

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5413/07

בפני: כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט י' אלון

העותרת: פלונית

נגד

המשיבים: 1. מדינת ישראל-משרד הבריאות  
2. ועדת הערר למימון שירות רפואי בחו"ל בהתאם לתקנות ביטוח בריאות ממלכתי - שירותי בריאות במדיניות חוץ  
3. קופת חולים מאוחדת

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: כ"ב באב התשס"ז (06.08.07)

בשם העותרת: עו"ד דוד ששון

בשם המשיבים 1-2: עו"ד מיכל צוק  
בשם המשיבה 3: עו"ד חנה מלמד, עו"ד מומי דהן

### פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

הרקע

א. עניינה של העתירה במימון ניתוח להשתלת כליה בחו"ל, הנדרש לעותרת, ובתוקפן של הוראות חוזר המנכ"ל של משרד הבריאות שבעקבותיהן לא נתנה המשיבה 3 את המימון. העתירה הוגשה ביום 19.6.07, והתיק נשמע בפנינו ביום 6.8.07.

ב. העותרת, בת 36, סובלת ממחלה קשה שכתוצאה ממנה נפגעו כליותיה. כיום היא עוברת טיפולי דיאליזה ממושכים שלוש פעמים בשבוע, דבר שכידוע כרוך בסבל לחולה, ומוסכם כי הטיפול הרצוי במצבה הוא השתלת כליה. העותרת חברה בקופת חולים מאוחדת (המשיבה 3, להלן - הקופה), ואף רכשה במסגרתה ביטוח משלים הכולל מימון או השתתפות במימון - בנסיבות מסוימות - של השתלות איברים בחו"ל. בנובמבר 2006 פנתה העותרת בבקשה לבצע השתלת כליה בחו"ל. קופת החולים אישרה, עקרונית, את הבקשה ופנתה לשני מרכזים רפואיים בחו"ל - אך מרכזים אלה סירבו לבצע את ההליך, עקב מצבה הרפואי המורכב של העותרת. בהמשך פנתה העותרת לגורמים פרטיים העוסקים בהשתלת איברים, וביקשה השתתפות הקופה במימון ההליך. הבקשה נדחתה - בנימוק שאינה עומדת בתנאי חוזר המנהל הכללי משרד הבריאות 7/06, שכותרתו "מימון השתלות איברים במדינות חוץ", מיום 13.3.06 (להלן - החוזר או חוזר המנכ"ל), הוא נושא העתירה, אשר עניינו איסור על קופת החולים לממן השתלות בחו"ל שקיים לגביהן חשש של סחר באיברים. ערר שהוגש לועדת הערר לפי סעיף 4 לתקנות ביטוח בריאות ממלכתי (שירותי בריאות במדינות חוץ), תשנ"ה - 1995 (להלן - התקנות) נדחה ביום 21.6.07, בנימוק כי לא הומצאו מסמכים המאמתים "תרומה אלטרואיסטית" (שלא על מנת לקבל פרס), ואין אפשרות לשלול חשש לסחר באיברים. חברי הועדה היו פרופסור א' הופמן, מנהל המחלקה לכירורגית כלי דם והשתלות במרכז הרפואי רמב"ם, וסגנו ד"ר ס' ניטצקי. מכאן העתירה שבפנינו. בעתירה נטען, כי חוזר המנכ"ל הוצא בחוסר סמכות, וכי ההסדרים שנקבעו בו אינם סבירים. בטרם נפנה לסקור את טענות הצדדים נתאר את הכללים שנקבעו בחוזר המנכ"ל - בעיקר ככל שהם נוגעים למקרה שבפנינו.

חוזר המנכ"ל של משרד הבריאות

ג. החוזר מיום 13.3.06 פותח בסקירה כללית של האיסור הקיים במדינות שונות על סחר באיברים, ועומד על הבעייתיות שבמימון השתלות של איברים שהושגו בסחר כאמור. בהמשך נאמר, כי לפי סעיף 11 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד - 1994 (להלן חוק ביטוח בריאות) והתקנות הנזכרות שהוצאו לפיו, קיימים מקרים בהם זכאי מבוטח ישראלי לעבור ניתוח השתלה בחו"ל. בפרק השלישי (שכותרתו "הנחיות") קובע החוזר שורת דרישות שמטרתן להבטיח, כי קופת החולים לא יממנו השתלות בחו"ל של איברים לגביהם קיים חשש שהושגו בסחר. ביחס להשתלת איברים מן החי נקבע:

"קופת חולים המקבלת פניה לאשר מימון השתלה מן החי, צריכה לשלול את החשש כי המדובר ב"סחר

באיברים", על ידי קבלת מידע מפורט מן הנתרם. המידע הנדרש יכלול, בין היתר, את כל אלה:  
 (א) זהות התורם ואזרחותו;  
 הגורם באמצעותו הושגה התרומה, ודרך השגתה.  
 תצהיר של התורם והנתרם... כי תרומת האיבר מן הנתרם לא נעשתה כנגד כסף או שווה כסף, או כנגד הבטחה למתן כסף או שווה כסף מן הנתרם או אחר עבורו, לתורם או לאדם אחר.  
 התורם והנתרם יפרטו כל נתון רלוונטי בדבר קשרים, היכרות קודמת וכדומה העושים את התרומה האלטרואיסטית לסבירה בנסיבות, ויספקו כל חומר או מסמך שיש בו לתמוך באמיתות הנתונים שנמסרו.  
 אישור המוסד הרפואי בחו"ל או גוף רשמי אחר באשר לזהות נתן התרומה, וכל בדיקה שביצע על מנת לשלול חשש כי הפעולה בוצעה בכפיה, או תוך סחר באיברים" (ההדגשות הוספו - א"ר).

נקבעו גם הוראות ביחס להשתלות מן המת. בתמצית ניתן לומר שההוראות נועדו לא רק לשלול פעולות שנעשו בכפיה, אלא גם להבטיח שמדובר בתרומה אלטרואיסטית, ומכאן - לאסור מימון השתלה של איברים שהושגו בתמורה. בחוזר נקבע, כי כללים אלה כבר משמשים את ועדות הערר לפי התקנות, ועל הקופות ליישמן הן בבואן לדון בבקשות למימון השתלה לפי חוק ביטוח בריאות (הליך הכפוף לוועדת הערר), והן - בעיקר - בבואן לדון בבקשות המוגשות על סמך תכניות הביטוחים המשלימים, שאינן מצויות בסמכות ועדות הערר.

#### טענות הצדדים

ד. כאמור, בפי העותרת שתי טענות עקרוניות: (א) חוסר סמכות - נטען כי מדובר בנושא עדין, סבוך ושנוי במחלוקת, המצוי בהליכי חקיקה, שאין מקום להסדירו בחוזר מנכ"ל. זאת, שעה שקיימות בעולם - ובשיח הציבורי והמשפטי הישראלי - דעות שונות, והצעות להסדרים שונים לגבי סוגיית תרומה בתמורה. הוטעם כי אין כל מקור נורמטיבי המסמיך את המנכ"ל להגביל את זכויות המבוטחים לפי חוק ביטוח בריאות, כל שכן לפי הפוליסות שרוכשים המבוטחים בביטוח משלים ישירות מקופות החולים. ולבסוף נטען, כי השיקולים ששקל המנכ"ל - בעיקר שיקולים מוסריים - אינם בתחום סמכותו; (ב) חוסר סבירות - נטען, כי המדיניות שנקבעה בחוזר גורפת ובלתי מידתית, ושהיא גוזרת על מועמדים להשתלה בחירה קשה בין מוות למימון עצמי של הניתוח, באופן שעלול לגזור עליהם חיים בעוני מחפיר. הוטעם כי החוזר נוקט משטר מחמיר - מחמיר אף יותר מהחלופות השונות הקיימות בהצעת חוק השתלת איברים, תשס"ד-2003 (לעתירה צורף נוסח עדכני של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות בכנסת), ובכללן מתן אפשרות לתאגידים פרטיים לעסוק בתיווך ובנסיבות מסוימות גם במתן

תמורה. בפנינו הציג בא כוחה המלומד של העותרת את משאלת שולחתו כאכיפת הזכות לחיים, וטען כי יש להבחין בין תשלום בעבור איברים לבין סחר באיברים, וכי עצם העובדה שהנושא לא נחקק מזה שנים מדברת בעדה, כך שמנכ"ל משרד הבריאות עטה גלימת מחוקק ללא סמכות.

ה. בתגובה מיום 2.8.07 מודות המשיבות, כי "הדרישה, כי השתלת האיברים תיעשה שלא תוך סחר באיברים, אינה מופיעה מפורשות בתקנות" (סעיף 38 לתגובה), אך טוענים כי:

"התקנות אינן מיושמות 'בחלל סגור' ויישומן, בכל מקרה מחייב התבוננות רחבה המשקיפה, הן אל הנורמה המשפטית 'הפנימית' של התקנות והן אל הנורמות המשפטיות הרחבות יותר... הכרה בזכאותו של מבוטח לשירות שעניינו השתלת איבר, תוך התעלמות מן החשש כי ההשתלה נעשית תוך סחר באיברים, אינה עולה בקנה אחד עם החובה לשקול את השיקולים הצריכים לעניין 'במבט רחב' התופס גם נורמות משפטיות ואתיות בסיסיות, המקובלות בכל מדינות העולם הנאור..."

תקנות שירותי חוץ... ודאי אינן מחייבות את הקופה לספק את השירות, מקום שיש חשש ממשי לכך כי ההשתלה בוצעה תוך סחר כזה... ההסדר הכללי הקבוע בהן אינו בא לשלול בחינתו של שיקול מעין זה... זיהוי עמדתה של השיטה המשפטית ביחס לסחר באיברים, איננו נגזר אך מכללים חקיקתיים, אלא גם ממערכת הערכים, החוסה לענייננו תחת המושג: תקנת הציבור" (סעיפים 38-41).

עוד נטען בדבר מעמדן של קופות החולים כגופים דו-מהותיים הכפופים גם לעקרונות המשפט המינהלי, שלא ניתן להחיל עליהן את הכלל "לפיו כל מה שלא נאסר בחוק, מותר" (סעיף 44). מסיבה זו - כך נטען - יש להחיל את הנורמות הקבועות בחוזר המנכ"ל גם ביחס למימון השתלות במסגרת הביטוחים המשלימים. כן נאמר, כי חוזרי מנכ"ל מוצאים על ידי משרד הבריאות, בתפקידו כממונה על מערכת הרפואה בישראל, ובמסגרת זאת הוצא אף חוזר המנכ"ל שעסק בהשתלות מן החי בישראל, אשר אושר, כך נטען, בפסיקת בית משפט זה. הוסף, כי דרכה של העותרת פתוחה בפניה למצוא מרכז רפואי או ארגון אשר באמצעותם תוכל לעבור את ניתוח ההשתלה תוך עמידה בתנאי החוזר. בדיון בפנינו נטען, כי החוזר אינו אוסר מימון השתלות, אלא קובע תנאים כשיש חשש שהמדובר בסחר באיברים.

ו. הקופה, בתגובתה, מניחה את עיקר הנטל בעתירה לפתחו של המשיב 1, וכדבריה, "הטענה המרכזית בעתירה היא כי חוזר המנכ"ל בטל ומבוטל משום שהוצא

בחוסר סמכות ובחוסר סבירות... ברי כי המשיב 1 הוא זה שנדרש להשיב לטענות...". לצד זאת מציינת הקופה, כי היא פועלת בהתאם לאמור בחוזר ולדרישותיו, ומדגישה כי בגין זה "מוגשים כנגד הקופה חדשות לבקרים עררים למשרד הבריאות, לועדת הערר, וכן מוגשות כנגד הקופה תביעות לבתי הדין". בתגובה לטענת העותרת שהוראות החוזר לא פורסמו למבוטחי הקופה, טוענת הקופה כי יידעה את מבוטחיה בדבר התנאים לאישור השתתפות במימון השתלתם של איברים, וכן כי על פי עמדת משרד הבריאות המדובר בסמכות אינהרנטית שאינה טעונה ציון מפורש, "שלא לאשר פעולה הנוגדת נורמות יסוד איתות ומשפטיות". עוד מציינת הקופה, בשולי הדברים, ומבלי לחלוק על מצבה הרפואי המורכב של העותרת או להפחית ממנו, כי הטיפול המבוקש על ידי העותרת נועד לשיפור איכות החיים, ולא – כטענתה – להצלתם. בפנינו הטעים בא כוח הקופה כי בפועל אכן המדובר בסחר באיברים, באמצעות מתווכים.

דיון והכרעה

ז. (1) אפתח באמירה הפשוטה המובנת מאליה, כי לב אנוש עם העותרת; מי שבריאותו כרוכה בטיפול דיאליזה סובל מטבע הדברים לא רק מן המחלה אלא גם מן הטיפול, טוב, מקצועי ומסור ככל שיהא, ועל כן אינו נהנה מאיכות חיים טובה. השתלה מוצלחת עשויה לשפר את איכות חייו לבלי הכר. את ההבחנה בין איכות חיים להצלת חיים שהעלתה הקופה אולי ניתן להעלות במובן ה"פורמלי", אבל אין היא חזות הכל; ראו בג"צ 5429/07 רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (טרם פורסם, ניתן ביום 28.6.07), וכן בג"צ 5786/07 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה (טרם פורסם, ניתן ביום 2.7.07). בפסק הדין האחרון נאמר, באשר להבחנה שנתבקשה בין "הצלת חיים" ל"איכות חיים", כלהלן:

"... מתקשים אנו להידרש להגדרה זו כשלעצמה, שהרי למשל אדם המאבד חלילה את מאור עיניו או את גפיו, ונותר בחיים, הפגיעה היא כל כך קשה שאם ניתן להציל את מאור העינים או הגפיים יש לכך משמעות עצומה".

דברים אלה יפה כוחם גם בענייננו, בשינויים המחויבים כמובן. יתר על כן, מקרה זה מבליט את המחסור בישראל בחותמים על כרטיס התורם "אדי", על שם אהוד בן דרור ז"ל, המצוי בחסות מדינת ישראל-משרד הבריאות, ועליו רשום "וכל המקיים נפש אחת בעולם... כאילו קיים עולם מלא" (רמב"ם, משנה תורה סנהדרין י"ב, ג'). גם מקרה זה הוא בעיני הזדמנות להביע משאלה כי מספרם של המצטרפים למפעל התרומה, שכנמסר לא אחת אין רמתו הזעומה בישראל מוסיפה לנו כבוד, יגדל משמעותית. על פי

אתר משרד הבריאות – המרכז הלאומי להשתלות ו"אדי", אחוז החתומים בישראל על כרטיס תורם הוא כ-4%, לעומת בין 15% ל-35% במדינות המערב. עידוד תרומת איברים מן המת, מצוה מוסרית ממעלה ראשונה, עשוי להביא לייתורו במידה רבה של הצורך בתרומת איברים מן החי, צורך הגורר למרבה הצער גם סחר. הטופס, שבכותרתו המרכז הלאומי להשתלות (עם משרד הבריאות ו"אדי") מצוי באתר משרד הבריאות, ומאפשר תרומה לאחר מיתה, לעזרה לזולת, של כל איבר שהזולת יכול להיעזר בו, או פרטנית תרומת כליה, כבד, קרנית, לב, עור, ריאות, עצמות ולבלב, וניתן להוסיף תנאי שאיש דת לפי בחירת המשפחה, יאשר את התרומה לאחר המוות. התרומה היא לצורך השתלה בלבד.

(2) לא למותר להזכיר כי לפי סעיף 6(ג)(2) לחוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953 רואים שימוש בכליה של נפטר כשימוש בחלקי גויה להצלת חיים, שבגדרו מותר ניתוח גויה.

(3) המחסור בתורמים מתעצם אל מול הנתונים. רשימת הממתינים להשתלות בארץ גדולה (לפי ד"ר רישרד נקש, מנהל יחידת ההשתלות במרכז הרפואי תל-אביב וחבריו, "איברים של אחרים", הארץ 9.9.07, ממתינים בישראל נכון לינואר 2007 518 בני אדם להשתלת כליה, ועוד למעלה מ-300 להשתלות אחרות).

ח. אכן, אפשר להבין את העותרת במאמציה שלה, "...וכל אשר לאיש יתן בעד נפשו" (איוב ב', ד'). ואולם, חרף האהדה לה חוששני כי אין בידינו להיעתר לעתירה, אף כי – כפי שיפורט להלן – הדעת אינה נוחה מאי הסדרתו של הנושא בחקיקה חרף הצעות חוק שהונחו על שולחן הכנסת, והמצויות בדיון, ואוכל רק להפנות תחינה, כך ממש, לכנסת להשלים את חקיקת החוק הנחוץ; אזכיר רק, כי בבג"צ 5785/03 גדבאן נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד נח(1) 29, 35 נאמר - בעקבות הודעות המדינה - כי אנשיה שוקדים על הצעת חוק השתלות איברים, והבטיחו נאמנה כי הצעת החוק אמורה לבוא לדיון לפני ועדת העבודה והרווחה מיד עד תום פגרת הקיץ של אותה שנה, בראשית תשנ"ג (2003). פסק הדין ניתן ב-29.10.03. הצעת החוק הוגשה בתשס"ד, אך החוק לא נחקק. אבוש לומר, כי עוד במכתב מנכ"ל משרד הבריאות מיום 7.1.92 בהפצת חוזר בענין השתלות בארץ, נאמר "הנושא עומד כרגע (ההדגשה הוספה - א"ר) בפני הסדרה בחקיקה ראשית".

ט. (1) מן המפורסמות כי עולם הרפואה עשה צעדי ענק לעבר פתרונות לא שערום אבותינו בתחומים מרובים, ובהם ההשתלות, המצילות את חיי רבים ולמצער משפרות

לבלי הכר את חייהם, ואולם, אליה וקוץ בה, והיא הסחר באיברים, שמשמעו זילות חיי אדם עד קצה השפל. איננו פועלים. במובן המוסרי והמשפטי כאחד, אין לראות מקום להתייחסות שונה להשתלה מן החי בחו"ל מאשר להשתלה מן החי בארץ, והרי אין כל הבדל מהותי. באשר להשתלה בארץ, נדון הדבר בבג"ץ 5785/03 גזבאן, שהזכרנוהו מעלה, מפי השופט כתארו אז – מ' חשין – אשר ציין את הצורך כי התרומה תהא אם מקרובי משפחה ואם מתורמים "אלטרואיסטים" (ראו עמ' 35). נאמר שם, כי על פי חוזר המנכ"ל (בענין ההשתלה בארץ, והכוונה כמסתבר לחוזר מנכ"ל 2/97 מ-7.1.97 שעודכן בחוזר 10/98 מ-20.7.98), שעניינו "תרומה אלטרואיסטית" שתי תכליות עיקריות: "התכלית האחת היא לוודא כי אין ניתן תגמול כספי או חומרי אחר עבור תרומת איברים... תכלית מוסרית-ערכית זו מדברת בעד עצמה, וייעודה הוא למנוע חשש כי מעוטי יכולת יאלצו, למחייתם למכור איברים מגופם לבעלי יכולת; כי מעוטי יכולת יהפכו להיותם ספקי איברים לבעלי יכולת" (עמ' 35-36 – הדגשה הוספה). לדילמות השויון ברפואה בתחומים שונים ראו במעגלי צדק, כתב עת לתורה, מחשבה וצדק חברתי, מס' 13 (תמוז תשס"ז).

(2) לא היתה זו הפעם הראשונה שנאמרו בבית משפט זה דברים ברוח זו. בר"ע 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661, 676-677 (1988) אמר המשנה לנשיא אלון:

"מיסחור באיבר של בן אנוש ותרומת איבר של אדם הם תרתי דסתרי, ונוגדים הם תפיסות יסוד של ערכינו הרוחניים והמוסריים... השאלה הגדולה בסוגיה משפטית-אנושית זו היא, להיכן אנו מגיעים ב-Slippery slope – המדרון החלקלק – שאנו צועדים עליו, שהרי לחצים חברתיים, פסיכולוגיים וחומריים יכול שיביאו ל'שוק איברים' של 'חלקי חילוף', ולמצב שבו גופם של עניים ישמש כ'מקור אספקה' של 'חלקי חילוף', עבור עשירים... זוהי תחזית קשה מבחינת כבודם של בני אדם וערכם כבני אנוש. דומני שבדרך כלל יש להימנע מלצעוד במדרון חלקלק זה, והמקרים החריגים והיוצאים מן הכלל ייקבעו, לאחר שיקול זהיר ועיון מרובים, בכל מקרה ומקרה לגופו".

(3) בהצעות החוק שצורפו לעתירה, (הצעת חוק השתלת איברים התשס"ד-2003 (הצעות חוק תשס"ד, 236), והצעת חוק השתלת איברים, תשס"ז-2007 (נוסח לדיון בועדת משנה לוועדת העבודה, הרווחה והבריאות ב-10.1.07) מופיעות הוראות על איסור סחר. קדמה לכך הצעת חוק איסור סחר באיברים, תשס"ב-2001 (הצעות חוק תשס"ב, 108 - הצעת חוק פרטית של חמישה חברי כנסת שהציעה לאסור לדרוש ולקבל תמורה על תרומת איברים להשתלה). ההצעה מתשס"ד (סעיף 3) אוסרת על קבלת תמורה או מתן תמורה בעבור איבר וכן (סעיף 4) על תיווך בתמורה, ונקבעות הוראות

פליליות (סעיף 33). דברי ההסבר מתארים את מטרת החוק כך: "כדי למגר את התופעה של סחר באיברים, מוצע לאסור קבלת תמורה בעבור איבר...". ונמנים חריגים מסוימים שלא זה המקום לפרטם, ואינם לענייננו. בהצעה (הדומה) מתשס"ז נעשה "מיתון" במובן זה שנמחק הסעיף האוסר על תמורה בעבור איבר שהושתל בגופו של המשלם או אחר (ראו סעיף 3). ככל שעלה בידינו לברר, טרם נתקיים דיון בוועדה בשנת 2007.

(4) במדינות זרות אנו מוצאים חקיקה האוסרת על סחר באיברים. בחוזר המנכ"ל נשוא העתירה נמסר על איסור פלילי בחוק בריטי, Human Organ Transplant Act, 1989. נמסר כי כך גם בארה"ב, הולנד וקנדה, וכן בהצהרות שנתקבלו בארגון הבריאות העולמי ובמועצת האיחוד האירופי. מנגד נמסר (ראו פרטיכל דיון ועדת העבודה, הרווחה והבריאות מיום 27.11.06, מפי ח"כ פרופ' אריה אלדד), על הוצאת אנשים להורג (עבריינים שנדונו) בסין - שומו שמיים - בהתאמה לצורך באיברים. סיכום הוועדה (בהסכמת רוב) היה, בין השאר, כי היא "מתנגדת לכל פעולה של סחר באיברים" ול"כל תופעה שמשמעותה שימוש באדם כאמצעי ללא הסכמתו ללקיחת איברים אחרי מותו, ורואה בכך הפרה בוטה של זכויות האדם". הוחלט לזרז את הדיונים בהצעת החוק להשתלת איברים כדי להגדיל משמעותית את האפשרות לקבל תרומות איברים מן המת ומן החי.

(5) לא אמנע מציין את הגישה ההלכתית הרואה - על פי פוסקים רבים (יש גם חריגים) - אם מידת חסידות ואם מצוה בתרומת איברים מן החי (ראו הרב פרופ' א' שטינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית ב', ערך "השתלת איברים" בטורים 214-215). ואולם לעניין סחר באיברים, כדבריו, "יש מי שכתב (ההפניה היא למאמרים של הרב פרופ' מ"ד טנדלר ב- Mount Sinai J. Med 51: 45 (1984) והרב מ' הלפרין "איברים להשתלה מתורם חי" באסיא מה-מו, 34, וראו מאמרו גם באסיא נא-נב, 140 - א"ר) שאין בהלכה כל מקור לאסור תרומת רקמה מחיים תמורת תשלום, אך הרגש המוסרי אינו רואה זאת בחיוב. אכן, מיסחור באיברים נוגד את תפיסת היסוד של ערכינו הרוחניים והמוסריים, ועלול לגרום לאי צדק חברתי, כשהעניים ישמשו כמקור אספקה של חלקי חילוף אנושיים, בגלל אילוצים ולחצים כספיים וחברתיים. מקרים חריגים ויוצאים מן הכלל של תרומת איברים בעבור תשלום ייקבעו לאחר שיקול דעת זהיר ובכל מקרה לגופו" (שם, 218-219). ראו להרחבה המשנה לנשיא אלון בר"ע 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני הנזכר, בעמ' 677-679. עם זאת ראו דברי הרב משה פיינשטיין, "אולי אין כוח ביד חכמים לגזור שלא להציל בפיקוח נפש במקום שמותר מן התורה" אגרות משה אורח חיים א', קכ"ז. הרב ישראל מאיר לאו, במאמרו "מכירת



איברים להשתלה", תחומין י"ח (תשנ"ח), 125 אמנם מביע דעה כי תרומת איברים תמורת פיצוי כספי תיתכן בגדרי הצלת אדם את עצמו, אך גם הוא מציין (עמ' 136) שעל האחראים לעמוד על המשמר לוודא שלא יהיו סחר-מכר וספסרות באיברים; ראו גם ד"ר מיכאל ויגודה, "תרומת איברים מן החי והמסחר בהם", אטיא ע"א-ע"ב, 5-24; בחוות דעתו "מכירת איברים – סמכות החקיקה וגבולותיה", סוקר ד"ר ויגודה, ראש תחום המשפט העברי במשרד המשפטים, את השקלא וטריא ההלכתית בנושא, ונדרש לשיקולים השונים מתוך השוואה לכלל ש"אין פודין את השבויים יתר על כדי דמיהן מפני תיקון העולם", משנה גיטין ד', ו'. לשיטתו "... אם המניע שעומד בבסיס הצעת החוק האוסרת מכירת איברים, הוא החשש מפני סכנת נפשות עתידית לציבור (כגון בשל ירידת הנכונות לתרומות איברים מן המת, או בשל כך שמדינת ישראל לא תזכה לקבל איברים ממדינות אחרות, משום שהן מחרימות מדינה המתירה סחר באיברים), נדמה שזהו שיקול לגיטימי, ולוא משום שתרומת איבר מן החי אינה חובה מן הדין, אלא רק 'לפנים משורת הדין'". מסקנתו היא, שבעיקרון יש סמכות לחקיקה למניעתה של מכירת איברים, אם המניע הוא חשש מפני פיקוח נפש של איברים, ואולי גם משיקולים נוספים, שלא נאריך בהם כאן.

הדברים שהבאנו מפי המשנה לנשיא אֶלון מעלה, טעמם בעינינו, וניתן לו ביטוי גם בעניין גזבאן, והשנים החולפות לא הפיגו את תקפם כל עיקר. לאורם, שלא נתעמעם, עלינו להדריך עצמנו. ראו גם דברי פרופ' יונתן הלוי בתפקידו כיו"ר המרכז הלאומי להשתלות (אתר משרד הבריאות) כלהלן: "יצויין כי ארגון הבריאות העולמי וכל מדינות העולם המערבי מסתייגים מסחר באיברים המתבטא במתן פיצוי כספי משמעותי ישירות מן הזקוק לאיבר לתורם איבר בחייו, בטענה המוצדקת שסחר זה עלול להביא לקיפוח קשה של חולים עניים ואף לתופעה של שוד איברים. יש המצדיקים מתן סכום כסף לא גדול על-ידי גוף ציבורי אשר ישקף את הוקרת החברה כולה". הדברים שהובאו מדברים בעדם, כל כך – במישור העקרוני והערכי באשר לסחר.

י. ככל שהמדובר בהשתלות בישראל פנימה, נתקבל על בית משפט זה, באין מחלוקת (ראו פרשת גזבאן, עמ' 37), ההליך הכולל ועדת הערכה ארצית, אשר מנהלת את נושא התרומה האלטרואיסטית, ושהרכבה (ראו שם) רופא מומחה, פסיכולוג או פסיכיאטר, עובד סוציאלי, משפטן ורופא מומחה נוסף (באותו עניין נדון במיוחד פן שונה של עבודת הועדה, מעבר לתכלית מניעתו של סחר באיברים, והוא אם הפנים התורם את משמעות מעשהו – עמ' 38). נאמר שם, כי אין חולק על תוקפו המחייב של נוהל ההשתלות מתורם חי; על השיקולים ששומה עליה, על ועדת "ההערכה הארצית לתרומת איברים, להביא במניין; על הרכבה ועל סמכותה של הועדה..." (עמ' 37).

בכואנו לבחון את נושא ההשתלות מחו"ל, צריך שדברים אלה יעמדו לנגד עינינו ככל משפטם וחוקתם, שהרי כאמור – מה לי לעניין זה תרומה בארץ מה לי תרומה מחו"ל. יצוין אמנם, למען הסדר הטוב, כי בעניין גדבאן לא נתקפה ההסמכה באשר להנחיות אלא סבירות ההחלטה.

המסגרת הנורמטיבית ושאלת הסמכות

י"א. (1) משאמרנו כל אלה, מה סמכותו של מנכ"ל משרד הבריאות לעניין זה? אין חולק, כי אין בנמצא מקור נורמטיבי ספציפי המסמיך את מנכ"ל משרד הבריאות להטיל הגבלות על השתלות איברים בחו"ל. על פי המצב הסטטוטורי הקיים, סעיף 11 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי אומר:

"שר הבריאות רשאי לקבוע כי שירות בריאות מסוים הכלול בסל שירותי הבריאות יכול שיינתן במדינת חוץ, בהתקיים נסיבות רפואיות מיוחדות, וכן רשאי הוא לקבוע את התנאים והנהלים לכך ואת שיעור ההשתתפות הכספית של המבוטח בעד השירות".

ביום 1.2.1995 פורסמו ברשומות התקנות הנזכרות בעקבותיו של סעיף זה. תקנה 2 קובעת, כי "שירותי הבריאות למבוטח מתוך סל שירותי הבריאות שיכול שיינתנו במדינת חוץ הם בדיקה, אבחון, טיפול וניתוח בתחומים אלה: (1) מערכת העצבים והמוח... (4) השתלת איברים". מחוקק המשנה הבין כי השתלות בחו"ל הן לעתים בחינת כורח, בהיעדר פתרונות פנים-ישראליים. בתקנה 3 נקבעו הנסיבות בהן יינתן טיפול רפואי בחו"ל. הנסיבות הללו מתקיימות בענייננו, ודומה אפוא כי קיימת לעותרת זכות עקרונית למימון הנדרש, ככל שמתקיימים תנאיו. נזכור, כי המדובר בכספי ביטוח בריאות ממלכתי, שקופת החולים היא בחינת כלי להעברתם. על כן הסמכות המרכזית להנחיות היא בידי משרד הבריאות, ועל כך אין חולק. השאלה היא האם, משלא נקבע נושא איסור הסחר בחוק או בתקנות, יש סמכות לומר – את זאת איננו מממנים. אכן, התקנות מקנות סמכויות מסוימות למנכ"ל משרד הבריאות. תקנה 6(ב) מסמיכה את מנכ"ל משרד הבריאות לפטור מבוטח מהשתתפות בהוצאות טיפול בחו"ל. תקנה 5 קובעת, כי ערר על החלטת קופת חולים שלא לאשר טיפול בחו"ל "יוגש באמצעות המנהל ובצירוף החלטת קופת החולים... וכל מסמך אחר שדרשו המנהל או הועדה". עם זאת, סמכויות אלה אינן כוללות מפורשות את הסמכות להתנות את הזכאות למימון בשיקולים הקשורים בחשש לסחר מאיברים.

(2) בע"ע 426/06 מדינת ישראל-משרד הבריאות נ' דפנה שאול (טרם פורסם, ניתן ביום 25.1.07), לא איפשר המנכ"ל לערר שהוגש על החלטת קופת החולים, שלא

להעניק החזר כספי לניתוח השתלה בחו"ל, לעבור לדיון בוועדת הערר. עמדתו נדחתה בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה:

"טוענת המערערת כי מעמדו של המנהל למנוע דיון בוועדת הערר עולה מן האמור בתקנה 5 לפיה ערר יוגש "באמצעות המנהל". טענה זו דינה להידחות... זוהי הוראת פרוצדורה מובהקת שאין בה כל אינדיקציה לסמכותו של המנהל לחסום על הסף ערר שלדעתו לא ראוי לבוא בפני הוועדה... הסמכות לחסום, באמצעי מינהלי זכות גישה לגוף שיפוטי או מעין שיפוטי כמו ועדת ערר הפועלת לפי התקנות הינה סמכות מהותית הזקוקה להסמכה מפורשת בהסדר הנורמטיבי (התקנות). אין זה מתקבל על הדעת שבהעדר הוראה מפורשת, ייווצר מצב שזכות ערר המעוגנת בדבר חקיקה תסוכל על ידי החלטה של גורם מינהלי, יהא מעמדו בכיר ככל שיהא ויהיו מניעיו חשובים ומוצדקים ככל שיהיו..."

(3) שאלה היא גם, אפילו היתה הסמכה מפורשת בתקנות, מה היה מעמדה ביחס לחובת הקופה בהתאם לתקנון הביטוח המשלים – העומד ביסוד היחסים החוזיים בין העותרת לקופה – שכפיפותו בהקשרים אלה לחוק ולתקנות טרם הובררה כל צרכה (ראו סעיף 10 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי; ראו גם בהקשר זה עב' (חיפה) 611/04 ברנד – קופת חולים מאוחדת (לא פורסם, ניתן ביום 3.8.05); עוד על המהות הדואלית מבחינה נורמטיבית של מנגנון הביטוח המשלים ראו ע"ע 1091/00 שטרית – קופת חולים מאוחדת, פד"ע לה 5, 29 (2000); ע"ע 1251/01 שיבר – שירותי בריאות כללית (לא פורסם, ניתן ביום 12.6.03); כרמל שלו, בריאות, משפט וזכויות האדם (2003) 256-255; על אופי הפיקוח הממשלתי על הביטוח המשלים ראו אצל שלו, 257-258, 262-260), ואין זה המקום להידרש אליה.

י"ב. (1) שאלת הסמכות אינה פשוטה איפוא. החוזר מנוסח, לאחר הקדמת רקע מפורטת באשר לעמדות בנושא זה במשפט המשוה (אליה נשוב), כ"הנחיות". דבר זה מביא אותנו אל עולמן של ההנחיות המינהליות, אשר כפי שמסווגן המלומד יצחק זמיר (הסמכות המינהלית ב', 775-776) יכול שיהיו הנחיות חיצוניות, היוצאות מגורמים במינהל הציבורי אל הרשות המינהלית; במקרה דנא מופנות הנחיות החוזר אל קופות החולים, שהן המכשיר הציבורי ליישום של חוק ביטוח בריאות ממלכתי. כדבריו: "מה המעמד והמשקל של הנחיות אלה? המעמד והמשקל עשויים להשתנות מהנחיה להנחיה, בעיקר לפי המקור והנושא של הנחיות. בדרך כלל רשאית הרשות המינהלית להתייחס להנחיות כאלה, אם הן עומדות במבחן ההלכות המסדירות את שיקול הדעת המינהלי, כאילו הן עצות. לשון אחרת, אם ההנחיות אינן לוקות בשיקולים זרים או

בפגמים אחרים, רשאית הרשות להתחשב בהן ולייחס להן את המשקל הראוי לפי נסיבות העניין" (עמ' 776). כמובן, הסמכות והסבירות הכרוכות בהנחיות אלה נבחנות בכל מקרה לגופו, ובית המשפט עשוי להידרש לכך (ראו זמיר שס, 779-780 והאסמכתאות המובאות).

(2) אכן, תחומים רבים מוסדרים בהנחיות מינהליות - גם ללא הסמכה מפורשת להתקנת חקיקת משנה (ראו יצחק זמיר "הנחיות מינהליות" הפרקליט לח (תשמ"ח) 18; יואב דותן, "פרסום הנחיות מינהליות" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 475, 478-475). "המציאות המודרנית מחייבת רשות זו (המחוקקת - א"ר) במסירת סמכויות תחקיתיות רבות לרשות המבצעת" (ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל נ' התאחדות לכדורגל, פ"ד מה(5) 89, 103 (1991) - הנשיא שמגר; ראו גם בג"צ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו' 696, 702 (1952) - השופט, כתארו אז, אולשן; בג"צ 80/54 נוחימובסקי נ' שר המשפטים, פ"ד ח' 1491, 1496-1497 (1954) - השופט ברנזון), והדברים ידועים. אמר על כך, כבר לפני שנים רבות, המלומד קלינגהופר: "המדינה המפקחת של דורנו גרמה... לריבוי בלתי פוסק של משימות תחקיתיות שאין הרשות המחוקקת יכולה למלאן כולן בעצמה, ולכן עוברים תפקידי החקיקה במידה גדלה והולכת לידי המינהל" (יצחק הנס קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, יצחק זמיר עורך (1993) 105, 113; וראו גם דפנה ברק ארז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" עיוני משפט כ"ד (תשס"א) 369, 370-374).

(3) במיוחד יפים הדברים בתחומים מדעיים, הן בשל הרזולוציה הנדרשת, והן בשל קצב ההתפתחות של החידושים המדעיים - שאין המחוקק מסוגל לעמוד בו. כך כתב השופט (כתארו אז) חשין בענייננו, קרי בתחום השתלות איברים:

"המשפט משתרך-הולך לו בעקבות חידושי המדע והטכנולוגיה. כך היה בעבר, כך הוא בימינו וכך יהיה בימים יבואו. פיגור זה שבזמן טבוע במהותם של דברים. נתקשה לכוון מישטר חיים ולטוות רשת חבויות הכרוכות בשחייתו של אדם ב"עיר-חלל" כל עוד לא נשלחה חללית אל החלל, ומכל מקום תלאות היום-יום תוכפות עלינו מכדי שנעסיק עצמנו בקשיים המזומנים למי שיבואו אחרינו" (עניין גזבאן, בע' 34).

י"ג. (1) זה המקום לומר מה על מעמד חוזרי המנכ"ל במשרד הבריאות. פשיטא שהמדובר בהנחיות מינהליות, ושהכללים החלים עליהן ישימים כאן.

(2) אין לכחד כי נושאים רבים - חלקם טעונים ציבורית ומוסרית - מוסדרים בחוזרי מנכ"ל משרד הבריאות. כך, לדוגמה, נושא תרומת איברים מן החי בישראל מוסדר כאמור, לעת הזאת – למרבה הצער - כולו בחוזרי מנכ"ל (חוזר מס' 2/97 מיום 1.7.97; חוזר מס' 10/98 מיום 20.7.98 - כנזכר; ראו גם עניין גזבאן, וכך ת"א (ירושלים) 4298/02 וידן אליהו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 31.7.06)), זאת - לרבות מצבים מסוימים של "תמורה" מותרת (ראו חוזר מס' 6/98 מיום 7.4.98 שעניינו "התכנית להשתלת איברים מוצלבת"). תחומים רגישים נוספים - כגון "בחירת מין הילוד בתהליכי I.V.F" (חוזר מס' 17/03 מיום 14.9.03) - מוסדרים אף הם באופן בלעדי בחוזרי מנכ"ל. ברי, כי חלק מעניינים אלה ראויים לחקיקה, ואכן חלק מהנושאים שהוסדרו בעבר בחוזרים עוגנו בהמשך בחקיקה (כך לדוגמא בעניין חוזר מס' 2/96 "הטיפול בחולה הנוטה למות", נושא שהוסדר בחוק החולה הנוטה למות, תשס"ו - 2005). באחד החוזרים נקבע מפורשות "במשרד הבריאות מבוצעות עתה פעולות להפיכת הנחיות אלה לחוק ותקנות... לפיכך להנחיות אלה אין תוקף מחייב" (חוזר מס' 10/95 מיום 24.5.95, "אולטרא סאונד במיילדות", ההדגשה הוספה - א"ר; ראו ת"א (ירושלים) 7482/05 פלוני נ' ד"ר רם כסיף (לא פורסם, ניתן ביום 25.1.07)).

(3) לא מכבר נדון בבית משפט זה רע"א 4385/04 פרוך נ' בית החולים מקאסט (טרם פורסם, ניתן ביום 21.8.07), ובו הועלתה שאלת מעמדו של חוזר מנכ"ל בנושא מסוים, שבאותו עניין לא הגיע לבית החולים מקאסט. איש משרד הבריאות הגדיר בעדותו בבית המשפט המחוזי את ההנחיות כהמלצות, וראו גם דברי פרופ' זמיר לעיל. כשלעצמי סבורני כי ככלל חוזרים לכיבוד ניתנו; אך עדיין נשאלת השאלה הספציפית, בנידון דידן, אם נושא רגיש זה מקומו בהנחיות שבחוזר.

י"ד. (1) המשיבות טוענות כי הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי אינן פועלות "בחלל ריק"; כי הוראות החוק קובעות את זכאותו העקרונית של מבוטח לטיפול מסוים, אך זכות זו כפופה לנורמות הכלליות החלות במקצועות הרפואה. מבחינה זו - לשיטתן - כשם שאין הוראות החוק קובעות את המפרט האופרטיבי של הטיפול בו היא מזכה, והדבר מסור למשיבות, כך גם אין הן קובעות את "המפרט המוסרי", שמסור אף הוא למשיבות. הוראות החוק מזכות בטיפול לפי המקובל, כך במובן הרפואי-טכני, וכך במובן הרפואי-אתי. עקרונות אלה חלים גם על טיפולים שאינם כלולים בחוק ביטוח בריאות וניתנים בהתאם לביטוח משלים – וכזכור קופות החולים הן גופים דו-מהותיים, שעליהן חלות נורמות ציבוריות, שאינן מאפשרות להן לתת ידן לסחר באיברים.

(2) על אף האמור, ניתן לטעון, כי במקרה דנא הנחיות מנכ"ל אינן האכסניה המתאימה להסדרת הנושא, זאת מכמה טעמים. ראשית, מדובר בנושא המשיק לחיי אדם והמצוי בדיון ציבורי. אין חולק כי הנושא מעורר פולמוס, והכתיבה בעניינו עניפה, הן בתחומי המשפט וההלכה - כאמור - והן בתחומי האתיקה והמוסר. עיון בהצעות החוק השונות שהוגשו בתחום שהוזכרו מעלה מעלה קשת רחבה של אפשרויות בכל הנוגע לתרומה בתמורה; ראו למשל דברי ההסבר שבסעיף 20 בהצעות חוק השתלת איברים, תשס"ד-2003 הצעות חוק תשס"ד, בעמ' 245. נפסק מכבר, כי "יש מקרים בהם הרשות המבצעת צריכה להימנע מהכרעות עקרוניות בסוגיות חברתיות בסיסיות, השנויות במחלוקת ציבורית קשה, ולהניח את ההכרעה לרשות המחוקקת" (בג"ץ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5), 481, 514-502 (1998) - הנשיא ברק; ראו גם בג"ץ 98/54 לזרוביץ ואח' נ' המפקח על המזונות, ירושלים, פ"ד י 40, 56 (1956) - השופט ברנזון; בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 360-357 (1983) - הנשיא שמגר; ע"א 524/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב - מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות, פ"ד מה(4) 529, 555-552 (1991) - השופט, כתארו אז, ברק; בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נח(4) 842, 853-855 (2004) - השופטת דורנר). איני קובע מסמרות בשאלה אם מדובר ב"הסדר ראשוני" שחובה להסדירו בחקיקה ראשית (בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481, 505 (1998) - השופט, כתארו אז, חשין, וראו גם שם, בע' 520 - מפי הנשיא ברק; וכן עניין רובינשטיין, 515-517; בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 760 (2004) - השופטת נאור; בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 27.2.06) - המישנה לנשיא חשין, פסקות 39-37 (להלן - עניין ועדת המעקב); ראו גם קלינגהופר, בע' 108-109). אך מן הסקירה שצורפה לתגובת המשיבות עולה, כאמור, כי הנושא שלפנינו הוא מאלה שמקובל במדינות שונות להסדירם בחקיקה - וזו היא גם הכוונה בישראל. סבורני כי בנסיבות אלה, כשעל כף אחת של המאזניים מוצבת רגישותו של הנושא כלפי העותרת ואנשים במצבה, דומה כי על הכף השניה ראוי - במבט לעתיד - להציב הנחיה ממדרג נורמטיבי גבוה יותר.

(3) לא למותר לציין כי החוק האנגלי (Human Organ Transplants Act 1989) הנזכר מעלה, כולל הסמכה מפורשת של הרשות המינהלית לקביעת קריטריונים לגבי תרומות איברים שאינם בין קרובי משפחה - ומוסיף וקובע מנגנון פיקוח פרלמנטרי (ההדגשה הוספה - א"ר):

"(3) The Secretary of State may by regulations provide that the prohibition in subsection (1) above shall not apply in cases where—  
 (a) such authority as is specified in or constituted by the regulations is satisfied—  
 (i) that no payment has been or is to be made in contravention of section 1 above; and  
 (ii) that such other conditions as are specified in the regulations are satisfied; and  
 (b) such other requirements as may be specified in the regulations are complied with...

(7) Regulations under subsection (2) above shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament; and no regulations shall be made under subsection (3) above unless a draft of them has been laid before and approved by a resolution of each House of Parliament".

(4) לא אציע להידרש כאן לסוגיית מעמדן החוקתי של זכויות העותרת (לגבי הזכות לבריאות ראו בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם, ניתן ביום 12.12.05); לדידי, ספק אם ניתן לגזור זכות לטיפול או תרופה טרפיוניים ישירות מחוק היסוד, ראו: בש"א (ירושלים) 1182/06 (עב' 1224/06) יהושע הכט נ' מכבי שירותי בריאות (לא פורסם, ניתן ביום 29.3.05); ראו גם שלון, בע' 36, 43-44), אך לא אמנע, במבט לעתיד, מהזכיר כי:

"הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא שלא מעבר למידה הדרושה - צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמלית של הרשות המבצעת למעשי חקיקה... אומנם, ייתכן כי פגיעה בחופש העיסוק בתחיקת-משנה, ולא-כל-שכן בחוזרי מנכ"ל או בסוגים אחרים של הנחיות מינהליות, היא יעילה יותר... אך יעילות אינה דווקא יתרון מקום בו עומדת על הפרק פגיעה בזכויות-האדם" (בג"ץ 5936/97 ד"ר אורן לם נ' מר בן ציון דל, פ"ד נג(4), 673, 684 (1999) - השופט דורנר - ההדגשה הוספה - א"ר).

יסודותיה של התורה החוקתית נטועים בפרשה הנודעת של בנק המזרחי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1993)), שעניינה חוק שפגע בזכויות חוזיות של הבנקים. כאמור, אף מבלי להביע עמדה עקרונית - ברי, כי הטלת הגבלות גם על זכויות חוזיות של העותרת, גם אם הגבלה זו מחויבת, אינה דבר של מה בכך.

ט"ו. מדוע בכל זאת באתי לכלל מסקנה כי אין לפסול את חוזר המנכ"ל לעת הזאת, גם אם האכסניה הראויה היתה בחקיקה? דומה כי יש להחיל על ענייננו את עקרון תקנת הציבור, שעלה גם במכתב עו"ד נ' סמוך ממשרד הבריאות אל בא כוח העותרת מיום 18.6.07, בו נאמר "סחר איברים מנוגד באופן מובהק מתקנת הציבור, מטעמים המובנים לכל אדם הגון". ברע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213, 228 (2003) כתב הנשיא ברק כי "תקנת הציבור משקפת את האני מאמין החברתי של שיטת המשפט. היא מבטאת את הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים אשר שיטת המשפט מבקשת לשמר ולפתח... באמצעות תקנת הציבור מבטיחה שיטת המשפט התנהגות ראויה ביחסים הבין-אישיים". נדרשה לכך המחברת גבריאלה שלו (ראו ספרה דיני חוזים – החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי, תשס"ה-2005, בעמ' 510-511); כדבריה, "תקנת הציבור היא... אמת מידה שיפוטית כללית, אשר תוכנה ויישומה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, והוא טעון 'עריכתו של איוון פנימי בין ערכים ואינטרסים מתנגשים'" (ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209, 222 (2004) מפי הנשיא ברק). ענייננו אינו בתקנת הציבור בדיני חוזים, אלא - על דרך היקש ומדיניות שיפוטית - במישור המשפט המינהלי, שגם קופות החולים, גופים דו-מהותיים, כפופות אליו בהקשר דנא. ההנחיה לא כוונה אל העותרת, אל הנזקק להשתלה. היא כוונה אל קופות החולים. בגדרי תקנת הציבור, איני רואה מניעה, כי ממשלת ישראל, שמדיניותה – כעולה מן הנעשה לגבי השתלת איברים בארץ – מתנגדת לסחר באיברים, שיזמה חקיקה בעניין זה, ושגישתה לכך עקבית, עקבית בארץ פנימה ועקבית בין הארץ לחו"ל, תמנע העברת כספים על-ידי קופת החולים ליעדים החשודים בסחר באיברים. כל המידות הטובות שנמנו מעלה בתקנת הציבור מתקיימות בענייננו: מדובר ב"אני מאמין" חברתי שמצא ביטויו גם בבית משפט זה בפסיקות שצוטטו, גם בעמדות הממשלה בהצעות החוק ובפורומים שונים, וגם בסיכום ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת שהובא בעיקרו לעיל; לכך בסיס מוסרי – ואיני בוש לעשות שימוש במלה זו כאן - ועל כן משתקפת בחוזר גישה ראויה. אכן, התוצאה קשה מבחינת העותרת. איני יכול שלא להזכיר זאת שוב, ואין הלב אטום לכך. אך משעסקינן בעיקרון השולל סחר באיברים, שהוא נחלת בני תרבות בארץ ובעולם, ולא מצאנו לו תומך, אין לדעתי דופי בכך שהממשלה, כמדיניות, כל עוד לא הושגה הסדרה סטטוטורית, תיתן לדבר ביטוי בהנחיותיה לקופות החולים באמצעות חוזר המנכ"ל. אחזור ואטעים: עוצמתו הרגשית והציבורית של הנושא, יחד עם נושאים אחרים הכרוכים בהשתלות, מצדיקה חקיקה. אך מטעמי תקנת הציבור לא ראיתי מקום לפסול את החוזר ככזה. הסמכות לכך היא איפוא במסגרת מדיניותה של הממשלה שלא



להקצות כספי ציבור בנסיבות הנוגדות את תקנת הציבור. בכך אין כדי להביע עמדה כל עיקר לגבי זכותה של העותרת עצמה לחפש כל שביב של סיכוי לריפויה, ואנו מאחלים לה רפואה שלמה.

ט"ז. משאמרנו זאת, נכרך נושא הסבירות בנושא הסמכות, ואין מנוס מאמירה, כי ההחלטה אינה חורגת ממיתחם הסבירות.

י"ז. (1) ולבסוף, נגע ללבי אזכור דברי איוב לרעיו בפי בא כוח העותרת, "אמנם כי אתם עם ועמכם תמות חכמה; גם לי לבב כמוכם לא נופל אנכי מכם" (איוב, י"ב - א' - ב'). אכן, אין בידינו כשופטים חכמה יתרה על הזולת, ובודאי איננו כשוכן שחקים חותכי חיים לכל חי. אבל חובתנו היא לפרש את הדין כמיטב הבנתנו, ובמילויה הגענו למסקנתנו. אנו מתפללים עם העותרת כי תזכה להשתלה אם בארץ, בה היא רשומה כממתינה, ואם במרכז רפואי בחו"ל שבו לא יהא החשד לתרומת איברים וינתן המימון כדין. אנו גם חוזרים ומחלים פני הכנסת לסיים את הליך החקיקה.

(2) כאמור, לא נוכל להיעתר לעתירה.

ש פ ר ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופט י' אלון:

אני מסכים.

ש פ ר ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום ד' בתשרי תשס"ח (16.9.2007).

שופט

שופט

המשנה-לנשיאה

---

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 07054130\_T06.doc מה + מפ +הג  
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)