מלחמת-העולם השנייה הזכאים לקצבת זקנה ונכות. תיקון מס' 20 נעשה במסגרת חוק תגמולים לאסירי ציון ולבני משפחותיהם (תיקון מס' 4), תשס"ג-2002, והוסיף אמות-מידה לפטורים בסעיף 8 לפי חוק תגמולים לאסירי-ציון.

110 נמחקו גם מקבלי גמלות מסוגים אחרים (גמלת ניידות וגמלת זקנה בתנאים מסוימים) שהוספו לחוק בעבר. כמו-כן נמחקה פסקה 5 לסעיף 8(א), וכך בוטל הפטור לזוכים על-פי חוק המזונות (סעיף 72(א) לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת

השינויים החקיקתיים שכרסמו בעקרון "ההוגנות הכפולה" נוגעים באופן כיסויו של ההפרש בין הגבייה ממס הבריאות לבין העלות של סל שירותי הבריאות, שכן ההכנסה ממס בריאות אינה מספיקה למימון העלות של שירותי הבריאות. השינויים שסקרנו מעבירים חלק ניכר מהנטל בנוגע לפער זה מכתפי המעבידים ותקציב המדינה אל כתפי החולים. תוצאת השינויים האלה היא הגדלת הקשר בין קבלת שירותי הבריאות לבין הצורך לשלם בעדם. אומנם, לשונו של התיקון לחוק משנת 1998 דורשת תשלומים "אחידים ובלתי מפלים, ובלא תלות בהכנסות החברים" (סעיף 18(א)(2)), אולם זו לשון אורוליאנית, שכן התשלום האחד והבלתי מפלה יוצר כמובן הפליה בין עני לעשיר, בין מי שיש לו למי שאין לו. כפי שנראה בהמשך, תשלום זה נופל באופן לא-פרופורציונלי על העני. באותו סעיף נקבעה אומנם הגבלה שאל להם לתשלומים "להביא לדחייה של חברים על רקע מצבם הכלכלי או הבריאותי", אולם נראה שאלה מילים ריקות מתוכן: בפועל, חברים לא יידחו כמובן מקופות-החולים, אך "ידחו" – מחוסר יכולת כלכלית – מהתרופות שאותם לא יקנו או מהטיפולים הרפואיים שהם לא יזכו בהם, כפי שנראה בהמשך.

בעקבות תיקון מס' 5 (חוק ההסדרים של 1998), הגישו הקופות לאישור ועדת הכספים של הכנסת תוכנית גבייה שאושרה בכנסת באוגוסט 1998. תוכניות אלה כללו תשלומים בעד תרופות, ביקורים אצל רופאים מומחים ומרפאות-חוץ. יש לציין כי מדובר בתוכניות שונות ואף בשיטות חישוב שונות שעשויות ליצור מחירים שונים בעד תרופות בין קופות-חולים שונות. כמו-כן נקבעו פטורים ותקרות תשלום לגבי חלק מהקבוצות שפורטו בסעיף 8 לחוק. עם זאת, הפטור שנקבע לקבוצות המנויות בסעיף 8 לחוק, כגון מקבלי הבטחת הכנסה (שבינתיים הוצאו ממעגל מקבלי הפטורים, זולת אם הם מעל לגיל פרישה), היה לגבי תשלום בעד ביקורים אצל רופא ומרפאות-חוץ, ולא לגבי תשלומים בעד תרופות. לגבי תרופות קבעו רוב הקופות תקרת השתתפות רק כאשר מדובר בחולים כרוניים, וכן ניתנו פטורים בחלק מהמקרים לחולים במחלות קשות. כמו-כן נקבעו תקרות תשלום בעד ביקורים אצל רופאים ובמרפאות-חוץ ובעד טיפולים שונים, ואלה מחושבים לפי משפחה¹¹.

יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004, תשס"ג-2003. החוק גם ביטל הנחות ופטורים שהיו קיימים ערב תחילתו של החוק לפי סעיף 8(א)(2)(ג) בנוסחו הקודם. נוסף על כך סעיף 71 לחוק התוכנית הכלכלית ביטל את תיקון 12 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, ובכך ביטל את ההרחבה של התקופה שבה יהיה עולה זכאי לפטור ואת הרחבת ההנחה מתשלומים שוכאים לה אורח ותיק ועולה. שינויים אלה נעשו במסגרת סעיף 69 לחוק הנ"ל.

111 בקופות-חולים כללית בלבד יש תקרת תשלום בעד תרופות לכל החולים. תוכניות הגבייה

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

כתוצאה מן התיקון עלתה רמת ההשתתפות העצמית ברכישת תרופות (ב־35% בממוצע), והוטל תשלום רבעוני בעד ביקור אצל רופא מומחה ומרפאות־חוץ. יש לציין עם זאת כי שר הבריאות וועדת הכספים דחו את ההצעה לגבות מס עיתי¹¹². בפועל הוטלו א־כֶן, בעקבות תיקון מס' 5, תשלומים חדשים על חולים, וכן ניתן הכשר לתשלומים קיימים: לקופת־חולים מכבי אף ניתן היתר מיוחד להמשיך לגבות היטל בעד ביקור אצל רופא משפחה (ולא רק אצל רופא מומחה). התשלומים שהוטלו הינם אחידים (בתוך כל קופת־חולים) כנדרש בחוק – ואינם פרוגרסיביים¹¹³.

תוצאותיהם של שינויים אלה עולות מכמה מחקרים שערכו גורמים שונים. מחקרי מכון ברוקדייל התמקדו בנושא של רכישת תרופות לאחר חוק ההסדרים של 1998, והצביעו על עלייה ריאלית של 118% בהוצאת משקי־הבית על תרופות למן 1987 ועד 1999. עלייה זו נובעת בחלקה מעלייה בכמות הנרכשת, ובחלקה האחר מעליית מחיר התרופות לצרכנים, כולל גובה ההשתתפות העצמית. הממצאים אף הצביעו על כך שנטל ההוצאות של משקי־הבית על תרופות אינו מבוטל, ויש לו קשר שלילי מובהק עם הכנסת משקי־הבית. הנטל על עניים גבוה מהנטל על משקי־בית בעלי הכנסה גבוהה יותר (מבחינת אחוז מהכנסתן הפנויה שמוצא על תרופות)¹¹⁴. גובה ההוצאה הממוצעת למשקי־בית על תרופות בשנת 1999 היה 80

של קופות־החולים, כפי שפורטו במכתב ממשרד הבריאות לעורך־דין דורי ספיבק, 21.12.2003 (עותק שמור אצל המחבר). כמו־כֶן, לפי החוק יש הנחות לאזרחים ותיקים ולוותיקי מלחמת־העולם השנייה (ראו שלו, לעיל הערה 4, בע' 235). ראו ט' מורגנשטיין "השתתפות עצמית בגין רכישת תרופות בישראל" *PharmaLine* 5 (2003) 28. מורגנשטיין עומדת על כך שבשל שיטות שונות של הקופות לגביית ההשתתפות העצמית עשוי להיווצר מצב של אי־שוויוניות שלפיו יידרש המבוטח לשלם מחיר שונה בעד אותה תרופה בקופות־חולים שונות. לתיעוד שיטות הגבייה השונות ראו ש' ברמלי־גרינברק ואח' משקי בית, קופות־החולים והוצאות על תרופות, דוח מחקר – ג'וינט מכון ברוקדייל (ירושלים, 2003) 47–40. על אי־שוויון בתשלומי השתתפות, ראו גם: P. Sax "Copayments and cost-sharing by Patients for Prescription Drugs" 8, ביטאון מס' 44 (2001) 1; מסקנות ועדת החקירה הפרלמנטרית לבדיקת יישומו ומימונו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי (פברואר 2000) 21 (להלן: ועדת החקירה הפרלמנטרית). מכתב מחבר־הכנסת אברהם רביץ, יושב־ראש ועדת כספים, לשר הבריאות יהושע מצא בנושא "תוכניות הגביה של קופות החולים" מיום 11 באוגוסט 1998 (עותק שמור אצל המחבר).

112 שלו, לעיל הערה 4, בע' 235; ועדת החקירה הפרלמנטרית, שם, שם.

113 שלו, שם, שם; גרוס ואח', לעיל הערה 96, בע' 19.

114 לפי נתוני מכון ברוקדייל, לכחמישית ממשקי־הבית יש שיעור הוצאה על התרופות מתוך

ש"ת, ורק ל-43% ממשקי-הבית היו הוצאות על תרופות. בקרב המשפחות שהיתה להן הוצאה על תרופות היה ממוצע ההוצאה בחודש 185 ש"ח¹¹⁵. במשקי-בית בקרב החמישון התחתון שהיו להם הוצאות על תרופות עמדה ההוצאה בממוצע על 140 ש"ח בחודש - סכום לא-מבוטל למשפחות במצב כלכלי זה¹¹⁶. יתר על-כן, מחקרים מהשנים 1999 ו-2001 הצביעו על כך שלמרות הפטורים השונים הקבועים בחוק ואף-על-פי שנקבעה תקרת השתתפות בגין תרופות לחולים כרוניים, אחד מכל עשרה אנשים דיווח כי בשנה הקודמת למחקר ויתרו על קניית תרופה שהרופא רשם בגלל המחיר שנדרש. בקרב שתי קבוצות היה הוויתור על תרופה בשל התשלום הנדרש גדול עוד יותר: 16% עד 21% מהחולים הכרוניים והעניים (המצויים בחמישון התחתון) ויתרו על תרופה בגלל התשלום הנדרש¹¹⁷. מחקרים אלה הצביעו על ויתור לא רק על תרופות, אלא גם על שירותים רפואיים: 6% ויתרו על שירות בשל תשלום (2% על ביקור אצל רופא מקצועי, 2% על בדיקות וטיפולים ו-2% על שירותים אחרים)¹¹⁸. ככלל, המשתנים בעלי ההשפעה על ויתור על טיפול בקופה בגלל התשלום היו מחלה כרונית, הכנסה המצויה בחמישון התחתון והיות האדם אשה¹¹⁹.

המחקרים מראים שגם מבוטחים הזכאים לכאורה לתקרות ולפטורים מוותרים על קניית תרופות. לוויתור זה סיבות אחדות הכרוכות בחלקן בקשיים ביורוקרטיים שהמבוטח נתקל

ההכנסה הכספית נטו שהינו גבוה מ-1%. המשפחות בעשירון התחתון מוציאות בממוצע כ-3% מהכנסתן הפנויה על תרופות. אולם אחת מכל שש משפחות - 17% - בעשירון התחתון מוציאה יותר מ-5% מהכנסתה על תרופות, שיעור גבוה ביותר מפי שניים מהשיעור בקרב האוכלוסייה הכללית, שהינו 8%, ופי שישה משיעור זה בקרב העשירון העליון. ראו ברמלי-גרינברג ואח', לעיל הערה 111, בע' 26.

115 שם, בע' 21.

116 שם, בע' 24. יש לציין כי נתונים אלה כוללים הוצאות הן בגין השתתפות עצמית בתשלום בעד תרופות עם מרשם של רופא והן הוצאות בגין תרופות ומוצרים אחרים הנרכשים ללא מרשם. האומדן של שיעור ההוצאה על תרופות ומוצרים אחרים ללא מרשם שווה ל-18%. שם, בע' 7.

117 שם, שם. ראו גם ר' גרוס וש' ברמלי-גרינברג דעת הציבור על רמת השירות ותפקוד מערכת הבריאות בשנים 1995, 1997, 1999, דוח מחקר, ג'וינט - מכון ברוקדייל (2001); ר' גרוס וש' ברמלי-גרינברג דעת הציבור על רמת השירות ותפקוד מערכת הבריאות בשנת 2001, והשוואה לשנים קודמות, מכון ברוקדייל (2003) 31-34.

118 גרוס, ברמלי-גרינברג (דעת הציבור, 1995, 1997, 1999), שם, בע' 30-33; גרוס וברמלי-גרינברג, (דעת הציבור, 2001), שם, בע' 33-34.

119 גרוס וברמלי-גרינברג, (דעת הציבור, 2001), שם, בע' 31-32.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

בהם ביישום זכותו לקבלת הפטורים והתקרות. לפעמים על החולים לשלם בתחילה בעד התרופות, ואין הם יכולים לעמוד בתשלום אף-על-פי שהם זכאים להחזר. יש חולים היודעים שהם פטורים מתשלום, אך נמנעים מראש מהשגת התרופה בשל מורכבות התהליך וחוסר במידע על-אודותיו. כמו-כן, בחלק מקופות-החולים חייב המבוטח החולה הכרוני לאסוף בדרך-כלל קבלות מתחילת החודש כדי לא לשלם מעבר לתקרה. אם מבוטח לא שיער בתחילת החודש כי ישלם בעד תרופות סכום גבוה מהתקרה, הוא עשוי לא לאסוף קבלות, ואז אין לו דרך לקבל החזר.

נוסף על כך, התקרות לתשלומים בעד תרופות נקבעו בדרך-כלל בעבור חולים כרוניים, אך לא ברור מי הם המוגדרים על-ידי קופות-החולים כחולים כרוניים. יתר-על-כן, שיעור גבוה של הציבור (יותר מ-75%) אינו יודע על קיום תקרות, אינו אוסף קבלות¹²⁰ ואינו מממש את זכותו¹²¹. למעשה הסתבר כי פחות מרבע מהציבור ידע על קיום תקרות לתשלומי השתתפות עצמית. כאמור, התקרות קיימות לגבי כלל הציבור רק לגבי תשלום לרופא מקצועי, מרפאות-חוץ ומכונים, והן מחושבות לפי תקרת תשלום למשפחה¹²²; תקרה חודשית על תשלומים בעד תרופות קיימת בדרך-כלל ביחס לחולים כרוניים¹²³. התוצאה היא שההוצאה הממוצעת של משקי-בית המוציאים כסף על תרופות עומדת על מאות שקלים, ובוודאי שמגיעה לסכומים גבוהים יותר אצל חלק ממשקי-הבית. במובן זה, ככל שאדם חולה יותר, כן הוא צריך לשלם יותר (אלא אם-כן מחלתו נחשבת כרונית, שאז הוא זכאי בתיאוריה להנאה מתקרת ההוצאות).

גם מחקר שנערך בשנת 2003 בעבור ההסתדרות הרפואית בישראל העלה ממצאים דומים. לפי מחקר זה, אחד מכל חמישה ישראלים ויתר על טיפול רפואי כלשהו בשל מחירו הגבוה – בעיקר תרופות. 15% ויתרו על תרופה שרשם רופא בשל מחירה הגבוה, ו-15% על ביקור אצל רופא. 7% ויתרו על שימוש בשירות רפואי לילדם או צמצמו אותו בשל העלות הגבוהה, והנטל הכלכלי הורגש היטב גם אצל האוכלוסייה המבוגרת¹²⁴.

הנתונים שעלו במחקרים אלה מתחזקים לנוכח קביעתה של נציבת הקבילות לחוק ביטוח

120 למשל בשל אי-ידיעה על כך שיגיע לסכום מסוים שיצדיק קבלת החזר על כספים שהוצאו.

121 ברמלי-גרינברג ואח', לעיל הערה 111; גרוס וברמלי-גרינברג, לעיל הערה 118, בע' 2.

122 גרוס וברמלי-גרינברג, שם, שם.

123 לגבי תשלומים רבים של השתתפות עצמית, כגון ביקור בחדר-מיון ועוד, אין תקרה, שם, בע' 27.

124 א' דגני ור' דגני השלכות הנטל הכלכלי על ההוצאות בנושא בריאות, מחקר עבור ההסתדרות הרפואית בישראל (2003).

בריאות ממלכתי כי אוכלוסיות מעוטות-יכולת נמנעות מרכישת תרופות מאחר שידן אינה משגת לממן את דמי ההשתתפות¹²⁵. לנציבה הגיעו קבילות רבות בדבר גביית תשלום בעד תרופות מחולים שהלינו על נטל תשלומים שאינם יכולים לעמוד בו. ביניהן בלטו קבילות של קשישים שתיארו מצב שלפיו, לעת זקנה, הכנסתם פוחתת, כמות התרופות שהם צורכים הולכת וגדלה וידם אינה משגת לרוכשן. התקבלו קבילות שבהן נטען כי המבוטחים נאלצים לוותר על נטילת תרופות בשל מצבם הכלכלי. רבות מהקבילות האלה עסקו בתרופות הכלולות בסל. היות שברוב המקרים, גביית דמי ההשתתפות היתה כחוק, המליצה הנציבה לערוך שינויים בהסדר הגבייה עצמו, ועמדה על חשיבות הקטנתם של דמי ההשתתפות לאוכלוסיות מעוטות-יכולת¹²⁶.

למרות זאת, שיעור ההשתתפות העצמית רק הולך וגדל: לפי נתונים שפורסמו בקשר לשנת 2001, שיעור ההשתתפות העצמית של החברים בקופות-החולים בקשר לתרופות המשיך לעלות, כך שכיום ייתכן שחברי קופת-החולים הכללית משלמים מכיסם יותר מ-50% מהוצאות הקופה על תרופות. לגבי תרופות הכלולות בסל, ההשתתפות העצמית היתה קטנה יותר: בשנת 2001 - 30% בכל קופות-החולים ו-35% בקופת-חולים כללית¹²⁷. בסך-הכל, נכון לשנת 2001, קיים בישראל אחוז גבוה של הוצאות עצמיות כחלק מההוצאה הלאומית על בריאות: האחוז עומד על 32%, וההשתתפות העצמית במימון תרופות שבמרשם תופשת בכך מקום מרכזי. (מקום מרכזי תופש בכך גם נושא בריאות השן, שאינו כלול כלל בסל). אחוז זה אינו כולל את התשלום במסגרת מס ביטוח בריאות, אלא רק את ההוצאה העצמית בזמן השירות. זה אחוז גבוה ביותר ברמת השוואה בינלאומית - מן הגבוהים בארצות המתועשות¹²⁸.

125 משרד הבריאות, נציב קבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, דוח שנתי מס' 4, התשס"א-2001 (ירושלים, 2002) 6.

126 משרד הבריאות, נציב קבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, דוח מס' 3 לשנת 2000 (ירושלים, 2001) 29-35. גם בדו"ח שנתי מס' 4, שם, ציינה הנציבה כי הגיעו אליה קבילות בנושא דמי ההשתתפות בעד תרופות ובעד שירותים רפואיים, והצביעה על צורך בקביעת תקרות והקלות בנושא זה.

127 P. Sax "The Drug Economy During Periods of Updating the Basket: Analysis and Policy Implications" פארמה 9, ביטאון מס' 54 (2003). פורסם באתר האינטרנט [URL:http://www.adva.org/irrit/briut.html] (last visited on 18/3/2004).

128 Sax, *supra* note 111, at p. 3; מ' שני "מה כולל חוק ביטוח בריאות ומה אין בו" רבעון הביטוח בישראל 87 (1995) 15, 16. ראו גם דין וחשבון, הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרפוא בה, תל-אביב 2002, 93 (להלן: דו"ח אמוראי). יש לציין בהקשר זה גם כי לפי

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

שיעור זה עולה בהתמדה בשנים האחרונות, יחד עם הקטנת חלקה של הממשלה במימון ההוצאה הלאומית לבריאות¹²⁹. ועדת החקירה הפרלמנטרית לבדיקת יישומו ומימון של חוק ביטוח בריאות ממלכתי הגישה בפברואר 2000 דו"ח המתייחס לשינויים שתוארו לעיל, והגיעה למסקנה שמדיניותו של משרד האוצר גרמה לשחיקת מקורות המימון שהוקצו להפעלת החוק, ובכך פגעה ביישום החוק וברוח עקרונות היסוד שעמדו בבסיס חקיקתו. הוועדה הצביעה על כך שביטול המס המקביל היה צעד מהותי של החלפת מקור מימון ייעודי המוקצב לבריאות במקור תקציבי המנציח את תלותה של מערכת הבריאות בתמיכת המדינה. הוועדה אף המליצה לחזור למדיניות התשלומים שהיתה נהוגה עד אוגוסט 1998: לבטל את האגרה לביקור רבעוני אצל רופא או במרפאת חוץ ולמנוע את ייקור תעריפי התרופות. הוועדה סברה שבהטלת תשלומים יש משום פגיעה בשוויוניות, מאחר שכמוה כהטלת מיסוי רגרסיבי המחזק את הקשר בין קבלת שירות רפואי לבין היכולת לשלם בעדו. היא פוגעת בכך בעקרונות הבסיסיים של חוק ביטוח בריאות, והחיסכון הצפוי, אם קיים כזה, הוא לטווח קצר בלבד, והוא עשוי להגדיל את ההוצאות בשלב מאוחר יותר. הוועדה גם הצביעה על הוצאות הגבייה היקרות שנוספו לקופות החולים, על אי-המודעות של האוכלוסייה למערכת ההנחות והפטורים ועל הפגיעה בשירות ו"טרטור" המבוטחים¹³⁰.

כאמור, ההתפתחות שחלה בינתיים, בעוד הדו"חות השונים מצביעים על הבעייתיות

סעיף 8(ח) לחוק, "יעודכנו" התשלומים בעד שירותי בריאות ותרופות אחת לשנה לפי עלייתו של מדד יוקר הבריאות.

129 י' קופ (עורך) הקצאת משאבים לשירותים חברתיים (המרכז לחקר המדיניות החברתית בישראל, 2003).

130 ועדת החקירה הפרלמנטרית, לעיל הערה 111, בע' 21-23. בשנת 2002 עסקה בסוגיה גם הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה (ועדת אמוראי). ועדה זו הציעה לבטל את דמי ההשתתפות העצמית בעד ביקור אצל רופא, במכונים ובמרפאות חוץ, אך להשאיר על כנם את דמי ההשתתפות העצמית בעד רכישת תרופות, שירותי חירום ועוד. עוד ראו דו"ח ועדת אמוראי, שם, בע' 29. גם מבקר המדינה עמד על בעיות ביישום תוכניות הגבייה של קופות החולים, ועל כך שקופות החולים לא התארגנו למחשוב הגבייה לצורך חישוב תקרות התשלום השונות. מבקר המדינה מצא כי שיטת הגבייה הנהוגה כיום באשר לתשלומי מבוטחים בקשר עם שירותים ותרופות עלולה להטיל על המבוטחים נטל כספי כבד ולמנוע מהם פנייה או הגשת בקשה לקבלת שירותים ורכישת תרופות, כל זאת מסיבות של מצב כלכלי. הדבר עלול לפגוע בבריאות הציבור. על משרד הבריאות, קבע המבקר, לערוך בדיקה מקיפה בנושא של הסדרי הגבייה, תוך ליבון היבטיו העקרוניים והתקציביים. לעיל הערה 82, בע' 627-632.

בתשלומי ההשתתפות העצמית ועל הצורך להגביר לפחות את הידע לגבי הפטורים וההנחות השונות, היא דווקא ביטול הוראת החוק הנוגעת בפטורים ובהנחות למקבלי הבטחת הכנסה, וזאת במסגרת התוכנית הכלכלית שנחקקה בשנת 2003. בניגוד לכל הנתונים המפורטים לעיל, יש הטוענים כי הטלת תשלומים בעד שירותי בריאות מוצדקת משיקולי יעילות דווקא, שכן התשלומים מפחיתים ביקושים עודפים (ביקורי רופא ורכישת תרופות) ומהווים תמריץ לצמצום שירותים מיותרים. משום כך הם כלי יעיל וטוב למניעת צריכת-יתר של שירותי בריאות. לעומתם, המתנגדים לתשלומים אלה טוענים שהם צורה של מיסוי גרסיבי המוטל בעיקר על השכבות החלשות ומגדיל את אי-השוויון בחברה. מחד גיסא, ספק רב אם הם מצמצמים ביקושים עודפים, ומאידך גיסא, הם עשויים לפגוע גם בביקושים נחוצים, ולהסיט ביקושים מתחומי שירות שמוטל עליהם תשלום לתחומי שירות אחרים הניתנים חינם. הם מחזקים את הקשר בין אמצעים כספיים לקבלת שירותי בריאות ואינם מצמצמים ביקושים עודפים, אלא מניעים את העשירונים התחתונים לוותר על שירותים נחוצים. הם צורה של מיסוי גרסיבי שפוגע בעיקר בשכבות החלשות, בשל חיוק הקשר בין קבלת שירות רפואי והיכולת לשלם בעדו¹³¹. הניסיון הבינלאומי מלמד שמדיניות של תשלומי השתתפות מפחיתה את השימוש בתרופות חיוניות, ולא רק בתרופות לא-חיוניות, ועלולה לגרום נזק יותר מאשר תועלת¹³². בישראל נטען כי אף אם תשלומים אלה נועדו לצמצם שימוש עודף בשירותים, הם נהפכו בפועל למקור מימון משמעותי וקבוע¹³³.

כפי שצינו בחלק (5) לעיל, מימון של מערכת הבריאות מתשלומים עצמיים נחשב לצורה הפחות שוויונית של מימון שירותי בריאות. נראה שהמציאות המתחזרת מהמחקרים השונים בישראל מוכיחה טענה אחרונה זו. תמונת מציאות זו מתחזקת מדיווחים שהתקבלו מרופאים בעת האחרונה¹³⁴. דיווחים אלה מאשרים כי הטלת תשלומים בעד טיפולים רפואיים,

131 בן-נון, לעיל הערה 97, בע' 48-49; עופר ורוזן, לעיל הערה 95, בע' 18; 'אנדורן ואח' "מימון מערכת הבריאות" הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד (ר' גרונאי עורך, 2002) 11, 45-46; שלו, לעיל הערה 4, בע' 235-236.

132 Sax, *supra* note 111, at p. 3; ראו גם שלו, שם, בע' 232-240.

133 קופ, לעיל הערה 129, בע' 87.

134 ד"ר סבלטנה מריאש, מנהלת מרפאה ורופאת משפחה בשכונת יפו ד', שכונה שבה היה אוכלוסייה רבה הנמצאת במצוקה כלכלית, מסרה לאחרונה בעיתונות עדות המעידה על ההשלכות של הטלת תשלומים בגין שירותי בריאות בסיסיים. מן הראוי להביא מדבריה של ד"ר מריאש, שמדברים בעד עצמם: "לפני כמה ימים ביקרה במרפאה אם לשני ילדים. בנה הקטן היה חולה, וזה לא נראה טוב.

שלחתי אותה לבצע צילום דחוף, כי חששתי שהוא סובל מדלקת ריאות. אחר כך התברר לי שהאם ויתרה על הצילום. שאלתי אותה למה. 'דוקטור, היא אמרה לי בשקט, 'אין לי כסף לאוטובוס'.

"לפניה הגיע חולה סוכרת לבדיקה. התברר שהוא כבר כמה חודשים לא קנה אינסולין כדי לטפל בעצמו. אדם במצבו שמוותר על צריכת אינסולין עלול לגרום להעלאת רמת הסוכר בדם עד לחוסר תפקוד. בלעדי התרופה הוא עלול להתעוור. האינסולין עולה 45 שקל בחודש. זה הכל, 45 שקל. אבל אין לו. הוא ראש משפחה, מובטל, בבית אין מים ואין חשמל. האיש היה מודע לכך שמצבו הבריאותי ייפגע, אבל אין לו פרנסה. עכשיו, כשהבריאות שלו הידרדרה, גם לא תהיה לו. מה יכולנו לעשות? אספנו כסף וקנינו לו אינסולין. אנחנו עושים את זה כל הזמן - נותנים כסף לאנשים שלא יכולים לרכוש תרופות.

"היה גם מקרה של ילד בן 12 שחודש לא הפסיק להשתעל. הוא היה מגיע למרפאה פעם אחר פעם, אבל השיעול לא היה עוזב אותו. נתתי לו טופס מחלה לבית הספר, אבל שום דבר לא הועיל. התחלתי לחשוד, אז הלכתי לבית המרקחת וגיליתי שאפילו פעם אחת הוא לא קנה תרופות. הזמנתי את אבא שלו למרפאה. 'אין לנו אמצעים', אמר לי האבא. והילד הזה מיפו ד' לא לבד. זו הסיבה שאני כאן, מספרת את הסיפור האישי שלי.

"עצוב לומר, אבל המקרים שתיארתי אינם מקרים קיצוני [כך במקור - א' ג']. מדי יום אנחנו נתקלים במקרים שלא הכרנו בעבר. כבר קשה להדהים אותנו, אבל הלב עדיין נקרע. אצל חולי הלב, למשל, גילינו בחודשים האחרונים תופעה חדשה. במקום לפעול על פי ההנחיות שלנו ולקחת תרופה שלוש פעמים ביום - תרופות למניעת הפרעות קצב, לתפקוד תקין של הלב, להורדת לחץ דם - הם לוקחים תרופה פעמיים ביום, לפעמים פעם אחת. במקום לרכוש את התרופות כל חודש, הם רוכשים אותן פעם בחודשיים או שלושה. פשוט כך.

"מי שחי על קצבת ביטוח הלאומי, ומשתכר בין 1,200 ל-1,500 שקל בחודש, חוסך במינוני תרופות. אנחנו מכירים כל כך הרבה אנשים כאלה, ואין לנו מה להגיד להם. אין לנו גם דרך לעקוב אחריהם כשהם עוזבים את המרפאה, בין טיפול לטיפול. חצי ממרשמי הרופא שאנחנו נותנים כאן, זו הערכתי, לא מבוצעים כלשונם, על כל המשמעויות הנגזרות.

"לא מזמן ביקרה פה אם חד הורית לשלושה ילדים. רשמתי תרופה אנטיביוטית לבנה, שהחל לפתח דלקת ריאות. הילד גם היה צריך לעבור אינהלציות, אז נתתי לאמא ללא תמורה מכשיר אינהלציה שהיה לי במקרה. לאחר כמה ימים האם חזרה, כי מצבו של הילד החמיר. 'תני לי מרשם חדש למשחה שכתבת לי בביקור הקודם', היא אמרה לי. 'רק עכשיו הצלחתי להשיג את הכסף'. משחות עולות היום הרבה כסף. זו הסיבה שהרבה אנשים מורחים קצת כל פעם, כדי לחסוך. בדרך כלל זה לא ממש יעיל.

"במקרים של תת תזונה לא נתקלתי עדיין, אבל ילדים בפירוש אוכלים פה פחות טוב.

אמהות שמגיעות למרפאה מספרות על חיסכון במוצרים בסיסיים, בפינוקים, בחטיפים. גם לטיפות חלב לא כולם הולכים. כמות הילדים שהתחסנו השנה כנגד צהבת A היא זניחה. שלחתי לא מזמן גלויות לכל הבתים בסביבה, התקשרנו לכל הורה והתחננו שיבוא לחסן את הילדים. החיסון עולה שקלים בודדים, אבל המשפחות לא הגיעו. עניין של סדר עדיפויות.

"אדם שצריך 14 כדורים ביום לא יכול לעמוד בתשלומים האלה. זה לא משנה גם אם מדובר ב-180 שקל לחודש. יש תרופות שאנחנו יודעים שהן פחות טובות מאחרות, אבל אנשים מבקשים אותן כי הן יותר זולות. זה קורה פעם אחר פעם. אנשים משפילים מבט, ואומרים: 'דוקטור, יש לך תרופה יותר זולה?' כבר למדנו מתי להלחיץ חולה ולהגיד לו הרבה פעמים 'אתה חייב לקנות את התרופה, אתה חייב'. לפעמים אתה פשוט רואה שהמטופל לא מתכוון לקנות את התרופה. בשבוע שעבר אחד החולים הודיע לי שהוא לא מתכוון ללכת לצילום ריאות, כי אין לו כסף. זה היה רגע קשה.

"משנה לשנה, אגב, קשה יותר לשכנע קשישים להתחסן נגד שפעת. השנה מדובר בשיא עצוב. החיסון, מצחיק להגיד, עולה 11 שקל. זה הכל.

"אוכלוסיית הקשישים היא המוזנחת ביותר. מדובר בקבוצת סיכון משמעותית ביותר. יותר ויותר קשישים נזנחים, לעתים אפילו הילדים שלהם מפקירים אותם.

"...."

"אתמול, למשל, הגיעו אלינו שני קשישים עם בעיות קשות בנשימה. מדובר בחולי ריאות שיצאו לא מזמן מבתי חולים וסובלים מדלקות חוזרות. המלצנו להם לעשות חיסון נגד הדלקת, חיסון שעולה 56 שקל בלבד. אבל הם לא קנו אותו, אמרו שמדובר בסכום גבוה מדי. 'גברת, אין לי כסף', הם אומרים לי, 'אני לא יכול לקנות את החיסון הזה.' איך אפשר לשכנע אדם כזה לקנות תרופה? אתה חייב לשכנע אותו, אבל מה אומרים? אם אין לחולה 56 שקל, אז אין לו.

"כמעט כולם עושים חיסונים. קשישים שנשלחים לבצע טיפולי פיזיותרפיה חושבים אלף פעם אם כדאי להם. על כל טיפול הם מחויבים בדמי השתתפות של 24 שקל, ועוד 11 שקל הם משלמים לאוטובוס. עבור רבים מהם, טיפולי פיזיותרפיה ב-35 שקל בכלל לא עומדים על הפרק. זה לשלם גו או לקנות תרופה.

"חלק מהשירותים הכי פשוטים שלנו לא מנוצלים, לא אלה שעולים מאות שקלים ולא אלה שעולים שקלים בודדים. אנחנו מפנים אנשים לרופאים מומחים, אבל הם לא הולכים, כי כניסה לרופא מומחה כרוכה בדמי השתתפות של 12 שקל. זה אולי מייגע, מעורר רחמים ומשדר מסכנות – אבל זו הכרוניקה המיידית שאנו חיים בה.

"עשיתי בדיקה, ובחצי השנה האחרונה חלה עלייה של 30 אחוז בצריכת תרופות פסיכיאטריות בשכונה. אני מקשרת את הנתון הזה לחרדות כתוצאה מהמצב הכלכלי.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

ביקור אצל רופאים ותרופות גורמת למניעת שירותים רפואיים חיוניים לאוכלוסיות החלשות. אף אם ייתכן שהתשלומים מסייעים ליצירת המערכת ומפחיתים פניות מיותרות לרופאים, אם אנשים אינם פונים בגללם לרופאים כשיש להם צורך רפואי אמיתי, נזקם של תשלומים אלה גדול מתועלתם. אותם חולים שיימנעו מטיפול, תרופה או ביקור אצל רופא שעולה כסף עלולים להגיע לבסוף למצב של אשפוז, שיעלה למערכת הבריאות כסף רב יותר. יצילות אמצעי התשלום מוטלת איפוא בספק¹³⁵.

בבואנו לבחון את השינויים שחלו במימון שירותי הבריאות ושנידונו בחלק זה, ניתן לדעתי לטעון כי הטלת תשלומים ישירים של השתתפות עצמית על חולים פוגעת בזכות לבריאות¹³⁶. ההערה הכללית על הזכות לבריאות שנידונה בחלק ב(4) של המאמר עוזרת להיווכח ששינויים אלה מפריים את הזכות לבריאות: התניית הטיפולים הרפואיים בתשלומי השתתפות עצמית, במיוחד כפי שהתרחש בתיקונים השונים לחוק, פוגעת בנגישות הכלכלית שבה דנה הערה כללית 14. הערה זו דורשת שלא יוטל נטל לא-מידתי בקשר להוצאות הבריאות על משקי-בית עניים לעומת משקי-בית עשירים יותר. בפועל, כפי שהנתונים של

"רוב המטופלים פה מבוטחים בביטוח הבריאות הבסיסי ביותר. אין להם 'מושלם' או 'משלים' או תוכניות אחרות. זה מבטל מבחינתם את האפשרות לרכוש תרופות במחירים זולים יותר.

"בסופו של יום, אותו קשיש שסובל מהזנחה רפואית יתאשפו בבית חולים, ושם יקבל את מלוא הטיפול, בעלות 1,600 שקל ליום אשפוז במחלקות הפנימיות והגריאטריות. אבל שם כבר איש לא יגבה ממנו עלויות – את זה תשלם המדינה. יכול היה להיות זול יותר למדינת ישראל לתת שירותי בריאות מונעים ולסייע לאוכלוסייה הקשה. במקום לתת את הסיוע, אנחנו נתקלים בכמות עצומה של ביקורים חוזרים, של תחלואה חוזרת ושל אשפוזים רבים..." (ד"ר ס' מריאש. מונולוג: "אנשים משפילים מבט ואומרים: דוקטור, יש לך תרופה יותר זולה" עיתון תל-אביב 21.11.2003). [URL: http://www.tam.co.il/21_11_2003/magazin1.htm] (last visited on 27/2/04)

135 ראו לעניין זה קופ, לעיל הערה 129, בע' 156. לטענה כי שיטת הגבייה של הכספים בעד תרופות בקופות-החולים אינה שוויונית ואף אינה יעילה, ראו גם פ' סאקס "יותר תרופות בסל, יותר הכנסות לקופות החולים ופחות תועלת לחולה ולמערכת הבריאות" פארמה 10 ביטאון מס' 58 (תשס"ד). פורסם באתר האינטרנט: [URL: <http://www.adva.org/ivrit/briut.html>] (last visited on 18/3/2004)

136 על חיובי תשלום בגין שירותים שאמורים להיות שירותי-חינם במערכת הבריאות ובמערכות אחרות כחלק משחיקת מדינת הרווחה, ראו ד' ברק-ארוז "מדינת-הרווחה בישראל – בין החקיקה לבירוקרטיה" עבודה, חברה ומשפט ט (תשס"ב) 175, 181.

מכון ברוקדייל מעידים, אכן מוטל נטל לא־מידתי על משקי־בית עניים. מדובר אמ־כן בשינויים הפוגעים בנגישות השווה לשירותי הבריאות. השינויים גם הופכים את שירותי הבריאות לבלתי־נגישים לכל מבחינה כלכלית, בניגוד להתחייבויות המינימום המצויות בגרעין הזכות. יתר על־כן, בכל הנוגע בתיקונים שנעשו בחוק לאחר חקיקתו, מדובר בצעדים רטרוגרסיביים שננקטים ביחס לזכות לבריאות. כזכור, לפי ההערה הכללית, אם נעשים צעדים רטרוגרסיביים, על המדינה מוטל הנטל להוכיח שהם נעשו לאחר שקילה זהירה של כל האפשרויות, וכי הם מוצדקים. מעבר לכך, בהערה נקבע כי ביטול או השעיה של חקיקה שהינה חיונית להנאה מהזכות לבריאות, או אימוץ חקיקה או מדיניות שאינם עולים בכירור בקנה אחד עם התחייבויות משפטיות קודמות שמקורן במשפט הפנימי או הבינלאומי, יהו הפרה של הזכות לבריאות. יש איפוא לראות את התיקונים לחוק שנידונו בהקשר זה כהפרת הזכות לבריאות. הדבר נכון הן לגבי התיקונים שהחילו את תשלומי ההשתתפות העצמית והן לגבי התיקון שביטל את הפטורים לזכאים להבטחת הכנסה.

יש לציין כי במסקנות שפרסמה הוועדה לזכויות חברתיות וכלכליות של האו"ם לגבי דו"ח ישראל על יישום האמנה לזכויות חברתיות וכלכליות בישראל, התייחסה הוועדה לשינויים בחוק ההסדרים משנת 1998, והביעה דעה שהם פוגעים בשוויון בנגישות לזכות לבריאות¹³⁷.

מכוח זה ניתן לטעון לבטלות משפטית של הטלת תשלומי ההשתתפות העצמית¹³⁸.

137 הוועדה קבעה בסעיף 30 למסקנותיה: "The Committee notes with concern that the recently adopted Arrangements Law has the effect of eroding the principles of universality and equality set out in the National Health Insurance Law. The Arrangements Law imposes payments for medical services in addition to the health tax; a periodic health tax links the amount of tax required to the amount of health services needed, thereby increasing inequality in health care. In spite of assurances that the Knesset sets a cap on such taxes, the Committee is concerned that this provision does not conform to the Government's avowed commitment to an equitable health-care system." (E/C.12/1/Add.27 Concluding Observations of the Committee of Economic, Social and Cultural Rights: Israel, 4/12/98)

138 הפסיקה הרלוונטית ישירות לנושא מעטה ביותר עד היום. בדב"ע נז/7-1 לובה ליס נ' קופת חולים כללית, פד"ע לב 477, עסק בית־הדין בתשלום של 60 ש"ח שנדרשה התובעת לשלם כאשר פנתה בשבת למוקד רפואי מיוחד. בית־הדין דחה את התביעה לנוכח העובדה שהמר"מ, שבו קיבלה התובעת את הטיפול, הוא חלק מ"שירות לילה", שעל־פי סעיף 3 לתוספת השנייה, מותר לקופת־חולים לגבות עליו תשלום. בית־הדין קבע כי לשון החוק ברורה, ואין

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

הבטלות עשויה להיות בדרך של ביקורת שיפוטית על הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי – במיוחד על הוראות חוק ההסדרים משנת 1998 שהרחיבו משמעותית את תשלומי ההשתתפות, אך על גם ההוראות המקוריות שהתירו תשלומים כאלה בצורה מוגבלת יותר. לחלופין תיתכן ביקורת שיפוטית על ההוראות במסגרת חקיקת התוכנית הכלכלית משנת 2003 שצמצמו את הפטורים מתשלומי השתתפות, במיוחד לגבי הזכאים להבטחת הכנסה. אך הביקורת השיפוטית אינה חייבת להתייחס בהכרח לחקיקה הראשית; היא עשויה להיות ביקורת שיפוטית "מרוככת", שמתמקדת לא בחקיקה עצמה, כי אם בהחלטות המנהליות של קופות-החולים, ועדת הכספים ושר הבריאות שאישרו את תוכניות הגבייה. ניתן לטעון כי תוכניות הגבייה והתשלומים שהוטלו על תרופות וכן המנגנון המוגבל של הפטורים והתקרות שנקבע פוגעים בזכות לבריאות, ולהעביר את הביקורת השיפוטית אליהם, במקום אל החקיקה הראשית.

הביקורת השיפוטית, בין שתתמקד בחקיקה הראשית ובין אם במעשים המנהליים שיישמו אותה, עשויה להסתמך הן על הזכות לבריאות¹³⁹ והן על הזכות לשוויון שמעמדה מבוסס במשפט החוקתי, ובעיקר אולי בפגיעה המשולבת בשתיהן, בצורה קשה לניתוק. ראינו בדיון בחלק ב(5) כי לצורת המימון של מערכת הבריאות יש השלכות משמעותיות לגבי השוויון בהנאה מהזכות וצורת המימון משפיעה על הנגישות, וכי עמדה שוויונית הינה זו הגורסת ששירותי הבריאות ימומנו לפי היכולת לשלם ויחולקו על-פי הצורך. המעבר שתיארנו לעיל, ממימון שהדגש בו מושם במיסוי, למימון שיש בו יותר תשלומים ישירים (out of pocket)¹⁴⁰ בא על-חשבון עקרון השוויון, ולכן ניתן לקבוע כי תשלומי ההשתתפות העצמית פוגעים בשוויון עד כדי כך שדינם להתבטל מפני הזכות לשוויון.

פסק-דין שממחיש את תקפותה של טענה חוקתית זו הוא פסק-הדין שניתן בבג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם¹⁴¹. במקרה זה נזקק בג"צ לחוקיות של מפעל הנצחה אינדיווידואלית-שמית שהוקם במסגרת יד ושם, ובו התאפשר לכל אדם להציב תמורת תשלום אבן זיכרון הנושאת שם של נספה בשואה. התשלום נגבה לפי גודל האבן. העותר טען כי

חובה להעניק שירותים ללא תשלום אלא לפי החוק. מקרה זה, אף כי הוא דומה באופיו לסוגיה שעולה לגבי תשלומי ההשתתפות כיום, עוסק בתשלומים שנקבעו על-ידי שר הבריאות בתוספת השנייה. ולא בתשלומים שהותר לקופות-החולים לגבות החל בתיקון החוק בשנת 1998.

139 ראו הדיון על מעמדה של הזכות במשפט הישראלי, לעיל בחלק ג1.

140 לדיון בצורות שונות, לרבות צורות נוספות, של מימון, ראו: Wagstaff, *supra* note 48.

ראו גם: *Supra* note 52, at p. 110.

141 בג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353.

מפעל ההנצחה יוצר הפליה בין קרובים של נספים שביכולתם לשאת בתשלום לבין אלה שאינם מסוגלים לשאת בו. בג"צ פסק כי אכן חלה חובה על יד ושם לנהוג לפי עקרון השוויון, המעוגן אף בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי דרישת תשלום יהיה בה משום הפליה, אף אם היא מופנה באופן שווה לכל, אם חסרי אמצעים אינם מסוגלים או מסוגלים לעמוד בה בקושי רב, ואם טובת ההנאה או השירות שבעבורם נדרש התשלום הינם חיוניים או חשובים עד כי אין הצדקה לתלות את קבלתם ביכולת התשלום של הפרט: "ככל שהתשלום הנדרש הוא גבוה יותר וככל שהשירות או טובת ההנאה שעל הפרק הם חשובים יותר, כך תגבר נטיית בית־משפט זה לראות בדרישת התשלום משום הפליה הפוסלת את דרישת התשלום."¹⁴² לאור מבחן זה בחר לבסוף בית־המשפט לא להתערב, שכן הוא קבע שתשלום של כמה מאות דולרים שנדרש בעבור כל אבן במערת ההנצחה אינו מכביד או בלתי־סביר. בית־המשפט אף הדגיש כי יד ושם מנציח את כל קורבנות השואה באופן שוויוני, ומפעל מערת ההנצחה אינו אלא תוספת. יישום שני חלקי המבחן שנקבעו בעניין הופרט ביחס לתשלומים בגין שירותי בריאות מוביל למסקנות הבאות: (1) מדובר בדרישת תשלום שחסרי אמצעים אינם מסוגלים או מסוגלים לעמוד בו בקושי רב. היות שמדובר לעיתים קרובות במאות שקלים בחודש (ולא בתשלום חד־פעמי מהסוג שנידון בעניין הופרט) הרי שזה נטל קשה המוטל על חלקים נרחבים מהציבור. (2) מדובר בשירות חיוני ביותר – שירותי בריאות, לרבות שירותים הכלולים בסל־הבריאות הבסיסי (ולא בשירותים המקבילים מבחינה רעיונית ל"הנצחה הנוספת" מהסוג שנידון בעניין הופרט). אם־כן, גם לפי ניתוחו של בית־המשפט העליון בעניין הופרט ניתן להגיע למסקנה כי הטלת תשלומים ישירים בעד שירותים ותרופות שבסל־הבריאות פוגעים בזכות לשוויון (וזאת נוסף לפגיעתם בזכות לבריאות).

ניתן אם־כן לקבוע כי השינויים במימון סל־הבריאות שתוארו בחלק זה עומדים בניגוד לזכות לבריאות ולשוויון במשפט הנהג: התייחסות רצינית לזכות לבריאות ולזכות לשוויון יכולה להביא לידי פסילה חוקתית של הוראות החוק המאפשרות תשלומי השתתפות עצמית בצורה זו, או לפחות של מנגנון התשלומים והפטורים הנוכחי. פסילה זו מתבקשת לנוכח הפגיעה בזכויות אלה ולנוכח העובדה שאף אם נעשתה הפגיעה לתכלית ראויה (של מימון המערכת וכן התייעלות), הוכח שאין היא מגשימה את תכלית היעילות וכי היא פוגעת בזכויות במידה שעולה על הנדרש. קביעה אחרונה זו מסתמכת על שתי סיבות המעידות בשיטה החוקתית שלנו על פגיעה בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש: (1) היעדר מידתיות בין מידת הפגיעה בזכות לבין התכלית, וזאת כפי שעולה מהנתונים הקשים שהובאו לעיל ומן

142 פסקה 13 לפסק־דינו של השופט תאודור אור.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

הניסיון של מדינות אחרות, שמלמד כי נזקם של תשלומי השתתפות עולה על תועלתם. (2) קיומן של דרכים חלופיות, הפוגעות פחות בזכות, לשם השגת התכלית הראויה: לפחות לגבי התכלית של מימון הסל הוצעו כבר הצעות ממשיות לדרכי מימון שמידת פגיעתן בזכות תהיה קטנה יותר¹⁴³.

5. גבולות סל-הבריאות

(א) מנגנונים לעדכון הסל ולתקצוב התייקרותו

בחלק הקודם דנו בשאלת התשלומים הנגבים בגין שירותים הכלולים בסל-הבריאות. ועמדנו על כך שגביית תשלומים בעבור שירותים אלה מהווה פגיעה בזכות לבריאות ובזכות לשוויון. אולם, אם לגבי תרופות וטיפולים המצויים בסל מתעוררת בעיה כאשר המבוטחים נדרשים לשלם בעדם, הבעיה המורה עוד יותר כאשר התרופה או הטיפול שבנידון אינם נכללים בסל כלל, ועל החולה המעוניין בהם לשלם את מלוא מחירם. אכן, בעיה מבנית מרכזית אחרת בחוק ביטוח בריאות הנוגעת בזכות לבריאות היא העובדה שהסל מוגבל, ולא כל המוצרים והשירותים החיוניים כלולים בו, ואין בנמצא מנגנון מספק לעדכון שוטף של הסל¹⁴⁴. נוסף על כך, אין גם מנגנון מספק לעדכון עלותו של הסל, קרי לתקצוב התייקרות של מה שכבר נמצא בסל.

סעיף 3(ד) לחוק קובע כי הזכאות על-פי החוק היא לקבל שירותים המצויים בסל שירותי

143 מרכז אדוה שהצביע על כך שתשלומי השתתפות מטילים את הנטל דווקא על אלה הנזקקים ביותר לשירותי הבריאות, וקרא להפסיק את הגדלת חלקם של הצרכנים במימון המערכת, הציע שלוש דרכים חלופיות למימון מערכת הבריאות: (1) חידוש השתתפותם של המעסיקים במימון הסל של שירותי הבריאות; (2) שינוי השיטה לעדכון הסל של שירותי הבריאות בצורה שתמנע את שחיקת עלותו של הסל; (3) העלאת שיעורו של מס הבריאות המוטל על כל האוכלוסייה, ובמיוחד העלאת התקרה של מס הבריאות שבעלי הכנסות גבוהות משלמים. ב' סבירסקי וש' סבירסקי "מערכת הבריאות הממלכתית 1995-1999 - מחויבות ממלכתית מתערערת" מרכז אדוה (1998).

144 על הימנעות מעדכון סטנדרטים בסל-הבריאות ובכלל כאחת הטכניקות המשמשות לצמצום זכויות הרווחה שהובטחו בחקיקה ראו ברק-ארוז, לעיל הערה 136, בע' 181. על שאלת העדכון באופן כללי ראו כ' שלו "ביטוח בריאות ממלכתי: עידכון סל השירותים הבסיסי" רפואה ומשפט 25 (2001) 190.

הבריאות. סעיף 6 קובע כי שירותי הבריאות יינתנו על-פי סל-הבריאות ברשימה מפורטת של תחומים המופיעה בסעיף. "סל שירותי הבריאות" מוגדר בסעיף 7 לחוק, המפנה לתוספת השנייה לחוק, הכוללת שירותים הניתנים על-ידי קופות-החולים, ולתוספת השלישית, העוסקת בשירותים הניתנים על-ידי משרד הבריאות (זאת נוסף להפנייה לסעיף 7א לחוק, העוסק בשירותי רפואה בעבודה). בעת חקיקת החוק הוגדר "סל שירותים בסיסי" שכלל את שירותי הבריאות (כמפורט בתוספת השנייה) וכן סל תרופות (כמפורט בצו שהוציא שר הבריאות) שהיו נהוגים בקופת-החולים כללית ערב חקיקת החוק, ביום 1.1.1994 (וכן נכללו בסל שירותי הבריאות שנתנה המדינה עצמה ערב חקיקת החוק, כמפורט בתוספת השלישית). "סל שירותים בסיסי" זה היה לסל-הבריאות בעת חקיקת החוק.

החוק (בנוסחו כיום) כולל הוראות אחדות בדבר האפשרות לעשות שינויים בסל: סעיף 8(ב) קובע כי שר הבריאות רשאי, בהסכמת שר האוצר ובאישור הממשלה, להוסיף בצו על סל שירותי הבריאות המפורט בתוספות השנייה והשלישית, ולגרוע ממנו באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת¹⁴⁵. הוספה או גריעה כאמור יחולו גם על סל השירותים והתשלומים של כל קופות-החולים. עם זאת, סעיף 8(ה) לחוק קובע כי לא יוסף שירות לסל שירותי הבריאות ללא תשלום או בתשלום הנמוך מעלותו, אלא אם-כן נמצא לכך מקור מימון נוסף על המקורות לפי סעיף 13, או מקור שהתפנה עקב ביטול שירות או התייעלות. אלה הסעיפים המרכזיים הרלוונטיים לעדכון הסל. יש לציין כי נוסף על כך, סעיף 8(א) קובע כי שר הבריאות רשאי, באמצעות צו, לעשות שינויים בסל שירותי הבריאות המפורט בתוספות השנייה והשלישית, ובלבד שלא יעשה שינוי הגורע מן הסל או המוסיף לעלותו. לבסוף, סעיף 8(ז) קובע כי שר הבריאות רשאי לשנות בצו את רשימת התרופות, ובלבד שהשינוי לא יוסיף לעלות הסל של שירותי הבריאות. (במקרה כזה השר יביא את הצו לידיעת ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, והוא ייכנס לתוקף בתום ארבעה-עשר ימים מהמועד שבו הובא לידיעת הוועדה, אלא אם-כן החליטה הוועדה אחרת.) ניתן אם-כן לראות כי האפשרות לשנות את הסל מוגבלת. שר הבריאות יכול לעשות שינויים בעצמו (כפוף לאישורה של ועדת העבודה והרווחה) רק אם הדבר לא יביא בסיכומו של דבר לידי הגדלת עלותו של הסל. שינויים מעבר לכך דורשים את הסכמת שר האוצר והממשלה (סעיף 8(ב)), וכפופים לסעיף 8(ה) הדורש מציאת מקור מימון לתוספות לסל. מעבר לשאלת המימון של תוספות לסל, שאלה נוספת היא שאלת העדכון של עלות הסל. שאלה זו עולה לא רק כאשר רוצים להרחיב את הסל, אלא גם כאשר עלות הסל הקיים גדלה. בהקשר זה החוק קובע בסעיף 9 כי שרי הבריאות והאוצר יקבעו עם כניסתו

145 אם מדובר בצו לעניין סעיף 6(א)10, העוסק בשירותי רפואה בעבודה, הצו דורש גם את הסכמת שר העבודה והרווחה.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

לתוקף, באישור ועדת העבודה והרווחה, את עלותו של סל־הבריאות. בסעיף 9(ב)1 נקבע כי עלות זו תתעדכן מדי שנה לפי מדד המוגדר בחוק והמכונה "מדד יוקר הבריאות"¹⁴⁶.

על־אף העדכונים מכוח מדד יוקר הבריאות ועל־אף השימוש שעשו שרי הבריאות והאוצר, בשנת 1998, בסמכותם לעדכן את עלות הסל לאור סעיף 9(ב)3 לחוק, אין החוק (לרבות מדד יוקר הבריאות) נותן מענה מספק להתייקרות ההולכת וגדלה של סל שירותי הבריאות. התייקרות זו נובעת הן מן השינויים הדמוגרפיים (גידול האוכלוסייה והודקנותה) והן מהשינויים הטכנולוגיים (תרופות וטיפולים חדשים)¹⁴⁷.

כאשר התברר כי התקציב הרגיל הנובע מהחוק (וממנגנון העדכון שקיים בו) אינו מספק את הצרכים ההולכים וגדלים, החליטה הממשלה, שלוש שנים אחרי חקיקת החוק ובעקבות לחץ ציבורי שגבר עקב אי־הכללתם של תרופות מסוימות לאיידס ולסרטן בסל (בין היתר כתוצאה מהופעתה של ילדה בת שתיים־עשרה, חולת סרטן וגלוחת ראש, בבית נשיא המדינה אל מול מצלמות הטלוויזיה), להוסיף כ־150 מיליון ש"ח כתקציב מיוחד למימון תרופות חדשות שייכנסו לסל בשנת 1998. מאז נוצר נוהל של הוספת תקציב מיוחד, מחוץ למבנה הכללי של החוק ושל המנגנון לעדכון עלותו של הסל הקיים, כפתרון לכשלים במנגנון העדכון הקבוע בחוק. מכאן שגובה התקציב הנוסף הנדרש נשאר תלוי במה שייקבע בדינוי התקציבי השנתיים¹⁴⁸. כשלים אלה באים לידי ביטוי הן במנגנון לא־מספק לעדכון עלותו של הסל והן בהיעדר מנגנון מספק לעדכון הסל עצמו.

146 מדד זה מוגדר בתוספת החמישית לחוק כמדד המתקבל משקלול המדדים שהלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מפרסמת, לפי המרכיבים הבאים:

1. 58% ממנו ייקבעו באופן ש־62% מחלק זה יהוו מדד השכר למשרת שכיר במגזר הבריאות, ו־38% יהוו מדד השכר למשרת השכיר במגזר הציבורי; 2. 23% ממנו יהוו מדד המחירים לצרכן; 3. 17% יהוו מדד המחירים הסיטונאיים לתרופות; 4. 2% יהוו מדד מחירי תשומות הבנייה. עם זאת, סעיף 9(ב)3 מאפשר לשר הבריאות ולשר האוצר, על־פי המלצתה של מועצת הבריאות ובאישורה של ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, לשנות בצו את ההרכב של מדד יוקר הבריאות או לעדכן את עלות הסל לקופות בשל השינויים הדמוגרפיים שחלו באוכלוסייה.

147 שלו, לעיל הערה 4, בע' 207-209, 212-213, 226-232, 263-271; ועדת החקירה הפרלמנטרית, לעיל הערה 111, בע' 10-17.

148 ראו אנדרון ואח', לעיל הערה 131, בע' 39-48. לניתוח מאיר־עיניים ראו גם ד' חניניץ "סל השירותים הבסיסי במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי: טכנוקרטיה לעומת פוליטיקה" בטחון סוציאלי 54 (1999) 53.

עם החלת התקציב המיוחד לטכנולוגיות נוספות, הוקמה גם ועדה לעדכון סל-הבריאות ("ועדת טכנולוגיות"), כתת-ועדה של מועצת הבריאות, שתפקידה לקבוע סדרי עדיפויות בין הטכנולוגיות החדשות המתחרות על הכללה בסל הבסיסי, וזאת במסגרת התקציב השנתי המיוחד. החל בשנת 1999 היה עדכון הסל אמור להיעשות על בסיס שנתי במסגרת מנגנון זה¹⁴⁹. בהיעדר מנגנון עדכון מספק מכוח החוק עצמו, יש משמעות רבה להחלטה התקציבית המתקבלת מדי שנה לגבי הסכום שיוסף לעלות הסל כדי לכסות את ההוצאות הנוספות. בעוד שבשנת 1999 הוקצה להרחבת הסל סכום של 153 מיליון שקל, בשנת 2000 סכום של 270 מיליון שקל, בשנת 2001 – 203 מיליון שקלים ובשנת 2002 – 152 מיליון שקלים, היה הסכום שהוקצה בשנת 2003 – אפס: הממשלה החליטה לא להרחיב כלל את הסל בשל היעדר תקציב, ולכן לא לכנס כלל את הוועדה הציבורית להרחבתו של סל-הבריאות¹⁵⁰. בעקבות כך עתרו בפברואר 2003 לבג"צ האגודה לזכויות האזרח בישראל, ההסתדרות הרפואית בישראל ועמותת צרכני בריאות בישראל, תוך שהם מצביעים על דוגמות לתרופות וטכנולוגיות חיוניות שהיו אמורות להיות גידונות באותה שנה במסגרת ההליך המנהלי להרחבת הסל. העותרים טענו כי החלטת המשיבים לא לכנס כלל את הוועדה הציבורית להרחבת סל-הבריאות בטלה בשל פגיעה בזכויות החוקתיות לחיים ולהגנה על הגוף המנויות במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (בהסתמך על הטענה כי לפחות במקרה קיצוני שמדובר בו בהצלת חיים והגנה על הגוף הזכות לשירותי בריאות במובן זה היא חלק מזכויות אלה), וכן בשל פגיעה בשוויון ופגמים בהפעלת שיקול-הדעת המנהלי¹⁵¹. לאחר הגשת העתירה הוחלט לכנס את הוועדה ולהוסיף לסל-הבריאות תרופות וטכנולוגיות בסכום של 60 מיליון שקל, מתוכם 20 מיליון לשנת 2003 עצמה¹⁵². על-סמך החלטה זו הסכימו העותרים לבסוף למחוק

-
- 149 שלו, לעיל הערה 4, בע' 266-271. לתיאור מפורט של עבודת הוועדה ראו י' שמר ואח' "קידום טכנולוגיות רפואיות בסל שירותי הבריאות בישראל: 1995-2000" הרפואה 142 (2003) 82. כמו-כן ראו א' ישראלי וד' חניניץ "עידכון סל שירותי הבריאות" הרפואה 142 (2003) 100. להבדיל ממועצת הבריאות, הוועדה אינה גוף סטטוטורי, והועלתה השאלה מכוח איזו סמכות היא פועלת. ח' שדמי "מכוח מה בדיוק פועלת הוועדה להרחבת סל הבריאות?" הארץ 4.2.2002.
- 150 א' דיין "האוצר מסכים להעביר תרופות לחלק מהחולים רק אם ילקחו תרופות מאחרים" הארץ 29.12.2003.
- 151 עתירה בבג"צ 1632/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבריאות.
- 152 ביום 24.4.2003 הודיעה המדינה לבג"צ כי "ביום 25.3.03 הושג סיכום בין משרדי הבריאות והאוצר בו הוסכם בין היתר על מתן תוספת טכנולוגיות בהיקף של 60 מיליון ש"ח ל-2004".

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

את העתירה, ובפסק-הדין נרשמה הצהרת המדינה כי ייעשה כל מאמץ לסיים את עבודת הוועדה להרחבת סל-הבריאות עד חודש יוני 2003, וכי השרים יחליטו בעניין הרחבת הסל בפועל בהקדם האפשרי, סמוך לאחר קבלת המלצותיה של הוועדה¹⁵³. אלא שמאוחר יותר התברר כי אף שהוועדה להרחבת הסל המליצה להכניס לסל כמה תרופות שהינן חיוניות ביותר להצלת חיים, הרי שעד דצמבר 2003, ובניגוד להתחייבות שניתנה בבג"צ, טרם ניתנה התוספת המבוקשת לסל, ועקב כך טרם הוכנסו התרופות האמורות לסל¹⁵⁴. יצוין שגם תוספת זו, אם תינתן, לא תממן את כל התרופות החיוניות להצלת חיים שהומלצו על-ידי הוועדה, שעלותן כ-200 מיליון שקל¹⁵⁵.

פתרון חלקי לסוגיה עשוי להימצא בדרך של שינוי באמצעות צו של מדד יוקר הבריאות ועדכון העלות של סל שירותי הבריאות לקופות-החולים על-ידי תוספת המתייחסת לשינויים דמוגרפיים וטכנולוגיים (ובניהם הזדקנות האוכלוסייה, גידול האוכלוסייה המבוטחת ותרופות חדשות). ועדת החקירה הפרלמנטרית קראה לעגן בחקיקה את המקדמים לעדכון השנתי של עלות הסל על-מנת להקטין את השחיקה בעלות הסל ולאפשר למערכת הבריאות לפעול בתנאים של ודאות גבוהה יותר. היא הגדירה את שלושת המקדמים הבאים של המנגנון לעדכון הסל: (1) מקדם דמוגרפי שייתן ביטוי מלא לגידול האוכלוסייה והזדקנותה על-פי נתוני המוסד לביטוח לאומי; (2) מקדם טכנולוגי בשיעור 2%; (3) מקדם מדד יוקר הבריאות שיכלול שקלול המדדים הבאים: שכר שכירים במגזר הבריאות, מדד המחירים לצרכן, המחירים הסיטונאיים לתרופות ומחירו של יום אשפוז¹⁵⁶. מקדם עדכון זה, לו היה נקבע בחוק,

כמו-כן נקבע כי שר הבריאות, בהתאם להמלצתה של ועדת הסל, יוכל להקדים את הכנסת הטכנולוגיות לשנת התקציב 2003 בעלות של עד 20 מיליון ש"ח. הודעה מטעם המשיבים בעתירה בבג"צ 1632/03, שם.

153 בג"צ 1632/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבריאות (פסק-דין מיום 28.4.2003, לא פורסם).

154 מכתב מעורך-דין דורי ספיבק, התוכנית לזכויות אדם, אוניברסיטת תל-אביב, לבנימין נתניהו, שר האוצר, ולדני נווה, שר הבריאות, 18.12.2002. ראו על עניין זה דיין, לעיל הערה 150.

155 י' בלשר "המחליטים לפגוע בחולים" הארץ 30.12.2003.

156 ועדת החקירה הפרלמנטרית, לעיל הערה 111, בע' 16. ועדת אמוראי המליצה אף היא על שינויים במנגנון של עדכון הסל שיתנו ביטוי לשינוי הריאלי בעלות של סל שירותי הבריאות, לרבות המקדם הדמוגרפי. עם זאת סברה ועדת אמוראי שאין לכלול את מחירו של יום אשפוז במדד יוקר הבריאות (לעיל הערה 129, בע' 123-131).

היה מוציא את העדכון של עלות הסל מדי שנה משיקולי-הדעת של שרי הבריאות והאוצר, המותנה בהחלטות התקציביות המשתנות, והיה מבטיח עדכון של עלות הסל לפי פרמטרים רלוונטיים בצורה טובה הרבה יותר ממדד יוקר הבריאות הנוכחי. מועצת הבריאות הפועלת מכוח החוק המליצה המלצה דומה בתוכנה לשינוי של מדד יוקר הבריאות, כך שיבטא את העלויות האמיתיות של מערכת הבריאות בישראל וימנע היווצרות גירעון במימון המערכת בעתיד. גם המלצותיה של מועצת הבריאות כללו התחשבות בגידול האוכלוסייה והזדקנותה וכן בשינויים טכנולוגיים. המלצתה של מועצת הבריאות לא היתה לערוך שינוי חקיקתי, אלא להפעיל את סמכות השרים מכוח סעיף 9(ב)(3) לחוק, המתיר להם, בהמלצת מועצת הבריאות, לשנות בצו את הרכבו של מדד יוקר הבריאות או לעדכן את עלות הסל לקופות בשל השינויים הדמוגרפיים שחלו באוכלוסייה. אחרי ששרי האוצר והבריאות לא נענו להמלצה של מועצת הבריאות, פנו קופות-החולים בעתירה לבג"צ, ובה ביקשו שבג"צ יורה לשרים לפעול בהתאם להחלטתה של מועצת הבריאות, וזאת לאור סמכות השרים הקבועה בסעיף 9(ב)(3) לחוק. בג"צ פסק כי על השרים להידרש להחלטתה של מועצת הבריאות, לדון בה לגופה, לקבוע ממצאים, להסיק מסקנות, ורק לאחר כל אלה להחליט ולנמק את החלטתם כראוי.¹⁵⁷ הנימוקים שהשמיע השופט חשין בפסק-דין זה חשובים מעבר להקשרו הספציפי, וזאת בשל הדגש המושם באופי הזכויות שבחוק ביטוח בריאות שבית-המשפט דן בהן. החוק קובע, ציין השופט חשין, זכאות של תושבי המדינה לקבלת שירותי בריאות המנויים בחוק. זכותם עומדת כלפי קופות-החולים, והמדינה אחראית למימון הסל של שירותי הבריאות. מקור המימון שבסעיף 13(א)(5), שקובע כמקור למימון הסל "סכומים נוספים מתקציב המדינה כפי שייקבעו מדי שנה בחוק התקציב השנתי ואשר ישלימו את מימון עלות הסל לקופות בניכוי [...]", שונה מיתר מקורות המימון. זהו מקור משלים, ושומה על הכנסת והממשלה לשקול את השלמת החסר על דרך קביעה של סכומי מימון בתקציב המדינה, כעולה גם מסעיף 3(ב) לחוק, הקובע כי "המדינה אחראית למימון סל שירותי הבריאות מהמקורות המנויים בסעיף 13". חובתה זו של המדינה הינה חובה מהותית שעליה למלאה במלואה, ולא תישמע מפיה הטענה כי טעמי תקציב מונעים אותה מלעמוד בנטל. "מקום שם הזכות שם הסעד", קבע בית-המשפט. קרי, במקום שבו חוק מטיל עליה חובה מהותית, לא תישמע המדינה בטענה של היעדר תקציב. עם זאת עולה השאלה: האם חובה על המדינה גם לממן עדכון במסגרת סעיף 9(ב)(3), או שמא זו סמכות שברשות, להבדיל מסמכות החובה שבמסגרת סעיף 9(ב)(1), העוסק בעדכון האוטומטי של הסל במסגרת מדד יוקר הבריאות? סעיף 9(ב)(1) נועד, כך קבע בג"צ, לעדכון בלבד של עלות הסל, בעוד שסעיף 9(ב)(3) עוסק בשינוי התשתית. בכל מקרה, לנוכח העובדה שהכל

157 בג"צ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729 (להלן: עניין מכבי).

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

מסכימים כי מדד יוקר הבריאות אינו מספיק להדבקת הגידול הריאלי בהוצאות של הקופות, קבע בית-המשפט כי טענת הקופות שיש להן זכות כלפי המדינה לקבל מימון נוסף ראוי להישמע. אולם בית-המשפט לא הרחיק לכת עד כדי הטלת חובה על המדינה לממן את קופות-החולים כבקשתן וכעולה מהמלצותיה של מועצת הבריאות, והסתפק בקביעה שהשרים חטאו לחובה המוטלת עליהם לשקול כנדרש את המלצותיה של מועצת הבריאות. לאחר שהשרים לא סיימו לעשות כחובתם זו כעבור כארבעה חודשים, עתרה שירותי בריאות כללית שוב לבג"צ¹⁵⁸, אך עתירה זו נמחקה לאחר שהתברר כי הרשויות החלו לפעול בנושא. לבסוף הגיעה עתירה שלישית בעניין לבג"צ בטענה כי שר האוצר ושר הבריאות לא שקלו כהלכה את המלצותיה של מועצת הבריאות. העותרים ביקשו שבג"צ יצווה על השרים לקיים את אותן המלצות ככתבן וכלשונו. ביולי 2002 דחה בג"צ את העתירה לאחר שהשתכנע כי החלטותיה של מועצת הבריאות נשקלו לגופן, ולנוכח העובדה שמועצת הבריאות היא יועץ בלבד, ועמדותיה בעניין הצורך לשנות את המבנה של מדד יוקר הבריאות הינן המלצות גרידא¹⁵⁹. בפסק-דין זה נמנע בג"צ מלהיכנס לבחינה של גוף העניין.

יש להדגיש כי עתירת קופות-החולים לא היתה פרוצדורלית גרידא: העותרים ביקשו שיוצהר כי הסיכום שנעשה בין השרים באשר לדרך העדכון של עלות סל-הבריאות (שדחה למעשה את הצעת מועצת הבריאות) ושאושר על-ידי הממשלה הינו בלתי-סביר וחורג ממתחם הסבירות, ועל-כן בטל או ראוי להתבטל. כאמור, בית-המשפט בחר לא להתערב, והדגיש ששיקול-הדעת הוא של השרים, וכי לא הוכח שהם הפרו את אחד העקרונות המצדיקים התערבות של בית-המשפט. נוסף על כך העיר בית-המשפט כי טענות העותרים כלליות באופיין. פסק-הדין אכן הזכיר את ההסכם שנעשה בין שרי האוצר והבריאות, בספטמבר 2001, בנוגע לעדכון עלותו של סל-הבריאות, אך לא בהן את ההבדל המהותי בין הסכם זה לבין השיטה שביקשו העותרים כי הממשלה תאמץ לאור המלצותיה של מועצת הבריאות: ההסכם קובע תוספות לבסיס הסל לשנת 2002, אך מדובר בשיעור תוספת קטן מזה שנקבע בשנים קודמות. אומנם, נקבעה בו תוספת גם לשנים 2003 ו-2004 בגין שינויים דמוגרפיים, אך לגבי תוספת בגין טכנולוגיות חדשות נקבע בהסכם כי שיעור התוספת בגינן ימשיך להיקבע כפוף ליכולות התקציביות של המשק וסדרי העדיפויות של המדינה¹⁶⁰. במילים

158 בג"צ 6187/01 שירותי בריאות כללית נ' שר האוצר ואח', לא פורסם.

159 בג"צ 9113/01 שירותי בריאות כללית ואח' נ' שר הבריאות ואח', פ"ד נו(5) 521.

160 ראו ש' סבירסקי ואח' "מבט על הצעות חוק התקציב וחוק ההסדרים לשנת 2002" מרכז אדוה (2001).

אחרות, לא נקבע בסיס לעדכון עלותו של הסל בהיבט זה, ושאלת העדכון של עלות הסל נותרה פתוחה מדי שנה למקח וממכר תקציבי.

ניתן להעיר כי התמקדותו של בג"צ בסוגיית שיקול-הדעת המנהלי, במיוחד בעתירה השלישית, מחטיאה את העובדה שהעתירה נוגעת בהיבטים מרכזיים של הזכות לבריאות (עובדה שלא נעלמה מעיני בג"צ כפי שעולה מפסק-הדין בעתירה הראשונה). מאחר שבפסק-דינו בעתירה הראשונה שב השופט חשין והדגיש עד כמה אין העדכון של עלות סל-הבריאות לאור מדד יוקר הבריאות מספק, ועד כמה חשובה לאור זה הוראת סעיף 9(ב)(3), ניתן לזהות מדוע, כאשר הגיע הנושא שוב לפתחו של בג"צ ואחרי שתוקנו הפגמים הדיוניים, נעלם/נאלם כמעט מפסק-הדין בעתירה השלישית כל השיח המהותי על הזכות לבריאות, ונשאר על-יכן המצב שבו מימון הסל תלוי בתקציב השנתי שנקבע מדי שנה בשנה. המילים הרמות של בג"צ על הזכות, שהופיעו בפסק-הדין בעתירה הראשונה והיתרגמו לסעד פרוצדורלי בלבד, נעלמו בפסק-הדין בעתירה השלישית, שבו נמנע בג"צ מלהיכנס בעובי הקורה, ונתן פסק-דין קצר בהרבה, פורמליסטי בעיקרו, מבלי שיסביר מדוע הוא דוחה את הטענה שהחלטת השרים לדחות את המלצותיה של מועצת הבריאות אינה סבירה. דווקא בפסק-הדין שבו בחר להכריע בדרך פרוצדורלית בחר השופט חשין לדבר גבוהה על הזכויות שבנידון. לעומת זאת, בפסק-הדין לאחר תיקון הפגמים הדיוניים, שבו נפתח הפתח לבחינה מהותית של החלטת השרים – כפי שנרמז בפסק-הדין הראשון כי יהיה מן הראוי לעשות אחרי בחינת השלב הפרוצדורלי – עבר בית-המשפט לשיח פורמלי וקצר.

הסוגיות שנידונו בפסק-דין אלה נוגעות בעדכונה של עלות הסל. עם זאת, דחייתן משליכה לא רק על הבעיה של מימון הסל הקיים ההולך ומתייקר, אלא גם על האפשרות למצוא מימון להרחבת הסל ועדכונו. בהקשר זה נותרנו עם המנגנון שנוצר לאחר החוק ולמן 1998. זה מנגנון המשאיר לשרים שיקול-דעת רחב להתחשב או לא להתחשב בהמלצות הוועדה לעדכון סל-הבריאות. שני גורמים שלובים יכריעו לגבי הכנסת תרופות וטכנולוגיות חדשות: התקציב שיעמידו הממשלה והכנסת לרשות הוועדה והמלצות הוועדה (אם יאומצו על-ידי שר הבריאות, שיפעיל לגביהן את סעיף 8(ב) לחוק). מנגנון קבלת החלטות שלוב זה הוא המנגנון העיקרי להכרעה בשאלה מה ייכלל במסגרת סל-הבריאות.

הדעות לגבי המנגנון חלוקות. יש המצביעים על כך שמדובר בתהליך מסודר, מובנה ומאוזן, שכולל פרסום קול-קורא להגשת בקשות להכללת טכנולוגיות חדשות וסריקה של תרופות שיש לשקול את הוספתן לסל, הערכת נתונים על-ידי צוות מקצועי וכן קביעת סדרי עדיפויות וקבלת החלטות על-ידי ועדה ציבורית. סדרי העדיפויות נקבעים על-סמך תהליך של הערכת טכנולוגיות, הכולל ביצוע הערכה קלינית, אפידמיולוגית וכלכלית, תוך התחשבות בשיקולים אתיים, חברתיים, חוקיים ופוליטיים. אשר על-כן מדובר במנגנון שמביא

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

לידי איוון בין רצון הציבור ודעת אנשי הרפואה ובין היכולת התקציבית של הממשלה¹⁶¹. מנגד, ההחלטה לא לכנס את הוועדה ולא להרחיב את הסל בשנת 2003, וההחלטה שהתקבלה לבסוף (ולא יושמה לאחר־מכן) להקצות באותה שנה 20 מיליון ש"ח בלבד להרחבת הסל, כמו גם המקרים הפרטניים הרבים שמגיעים לבתי־הדין לעבודה, מעידים על מגבלות הסל ועל הקצאת כספים בלתי־מספקת על־ידי המדינה לשם עדכונו. ממצא זה נתמך גם על־ידי מחקרים שונים המצביעים על שחיקה בסל. כך למשל, התוספת שניתנה לשנת 2002 היתה הנמוכה ביותר עד למועד זה¹⁶². כמה מחברי הוועדה להרחבת הסל מחו בעצמם על הסכום הנמוך מדי שמוקדש להרחבת הסל בתרופות וטכנולוגיות חדשות¹⁶³. הבעיה תימשך כל עוד לא יעוגן בחקיקה מנגנון עדכון של עלות סל השירותים ומימון הרחבתו ברוח המלצותיה של ועדת החקירה הפרלמנטרית ומועצת הבריאות.

יש גם לציין כי מדיווחים עיתונאיים עלו ספקות רבים לגבי נאותות דרכיה של עבודת הוועדה¹⁶⁴. מכל מקום, הצומת של ההקצאה התקציבית והמלצות הוועדה הוא צומת מרכזי בכל

161 ראו י' שמר ואח', לעיל הערה 149.

162 סבירסקי, לעיל הערה 160.

163 ח' שדמי "המחדל הלאומי של אי הרחבת סל הבריאות" הארץ 6.2.2002.

164 בין היתר נשמעו הטענות הבאות: (1) הוועדה אינה מקפידה שקופות־החולים יקבלו מהמדינה סכום זהה לסכום שהן מוציאות בפועל על תרופות (ולא סכום המחושב לפי המחיר הרשמי של ספקי התרופות). מחדל זה פוגע באפשרות לתקצב תרופות נוספות: קופות־החולים מקבלות ממשד הבריאות תשלום על־פי המחיר הרשמי שחברות התרופות מצהירות עליו לוועדת סל־הבריאות אף שהן משלמות לעיתים לחברות התרופות מחיר נמוך מזה. ראו ח' שדמי "לאן נעלמים מאות מיליוני שקלים המיועדים לרכישת תרופות?" הארץ 21.1.2002. (2) ישנן טענות בדבר שיקולים לא־ענייניים וניגודי אינטרסים בעבודת הוועדה. חברי ועדה הצביעו על מאבקי כוחות, פוליטיקה ואינטרסים. בין הגורמים הבעייתיים: השפעות של חברות התרופות ולחצים מצידן; מתן תרופות על־ידי חברות התרופות בהינחם כ"ניסוי", ואחר־כך הפסקת הניסוי בצורה שיוצרת לחץ להכניס את התרופות לסל כדי לא להפסיק לתת אותן למשתתפים בניסוי; ניגודי אינטרסים הנובעים מצדן של קופות־החולים לשמור טיפולים מסוימים במסגרת הביטוח המשלים כדי לעשותם אטרקטיביים; ניגודי אינטרסים הנובעים מכך שתרופות מסוימות חוסכות ימי אשפוז, ובכך גורמות הפסדים לבתי־החולים שרובם בבעלות ממשלתית; ועוד. ראו ח' שדמי "אלפי קשישים מתים מדלקת ריאות, אבל לוועדה שום דבר לא בוער" הארץ 23.1.2002; ח' שדמי "הדרך לסל הבריאות רצופה איומים, לחצים, הלשנות ותרגילים מלוכלכים" הארץ 28.1.2002; ח' שדמי "בכירים בועדה מדברים כאילו לאוזני חברות התרופות. זה מפחיד" הארץ 30.1.2002; ח' שדמי "שוחד

הנוגע בזכות לבריאות במדינת ישראל. אילו התייחס בית המשפט העליון ביתר רצינות לזכות לבריאות, הוא היה מקבל אולי את העתירה השלישית של קופות החולים, ומורה ליצור מנגנון שיבטיח את הזכות בצורה טובה יותר. פסיקה כזו היתה עולה בקנה אחד עם עקרונות הזכות לבריאות שפורטו במאמר זה ועם דרישות סעיף 1 לחוק. במצב הנוכחי, הביקורת השיפוטית מוגבלת לדיון בהחלטות תקציביות קונקרטיות ובהחלטות הנוגעות בטכנולוגיות ספציפיות.

(ב) תביעות פרטניות בגין טיפולים ותרופות

שאלת היקפו של סל-הבריאות מגיעה לפתחו של בית המשפט לרוב לא באמצעות עתירות כלליות התוקפות את שיקול-הדעת המנהלי הנוגע באי-הכללת טכנולוגיה מסוימת בסל, אלא על-ידי תביעות פרטניות שבהן חולים דורשים לקבל טיפולים שאינם בסל או שקופות-החולים טוענות מסיבות שונות שאין הם זכאים להם. בחלק זה נדון בכמה קטיגוריות של תביעות פרטניות שהגיעו לבית-הדין לעבודה (שהוא בעל הסמכות לפי החוק) בשנים האחרונות. הדיון אינו מקיף את כל התיקים שנידונו ושניתנו בהם החלטות. עם זאת, בחרתי לכלול פסקי-דין לא רק מבית-הדין הארצי, אלא גם מבית-הדין האזוריים, שכן חלק מן ההנמקות וההתפתחויות החשובות מצויות בפסקי-דין מהערכאה הנמוכה יותר. במסגרת דיונים אלה בחן בית-הדין את שיקול-הדעת של קופות-החולים, של משרד הבריאות ושל הוועדה להרחבת סל-הבריאות הפועלת במסגרתו¹⁶⁵.

(1) טיפולים שבסל – בעיית ההיקף: תביעות אחדות עסקו בטיפולים שנכללו בעיקרון בסל, אולם החולים ביקשו לקבלם בהיקף נרחב יותר משנתנו קופות-החולים. פסק-דין מרכזי בתחום זה הוא פסק-דין בדב"ע 7-5/97 ירמה מדזיני נ' קופת חולים כללית¹⁶⁶ של בית-הדין

זה לא רק בכיס. כולם יודעים. כולם מקבלים" הארץ 28.4.2003. (3) אין כל חוקים או נהלים המסדירים את עבודת הוועדה, ולמעשה לא ברור מכות איזו סמכות היא פועלת. ראו ח' שדמי "מכות מה בדיוק פועלת הוועדה להרחבת סל הבריאות?" הארץ 4.2.2002. (4) אין בוועדה נציגים לשכבות החלשות או לאוכלוסייה הערבית, ונציגי הציבור בה הם בחלקם אנשי ממסד הבריאות בעבר או בהווה, ראו ח' שדמי "את מי מייצגים נציגי הציבור" הארץ 11.2.2002.

165 לניתוח כמותי של פסיקות בית-הדין האזורי לעבודה בתל-אביב בענייני בריאות בתביעות שהוגשו בשנת 2000, ראו י' דורון "בית הדין האזורי לעבודה וחוק ביטוח בריאות ממלכתי: דילמות בעיצוב מדיניות שיפוטית" עבודה, חברה ומשפט י (תשס"ד) 131.

166 דב"ע 7-5/97 מדזיני נ' קופת חולים כללית, פד"ע לג 193 (להלן: עניין מדזיני).

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

הארצי, שעסק בחולות טרשת נפוצה שקיבלו טיפול פיזיותרפי. קופת-חולים כללית הודיעה לחולות שהן זכאיות לטיפולים, אך הן יקבלו רק שנים-עשר טיפולים בשנה (קופת-החולים ציינה כי התובעות יוכלו לקבל טיפולים נוספים במתקני הקופה על-חשבונן ובתעריף מוזל ומסובסד). המבקשות ביקשו לחייב את קופת-החולים במתן פיזיותרפיה שיקומית רצופה ומסודרת, שתדירותה תיקבע על-פי שיקול-דעת הרופא המטפל, שכן לטענתן, פיזיותרפיה אינטנסיבית היא הטיפול היחיד היכול לשמר את היכולת התפקודית של חולות טרשת נפוצה. לא היתה במקרה זה מחלוקת שסל-הבריאות כלל גם פיזיותרפיה למחלות מסוג זה, אלא שקופת-החולים התבססה על העובדה שעל-פי החוק (כל עוד לא שונה הסל בעניין זה) היא רשאית להמשיך לתת את השירותים בהיקף שהיה נהוג ב"מועד הקבוע" (המועד שנקבע בחוק שהשירותים שניתנו בו בקופת-החולים הכללית ייכללו בסל), קרי שנים-עשר טיפולים בשנה. בית-הדין דחה את התביעה בקובעו כי סל שירותי הבריאות אינו כולל את כל שירותי הבריאות הנדרשים, שכן מקורות המימון מוגבלים, והחוק אוסר על תוספות לסל שאין להן מימון. בית-הדין, מפי סגן הנשיא אליאסוף, הדגיש שחוק הבריאות הוא חוק במסגרת הביטחון הסוציאלי, ושהמסגרת של ביטוח הבריאות לא נועדה להקיף את כל השירותים הרפואיים שאדם נזקק להם, אלא אותם שירותים שהמסגרת החברתית-הכלכלית רואה חובה לאפשר לספק¹⁶⁷. בית-הדין הדגיש עם זאת שהשירותים הרפואיים שקופת-החולים חייבת לתיתם הם בגדר "רצפה", והקופה רשאית לתת שירות או תרופה נוספים מעבר לקבוע בחוק, בהתאם למשאביה הכספיים, לאור מחויבותה למילוי החוק ועקרונותיו ולאור מעמדה כגוף ציבורי.

חשיבותו של פסק-הדין בעניין מדויני נעוצה בקביעת עקרונות אחדים:

1. ההכרה בכך שחוק ביטוח בריאות ממלכתי אינו כולל את כל שירותי הבריאות הנדרשים על-פי שיקול-דעת רפואי, ותפיסה מצמצמת ביותר לגבי מידת התערבותו של בית-הדין בשיקול-הדעת בשאלה מה נכלל בסל ומה אינו נכלל בו. בכך בא לידי ביטוי "פסיביזם" שיפוטי, ולא גישה שמתערבת בשיקול-הדעת של קופת-החולים למען הגשמת הזכות

167 לעניין זה הסתמך בית-הדין על פסק-הדין בע"א 5557/95 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' אלחדד, פ"ד נא(2) 724, שם עמד בית-המשפט העליון על כך שחוק הבריאות קבע סל של שירותים, אך סל זה אינו מתיימר לספק את כל השירותים הרפואיים הנדרשים. פסק-דין זה הוא אחד מפסקי-הדין הבודדים של בית-המשפט העליון שהציעו ניתוח מפורט של חוק ביטוח בריאות ממלכתי. בית-המשפט העליון עמד בו על כך שקיום מערכת הבריאות תלוי באיזונה הכספי, והמקורות הכספיים הנוכחיים אינם מאפשרים את כל השירותים הרפואיים האפשריים. החוק, קבע בית-המשפט, בא להבטיח טיפול רפואי בסיסי שקובע החוק לכל, וטיפול כזה יכול שלא יהיה בו מענה לכל טיפול נדרש (שם, בע' 753-754).

- לבריאות. תפיסה זו משולבת עם העמדה שלפיה הגבלות כלכליות יכולות בהחלט לפגוע באפשרות לקבל טיפול דרוש מבחינה רפואית.
2. אימוץ פרשנות מצמצמת לגבי היקפו של סל-הבריאות: היה ניתן לקבוע כי סעיף 7 לחוק, ה"מעתיק" את שירותי הבריאות של קופת-החולים של ההסתדרות הכללית אל סל-הבריאות, מסדיר את סוג הטיפולים הכלול בסל, ואילו מספר הטיפולים ייקבע לפי שיקול-דעת רפואי, כמתחייב מרוח החוק. לעומת זאת בחר בית-הדין לקבוע שיש לראות גם בהיקף השירותים בפועל חלק מהגדרת השירותים עצמם לצורך קביעה מה נכלל בסל כיום.
3. התייחסות לשירותי בריאות כאל חלק מדיני הביטחון הסוציאלי, אך ללא כל התייחסות לבריאות כזכות, גישה שהיתה מניבה אולי תוצאה אחרת.
- גישה מצמצמת כמו זו של פסק-הדין בעניין מדיני נמצאה בפסקי-דין נוספים. כך, למשל, בע"ב 1878/99 סגל נ' קופת חולים כללית¹⁶⁸ ביקשה התובעת מימון בשל ניתוח אקסימר לייזר שעברה בעיניה. התוספת השנייה לחוק כללה סעיף שבו נאמר: "עיניים - אבחנה, טיפול ופעולות ניתוחיות כגון...", ואז הופיע רשימה שכללה טיפולים ופעולות. התובעת טענה כי המלה "כגון" מעידה שאין מדובר ברשימה סגורה, ויש לממן את הניתוח שעברה אף אין אם הוא מוזכר ברשימת הדוגמות. בית-הדין האזורי לעבודה בירושלים דחה את התביעה באומרו כי אילו היה זה הפירוש הנכון, לא היה צורך בפירוט אחרי המלה כגון, ועצם העובדה שהמחוקק מצא לנכון לפרט את סוגי הטיפולים והפעולות הניתוחיות מעידה שמדובר ברשימה סגורה. ייתכן, קבע בית-הדין, שאילו היה מדובר בניתוח דומה מאוד במהותו לאלה שנמנו, היה ניתן להסתמך על המלה "כגון" לצורך הכללתו, אך דבר זה לא נטען לפני בית-הדין.
- יש לציין כי הובאה לפני בית-הדין עמדתה של נציבת הקבילות על-פי החוק, שבתשובה לפנייתה של התובעת אמרה כי מבנה התוספת השנייה לחוק ונוסחה נועדו לשמור, לצד קביעת מסגרת מחייבת, מידה מסוימת של דינמיות פנימית, ומאחר שכך, היה על קופת-החולים לממן את הניתוח שהיה דרוש מבחינה רפואית. אך בית-הדין בחר לא לאמץ פרשנות זו שיש לפרש את הסל בשיטה של "דינמיות פנימית", ואפילו במקרה זה בחר שלא ללכת לפי גישה לשונית פשוטה שלפיה "כגון" פירושו פשוט "כגון", ואין פירושו "רק". גם פסק-דין זה לא ניגש כלל לשאלת הבריאות כאל שאלה של זכות, ונתן לסל פירוש מצמצם, טכני ואפילו לא-מילולי.
- גישה שונה נקט בית-הדין האזורי בתל-אביב בע"ב 70065/98 לזר-הרמתי נ' קופת חולים כללית¹⁶⁹, שבו ביקשה תובעת שחלתה בסרטן השחלות לעבור בדיקה המאפשרת לברר

168 ע"ב 1878/99 סגל נ' קופת חולים כללית (לא פורסם) עבודה אזורי, כרך יא, 289.

169 ע"ב 70065/98 לזר-הרמתי נ' קופת חולים כללית (לא פורסם, פסק-דין מיום 18.5.1999).

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

אם מחלתה נובעת מפגם גנטי. התוספת השנייה לחוק הזכירה "ייעוץ גנטי בבעיות תורשתיות כולל בדיקות דם", אך קופת-החולים טענה כי הבדיקה המבוקשת, שאינה מוזכרת במפורש בתוספת (ולא היתה קיימת כלל כאשר נקבע סל-הבריאות), אינה כלולה בסל. בית-הדין פסק לטובת התובעת, וקבע כי אין צורך בהוספת הבדיקה הספציפית לסל, שכן נוסח התקנה הינו גורף וחד-משמעי, וכולל ייעוץ ובדיקות לגבי כל בעיה תורשתית שיש לגביה צורך בייעוץ גנטי ובדיקות דם. בית-הדין עמד על כך שאין לפרש את הסל כחל רק על בדיקות שהיו קיימות במועד הקובע של כניסת החוק לתוקף, שכן המחקר והפיתוח אינם שוקטים על שמריהם, ואין לנקוט בפרשנות בלתי-סבירה שלפיה קופת-החולים רשאיות לספק למבוטחים שירותים ובדיקות שאבד עליהן הכלח ושעלותם זולה כאשר ניתן לערוך בדיקות חדשניות ועדכניות שעלותן יקרה יותר. ניתן ללמוד מפסק-הדין של בית-הדין האזורי על גישה דינמית יותר לסל, המעידה על הצורך לפרש אותו לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות.

(2) תרופות ושירותים שהם בסל, אך לא בהתוויה המתאימה: חלק מפסקי-הדין עסקו בתרופות שנכללו אומנם בסל, אך לא בהתוויה לשימוש שהתובעים היו זקוקים לו. פסקי-הדין של בית-הדין הארצי בדב"ע 4-7/97 קופת חולים כללית נ' כרמל¹⁷⁰ עסק בסוגיה זו, וקבע עקרונות אחדים שהשפיעו על הפסיקה שלאחריו. במקרה זה דובר בתרופת אימונוגלובולינים, שהיתה כלולה ברשימת התרופות שבסל, אך ההתוויה הרשומה שלה, על-פי תקנות הרוקחים (תכשירים רפואיים), תשמ"ו-1986, לא כללה טיפול במחלת הטרשת הנפוצה. כמה ערעורים בעניין זה הגיעו לבית-הדין הארצי, שנדרש לשאלה אם הרישום של התרופה מזכה מבוטחים החולים בטרשת נפוצה בקבלת התרופה במימון קופת-החולים כחלק מהתרופות הכלולות בסל. בית-הדין הסתמך על הקביעה בעניין מדזיני שלפיה חוק הבריאות אינו מכסה את כל השירותים הרפואיים שאדם נזקק להם, וקבע כי התחום וההיקף של שירותי הבריאות הניתנים על-פי חוק ביטוח בריאות נקבע בחוק או על-פיו, והם הבסיס לחובתה של קופת-החולים לתת לחבר הקופה שירותי בריאות. בית-הדין ינקוט בדרך הפרשנות המקובלת לגבי חקיקה

כתבה את פסקי-הדין השופטת חגית שגיא. במקרה זה החליט בית-הדין האזורי לגבי השאלה העקרונית במפוצל מהשאלה אם קיים צורך רפואי לעריכת הבדיקה לתובעת. במסגרת דיון בערעור הוסכם בין הצדדים לבטל את פסקי-הדין של בית-הדין האזורי, ולהחזיר את הדיון לבית-הדין האזורי להכרעה בשאלה העקרונית מבלי לפצל את הדיון. ע"ע 2277/99 קופת חולים כללית נ' לזר-הרמתי (לא פורסם, פסקי-דין מיום 20.11.00).

170 דב"ע 4-7/97 קופת-חולים כללית נ' כרמל, פד"ע לג 415 (להלן: עניין כרמל). כתב את פסקי-הדין השופט אליאסוף.

סוציאלית לשם השגת מטרתה ותכליתה של החקיקה. עם זאת הדגיש בית־הדין: "המאפיין את ביטוח הבריאות הממלכתי הוא כי על פי מבנה חוק הבריאות וגורם התחרות שבין קופות החולים, השירותים הרפואיים אשר קופת חולים חייבת לתיתם הינם בגדר 'רצפה', וקופת חולים מוסמכת ורשאית להעניק שירות רפואי או תרופה נוספים, מעבר לקבוע בחוק או על פיו." עם זאת אין לחייב את קופת־החולים במתן תרופה לחולים שאינם נופלים בגדר ההתוויה הרשומה עליה. רשימת התרופות שבצו התרופות, קבע בית־המשפט, מביאה בחשבון את ההתוויות לגבי אותן תרופות בעת הכללתן בצו המצביעות על היקף השימוש הצפוי בתרופות, וכתוצאה מכך גם על עלותן הצפויה. עם זאת, בסיום פסק־הדין קרא בית־הדין לקופת־החולים לנהוג לפי הצדק והאחריות הציבורית ולמצוא תשובות מתאימות למצוקתם של המבוטחים על־מנת למצוא מזור לסבלם גם כאשר מדובר ב"רשות" בלבד לקופת־חולים לתת את התרופה בנסיבות אלה¹⁷¹.

171 על פסק־דין זה הוגשה עתירה לבג"צ, אולם זו נמחקה לאחר שהושגה הסכמה שהעותרות ימשיכו לקבל את התרופה אם היא תירשם להם על־ידי רופא/ה, אך קופת־החולים תוכל להפסיק את מתן התרופה אם רופא מטעמה יקבע שאין להמשיך במתן התרופה – ובלבד שתינתן להם הודעה של חצי שנה מראש על הכוונה להפסיק את מתן התרופה (בג"צ 501/99 כרמל נ' בית הדין לעבודה (לא פורסם)). הסדר זה הוזכר בכמה הליכים נוספים, וצדדים שונים ניסו להסתמך עליו כעל תקדים ספציפי או כללי. כך, למשל, חולה אחרת בטרשת נפוצה טענה, במסגרת בקשה לצו עשה זמני שיורה לתת לה אימונוגלובלין, כי לאור ההחלטה בבג"צ 501/99, קופת־החולים נוקטת בהפליה פסולה כאשר היא מסרבת לתת לה את התרופה בהסתמך על פסיקת בית־הדין הארצי בעניין כרמל. בית־הדין האזורי בתל־אביב דחה תחילה טענה זו, אחרי שקבע כי ההלכה בעניין כרמל, כפי שנפסקה בבית־הדין הארצי, עומדת בעינה, וכי בבג"צ 501/99 לא התערב בג"צ בפסק־הדין של בית־הדין הארצי, והסכמת הקופה להמשיך לממן את הטיפול, שהוסדרה במסגרת הבג"צ, היתה לאור העובדה שהחולות כבר קיבלו את התרופה והיה מדובר בהפסקת טיפול תרופתי, להבדיל מהמקרה הנוכחי שבו מתבקש סעד שמשמעותו ציווי על הקופה לאשר תחילתו של טיפול מלכתחילה (בש"א 202808/99, ע"ב 914711/99 אלכסנדרוני נ' קופת חולים כללית (לא פורסם), החלטה מיום 3.2.2000). אולם בהמשך, משהסתבר כי הקופה מימנה טיפול כזה לחולות אחרות, שבמקרה שלהן לא דובר בהמשך טיפול, אלא בתחילת טיפול, וזאת לאחר פסק־הדין של בית־הדין הארצי בעניין כרמל, קיבל בית־הדין האזורי בתל־אביב את בקשת אותה תובעת לסעד זמני למתן התרופה, תוך הסתמכות על הקביעה שעל קופת־החולים לנהוג לפי עקרון השוויון (ראו להלן בחלק ג(5)(ב)(6) למאמר על עילת ההפליה כעילה למתן תרופות שאינן כלולות בסל) (בש"א 3407/00 בע"ב 914711/99 אלכסנדרוני נ' קופת חולים כללית (לא

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

אותה תרופה חזרה להעסיק את בית־הדין הארצי עוד פעמים מספר. בפסק־הדין בע"ע 53/03 לסרי נ' שירותי בריאות כללית¹⁷² עסק בית־הדין הארצי במקרה שבו נרשמה התרופה לחולה על־ידי רופאה, והחולה ביקשה מימון לתרופה, במיוחד לנוכח העובדה שהיתה בהיריון, ותרופות אחרות לטרשת נפוצה אסורות ללקיחה בזמן היריון. שוב עלתה סוגיית ההתוויה, ובית־הדין הארצי פסק שוב לטובת קופת־החולים בהסתמכו על כך שמשרד הבריאות בוחן את הצורך בהכללת התרופה בסל מבחינה מקצועית, תוך בחינה רחבה של נתוני המערכת. "כך", ציין, "גם כאשר התרופה או ההתוויה נרשמת כבטוחה ויעילה אין היא הופכת באופן אוטומטי לחלק מסל השירותים, אלא יש לבחון את היבט העלויות הכרוכות בשימוש בה על פני תרופות חלופיות שבסל ועלותן היחסית לעומתן." בית־הדין הדגיש כי שאלת הכללתה של תרופה בסל־הבריאות הוא עניין לשר הבריאות ולגורמים המקצועיים המוסמכים, שעליהם בלבד מוטלת החובה לבדוק את הצורך וההצדקה שבהוספת תרופה לסל־הבריאות. בית־הדין הוסיף: "שיקוליהם הם שיקולים מקצועיים וכרוכים בהם – מטבע הדברים וכמתחייב מהוראות החוק – גם שיקולים תקציביים." בהכרעת בית־הדין ניתן גם משקל לכך שקופת־חולים הביאה עדים שהוכיחו כי יש ספקות לגבי יעילות התרופה והתאמתה לחולות הרוות¹⁷³.

פורסם, החלטה מיום 18.7.2000). קביעה דומה לזו של בית־הדין הארצי בעניין כרמל נפסקה מפי בית־הדין הארצי לגבי תרופת האימונוגלובולינים בכל הנוגע במחלת ניוון שרירים, שגם לגביה לא היתה תרופה זו בהתוויה (ע"ע 700005/98 אורדנטליך נ' קופת חולים כללית (לא פורסם), עבודה ארצי, כרך לג(13) 24). הנושא שב וחזר לבית־הדין האזורי בהליך שאיחד את עניינם של כמה תובעים שביקשו כי קופת־חולים כללית תישא בעלות התרופה. בית־הדין דחה את התביעה לאחר שהשתכנע שקופת־החולים ערכה דיון פנימי על־מנת לבחון את החלופות לטיפול במחלה, והגיע למסקנה, לאור שיקולים רפואיים וכלכליים, כי אין הצדקה לממן תרופה זו (ע"ב 913123/99 אלכסנדרוני נ' קופת חולים כללית (לא פורסם, פסק דין מיום 16.3.2003))

172 ע"ע 53/03 לסרי נ' שירותי בריאות כללית, פד"ע לג(42) 37. כתב את פסק־הדין השופט שמואל צור.

173 עתירה לבג"צ נגד פסק־דין זה נדחתה לנוכח העובדה שהעותרות ביקשו להביא ראיות נוספות, ותוך שנקבע כי משרד הבריאות יגבש עמדה לגבי השאלה אם יש ראייה להגדיר את התרופה כמיועדת לחולי טרשת נפוצה, או למצער אם קיים בסיס לטענה כי שאלת יעילותה של התרופה למחלה זו טעונה בדיקה במסגרת הליך ניסוי. בג"צ 4819/03 כרמל נ' בית הדין הארצי לעבודה בתל־אביב (לא פורסם, פסק־דין מיום 14.9.2003). קודם־לכן נדחתה במסגרת אותו הליך בקשה לצו־ביניים, תוך שבית־המשפט העליון מסתמך על כך שערכאות בתי־הדין לעבודה קבעו שאין כל הוכחה מדעית ליעילות התרופה, וכי שאלת

בעוד שבסוף פסק־הדין בעניין כרמל פנה בית־המשפט לרגשות הצדק והאחריות הציבורית של קופות־החולים, הרי שבש"א 1219/01, ע"ב 1472/01 פרץ נ' קופת חולים כללית¹⁷⁴, שעסק אף הוא בשאלת ההתוויה, בחר בית־הדין האזורי בתל־אביב לפעול בעצמו לפי שיקולי צדק ואחריות, תוך שאין הוא פוטר את עצמו מהם מתוך גישה דווקנית לחוק ולפסיקה. גם במקרה זה דובר על תרופה לסרטן המצויה בסל, אך לא לסוג הסרטן שממנו סבל המבקש. במסגרת החלטה בבקשה לסעד זמני של צו למתן התרופה, כתב השופט מאיר נחתומי: "השאלה שמחייבת בתשובתנו, בשלב זה של סעד זמני, ...: האם להסתפק בהבעת צער על גורלו המר של המבקש, שמא, יש להושיט יד ולסייע לו, בשלב זה, ובמקום הבעת צער להפיה בו תקווה של המשך חיים, פשוטו כמשמעו?" לא זה המקרה, פסק בית־הדין, שבו ניתן להסתפק ולפנות לקופת־החולים בבקשה לפתור את הבעיה לפני משורת־הדין, שכן מצוקתו וסבלו של המבקש מצריכים פתרון מעשי של ממש. לאור זה ניתן סעד זמני שהורה

הכללתה של התרופה נבחנה על־ידי משרד הבריאות, אך לא נמצא בסיס מדעי מספק שיבסס את ההצדקה לשימוש בתרופה להתוויה זו (החלטה מיום 30.5.03). בהליך אחר קיבל בית־הדין הארצי לעבודה ערעור על החלטת־ביניים של בית־הדין האזורי בתל־אביב שחייבה את שירותי בריאות כללית לשאת במימון התרופה והספקתה למבוטחת שרצתה להרות. בית־הדין פסק כי לא הוכח שהתכשיר נחוץ כדי להציל חיים או למנוע נזק בריאותי משמעותי למשיבה, והטעם היחיד לטיפול בתרופה הוא רצונה של המבוטחת להרות, וכי היא היתה יכולה אם־כן להתחיל את מאמציה להרות כעבור כמה חודשים ולאחר מתן פסק־הדין בהליך העיקרי. יתר על־כן, לא היה הסבר משכנע בעיני בית־הדין כי התרופה נחוצה על־מנת שהמבוטחת תוכל להרות (ע"ע 1396/00 שירותי בריאות כללית נ' יהל (לא פורסם), מיום 20.7.2003). ההלכה בעניין כרמל עמדה גם ביסוד החלטת בית־הדין האזורי בירושלים לדחות את בקשתו של שמואל ממקו לקבל טיפול פוטודינמי בעינו השמאלית. התובע איבד את הראייה בעינו הימנית, ובהמשך נפגעה גם ראייתו בעין שמאל. טיפול פוטודינמי שקיבל בעין שמאל על־חשבוננו עזר לו לזמן־מה. טיפול זה היה כלול בסל, אך לא הותווה למחלה שממנה סבל התובע. נוסף על כך דובר בטיפול נסיוני, ולא היתה ודאות שהוא יביא מזור למחלתו של התובע. בית־הדין אמר שהוא מודע לכך שהתובע הולך ומאבד את מאור עיניו, ולו היה הדבר בידיו, היה מורה לתת לו כל טיפול שקיים סיכוי כלשהו שימנע זאת. אבל, אמר בית־הדין, "אין הדבר בדינו, שכן עלינו לפסוק לא לפי נטיית לבנו, אלא לאור החוק וההלכה הפסוקה הרלוונטים לעניין" (ע"ב 1161/02 ממקו נ' קופת חולים כללית (לא פורסם), פסק־הדין מיום 4.3.2002).

174 בש"א 1219/01, ע"ב 1472/01 פרץ נ' קופת חולים כללית (לא פורסם) החלטה מיום 24.1.2001 (להלן: עניין פרץ).

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

לקופת-החולים לממן את התרופה לסדרת הטיפולים המלאה הקרובה¹⁷⁵. למרבה הצער, במהלך הדיון בתיק העיקרי נפטר פרץ, והצדדים הגיעו להסדר פשרה שניתן לו תוקף של פסק-דין. במסגרת פסק-הדין עמד הרכב השופטים, בראשות השופטת גליקסמן, על בעיית התרופות שאינן כלולות בסל או כפופות להתוויה מוגבלת, ועל כך שמצב זה יוצר הפליה בין חולים לא-מכוסים שידם משגת לרכוש על-חשבונם את הטיפול או התרופה לבין אותם חולים שאין באפשרותם לשאת בהוצאה זו. בית-הדין הציע לבחון שני רעיונות לשיפור מצב זה: עדכון-ביניים של הסל פעמים מספר במהלך השנה, והקצאת תקציב לקרן מיוחדת שמטרתה היענות במקרים מיוחדים לבקשות לטיפולים ותרופות שאינם כלולים בסל¹⁷⁶.

עמדת בית-הדין בהחלטה על הסעד הזמני בעניין פרץ קיבלה חיזוק ועיגון בתפיסה של זכויות בפסק-דינו של בית-הדין האזורי בחיפה בע"ב 4037/01 טברו נ' שירותי בריאות כללית¹⁷⁷. במקרה זה דובר בחולת סרטן שרופאיה סברו כי רק תרופת הגליבק יכולה להציל את חייה. אלא שתרופה זו היתה רשומה בישראל רק לחולי לוקמיה, ולא לסוג הסרטן שבו חלתה התובעת. בית-הדין הזכיר את ההלכה בעניין כרמל ואת הקביעה בפסק-הדין בעניין מדזיני, שלפיה חוק ביטוח בריאות יוצר רצפה, וקופת-חולים מוסמכת ורשאית להעניק שירות רפואי או תרופה מעבר לקבוע בחוק. אך לאור ההלכה בעניין מדזיני קבע בית-הדין כי על קופת-החולים להפעיל את שיקול-דעתה לתת שירותים רפואיים מעבר ל"רצפה" שהסל מבטא

175 בהחלטתו אף התייחס השופט לכתבה שהתפרסמה בעיתון הארץ, ושבה דווח כי עודף של 850 מיליון שקל בתקציב הבריאות לא יופנה למערכת הבריאות, אלא למשרדי ממשלה אחרים, כגון משרד הביטחון והמשרד לבטחון-פנים. הוא הוסיף, ביחס לכך: "הדברים מדברים בעד עצמם, סימן השאלה אם לא סימן הקריאה עולה מעצמו." במהלך דיון בערעור על החלטת-ביניים זו התברר כי בעקבות החלטת בית-הדין האזורי, קיבל המשיב טיפולים במימון קופת-חולים, ובאותה עת לא היה זקוק לטיפול התרופתי. בנסיבות אלה לא מצא בית-הדין לנכון להכריע בשאלת תוקפו של הצו הזמני, והחליט להחזיר את הדיון לבית-הדין האזורי על-מנת שיכריע במידת הצורך בדבר המשך מתן התרופה עד למתן פסק-הדין, אם הדבר יידרש (ע"ע 1158/01 קופת חולים כללית - שירותי בריאות כללית נ' פרץ (לא פורסם)).

176 ע"ב 1472/01 יצחק פרץ ז"ל נ' קופת חולים כללית (לא פורסם) פסק-דין מיום 25.10.2001. בשנת 2002 הודיע שר הבריאות על תמיכתו בהקמת קרן כזו למימון טיפולים חריגים, אך לבסוף הדבר נעצר. ראו ח' שדמי "שר הבריאות החליט: הקרן למימון טיפולים חריגים לא תוקם" הארץ 1.12.2002.

177 ע"ב 4037/01 טברו נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם), עבודה אזורי, כרך יב 205 (להלן: עניין טברו).

לפי אמות-המידה של המשפט הציבורי. עליה לתת את הדעת במיוחד על ארבעה שיקולים רלוונטיים: (1) המדובר בטיפול רפואי הדרוש להצלת חיי התובעת; (2) מחלתה הינה מחלה נדירה; (3) תרופת הגליבק היא הטיפול הרפואי היחיד המוצע לתובעת להצלת חייה ללא חלופות; (4) היה ראוי לעשות איזון בין השיקול הרפואי לשיקול הכלכלי.

יש להדגיש כי לשיטת בית-הדין, יש לאזן בין עלות התרופה לבין הזכות לחיים של התובעת, זכות-יסוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בניגוד לעובדות שבבסיס ההלכה בעניין כרמל, היתה התרופה במקרה זה הטיפול היחיד המוצע, והיא נועדה להצלת חיי התובעת. ההרכב, בראשות השופטת קציר, קבע כי שירותי בריאות כללית סירבה כלל להפעיל שיקול-דעת בענייניה של התובעת. החלטה גורפת לא לשקול בקשות חריגות אינה עולה בקנה אחד עם הצורך להפעיל שיקול-דעת פרטני. על-כן, קבע בית-הדין, אין מנוס מהתערבות בשיקולי המדיניות של הקופה. על פסק-הדין הוגש ערעור לבית-הדין הארצי, ובמעמד זה הסכימו הצדדים, על-פי המלצת בית-הדין, כי החולה תמשיך לקבל את הטיפול על-פי מדיניות קופת-החולים המבוססת על שיקולים רפואיים והתחשבות בחברים, וזאת מבלי להודות בקביעות ובממצאים של פסק-הדין, ולאור זה יבוטל פסק-הדין¹⁷⁸. פסק-הדין בוטל אומנם, תוך שהחולה ממשיכה לקבל את הטיפול, אך מבחינת ההנמקה המשפטית שבו, הוא דוגמה לאחד המקרים שבהם התייחס בית-הדין לשאלת הבריאות כאל שאלה של זכויות, תוך הפעלת כלי הזכויות ככלי ביקורתי לבחינת המדיניות של קופת-החולים. ההסתמכות היתה על הזכות לחיים, מה שאפשר לבית-הדין לעקוף את הדיון באשר למעמדה החוקתי של הזכות לבריאות¹⁷⁹.

178 ע"ע 1188/02 שירותי בריאות כללית נ' טברו (לא פורסם) מיום 7.10.02.

179 בית-הדין האזורי בתל-אביב הלך בעקבות פסק-הדין בעניין טברו בהחלטה שבה דן בבקשה של חולה בסרטן אשכים להעניק מימון לטיפול של השתלת מוח-עצם. טיפול זה היה כלול בסל, אך להתוויה שונה. בית-הדין הסתמך בין היתר על הקביעה בעניין טברו כי על קופת-החולים להפעיל שיקול-דעת, ואימץ את ארבעת השיקולים הרלוונטיים שפורטו בו. משמצא בית-הדין כי קופת-החולים לא שקלה שיקולים אלה, ותוך הסתמכות על סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה, כפי שנעשה פעמים מספר בפסיקה שעסקה בתרופות הדרושות כעניין שבחירום (ראו להלן על כך בחלק ג(5)(ב)5). למאמר, נתן בית-המשפט סעד זמני שבו חייב את קופת-החולים לשאת במימון של השתלת מוח-העצם (בש"א 4562/02 איליין נ' קופת חולים מאוחדת (לא פורסם), החלטה מיום 1.8.2002). יש גם לציין כי בעקבות פסק-דין בעניין טברו, הודיעה קופת-החולים כי היא שבה לפעול במסגרת ועדת חריגים (כשנתיים אחרי שהופסקה פעילותה. ביטול הוועדה נבע מן העובדה שלעיתים נתלו בתי-המשפט

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

(3) קו ראשון/קו שני: סוג אחר של תביעות שהגיעו לבתי-המשפט נוגע בתרופות שנכללו בסל למחלה מסוימת, אך כתרופת "קו טיפול שני" שתינתן רק אחרי טיפול "קו ראשון". בתי-הדין האזוריים נענו פעמים אחדות לתביעות מסוג זה, אך בית-הדין הארצי הפך קביעות אלה במסגרת הערעורים שנידונו לפניו. באחד המקרים שהוכרע בבית-הדין האזורי, בע"ב 8619/02, בש"א 6043/02 פייביש נ' מכבי שירותי בריאות¹⁸⁰, קבע בית-הדין כי יש להעניק תרופה מסוימת כתרופת קו ראשון לחולת סרטן אף שהתרופה אושרה בסל רק כתרופת קו שני (אף שהיו לה, ככל הנראה, תופעות-לוואי פחותות). לשיטתו של בית-הדין, סל-הבריאות, שנקבע בצו, הוא בגדר חקיקת-משנה שאינה יכולה לגרוע מחקיקה ראשית. על-כן יש לפרש את ההנחיות שבסל-הבריאות לאור סעיף 1 לחוק, כמו גם לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק זכויות החולה. "המונח 'צדק' שבחוק אינו בגדר אות מתה", קבע בית-הדין בראשות השופטת מיכל לויט, ו"על בית הדין לצקת [בו] במקרים הראויים לכך תוכן וחיים ולהושיט סעד נדרש, מקום שצעתו הדוממת של החולה האנוש עולה ומשוועת לעשות כן".¹⁸¹ עוד הסתמך בית-הדין על כלל הפרשנות לגבי עניינים הנופלים בגדר הביטחון הסוציאלי, שלפיהם, במקרה של ספק, יש להפעילו לטובת מקבל השירותים, ולא להיפך.¹⁸² בתיקים שהגיעו לבית-הדין הארצי ניתנו החלטות הפוכות. בע"ע 1020/01 מכבי שירותי בריאות נ' ברם¹⁸³ נתן בית-הדין האזורי בתל-אביב צו לסעד זמני למתן תרופת ההרצפטין לחולה בסרטן שד אף שדובר בתרופת קו שני והמבקשת לא מיצתה את טיפולי הקו הראשון.

במקרים שבהם ניתנה תרופה כחריג, והורו לתת את התרופה גם לחולים אחרים (ראו הדין להלן בסוגיית ההפליה). אך למעשה, קביעתו של בית-הדין בעניין טברו חייבה את קיומה של ועדה זו (ח' שדמי "שמואל לייב חולה בסרטן הלא נכון" הארץ 1.12.2002).

180 ע"ב 8619/02, בש"א 6043/02 פייביש נ' מכבי שירותי בריאות (טרם פורסם), עבודה אזורי, כרך יג 384.

181 הסיפא של סעיף 17 להחלטת השופטת מיכל לויט.

182 בית-הדין אף הסתמך על סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה, ראו הדין בו להלן בסעיף ג(5)(ב)5(5) למאמר, ועל סעיף 1(א) לחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1989, המטיל על אדם חובה מפורשת להושיט עזרה לאדם אחר השרוי לנגד עיניו בסכנה חמורה ומיידית עקב אירוע פתאומי. ערעור על פסק-הדין התקבל בהסכמה בין היתר לנוכח העובדה כי בעת הערעור לא נזקקה עוד החולה לטיפול בתרופה מושא הערעור (ע"ע 129/03 מכבי שירותי בריאות נ' פייביש (לא פורסם, פסק-הדין מיום 29.9.2003)).

183 ע"ע 1020/01 מכבי שירותי בריאות נ' ברם (טרם פורסם), פסק-הדין מיום 18.7.2003 (להלן: עניין ברם).

בית־הדין הארצי הפך החלטה זו בערעור¹⁸⁴. נפסק כי החלטת המדינה להעניק את הטיפול בתרופה רק כקו טיפול שני עוגנה בצו ביטוח בריאות ממלכתי (תרופות בסל שירות הבריאות) (תיקון), תש"ס-2000, ובית־הדין מוסמך רק לבחון אם ההחלטה התקבלה בהתאם לעקרונות החוק וכללי המשפט המנהלי, לרבות אם נשקלו שיקולים ענייניים, אם ההחלטה עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון ואם היא מצויה בתוך מתחם הסבירות. במקרה זה התקיים הליך ראוי בגופים המוסמכים שהתחשבו בדיון בשיקול התקציבי. עוד קבע בית־הדין כי לקופות־החולים יש שיקול־דעת לתת למבוטחים טיפולים ותרופות שאינם כלולים בסל, וכי קופת־חולים מכבי נותנת טיפולים כאלה, וגם הקימה ועדה לדיון בבקשות לטיפולים חריגים. במקרה זה, קבע בית־הדין, אין מקום להתערב בהחלטת מכבי כי המקרה אינו חריג ואינו מצדיק סטייה מן ההוראות, ונמנע מלהכריע בטענות כי ההנחיות שבצו הינן חקיקת־משנה שיש לפרשה באופן שלא ינגוד זכויות־יסוד בסיסיות המוגנות בסעיף 4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בית־הדין הארצי גם הביע בעניין זה אי־שביעות־רצון מנטייתם של בתי־הדין האזוריים להעניק לחולים סעדים זמניים. דרך־המלך בתובענות על־פי חוק ביטוח בריאות, קבע הנשיא אדלר, היא להכריע בתביעת המבטח גופה. לעיתים, מאחר שמדובר בטיפול רפואי דחוף, יש לתת סעד זמני, אך "אין להפוך את הדיונים בסעד זמני לכלל ואת הדיונים בתביעות העיקריות ליוצא מן הכלל", ואין לתת סעד זמני כאשר ביצוע הטיפול יכול להמתין לסיום הדיון בהליך העיקרי. בית־הדין הוסיף: "יודגש כי בכל מקרה על בתי הדין האזוריים לתת עדיפות לשמיעת בקשות ותביעות עיקריות בנושא ביטוח הבריאות הממלכתי." הגם שעמדת בית־הדין הארצי מובנת לנוכח המציאות שבה הדיון בסעד הזמני יוצר עובדות בשטח ומכריע בסכסוך מבלי לקיים דיון מלא, יש לזכור כי בתחום הבריאות הסעד הזמני הינו חיוני, שכן מאזן הנוחות בשלב זה נוטה לטובת החולה: הנוק שעלול להיגרם לו הוא נזק רפואי חמור, בעוד שלקופות־החולים עלול להיגרם לכל היותר נזק כספי¹⁸⁵. על־כן צפוי שסעד זה ימשיך למלא מקום מרכזי בהתדיינות סביב מתן שירותים רפואיים, שכן אחרת, הניתוח המשפטי עשוי להצליח, אך החולה ימות עד אז. על־כן ייתכן שה"נזיפה" ששלח השופט אדלר לבתי־

184 כש"א 5295/00 רימה נ' מכבי שירותי בריאות (לא פורסם), פסק־הדין מיום 6.12.2003.
185 ראו למשל כש"א 5576/00, להלן הערה 204. יותר מפעם אחת ציין בית־הדין האזורי בתל־אביב, בהרכבים שבראשות השופטת גליקסמן, כי מאזן הנוחות באשר לשאלה של הוצאת צו־ביניים במקרים מסוג זה נוטה לטובת החולה, שכן הנוק שעלול להיגרם לו הוא נזק רפואי חמור, בעוד שלקופות־החולים עלול להיגרם לכל היותר נזק כספי.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

הדין האזוריים מסוכנת, מאחר שהיא עלולה ליצור תוצא (אפקט) מצנן שירתיע את בתי-הדין מהוצאת צווים זמניים. אכן, בעקבות פסק-הדין בעניין ברם קבע בית-הדין האזורי בתל-אביב, במקרה שהגיע לפניו, כי הדיון בסעד הזמני ייעשה לאור הנחיות בית-הדין הארצי, במיוחד עם הדיון בתביעה העיקרית¹⁸⁶. לשינוי זה עשויה להיות השפעה על האפשרות לפתור בעיות בדרך של צווים זמניים, כפי שנעשה בעבר, פתרון שאינו מושלם אולי, אך עשוי להיות פתרון מעשי ורצוי.

גם בע"ע 1507/02 מכבי שירותי בריאות נ' בן צבי¹⁸⁷ הפך בית-הדין הארצי פסיקה של בית-הדין האזורי בתל-אביב¹⁸⁸, שנגעה בשאלת הקו הראשון/הקו השני בנוגע לתרופת ההרצפטין. בעוד שבית-הדין האזורי סבר כי במקרים חריגים, על קופת-החולים לממן את מתן תרופת ההרצפטין גם ללא צורך בטיפול כימותרפי קודם, על-סמך שיקול-דעת רפואי, הדגיש בית-הדין הארצי שהיקף הביקורת השיפוטית שהוא נכון להפעיל על הגורמים המקצועיים הינו מצומצם, וכי לא הובאו ראיות המצדיקות התערבות באשר להוראות סעיף 23 לצו. עם זאת, בין שופטי בית-הדין הארצי התעוררה מחלוקת באשר לאופן ההפעלה של שיקול-הדעת על-ידי ועדות החריגים של קופת-החולים. השופט אדלר, בדעת הרוב, סבר כי לא נפל כל פגם בהליך שלפני ועדת החריגים. לעומתו סברה השופטת ארד, בדעת מיעוט, כי העקרונות שעליהם ועדת החריגים בוחנת את המקרים שלפניה¹⁸⁹ אינם יכולים לכבול את שיקול-הדעת ביחס למקרים שאינם בדלת-אמותיהם של עקרונות אלה. באופן ספציפי התייחסה השופטת ארד לכך שלפי העקרונות של ועדת החריגים היה מקום לשקול אם מדובר בטיפול מציל חיים, והביעה את העמדה כי עיקרון זה צריך לכלול גם בחינה אם מדובר בטיפול מאריך חיים או משפר איכות חיים. מכל מקום, השופטת ארד סברה שהוועדה לא

186 ע"ב 6736/03, בש"א 4993/03 בן צבי נ' מכבי שירותי בריאות (לא פורסם), פסק-הדין מיום 20.10.03.

187 ע"ע 1507/02 מכבי שירותי בריאות נ' בן צבי (לא פורסם), פסק-הדין מיום 30.6.2003.

188 בש"א 6201/02 בתיק ע"ב 8842/02 בן צבי נ' מכבי שירותי בריאות (לא פורסם), עבודה אזורי, כרך יג 257 (להלן: עניין בן צבי).

189 קופת-החולים מסרה כי הוועדה בודקת שש נקודות עיקריות: (1) אם מדובר בטיפול מציל חיים; (2) אם קיימות בספרות המקצועית עדויות ליעילות הטיפול; (3) אם הטיפול רשום ומאושר במדינות מערביות אחרות; (4) אם סל הבריאות כולל תרופות אחרות היעילות למחלת החבר; (5) מהי ההשלכה התקציבית הכוללת של היעדרות לבקשה לנוכח העובדה שמכבי חייבת לנהוג בשוויון עם כלל חברי הקופה; (6) מה הם סדרי העדיפות הכוללים של הקופה.

מילאה את חובותיה מבחינה דיונית. חילוקי הדעות בין השופטים בעניין בן צבי מעידים על גישות שונות לגבי מידת ההתערבות של בית־הדין בשיקולים של קופות־החולים, אך גם על תפיסות שונות לגבי חוק הבריאות. השופטת ארד דורשת למעשה ששיקול־הדעת של קופות־החולים במסגרת ועדת החריגים לא יוגבל לתרופות מצילות חיים, ומכירה בכך שגם תרופות שמאריכות את החיים או מעניקות איכות חיים חיוניות ביותר לקיום האנושי, ומן הראוי שבמקרים המתאימים יסכימו ועדות החריגים לתת אותם. במובן זה נראה שבמבנה הקיים של חוק ביטוח בריאות, גישתה של השופטת ארד מאפשרת הגשמה מלאה יותר של הזכות לבריאות¹⁹⁰.

(4) תרופות ושירותים שאינם כלולים בסל כלל: בפסק־דין אחדים מצאו בתי־הדין האזוריים לעבודה דרך לתת סעד לחולים ולכפות על קופות־החולים מתן תרופות שלא נכללו בסל. פסק־הדין בע"ב 3858/98 גורן נ' קופת חולים כללית¹⁹¹ עסק בתרופה שהמליץ רופא לחולה שסבלה מסוכרת שהיה בה כדי לסכן את חייה. תרופה זו לא נכללה בסל, אך התרופה שהיתה כלולה בסל התגלתה כלא־יעילה לחולה. בית־הדין האזורי לעבודה בחיפה, בראשות השופט מייבלום, פסק כי מאחר שכך, נותר "תקציב מיותר" שמכוחו יכלה הקופה לתת את התרופה, ובלבד שעלותה אינה עולה על זו שבסל. מסקנת בית־הדין קיבלה חיזוק גם מן העובדה שמדובר בתרופה ששתי קופות־חולים כבר נתנו אותה ושהיתה צפויה להיכנס לסל. בית־הדין ביסס את קביעתו מבחינה משפטית על סעיף 4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שממנו

190 עניין בן־צבי שב וחזר אל בית־הדין האזורי בתל־אביב בתביעה חדשה שבה ביקשה התובעת שוב להורות על מימון הטיפולים בהרצפתין ולהכריז על בטלות החלטה חדשה של ועדת החריגים של מכבי, שלפיה אין היא זכאית למימון הטיפולים בתרופה. במקרה זה מצא בית־הדין כי נפל פגם בהליך שלפני ועדת החריגים בכך שלא אשרו לגב' בן צבי לשטוח את טענותיה לפני הוועדה. מאחר שכך הוחזר הנושא לוועדה לצורך מתן זכות טיעון בעל־פה (ע"ב 6736/03 בן צבי נ' מכבי שירותי בריאות (לא פורסם, פסק־דין מיום 20.10.03)). מכבי ערערה על פסק־דין זה (ע"ע 394/03 מכבי שירותי בריאות נ' עדה בן צבי (לא פורסם), פסק־דין מיום 25.11.2003), ברם, בדיון שנערך ביום 25.11.2003 הסכימה מכבי לאפשר לגב' בן צבי להופיע לפני ועדת חריגים מיוחדת והערעור עצמו התקבל. ביום 22.1.2003 התקבל מכתב ממכבי שירותי בריאות שהודיע לגב' בן צבי כי בדיון נוסף שנערך ביום 17.12.2003 בוועדת החריגים המיוחדת נדחתה בקשתה בשלישית.

191 ע"ב 3858/98 גורן נ' קופת חולים כללית (לא פורסם), פסק־דין מיום 11.3.1999 (להלן: עניין גורן).

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

נובעים, לדברי בית־הדין, העיקרון שעל הרשות להגן על חייו של אדם, בין היתר בהספקת אמצעים רפואיים סבירים, והחובה המוטלת על הרשות להביא לידי כך שגופים המתקצבים על־ידיה יפעלו על־פי עקרונות אלה. לאור סעיף 3(ה) לחוק, הקובע כי שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם, הביע בית־הדין "ספק רב" אם אי־עדכנו הסביר והמהיר של סל התרופות ו/או קביעת הסדר תקציבי מיוחד עולים בקנה אחד עם עקרונות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (שהם, אף כדברי בית־הדין, מעקרונות־היסוד של החוק) ועם הוראות חוק זכויות החולה¹⁹².

פסק־הדין בעניין גורן הוא דוגמה טובה לפסק־דין המתייחס להספקת שירותי בריאות מזווית של זכויות. בית־הדין לא התמודד עם סוגיית ההכרה בזכות לבריאות, ועקף את הבעיה על־ידי פנייה לזכויות המעוגנות במפורש בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק ביטוח בריאות ממלכתי. יתר על־כן, פסק־דין זה רמז לחובה לעדכן את סל־הבריאות באופן סביר ומהיר כצעד המתחייב מהחוק ומחוקי־היסוד. הגישה שהוצעה בו מאפשרת לפתח ביקורת שיפוטית על אי־עדכון מהיר וסביר של הסל, כמתחייב מהתייחסות לבריאות כאל זכות.

גישה דומה ניתן למצוא בפסק־דינו המפורט של בית־הדין האזורי בתל־אביב בעניין אייל דקל¹⁹³. במקרה זה דובר במכשיר משעל הדרוש לתובע החולה בניוון שרירים. המכשיר עשוי להקל על התובע להתמודד עם מחלתו, ולאפשר לו להתמודד עמה בדרך של הנשמה לא־חודרנית. קניית המכשיר היתה בלתי־אפשרית להוריו של התובע מבהינה כלכלית, וקופת־החולים סירבה לממן אותו מפני שאינו כלול בסל־הבריאות. ההרכב, בראשות השופטת לאה גליקסמן, קבע שאכן אין המשעל כלול בסל־הבריאות, אך החלטת שר הבריאות שאימצה את המלצת הוועדה להרחבת סל־הבריאות כפופה לביקורת שיפוטית שתבחן את סבירותה. בבחינת סבירות ההחלטה יש להתחשב בעובדה שהמשעל מאפשר טיפול לא־חודרני, וכן שהוא יכול לאפשר לחולים בניוון שרירים להישאר בביתם, דהיינו בקהילה. מעבר ליתרונות שיש

192 במקרה מאוחר יותר סירב בית־הדין האזורי בתל־אביב להמשיך בדרך של פסק־הדין בעניין גורן, כאשר דחה טענה של חולה בטרשת נפוצה שביקש לקבל את תרופת האימונוגלובולינים שלא היתה בהתוויה למחלה זו. בית־הדין הסתמך על הלכת כרמל שעסקה בסוגיה זו. התובע אף טען כי התרופה זולה מהחלופות שבסל, ולכן יש להפעיל אותו היגיון שעמד ביסוד פסק־דין גורן, אך בית־הדין דחה את הטענה, וקבע שגם אם הטענה שהתרופה זולה יותר נכונה, היענות לבקשה זו תהיה עריכת שינוי בסל־הבריאות, סמכות שאינה מוקנית לבית־הדין (בש"א 6012/01 זיאד נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם), עבודה אזורי, כרך יב 912).

193 ע"ב 5360/01 אייל דקל נ' קופת חולים הכללית, פד"ע יג 908.

לכך לחולה, הוצגה לפני בית-הדין חוות-דעת שלפיה העלות של טיפול בחולים בקהילה היא 30% מעלות הטיפול בהם במסגרת אשפוז. מסקנתו של בית-הדין היתה כי נפל פגם בהחלטת הוועדה, המצדיק את ביטולה, הן מבחינת התהליך של קבלת ההחלטה והן מבחינת המשקל שייחסה הוועדה לקיומם של טיפולים חלופיים. בית-הדין התרשם כי הוועדה פעלה בלי מידע מספיק, כי איסוף החומר מהמומחים היה לקוי, וכי אפשרות החיסכון בעלויות למערכת כתוצאה מהכנסת המשעל לשימוש לא נידונה כלל. אין זה סביר, קבע בית-הדין, לא לכלול בסל את המכשיר אם הוא יביא לידי הפחתה של עלויות הטיפול בחולים הווקים לו, ונוסף על כך לידי חיסכון כתוצאה מן הטיפול בחולים בקהילה מבלי להזדקק לאשפוז סיעודי מורכב. אשר לקיום הטיפול החלופי מצא בית-הדין כי הוועדה לא התייחסה לחסרונותיו המשמעותיים של הטיפול הנקרא פיום קנה וגם לא לנתונים משמעותיים רבים אחרים¹⁹⁴. לאור כל אלה הורה בית-הדין על החזרת העניין לדיון בוועדה ולשר הבריאות תוך תיקון הליקויים שהתגלו בתהליך של קבלת ההחלטה ותוך התחשבות בשיקול של כבוד האדם, כמתחייב מהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק זכויות החולה וחוק ביטוח בריאות¹⁹⁵. נוסף על כך קבע בית-הדין כי על קופת-החולים, שמותר לה להעניק שירותים אף מעבר לסל לנוכח מעמדה כגוף ציבורי, חלה חובה להפעיל את שיקול-דעתה בעניין הספקת מכשיר. במקרה זה לא הופעל שיקול-הדעת כלל, ועל-כן הוחזר העניין לקופה על-מנת שתפעילו¹⁹⁶.

גישה שונה בתכלית באה לידי ביטוי בפסק-הדין בע"ב 70012/99 רוזן נ' קופת חולים

194 כגון העדיפות שיש לתת לטיפול לא-פולשני על טיפול פולשני והיתרון שבמתן אפשרות לאפשר לחולים להישאר בחיק משפחותיהם. יתר על-כן נפסק כי בשל אופיו הפולשני של טיפול זה, יהיה ביצועו בחולה שאינו מעוניין בו בבחינת פגיעה בערכי-היסוד של השיטה המשפטית: הן כיבוד זכותו של אדם לכבוד, לשלמות גופו ולפרטיות המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הן שמירה על כבוד האדם ופרטיותו שהיא תכליתו של חוק ביטוח בריאות והן כיבוד העדפותיו של הפרט באשר לסוג הטיפול הרפואי הניתן לו.

195 בית-הדין הורה כי הוועדה תיתן את החלטתה החדשה עד ליום 31.12.2002. הוועדה, שדנה בנושא מחדש, חזרה והחליטה אחרי דיון מנומק לא להכליל את המשעל בסל. ראו ל' מרגלית "סל שירותי הבריאות בראי הפסיקה הישראלית" (עבודה סמינריונית, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, ינואר 2004).

196 החלטת בית-הדין הסתמכה בין היתר על פסק-הדין בעניין טברו שנידון לעיל בדבר חובתן של קופות-החולים להפעיל שיקול-דעת. עם זאת נמנע בית-הדין מלהורות לקופה לספק את המכשיר, אלא החזיר את הסוגיה לבחינה מחדשת אצלה, ובכך בחר ללכת בדרך שונה מזו שננקטה בעניין טברו.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

כללית¹⁹⁷, שגם בו היה בית־הדין יכול אולי לפתח ביקורת שיפוטית על אי־עדכון מהיר וסביר של הסל כמתחייב מהתייחסות לבריאות כאל זכות, אך הוא סירב לעשות זאת: המקרה עסק בילד בן שבע שחלה במחלה מטבולית נדירה ונוקק לתרופה שלא היתה כלולה בסל. קופת־החולים הכללית השתתפה במימון באופן חלקי בלבד, והתובעים ציינו שבלי התרופה תיווצר סכנה ודאית לחייו. בית־הדין האזורי לעבודה, בראשות השופטת חנה בן יוסף, קבע כי אם סל־התרופות אינו כולל את התרופה, אין מוטלת על קופת־החולים חובה חוקית לשאת במימון התרופה, ודחה את התביעה תוך שהוא קורא לקופת־החולים לזוּם תיקון בחוק שיאפשר מתן פתרון למקרים חריגים. פסק־דין זה אינו מכיל התייחסות לבריאות כאל זכות ואינו משתמש בזכויות ככלי ביקורתי לבחינתה של מדיניות הבריאות כפי שהיא באה לידי ביטוי בהחלטה לא לכלול את התרופה בסל.

(5) תרופות שאינן בסל אך הנדרשות כעניין שבחירום: בחלק מפסקי־הדין התמודדו בתי־הדין לעבודה עם תרופות שאינן בסל, אך שנטען לפניהם כי הן דרושות כעניין שבחירום. כפי שנראה, גישת בתי־הדין לתביעות מסוג זה אינה אחידה.

כמה פסקי־דין עסקו בתרופת ההרצפטין. בע"ב 700022/99 איזק נ' מדינת ישראל ומשרד הבריאות¹⁹⁸ טענה התובעת לזכאות למימון התרופה, אשר כל הצדדים הסכימו כי היא עשויה להאריך את חייהם של חולי סרטן, אף שהיא לא היתה כלולה בסל. תביעה זו הוגשה אך זמן קצר אחרי שהוועדה להרחבת סל־הבריאות החליטה, לאחר דיונים ולנוכח העובדה שעמדה על הפרק השאלה של הכללת תרופות חיוניות נוספות, להמליץ לפני השר לא להכליל את התרופה בסל. בית־הדין דחה את דרישת התובעת להתערב בהחלטת הוועדה, וקבע כי אין הוא מוסמך להמיר את שיקול־הדעת של בעל הסמכות הסטוטורית בשיקול־דעתו שלו, במיוחד לנוכח העובדה שהוועדה הינה ועדת מומחים, והחלטתה התקבלה אחרי שקילת כל השיקולים הרלוונטיים. לפי בית־הדין, סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה שעליו, בין היתר, הסתמכה התובעת, הקובע כי "במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה", חל רק במקרים שחל בהם שינוי פתאומי במצבו של החולה, שהשינוי מהווה סכנה חמורה לחייו ושלא ניתן לעקוף באמצעותו את הוראות חוק ביטוח בריאות, במיוחד במקרים שבהם גורמי הפתאומיות והדחיפות אינם קיימים. יתר על־כן, בית־הדין קבע כי השיקול התקציבי הינו שיקול ראוי גם לפי סעיף 29 לחוק זכויות החולה, שכן סעיף זה קובע

197 ע"ב 70012/99 רוזן נ' קופת חולים כללית (לא פורסם), פסק־הדין מיום 1.6.2000.

198 ע"ב 700022/99 איזק נ' מדינת ישראל ומשרד הבריאות (לא פורסם), פסק־דין מיום 17.6.99 (להלן: עניין איזק).

שאינן בהוראות החוק כדי לפטור מטופל מחובת התשלום בעד קבלת שירותים רפואיים. מעבר לכך, בית־הדין דחה את טענת התובעת המבוססת על סעיף 4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו", וקבע, בהסתמך על כתיבתו של הנשיא פרופסור אהרן ברק, בספרו פרשנות במשפט, כי חוק־היסוד אינו כולל את הזכות לבריאות. בית־המשפט ציטט מספרו של ברק את ניתוח "מודל־הביניים" של הזכות לכבוד האדם, את הקביעה כי "אין לכלול, על כן, במסגרת 'כבודו' של אדם ו'חירותו' את הזכות לחינוך או לבריאות", וכן את הקביעה כי "מספר זכויות אדם חברתיות, כגון הזכות... לבריאות... הן בוודאי זכויות חשובות ביותר אך דומה שאין הן חלק מכבוד האדם"¹⁹⁹.

פסק־הדין בעניין איזק ממחיש, בין היתר, את ההשפעה הרבה של השיח החוקתי ו"מודל־הביניים" של ברק על פסיקתו של בית־הדין, מעבר לבעייתיות שבאימוץ הבלתי־ביקורתי של "מודל־הביניים" הברקי (ובלי לכלול, במקרה זה, אפילו את ה"מינימום" של הזכות). בית־הדין, בראשות השופט ר' כהן, התעלם מכך שהתובעת לא התבססה כלל על הזכות לכבוד, כי אם על הזכות לחיים, ובאופן ספציפי על חובת המדינה להגן על חייה (ונוסיה גם על גופה) מפני תאים סרטניים. מעבר לכך, פסק־הדין מצביע שוב על "פסיביוס" שיפוטי בכל הנוגע בהחלטות לגבי הרחבת סל־הבריאות²⁰⁰.

לעיתים נקטו בתי־הדין גישה שונה, ונתנו במסגרת סעד זמני צו לתת לחולים את התרופה הדרושה כעניין שבחירותם בהתאם לסעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה. כך למשל, בע"ב

199 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית) 416.

200 בכמה פסקי־דין אחרי עניין איזק חזר בית־הדין על קביעות דומות באשר לתרופות שאינן כלולות בסל גם כאשר חולים ניסו להסתמך שוב על סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה. באחד מפסקי־הדין האלה (ע"ב 6565/00 פרחי נ' קופת חולים כללית (לא פורסם), פסק־הדין מיום 1.8.2000) המליץ בית־הדין האזורי לעבודה בתל־אביב, תוך שהוא דוחה את התביעה כמתחייב לדבריו מלשון החוק, לשקול הקצאת תקציב לקרן מיוחדת שתנוהל על־ידי משרד הבריאות ותהיה משותפת לכלל קופות־החולים. מתקציבה יהיה אפשר להיענות לבקשות לטיפולים ותרופות שאינם כלולים בסל־הבריאות האחיד במקרים מיוחדים הראויים לכך. בהקשר אחר, הסתמכות על "מודל־הביניים" של ברק, תוך קביעה כי חוק הבריאות אכן מבטיח את צרכיו המינימליים של אדם, אך לא את כל צרכיו, נמצאת בפסק־דין שבו דחה בית־הדין האזורי בתל־אביב בקשה של תובע להחזיר העלות של טיפולי דיאליזה שמימן בכספו בעת שהותו בחוץ־לארץ (ע"ב 912615/99 הורציוס נ' קופ"ח כללית מחוז השרון (לא פורסם), פסק־דין מיום 7.8.2000).

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

14339/99 גרונדשטיין נ' קופת החולים הכללית²⁰¹, שגם הוא עסק בתרופת ההרצפטין, קבע בית־הדין האזורי בתל־אביב כי לאור עדות רפואית שעלה ממנה כי חייה של המבקשת שרויים בסכנה חמורה, מקרה נופל בגדר הצלת חיי אדם, ודי בכך כדי להצביע על זכות לכאורה לקבלת התרופה מכוח סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה. בית־הדין, בראשות השופטת לקסר, הדגיש כי חוק זכויות החולה נחקק לאחר חוק ביטוח בריאות, ולכן, לכאורה, הוראות סעיף 3(ב) באו להוסיף על אלה שבחוק הבריאות. בית־הדין הבחין את המקרה שלפניו מפסקי־דין אחרים, כגון עניין כרמל, בכך ששם לא צוין כי מדובר במקרה שבו היו חיי העותרת בסכנה. בית־הדין אף ציין כי בהליך העיקרי תצטרך לעלות השאלה אם אי־הכללת תרופה הדרושה להצלת חיים בסל־התרופות אינה בגדר "חוסר סבירות קיצוני", בניגוד לתכלית החקיקה של חוק הבריאות. "חיי אדם", סיכם בית־הדין, "הם ערך עליון ודי בצורך החיוני, כפי שהוכח בפנינו ולו לכאורה להארכת חיי המבקשת באמצעות התרופה, כדי לגבור על כל שיקול כלכלי אחר."²⁰² בית־הדין הארצי סירב לקבל בקשת רשות ערעור על קביעה זו בשלב של הליך־הביניים²⁰³.

201 ע"ב 14339/99 גרונדשטיין נ' קופת החולים הכללית, החלטה מיום 24.3.99 (להלן: עניין גרונדשטיין).

202 גישה דומה ננקטה במקרה אחר שבו דובר בתרופת ההרצפטין שהיתה כלולה בסל, אך להתוויה של סרטן השד בלבד. מקרה זה עסק באדם שחלה בסרטן הערמונית, והרופא המליץ לו על התרופה. בית־הדין האזורי בתל־אביב בחר לשים כדבריו "דגש של ממש" בסעיף 3 לחוק זכויות החולה, וקבע כי מדובר במצב חירום רפואי שבו החולה זכאי "לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה", ועל־כן נענה לבקשה לתת לחולה סעד זמני של מימון התרופה. אגב כך הדגיש בית־הדין כי ההליך הזמני יכול לספק את הפתרון המעשי, אם לא העקרוני, לעניין חולה ספציפי. במסגרת הסעד הזמני נקבע כי "המשיבה [קופת־חולים - א' ג'] והמבקש יישאו חלק כחלק בעלות התרופה" (בש"א 4705/00, ע"ב 8003/00 אבליוביץ נ' קופת חולים הכללית (לא פורסם)). לעומת זאת, במקרה אחר שעסק אף הוא בתרופת ההרצפטין דחה בית־הדין האזורי בתל־אביב את הבקשה לסעד־ביניים שהסתמכה על סעיף 3(ב), תוך שהוא מאמץ את הקביעות של פסק־הדין בעניין איזק ומבחין את המקרה מעניין גרונדשטיין לנוכח העובדה שלא הוכח לפניו כי המבקשת נמצאת במצב חירום רפואי כמשמעו בסעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה, כפי שהיה בעניין גרונדשטיין. (בש"א 201943/99, ע"ב 913608/99 עמוסי נ' קופת חולים הכללית, החלטה מיום 15.11.1999, לא פורסם).

203 בר"ע 186/99 קופת חולים הכללית נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות, החלטה מיום 11.5.1999.

בהחלטה דומה, בבש"א 5576/00 ארנון נ' שירותי בריאות כללית²⁰⁴, שבה נתן בית-הדין האזורי בתל-אביב, בראשות השופטת גליקסמן, סעד-ביניים, הזכיר בית-הדין כאפשרות פרשנית ליישוב היחס בין סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה לבין סעיף 29 של חוק זה, את האפשרות שגם אם אין החוק יוצר זכאות למימון טיפול שאינו כלול בסל, הוא יוצר זכאות ל"מימון-ביניים" של הטיפול, עד אשר יוכל המטופל לעמוד בתשלום בעד הטיפול, כמתחייב מסעיף 29 לחוק. בית-הדין הסתמך בין השאר על כך שמאזן הנוחות או הנזקים נוטה לטובת התובעת. באותו מקרה אף ציין בית-הדין כי בהליך העיקרי יעלו שאלות כגון חובת המדינה לכלול את התרופה בסל ו"השאלה האם המצב הקיים, בו סל התרופות והשירותים קשיח ואינו מאפשר גמישות והתחשבות בנסיבות מיוחדות אינו נגוע בחוסר סבירות".

(6) טענות הפליה: בכמה מקרים שבהם סירבו קופות-החולים להעניק לתובעים טיפול שהוענק לחולים אחרים, קיבלו בתי-הדין את הטענה כי מדובר בהפליה פסולה, וכי יש לתת את הטיפול לחולים שתבעו. בפסיקה זו נקבע שאם קופות-החולים מממנות טיפולים במקרים חריגים, החריגים צריכים להיות אחידים, מפורסמים וגלויים, וכי "לא ייתכן כי במסווה של שיקול דעת רפואי, יישלל טיפול ממבוטחת אחת, כאשר הוא ניתן למבוטחת אחרת"²⁰⁵. כך, למשל, בבש"א 3932/00 פרחי נ' קופת החולים הכללית²⁰⁶ נתן בית-הדין בתל-אביב, בראשות השופטת גליקסמן, סעד זמני לחולה סרטן שביקש שתמומן לו השתלת מוח-עצם מתורם, משהוכיח התובע כי קופת-החולים מפלה אותו לרעה מאחר שנתנה את המימון לשישה חולים אחרים שסבלו ממחלה דומה לשלו. קופת-החולים ניסתה לאבחן בין המקרים, אך בית-הדין סבר כי לא הוכח בשלב המקדמי שוני מהותי בין הנסיבות, וכי על קופת-החולים, כגוף ציבורי, לנהוג כלפי מבוטחיה באורח שוויוני, בהגינות ובסבירות, ואסור לה להפלות בין מבוטחיה.

204 בש"א 5576/00 ארנון נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם), החלטה מיום 25.12.2000 (להלן: עניין ארנון). בהמשך מקרה זה הודיעה הקופה לבית-הדין כי הגיעה להסכמה עם משרד הבריאות שהתרופה תסופק למבוטחיה לפי שיקול-דעת רפואי, והיא התחייבה לשאת במימון התרופה לתובעת בהתאם להמלצות והמרשמים של רופאיה. מאחר שכך נמחקה התביעה (ע"ב 9253/00 ארנון נ' קופ"ח כללית (לא פורסם, פסק-הדין מיום 3.4.2001)).

205 בש"א 3407/00 בתיק 9147111/99 אלכסנדרוני נ' קופת חולים כללית (לא פורסם), החלטה מיום 18.7.2000.

206 בש"א 3932/00 פרחי נ' קופת החולים הכללית (לא פורסם), החלטה מיום 26.7.2001. ראו גם בש"א 2003/01 בתיק 2607/01; בש"א 1991/01 בתיק 2594/01 ובש"א 1917/01 בתיק 3263/01 גניץ טל נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם), החלטה מיום 24.6.2001.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

עם זאת, בעניין אייל דקל הפך בית־הדין הארצי החלטה של בית־הדין האזורי²⁰⁷ שחייבה, כסעד זמני, לתת לחולה במחלת ניוון שרירים סופנית מכשיר משעל שמאפשר לו לנשום. בית־הדין הארצי, מפי השופט פליטמן, חזר על עקרון השוויון שקופות־החולים מחויבות בו, אך קבע כי לא ניתן לקבוע זכות מכוח עיקרון זה כאשר הקופה היתה נכונה לממן את המוצר רק במקרים בודדים (מקרה אחד או שניים, כדברי בית־הדין), בעוד שהמדיניות הכללית שלה היתה לא לממן למבוטחיה את קניית המכשיר. אין לקבוע על־סמך המקרה הבודד שבו חרגה קופת־החולים ממדיניותה כי הימנעות מחריגה דומה היא הפרה של חובתה לנהוג בשוויון²⁰⁸. עתירה לבג"צ נגד פסק־דין זה נדחתה כאשר העותר חזר בו מהעתירה בהמלצת בית־המשפט²⁰⁹. מכאן ניתן ללמוד על אי־הנכונות של בג"צ להתערב במקרה זה. עם זאת, כאשר חזר התיק לבית־הדין האזורי לדיון בתיק העיקרי, קיבל זה את התביעה חלקית, כמפורט לעיל בחלק ג(5)(ב)(5) למאמר, אך תוך דחייה של טענת ההפליה.

גישה שונה ננקטה בהחלטה שניתנה בשנת 2004 בבג"צ 6637/03 אקסקלוב נ' בית הדין הארצי לעבודה²¹⁰. במקרה זה טען העותר להפליה בקשר עם תרופת הטמדול שהוא ביקש לקבלה לטיפול בגידול סרטני במוחו. בית־הדין הארצי דן בנושא בעיקר מהזווית של תרופת קו ראשון/קו שני, ודחה את התביעה²¹¹, אך בדיון בבג"צ התעורר הצורך לדון לעומק בטענת ההפליה לנוכח טענת העותרים כי עשרה מטופלים קיבלו או מקבלים את התרופה כתרופת קו ראשון. הסברי קופת־החולים מכבי למקרים אלה נמצאו על־ידי בג"צ כלא מניחים את הדעת על פניהם, והוא החזיר את הדיון לבית־הדין הארצי על־מנת שיברר את שאלת ההפליה. במקרה זה הוציא בג"צ צו־ביניים שחייב את מכבי לממן את הטיפול בתרופה עד להכרעת בית־הדין הארצי²¹².

(7) בית־הדין לעבודה ומעמד הזכות לבריאות: בכמה פסקי־דין נוספים, שעסקו במגוון של סוגיות, ייחס בית־הדין משקל רב בפסיקתו למעמדה של הזכות לבריאות כזכות־אדם בסיסית.

-
- 207 בש"א 3736/01 בתיק ע"ב 5360/01 אייל דקל נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם) החלטה מיום 20.8.2001.
- 208 ע"ע 1267/01 קופת החולים הכללית שירותי בריאות כללית נ' אייל דקל (לא פורסם) החלטה מיום 13.11.2001.
- 209 בג"צ 9541/01 אייל דקל נ' בית הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם) החלטה מיום 3.1.2002.
- 210 בג"צ 6637/03 אקסקלוב נ' בית הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם), החלטה מיום 1.1.2004.
- 211 ע"ע 61/03 אקסקלוב נ' מכבי שירותי בריאות (טרם פורסם), פסק־דין מיום 18.6.2003.
- 212 לעיל הערה 210.

בע"ע 1091/00 שטרית נ' קופת חולים מאוחדת²¹³ עסק בית-הדין הארצי בחולה שחלה במחלה קשה ונדירה, וביקש לקבל טיפול שאינו כלול בסל-הבריאות. קופת-החולים הביאה את עניינו לפני ועדת חריגים, שדחתה את בקשתו. בית-הדין השתכנע שההליך לפני ועדת החריגים היה לא-תקין מבחינות רבות, לרבות העובדה שהוועדה לא הזמינה את המערער להופיע לפנייה לבדיקה רפואית, וכי חוות-דעת המומחה שעליה סמכה הוועדה את החלטתה התבררה להיות עדות שמיעה של שלישי ברביעי.

בית-הדין ציין כי מוטיב ה"חסד" שחוזר ונשנה בטיעוני קופת-החולים, שטענה כי עשתה עם המערער חסד מעבר לחובתה בכך שהביאה את עניינו לוועדת החריגים, מופיע לא רק כמטבע-לשון, אלא כהשקפה ערכית וכןקודת-מוצא נורמטיבית לדרך הטיפול של קופת-החולים בעניינו של המערער. כנגד זה הציב בית-הדין הארצי תפיסה אחרת, שלפיה, מסעיף 1 לחוק עולה מהותה של הזכות לשירותי בריאות כזכות חברתית. מהוראת סעיף 3(ה) לחוק, שלפיו יינתנו שירותי הבריאות תוך שמירה על כבוד האדם, הסיק בית-הדין כי שירותי הבריאות מסתופפים בצל קורתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובמלותיה של השופטת ארד: "רוח הדברים השורה על כל הפועלים מכוחו והמחייבת אותם בחובה מוגברת של שמירה על כבוד האדם כזכות חוקתית בעלת אופי חברתי, בדרישה להגינות, ולמחויבות לעקרונות הצדק, השוויון, והעזרה הדדית – שהם מעצם טיבו וטבעו המיוחד של חוק הבריאות, אשר נועד להעניק לאדם זכויות מתחום הביטחון הסוציאלי."²¹⁴ לאור זה ולנוכח אופיה הציבורי של קופת-החולים, מוטלת עליה "החובה להגשים את תכליתו של חוק בריאות ומטרתו, לנהוג בסבירות, בהגינות, בשוויון מתוך הקפדה על כבוד האדם ועל כבודו של החבר הבא בשעריה." על-כן פסק בית-הדין כי חובה על ועדת החריגים, משעה שנדרשה לעניינו של חבר (אף אם לא היתה לחבר זכאות מראש להופיע לפנייה), לדון בו בכפופות לעקרונות המשפט המנהלי ודיני הביטחון הסוציאלי, ומעל כל אלה היא מחויבת בהגשמת תכלית החוק ומטרתו. לאור עקרונות אלה ולאור הממצאים בדבר ההליך לפני הוועדה, קבע בית-הדין כי בדרך עבודת הוועדה נפלו פגמים מהותיים שהיה די בכל אחד מהם להביא לידי ביטול החלטתה. הוועדה מנעה מן המערער את זכות הדיון ההוגן, את זכות הטעון המלאה, את זכות העיון במסמכים, הפרה את חובת ההגינות והנאמנות ופגעה בכבוד האדם שלו. על-כן הורה בית-הדין לוועדה לדון שוב בעניינו של המערער, תוך שהוא מפרט דרישות דיוניות מן ההליך, וקובע שעל הוועדה לקיים את דיוניה "בלב פתוח ובנפש חפצה".

213 ע"ע 1091/00 שטרית נ' קופת חולים מאוחדת, פד"ע לה 5 (להלן: עניין שיטריה).

214 בסעיף 5 לפסק-דינה של השופטת נילי ארד.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

חשיבותו של פסק־הדין בעניין שטרית היא מעבר לנושא הספציפי והחשוב של פיקוח על ועדת החריגים. חשיבותו היא בהיותו אחד מפסקי־הדין המתייחסים ברצינות לזכות לבריאות כזכות־אדם ומייחסים משקל נורמטיבי להוראות שבסעיפים 1 ו־3(ה) לחוק. יתר על־כן, השופטת ארד מקשרת בפסק־דינה את הזכות לבריאות לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. נדמה שצילו של "מודל־הביניים" באשר לזכות לכבוד האדם מונע אותה מלומר מפורשות שהזכות לבריאות היא זכות חוקתית במסגרת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אבל היא מדגישה את הזכות לבריאות כזכות־אדם, וקביעתה שהזכות "מסתופפת בצל" חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מעלה את הזכות למעמד חוקתי (כמעט).

בדרך דומה הלכה השופטת פוגל בבית־הדין האזורי בתל־אביב כאשר קבעה בהקשר אחר כי הזכות לשירותי בריאות היא זכות חברתית, כי "שירותי הבריאות מוענקים... למבוטח תחת כנפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" וכי "הזכות למתן שירותי בריאות היא זכות יסוד, אשר ניתן לפגוע בה רק בכפוף לפסקת ההגבלה המצויה בחוק [י־יסוד - א' ג'] זה ואשר קבועה בלשון מפורשת וחד משמעית בדבר חקיקה"²¹⁵. קביעות אלה הביאו אותה למסקנה כי יש לחייב את קופת־החולים לשלם הוצאות בגין טיפול רפואי שנעשה בחוץ־לארץ, אושר על־ידי ועדת הערר של משרד הבריאות ונכלל בסל, אף כי המגותח היה מבוטח בחברת ביטוח פרטית שמימנה את הניתוח. (קופת־חולים מאוחדת סירבה לשלם את עלות הניתוח בטענה כי העלות כוסתה על־ידי ביטוחם הפרטי של התובעים, אך אלה היו מעוניינים להחזיר את הכספים לחברת הביטוח הפרטית על־מנת שזו תחזיר את היקף הפוליסה הביטוחית למצב שבו היתה אלמלא נאלצו לשלם את עלות הטיפול מהפוליסה הפרטית).²¹⁶

215 ע"ב 70004/97, לעיל הערה 98, סעיף 22 לפסק־דינה של השופטת פוגל.

216 שם, שם. לפסיקה נוספת שהתייחסה "לזכות חוקתית לקבל שירותי בריאות מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו" ראו ע"ב 1770/01 שיבר נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם), פסק־דין מיום 26.7.2001. ראו גם התייחסות לזכות לבריאות "כזכות חוקתית בעלת אופי חברתי" בע"ב 2616/00 פלוני נ' מכבי שירותי בריאות (לא פורסם), פסק־דין מיום 26.7.2001. בשני פסקי־דין אלה, שעסקו בזכויות שונות כלפי קופות־החולים, השתמש בית־הדין האזורי בתל־אביב בהנמקה חוקתית זו כדי לחזק את זכויות החולים אל מול קופות־החולים. גם בפסק־הדין בעניין אייל דקל, שנידון לעיל בהערה 193, הסתמך בית־הדין על הקביעות בעניין שטרית, לעיל הערה 213, באשר לקשר בין חוק ביטוח בריאות לכבוד האדם וחוק־היסוד. בבש"א 4993/03, לעיל הערה 86, קבע בית־הדין האזורי בתל־אביב כי מבלי להכריע במחלוקת אם הזכות הנובעת מחוק שירותי בריאות הינה זכות חברתית הנובעת מחוק־היסוד, אין חולק כי היא זכות חשובה ביותר, הנוגעת בשלמות גופו

(8) מבט מסכם על פסיקת בתי־הדין לעבודה: בהסתכלות כוללת על פסקי־הדין של בתי־הדין לעבודה ניתן לראות כמה מגמות²¹⁷. חלק מפסקי־הדין (עניין מדזיני, עניין סגל, עניין כרמל, עניין רוזן ועוד) מביעים גישה המתייחסת אל סל־הבראות כאל מציאות קיימת שאין הם יכולים לעשות דבר בקשר אליה ואין להם כל אפשרות להתערב בתוכנו. בחלק מן ההנמקות של בתי־הדין נדמה שנשכח כי מדובר בזכויות־יסוד, וכי על בתי־המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות הרשות המבצעת. לעומת זאת, פסקי־דין אחרים (עניין טברו, עניין גורן, עניין אייל דקל, עניין פייביש, עניין שטרית ועוד) מתייחסים לסוגיה מזווית של זכויות, ומביאים לדיון את הניתוח החוקתי ככלי לביקורת המופעלת על־ידיהם על החלטות הרשויות האחרות²¹⁸.

מעניין לראות כיצד בתי־הדין מוצאים אסטרטגיות שונות לעקוף את ההכרעה בדבר מעמד הזכות לבריאות כזכות חוקתית. אף כי נושא זה לא הוכרע מעולם בבית־המשפט העליון לשום כיוון, נדמה שהדומיננטיות של הגישה שהציג פרופסור אהרן ברק בכתיבתו האקדמית מרתיעה את בתי־הדין מלפסוק כי הזכות לבריאות נגזרת מחוק־היסוד. בצילו של "מודל־הביניים" הברקי, פיתחו בתי־המשפט שלוש אסטרטגיות עיקריות להתייחסות לשאלת הבריאות כשאלה של זכויות: (1) פנייה לזכויות לחיים ולגוף שמעוגנות מפורשות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (כגון בעניין טברו¹²⁹); (2) קביעות כזו של השופטת ארד בעניין שטרית²²⁰, כי חוק ביטוח בריאות "מסותפף בצלו" של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וכי

של האדם ובחיו, ולפיכך יש ליתן לה מעמד מיוחד. עם זאת קבע בית־הדין שאין לומר כי זכויות־יסוד של המבקשת גוברות על צו ביטוח בריאות ממלכתי שנקבע לגביו שהוא מידתי. שיקולים תקציביים של קופות־החולים יש בהם כדי להשפיע בקביעת סל השירותים הרפואיים שתעניק הקופה לחבריה.

217 יש לזכור כי בסך־הכל, מספר התביעות המוגשות לבית־הדין קטן יחסית, במיוחד בהשוואה לתלונות המוגשות לנציבת הקבילות הפועלת על־פי החוק; דורון, לעיל הערה 165, בע' 141. כמו־כן, תיקים רבים מסתיימים בפשרה בין הצדדים, כך שהמקרים המוכרעים בפסקי־הדין שנותחו כאן מייצגים רק חלק קטן מהמקרים שהוגשו תביעות בגינם (שם, בע' 145).

218 בהסתמך על מחקר כמותי בעיקרו, שנערך לגבי התביעות שהוגשו לבית־הדין האזורי בתל־אביב בשנת 2000, טוען ישראל דורון כי בתי־הדין לעבודה מושכים את ידם מדיון מהותי שמבטא את משקלה, חשיבותה ומרכזיותה של הזכות לבריאות; דורון, שם, בע' 147, 156. אך ניתוח פסקי־הדין שערכתי מראה כי אמירה זו נכונה רק כתיאור של חלק מהפסיקה, שכן יש פסקי־דין חשובים המתייחסים ברצינות לרעיון של בריאות כזכות.

219 לעיל הערה 177.

220 לעיל הערה 213.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

מדובר בזכות-אדם חברתית, דהיינו התבטאויות המתקרבות לאמירה כי מדובר בזכות חוקתית מבלי להגיע לאמירה זו במלואה; (3) פנייה לזכויות המעוגנות בחוק זכויות החולה בפסיקה העוסקת בתרופות הדרושות במקרי חירום, כגון בעניין ארנון²²¹.

פסקי-דין אלה של בית-הדין לעבודה מעלים שאלה קשה, שמחזירה אותנו לדילמות שהועלו בפתחו של מאמר זה: כיצד ניתן להכריע בסוגיית הבריאות מזווית של זכויות במקרה אינדיווידואלי המובא לפני בית-משפט כאשר מדובר בקבלת הכרעות תלויות הדדית? ניתן בהחלט לטעון כי בית-הדין הרואה לפניו מקרה מסוים, לעיתים קורע-לב, אינו מסוגל לראות את התמונה הכללית של האיזונים, השיקולים וסדרי העדיפויות הניצבת לפני הגורמים השונים, לרבות הוועדה להרחבת הסל, וכי הפנייה לרעיון הזכויות מובילה להכרעות במקרים אינדיווידואליים על-חשבון ראיית התמונה הכללית. אכן, הושמעה הטענה שבית-הדין אינו עומד בדילמה הקשה שחברי ועדת הסל עומדים בה, שבה הכרה בטכנולוגיה אחת משמעותה, לעולם – כל עוד קיים מחסור תקציבי תמידי – העדפתה על-חשבון טכנולוגיה אחרת²²². הפנייה לחוק זכויות החולה במקרים מספר יכולה להעיד על בעייתיות זו: בתי-המשפט פונים לחוק העוסק בזכויות החולה האינדיווידואלי כדרך לעקוף בה את חוק ביטוח בריאות העוסק במבנה הקולקטיבי.

אבל למרות ביקורת זו, יש לדעתי לברך על פנייתו של בית-הדין לעבודה לשיח הזכויות, כפי שתואר כאן, וזאת במציאות הקשה שבה אנו חיים, שבה המחויבות של המדינה לנושא הבריאות מתערערת ומצטמצמת²²³, מימון סל-הבריאות נשחק²²⁴, ואין כל מנגנון מובנה לעדכון ראוי של סל-הבריאות. ידוע לנו כי אך בשנת 2003 הוחלט לא לכנס כלל את ועדת הרחבת הסל, ורק לאחר שהוגשה העתירה לבג"צ כונסה הוועדה, ובינתיים לא הוקצו הכספים למימון התרופות שהוועדה החליטה על הצורך להכניסן לסל. במציאות שבה ייתכנו עדכון והרחבה מינימליים, אם בכלל, של הסל בשנים הקרובות, ולנוכח סימני-שאלה מסוימים שעלו לגבי עבודת הוועדה, יש צורך בביקורת על המערכת שתבחן את הנושא מזווית ראייה של שיח זכויות. התייחסות רצינית לזכויות לחיים, לגוף, לבריאות ולשוויון מחייבת בחינה במקרים המתאימים של החלטות משרד הבריאות וקופות-החולים לגופן; בוודאי כאשר מדובר בדברים החיוניים ביותר, הנופלים לגדר התחייבויות הליבה של הזכות, כפי שנידון בחלק ב(4) לעיל. בתנאים הנוכחיים נראה כי רצוי שבת-הדין יבחנו את ההחלטות מהזווית של

221 לעיל הערה 204.

222 ישראלי וחיניץ, לעיל הערה 149.

223 קופ, לעיל הערה 129.

224 סבירסקי, לעיל הערה 160.

הזכות. כך, אם נשתמש בפרמטרים שפורטו בהערה כללית 14, ניתן לראות באי־הכללה בסל של תרופות חיוניות ושל שירותים רפואיים ראשוניים הפרה של הזכות לבריאות, ומן הראוי שבת־הדין יתייחסו בביקורתיות למקרים של סירוב לתת תרופות או טיפולים שהינם חיוניים להצלת חיים, להארכת חיים או לשיפור משמעותי של איכות החיים. נכון שבית־הדין רואה רק את המקרה שלפניו, אך ייתכן שלעיתים יש דווקא יתרון לראיית האדם הקונקרטי. בעקבות קרול גיליגן נהוג לדבר על אתיקה של צדק וזכויות אל מול אתיקה של דאגה ואחריות. נדמה שבפסקי־הדין שבהם התערב בית־הדין לטובת החולים, גם כאשר הם נוסחו בצורת זכויות, היה גם ממידת הדאגה והאחריות כלפי החולים: לא היו אלה פסקי־דין אבסטרקטים של זכויות שדיברו גבוהה גבוהה על עקרונות חוקתיים, אלא פסקי־דין שבהם עמדו לפני בית־הדין חולים קונקרטיים. במחקרה הקלסי של קרול גיליגן התבקשו שני ילדים לפתור את אחת הדילמות המוסריות שפיתח קולברג. בדילמה זו מתלבט אדם אם ראוי שיגנוב תרופה שאין לו אפשרות כספית לקנותה כדי להציל את חיי אשתו. אתיקת הצדק מומחשת אצל גיליגן בגישה שמבנה דילמה זו כהתנגשות בין ערך הקניין לערך החיים, ומעדיפה את זכות החיים. לעומת זאת, אתיקת הדאגה מומחשת באמצעות הגישה שמתייחסת לנושא כאל סיפור של מערכת יחסים מתמשכת. לאור זה היא מבקשת תשובה שתיתן מענה הולם לכל הצדדים, ולכן היא מעוניינת שהבעל והרוקח ילבנו את העניין באורך־רוח כדי למצוא מוצא²²⁵. אך במקרים המגיעים לבית־הדין, הניסיון לשכנע את ה"רוקח" נכשל לרוב, ובית־הדין חייב להכריע. אומנם, במקרים שבהם הוא פוסק לטובת החולה הוא עושה זאת מתוך אתיקה של זכויות וצדק, אך זו משולבת בהיבטים של אתיקת הדאגה והאחריות, שדורשת לראות את האדם המוחשי שמעבר לכללים הפורמליים. בדיון על הזכות לבריאות יש לנו אס־כ־ן צורך בגישה שמשלבת תפיסות כלליות של צדק וזכויות עם הסתכלות מזווית של אחריות ודאגה כלפי המקרה הספציפי. בעקבות גיליגן עמדה שילה בנחביב על הצורך להתייחס הן ל"אחר הכללי" (כנובע מאתיקת הצדק והזכויות) והן ל"אחר הקונקרטי" (כנובע מאתיקת הדאגה והאחריות): בעוד שהתייחסות ל"אחר הכללי" דורשת מאיתנו לבחון כל אדם באופן אבסטרקטי, כנושא זכויות, הזווית של ה"אחר הקונקרטי" דורשת מאיתנו להתייחס לכל אדם בהתחשב בצרכיו ובנסיבותיו הקונקרטיות²²⁶. אם אכן יש ערך כלשהו לדיבור על זכויות־אדם, על כבוד האדם, על הזכות של אדם לחייו ולגופו, אין בית־הדין יכול להתעלם מאדם שעומד לאבד את מאור עיניו, מחולה הנוטה למות או מחולה הזקוק למכשיר שיאפשר לו לנשום בביתו. בחינת הנושא לאור עקרונות הזכויות הכלליים צריכה להיות משולבת בראיית האדם הקונקרטי ונסיבותיו.

225 ק' גיליגן בקול שונה (תרגום נעמי בן־חיים, תשנ"ו) 49–57.

226 S. Benhabib *Situating the Self* (New York, 1992) 148–202.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

אין ספק שעל בית-הדין מוטלת במקרים אלה החובה לבחון היטב את חוות-הדעת הרפואיות השונות ולהשתכנע שאכן הצורך הרפואי מצדיק את הטיפול או התרופה ושהחולה לא הולך שולל. אך אם השתכנע בכך, ואם הטיפול ישפר משמעותית את איכות החיים, משך החיים או עצם החיים של החולה, מן הראוי לדעתי שבית-הדין יתערב - בין בצורה של ביקורת שיפוטית על ההחלטה לגבי ההכללה בסל (או ההתוויה), בין בביקורת שיפוטית על שיקול-הדעת של קופת-החולים ובין באחת הדרכים השונות שבמסגרתן מצאו בתי-הדין את הדרך לשמור על זכויות המבוטחים. בעולם אידיאלי היתה עבודה זו נעשית בצורה מושלמת על-ידי משרד הבריאות, אך למרבה הצער, משרד הבריאות הוא חלק ממערכת ממשלתית שהנושא של רווחת האזרח אינו עומד תמיד בראש סדר העדיפויות שלה. רמז לכך ניתן למצוא בדברי רות רונן, כיום דוברת צה"ל וחברת הוועדה להרחבת הסל מיום הקמתה, על כך שהתקציב להרחבת סל-הבריאות שקול לדיון בהצטיידות בשני טנקים²²⁷. למרות זאת, לא תמיד נמצא תקציב כזה. כך, ד"ר יורם בלשר, יושב-ראש ההסתדרות הרפואית בישראל וחבר בוועדה להרחבת הסל, ציין בדצמבר 2003 כי תרופות חיוניות רבות נמצאות מחוץ לסל: תרופות לסרטן, מחלות כבד, השתלות כבד וכליה, לחץ דם גבוה וסיבוכיו, מחלות לב קטלניות ועוד ועוד. הוא הלין על אי-הקצאת כספים מספיקים למימון סל-התרופות²²⁸. אכן, בשנים האחרונות יורד באופן מתמיד חלקה של הממשלה במימון ההוצאה לבריאות וגדל חלקם של משקי-הבית²²⁹. ההוצאה הלאומית לנפש לבריאות קטנה בעקביות משנת 1996, והיא נמוכה בישראל יחסית ל"ארצות המערב"²³⁰.

יש גם לעמוד על כך שהטיפול בבתי-המשפט בפניות פרטניות עשויה להניב תוצאות בעייתיות - שחולים מסוימים שהגיעו לבתי-המשפט יקבלו תרופות או טיפולים מסוימים בעוד אחרים לא יקבלו תרופות או טיפולים כאלה. אומנם מי שמגיע לבית-המשפט אינו בהכרח העשיר ביותר, המסוגל לממן לעצמו את התרופה או הטיפול, אך ברור כי דווקא האנשים שנגישותם לבתי-משפט פחותה ביותר, שמודעותם לאפשרות לתבוע קלושה ביותר, יישארו חסרי סעד. זו בעיה אמיתית שיש לתת עליה את הדעת. קיומם של ארגונים חברתיים המגישים בחלקם סיוע משפטי הוא תשובה חלקית בלבד, וייתכן שיש למצוא דרכים נוספות להבטיח את יידוע המבוטחים לא רק לגבי זכויותיהם, אלא גם לגבי האפשרות לתבוע ולהיעזר בסיוע משפטי ובארגונים חברתיים. בכל מקרה, חשוב שהשימוש בזכויות-אדם יהיה רגיש לנסיבות

227 שדמי, לעיל הערה 163.

228 בלשר, לעיל הערה 155.

229 קופ, לעיל הערה 129, בע' 45.

230 שם, בע' 47, 84-87, 146-147.

שנידונו בתחילת המאמר ובפרק זה, קרי שזכויות הן כלי חשוב בעל משמעות נורמטיבית ורטורית לדיון בתגובות החברה על הצרכים האנושיים, ושזכויות, אם מתייחסים אליהן ברצינות, הן יותר משאיפה גרידא: הן מהוות מחויבות לפעולה, והגשמתן אינה דבר פשוט; היא תוצאה של משאומתן מורכב בין גופים שונים, פרטיים וציבוריים, והיא מושגת כתוצאה מעבודה פוליטית ומשפטית. עבודה זו, אף שעליה להיות אוניוורסלית, חייבת להיות ממוקדת בחברים הפגיעים ביותר וחסרי המשאבים ביותר בחברה, ולראות לנגד עיניה את האדם הקונקרטי וצרכיו. בהקשר של בריאות, עלינו לבחון במיוחד כיצד הכלי של הזכויות מאפשר לנו להקדיש תשומת-לב לאי-שוויון, לכאב ולסבל, ולנסות להפחיתם. יש לנקוט בתחום הבריאות – כמו בכל תחום – גישה המתייחסת לזכויות לא כאל דבר אינדיווידואליסטי אטומיסטי, אלא מכירה בתלות ההדדית של בני-האדם ומדגישה את העקרונות שהם הם עקרונות החוק, קרי שוויון, עזרה הדדית וצדק²³¹.

גישה זו אין בה כדי להתעלם משאלת התקצוב ומן הצורך בקביעת סדרי עדיפויות²³². נקודת-המוצא לגישה היא שכדברי השופט חשין בעניין מכבי²³³, מקום ששם הזכות, שם הסעד. כאשר מדובר בזכות, חובת המדינה למצוא את התקציב המתאים, ואין היא יכולה להתנער מאחריות לזכות בטיעון של היעדר תקציב. מותר למדינה, במסגרת ביטוח הבריאות הממלכתי, לקבוע סדרי עדיפויות, מותר לה להעדיף טיפול אחד על משנהו כי הוא חיוני יותר או יעיל יותר או זול יותר, ובלבד שמתקיימת ההגנה על הזכות במובנים שדיברנו עליהם לעיל: הגנת הגרעין של הזכות, שמירת עקרונות הנגישות (לרבות הכלכלית), השוויון והעקרונות האחרים, וודאות שהמדינה מוכיחה מחויבות לנושא ויישום הדרגתי מתמשך. אחת הדרכים לפתרון הבעיה היא המנגנון של ועדות החריגים, היכול להבטיח, יחד עם הרעיון שטרם מומש להקמת קרן לטיפולים חריגים, את קיום הזכות גם במצב של סל מוגבל. מנגנונים אלה, אם יעמדו בתנאים הדיוניים והמהותיים שאליהם התייחסו בתי-הדין, במיוחד השופטת ארד בפסק-דינה בעניין שטרית ובדעת המיעוט שלה בעניין בן צבי, עשויים להבטיח כי לחולים שהטיפול שנקבע בסל אינו מתאים להם מסיבות אינדיווידואליות ייפתח פתח לקבלת טיפול או תרופה אחרים אם הם דרושים להצלת חיים, להארכתם או לאיכותם.

231 ראו חלק ב.3. למאמר.

232 ראו שלו, לעיל הערה 4, בע' 263-265.

233 לעיל הערה 157.

ד. סיכום: בריאות ציבורית בעידן של הפרטה

מצד אחד, רמת הבריאות של תושבי ישראל נחשבת טובה בדרך-כלל; שיעורה של תמותת התינוקות דומה לממוצע בארצות בעלות תוצר לאומי גבוה; תוחלת החיים בלידה היא סביב הממוצע בארצות בעלות הכנסה גבוהה; וסיבות המוות הנפוצות בישראל (התקפת לב, סרטן ומחלות כלי הדם במוח) הן סיבות המוות הנפוצות בעולם המפותח²³⁴. מצד אחר, הפערים הולכים וגדלים. ההוצאות הממשלתיות לבריאות פוחתות וחלקם של משקי-הבית עולה, וכך גדל אי-השוויון, וחולים רבים מוצאים עצמם חסרי נגישות לטיפולים ותרופות ונמנעים מרכישתם בשל עלותם²³⁵. כך קורה כאשר הבריאות נהפכת למצרך וכבר אינה זכות. הפערים הולכים וגדלים. תמותת התינוקות בדרום תל-אביב גדולה פי שלושה מאשר בצפון העיר²³⁶, ואצל הבדווים היא עולה בקצב מבהיל²³⁷. הפיכת הבריאות למצרך היא תוצאה של מה שדני פילק כינה תהליך המסחור (או המסחור מחדש) של מערכת הבריאות, שבא לידי ביטוי בצורות אחדות: (1) הפרטת המימון של מערכת הבריאות – ירידת המימון הציבורי ועליית המימון הפרטי, המתבטא כיום במימון על-ידי משקי-בית (מעבר למס הבריאות) על-ידי הוצאה ישירה והוצאה לביטוחים פרטיים; (2) הפרטת הבעלות על המשאבים, שבאה לידי ביטוי בגידול הנתח של הרפואה הפרטית בכלל מוסדות הבריאות; (3) התפתחות שירותים פרטיים במגזר הציבורי, בצורת השר"פ (שירות רפואה פרטי, קרי שירותים פרטיים הניתנים בבית-חולים ציבורי תמורת תשלום) והשר"ן (שירות רפואי נוסף – שירותים שאינם כלולים בסל שירות הבריאות שפיתחו בתי-חולים ציבוריים); (4) "יזמות" של שירותים ציבוריים, קרי אימוץ על-ידי מוסדות ציבוריים של שיטות עבודה ואידיאולוגיות ארגוניות המיובאות מהמגזר העסקי; (5) פתיחת אפיקי השקעה חדשים על-ידי העמקת המדיקליזציה של החברה: היבטים שונים של החיים נתפסים כזקוקים או ניתנים לטיפול.

כנגד הליכי מסחור אלה יש תהליכים אחרים, כגון חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, שהכיר בקבלת שירותי בריאות כזכות אזרחית, הכניס למעגל הזכאים כ-7% מהאוכלוסייה שלא היתה מבוטחת קודם-לכן וגם יצר גבייה שוויונית יותר – לפחות בתחילה. אך שנתיים

234 סבירסקי ואח', לעיל הערה 78, בע' 1.

235 קופ, לעיל הערה 129.

236 כך לפי מחקר שנערך בשנים 2000–2002, ולא כלל עובדים זרים, אלא רק ישראלים, רובם יהודים (ר' רוניק "תמותת תינוקות בדרום ת"א – פי 3 מבצפון" הארץ 27.11.2003).

237 א' לביא "למה הם מתים?" הארץ 23.1.2001.

אחרי חקיקת החוק החלה מה שפילק מכנה "מתקפת משרד האוצר" על החוק באמצעות השינויים השונים שנותחו במאמר זה.²³⁸ התוצאה מוליכה את ישראל למשטר בריאות של מימון פרטי במידה רבה, ויש הטוענים שתהליך זה מרחיק את ישראל מהמקום שבו ניצבה אפילו בתקופות שלפני חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי²³⁹. בסיטואציה זו של הפרטה ומסחור יש לתת את הדעת, כפי שטען גיא מונדלק, על כך שזכותו של הפרט לבריאות מחייבת תשתית חברתית המבטיחה שהטיפול הרפואי יימצא במסגרת מתחם הבחירה הממשי של הפרט, ואם כל מה שהחברה מציעה לפרט זו מערכת בריאות חברתית דלה, ללא משאבים, כאשר האוכלוסייה צורכת ברובה שירות בריאות על-פי יכולתה הכלכלית, קשה לומר שהתקיימה זכותו של הפרט לבריאות. כדבריו, יצירת מערכת בריאות כפולה, המורכבת ממערכת אחת התלויה ביכולת תשלום אישית ומערכת אחרת המספקת את המינימום ההכרחי לכל נזקק, מבטיחה את נחיתותה של המערכת הציבורית²⁴⁰. כפי שראינו במקרה הישראלי, גם במערכת שאמורה לספק את המינימום ההכרחי, צריכת הבריאות נעשית תלויה יותר ויותר ביכולת תשלום אישית, ואף ספק אם מערכת זו מספקת את המינימום ההכרחי. במובן זה, הבעיה שנוצרה בישראל חמורה עוד יותר מהבעיה שמונדלק מתאר. עם זאת ניתן לומר, ברוח דבריו, שעצם קיומו של הפער בין מערכת פרטית למערכת הציבורית יוצר מצב שאינו מאפשר לומר כי הזכות לבריאות זוכה שיכבדוה. עם זאת נדמה שבשיטה הקפיטליסטית שבה אנו חיים קשה לחשוב על מצב שבו לא תתקיים מערכת רפואה פרטית כלל. לא אכנס כאן לסוגיה אם ראוי שחברה תשאף שלא תהיה בה מערכת בריאות פרטית, אך ברור שקיום מערכות פרטיות לצד

238 ד' פילק "הפרויקט הניאו-ליברלי ותהליכי הפרטה במערכת הבריאות" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 375. לניתוח מאיר-עניינים של תהליכים אלה והרקע להם ראו גם פילק, לעיל הערה 53.

239 קופ, לעיל הערה 129, בע' 86.

240 ג' מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז (תשנ"ט) 65, 106-108. בהקשר זה יש לתת את הדעת על פרסומים שלפיהם קיים לחץ מצד קופות-החולים לא לרשום טיפולים או בדיקות שנכללים בסל בשל שיקולים כלכליים: 40% מהרופאים דיווחו על כך בסקר של משרד הבריאות שפורסם בינואר 2001. יתר על-כן, רופאים שכתבו מרשמים לתרופות יקרות קיבלו מכתבים שבהם התבקשו להסביר זאת. 30% מהרופאים אמרו שאכן הם ממעיטים בבדיקות ובטיפולים יקרים גם אם הם כלולים בסל-הבריאות. ראו ח' שדמי "הקפאה? עדכון? סל הבריאות הולך ונשחק" הארץ 24.11.2002, וכן ר' רוניק "רפואה וולה" הארץ 1.11.2002.

בריאות בישראל: בין זכות למצרך

הציבוריות, בתחום הבריאות - כמו גם בתחום החינוך - הוא גורם מרכזי לאי־שוויון, ולכן לפגיעה בעקרון ההנאה השווה מהזכות. במונח מסוים, זה מופע נוסף של העיקרון שקרל מרקס הצביע עליו, כי הקניין הפרטי הוא גורם מרכזי לאי־שוויון בחברה. נקודת־ההנחה שלי אינה שהפנייה לזכויות יכולה לבטל אי־שוויון זה; היא רק עשויה לצמצם אותו. אולם מאחר שאנו חיים בחברה שיש בה קניין פרטי ומערכת בריאות פרטית, המעט שניתן לעשות תוך שימוש בפנייה לרעיון של זכויות־אדם והזכות לבריאות בפרט הוא הבטחה שתהיה לפחות נגישות לשירותי בריאות חיוניים ברמה טובה לכל. ניתן כמובן להצביע מנגד על הסכנה הטמונה בפנייה לרעיון של זכויות כמציעה פתרונות נקודתיים ומינימליים וככזו שעשויה להנציח דווקא את אי־השוויון בשל אי־המודדותה עם אי־שוויון חברתי ומבני עמוק. עלינו להיות מודעים לסיכון זה. עם זאת סבורני שפיתוח תפיסת זכויות בצורה המתוארת במהלך המאמר אכן עשויה להוות כלי לצמצום אי־השוויון: הכלי של זכויות יכול וצריך להיות כלי ביקורתית שבשמו יש להבטיח מנגנון של עדכון מהיר וסביר של סל־הבריאות ועלותו וביטול תשלומי השתתפות של חברים בעד מה שכלול בסל. כמובן שדרושה גם הקצאת משאבים מספקת שתבטיח שהרמה של השירות במערכת הציבורית תהיה טובה.

בריאותו של אדם אמורה להיות חלק ממרכיב אורחותו בחברה. בעקבות מרשל נוהגים לדבר על האזרחות החברתית כאחד ממרכיבי האזרחות²⁴¹. אזרחות חברתית בתחום הבריאות מחייבת שוויון, עזרה הדדית וצדק, כפי שנקבע בחוק הבריאות. היא לא תתאפשר בלעדיהן. במונח זה, שחיקת הזכות לבריאות היא חלק משחיקת האזרחות החברתית לטובת הפרויקט הניאו־ליברלי²⁴². האזרחות הניאו־ליברלית "חפה" מערכים אלה של שוויון, ערבות הדדית וצדק, שהם חלק מהאזרחות החברתית. התהליכים שתוארו במאמר זה משקפים מאבק בין האזרחות החברתית לבין שלילתה באידיאולוגיה הניאו־ליברלית. הדאגה לבריאות של חברי החברה מצטמצמת עם צמצום האזרחות החברתית, זאת נוסף על כך שמי שאזרחותו מופחתת מלכתחילה²⁴³ זוכה במחויבות פחותה של החברה לבריאותו.

T.H. Marshall *Class, Citizenship, and Social Development* (New York, 1965) 241

D. Filc "Social Rights and Neo-liberalism in Israel; the case of the health system" 242
(under review)

G. Shafir & Y. Peled על רמות שונות של אזרחות ועל אזרחות מופחתת בישראל, ראו: "Citizenship and Stratification in an Ethnic Democracy" 21 *Ethnic and Racial Studies* (1998) 408. על רקע זה יש להבין את הפערים בתחום הבריאות של פלסטינים אזרחי ישראל ואת אי־הכללתם של מהגרי עבודה בישראל בסל־הבריאות. מצבם של הפלסטינים בשטחים גרוע במיוחד, כמי שחיים תחת שלטון הכיבוש הישראלי, אך הינם חסרי אזרחות וזכויות.

