



# מדיניות בריאות בראי הפסיקה

טוביה חורב

---

**ערכה והביאה לדפוס:**  
דלית נחשון-שרון

**כתובת המרכז:** רחוב רב אשי 4, ירושלים, 93593  
**טלפון:** 6790471-02  
**פקס:** 6792676-02

**Email:** [info@taubcenter.org.il](mailto:info@taubcenter.org.il)  
**אתר באינטרנט:** [www.taubcenter.org.il](http://www.taubcenter.org.il)

נדפס בדפוס מאור-ולך, ירושלים

**פתח דבר**

מעורבותה של מערכת המשפט בסוגיות שונות של מדיניות היא תופעה נפוצה בישראל. הפסיקה הפכה תחליף לאי-החלטה ולא-יישום של זכויות אזרח בתחומים השונים. העיסוק של בתי המשפט ממקד את תשומת הלב הציבורית לסוגיות שונות שאינן נענות על-ידי מקבלי ההחלטות גם לאחר שהחקיקה נתנה להן לכאורה את המענה. החקיקה של חוק ביטוח הבריאות הממלכתי נועדה לקדם את בריאות האוכלוסייה תוך כדי הקטנה אי-השוויון בין הקבוצות השונות של הציבור, אולם מאז הנהגתו חלו שינויים והתפתחויות אשר חלק מהם פגמו בכוונה המקורית. במצב זה בולטת חשיבותם של בתי המשפט, שעיסוקם בסוגיות של הרפורמה במערכת הבריאות משלים לעיתים קרובות את החסרים שנוצרו מאז הוחל ביישום הרפורמה.

המחקר השיטתי שערך ד"ר טוביה חורב מעלה, כי ישנן סוגיות שבתו המשפט נמנעים מלטפל בהן, בעיקר סוגיות של עלות סל שירותי הבריאות ומדד יוקר הבריאות, וזאת מתוך הקפדה על עיקרון אי-ההתערבות בשיקוליו של בעל הסמכות – כתוצאה מכך ישנן החלטות של המדינה שאינן זוכות לבדיקה משפטית מעמיקה.

ניתוח מדיניות הבריאות בראי הפסיקה המוצג כאן ממשיך את המחקר המקיף של ד"ר חורב בתחום החקיקה. שני המחקרים מובילים להמלצה, שיש להחזיר את הרפורמה בבריאות לנתיב המבטיח ממנו היא הוסטה במהלך השנים. בישראל אין חוק יסוד המתייחס באופן שיטתי לנושאי הבריאות. עד שתאושר בכנסת טיוטת חוק יסוד זכויות חברתיות (הכולל גם התייחסות לבריאות), זכויות האדם בתחום זה ימשיכו כנראה לשאוב את תוקפן מן הפסיקה.

החלטת בית המשפט מסוף מאי 2005 בעניין סל התרופות – המחייבת את המדינה לנמק מדוע תרופות מסוימות לחולי סרטן הערמונית והמעיי הגס אינן כלולות בסל הבריאות – מדגימה את ממצאי המחקר החדש של ד"ר טוביה חורב על מקומה של מערכת המשפט בעיצוב מדיניות הבריאות. במלאת עשור לחוק בריאות ממלכתי ראוי להשלים את הטעון השלמה ביישום החוק, ולא לגלגל את האחריות לכך על בתי המשפט.

### **יעקב קופ**

ירושלים, אייר תשס"ה, מאי 2005



## מדיניות בריאות בראי הפסיקה

### תוכן העניינים

7	1. מבוא וסיכום
11	2. סקירה תמציתית של הממצאים
18	3. ממדים מרכזיים בחקיקה שיפוטית בעקבות חוק ביטוח בריאות
28	אחרית דבר
29	נספח מתודולוגיה
30	מקורות



## \* מדיניות בריאות בראי הפסיקה

\*\* טוביה חורב

### 1. מבוא וסיכום

הניסיון מלמד שלבתי המשפט במדינות דמוקרטיות יש תפקיד חשוב ביישום מדיניות ציבורית הנשענת על עקרונות של צדק חברתי בתחומים רבים. תפקידם של בתי המשפט ניכר גם בתחום הבריאות, עקב השפעתם הן על ההיבט התחיקתי והן על התנהגות ה"שחקנים" במערכת. השפעתם הפכה מקובלת באמצעות מה שמכונה 'חקיקה שיפוטית', אותה מקובל לראות כמקור משלים לסמכות המוקנית בחוק.

בכל הקשור למערכת הבריאות, נקודת המוצא לסמכות של מערכת המשפט מעוגנת בישראל בסעיף 54(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, אשר הקנה לבית הדין לעבודה סמכות ייחודית לדון בכל תובענה, למעט תביעת נזיקין שבין מבוטח או מי שהוא טוען שהוא מבוטח לבין שר הבריאות, מנכ"ל משרד הבריאות, המוסד לביטוח לאומי, קופת-חולים, נותן שירותים לפי חוק זה, וכן בתובענות שבין המוסד לביטוח לאומי לבין קופת-חולים או לבין מי שחייב בתשלום דמי ביטוח בריאות. עוד נקבע, כי ככל שמדובר בפירוש הוראה מהוראות חוק הבריאות או חקיקת המשנה על פיו, בית הדין לעבודה ינקוט בפרשנות המקובלת לגבי חקיקה סוציאלית, לשם השגת מטרתה ותכליתה של החקיקה. לקביעה זו השפעה מכרעת על הדרך בה בית המשפט התייחס למחויבות הקיימת כלפי המבוטחים מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי. מדיניות זו, בה בחר

\* המאמר מבוסס על עבודה נרחבת יותר של ד"ר טוביה חורב, **מעורבותה של מערכת המשפט בעיצוב מדיניות הבריאות**, שפורסמה על-ידי מרכז טאוב במרץ 2005. העבודה ניתנת לקריאה ולהורדה מהאתר של המרכז: [www.taubcenter.org.il](http://www.taubcenter.org.il).

\*\* ד"ר טוביה חורב, מרצה במדיניות בריאות באוניברסיטת בן-גוריון בנגב ומשמש כיועץ במינהל רפואי למנכ"ל קופת-חולים מאוחדת.

המחבר מבקש להודות לפרופ' דפנה ברק-ארז ולד"ר אייל גרוס מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב על הארותיהם. תודה מיוחדת לעו"ד מומי דהן על עזרתו באיסוף החומר ועל הארותיו.

בית הדין בישראל, באשר לאופייה של הפרשנות המקובלת, מעוגנת גם באמנה בינלאומית.

המחקר שלפנינו בחן את פסקי הדין שנידונו בבתי המשפט בישראל, אשר נגעו לרפורמה במערכת הבריאות, והעלה מתוכם תפיסה לגבי תפקידה והשקפת עולמה של מערכת המשפט בישראל<sup>1</sup> (ראה פירוט של המתודולוגיה בנספח). המחקר מגלה כי בתי הדין מילאו עד כה תפקיד חשוב במספר סוגיות המתייחסות להיבט המערכתי הכולל, בעיקר בנושאים הבאים: קביעת הלכה שאין חובה לספק טיפול רפואי מיטבי, ההכרה בלגיטימיות של מגבלת התקציבית וגיבוש ואכיפת סדרי הדיון בוועדות מנהליות.

בסוגיות אחרות, לעומת זאת, כגון עלות סל שירותי הבריאות ומדד יוקר הבריאות, נמנע בית הדין עד כה מלטפל גם כאשר הסוגיות שהוצגו הצביעו לכאורה על ליקוי במדיניות הנקטת על-ידי המדינה, וזאת עקב הקפדה על עיקרון אי-ההתערבות בשיקולי בעל סמכות. בית הדין נטה להסתפק בכך שכפה על בעל הסמכות לבצע בדיקה עניינית. הוא לא בדק את סבירות ההחלטה ולא מיקם אותה בתוך מתחם הסבירות או מחוצה לו, למרות שהיא עמדה בניגוד להמלצות של שתי ועדות ציבוריות וכן של מועצת הבריאות, שהיו תמימי דעים בדבר חוסר הסבירות של השיטה הקיימת.

סוגיית העדכון של נוסחת הקפיטציה, לפיה מתנהלת הקצאת התקציב בין קופות-החולים טרם הוכרעה, ובשלב זה בית הדין החזיר את הנושא למשרדי הבריאות והאוצר לצורך דיון במסגרת ועדה מקצועית. סוגיית הקפניג (שיטת ההתחשבות בין קופות-החולים לבתי-החולים) נמצאת בימים אלה על המדוכה וטרם התקבלה החלטה גם בעניין זה. השאלות העומדות שם על הפרק נוגעות בין השאר לרלבנטיות של הפעילות הקיימת בבתי-החולים, שבבעלות קופות-חולים כללית, על הרכב הנוסחה ולתמריצים המובנים בנוסחה, אשר עלולים להשפיע על התנהגות בתי-החולים בכיוונים התורמים בטווח הבינוני והרחוק לגידול בהוצאה על שירותי אשפוז וכתוצאה מכך גם לגידול בהוצאה הלאומית לבריאות.

<sup>1</sup> העבודה הנוכחית מהווה המשך לעבודה הקודמת, שפורסמה במרכז טאוב ביולי 2004, ועסקה בסקירת המגמות המסתמנות משינויי חקיקה, שהוכנסו בחוק חוק ביטוח בריאות ממלכתי (1994) מאז אישורו בכנסת ובמהלך העשור שעבר מאז. המחקר הקודם התמקד בהצגת השקפת העולם של הרשות המחוקקת כפי שהיא השתקפה בשינויים שנערכו בחוק ביטוח בריאות ממלכתי מאז חקיקתו.



ישנן סוגיות, אשר יש להן השלכות על המדיניות הכוללת במערכת הבריאות, אך בבתי הדין לא התקיים בהן דיון בהיבט המערכתי הכולל. ההתייחסות שם הייתה פרטנית בהתאם לנסיבות, כמו לדוגמה בשאלת תרופות מצילות חיים שאינן בסל הבריאות.

קיימות עדיין סוגיות לא מעטות שעומדות כיום על הפרק וטרם הוכרעו או שלא הובאו עדיין להכרעת בתי הדין. כך, לדוגמה, בעניין חוק ההגבלים העסקיים ויישומו לצורך יצירת איזונים במערכת הבריאות, יחסי קופות-החולים וחברות הביטוח, וכן סוגיות הקשורות לגורמים/תופעות המהווים סיכון בריאותי לציבור. בסוגיות אלה האחרונות קיים כר נרחב לפעילות שעשויה להביא לשינוי התנהגות של גורמים מסחריים, שעיסוקם מביא לנזק בריאותי (כגון יצרני הסיגריות, מפעלים מזהמים ועוד) ולחיסכון בהוצאה הציבורית על בריאות.

הערכים לאורם נבנתה הרפורמה במערכת הבריאות הוגדרו בחוק, הם נכונים וחשובים, אולם שאלת היישום והפרשנות שלהם לחיי היום-יום במערכת הבריאות שונה ותלויה בנקודת המבט של המתבונן. זכויות אדם, שבמדינות אחרות מקובל לעוגן בחוקה, פותחו בישראל באמצעות הפסיקה. בשנת 1992 חוקקה הכנסת את חוק יסוד: חופש העיסוק ואת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – חוקים שהיוו נקודת מפנה בהגדרת זכויות האדם בישראל. אלא שחוקי יסוד אלה מכסים רק חלק מזכויות האדם. בישראל אין כיום חוק יסוד המתייחס לבריאות ועד שתאושר בכנסת טיוטת חוק יסוד: זכויות חברתיות (הכולל גם התייחסות לבריאות) ימשיכו זכויות האדם בתחום זה לשאוב את תוקפן מן הפסיקה.

#### **האתגר המונח לפתחם של בתי המשפט ולפתחה של החברה בישראל**

תוצאות המחקר הנוכחי מצביעות על החותם העמוק שהטביעו בתי הדין בישראל על הנעשה כיום במערכת הבריאות. ייתכן שזוהי רק תחילת הדרך, והאתגר הבא הניצב בפני מערכת המשפט בישראל הוא הרחבת העיסוק אל מעבר לכללי הניהול של המערכת וטיפול בהיבטים שונים של המדיניות הכוללת, דבר שיאפשר אספקת שירותי בריאות שוויוניים וצודקים יותר. ייתכן שלצורך כך אין להסתפק בעיקרון של אי-ההתערבות, ונדרשת לעיתים בדיקה מעמיקה של סבירות ההחלטה אותה מקבלת המדינה בשאלות יסודיות, כגון דרכי המימון של סל הבריאות וחלוקה צודקת של משאבים. אתגר נוסף הוא ההתמודדות עם הקונפליקט להכריע בין צורכי הפרט לצורכי הכלל על בסיס סדרי

עדיפויות כוללים של מערכת הבריאות וקיום דיון מעמיק בכל מקרה, לא רק בדבר נסיבותיו המיוחדות, אלא גם בהשלכות שיש לאותה סוגיה על מערכת הבריאות ומתוך כך על הציבור כולו.

פעילותו של בית הדין אכן משפיעה ומעצבת את ההתנהגות של קופות-החולים ושל בעלי עניין אחרים במערכת הבריאות. גם במדינות אחרות הוכח כי לעיתים די במספר פסקי דין כדי לעצב התנהגות של ארגון, ללא צורך בהתערבות תחיקתית וייתכן שהגיעה העת להרחיב את מעגל ההשפעה גם לתחום פעילותו של הרגולטור. ראוי גם לומר, כי חקיקה שיפוטית אינה מצב רצוי והיא אינה יכולה לבוא במקום תהליך מסודר של קביעת סדרי עדיפויות ויישומם למסגרת של מדיניות כוללת, תוך הוצאת הנחיות מסודרות מצד הרגולטור. ההתדיינות בבתי המשפט לא יכולה להוות פתרון הולם לבעיות שהרגולטור לא רוצה או לא יכול לפתור, היא יכולה לתרום נדבך מסוים, בעיקר בהיבט המנהלי, אולם היא לא יכלה למלא את מקומו של הרגולטור.

בתי הדין בישראל תרמו עד כה רבות לעיצובה של מערכת בריאות צודקת יותר וסביר להניח שבעתיד אף תורחב היריעה, אולם הם לא יוכלו לרפא את כל תחלואי המערכת. למרות זאת, הבעת עמדה ברורה מצדם יכולה להשפיע על קובעי המדיניות במשרדים השונים ולתרום לקבלת החלטות אמיצות מצד קובעי המדיניות, שתוצאתן תהא קביעת סדרי עדיפויות במערכת הבריאות, הבטחת הבסיס התקציבי הנדרש למערכת זו וביצוע שינויים מבניים החיוניים כל כך לפעילותה התקינה של מערכת הבריאות. בטוחני ששיתוף פעולה זה, בין מערכת המשפט לבין הרגולטור, יצעיד בסופו של דבר את מערכת הבריאות לעתיד טוב יותר.

העבודה הנוכחית מציגה בקצרה את הממצאים והמסקנות העיקריות שעלו מהמחקר. סעיף 2 להלן סוקר באופן תמציתי את הממצאים שעלו במחקר בתחומים השונים (הנושאים השונים מפורטים בעבודה המלאה, על הפסיקות הרלבנטיות). סעיף 3 דן בממדים של החקיקה השיפוטית ובאופיים של מרחבי ההתערבות של בתי המשפט בישראל. במקרים מסוימים מוצגת השוואה למדינות אחרות תוך הארת האתגרים העומדים עדיין בפני מערכת בתי המשפט בישראל בתחום הבריאות, והאתגרים הניצבים בפני המערכות האחראיות ליישומם של חוק ביטוח הבריאות.

## 2. סקירה תמציתית של הממצאים

### א. מסגרת הסמכות של בתי המשפט

באופן כללי נמצא במחקר באשר למסגרת הסמכות, כי בתי הדין נמנעו מלהיכנס לתחומים המצויים בתחום הסמכות והאחריות של הגורמים המקצועיים הסטטוטוריים שנקבעו בחוק (בעיקר מדובר במשרד הבריאות ובקופות-החולים). להלן התייחסות קצרה לכמה ממדים של מסגרת הסמכות:

#### אישור סעד זמני

הנטייה הדומיננטית של בתי הדין הייתה, שלא לאשר מתן סעד זמני, במיוחד כשמדובר בשירות שאינו בסל, וכי יש לדון בתביעה במסגרת ההליך העיקרי. כך לגבי דרישה לתרופה, שאינה בהתוויה, או לגבי בקשה לקבלת מכשיר שאינו בסל השירותים. נמצאו מקרים (מעטים אמנם) בהם הוחלט בארצי שלא לדון כלל בערעור (על מתן צו עשה זמני) ולמעשה השאירו בתוקף צו שהוצא בערכאה האזורית, עד לקבלת החלטה במהלך הדיון בתיק העיקרי.

#### תקצוב והשאיפה לריסון הוצאות

הגישה שנקוטה, בדרך-כלל, על-ידי מערכת המשפט – לגבי האיזון הראוי בין זכויות האדם לשירותי בריאות הולמים, לבין מגבלות התקציב הציבורי – הינה, שאין חברה שמשאביה בלתי מוגבלים, וכי אין רשות הפועלת בחברה על פי חוק הרשאית ויכולה להתעלם מאילוצי תקציב ולספק שירותים ללא חשבון, תהא חשיבותם רבה וחיונית ככל שתהא. בתי המשפט נטו לפסוק כי יש לקבוע סדרי עדיפויות וקדימויות, וכן כללים וקריטריונים מנחים ליישומם, אשר יעמדו במבחן הסבירות, ויופעלו תוך שוויון. במספר תביעות שנדונו בבתי הדין לעבודה היה ניסיון להינתק מהמגבלה התקציבית תוך הישענות על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מרביתן לא צלחו. נשיא בית המשפט העליון, השופט ברק הדגיש בעבר שיש להיזהר מהרחבת יתר של כבוד האדם, וכי כבוד האדם אינו כלל זכויות האדם<sup>2</sup>. לדבריו, לא כל זכות אדם, המוכרת בחוקות על דבר זכויות האדם, כלולה בכבוד האדם. כך, למשל, מספר זכויות אדם חברתיות, כגון הזכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית הן

<sup>2</sup> ראה לדוגמא בספר של כבוד הנשיא ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שלישי, תשנ"ג עמ' 416, 419.

בוודאי זכויות חשובות ביותר אך לדבריו דומה שאין הם חלק מכבוד האדם. בעניין זה אף הודגש שזכויות האדם העל-חוקיות אינן זכויות מוחלטות אלא יחסיות וכי "יחסיות זו מעוגנת בצורך לקיים זכויות אדם של כל בני האדם ובצורך לקיים את צרכי הכללי". על פי הגישה הרווחת, מינימום הזכויות החברתיות מוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>3</sup> ההלכה הרלוונטית שיצאה מלפני בית המשפט העליון, ואשר דנה בכבוד האדם בהקשר לאמור לעיל, מתייחסת למינימום הקיום האנושי – לאדם חסר דיור, או הרעב לחם, וכן לאדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי.

#### **התערבות בשיקוליו של בעל סמכות**

הנטייה הכללית תאמה את הכלל הנקוט במערכת המשפט, כי כל עוד שיקול הדעת של הרשות הוא כדין, החלטת הרשות תעמוד אפילו אם בית המשפט סבור כי זו איננה ההחלטה הטובה ביותר. בית המשפט נמנע מלבחון את תבונתה של ההחלטה או את יעילותה והגביל את עצמו לבחינת חוקיותה, על פי העילות שגובשו במסגרת המשפט המנהלי. לפיכך התייחס לחובה להימנע מאפליה ולנהוג בשוויון, לחובה שלא לנהוג בשרירות, לחובה לפעול בתום לב, לחובה לפעול בהגינות, לחובה להפעיל שיקול הדעת בסבירות, לחובה שלא לפעול מתוך שיקולים זרים או למטרות זרות ולחובה לשיקול את כל השיקולים הרלבנטיים בעת הפעלת שיקול הדעת.<sup>4</sup>

שאלת ההתערבות של בית המשפט בשיקוליו של בעל סמכות עלתה הן בהקשר להחלטות שהתקבלו במשרד הבריאות בעניין הכללה/אי-הכללה של תרופה או שירות בסל בהתוויה מסוימת, והן לגבי החלטות של קופה שלא לאשר שירות/תרופה אשר לטענת המבוטח היו חיוניים עבורו אולם אינם כלולים בסל הבריאות. הכלל שנהג הוא שבית הדין בדק אם בעל הסמכות פעל בהתאם לדיני המשפט המנהלי. לגבי הנחיות מנהליות נאמר, שהתערבות בית המשפט בודקת אם נפלו פגמים, כגון שיקולים זרים שאינם לעניין, קביעות שרירותיות, חוסר תום לב, חוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין וכיוצא באלה.

במקרים בהם נמצאו פגמים במערכת השיקולים של הרשות המנהלית, בית הדין החזיר את העניין לרשות, תוך מתן הנחיות לעניין

<sup>3</sup> להרחבה בעניין זה ראה לדוגמא אצל גרוס א, 2000, עמ' 465.  
<sup>4</sup> ראה בספרו של הר זהב, 1996.

השיקולים הרלבנטיים. כלומר, בית הדין אינו משמש ועדה לבחינת הכללת תכשיר רפואי כלשהו לסל שירותי הבריאות ואינו מתערב בשיקול הדעת של הגורמים המקצועיים (משרד הבריאות או קופת-חולים), אלא מפנה את תשומת הלב לפגם כלשהו בהפעלת שיקול הדעת, לרבות פגם של שקילת שיקולים זרים, חריגה מעיקרון השוויון או חוסר סבירות.

### **ב. ניהול קופות-החולים ומשרד הבריאות**

במספר מקרים נבחנה בבתי הדין תקפותן של הנחיות מנהליות במערכת הבריאות, במרבית המקרים בית הדין הכשיר את תקפותן. כמו כן נדונו סדרי עבודת ועדות מנהליות. להלן כמה נושאים מרכזיים שעלו:

#### **ביקורת על הוועדות המנהליות**

בית הדין נטה להכריע כי במצבים מסוימים קיים הכרח בקיומו של דיון פרטני בכל מקרה ומקרה ולא גיבה את נטייתן של הקופות להימנע מדיון בוועדת החריגים. את ההחלטות של ועדה רפואית נטה בית המשפט לראות כהחלטה של גוף שהוא מעין שיפוטי, שחייבת לנמק את עמדתה, והנתונה לביקורת שיפוטית. בית המשפט קבע כי הוועדות מחויבות בניהול פרוטוקול מפורט ובהצגתו, כולל חוות הדעת שניתנו על-ידי מומחים בפני מבוטח, הוצאת החלטה מנומקת ומתן זכות שימוע למבוטח. בית המשפט אף התייחס לקריטריונים לפיהם צריכה ועדת חריגים לשקול פנייה של מבוטח לקבלת שירות רפואי/תרופה שלא בסל, כולל התייחסות לנסיבות המקרה הספציפי העומד בפניה.

בהקשר זה, נקבע כי עיקרון השוויון אינו מונע מקופת-חולים לספק לחולה מסוים טיפול מעבר לסל שבחוק (על בסיס קריטריונים שנקבעו לכלל חברי הקופה) והחלטה כתובה ומנומקת של ועדת חריגים.

#### **הסדרי הבחירה**

בית הדין נטה לדחות בקשות המבוטחים להשתתפות בהוצאותיהם באותם מצבים בהם בחירתו של מבוטח אינה עולה בקנה אחד עם הסדרי הבחירה של הקופה. חלק מהדיונים בנושא זה נסובו סביב שאלת ההצדקה לחייב מבוטח לקבל שירות רפואי דווקא במקום מסוים, בהקשרים של חשש לפגיעה ברציפות הטיפול, וכדומה.

#### **תשלומי חברים**

בתי הדין נטו לקבוע כי הקופה אינה חייבת לממן שירותים רפואיים ללא תשלום אלא בהתאם למפורט בחוק. לפיכך ישנה נטייה לדחות תביעות

של מבוטחים לקבלת החזר כספי בגין שירות אותו קיבל המבוטח שלא במסגרת שהוכתבה על-ידי הקופה או בגין חיוב של מבוטח בתשלום של השתתפות עצמית שנקבעה בחוק. אפילו במקרים בהם קיים אישור של הקופה אשר בטעות יסודו (למשל אישור לספק תרופה ללא תשלום) נפסק, כי הקופה רשאית לתקן את הטעות ולגבות תשלום ואף מחובתה לעשות כן.

### ג. סל השירותים

#### הגדרת היקף המחויבות

הגישה של בתי הדין לגבי היקף המחויבות המצופה משירותי הבריאות דומה לגישה הנוהגת לגבי קצבאות הביטוח הלאומי – המחויבות של המדינה לספק את צרכי הרפואיים של המבוטח מוגבלת בהיקפה. עם זאת נקבע, שהמאפיין של ביטוח הבריאות הממלכתי הוא, שהשירותים הרפואיים כלפיהם קופת-חולים מחויבת הם בגדר 'ריצפה', וקופת-חולים מוסמכת ורשאית להעניק שירות רפואי או תרופה נוספים, מעבר לקבוע בחוק או על פיו.

#### זכאות לשירותי בריאות זהים מכוח חוקים שונים

קיימים מצבים בהם מבוטח הזקוק לשירות בריאות מסוים, הכלול בסל השירותים שבחוק ביטוח בריאות ממלכתי, זכאי לקבלו גם מכוח חוק אחר. במצבים אלה נקבע, כי המבוטח אינו זכאי לשירותי הבריאות רק כאשר חוק אחר מזכה אותו **בשירות רפואי בעין** – דוגמת הטיפול הרפואי לו זכאים נפגעי תאונות עבודה לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995. לעומת זאת, אם החוק האחר מבטיח פיצוי עקב הפגיעה הבריאותית ובגין השירות הרפואי לו נזקק הניזוק, כבעניין נפגעי תאונות דרכים הזכאים לפיצוי מכוח חוק הפיצויים, בית המשפט לא ישחרר את קופת-חולים מחובת אספקת השירות בהתאם לכללים שנקבעו בחוק ביטוח בריאות ממלכתי. במקרים אלה, היא רשאית כמובן לתבוע את הטבת הנזק מהמזיק או ממבטחו.

#### הגדרת "טיפול מקובל"

בית הדין התייחס למושג "טיפול מקובל", ככזה הנוגע לטיפול הרגיל בארץ, שניתן על-ידי רוב הרופאים המומחים בעניין המחלה ממנה סובל החולה. במילה "מקובל" הכוונה למקובל במקצוע ולא למקובל אצל רופא

אחד. עקב התקדמות שירותי הרפואה ועל רקע קצב ההתפתחות הטכנולוגית בתחום זה, הטיפול המקובל עשוי כמובן להשתנות עם הזמן.

#### **בעיות בהגדרת הסל**

בתי הדין התייחסו לכפילות הקיימת לכאורה בהגדרת הסל. לגבי האחריות לאספקת שירותי בריאות הנפש נפסק במקרה מסוים כי המדינה אחראית על מימון שירותי בריאות הנפש בבתי-חולים ובמרפאות חוץ של בתי-חולים ואילו שירותי בריאות כללית אחראית על מימון השירות במסגרת המרפאות שלה לבריאות הנפש הממוקמות בקהילה. תחום אחר של בעיות בהגדרת הסל נגע למקרים בהם הוחל כבר בטיפול, שאמנם איננו כלול בסל, ולאחר מכן הקופה ניסתה להפסיק את המימון. בית הדין ציין את חובת ההגינות וחובת הנאמנות המוטלת על הקופה וקבע, כי משהחלה הקופה בטיפול אינה יכולה לטעון בהמשך שהיא חדלה מכך מאחר שאינו בסל השירותים – ואכן ניתן צו עשה המבוקש למימון המשך הטיפול.

#### **ד. סל התרופות**

בתי הדין התמודדו רבות עם תביעות שנגעו לסל התרופות בגין המחלות העיקריות הבאות: טרשת נפוצה, סוגים שונים של סרטן, וניוון שרירים. בתי הדין נטו בדרך-כלל לפסוק, כי אין לחייב את הקופות לממן תרופות שאינן בסל וכי אין לאכוף על הקופה לספק תרופה שלא בסל אף אם התרופה המבוקשת זולה יותר מזו הקיימת בסל. במצבים בהם מוצו אפשרויות הטיפול באמצעות התרופות שבסל, והחולה מצוי בסכנת חיים מאחר שהתרופות שבסל לא הועילו לו – נטה בית הדין במקרים מסוימים לחייב את הקופה לממן את התרופה אף אם היא אינה רשומה בהתוויה המבוקשת. היו גם מקרים בהם חייב בית הדין את הקופה במימון תרופה בהתוויה שאינה רשומה גם אם לא דובר על רצף טיפולי (לא הוחל בטיפול). מדובר בדרך-כלל במקרים בהם העמיד בית הדין (בערכאה אזורית) את העיקרון של הארכת חיים, איכותם, כבוד וצלם אנוש אל מול צו התרופות.

המחקר מצביע על שינוי מסוים בהתייחסות בתי הדין לסוגיה זו. בתחילת הדרך התייחסות בתי הדין הייתה שמרנית יותר וצמודה לצו התרופות ולהתוויות הרשומות שם אך עם השנים שונתה הגישה. במרבית המקרים, כאשר בית הדין חייב קופה לספק שירות שאינו בסל, הוא לא הצביע על מקור המימון לביצוע ההחלטה, אולם במספר מקרים הוא

מצא לנכון, להמליץ בפני המדינה על הקמת קרן מיוחדת שתנוהל על-ידי משרד הבריאות לטיפולים ותרופות למימון טיפולים חיוניים שמחוץ לסל, ומכאן שלכאורה הוא רואה את חובת המימון כחובתה של המדינה דווקא. בית הדין המליץ גם לבחון את האפשרות לבצע "עדכון ביניים" של סל התרופות במהלך השנה בלי המתנה למועד העדכון השנתי.

### ה. סוגיות במימון השירותים ועלות הסל

התערבות בתי הדין בסוגיית העלויות קשורה בעיקר לעתירות שהוגשו על-ידי הקופות כנגד משרד הבריאות, במיוחד על רקע של אי-עדכון עלות הסל לקופות, ואי-עדכון הרכב מדד יוקר הבריאות, כדי שיבטא את העלויות האמיתיות של מערכת הבריאות בישראל. ההתערבות קיבלה אופי של צו בית המשפט, שהורה לשר הבריאות ולשר האוצר להידרש לדיון ולהחלטה בעניינים שעלו בעתירות השונות אך בהתגלגלות העניינים העתירות הללו לא הביאו לשינוי המיוחל.

גם בעניין נוסחת הקפיטציה, שינויים בנוסחה, עדכונה ועדכון מרכיביה, בית המשפט העליון לא נטה להתערב בשיקולי בעל הסמכות הסטטוטורית. במקום זאת, הוא הקצה למדינה זמן לשקול את הצורך בשינוי הנוסחה והורה לה להעביר אליו את המלצתה, תוך התייחסות גם לשאלה האם קיים צורך בפתרון ביניים עד לקבלת ההחלטה הסופית (על-ידי משרדי הבריאות והאוצר). בעניין זה, אגב, ממתניינים עדיין להמלצות הוועדה.

שיטת ההתחשבות בין קופות-החולים לבין בתי-החולים (קפינג) נידונה בשתי עתירות לבג"ץ. הראשונה מביניהן נדחתה, והשנייה טרם נדונה בבית הדין. מציאת נוסחה, שתאזן באופן הולם בין בעלי העניין השונים ותשיג שליטה בהוצאה הלאומית על שירותי בתי-החולים, הנה אתגר מורכב ועמדתו של בית המשפט בעניין זה עשויה אכן לסייע לקובעי המדיניות לעמוד באתגר.



### ו. שירותי בריאות נוספים וביטוח מסחרי

במקרה מסוים בו חברה קופה לחברת ביטוח, במטרה להציע למבוטחי הקופה ביטוח רפואי משלים, פירש בית הדין את מעמדה של חברות הביטוח כזרוע למעשה של קופת-חולים (מעין מיקור חוץ), אשר מממנת את שירותי הבריאות המשלימים ופסיקותיו היו בהתאם לחובותיה של הקופה.

כמעט ולא נדונו מצבים בהם קיים למבוטח כיסוי כפול בגין אותו שירות רפואי – ביטוחים של חברות ביטוח לצד הביטוח בקופת-החולים. לכאורה, נראה שיש לראות זאת כמצב של ריבוי חייבים, המחייב ההשתתפות של כלל החייבים בהוצאה, עיקרון המושתת על שיקולים של מניעת התעשרות שלא כדין, שתוקפו לא שאוב אך ורק מכוח חוק חוזה ביטוח.

### ז. הגבל עסקי ושליטה על שווקים בתחום הבריאות

יישום חוקי ההגבלים העסקיים על מערכת הבריאות בישראל נעשה בעיקר תוך התייחסות לעסקאות עם גופים פרטיים/עסקיים. בתי המשפט התייחסו במקרים מעטים להשפעתם של גופים ממשלתיים/ציבוריים/חצי ציבוריים על התחרות בענף הבריאות אולם כמעט שלא הייתה התייחסות למרכיבים מערכתיים הרלבנטיים לעניין. לדוגמא, חלק גדול ממיטות האשפוז כיום הן בבעלות ממשלתית. כמו כן, בכל הקשור לגודלן של קופות-החולים, קיים חוסר איזון היסטורי, דבר שעלול לכאורה להשפיע על התחרות החופשית בענף זה במיוחד באזורים מסוימים בארץ, בהם קיימת דומיננטיות מוחלטת לבתי-חולים שבבעלות שירותי בריאות כללית. השפעת חוסר האיזון הזה יכולה לכאורה להיות גם אופקית (בין ספקים שונים באותו ענף) וגם אנכית (ספק-לקוח).

### ח. בריאות הציבור

בג"ץ טרם דן בעתירה שהוגשה מטעם קופת-חולים כללית כנגד חברות הטבק בגין נזקים שנגרמו למבוטחיה עקב העישון. בתביעה דומה בארה"ב הגיעו יצרני הטבק להסדר במסגרתו הם הסכימו לשלם למדינה **246 מיליארד דולר** כשיפוי למדיקיד, בגין טיפולים רפואיים שהגישה למבוטחיה, הקשורים לנזקי עישון. כמו כן התחייבו החברות להבליט את

הסכנות שבעישון ולשנות את הסדרי הפצת ושיווק סיגריות. תביעה נוספת הוגשה בתקופת כהונתו של הנשיא קלינטון.

עמדת בתי המשפט בנושא זה ובנושאים דומים יכולה להשפיע לא רק על איתנותן הכספית של קופות-החולים אלא גם על ההתנהגות של אותם גורמים התורמים להגברת התחלואה ופוגעים באיכות החיים, ובכך להביא לתרומה ממשית לבריאות הציבור. כפי שציינו, תחום זה זכה אכן במקרים מסוימים למימוש מוצלח במדינות כגון ארה"ב – הטיפול בנושא זה החל שם בעקבות לחץ ציבורי, אשר זכה בהמשך לגיבוי מצד בתי הדין.

### **3. ממדים מרכזיים בחקיקה שיפוטית בעקבות חוק ביטוח בריאות**

תוצאות המחקר מעידות על פעילות ענפה בבתי הדין בישראל, במהלכה נקבעו הלכות בתחומים רבים הנוגעים למערכת הבריאות. בתחומים מסוימים הדיון הורחב מעבר למקרה הפרטני, בתי הדין התייחסו לסוגיות של מדיניות כוללת במערכת הבריאות, והתוו נורמות של ההתנהגות הנדרשת מצד גורמים שונים במערכת הבריאות. כך, לדוגמא, הוגדרה מסגרת הפעילות של בית הדין לעבודה בכל הנוגע לסוגיות שבחוק ביטוח בריאות ממלכתי, הותוו הכללים למתן סעד זמני, והובהר שבמסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי המחוקק לא התכוון לספק את הטיפול הרפואי המיטבי אלא את השירותים שהחברה מצאה לנכון ולאפשרי לממנס, בהתחשב במגבלות התקציב הציבורי.

המחקר מצא, כי הכלל שהנחה את החלטות בתי המשפט הוא שבמסגרת החלופות כדין, בית המשפט איננו ממיר את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו שלו. כך גם בכל הקשור לנושאים רפואיים מקצועיים – בתי הדין נקטו, באופן עקבי למדי, גישה של אי-התערבות בשיקולו של בעל סמכות ונתנו תוקף להנחיות מנהליות הקיימות במערכת הבריאות.

במצב של קיצוב משאבים נדרשות לעיתים מזומנות החלטות מצד קובעי מדיניות בריאות בשאלה של "מעט לרבים או הרבה למעטים", או במילים אחרות, האם הסל הציבורי צריך לכסות טיפולים/תרופות יקרים ונדירים, שהפרט אינו יכול לשאת בעלותם והמיועדים לטיפול במצבים רפואיים חריגים או שהסל הציבורי צריך להבטיח כיסוי רחב ככל האפשר למספר גדול ככל האפשר של מבוטחים. לכאורה, האפשרות לאמץ

פרשנות המרחיבה את סל השירותים, בהסתמך על חוקים דוגמת 'לא תעמוד על דם רעך' ועל חוק 'זכויות החולה', היא בבחינת "אחוז בזה וגם מזה אל תנח ידך", מצב שהתקציב הציבורי לא ערוך לו.

#### **א. בתי הדין וראייה מערכתית**

המחקר מלמד כי בתי הדין יידרשו יותר ויותר להתמודד עם האתגר ולהתעלות מעבר לעיסוק במקרה הבודד, לבחון את ההשלכות של כל החלטה על כלל המבוטחים ולהימנע מלקבוע "דה פקטו" את סדרי העדיפויות במערכת הבריאות, תוך הרחבה שיפוטית של סל שירותי הבריאות במעשה בית דין. נשאלת השאלה, האם בתי המשפט מקבלים לידיהם כלים המסייעים להגיע להחלטה הנכונה?

לכאורה, הגורם שצריך להאיר את עיני בית הדין בדבר ההשלכות ארוכות הטווח של הרחבה שיפוטית של סל שירותי הבריאות הם משרדי הבריאות והאוצר (כל אחד בהיבטים הקשורים לתחום פעילותו). במחקר נמצא כי בתביעות הקשורות למערכת הבריאות נוהג בית הדין לזמן, כמשיב פורמלי נוסף, את משרד הבריאות בלבד. משרד זה התריע בתחילת הדרך מפני פריצת המסגרת התקציבית, אולם בהמשך הוא נמנע במרבית המקרים מהדגשת נקודת המבט המערכתית ונטה לצמצם את ראייתו למקרה הפרטי, תוך שהוא משליך את הסוגיה הנדונה למגרשה של קופת-החולים. עמדת משרד האוצר המורגל בראייה כלל-מערכתית לא נשמעת בבתי הדין.

בית הדין יכול לכאורה לנקוט במספר חלופות: האחת היא שכל תביעה לקבלת תרופה/טיפול מצילי חיים, שאינם כלולים בסל, אשר תגיע לבית הדין, תועבר לקבלת חוות דעת מוועדת הטכנולוגיות/שר הבריאות, על מנת שאלה יקבעו, תוך פרק זמן קצוב, את סדרי העדיפויות של הטכנולוגיה המבוקשת אל מול טכנולוגיות חיוניות אחרות שטרם נכנסו לסל הבריאות. לחילופין יועבר הנושא לשר הבריאות על מנת שזה ישקול להפעיל סמכותו ולבצע "שיחלוף" של תרופה זו מול תרופה אחרת, פחות חיונית, המצויה בסל. כך יתאפשר להכליל את התרופה בסל, בהתוויות אלו ואחרות, דבר שעשוי לסייע גם למבוטחים אחרים המצויים במצב דומה ולא פנו לבית הדין.

אם בית הדין החליט שלא לבחור בחלופות אלה ולקבל החלטה במסגרת הדיון המשפטי, ראוי אולי לזמן, כמשיב נוסף, גם את נציג האוצר על מנת שהוא יציג את עמדת המדינה מנקודת מבטו, שהרי הוא

מורגל בראייה מערכתית כוללת ויוכל להציג את השקפתו בדבר השלכות אפשריות של פריצת מסגרת התקציב במערכת הבריאות.

### **ב. הגנת האינטרס הציבורי למול זכויות הפרט**

האתגר של הגנה על האינטרס הציבורי מודגם במערכת הבריאות בהגדלת ההוצאה הציבורית לצורך מימון תרופות מסוימות, העונות על צורכי פרט מסוים מול תרופות וטכנולוגיות חדשות, החיוניות למספר גדול יחסית של מבוטחים, ואשר לא ניתן להכלילן בסל הבריאות מחוסר תקציב. בית המשפט נוהג לעיתים להשתמש בנוסחת "מאזן הנוחות", הבודקת את היקף ה"נזק" הפוטנציאלי לכל אחד מן הצדדים. יש להניח, כי בשיטה זו יצא בדרך-כלל הפרט כניזוק העיקרי אל מול גוף ציבורי כגון קופת-חולים. אולם, לכאורה, מקורה של נוסחה זו במה שהוגדר בזמנו כנוסחת "הוודאות הקרובה", השוקלת במהותה את האינטרס הציבורי מזה ואת זכות הפרט מזה ובדקת את מידת הוודאות של הפגיעה באינטרס הציבורי.

בית המשפט קבע בעניין זה, כי אמת המידה אינה קבועה ואחידה לגבי כל סוגי המקרים, אלא יש לאמץ מבחן מתאים, תוך התחשבות במהותם ובחשיבותם של העקרונות המתמודדים בתפיסתנו לגבי עדיפותם היחסית ובמידת ההגנה שמבקשים אנו להעניק לכל עיקרון או אינטרס. מדובר, אם כן, במאזן של עקרונות ולא במאזן הבוחן אי-נוחות כלכלית. במצב של קיצוב משאבים בשירותי הבריאות, בבסיס נוסחת האיזון, ראוי אולי להציב את האינטרס הציבורי, כמתבטא בסדרי העדיפויות שהוגדרו בסל השירותים והתרופות שנקבעו בחוק או לחילופין בסל מורחב יותר אותו אימצה קופת-חולים מכוח סעיף 8(א1) לחוק, אשר אושר כחוק ופורסם בקרב כלל המבוטחים. לכאורה אין די במאזן הבודק את השווי הכספי של השירות הנדרש ואת משמעות ההפסד הכספי שייגרם לכל אחד מהצדדים. מסקירת פסקי הדין שנכללו בעבודה זו נראה כי במסגרת ההליכים המשפטיים, בהם אישר בית הדין בקשות לאישור תרופה חיונית שאינה כלולה בצו התרופות, לא נשאלה על-ידי בית הדין שאלה בדבר מידת הפגיעה האפשרית בסל הבריאות הציבורי או מיקומה של תרופה זו על פי סדרי העדיפויות שנקבעו על-ידי משרד הבריאות והאם שכרו של הפרט יצא בהפסדו של הכלל. כמו כן לא נשקלת העלות הכוללת של הוספת תרופה לסל באמצעות חקיקה שיפוטית, בשים לב לעובדה שעל פי עיקרון השוויון תצטרך הקופה לספק

תרופה זו לא רק למבוטח לגביו נקבעה הפסיקה אלא גם במקרים דומים אחרים.

לכאורה, על פי הגישה המקובלת נוהג בית המשפט לייחס משקל רב לסמכות שנוטלת על עצמה רשות ציבורית ולפרשנות שנתנה אותה רשות לחוק. גישה זו נובעת מהמודעות של בית המשפט למומחיות המיוחדת המצויה באותה רשות, ניסיונה וההיכרות הקרובה שלה עם השטח, עובדות המאפשרות לה לכאורה לממש מדיניות הולמת במסגרת המשאבים המוגבלים העומדים לרשותה.

בית המשפט נוטה לראות ביתר חומרה פגיעה בערכי יסוד, כגון שוויון, לעומת פגיעה חומרית. כמו כן, כדי שבית משפט יפסול החלטה מנהלית בטענת אי-סבירות, נדרשת אי-סבירות מהותית "היורדת לשורש העניין". זאת, בשונה מדיני נזיקין, בהם למשל סטייה רגילה מסטנדרט הסבירות, גם אם אינה מהותית, עשויה להקים אחריות ברשלנות. כל עוד אין חריגה ממתחם הסבירות, כל החלטה של הרשות המצויה בתוך מתחם זה, גם אם שונה היא מהאופציה בה היה בוחר בית המשפט, תישאר בעינה. ולכן לכאורה, כדי שקופה תוכל לבסס את טיעוניה בדבר סירוב לאשר טיפול/תרופה מצילי חיים שאינם בסל, עליה להבהיר את השיקולים שהביאו לדחיית הבקשה ולהציג, בין השאר, את מיקומו של השירות המבוקש אל מול סדרי העדיפויות שנקבעו על-ידה.

לבית המשפט תפקיד מכריע בשמירת זכויות הפרט, תפקיד שלא תמיד הוא מובן מאליו. אולם במצבים בהם חירויות הפרט עלולות לעמוד בסתירה לאינטרס הציבורי, אפילו בארה"ב, בה קיימת לכאורה רגישות גבוהה לנושא חירויות הפרט, ניתנת עדיפות לאינטרס הציבורי. בישראל הוכרע בעבר, כי כאשר קיים פוטנציאל לפגיעה קשה בציבור עשוי הדבר להביא לכך שבית המשפט ייטה לפרוש מרחיב של הסמכות המנהלית. דוגמא שכזו טרם נמצאה בסוגיות הקשורות למערכת הבריאות. ייתכן שהדבר נובע מהרקע התרבותי השונה ומהרגישות הקיימת בישראל ובמסורת היהודית לקדושת חיי אדם, וייתכן גם, שיש מקום לבחון מחדש את הדרך בה מוצג נושא זה בבתי המשפט, הן על-ידי קופות-החולים והן על-ידי משרד הבריאות.

לכאורה, גם בעניין השמירה על חיסיון המידע טרם נמצאה נקודת האיזון בין אינטרס הפרט לבין השיקול המערכתי, המגלם בתוכו את האינטרס של כלל המבוטחים. כדוגמא ניתן להביא את הדיון בתביעת קופת-חולים כללית נגד משרד הביטחון, במסגרתה הסתבר כי עקב אי-

העברת מידע לקופות-החולים אודות נכי צה"ל, הזכאים לקבלת טיפול רפואי ממשרד הביטחון, נמנעת מהקופה האפשרות לחייב את אותו משרד בהוצאותיה בגין טיפול רפואי שניתן על-ידה בגין הנכות האמורה. במצב זה, משאבים של אותה קופה, אשר יכולים לכאורה להיות מופנים לתועלתם של כלל חבריה, מופנים להגשת סיוע רפואי שהקופה לא הייתה חייבת בו ואשר הוטל על משרד הביטחון.

### **ג. ממדים כלכליים/ עלויות (מגבלת התקציב ומימון על-ידי המבוטחים)**

בתי דין במדינות רבות קיימו דיונים בדבר הקונפליקט שבין טיפול מיטבי למגבלות התקציב. דיון שכזה לא פסח על בתי הדין בישראל ואכן נקבעה הלכה בעניין זה במישור העקרוני, והובהר שחוק הבריאות לא מקנה זכות לקבלת טיפול מיטבי ולכיסוי מלוא צרכיו של האדם. כפי שבארה"ב ובמדינות מערביות נוספות, בית הדין הכיר במגבלות התקציב העומד לרשות מערכות בריאות וגיבה צעדים שונים בתחום בקרה והתייעלות של גופים ציבוריים/חצי ציבוריים, גם אם לעיתים פוגעים צעדים אלה ביחיד, גם בישראל במעט הסוגיות, בהן נבחנה בבית הדין יכולת המימוש של סוגיה זו הלכה למעשה, בית הדין גיבה בדרך-כלל את קופות-החולים.

הציבור בישראל מודע כפי הנראה לקשיי התקציב של מערכת הבריאות בכלל ושל קופות-החולים בפרט. מחקרים הוכיחו כי רמת שביעות הרצון של הציבור מתפקודן של קופות-החולים גבוהה יחסית לרמת שביעות הרצון שלו מתפקודה של המדינה בהקשר למערכת הבריאות<sup>5</sup>. על רקע זה ניתן להניח, שהציבור ככלל מקבל בהבנה צעדים לגיטימיים הננקטים על-ידי קופות-החולים לריסון הוצאות. ניסיון של מדינות אחרות מלמד שבתי הדין רואים בפעולות אלה צעדים הכרחיים. כאשר הוגשו תביעות כנגד HMOs בגין צעדים לריסון הוצאות, כגון הגבלת חופש הבחירה בין רופאים, פעילות בקרה בבריאות-החולים, ובניית תמריצים לרופאים המעודדים אותם להתנהגות חסכונית במדינה כמו ארה"ב, אשר מעלה על נס את חירויות הפרט, ניתן בדרך-כלל גיבוי לפעילות הארגון והתביעות בדרך-כלל נדחו. גם בבריטניה ביטאו בתי הדין את הבנתם למגבלות התקציב הציבורי והדגישו שהמטרה היא

<sup>5</sup> ראה: גרוס ר. ברמלי-גרינברג ש. מצליח ר.ת., 2004; מרכז טאוב, הסקר החברתי, שנים שונות.

להביא את מירב התועלת למספר גדול, ככל האפשר, של מבוטחים ומדגישים, שקבלת החלטות מסוג זה לא צריכה להיעשות בין כתלי בית המשפט וכי אין זה מתפקידו של בית הדין לבקר את רשות הבריאות שקיבלה החלטה בעניין זה. סוגיות אלה לא נבחנו עד כה במערכת המשפט בישראל.

ממד אחר הוא **אגרות ותשלומים** הנגבים ממבוטח בגין שירותים רפואיים הכלולים בסל הבריאות. נושא זה כמעט ולא הגיע לבתי הדין לעבודה. ייתכן שעקב הסכומים הנמוכים יחסית אודותם מדובר, טופלו נושאים אלה במסגרת בתי הדין לתביעות קטנות, אם כי אחדות מהקופות נוהגות לטעון בבתי דין לתביעות קטנות טענת חוסר סמכות, ולכן לכאורה אמורות היו גם תביעות אלה להשתקף בפעילות בתי הדין לעבודה.

#### ד. תהליכים מנהליים

נראה שבית הדין אכן השפיע בתחומים רבים על כללי ההתנהגות במערכת הבריאות. כך, לדוגמה, נקבעו סדרי הדיון בוועדות מנהליות, ניתנה גושפנקה לקביעת הסדרי הבחירה כחלק מהליך הקיצוב הקיים במערכת הבריאות, ונקבע הכלל, שאי-אפשר לגזור מהמקרה החריג כללי מדיניות חדשים, דבר ששימש בסיס לפעילות ועדות החריגים בקופות-החולים. דרכי העבודה של ועדות החריגים התוו בכפיפות לכללי המשפט המנהלי, ונראה שאלה אכן הוטמעו בעבודת הקופות – אם בתחילת הדרך בית הדין פסל החלטות שהתקבלו בוועדות חריגים של הקופות השונות, על רקע הליך מנהלי לא תקין, הרי שלאחר שהכללים שתבע בית הדין הופנמו בקופות, נמצא שבמקרים שנדונו בוועדות בתקופה מאוחרת יותר, לא מצא בית הדין פגם מנהלי בעבודת ועדות החריגים.

האתגר הקיים כיום בפני קופות-החולים הוא מימוש הדרך שהותוותה על-ידי בית הדין, כך שזכויות המבוטח יישמרו בוועדות החריגים באמצעות הליך 'מעין שיפוטי' ישים ומובן, אשר לא יביא לסרבול מיותר בעבודת הוועדות. היה מי שדימה את הביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי לרמזור המופעל בידי בית המשפט. מדיניות של אור אדום משקפת יחס של חשדנות כלפי המנהל הציבורי – תפיסה זו מעוותת את מעמד המנהל הציבורי והחשש הוא שפגיעה בו מהווה למעשה פגיעה עקיפה בציבור עצמו. מדיניות הדוגלת באור ירוק נוקטת בגישה סלחנית מידי למנהל הציבורי ואילו אור צהוב מהבהב ומתריע מפני סכנה אך

אינו נחרד ממנה עד כדי כך שיכביד יתר על המידה על פעולה תקינה ויעילה של המנהל אך מאידך הוא ער לצורך למנוע או לצמצם את הפגיעה באזרח. לפי גישה זו בית המשפט אינו רואה לנגד עיניו רק את נסיבות המקרה הפרטי, הוא מבקש לראות גם את כלל המקרים. ראייה רחבה זו היא שאמורה לכאורה להכתיב את המדיניות השיפוטית, לפיה נדונים בבתי הדין מקרים אשר טופלו במסגרת ועדת חריגים.

### ה. אחריות על סל השירותים וסל התרופות

אמנם נקבע שאין חובה לספק את הטיפול המיטבי וכי חוק הבריאות מוגבל למסגרת השירותים אותם "מצאה החברה כראוי ואפשרי לספקם", אולם במקביל התוותה ההלכה שהסל הניתן על-ידי קופות-החולים מהווה "ריצפה", וכי הקופה רשאית להרחיב את הסל. על בסיס זה חויבו הקופות לקיים דיון פרטני בכל פנייה לקבלת שירות שאינו בסל ולא ניתנה להן האפשרות להיצמד בפשטות לסל שנקבע בחוק בגינו הן מתוקצבות. הגם שבמספר מקרים פנה בית הדין בקריאה למדינה לחפש דרך לממן תרופות מצילות חיים שאינן בסל, הוא לא התמיד בכך. מנגד, לא נראה לעין מאמץ מצד המדינה לאמץ גישה זו, והקופות, המחויבות לעיתים לספק תרופה/שירות שאינם בסל, נאלצות לבצע זאת ללא גיבוי תקציבי מהמדינה.

קשה שלא להתרשם מכך, שבתי הדין אליהם פונים **חולים אנושים** כמבקשים מוצא אחרון, עושים מאמצים ניכרים על מנת שלא להשיב ריקם את פני האנשים העומדים לעיתים בשעתם הקשה ביותר. כך נוצר מצב בו עורכי הדין, המייצגים את אותם חולים, מבקשים את הסעד הדרוש להם בדרך "עוקפת סל", דרך המשפט המנהלי. במקרים אלה, בתי הדין אינם בוחנים את השאלה, האם קיימת לאותו חולה זכאות מכוח חוק הבריאות אם לאו, אלא את השאלה, האם נפל בהליך הטיפול בבקשה ולכן, כל השיקולים העקרוניים, המוצגים בפני בתי המשפט, העדר תקציב, הגירעונות, החובה לאיזון תקציבי, עקרונות החקיקה הסוציאלית, שאינה מבטיחה את הטיפול המיטבי ואינה מכסה כל שזקוק לו האדם, וכן העובדה כי המדינה ולא קופות-החולים אחראית למימון סל הבריאות (כאשר הקופות הן ספקיות בלבד), אינם מקבלים כל תוקף כאשר נקבע כי נפל פגם מנהלי בפעולתה של הקופה.

עד כה טרם נבחנה ההשלכה התקציבית של הפסיקה, המחייבת את הקופה במתן שירותים מעבר לסל, בשים לב כאמור, שפסיקה זו מחייבת



את הקופה לספק, לכאורה, את התרופה לא רק באותו מקרה הבא בשערי בית המשפט, אלא גם למבוטחים אחרים בעלי נסיבות דומות, וזאת בשים לב לעיקרון השוויון.

גם השאלה, האם ניתן להשליך את העיקרון של חובת הדיון במקרה הבודד, על נסיבותיו המיוחדות, גם על אותו חלק בסל השירותים המצוי באחריות משרד הבריאות לא הועמדה עד כה למבחן. מקרים אלה לא מגיעים לבתי המשפט בדרך-כלל, כיוון שמקבלי השירותים מהמדינה הן בדרך-כלל **אוכלוסיות חלשות**, כגון חולי נפש, נכים הנזקקים למכשירי שיקום וניידות וחולים גריאטריים סיעודיים – החסם הכלכלי/חברתי מונע מאוכלוסיות אלה להגיע לבתי הדין ונראה שאין מי שיתבע את זכויותיהם מהמדינה (בתפקידה כספק שירותים). כמו כן, בדרך-כלל במניעת שירותים אלה אין סכנת חיים. ייתכן שמסיבות אלה לא הגיעו עד היום למבחן הביקורת השיפוטית סוגיות, כגון מה היקף אחריות המדינה, מה מידת היישום של כללי המשפט המנהלי על תפקודו השוטף של משרד הבריאות בתפקידו כנותן שירות, האם יש מקום לאישורים חריגים גם שם והאם אכן מתקיים כלל השוויון בכל הקשור לאספקת שירותים כגון בריאות הנפש ורפואת שיניים.

בשנים האחרונות הורחבה הפרשנות שניתנה בבתי הדין למידת החובה המוטלת על קופת-חולים בכל הקשור לסל התרופות. כפי שצינו, כבר בתחילת הדרך הותוותה ההלכה המגבילה מתן תרופות לאלה הרשומות בצו התרופות ולהתוויות הרשומות. בהמשך הותווה הצורך בדיון פרטני בכל מקרה (גם כאשר התרופה אינה בסל), ובשנים האחרונות היו מקרים בהם הרחיב בית הדין "דה פקטו" את סל התרופות, תוך שהוא נשען על חוקים אחרים, דוגמת חוק "לא תעמוד על דם רעך" ו"חוק זכויות החולה". לכאורה, הסעיפים הרלבנטיים בחוק זכויות החולה וחוק לא תעמוד על דם רעך נועדו לטפל בסוגיה של הצלת חיים מיידית וברורה, במצב בו הימנעות של בעל מקצוע רפואי מהגשת עזרה דחופה תסכן מיידית את חייו של מבוטח מזדמן (כגון במקרים של תאונות דרכים, התקף לב פתאומי וכדומה), כשהמטרה היא למנוע מצב בו אדם בעל כשירות רפואית עומד מנגד ונמנע מלהגיש עזרה. לכאורה, אין מדובר בטיפול אשר נועד לחולים שמחלתם הידרדרה לשלביה הסופיים – אלה אמורים להיות מטופלים במערכת הרפואית בהתאם לאפשרויותיה

ולסדרי העדיפויות שנקבעו על-ידה. זו אכן ההתייחסות לחוקים דוגמת לא תעמוד על דם רעך הנהוגים במדינות אחרות.<sup>6</sup>

יתרה מזאת, אם אכן מרחיב בית המשפט את הפרשנות של אותם חוקים גם למקרים של אספקת תרופה לחולה אנוש, האם נכון להגביל פרשנות זו רק למי שמבוטח מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, או שלכאורה אמור להינתן סעד שכזה לכל מי שמצוי בישראל במצב סופני וקיימת תרופה יחידה העשויה להאריך לכאורה את חייו, גם אם חוק ביטוח בריאות ממלכתי לא חל עליו. שאלה נוספת היא, איזה תקציב אמור לממן הוצאות אלה, בהתחשב בהוצאות סעיף 20 לחוק, המגביל את השימוש במקורות המימון "למתן שירותי בריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות" (ההדגשה שלי – ט.ח.). הכיוון אליו הפרשנות הזו יכולה להוביל את מערכת הבריאות אינו ברור, והאתגר העומד כיום בפני מערכת המשפט הוא להעריך מחדש את הרלבנטיות של חוקים, כגון חוק לא תעמוד על דם רעך וחוק זכויות החולה, לסל השירותים הרפואיים והתרופות אותו מחויבות קופות-החולים לספק למבוטחיהן.

#### ו. קופות-חולים וחברות ביטוח/ חברות מסחריות

לכאורה, קיים לקופות-החולים בישראל גיבוי תחיקתי לצעדים אדמיניסטרטיביים, שעלולים לפגוע בזכויות הפרט, כפי שבא לידי ביטוי בחופש שניתן להן לקבוע את הסדרי הבחירה לפיהם בוחר מבוטח ספק שירות מטעם הקופה. אולם, אין להן הגנה אל מול חברות מתחרות הפועלות למטרת רווח ואשר פועלות על בסיס "כללי משחק" שונים מאלה שהוכתבו לקופות-החולים. כדוגמא ניתן להציג את פעילות הקופות בתחום תכניות השב"ן. בשטח זה פועלות למעשה קופות-החולים בתחרות מול חברות הביטוח, כאשר כללי הפעולה שהוכתבו לקופות אוסרות עליהן לבצע חיתום ומגבילות את חופש הפעולה בתכנון סל השירותים, דבר שלא קיים בחברות הביטוח העוסקות בביטוחי בריאות. תוצאות תחרות זו שבין הקופות לחברות ביטוח מסחריות לא באו עד כה לידי ביטוי בתביעות שהוגשו לבתי המשפט, והציבור למעשה לא מבדיל בין התכניות השונות. השאלה היא, עד כמה רחוק ניתן ללכת עם ההשוואה בין הביטוח המסחרי לתכניות השב"ן והאם יש מקום

<sup>6</sup> לדוגמא בארה"ב:

(EMTALA), the Emergency Medical Treatment and Active Labor Act.

לספק לסל הציבורי הגנה, באמצעות מעשה בית דין, מפני גופים הפועלים למטרות רווח.

כאן המקום לומר שבניגוד לבתי דין אזוריים לעבודה, המנסים למצוא מזוור לחולים קשים עת הם ניצבים מול קופות-חולים, תוך ציפייה מצד בית הדין לדיון על בסיס נסיבות המקרה הספציפי במסגרת ועדות החריגים בקופה, במקרים אחרים בהם ניצב תובע, שהינו חולה קשה אל מול חברת הביטוח, לא נדונה התביעה על-ידי בית הדין לעבודה ועל חברת הביטוח, בהיותה גוף מסחרי, לא חלים דיני המשפט המנהלי. לפיכך, הדיון שם יתבסס בדרך-כלל על כללים שונים ונוקשים יותר מאלה הנהוגים בבית הדין לעבודה. דוגמא לכך ניתן לראות בתביעה שנדונה לאחרונה בבית המשפט המחוזי. התובע, חולה סרטן, הגיש לחברת הביטוח תביעה בגין מחלת סרטן המכוסה בפוליסה. התביעה הוגשה באיחור (לאחר תקופת ההתיישנות) והיא נדחתה. מיותר לציין שהדיון שם לא העלה שאלה בדבר התייחסות/אי-התייחסות חברת הביטוח לנסיבות המקרה הספציפי ולאפשרות קבלת שירות/פיצוי שלא נכלל בפוליסה.

#### ז. הגבלת כוחו של מונופול/מונופסון בשוק הבריאות

לבתי הדין יש חשיבות רבה גם ביישום חוקי הגבלים עסקיים לצורך שבירת ההגמוניה של מונופולים ומונופסונים בתחום הבריאות. תפקיד זה שהוכח כמכריע בארה"ב בא לידי ביטוי מזערי במערכת הישראלית, אשר דווקא בה נדרשים לכאורה איזונים עקב השיעור הגבוה יחסית של מיטות אשפוז בבעלות המדינה וחוסר הסימטריה ההיסטורי הקיים בין קופות-החולים. נושא הגבלים עסקיים בתחום הבריאות הופיע בבתי המשפט בארה"ב כבר מאמצע שנות השבעים. שתי פסיקות בעליון התוו שם את הדרך.<sup>7</sup> פסיקות אלה ואלה שבאו אחריהן שינו את המגמה מהתייחסות לבתי-החולים כמוסדות צדקה והשלמה עם ההגמוניה הפרופסיונלית השלטת במערכות הבריאות, לכיוון של החלת חוק ההגבלים העסקיים גם על מערכת הבריאות, לשם עידוד היזמות ותחרות חופשית יותר גם בענף זה. הטענה הרווחת היא שההשפעה של הפסיקה במקרה הראשון (גולדפרב) על מערכת הבריאות האמריקאית הייתה כל

<sup>7</sup> Goldfarb v. Virginia State Bar 421 U.S. 773 (1975); and Arizona v. Maricopa County Medical Society 447 U.S. 332 (1982)

כך חזקה והביאה לשינוי כל כך מהותי, שאף מנגנון אכיפה אחר, לרבות תקנות, הסברה ושכנוע ציבורי לא היה מצליח באותה מידה.

### **אחרית דבר**

תוצאות המחקר הנוכחי מצביעות על החותם העמוק שהטביעה מערכת המשפט בישראל על הנעשה כיום במערכת הבריאות. ייתכן שזו רק תחילת הדרך, והאתגר הבא הניצב בפני מערכת המשפט הוא הרחבת העיסוק אל מעבר לכללי הניהול של המערכת וטיפול בהיבטים שונים של המדיניות הכוללת, דבר שיאפשר אספקת שירותי בריאות שוויוניים וצודקים יותר.

## נספח - מתודולוגיה

המחקר בחן את פסקי הדין שנידונו בבתי המשפט בישראל, אשר נגעו לרפורמה במערכת הבריאות, והעלה מתוכם תפיסה לגבי תפקידם והשקפת עולמם של בתי המשפט בישראל. במסגרת המחקר נסקרו למעלה ממאה פסקי דין והחלטות שהתקבלו בבתי הדין במהלך עשור, 1995-2004, בעניינים הנוגעים לחוק ביטוח בריאות ממלכתי התשנ"ד-1994. החומר הוזן ועובד בתוכנת מחשב שפותחה לצורך זה, המאפשרת קבלת תמצית המידע בחתכים נושאים נבחרים ועל פי סדר כרונולוגי. פסקי הדין קובצו ל-8 קבוצות עיקריות לפי נושא ההתייחסות העיקרי של כל אחד מהם. כל פסק דין נבחן אל מול פסקי דין קודמים באותו הקשר ובאותה קבוצת התייחסות. כמו כן, נבחן כל פסק דין אל מול הקונטקסט הכללי – היינו, מה ההשפעה שלו על כלל מערכת הבריאות, אם קיימת השפעה שכזו.

המחקר מתבסס בעיקר על פסקי דין והחלטות, אשר פורסמו במאגרי המידע הבאים: פדאו"ר ופד"ע אור – ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, "תקדין" התקליטור המשפטי המתקדם (סי.די. אי סיסטמס בע"מ), "דינים ועוד" ו"עבודה ועוד" בהוצאת הלכות, "Lawdata" – המרכז למידע משפטי מקוון, וכן על כאלה שאוזכרו בפסקי דין והחלטות אלה. מטבע הדברים, הושם דגש מיוחד על פסקי דין שהתקבלו בערכאות השונות של בתי הדין לעבודה. המחקר לא כולל פסקי דין שעניינם נוקי גוף כתוצאה מרשלנות רפואית, תביעות שנידונו בבתי הדין לתביעות קטנות, והתדיינות במערכת המשפט שלא הסתיימו בפסק דין.

## מקורות<sup>8</sup>

- ברק, א., (תשנ"ג), **פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית, כרך א'**, נבו הוצאה לאור בע"מ, ירושלים.
- , (תשנ"ג), **פרשנות במשפט – פרשנות תכליתית, פרק ו'**, נבו הוצאה לאור בע"מ, ירושלים.
- גרוס א. (2004), **בריאות בישראל: בין זכות למצרך, בתוך רבין י. ושני י., (עורכים) זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל**, הוצאת רמות, אוניברסיטת תל-אביב, תל-אביב.
- גרוס ר., ברמלי-גרינברג ש., מצליח ר.ת, (2004), **דעת הציבור על רמת השירות ותפקוד מערכת הבריאות בשנת 2003 והשוואה לשנים קודמות, גיוינט-ברוקדייל, ירושלים.**
- הר זהב, ר., (1996), **המשפט המנהלי הישראלי**, שנהב, ירושלים.
- חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.
- חורב ט., (2004), **השתקפותה של מדיניות בריאות בראי החקיקה**, מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל, ירושלים.
- מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל, **הסקר החברתי, בתוך הקצאת משאבים לשירותים חברתיים**, שנים שונות.

<sup>8</sup> רשימה מורחבת של המקורות ששימשו את העבודה כלולה בגרסה המורחבת של העבודה (ראה הערת הפתיחה של המאמר).