

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3933/11

בג"ץ 5438/11

לפני: כבוד השופטת ע' ארבל
 כבוד השופט י' עמית
 כבוד השופט א' שהם

העותרת: מכבי שירותי בריאות

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 3933/11: 1. שר הבריאות
 2. שר האוצר
 3. ממשלת ישראל
 4. קרן דולב לצדק רפואי (ע"ר)
 5. קופת חולים מאוחדת

המשיבים בבג"ץ 5438/11: 1. בית הדין הארצי לעבודה
 2. עיזבון המנוח יורם דהאן ז"ל
 3. משרד הבריאות

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"ט בתמוז תשע"ג (26.6.13)

בשם העותרת: עו"ד א' רנצלר, עו"ד נ' נורדן

בשם המשיבים 1-3 בבג"ץ
 3933/11 ובשם המשיב 3
 בבג"ץ 5438/11: עו"ד מ' צוק-שפיר

בשם המשיבה 4:
 בבג"ץ 3933/11
 ובשם המשיב 3
 בבג"ץ 5438/11: עו"ד ג' רוגל

בשם המשיבה 5
 בבג"ץ 3933/11: עו"ד מ' דהן, עו"ד ע' רופא

ספרות:

[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994: סע' 3\(ג\), 8\(א1\), 8\(א1א\), 8\(א2\), 8\(א\), 8\(ה\), 10, 20, 35, 60](#)

[חוק העמותות, תש"ם-1980](#)

[חוק המתנה, תשכ"ח-1968: סע' 8\(ה\)](#)

[חוק הפרשנות, תשמ"א-1981: סע' 17\(ב\)](#)

[חוק-יסוד: הממשלה: סע' 32](#)

מיני-רציו:

* לקופת החולים המערערת יש סמכות לספק שירותים שאינם כלולים בסל שירותי הבריאות הלאומי, והיא מחויבת לשקול מתן שירותים כאמור לכל הפחות במקרים קשים; ועדות חריגים של קופת החולים אינן רשאיות לקבוע דרישה ליחידנות כתנאי סף תוך הימנעות מהפעלת שיקול דעת פרטני, ומאידך עליהן לשקול תוצאות טיפול קודם שהושגו במימון עצמי.

* בריאות – ביטוח בריאות ממלכתי – סל שירותי הבריאות

* בריאות – ביטוח בריאות ממלכתי – אספקת שירותי בריאות

* בריאות – שיקול-דעת – קופת-חולים

* משפט מינהלי – שיקול-דעת – הפעלתו

* משפט מינהלי – הנחיות פנימיות – סטייה מהן

עסקינן בעתירות העותרת (להלן: מכבי) לבטל את פסק דינו של ביה"ד הארצי לעבודה בעניין יורם דהאן ז"ל (ע"ע 575/09) ואת חוזר סמנכ"ל משרד הבריאות מיום 10.5.10 (להלן: החוזר), הנוגעים להפעלת ועדות חריגים של קופת החולים.

בג"ץ (מפי השופטת ארבל ובהסכמת השופטים עמית ושהם) דחה את העתירות ופסק כי:

תחולת המשפט המינהלי על קופת החולים

בכל הנוגע לאספקת שירותי הבריאות לציבור יש להחיל על קופת החולים, שהן גוף דו מהותי, את חובות המשפט המנהלי באופן מלא, ובמיוחד בנוגע לפעילות ועדות חריגים במסגרת הקופות.

למכבי עומדת סמכות לספק שירותים שאינם כלולים בסל שירותי הבריאות הלאומי, והיא מחויבת לשקול מתן שירותים כאמור. כך לפחות בנוגע למקרים קשים, במסגרתם, הטיפול נדרש להצלת חיים, הארכתם, מניעת נזק בריאותי משמעותי, או שאמורה להיות לו השפעה משמעותית על איכות חיי המבוטח.

הדרישה ליחידנות כתנאי סף נוקשה, שמשמעותה דחייה אפריורית של כל בקשה שאינה יחידנית, אינה מהווה אמצעי מידתי להשגת התכליות שמכבי הציבה לעצמה – הגנה על תקציבה ושימורו לצורך עריכת תערוף תקופתי מושכל, ויצירת כלל ודאי ופשוט שינחה את פעילותה של ועדת החריגים,

ויצמצם ויוזיל התדיינות משפטיות. יחד עם זאת, אין באמור כדי לשלול את האפשרות לראות במידת החריגות הרפואית ביחס לאוכלוסיה הכללית של המבוטחים משום שיקול שמותר לוועדת החריגים לשקול. אף אין באמור כדי למנוע מוועדת החריגים לתת משקל לגודל הקבוצה אותה מייצג מבוטח הפונה אליה כביטוי לעלות הכלכלית שבה תידרש הקופה לשאת לו תיענה פנייתו, מכוח עקרון השוויון. על מכבי מוטלת חובה, מכוח היותה רשות ציבורית, לשקול לסטות מהמדיניות הכללית שקבעה לעצמה. הדרישה הנוקשה של מכבי להיות הפונה אל ועדת החריגים בבחינת מבוטח יחידני אינה מאפשרת, אף לא במקרה חריג, לסטות מדרישה זו, שהרי כל מבוקשה של מכבי הוא למנוע בחינת חריגים שאינם עומדים בדרישה ליחידנות. יש בעמדה זו משום הימנעות פסולה מהפעלת שיקול דעת מינהלי. לפיכך, הדרישה ליחידנות תוך הימנעות מהפעלת שיקול דעת פרטני, מנוגדת לכללי המשפט הציבורי ואין מקום להכשירה.

חוזר סמנכ"ל משרד הבריאות הוצא בסמכות ועל מכבי לקיים את הוראותיו.

נתונים רפואיים, ובהם תוצאות הטיפול הקודם, שהושגו במימון עצמי, מהווים שיקול רלוונטי שעל ועדת החריגים לשקול.

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

1. עניינן של שתי העתירות שלפנינו בבקשת העותרת, מכבי שירותי בריאות (להלן: מכבי או הקופה), לבטל את פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בע"ע 575-09 מכבי שירותי בריאות נ' יורם דהאן ז"ל [פורסם בנבו] (להלן: עניין דהאן) ואת חוזר סמנכ"ל משרד הבריאות מיום 10.5.10 (להלן: החוזר). לטענת מכבי, יש להצהיר כי ועדת החריגים שלה אינה רשאית להיעתר לבקשות מבוטחיה למימון שירותים שאינם כלולים בסל שירותי הבריאות הלאומי (להלן: הסל הלאומי), אלא אם מדובר בבקשת מבוטח הנמצא במצב רפואי יחיד במינו ביחס למצבם של יתר מבוטחי הקופה. עוד עותרת מכבי שלא יוטל עליה החיוב לכנס את הפורום המוסמך מטעמה להוסיף שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי לסל שירותי הבריאות הפנימי שלה (להלן: הסל הפנימי) בתדירות העולה על אחת לחצי שנה, ואף זאת רק כאשר יש בידיה תקציב פנוי לשם כך. לחלופין, מבקשת מכבי שהמדינה תתקצב את עלות אספקת השירותים שאינם בסל הלאומי למבוטחי הפונים לוועדת החריגים.

רקע

2. חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי או החוק) מסמיך את קופות החולים, וביניהן את מכבי, להעניק למבוטחיהן שירותי בריאות הכלולים בסל הלאומי. עבור מבוטחיה הזקוקים לשירותים שאינם

כלולים בסל הלאומי. מפעילה מכבי ועדת חריגים שדנה בבקשות למימון השירותים כאמור על-ידי מכבי (להלן: ועדת החריגים). על-פי נהליה, מוסמכת ועדת החריגים לקבל בקשה של מבוטח למימון שירות שאינו כלול בסל הלאומי רק כאשר אין ולא צפויים להיות בקופה מבוטחים נוספים הזקוקים לשירות אליו מתייחסת הבקשה. מכבי דורשת שיתקיים בין המבוטח הפונה לוועדת החריגים לבין יתר המבוטחים הלוקים באותה מחלה שוני רלוונטי. זאת, בכדי שהיעתרות לבקשת הפונה לא תאלץ את מכבי לספק, מכוח עקרון השוויון, את השירות לכל יתר המבוטחים במצבו של הפונה בהתאם לבקשותיהם, לכשיוגשו (להלן: הדרישה ליחידנות).

3. מבוטחים הזקוקים לשירות שאינו בסל הלאומי אך אינם עומדים בדרישה ליחידנות, אינם יכולים לקבל מענה בוועדת החריגים. עם זאת, קיימת אפשרות שהשירות הדרוש למבוטחים אלה יתווסף לסל הפנימי של מכבי, במסגרתו היא מממנת למבוטחיה שירותים מסוימים שאינם כלולים בסל הלאומי. הוספת שירותים לסל הפנימי יכולה להיעשות, בהתאם לנהליה של מכבי, באחת משתי הדרכים הבאות: האחת, באמצעות פורום הטכנולוגיות של מכבי (להלן: פורום הטכנולוגיות) אשר אמור להתכנס אחת לחצי שנה ורק בהינתן תקציב פנוי. יוער כי בפועל לא התכנס פורום הטכנולוגיות מאז שנת 2009 בהיעדר תקציב פנוי; השניה, באישור מנכ"ל הקופה וכאשר עלות השירות אינה עולה על סך של 400,000 ₪ לשנה (להלן: המסלול המהיר). יצוין כי אין מגבלה על כמות השירותים שניתן להוסיף באמצעות המסלול המהיר לסל הפנימי של הקופה, וכי הוספת השירותים באמצעות המסלול המהיר אינה מותנית בקיומו של תקציב פנוי. עוד יצוין כי ההחלטות המתקבלות הן בפורום הטכנולוגיות והן במסגרת המסלול המהיר אינן מתבססות על בקשות המבוטחים ואף לא מוסדרת דרך בה יכולים מבוטחי הקופה להפנות לשני ערוצים אלה בקשות.

עניין דהאן

4. בעניין דהאן, העומד במרכז העתירה בבג"צ 5438/11, נדון בבית הדין הארצי לעבודה ערעורה של מכבי על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה, במסגרתו התקבל ערעורו של יורם דהאן ז"ל (להלן: המנוח) על החלטתה של ועדת החריגים של מכבי. המנוח, יליד 1965, אובחן בחודש אפריל 2008 כסובל מגידול מוחי ממאיר (G.B.M.). סמוך לאחר גילוי המחלה עבר המנוח ניתוח לכריתת הגידול וטופל בטיפולים הכלולים בסל הלאומי. משחלה בחודש ינואר 2009 החמרה במצבו, החל המנוח, בהמלצת רופאיו, בטיפול כימותרפי עם תוספת של תרופת האבסטיין. תרופה זו

אינה כלולה בסל הלאומי, ולכן מימן אותה המנוח מכספי תרומות. על-פי המסמכים הרפואיים, השימוש באבסטין הוביל לשיפור מסוים במצבו של המנוח, ומשכך הוא פנה בחודש מרץ 2009 לוועדת החריגים בבקשה לממן לו את המשך הטיפול בתרופה זו בטענה שיש בכך משום סיכוי להצלת חייו.

5. ועדת החריגים דחתה בהחלטתה מיום 1.4.09 את בקשתו של המנוח בקבעה כי אין עילה לראות בעניינו משום מקרה חריג המצדיק אספקת שירות שאינו כלול בסל הלאומי. זאת, בשים לב לעובדה שהזדקקותו של המנוח לתרופה שאינה בסל הלאומי לאחר מיצוי התרופות שכלולות בו משקפת מהלך התקדמות צפוי במחלות אונקולוגיות. עקב החלטה זו עתר המנוח לבית הדין הארצי לעבודה, אשר המליץ לוועדת החריגים לקיים דיון נוסף בעניינו של המנוח. אולם, גם לאחר שקוים דיון נוסף, ניתנה למנוח, ביום 22.7.09, תשובה שלילית מטעם ועדת החריגים. תשובה זו התבססה הן על נתונים מחקרניים הנוגעים לייעילותה של תרופת האבסטין, והן על כך שהמנוח "אינו חריג והוא מייצג קבוצה ובה עשרות חולים".

6. על רקע זה ניתן פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב (השופטת נ' רות ונציגי הציבור ג' בשור וי' הרצברג)). בפסק הדין נקבע כי עמדתה הגורפת של מכבי, לפיה בכדי להיכלל בהגדרת "חריג" נדרש המבוטח להוכיח שונות רפואית בינו לבין כל יתר מבוטחי הקופה הלוקים באותה מחלה, היא עמדה בלתי סבירה ובלתי מידתית. בהקשר זה עמד בית הדין האזורי על כך שוועדת החריגים לא קיימה דיון בהשלכות התקציביות שעשויות לנבוע מהיעתרות לבקשת המנוח, וכן לא התייחסה לייעילות התרופה ביחס למנוח באופן אישי. לאור זאת, נקבע כי המנוח רשאי לפנות בשלישית לוועדת החריגים ולהציג בפניה את טענותיו.

7. על פסק דין זה הגישה מכבי ערעור לבית הדין הארצי לעבודה בטענה שוועדת החריגים אינה מוסמכת להיעתר לבקשות המבוטחים למתן שירותים שמחוץ לסל הלאומי, אם אלה אינן מקיימות את הדרישה ליחידנות, ומשכך מותר למכבי לדחות בקשות מסוג זה על הסף מבלי להידרש לשיקולים נוספים.

8. בית הדין הארצי לעבודה (השופטים ס' אדלר, נ' ארד, ס' דוידוב-מוטולה, נציגת העובדים נ' פרץ ונציג המעבידים ד' תמיר) דחה בפסק דינו מיום 6.1.11 את ערעורה של מכבי באמצעו את קביעתו של בית הדין האזורי, לפיה כאמור נפלו

בהחלטותיה של ועדת החריגים פגמים מהותיים. כבר עתה יוער כי מרבית קביעותיו העקרוניות של בית הדין הארצי בעניין דהאן נסמכות על פסק דינו של בית הדין הארצי בע"ע 205/08 שירותי בריאות כללית נ' טיירו ז"ל [פורסם בבנון (9.11.09)] (להלן: עניין טיירו)) שניתן עוד קודם לכן בעניינה של קופת החולים כללית. בשני פסקי הדין עמד בית הדין הארצי לעבודה על כך שמשמסמך החוק את קופות החולים לפעול כזרועה הארוכה של המדינה באספקת שירותי בריאות לציבור, ואף להעניק למבוטחיהן שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי, חלה עליהן חובה להפעיל בנוגע לאספקת שירותים אלה שיקול דעת בהתאם לאמות המידה של המשפט המנהלי, ובפרט לנהוג כלפי החולים הפונים אליהן בבקשות לקבלת שירותים כאמור בסבירות, בהגינות ובאופן שוויוני. בהקשר זה נקבע כי גישה של מכבי, לפיה ועדת החריגים מוסמכת להיעתר רק לבקשות המתייחסות למקרים יחידניים, אשר לא יהיו לקבלתן כל השלכות רוחב תקציביות, אינה סבירה וחוטאת לתכליתה של ועדת החריגים.

9. בנוסף, עמד בית הדין על השיקולים אותם חייבת ועדת החריגים לשקול בבואה לדון בבקשה למימון שירות שאינו בסל הלאומי, וביניהם השיקולים האובייקטיביים הקשורים לטיב השירות המבוקש ולמידת ביסוסו בספרות המחקר; השיקולים הנוגעים ליעילותו של השירות ביחס לחולה הספציפי בהתחשב, בין היתר, בשירותים שהחולה קיבל עד כה; וכך השלכות הרוחב התקציביות של קבלת הבקשה. בהקשר זה הוטעם כי הקופה רשאית אמנם לבחון את מידת חריגותו של מבוטח הפונה אליה ביחס לשאר המבוטחים הלוקים במחלתו, כדי לקבוע את גודל קבוצת החולים שיהיו זכאים, מכוח עקרון השוויון, למימון של אותו שירות אם בקשת אותו מבוטח תיענה. ואולם, נקבע כי שיקול זה אינו יכול להוות מחסום מפני בחינת יתר השיקולים הרלוונטיים.

10. עוד דחה בית הדין הארצי את טענתה של מכבי, לפיה קיומו של פורום הטכנולוגיות פוטר אותה מחובתה לבחון מקרים פרטניים המגיעים לוועדת החריגים כאשר מקרים אלה אינם יחידניים. נקבע כי פורום הטכנולוגיות נועד לבחינה רוחבית וכוללת, להבדיל מדיון במקרים הפרטניים, ומשכך אינו מהווה תחליף לוועדת החריגים. עוד נקבע כי הסתמכותה של מכבי על פורום הטכנולוגיות אינה ראויה, שכן בפועל פורום זה אינו מתכנס מזה מספר שנים. מעבר לכך, עמד בית הדין הארצי על היקף הביקורת השיפוטית שיש להפעיל ביחס להחלטותיה של ועדת החריגים וקבע כי על בתי הדין לעבודה, הנדרשים לבחון החלטות כאמור, להתייחס לא רק לעצם שקילת כלל השיקולים הרלוונטיים אלא גם למשקל שניתן על-ידי ועדת החריגים לכל אחד

משיקולים אלה. לבסוף, קבע בית הדין כי מכבי מחויבת לשקול בין היתר, במסגרת בחינת יעילותו של השירות המבוקש, גם את הנתונים שהושגו במהלך הטיפול הקודם שעבר המבקש, באמצעות השירות המבוקש, שלא במסגרת הקופה ובמימון עצמי. בהקשר זה נקבע כי גם אם השירות הושג באמצעים עצמיים, ועדת החריגים מחויבת להתייחס לנתונים שהושגו באמצעותו ולשקללם במסגרת כלל שיקוליה.

חוזר סמנכ"ל משרד הבריאות

11. בעקבות פסק הדין בעניין טיירו, ועוד בטרם יצא תחת ידו של בית הדין הארצי לעבודה פסק הדין בעניין דהאן, הוציא ביום 10.5.10 סמנכ"ל משרד הבריאות לפיקוח על קופות החולים ושירותי בריאות נוספים חוזר הנוגע לנהלי הפעלת ועדות חריגים של קופות החולים (להלן: החוזר). בחוזר קבע הסמנכ"ל הן את עצם החובה החלה על קופות החולים להפעיל ועדת חריגים שתפקידה לדון בבקשות לאספקת שירותים שאינם בסל הלאומי, והן את אופן הפעלתה של חובה זו. כך נקבעו נהלים בנוגע להרכב הוועדה, לדרך הצגת הטענות בפניה, לאופן הפעלת שיקול הדעת המוקנה לה וכן לאופן מתן החלטה. ועדות החריגים חויבו, למשל, לפרט בהחלטותיהן את כלל השיקולים שנשקלו במהלך הדיון. בנוסף, הקופות עצמן חויבו להסדיר בכתב את נהלי ההפעלה של ועדות החריגים, לרבות ההיבטים הפרוצדוראליים והמהותיים של פעילות הוועדות, והכל בהתאם לאמות המידה הקבועות בחוזר.

12. במסגרת החוזר פורטו שיקולים שוועדת חריגים רשאית ואף חייבת לשקול בבואה לדון בבקשה לאספקת שירות שמחוץ לסל הלאומי, וביניהם מצבו הרפואי של המבוטח והתפתחות מחלתו; תרומתו הצפויה של השירות למבוטח; מידת הביסוס הרפואי לטכנולוגיה המבוקשת; וכן משמעויות הרוחב הכלכליות של מתן השירות. בנוגע לשיקול האחרון הוטעם כי אין הוועדה רשאית לשקול את השלכות הרוחב הכלכליות כשיקול סף המונע את הדיון הפרטני ביתר השיקולים הרלוונטיים (להלן: סעיף 10.5 לחוזר). עוד נקבע כי קיומו של פורום הדין באופן כללי בהוספה לסל הפנימי של הקופה של שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי אינו פוטר את הקופה מחובתה לדון בכל מקרה באופן פרטני, וממילא לא ניתן להימנע מהבאה של מקרה לוועדת החריגים רק משום שקיימת אפשרות לדיון עתידי בשירות המבוקש במסגרת פורום הטכנולוגיות (להלן: סעיף 6(ב) לחוזר). יצוין כי ההנחיות שבחוזר מתייחסות אך ל"מקרים הקשים", אשר "בהם המבוטח סובל מבעיה רפואית המשפיעה באופן

מהותי על מצבו הרפואי ותפקודו והשירות המבוקש על-ידו אמור להשיג שיפור משמעותי במצבו".

מכאן העתירות שבפנינו התוקפות הן את פסק הדין בעניין דהאן והן את חוזר סמנכ"ל משרד הבריאות.

טענות העותרת

13. טענתה הבסיסית של מכבי היא כי אין היא מחויבת לספק שירותים שמחוץ לסל הלאומי, וזאת לא מכוח החוק ולא מכוח עקרונות המשפט המנהלי. ממילא, כך לטענתה, אין עליה חובה לשקול בקשות בקשר לכך. נטען כי מכל מקום מכבי מפעילה באופן וולונטרי, וללא תקציב מטעם המדינה, מערך הנותן מענה למבוטחים הזקוקים לשירותים שאינם כלולים בסל הלאומי, מערך הכולל את פורום הטכנולוגיות של מכבי; את המסלול המהיר להוספת השירותים לסל הפנימי וכן את ועדת החריגים. לטענת מכבי, בעוד שוועדת החריגים נועדה לתת מענה למקרים יחידניים שאין להם השלכות רוחב תקציביות, הרי שתפקידו של פורום הטכנולוגיות הוא לשקול הוספת שירותים לסל הפנימי לטובת כלל מבוטחי הקופה, תוך עריכת תעדוף מושכל בין השירותים השונים מדי תקופה. המסלול המהיר נועד אף הוא להוספת שירותים לסל הפנימי עבור כלל מבוטחיה של מכבי, אך זאת בהליך מזורז כאשר עלות השירות אינה גבוהה. על רקע זה נטען כי אף אם חייבת מכבי לשקול באורח סביר מתן שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי, הרי שהמערך שהיא מפעילה הוא מערך אופטימאלי ובכל מקרה הוא אינו חורג ממתחם הסבירות.

14. מכבי טוענת כי החובה שהוטלה עליה מכוח החוזר, ומאוחר יותר מכוח פסק הדין בעניין דהאן, לשקול במסגרת ועדת החריגים אספקת שירותים שמחוץ לסל הלאומי אף כאשר לא מדובר במקרים יחידניים, מחייבת למעשה את מכבי לשקול הוספת שירותים לסל הפנימי שלה בתדירות של אחת לשבוע וללא תקציב פנוי. בהקשר זה טוענת מכבי כי קבלת בקשות שאינן יחידניות מטילה על מכבי, מכוח עקרון השוויון, חיוב לספק את השירות המבוקש לכלל מבוטחיה הנמצאים במצבו של מבקש השירות וממילא מהווה דה-פקטו הוספה של שירות חדש לסל הפנימי. לעומת זאת, לגישת מכבי, דיון בהוספת תרופות לסל הפנימי צריך להתקיים אחת לתקופה ממושכת, וזאת כדי לאפשר בחינה מעמיקה ומושכלת של כלל הנתונים לצורך ביצוע תעדוף בין השירותים השונים, ורק אם קיים לשם כך תקציב פנוי. לאורן של טענות אלה מבקשת

מכבי לקבוע כי מותר לוועדת החריגים לדחות על הסף בקשות שאינן עומדות בדרישה ליחידנות. מכבי מטעימה כי בעקבות חוזר הסמנכ"ל ופסק הדין בעניין דהאן, גם כשוועדת החריגים מקיימת דיונים מקיפים ומעמיקים, נוהגים בתי הדין לעבודה להתערב בהחלטותיה מבלי לתת את הדעת להשלכות הרחב התקציביות הנובעות מכך.

15. בנוגע לחוזר נטען כי לסמנכ"ל משרד הבריאות אין סמכות להורות לקופות החולים להקים או להפעיל ועדת חריגים. נטען כי מעמדו הנורמטיבי של החוזר הוא כשל הנחיה מנהלית, שאמנם אינה טעונה הסמכה בחוק, אך בו-בזמן היא אינה מחייבת גופים חיצוניים לרשות שהוציאה את ההנחיה. עוד טוענת מכבי כי מבחינת תדירות קיום הדיונים בהוספת השירותים לסל, המדינה דורשת ממכבי את מה שאינה דורשת מעצמה: בעוד שמכבי נדרשת לקיים דיונים בוועדת החריגים, בתדירות של אחת לשבוע, דיונים שלטענת מכבי יש בהם משום שקילה של הוספת שירותים חדשים לסל הפנימי, הרי שהמדינה עצמה מקיימת דיונים כגון דא בוועדת הסל הלאומי אחת לשנה בלבד.

16. לחלופין טוענת מכבי כי היות שקופות החולים מתוקצבות אך רק לצורך מתן תרופות הכלולות בסל, ובהתחשב בכך שמקורות ההכנסות של קופות החולים מוגבלים בהתאם לחוק, אזי – ככל שאכן ייקבע כי מכבי אכן מחויבת לשקול לספק שירותים שאינם בסל הלאומי בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסק הדין דהאן ובחוזר הסמנכ"ל – הרי שעל המדינה לתקצב את מכבי לצורך כך, ובנוסף לדון במסגרת ועדת הסל הלאומי בהוספת תרופות לסל הלאומי בתדירות שאינה פחותה מאחת לחודש. לחלופי חלופין נטען כי יש לחייב את המדינה להקים ועדת חריגים ארצית.

17. טענה נוספת של מכבי מתייחסת למקרים בהם מבוטח הפונה לוועדת החריגים מציג בפניה ממצאים רפואיים המוכיחים את יעילותו של השירות המבוקש על-ידו, כשממצאים אלה הושגו במהלך טיפול קודם במבוטח באמצעות אותו שירות שלא דרך הקופה, דהיינו באופן פרטי. במקרים כאלה מבקשת מכבי להצהיר שהממצאים כאמור אינם בגדר שיקול רלוונטי שעל ועדת החריגים לשקול. בהקשר זה נטען כי יש בשקלול הממצאים שהושגו באמצעות טיפול באופן פרטי משום הפליה פסולה בין מבוטחים בעלי אמצעים לבין כאלה שידם אינה משגת לממן את הטיפול במטרה להוכיח את יעילותו. עוד נטען כי האפשרות להתחשב בהצלחת הטיפול שהושג במימון עצמי זרה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

טענות המדינה

18. לטענת המדינה, מכבי היא רשות ציבורית הפועלת כזרועה הארוכה של המדינה במטרה לספק לציבור שירותי בריאות חיוניים. משכך, כך לטענת המדינה, חלות על מכבי חובות המשפט המנהלי וביניהן החובה לשקול בקשות חריגות, תוך התייחסות בסבירות ובהגינות לכלל השיקולים הרלוונטיים. על רקע זה סבורה המדינה כי אין להתיר למכבי לדחות בקשות המופנות לוועדת החריגים אך ורק משום שהן אינן יחידניות, שכן שיקול השלכות הרוחב התקציביות העומד בבסיס הדרישה ליחידנות הוא אמנם שיקול לגיטימי, אך איננו שיקול יחיד. לטענת המדינה, דחייה על הסף כאמור של בקשות חריגות איננה מידתית. עם זאת, המדינה מוצאת להטעים כי במקרים בהם ועדת החריגים תשקול בסבירות את כל השיקולים הרלוונטיים, ראוי יהיה שבתי הדין לעבודה ינהגו בריסון וימעטו להתערב בהחלטותיה.

19. באשר לדרישות שהעלתה מכבי ביחס למדינה, ובפרט הדרישה להקים ועדת חריגים ארצית, נטען כי אין לכך כל הצדקה, שכן הטיפול במבוטח במסגרת ועדת חריגים צריך להיות, המשכו הרציף של הטיפול הניתן לו בקופה, לשם מניעת כפילות מיותרת. בנוגע לדרישת מכבי לחייב את המדינה לתקצב אותה בנפרד לצורך מימון שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי, טוענת המדינה כי היות שהתקציב שהקופות מקבלות מהמדינה אינו מבוסס על ההוצאות בפועל, הרי שיש בידי מכבי די משאבים לספק גם שירותים מסוימים שאינם כלולים בסל הלאומי. בנוגע לטענת מכבי לגבי הצורך ליצור הקבלה בין תדירות התכנסותו של פורום מטעמה הדין בהוספת שירותים לסל הפנימי לבין תדירות התכנסותה של ועדת הסל הלאומי, נטען כי אין מקום להשוואה בין שני גופים אלה, בשל השוני בהגדרת תפקידיהם ובאופן ביצועם.

20. באשר לטענתה של מכבי, לפיה החוזר הוצא על-ידי סמנכ"ל משרד הבריאות בחוסר סמכות, טוענת המדינה כי החוזר אך מבהיר את הדין הקיים כפי שזה משתקף מפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, ומשכך לא דרוש לו מקור סמכות עצמאי. באשר לטענת מכבי, לפיה אין להתחשב במסגרת הדיון בוועדת החריגים בממצאים רפואיים שהושגו בטיפול קודם שהמבוטח מימן באופן פרטי, סבורה המדינה כי ממצאים אלה הם בבחינת שיקול רלוונטי שלא ניתן להתעלם ממנו, וזאת ללא קשר לשאלת מקור המימון.

טענות המשיבה 5 בבג"צ 3933/11 – קופת החולים מאוחדת

21. קופת החולים מאוחדת (להלן: מאוחדת) ביקשה להצטרף לדיון בעתירה נגד החוזר, אשר חל גם עליה. לטענתה, לקופות החולים כלל אין סמכות לספק למבוטחיהן שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי ללא אישור שר הבריאות, לא כל שכן כשקופה נמצאת בגרעון תקציבי. לעניין זה מפנה מאוחדת [לסעיף 8\(א2\) ולסעיף 20](#) לחוק, מהם מבקשת מאוחדת להסיק כי החוזר, המחייב לטענתה את קופות החולים להוסיף דה-פקטו שירותים לסליהן הפנימיים, סותר את הדין הקיים. לחלופין נטען כי אין בחקיקה כל מקור המקנה למשרד הבריאות סמכות להסדיר הוספת שירותים לסלים הפנימיים של קופות החולים. לחלופי חלופין טוענת מאוחדת, בדומה לטענתה של מכבי, כי לחוזר מעמד של הנחיה מנהלית של משרד ממשלתי אשר אין בכוחה לחייב גופים חיצוניים למשרד זה. מאוחדת מוסיפה ומבהירה שהקופות מפעילות ועדות חריגים ומספקות שירותים שלא כלולים בסל הלאומי למבוטחיהן אך לפני משורת הדין, ומשכך מוקנה להן שיקול דעת רחב באשר לאופן הפעלתן של ועדות אלה. על סמך טענה זו מצטרפת מאוחדת לבקשתה של מכבי להצהיר כי מותר לוועדות החריגים לקבוע דרישה ליחידנות רפואית כתנאי סף.

22. עוד מציינת מאוחדת כי העובדה שמשרד הבריאות העביר אל שכמן של קופות החולים את הנטל לספק שירותים שמחוץ לסל הלאומי מבלי לתקצב אותן לצורך זה, גורמת, בהתחשב בתחרות בין הקופות, לכך שהקופות מספקות שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי למבוטחיהן על אף הגרעון התקציבי בו הן מצויות ותוך העמקתו. משכך, סבורה מאוחדת כי הפתרון הראוי הוא שמשרד הבריאות יאסור על הקופות לספק שירותים שאינם בסל הלאומי ויקים ועדת סל ארצית לחריגים שתמומן מתקציב המדינה.

טענות קרן דולב

23. עמותת קרן דולב לצדק רפואי, אשר ייצגה את יורם דהאן ז"ל בהליכים נגד מכבי בפני בתי הדין לעבודה, ומייצגת את עזבונו כיום בבג"צ 5438/11 בפנינו, ביקשה להצטרף כמשיבה גם לבג"צ 3933/11 שהוגש נגד החוזר. קרן דולב טוענת כי לא נפלה בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה טעות מהותית וכי ממילא אין מקום להתערבות בו. בנוגע לחוזר נטען כי זה אך מעגן ומתרגם להנחיות מעשיות את הפסיקה של בית הדין הארצי, ואף את הוראות החוק. בהקשר זה נטען כי עצם האפשרות הקבועה [בסעיף](#)

8(A1) לחוק לכך שקופות החולים תוכלנה לספק למבוטחיהן שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי מטילה על הקופות חובה לבחון כל בקשה לקבלת שירותים כאמור. על בסיס זה טוענת קרן דולב כי ועדות החריגים שהקופות מפעילות לצורך שקילתן של בקשות חריגות אינן בגדר מערך וולונטרי.

24. באשר לסוגיה התקציבית נטען כי קיים פער בין התקציב שהקופות מקבלות עבור השירותים הכלולים בסל הלאומי לבין הוצאותיהן לצורך זה בפועל, וכי עצם קיומו של הסל הפנימי של מכבי הוא הראיה לכך. בהקשר זה טוענת קרן דולב כי מכבי פועלת בחוסר שקיפות ובחוסר שוויון כאשר היא מוסיפה לסל הפנימי, באמצעות המסלול המהיר ומבלי להציג אמות מידה כלשהן, שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי, ובו-בזמן דוחה בקשות המגיעות לפתחה של ועדת חריגים באמתלה של אי-עמידה בדרישה ליחידנות. לעניין זה עמדתה של קרן דולב היא כי על מכבי להעדיף שירותים חיוניים המבוקשים במסגרת ועדת החריגים על-פני שירותים שאינם חיוניים שמכבי נוהגת להוסיף לסל הפנימי שלה באמצעות המסלול המהיר. על רקע זה סבורה קרן דולב כי הדרישה ליחידנות משמשת את מכבי כמושג שסתום המאפשר לה לברור על-פי קריטריונים ששמורים עימה את המבוטחים שבקשותיהם ייענו בחיוב במסגרת ועדת החריגים. את ההוכחה לכך שמכבי אינה פועלת על-פי אמות המידה המוצהרות רואה קרן דולב בנתון לפיו כמחצית מהפניות לוועדת החריגים של מכבי נענות בחיוב. לטענת קרן דולב, נתון זה אינו עולה בקנה אחד עם הדרישה ליחידנות, שכן לא ייתכן, כך לטענתה, שמחצית מהפניות לוועדת החריגים אכן יחידניות. קרן דולב אף סבורה כי בפועל לא ניתן לעמוד בדרישתה של מכבי ליחידנות, שכן הדרישה מכוונת לא רק כלפי המצב בהווה אלא גם כלפי העתיד, במובן שחולה הפונה לוועדת החריגים נדרש להוכיח כי לא צפוי שיימצא חולה נוסף במצבו אף בעתיד.

צו על תנאי

25. ביום 29.9.12 יצא מלפני בית משפט זה צו על תנאי המורה למשיבים ליתן טעם מדוע לא יוצהר כי מכבי רשאית להחליט כי דיון בהוספת שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי לסל הפנימי שלה יתקיים בתדירות שאינה עולה על אחת לחצי שנה, וזאת בכפוף לשיקולים תקציביים; וכי בהענקת שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי רשאית מכבי להבחין בין חולים חריגים מבחינה רפואית לבין חולים שאינם כאלה.

דיון והכרעה

לאחר שעיינתי היטב בטענות הצדדים בשתי העתירות הגעתי לכלל מסקנה כי דינן להידחות.

(א) תחולת המשפט המינהלי על קופות החולים

26. כאקדמת מילין לסוגיות שיידונו בהמשך יש לבחון את היקף תחולתו של המשפט המינהלי על מכבי, ובפרט בהתייחס אל פעילותה של ועדת החריגים. אין חולק כי מכבי, בדומה ליתר קופות החולים, היא גוף דו-מהותי הכפוף במידה כזו או אחרת לעקרונות המשפט המנהלי. הגדרתן של קופות החולים כגופים דו-מהותיים נלמדת, בין השאר, מכך שהמחוקק הטיל עליהן משימה לאומית חיונית של מתן שירותי הבריאות לתושבי המדינה (ע"ע 1091/00 שטרית נ' קופת חולים מאוחדת, [פורסם בבנו] פד"ע לה 5 (2000)) (להלן: עניין שטרית); מהיקף פעילותן (בג"צ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, 699 (2002)); מהזיקה המוסדית של הקופות לרשויות השלטון בהיבטים של פיקוח ומתן הוראות (ה"פ (מחוזי-י-ם) 278/96 העמותה לדמוקרטיה וטוהר המידות בקופת חולים "מכבי" נ' קופת חולים "מכבי", פ"מ תשנ"ח (2) 433 (1999)) (להלן: עניין העמותה לדמוקרטיה); וכן מהיותן פועלות מכוח חוק ומהיותן נתמכות על-ידי המדינה (ע"א 8825/03 שירותי בריאות כללית נ' משרד הביטחון, [פורסם בבנו] פס' טו-טז (11.4.07)). עם זאת, אין להתעלם מכך שקופות החולים הן עמותות שנוצרו במישור המשפט הפרטי מכוח [חוק העמותות](#), תש"ם-1980, ומוקנית להן, בכפוף למגבלות, הזכות לשלטון עצמי (עניין העמותה לדמוקרטיה, בעמ' 447).

27. מכאן שלא בכל הקשר יש להטיל על קופות החולים את חובות המשפט המנהלי במלוא עוזן. היקפן של חובות אלה צריך שייגזר מנסיבות העניין (השוו: אסף הראל, גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי 206-215 (2008)). ודוקו, דומה כי בכל הנוגע לגרעין הקשה של פעילות הקופות, דהיינו לאספקת שירותי הבריאות לציבור, יש להחיל עליהן את חובות המשפט המנהלי באופן מלא. זאת, נוכח העובדה שבפעילות מסוג זה מתקיימים ביתר שאת כל אותם מאפיינים ציבוריים שנמנו לעיל, שכן באספקת שירותי הבריאות לציבור פועלות קופות החולים כזרועה הארוכה של המדינה מכוח החוק, חוק המגדיר את הקופות כאחראיות למתן "מלוא שירותי הבריאות" שלהם זכאים חברי הקופות (ראו: [סעיף 3\(ג\)](#) לחוק). לעניין זה יפים דבריו

של הנשיא א' ברק בע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 517 (1992):

"אם מוענק לגוף פלוני תפקיד סטטוטורי, יש להחיל עליו, לעניין ביצועו של תפקיד זה, את המשפט הציבורי".

28. הדברים מקבלים משנה תוקף בנוגע לפעילותן של ועדות חריגים במסגרת הקופות, המהוות עוגן הצלה אחרון עבור חולים במחלות קשות שחייהם תלויים מנגד, ומכאן חובתן המוגברת של ועדות אלה לפעול תוך הקפדה על כבוד האדם, כמו גם על יתר חובותיה של הרשות המנהלית כלפי הפרט (ראו: עניין שטרית, בעמ' 30-31).

(ב) חובתן של קופות החולים לשקול מתן שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי

29. עמדת בית הדין הארצי לעבודה, כמו גם עמדת קרן דולב בהליך לפנינו, היא כי מוקנית למכבי סמכות, וממילא חובה, לשקול לספק למבוטחיה שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי, וזאת מכוח [סעיף 8\(א1\)\(א\)](#) לחוק, שלכאורה מאפשר לקופות להציע למבוטחיהן שירותים נוספים שאינם בסל הלאומי. לעומת זאת, מכבי, כמו גם מאוחדת, מצביעות על כך [שסעיף 8\(ה\)](#) לחוק מתנה את האפשרות להוסיף שירותים לסל הפנימי באישורו של שר הבריאות ובקיומו של תקציב פנוי. מכבי סבורה כי היעדרות, במסגרת ועדת החריגים, לבקשה שאינה יחידנית שקולה להוספת שירות חדש לסל הפנימי של הקופה, ועל-כן, לטענתה, לא נתונה לה סמכות להיעתר לבקשות כגון דא.

30. כהערה מקדמית לדיון בחובתן של קופות החולים לשקול מתן שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי ייאמר, בבחינת מושכלות ראשונים, כי סמכותן של קופות החולים, ככל שיימצא להן מקור, לתת מענה לבקשות חריגות למימון שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי, מצמיחה באופן אינהרנטי חובה מתמדת לשקול להפעילה (ראו: בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983); בג"צ 3872/93 חיטרדאל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 496 (1993)). משכך, די להצביע על מקור סמכותה של מכבי לאספקת שירותים שאינם בסל, כדי לקבוע כי חלה עליה החובה לשקול את הבקשות לקבלת שירותים כאמור, וזאת באמצעות גוף מקצועי מתאים הפועל בהתאם לצרכי המבוטחים.

(ב1) השתק דיוני

31. בטרם אתייחס לדברים לגופם אומר כי מכבי מנועה מלהעלות טענה, לפיה לא עומדת לה סמכות לספק שירותים שאינם בסל הלאומי ללא תקציב וללא אישורו של שר הבריאות, שכן הלכה למעשה – כפי שיפורט על בסיס נתונים מספריים בהמשך – מכבי נוהגת להוסיף שירותים לסלה הפנימי בהיותה בגרעון תקציבי, ואף מתכוונת להמשיך לנהוג כן בעתיד, כפי שעולה מעתירותיה. במצב דברים זה ניתן לומר כי טענתה זו של מכבי מועלית בחוסר תום לב ואינה יכולה להתקבל (ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 472, 463 (1995); דגנ"ץ 10350/02 שר הפנים נ' מטר, פ"ד נח(3) 255, 275-276 (2004)). עם זאת, ובבחינת למעלה מן הדרוש, לטעמי, ניתן להצביע על מקור סמכות של הקופות לספק שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי.

(2ב) מקור הסמכות

32. לגוף השאלה הנוגעת למקור הסמכות, הרי [שסעיף 8\(א1\)\(א\)](#) לחוק אכן מסמיך את הקופות להציע, בכפוף לתנאים המנויים [בסעיף 8\(ה\)](#) לחוק, להוסיף לסל הפנימי שלהן שירותי בריאות שאינם כלולים בסל הלאומי:

(1א) (1) קופת חולים רשאית להציע:
 (א) הוספה לסל שירותי הבריאות שבתוספת השניה ובצו לפי סעיף קטן (ז) (להלן - התוספת והצו);

מעצם האפשרות להוסיף שירותים שאינם בסל הלאומי לסל הפנימי, ניתן ללמוד כי תכליתו של החוק כוללת בין היתר גם אספקה, על-ידי קופות החולים, של שירותים שאינם בסל הלאומי. לעניין זה אף נקבע בבג"צ 3071/05 לווזון נ' ממשלת ישראל, פס' 16 (28.7.08) (להלן: עניין לווזון) כי מכלול ההסדרים הקבועים בחוק מלמד על כך ששיטתנו מכירה בזכות חוקית לשירותים שאינם כלולים בסל הלאומי. זכות זו אמנם הוגדרה ככלל כתלוית-תקציב, אך נקבע כי "מגבלת התקציב אינה בגדר תיקרה שלעולם לא ניתן יהיה לפרוץ" (שם, בפס' 17).

33. נוכח האמור נראה זה נכון לקבוע כי ההסמכה הכללית שהחוק מעניק לקופות החולים לספק למבוטחיהן שירותי בריאות [\(סעיף 3ג\)](#) לחוק, מקפלת בתוכה הסמכה עקרונית להעניק גם שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי. לעניין זה יש להבחין בין

הסמכה להוסיף שירותים לסל הפנימי, הסמכה המופיע בחוק באופן מפורש תוך הכפפתה לתנאים המנויים [בסעיף 8\(ה\)](#) לחוק, לבין הסמכה להיעתר לבקשות פרטניות אשר אינה מופיעה בחוק במפורש. ודוקו, בהתחשב בתכלית החוק כפי שזו מצוינת לעיל, ובקיומה של הסמכה להוספה גורפת של שירותים לסל הפנימי, נראה זה אך טבעי לקבוע כי החוק מסמיך את הקופות ליתן מענה אף לבקשות פרטניות למתן שירותים שמחוץ לסל הלאומי.

34. אכן, קיים קושי בכך שסמכותן של הקופות ליתן מענה לבקשות חריגות אינה מוסדרת בחוק באורח מפורש. אולם, שיטתנו מכירה באופן עקרוני באפשרות להיעזר בפרשנותו התכליתית של דבר חקיקה לצורך איתור מקור הסמכות. עמדתי על כך בעניין אבו מדיגם:

”השאלה האם לשם הפעלת סמכות המוקנית לרשות בחוק יכולה היא לעשות שימוש באמצעי כזה או אחר, בדומה לשאלה האם חוק מקנה לרשות סמכות אשר לא מצוינת בו במפורש, היא בעיקרה שאלה של פרשנות החוק (השוו: זמיר, בעמ' 256). פרשנות זו, ככל פרשנות, ראשיתה בלשון החוק, המשכה בתכליתו, וסופה- מקום בו הפעלת התכלית על הטקסט מעלה יותר מאפשרות פרשנית אחת- בשיקול-הדעת השיפוטי (אהרון [ברק פרשנות במשפט כרך שני](#) - פרשנות החקיקה 79-81 (1993)). ככלל, ישנו יתרון ברור לכך שסמכויותיה של הרשות המנהלית תיקבענה בחוק בצורה מפורשת ומפורטת. יחד עם זאת, לא אחת מוגדרת סמכותה של הרשות באופן כללי יחסית או מבלי שהחוק מפרש מהן הדרכים האפשריות להפעלתה.” (בג”צ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, סב(2) 57, 91-92 (2007) (להלן: עניין אבו מדיגם); בנוסף ראו: בג”צ 8976/08 הקרן לרווחה לנפגעי השואה בישראל נ' החברה לאיתור והשבת נכסים של נספי השואה בע”מ, [פורסם בנבו] פס’ 16 לפסק דינו של השופט דנציגר (20.8.09)).

35. יודגש בהקשר זה כי מהות הדרישה להסמכה מפורשת בחוק נגזרת מהקשר הדברים וממכלול נסיבות העניין, כאשר ככל שהפגיעה בזכויות האדם הנובעת מהפעלת סמכות על-ידי רשות מינהלית היא משמעותית יותר, תידרש הסמכה מפורשת יותר בדבר חקיקה (בג”צ 10203/03 המפקד הלאומי בע”מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, סב(4) 715, 821-825 (2008)). בענייננו הסתפקות במקור סמכות שאינו מפורש לא מובילה להכשרת מעשה מינהלי הפוגע, בשם האינטרס הציבורי, בזכויות

הפרט; אלא, נהפוך הוא, יש בהסתפקות כאמור כדי להוביל להטלת חיוב על הרשות להגשים את זכויות הפרט. משכך, נראה זה אפשרי להסתפק במקרה דנן בסמכות המשתמעת באורח סביר ומתקבל על הדעת מהחוק. לעניין זה יש לזכור גם כי הדיון הנוכחי עוסק בעיקר בסמכותן של קופות החולים לתת מענה למקרים קשים, בהם אי-מתן השירות הדרוש עלול לפגוע קשות בבריאותו של הפרט, וגם בכך יש כדי לחזק את הנכונות להסתפק בסמכות משתמעת.

36. חיזוק לקביעה לפיה הסמכות המוקנית לקופות החולים כוללת סמכות לספק שירותים שאינם בסל, ניתן למצוא בכך שהמימון מטעם המדינה שהקופות זוכות לו אינו מבוסס על הוצאותיהן בפועל אלא משקף את צפי ההוצאות. כפי שמכבי עצמה טוענת, הודות לצעדי "חסכון והתייעלות", היא מצליחה להקדיש חלק מתקציב התרופות הכללי המתקבל על-ידה מהמדינה לשירותים שמחוץ לסל הלאומי. יש להניח, בין היתר על סמך עמדת המדינה, כי הפער התקציבי האמור נוצר לא בכדי, אלא דווקא במטרה לאפשר למכבי לספק, בהתאם לצרכי מבוטחיה, אף שירותים שאינם כלולים בסל.

37. סיכומו של דבר, למכבי עומדת סמכות לספק שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי, והיא ממילא מחויבת לשקול מתן שירותים כאמור. הדברים אמורים לכל הפחות בנוגע לבקשות המציגות מקרים קשים, במסגרתם, כאמור בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, "הטיפול נדרש להצלת חיים, הארכתם, מניעת נזק בריאותי משמעותי, או שאמורה להיות לו השפעה משמעותית על איכות חייו של המבוטח" (עניין דהאן, פס' 26).

(ג) הדרישה ליחידנות

38. טענה מרכזית מבין טענותיה של מכבי, לגביה הוצא צו על תנאי, היא כי במסגרת שיקול הדעת שעל מכבי להפעיל בבואה לבחון בקשות חריגות למתן שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי, מותר לה לקבוע דרישה ליחידנות כדרישת סף. משמעות קבלתה של טענה זו היא כי מבוטח שנמצא במצב רפואי מסוים אשר אינו בבחינת יחיד, בהווה ובעתיד הנראה לעין, לא יוכל לזכות לבחינה עניינית של בקשתו. (1ג) הרקע לדיון בדרישה ליחידנות

39. כפי שפורט לעיל, מכבי מפעילה מספר מסלולים המאפשרים למבוטחיה לקבל שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי. ניתן לחלק מסלולים אלה לשתי קטגוריות: הקטגוריה הראשונה כוללת מסלולים במסגרתם נוספים לסלה הפנימי של מכבי שירותים חדשים, באופן שכל מבוטח הזקוק לשירות החדש על-פי התווייתו יהיה זכאי לקבלו; הקטגוריה השנייה מתייחסת למתן מענה לבקשותיהם הפרטניות של מבוטחים ספציפיים.

40. בקטגוריה הראשונה נכלל פורום הטכנולוגיות של מכבי, שכזכור אמור להתכנס אחת לחצי שנה לצורך דיון מעמיק באפשרות להוסיף שירותים חדשים לסל הפנימי בהתאם לצרכי הקופה. התכנסותו של פורום הטכנולוגיות מותנית, על-פי נהליה של מכבי, בקיומו של תקציב פנוי. בפועל לא התכנס פורום הטכנולוגיות מאז שנת 2009, וזאת בשל היעדר תקציב פנוי כאמור. בנוסף לפורום הטכנולוגיות, כוללת הקטגוריה הראשונה את המסלול המהיר, אשר גם במסגרתו נוספים שירותים חדשים לסל הפנימי של הקופה. הוספת שירות חדש באמצעות המסלול המהיר אינה דורשת את התכנסותו של פורום כלשהו, אלא נעשית בהמלצת הרוקח הראשי של מכבי ובאישור המנכ"ל שלה. יצוין כי אין מגבלה על כמות השירותים שניתן להוסיף באמצעות המסלול המהיר לסל הפנימי של הקופה בשנה, וכי הוספת השירותים באמצעות המסלול המהיר אינה מותנית בקיומו של תקציב פנוי. המגבלה היחידה שחלה על הוספת שירותים באמצעות המסלול המהיר היא כי עלותו של כל אחד מהשירותים המתווספים לסל הפנימי לא תעלה על סך של 400,000 ₪ לשנה. באשר להיקף פעילותו של המסלול המהיר יש בידינו אך נתון מדגמי, לפיו בשנת 2011 נוספו לסלה הפנימי של מכבי 35 שירותים חדשים (ראו: חב"ר 11-12-41119 ש' (קטין) נ' מכבי שירותי בריאות, פרוטוקול הדיון מיום 4.3.12, עמ' 23, ש' 22). באשר לשני המסלולים הכלולים בקטגוריה הראשונה, יש לציין כי ההחלטות המתקבלות במסגרתם אינן מתבססות על בקשות המבוטחים ואף לא מוסדרת דרך בה יכולים מבוטחי הקופה, להפנות למקבלי ההחלטה בשני מסלולים אלה בקשות. אופי פעילותם של פורום הטכנולוגיות ושל המסלול המהיר נועד לשקף, לעמדתה של מכבי, תעדוף מושכל, במסגרת מגבלות התקציב, בין השירותים השונים שניתן להוסיפם לסלה הפנימי של מכבי, ומכאן הצורך בבחינה תקופתית מסודרת של כל הנתונים המצטברים בידי הקופה.

41. בקטגוריה השנייה, הנותנת, כאמור, מענה לבקשותיהם הפרטניות של מבוטחי הקופה, נכללת ועדת החריגים של מכבי. גוף זה נועד ליתן מענה מהיר לבקשות דחופות לקבלת שירותים שאינם בסל. לרוב עסקינן בבקשות של מבוטחים החולים במחלות קשות, שוועדת החריגים היא מפלטם האחרון (עניין טייירו, פס' 15 לפסק דינה של השופטת נ' ארד). משכך, ועדת החריגים מתכנסת אחת לשבוע-שבועיים, בפורום מקצועי מצומצם יחסית ובוחנת בקשות ספציפיות, מתוך שאיפה לקבל החלטות מהירות ככל הניתן.

42. חשוב להדגיש כי פעילות המסלולים הכלולים בשתי הקטגוריות המתוארות לעיל ממומנת מאתו מקור תקציבי. כפי שיפורט להלן, וכמוסכם על הצדדים, בעוד שתקציב התרופות שמכבי מקבלת מהמדינה מבוסס על עלותם הנומינלית של השירותים הכלולים בסל הלאומי, הרי שרכישת השירותים בפועל נעשית במחירים נמוכים יותר. משכך, נותר בידי הקופות פער תקציבי משמעותי המנוצל על-ידיהן לצורך מימון שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי. ברי, אם כן, כי ככל שעולה כמות הבקשות הנענות במסגרת ועדת החריגים בחיוב, כך מצטמצמת יכולתה של מכבי להוסיף מיוזמתה שירותים חדשים לסלה הפנימי. הדברים נכונים ביתר שאת, כאשר עסקינן בבקשות שאינן יחידניות, אשר להן השלכות רחב תקציביות.

43. על רקע זה מובן רצונה של מכבי לשמור על ההבחנה בין שתי הקטגוריות, הבחנה שיש בה כדי לאפשר למכבי שליטה וחופש פעולה בכל הקשור להוספת שירותים יזומה לסלה הפנימי. ללא ההבחנה האמורה, דהיינו במצב בו ועדת החריגים מוסמכת לקבל החלטות המשליכות באורח ניכר על תקציבה הפנוי של הקופה, אפשר שלא יישאר בידי מכבי תקציב מספיק לצורך הוספת שירותים חדשים כרצונה. השאיפה לשמור על ההבחנה בין שתי הקטגוריות הובילה את מכבי לקבוע דרישה ליחידנות כתנאי סף לדיון בוועדת החריגים, באופן שרק מבוטח, אשר אין ולא צפויים להיות בקופה מבוטחים נוספים במצבו, יוכל לקבל במסגרתה מענה. שהרי אם לא כן, אספקת השירות המבוקש למבוטח הפונה לוועדת החריגים תחייב את מכבי, מכוח עקרון השוויון, לספק את אותו השירות, בהיעדר שוני רלוונטי, לכל יתר המבוטחים במצבו. בכך רואה מכבי משום טשטוש גבולות בין שתי הקטגוריות באופן שפעילותה של ועדת החריגים הופכת דה-פקטו לפעילות הגוף הדן בהוספה של שירותים חדשים לסלה הפנימי.

44. לשיטת מכבי, יש בטשטוש הגבולות כאמור כדי לפגוע ביכולתה להוסיף שירותים לסלה הפנימי תוך עריכת תערוף מושכל על-סמך תשתית עובדתית ומחקרית נדרשת, וזאת בשל פגיעה תקציבית שעשויה לנבוע מפעילותה של ועדת החריגים. לאור זאת, סבורה מכבי כי הצבת הדרישה ליחידנות כתנאי סף לדיון בוועדת החריגים תאפשר שמירה על ההבחנה בין פעילותה של ועדת החריגים לבין המסלולים שמטרתם להוביל להוספת שירותים חדשים לסלה הפנימי. זאת, באופן שפעילותה של ועדת החריגים תתייחס רק למקרים יחידניים הכרוכים בעלויות מצומצמות, כך שיישארו בידי הקופה די משאבים לצורך הוספה יזומה של השירותים החדשים לסל הפנימי. בנוסף, עולה מטענותיה של מכבי כי הדרישה ליחידנות עשויה לשרת את מטרת הוודאות, למנוע את ייקור פעילותה של ועדת החריגים ולחסוך התדיינויות משפטיות, שכן סינון של בקשות המופנות לוועדת החריגים על סמך כלל אצבע טכני, לפיו ועדת החריגים תדון רק בבקשות יחידניות, יאפשר לוועדת החריגים לפעול במהירות וללא עלויות גבוהות, וכן ימנע הגשת תביעות לבתי הדין לעבודה ובירורן המתמשך. בצד יתרונות השיטה של מכבי, ברי כי גישתה זו טומנת בחובה פגיעה קשה במבוטחים המתדפקים על שעריה של ועדת החריגים, אך נותרים ללא מענה בשל אי-עמידתם בדרישה ליחידנות ועל אף שיתר השיקולים, לרבות השיקול התקציבי כשזה נבחן לא רק לאור כמות המבוטחים במצבו של הפונה אלא גם לאור עלות הטיפול, היו עשויים להוביל למסקנה כי ראוי לממן את השירות המבוקש.

45. כפי שניתן להתרשם מהדברים שהוצגו עד כה, אין אנו עוסקים בתנאי טכני שמכבי מציבה במסגרת פעילותה של ועדת החריגים. עניין לנו בתנאי המשפיע במישרין על יכולתן של קופות החולים לקבל החלטות באשר לשימוש שיעשה בפערים הכספיים המשמעותיים הנותרים בידיהן לאחר רכישת השירותים הכלולים בסל הלאומי. ברי כי החלטות מסוג זה טעונות הכרעה בסוגיות חלוקתיות הרות גורל, כדוגמת השאלה אם יש להעדיף שירותים חשובים שאינם חיוניים על-פני שירותים מצילי חיים או מאריכי חיים? הכרעה בשאלות חשובות ורגישות מעין אלה ראוי שתעשה במדינה דמוקרטית על-ידי המחוקק, ולכל הפחות על-ידי מחוקק המשנה בתקנות, ולא תותר לשיקול דעתו של גוף עסקי המצוי בניגוד עניינים מובנה. משכך, חיוני וראוי כי המחוקק יפעל להסדרת אמות מידה ברורות, לפיהן ייעשה על-ידי הקופות השימוש במשאבים הנותרים בידיהן לאחר מיצוי תקציב התרופות.

46. לסיכום הרקע לדיון בדרישה ליחידנות, ניתן לקבוע כי התכליות שביקשה מכבי להשיג בהצבת הדרישה כאמור הן כדלקמן: התכלית הראשונה היא שמירה על תקציבה של מכבי לצורך עריכת תערוף מושכל בין השירותים השונים שניתן להוסיפם לסלה הפנימי על-בסיס מגוון השיקולים, וביניהם טובת המבוטחים וכן שיקולים שיווקיים שמטרתם הגדלת בסיס המבוטחים. התכלית השנייה היא יצירת כלל ודאי ופשוט שיוזיל את עלויות הדיון בוועדת החריגים, כמו גם ימנע התדיינויות משפטיות מיותרות. אני סבורה כי מדובר בתכליות ראויות כשלעצמן, בין היתר לאור העובדה שהלכה מושרשת היא מימים ימימה כי שיקול תקציבי, אשר סביבו נסובו שתי התכליות, הוא שיקול רלוונטי שמותר, ואף חובה, על הרשות לשוקלו (בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 152 (1993); בג"ץ 3627/92 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(3) 387, 391 (1993); עניין לוזון, בפס' 25 לפסק דינה של הנשיאה בייניש).

(ג2) מידתיות הדרישה ליחידנות

47. כידוע, אין די בכך שבבסיס המעשה המינהלי תונחנה תכליות ראויות, אלא נדרש שגם האמצעים אותם בוחרת רשות להגשמת התכליות יהיו ראויים. אמצעים אלה נבחנים במסגרת מבחן המידתיות שנחלק בפסיקה לשלושה מבחני משנה: "מבחן הקשר הרציונלי" או "מבחן ההתאמה" הבוחן אם האמצעי שנבחר להגשמת התכלית אכן צפוי באופן רציונלי להגשימה; "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה", במסגרתו נבחן אם הרשות בחרה באמצעי שפגיעתו בזכויות האדם היא הקטנה ביותר; וכן "מבחן המידתיות במובן הצר" או "מבחן האמצעי המידתי" הבודק את היחס בין התועלת שהשגת התכלית מצמיחה לבין עלות הפגיעה בזכויות האדם כתוצאה משימוש באמצעי שנבחר (ראו: ע"א 6821/93 בנק מזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 436-437 (1995)).

אני סבורה כי האמצעי של הצבת הדרישה ליחידנות, אותו בחרה מכבי במטרה להגן על תקציבה וכדי ליצור ודאות בפעילותה, אינו מידתי בראי המבחנים האמורים. אנמק.

(ג2א) מבחן הקשר הרציונלי

48. הפסיקה דורשת, במסגרת מבחן המידתיות, שבין המעשה המינהלי לבין תכליתו יתקיים קשר רציונלי, במובן זה שיהיה זה צפוי כאפשרות קרובה לוודאי שהאמצעי ישיג את מטרתו (בג"צ 73/53 חברת "קול עם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953) (להלן: עניין קול עם; בג"צ 9593/04 מוראד נ' מפרד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, [פורסם בבנו] פס' 25 לפסק דינה של השופטת, כתוארה אז, בייניש (26.6.06)).

49. באשר לתכלית של שמירה על תקציבה של מכבי מתוך רצון לאפשר עריכת תערוף מושכל בעתיד, נראה כי מבחן הקשר הרציונלי לא מתקיים במידה הנדרשת, שכן בחלק לא מבוטל מהמקרים, האמצעי של הדרישה ליחידנות כלל אינו משיג את התוצאה המבוקשת על-ידי מכבי. כך, ייתכן מבוטח, שאינו יחידני, הפונה בבקשה לקבל שירות מסוים במקום שירות שזמין לו על-פי הסל הלאומי, כאשר הפער בין עלות השירות המצוי בסל הלאומי לבין השירות המבוקש על-ידו אינו גבוה אף בהתחשב בהכפלתו בכמות המבוטחים במצבו של הפונה אשר יוכלו ליהנות מהשירות מכוח עקרון השוויון. יתרה מזאת, הפער האמור עשוי להיות במקרים מסוימים שלילי, דהיינו עלות השירות המבוקש עשויה להיות נמוכה יותר, בראיה הכוללת, מעלות השירות החלופי הכלול בסל, כך שהקופה אף תצא נשכרת מאספקת השירות. ברי כי אין הגיון לקבוע במקרים מסוג זה מחסום המונע ממבוטחים שאינם יחידניים לקבל את השירות המבוקש. מעבר לכך, ניתן להעלות על הדעת מקרה הפוך בו לפתחה של ועדת החריגים יתגלגל מקרה יחידני מובהק, אך כזה שעלות הטיפול המבוקש במסגרתו היא גבוהה במיוחד. דומה כי חסימת מקרים אחרים, שעלותם המצרפית נמוכה יותר, באמצעות תנאי סף נוקשה, בעת ובעונה אחת עם קיום הדיון במקרה האחרון המתואר, אינה עולה בקנה אחד עם הדרישה לקיומו של קשר רציונלי.

50. באשר לתכלית של יצירת ודאות המאפשרת הוזלת פעילותה של ועדת החריגים ומניעת התדיינות משפטיות, נראה כי אף ביחס לתכלית זו התנאי לקיומו של הקשר הרציונלי בין אמצעי למטרה אינו מתקיים ברמה הנדרשת. בהקשר זה יושם אל לב כי מכבי מציגה את הבחינה של יחידנות הבקשה המגיעה לפתחה של ועדת החריגים כבחינה לכאורית המייתרת את הצורך לבחון בקשה, שעל-פניה אינה יחידנית, באופן פרטני. בכך היא מבקשת ליצור כלל פשוט וודאי שיחסוך בחינה מיותרת, לשיטתה, של יתר השיקולים הנוגעים לבקשה, כמו-גם יקטין את כמות התביעות המוגשות בגין סירובה של ועדת החריגים להיעתר לבקשות המבוטחים או למצער להקל על בירורן של תביעות אלה. בניגוד לגישה זו, נקבע בפסיקתו של בית משפט זה כי כדי לברר אם

מקרה מסוים הוא אכן חריג אין די בבדיקה לכאורית וטכנית אלא נדרשת בחינת המקרה לגופו (ראו: ע"מ 1983/11 אמארה נ' משדר הפנים [פורסם בנבו] (17.9.11)). לענייננו נראה זה קשה עד בלתי אפשרי לקבוע אם בקשה הבאה בשערי ועדת החריגים מגלה שונות, המצדיקה להבחין בין מגיש הבקשה לבין יתר המבוטחים הלוקים במחלתו, מבלי להידרש להיבטיה הפרטניים של הבקשה. למסקנה זו ניתן להגיע בין השאר מעיון בדבריו של יו"ר ועדת התרופות של מכבי, פרופ' הלל הלקין, שהובאו בסעיף 25.3 לכתב התשובה של מכבי:

"שונות בין חולים היא אכן בניין בתורת השירות בתרופות ובחולים. יש שונות בין אנשים איך הם זוכים להבריא מניתוח כלשהו. שונות זו היא אלמנט בסיסי בכל הערכה לגבי כל שירות רפואי. אין חולים זהים, חוץ מאשר חולי GBM תאומים זהים, שיש להם גידול באותו מקום במוח ואין להם הבדל רפואי אחר".
(ההדגשה הוספה – ע.א.).

מדברים אלה עולה כי בדרך כלל לא ניתן לשלול על סמך בדיקה מקדמית סיכוי שישנה שונות המצדיקה מתן שירות למבוטח הספציפי, וכדי לבחון זאת קיים צורך בבחינה פרטנית של כלל הנתונים העולים מהבקשה. משכך, ספק בעיניי אם הצבת הדרישה ליחידנות גוררת אחריה בהכרח מצב של ודאות. ועדת החריגים שתעשה את עבודתה כיאות לא תוכל להסתפק בבדיקה מקדמית טכנית, אלא בכל מקרה תידרש לבחון את נסיבותיו של המקרה הספציפי. משכך נראה כי פעילותה של ועדת החריגים לא בהכרח תהיה זולה יותר בהינתן הדרישה ליחידנות. בדומה לכך, אף מספר התביעות המשפטיות שמבוטחי הקופה צפויים להגיש לבתי הדין לעבודה נגד החלטותיה של ועדת החריגים לא בהכרח ירד, ובירורן של תביעות אלה, בהיותן מבוססות על טענות רפואיות הנדרשות לשם הבחנה בין המבוטח-התובע לבין יתר המבוטחים הלוקים במחלתו, לא בהכרח יתקצר ויוזל.

51. אמנם, ייתכן כי הצבת הדרישה ליחידנות עשויה להשיג מידה מסוימת של ודאות, על כל המשתמע מכך. עם זאת, לא נראה, ולמצער מכבי לא הניחה לפנינו כל תשתית המאפשרת לקבוע, כי במקרה דנן תתקיים הדרישה לכך שהתכלית הרצויה תושג בהסתברות קרובה לוודאי (עניין קול ע"מ, בעמ' 884). מכל מקום, שני מבחני המידתיות הנוספים מחזקים את המסקנה לפיה דרישת היחידנות אינה מידתית.

(ג)22(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

52. מבחן המשנה השני הקיים במסגרת מבחן המידתיות הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן משנה זה מחייב את הרשות לבחור, מבין אמצעים בעלי רמת אפקטיביות דומה, את האמצעי שפגיעתו בזכויות האדם היא הקטנה ביותר (בג"צ 1748/06 ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, [פורסם בבנו] פס' 14 (14.12.2006)).

53. בנוגע לתכלית של שמירה על מסגרת תקציבית לטובת צרכים אחרים, דומה כי מדיניותה של מכבי אינה עומדת בדרישת מבחן המשנה השני. נראה על-פניו כי ניתן לקיים הסדרים הפוגעים בזכויות המבוטחים פחות מההסדר אותו בחרה לעגן מכבי בנהליה, וזאת אף מבלי לוותר באופן ממשי על אפקטיביות האמצעי לצורך השגת התכלית של הגנה על תקציב הקופה (בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, סא(2) 202, 344 (2006)). כך, ניתן לתת משקל לחריגות מצבו של המבוטח הפונה לוועדת החריגים ביחס ליתר המבוטחים הלוקים במחלתו, וזאת מבלי לראות בחריגות משום תנאי סף שלא ניתן להתגבר עליו באמצעות שיקולים אחרים. בנוסף, ניתן לקבוע, שוב לא כדרישת סף, את התנאי לחריגות ביחס ליתר המבוטחים, אך לא בצורה כה קיצונית. לעניין זה אפנה להנחיות הרשות הבריטית (NHS) National Health Service הנוגעות לאמות המידה בהן יש לבחון בקשות למימון שירותים שאינם בסל על-ידי ספקי השירות הרפואי (Priority Setting: Managing Individual Funding Requests). לפי הנחיות אלה, נדרש שהפונה לוועדת חריגים של ספק השירותים הרפואיים יהיה במצב שונה מאוכלוסיית החולים הכללית הלוקה במחלתו. זאת, להבדיל מהדרישה ליחידנות שמציבה מכבי, במסגרתה על המבוטח הפונה לוועדה להוכיח שונות מכל יתר החולים במחלתו. הדרישה האמורה מנוסחת בהנחיותיה של NHS בזו הלשון:

"[...] the patient is significantly different to the **general** population of patients with the conditions in question (ההדגשה הוספה – ע.א.)"

תימוכין להבחנה בין גישה המאוזנת יותר של הרשות הבריטית לבין גישה של מכבי ניתן למצוא בפסק הדין הבריטי *Ross v. West Sussex Primary Care Trust* [2008] EWHC B15 (Admin) (10.9.08), שם נקבע כי:

"It is not a policy for exceptional cases because a person is automatically disqualified if he can be

linked to another in order to qualify, a patient must show in effect that he is unique, rather than exceptional in the ordinary sense of the word as being 'of nature of forming an exception; out of the ordinary course, unusual, special' (Oxford Dictionary)."

54. בשולי הדברים אעיר כי לאור האמור לעיל, אין בידי לקבל את הטענה, לפיה הנחיותיה של NHS משקפות את עמדתה של מכבי בנוגע לדרישה ליחידנות, שכן, כפי שראינו, מדובר בדרישות שונות. בנוסף, יש לדחות את טענתה של מכבי המתייחסת לפסק הדין בעניין Ross, לפיה "פסק הדין אינו עוסק בחוקיות האבחנה בין מקרים חריגים לשאינם חריגים [...] אלא בתוכן של אותה אבחנה", שהרי גם אנו עוסקים "בתוכן של אותה אבחנה". בהקשר זה ייאמר כי, טענתה העקרונית של מכבי זהה, למעשה, לטענה של ספק שירותי בריאות בעניין Ross. כמתואר לעיל עמדה זו נשללה על-ידי בית המשפט הבריטי.

55. אמצעי חלופי נוסף להצבת הדרישה ליחידנות המשיג את תכלית ההגנה על תקציבה של מכבי, אשר נראה כפוגע פחות בזכויות המבוטחים ואשר ניתן לשקול לאמצו במקרים מסוימים, מתייחס לבקשות דחופות למתן שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי, כאשר יש לבקשות אלה ביסוס משכנע ביחס ליעילות השירות אך קיימות להן השלכות רוחב תקציביות, שבירור היקפן מצריך פרק זמן נוסף הפוגע במבוטח. במקרים כגון דא ניתן לשקול אפשרות שהקופה תיעתר לבקשת המבוטח הספציפי, ובו בזמן תמשיך לבחון את השלכות הרוחב התקציביות תוך שקילתן מול יעילותו של השירות באופן כללי. דומה כי אם בחינה מושכלת של העניין תוביל למסקנה כי אין זה סביר להמשיך ולספק את השירות, לא יהיה בהפסקת אספקתו משום פגיעה בעקרון השוויון (השוו: בג"צ 2223/04 לוי נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פס' 39 (4.9.06); בג"צ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פס' 54-58 (3.3.09)). לעומת זאת, דחיית בקשה של מבוטח או קבוצת מבוטחים לצורך בחינת העניין במסגרת פורום תקופתי כזה או אחר, אם בכלל, תוך פגיעה אנושה בהם, כהצעתה של מכבי, עלולה להוות פעמים רבות דרך קשה ולא מוצדקת, בייחוד כאשר קיים סיכוי שבדיעבד יתברר כי אספקת השירות המבוקש הייתה מוצדקת אף בהתחשב בהשלכות הרוחב.

נוכח האמור מסקנתי היא כי האמצעי שבחרה מכבי לצורך השגת התכלית של הגנה על תקציבה אינו עומד בדרישה להיותו אמצעי שפגיעתו פחותה.

56. באשר לתכלית של יצירת ודאות שיש בה, לשיטת מכבי, כדי להוביל להוזלת פעילותה של ועדת החריגים, כמו-גם לחסכון בהתדיינויות בפני בתי הדין לעבודה – דומה כי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה אינו מעורר קושי, אך זאת בהנחה שאכן קיים קשר רציונלי בין הדרישה ליחידנות לבין תכלית הודאות. אם אכן קיים קשר כזה, דבר שהוטל בספק לעיל, ניתן לומר כי דרישת היחידנות עומדת במבחן המשנה השני, וכי לא הוצג בפנינו אמצעי אחר ששייג את אותה רמת ודאות ויעילות בפגיעה פחותה בפונים אל ועדת החריגים שאינם עומדים בדרישת היחידנות.

(ג2ג) מבחן המידתיות במובן הצר

57. מבחן המשנה השלישי במסגרת מבחן המידתיות בוחן בראיה של עלות מול תועלת את השאלה אם התכלית אותה מבקשת הרשות להשיג חשובה דיה כדי להצדיק את הפגיעה בזכויות האדם הנובעות מהפעלת האמצעי בו בחרה הרשות לשם השגתה של תכלית זו. מבחן משנה זה משקף תפיסה ערכית, לפיה המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים. אכן, כפי שעמדתי על כך בפרשה אחרת, "הביטוי 'המטרה אינה מקדשת את האמצעים' אינו רק סיסמה ריקה מתוכן, אלא כלל יסוד רב ערך וחשיבות" (עניין אבו מדיגם, עמ' 117-118).

58. באשר לתכלית ההגנה על תקציבה של מכבי בכדי לפנות משאבים לצורך עריכת תערוך מושכל מדי תקופה בין השירותים השונים שניתן להוסיפם לסל הפנימי, סבורתני כי האמצעי הגורף של הדרישה ליחידנות אינו עומד במבחן המידתיות במובן הצר. אכן, מכבי, כשאר קופות החולים, ניצבת בפני דילמות קשות וגורליות, כאשר לעיתים שאלות של חיים ומוות ניצבות אל מול תקציב מוגבל בהיקפו. דחיית בקשה של חולה הפונה לוועדת חריגים עלולה להסב למבוטח נזקים קשים ובלתי הפיכים, בעיקר במקרים בהם תועלת הטיפול המבוקש עבור החולה היא גבוהה עד כדי הצלת חייו. מנגד, לא ניתן להתעלם מהעובדה שועדת החריגים ממומנת כזכור מאותם מקורות מהם שואבת הוספת השירותים לסל הפנימי, וכי הדיון בוועדת החריגים בתדירות של אחת לשבוע אינו מאפשר לשקול כיאות את כלל הנתונים הרלוונטיים. לפיכך, לא ניתן לשלול לחלוטין את עמדתה של מכבי לפיה העדר דרישת היחידנות יגרע באורח ניכר מיכולתה לערוך תערוך מושכל בין השירותים השונים שאינם כלולים בסל הלאומי תוך פגיעה בעניינם של המבוטחים שצרכיהם לא הובאו בפני ועדת החריגים.

59. הפתרון לדילמה האמורה אינו יכול להיות פתרון קיצוני הפוטר את מכבי מהתמודדות עם הדילמה. על הפתרון להיות מאוזן ומידתי ולהביא בחשבון את שני צידי המשוואה. את הצורך בתערוף מושכל על סמך דיון רציני ומעמיק, לצד הצורך לתת לעיתים מענה מהיר למקרים דחופים אשר עבורם התועלת מאישור בקשתם בוועדת החריגים היא רבה ומשמעותית. המסקנה היא כי השיקול בדבר כמות המבוטחים שיזדקקו לטיפול המבוקש במסגרת ועדת החריגים הוא שיקול רלוונטי וחשוב. עם זאת, לא ניתן להקצין אותו עד כדי דרישה ליחידנות. דרישה כזו היא קיצונית, בלתי-מאוזנת, בלתי-מידתית ואף שרירותית. יש לבחון את השיקול בדבר מספר החולים הנזקקים לטיפול הרלוונטי לצד שיקולים נוספים כגון עלות הטיפול, יעילותו, תועלתו לחולים, ועוד, כפי שעמד עליהם בית הדין הארצי לעבודה בעניין דהאן, בפסקה 32). בית הדין הארצי פירט את מגוון השיקולים הרלוונטיים ובהם שיקולים בעלי אופי אובייקטיבי; שיקולים בעלי אופי סובייקטיבי; והשלכות רוחב תקציביות לאור עיקרון השוויון. לעניין אחרון זה ראוי להביא מדבריו:

”השלכות רוחב תקציביות לאור עקרון השוויון – כיוון שאישור הטיפול למבוטח המסוים עשוי לחייב את הקופה לממנו גם למבוטחים נוספים שנסיבותיהן דומות, ועדת החריגים רשאית לשקול במסגרת שיקוליה - לא כשיקול יחיד או בלעדי - את אפשרותה התקציבית של הקופה למימון כאמור. עם זאת הנטל להוכחת ”השלכות רוחב תקציביות” מוטל על הקופה, ועליה לבססו בנתונים קונקרטיים ולא באמירות בעלמא.

במסגרת בחינת השלכות הרוחב ניתן לקחת בחשבון, בין היתר, את השאלה עד כמה מצבו של המבוטח חריג בהשוואה למבוטחים אחרים במצבו, וזאת על מנת לבחון האם אישור הטיפול אכן יחייב את הענקתו גם למבוטחים נוספים, ובאיזה היקף. ככל שהקופה תציג נתונים קונקרטיים על היקף העלויות המשוערות – עליה לקחת בחשבון רק את קבוצת החולים הרלוונטית, היינו חולים באותו מצב רפואי אשר מיצו את האופציות הקבועות בסל ומבחינה סטטיסטית הטיפול המבוקש עשוי לסייע להם. למען שלמות התמונה, עליה לקחת בחשבון גם את העלויות שתיחסנה כתוצאה ממתן הטיפול, לרבות כתוצאה משיפור מצבם הרפואי של החולים, עלותם של טיפולים חלופיים הכלולים בסל, וכיו”ב” (עניין דהאן, פסקה 32).

60. כפי שראינו, מכבי לא הוכיחה כי דרישת היחידנות תביא בהכרח ליותר ודאות ולפחות התדיינות משפטיות. עם זאת, גם אם נניח כי תועלות אלו אכן יושגו

באמצעות דרישת היחידנות אין בהן כדי להצדיק את הדרישה במשקפי מבחן המידתיות הצר. לא ניתן לקבל את דחיית בקשתו של חולה לטיפול מציל חיים על הסף במסגרת ועדת החריגים לצורך השגת ודאות ומניעת התדיינויות משפטיות. גם אם בקשתו תידחה יש לעשות זאת על סמך בחינת מכלול השיקולים הרלוונטיים תוך דיון בבקשתו לגופה. חשיבותה של ביקורת שיפוטית במקרים אלו אף היא רבה, ולא ניתן לקבל כי דווקא במקום בו הפגיעה במבוטח עלולה להיות משמעותית ביותר ואף הרת גורל, ודווקא כאשר מדובר בגופים המונעים משיקולים עסקיים ושיווקיים בין היתר, לא תתאפשר ביקורת שיפוטית בשל תנאי סף בדמות הדרישה ליחידנות. האמור מקבל משנה תוקף נוכח הימנעותה של מכבי מלחשוף את הנתונים הנוגעים להוספת שירותים לסלה הפנימי ולפעילותה של ועדת החריגים, כמו-גם את השיקולים המהותיים המנחים אותה בבואה לנצל את הפערים התקציביים הנוצרים לטובתה. הימנעות זו, יוער, מנוגדת לעקרון השקיפות שהוא מיסודותיו של המשטר הדמוקרטי (ע"מ 8282/02 הוצאת העיתון "הארץ" בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 465, 471-472 (2003); ע"מ 10112/02 אדם טבע ודין נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה – מחוז ירושלים, פ"ד נח(2) 817, 835 (2003)).

עם זאת, אין המשמעות כי על קופות החולים להתעלם משיקולים תקציביים. כפי שצינתי, השיקול בדבר מספר החולים הנזקקים לאותו טיפול הוא שיקול רלוונטי שכן יש בו כדי להשליך על התקציב שיידרש לשם מימון הטיפול. לצערנו, לעיתים אין מנוס מדחיית בקשה לטיפול בשל עלותה התקציבית, וכך נעשה לא אחת גם במסגרת דיוני ועדת סל התרופות. גם בתי המשפט ובתי הדין הנדרשים לביקורת שיפוטית על החלטות קופות החולים צריכים להביא בחשבון את השיקול התקציבי של הקופות ולהפנים כי אישור תקציבי כזה או אחר בהכרח יבוא על חשבון מבוטחים אחרים. שכן, לא ניתן לאכול מהעוגה ולהשאיר אותה שלמה.

61. סיכומו של דבר, אמצעי הדרישה ליחידנות אינו עומד במבחן המידתיות במונח הצר הן באספקלריה של שמירה על מסגרת התקציב, והן באספקלריה של צמצום התדיינויות משפטיות והוזלתן. אשוב ואדגיש, עם זאת, כי הסוגיה של הפניית תקציבים למטרות שונות מחוץ לסל הלאומי מעוררת שאלות חלוקתיות, מוסריות ותקציביות קשות. איני סבורה כי קופות החולים ואף לא בתי הדין לעבודה ובית משפט זה הם המוסדות המתאימים לקביעת הכללים והקריטריונים בעניינים אלו. משכך אני שבה וקוראת למחוקק, כמו גם לרשות המבצעת, להסדיר כללים ברורים ואכיפים לצורך כך.

2ג(ת) מידתיות הדרישה ליחידנות – סיכום

62. נוכח כל האמור לעיל, נחה דעתי כי הדרישה ליחידנות כתנאי סף נוקשה אינה מהווה אמצעי מידתי להשגת התכליות שמכבי מציבה לעצמה – תכלית ההגנה על תקציבה ושימורו לצורך עריכת תערוף תקופתי מושכל, ותכלית של יצירת כלל ודאי ופשוט שינחה את פעילותה של ועדת החריגים, ויצמצם ויוזיל התדיינויות משפטיות בפני בתי הדין לעבודה. בהקשר זה מצאתי כי מבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה לא מתקיים במידה הנדרשת אף לא ביחס לאחת מהתכליות האמורות; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה אינו מתקיים ביחס לתכלית ההגנה על התקציב. כמו-כן נמצא כי אף אחת מהתכליות אינה עומדת במבחן המידתיות במובן הצר. משכך, לא נותר לי אלא לקבוע כי הדרישה ליחידנות בצורתה הגורפת, כשיטת מכבי, איננה מידתית.

63. יחד עם זאת, אדגיש כי אין באמור כדי לשלול את האפשרות לראות במידת החריגות הרפואית ביחס לאוכלוסיה הכללית של המבוטחים (בדומה לקבוע בהנחיות NHS שנדונו לעיל) משום שיקול שמותר לוועדת החריגים לשקול. כמו כן, ברי כי אין באמור כדי למנוע מוועדת החריגים לתת משקל לגודל הקבוצה אותה מייצג מבוטח הפונה אליה כביטוי לעלות הכלכלית שבה תידרש הקופה לשאת לו תיענה פנייתו, מכוח עקרון השוויון.

(ת) החובה להפעיל שיקול דעת

64. המסקנה לפיה דרישת היחידנות אינה מידתית מתיישבת ומתחזקת מכוח העיקרון הפסיקתי המחייב רשות לבחון כל מקרה לגופו ולנסיבותיו המיוחדות מבלי להסתמך אך ורק על מדיניות כללית שקבעה לעצמה. לפיכך, מוטלת על מכבי החובה, מכוח היותה רשות ציבורית, לשקול לסטות מהמדיניות הכללית שהיא קבעה לעצמה. רוצה לומר, הדרישה הנוקשה של מכבי להיות הפונה אל ועדת החריגים בבחינת מבוטח יחידני אינה מאפשרת, אף לא במקרה חריג, לסטות מדרישה זו, כמבואר לעיל, שהרי כל מבוטח של מכבי הוא למנוע בחינת חריגים אשר אינם עומדים בדרישה ליחידנות. דומה כי יש בעמדה זו משום הימנעות פסולה מהפעלת שיקול דעת מינהלי. לעניין זה יפים דבריה של השופטת, כתוארה אז, ד' בייניש בבג"צ 4382/98 גבאי נ' שר הבריאות, פ"ד נב(3) 418, 423 (1998):

"הלכה מושרשת היא בפסיקתנו כי אל לה לרשות לדחות בקשה המונחת לפניה בהסתמכה על מדיניות הכללית ועל ההנחיות הכלליות שקבעה לעצמה ועל אלה בלבד. על הרשות לבדוק כל בקשה לגופה, תוך שהיא בוחנת את נסיבותיה המיוחדות, בהתחשב במדיניות הכללית, ושוקלת אם יש בבקשה הצדקה לסטות מהמדיניות שקבעה לעצמה. מדיניות כללית אינה יכולה לפטור את הרשות מבחינה עצמאית ועניינית של העניין הקונקרטי שבא בפניה."

אף בבג"צ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, [פורסם בנבו] פס'

7 (24.3.09) נאמרו דברים ברוח דומה:

"הדרישה להגינות ולמידתיות בפעולתה של הרשות המנהלית - ובכלל זה בחקיקת-משנה - מצדדת בכך שההסדרים הקשיחים יוגבלו לנסיבות בהן לא ניתן להימנע מקביעתו של הסדר גורף. על דרך הכלל, ראוי כי הפעלת שיקול-הדעת המנהלי תאפשר גמישות במקרים בהם קיימת הצדקה לחריגה מהשורה בלי לפגוע בכך בעקרון השוויון."

אם כן, הדרישה ליחידנות, אשר משמעותה דחייה אפריורית של כל בקשה שאינה יחידנית, תהא זו מוצדקת ככל שתהא, תוך הימנעות מהפעלת שיקול דעת באופן פרטני, מנוגדת לכללי המשפט הציבורי ואין מקום להכשירה (ראו: בג"צ 10/79 הורמן נ' ראש עיריית תל אביב - יפו, פ"ד לג(3) 60 (1979); עע"א 6481/01 אל עביד נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נז(6) 678 (2003)).

(ה) סמכותו של סמנכ"ל משרד הבריאות להוציא חוזר

מכבי טוענת כי חוזר הסמנכ"ל הוצא בחוסר סמכות וממילא אין בו כדי לחייבה לפעול על-פי הוראותיו. אני סבורה כי דין הטענה להידחות. [סעיף 35 לחוק](#) קובע:

משרד הבריאות יפקח על פעילותן של קופות החולים לפי חוק זה ויבקר את איכות שירותיהן; דרכי הפיקוח והבקרה ייקבעו בתקנות.

בנוסף [בסעיף 60](#) לחוק מוגדר שר הבריאות כ"ממונה על ביצוע החוק". משנקבע לעיל כי החוק מסמיך את קופות החולים להעניק שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי, בהתחשב באילוצים תקציביים, הרי שאין מניעה כי שר הבריאות, או סמנכ"ל הפועל מטעמו, יסדירו את הנושא, וזאת מכוח סמכות עזר הדרושה להפעלת הסמכויות המוקנות בחוק במפורש. לעניין סמכויות עזר אפנה [לסעיף 17\(ב\)](#) [לחוק הפרשנות](#), התשמ"א-1981, שלפיו:

הסמכות לעשות דבר או לכפות עשייתו – משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה מתקבלת על הדעת.

סבורתני כי ההנחיות שנקבעו בחוזר בהחלט דרושות לצורך מימוש סמכות הפיקוח על ביצוע החוק שהוקנתה לשר הבריאות בחוק במפורש. כאמור, אספקת שירותים שאינם בסל כלולה, בכפוף למגבלות, בין תפקידיהן של קופות החולים ששר הבריאות הוסמך לפקח על ביצועם. משכך, נראה כי עומדת למשרד הבריאות סמכות להוציא חוזר המתייחס לפעילותן של ועדות החריגים.

66. אכן, כפי שהבהרתי לעיל, גם לטעמי ראוי שההוראות בנוגע לאופן הפעלת ועדות החריגים יוסדרו לכל הפחות בתקנות. אולם בנסיבות העניין, כאשר אין בנמצא חקיקת משנה מתאימה, לא יהיה זה נכון למנוע ממשרד הבריאות להסדיר את הנושא בחוזר באמצעות הוראות מחייבות. לעניין זה ראו את דבריו של השופט רובינשטיין בבג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' י"ג(3) (16.9.07), לפיהן חוזרים של משרדי הממשלה "לכיבוד ניתנו". בעניין אחר נקבע כי מעמדם של החוזרים היוצאים תחת ידיהם של משרדי הממשלה הוא כשל נוהלי ביניים "עד לגיבוש החקיקה הסופית" (בג"ץ 647/11 כיווניים - מכון לפסיכודרמה וקבוצות בע"מ נ' ד"ר רוני גמזו, [פורסם בנבו] פס' 6 (22.8.12)). משכך, נראה כי לעת הנוכחית יש לקבוע כי הוראות החוזר מחייבות את הקופות.

67. טעם נוסף לקבוע כי החוזר ניתן בסמכות והוראותיו מחייבות את הקופות ניתן למצוא בעובדה שהחוזר אינו מייצר נורמה חדשה אלא אך מתרגם את העקרונות שנקבעו בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה בעניין טיירו להנחיות מעשיות, כדוגמת הדרישות ביחס להרכבה של ועדת החריגים ועניינים פרוצדוראליים נוספים

(עניינים שנדונו בהרחבה בעניין שטרית). ראייה להיות החוזר מיישם את הוראותיו של בית הדין הארצי לעבודה מצויה בפסקת הפתיחה של החוזר, בה נאמר:

“להלן נפרט קווים מנחים לפעילותה של ועדת החריגים, בהיבטים הפרוצדוראליים והמהותיים, בין היתר על בסיס פסיקתו המנחה של ביה"ד הארצי לעבודה בעניין 'טיירו'”.

דומה כי סמכותם של משרדי הממשלה ליישם את פסיקת הערכאות השיפוטיות נלמדת ונובעת מעקרון שלטון החוק (ראו: אמנון רובינשטיין וברק, המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 266-275 (2005)). עיגון פורמאלי לכך ניתן למצוא בסמכותה השיורית של הממשלה, כפי שזו מעוגנת [בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה](#), וזאת בייחוד נוכח העובדה שהפעלת הסמכות במקרה דנן נועדה להגן על זכויות אדם (בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 832 (1999)) ואין בה כדי לקבוע הסדרים ראשוניים (בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, [פורסם בנבו] פס' 36-35 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (27.2.06)).

68. סיכומו של דבר, החוזר ניתן בסמכות ועל מכבי לקיים את הוראותיו. יחד עם זאת, חשוב לומר פעם נוספת שנושא רגיש וחשוב מעין זה ראוי שיוסדר בחקיקה, או לפחות בתקנות, תוך בחינה מושכלת של כלל ההיבטים הקשורים לפיקוח על קופת החולים, כמפורט לעיל.

(ו) הסוגיה התקציבית

69. שתיים מבין טענותיה של מכבי נוגעות במישרין לסוגיה התקציבית. האחת, טענה לפיה יש לפטור את מכבי מהחובה לכנס פורום שדן בהוספת שירותים לסל הפנימי כל עוד אין בידה של מכבי תקציב פנוי. השניה, לטענת מכבי, אם עתירתה להתיר לה להציב דרישה ליחידנות כתנאי סף לדיון בוועדת החריגים תידחה, יש לחייב את המדינה לתקצב אותה לצורך אספקת שירותים שאינם כלולים בסל הלאומי הניתנים במסגרת ועדת החריגים, או לחלופין להקים ועדת חריגים ארצית שתטפל בבקשות חריגות של מבוטחי מכבי במישרין. זאת, מאחר שכיום קופות החולים מתוקצבות, כך לטענת מכבי, אך ורק לצורך מתן שירותים הכלולים בסל הלאומי, ובשים לב לכך שהחוק מגביל את מקורות ההכנסה של הקופות.

70. באשר לטענה הראשונה, חובתה, אם בכלל, של מכבי לדון בפורום כזה או אחר בהוספת שירותים לסל הפנימי, אינה עולה מאף אחד מהמקורות הנורמטיביים שמכבי תוקפת בעתירות שלפנינו, שכן הן החוזר והן פסק הדין בעניין דהאן עוסקים בפעילותה של ועדת החריגים בלבד. משכך, נראה כי מדובר בניסיון להציג את הטענה, שנדונה בהרחבה לעיל, לפיה יש לפטור את מכבי מהחובה לדון בבקשות שאינן יחידניות, בלבד. טענה זו נדונה לעיל ונשללה, ומשכך איני רואה להידרש אליה בשנית רק בשל ניסוחה המחודש. מכל מקום, טענה זו חורגת ממסגרתן של העתירות שבפנינו.

71. באשר לדרישתה של מכבי לחייב את המדינה לתקצב אותה לצורך טיפול בבקשות חריגות, הרי שנקודת המוצא בסוגיה היא כי מכבי אינה זכאית למימון מעבר למימון שנקבע בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, דהיינו למימון המתייחס לשירותים הכלולים בסל. עמדת המדינה בהקשר זה היא כי היות שהמימון המועבר לקופות החולים אינו מבוסס על הוצאותיהן בפועל של הקופות, אלא על מחיריהם הנקובים של השירותים הכלולים בסל הלאומי, הרי שנותרים בידי הקופות, שמצליחות לרכוש את השירותים במחירים נמוכים יותר, עודפים ניכרים שניתן לנצלם למימון שירותים שאינם בסל.

72. אני סבורה כי טענה זו חורגת ממסגרת הדיון שבפנינו, ולפיכך איני נכנסת לעובי הקורה בסוגיה זו. אציין כי מכבי לא הציגה בפנינו די נתונים על מנת לאפשר לבחון את טענתה העובדתית לעומקה, ולמצער לא היו בנתונים שהביאה משום סתירה לטענת המדינה בעניין. בהקשר זה נפסק לא אחת כי "אדם הפונה לבית המשפט הגבוה לצדק נדרש לבסס עתירתו על נתונים עובדתיים מוצקים" (בג"ץ 1404/07 בנימין נ' בקנשטיין [פורסם בנבו] (10.4.07); ראו גם: בג"ץ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 191-192 (1998); בג"ץ 11093/04 שורת הדין נ' היועץ המשפטי לממשל [פורסם בנבו] (9.12.04)). לצד זאת אשוב ואדגיש את הצורך העולה מעתירה זו כי המחוקק ומשרד הבריאות ידרשו לסוגיה על מכלול היבטיה ויסדירו אותה. כן אעיר כי ראוי להגביר את השקיפות הנוגעת למערך המימון כולו, באופן שתקיים ביקורת ראויה על החלטותיהן של קופות החולים באשר לניתוב המשאבים תוך יצירת שקיפות ביחס לפערים כספיים הנוצרים לטובת הקופות. אף סוגיה זו ראוי שתוסדר על-ידי הגורמים הרלוונטיים. כן נדרשת שקיפות באשר להחלטות ולקריטריונים של קופות החולים בהפניית תקציבים למסלולים השונים שמחוץ לסל

הבריאות. העדר שקיפות והעדר קריטריונים מסודרים עלולים ליצור מצב בו קופות החולים תפנינה את מירב התקציב העודף שנותר בידן לשירותים אשר יגדילו את האטרקטיביות של הקופה בעיני הציבור, כך שלא יותר תקציב פנוי, למשל עבור ועדת החריגים אשר רלוונטית לעיתים לחולים בודדים בלבד.

(ז) האם ועדת החריגים חייבת לשקול נתונים רפואיים שהושגו במימון עצמי?

73. מכבי טוענת כי יש לאסור על ועדת החריגים להביא בין שיקוליה את תוצאותיו של טיפול קודם שעבר הפונה לוועדה באמצעות השירות המבוקש מחוץ למסגרת הקופה ובמימון עצמי. לטענת מכבי, בשקילת נתון זה יש משום הפליה פסולה ביחס למבוטחים שידם אינה משגת לממן את ראשית הטיפול במטרה להוכיח את יעילותו. עוד סבורה מכבי כי האפשרות להתחשב בהצלחת הטיפול שהושג במימון עצמי "זרה" לחוק.

74. אני רואה כיצד יכולה ועדת החריגים להימנע מלשקול את הנתונים הרלוונטיים שמציג בפניה מבוטח הפונה אליה. אחת מחובותיה של קופת חולים, המוטלות עליה מכוח דיני המנהל הציבורי, היא חובה לקבל את החלטותיה על בסיס תשתית ראייתית שהיא גיבשה (בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-424 (1994); בג"צ 297/92 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983)). קל וחומר שאסור לרשות להעלים את עיניה מראיות חשובות שהפרט הפונה אליה מספק לה כמו-ידיו. בנוסף, מוטלת על הרשות החובה לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים ואי-שקילתם יוצרת פגם של ממש במעשה המנהלי (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, [פורסם בנבו] פס' 30 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (13.4.11)). ברי כי יעילות השירות ביחס למבקש היא שיקול רלוונטי, אם לא הרלוונטי ביותר, וכי נתון זה חייב להפוך לחלק מרכזי בתשתית העובדתית המונחת בפני ועדת החריגים. הרלוונטיות של נתון זה אף עולה מטיעוניה של מכבי עצמה. כך בסעיף 162 לעתירה נגד פסק הדין בעניין דהאן טוענת מכבי כי "לא ימצא רופא שימליץ לאותו חולה להחליף את השירות. זהו כלל ברור, ידוע ועתיק בעולם הרפואה: 'מה שעובד לא מפסיקים'".

75. גם באספקלריה של עקרון השוויון, אני סבורה כי התחשבות בנתונים שהושגו במימון עצמי יוצרת פגיעה בלתי-מידתית במבוטחים שידם אינה משגת זאת. ניתן אמנם לטעון כי התחשבות בנתונים שהושגו במימון עצמי יוצרת פגיעה בשוויון במובן

Larry S. Temkin, *Inequality: A Complex*, (ראו למשל: *Individualistic, and Comparative Notion*, In 11 PHILOSOPHICAL ISSUES SOCIAL, POLITICAL AND LEGAL PHILOSOPHY 327 (Ernest Sosa & Enrique Villanueva ed., Boston & Oxford: Blackwell, 2001), בעמ' 329-330). מכבי מפנה לעניין זה להחלטתו של בית הדין הארצי לעבודה משנת 2003 בע"ע 1020/01 מכבי שירותי בריאות נ' ברם [פורסם בבנו] (18.7.03) (להלן: עניין ברם), שם דחה בית הדין את טענת המבוטחת כי לאחר שמימנה לעצמה ראשית טיפול בשירות מסוים מחוץ להתווייתו חלה על הקופה חובה להמשיך ולממנו, כאשר אחד הנימוקים לדחיית טענתה היה הצורך לשמור על עקרון השוויון ביחס למבוטחים שידם אינה משגת לממן את ראשית הטיפול. דומה כי עניין ברם הוא בבחינת יוצא מן הכלל, שכן באותו עניין התועלת שנבעה מהשירות הנדון שם לא הייתה שנויה במחלוקת, אלא שהשירות הוגדר במסגרת סל הבריאות כ"טיפול קו שני" שלפני ההזדקקות אליו היה על המבוטחים לעבור את "טיפול הקו הראשון". המבוטחת בעניין ברם בחרה לממן מכיסה טיפולי קו שני מבלי לעבור טיפולי קו ראשון, ומשכך לא דובר על הבאת ראיות רפואיות שהושגו במימון עצמי אלא בניסיון לקבוע לקופה "עובדות בשטח". דומני כי גם את הנימוק הנוגע לעקרון השוויון (פס' 12 לפסק הדין) יש להבין באספקלריה עובדתית זו ואין להחיל אותו על המקרים בהם הנתונים שהושגו במימון עצמי מובאים כהוכחה לייעילות הטיפול בפני ועדת החריגים. מכל מקום, ההלכה העדכנית בעניין היא הלכת טיירו, בה נקבע כי על הקופה לדון בבקשה למימון שירותים שאינם בסל "מבלי שיעמוד לו [למבוטח] לרועץ מימון הטיפול שלא ממקורותיה של הקופה כמחסום המונע דיון בבקשתו לגופה" (פס' 32 לפסק הדין).

76. באשר לטענה, לפיה התחשבות בנתונים שהושגו במימון עצמי "זרה" לחוק, מכבי מפנה לתיקון שבוצע [בסעיף 10](#) לחוק (סעיף 169.4 לעתירה) האוסר על קופות שב"ן (שירותי ביטוח נוספים) לספק תרופות מצילות חיים, וזאת כאינדיקציה לרצון המחוקק, כך לטענת מכבי, להגביל את השפעת מצבו הכלכלי של המבוטח על שירותי הבריאות החיוניים להם הוא זוכה. איני סבורה כי מתן אפשרות להביא ראיות רפואיות שהושגו במימון עצמי יוצרת כרסום בתכליתו הסוציאלית והשוויונית של החוק. אכן, החוק אוסר על קופות החולים לספק שירותים מצילי חיים בתשלום נוסף, אולם מכך ועד להחלטה לאסור לקבל נתונים רפואיים שהושגו במימון עצמי מרחק רב. על-פי הגיונה של מכבי, יש ללמוד מהחוק איסור להסתמך, אף באספקת שירותים הכלולים בסל הלאומי, על חוות דעת רפואיות שהושגו במימון פרטי, שהרי גם השגתן משקפת יכולת כלכלית שלא בהכרח מתקיימת אצל כל מבוטחים. ברי כי המחוקק לא התכוון

להטיל הגבלה הפוגעת באופן כה קשה בחירותו של הפרט לעשות שימוש בקניינו לצרכיו הרפואיים, ומכל מקום לא ניתן ללמוד על הגבלה מעין זו ללא אמירה מפורשת של המחוקק. לפיכך, יש לקבוע כי נתונים רפואיים, וביניהם תוצאות הטיפול הקודם, שהושגו במימון עצמי מהווים שיקול רלוונטי שעל ועדת החריגים לשקול.

התוצאה

77. לאור כל המפורט לעיל, נחה דעתי כי דין שתי העתירות להידחות, וכך אציע לחברי לעשות. אם דעתי תישמע, מכבי תישא בשכר טרחת עורך-דין לטובת המדינה ולטובת קרן דולב בסך כולל של 60,000 ₪ בחלקים שווים.

ש ו פ ט ת

השופטת י' עמית:

אני מסכים.

לשיטתה של מכבי, האישור יכול להינתן או לכלל חברי הקופה בדרך של הוספה לסל הפנימי (באמצעות פורום טכנולוגיות והמסלול המהיר) או רק ליחיד (באמצעות ועדת חריגים). כפי שהראתה חברתי השופטת ארבל, אין מקום לקבוע את היחידנות כתנאי סף לדיון בועדה, אך שיקול היחידנות, במובן של מספר החולים הנזקקים או שייזקקו לטיפול המבוקש, הוא בהחלט שיקול רלבנטי שרשאית ועדת החריגים להביא במסגרת שיקוליה.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, כ"ד באדר ב' תשע"ד (25.3.14).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 11039330_B24.doc עכ
מרכז מידע, טל' 077-2703333; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
ע' ארבל 54678313-3933/11
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, תיקיה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)