



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3848/09

בפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט ס' גוברמן
כבוד השופט י' עמית

העותר :

ניצן בן ציון

נ ג ד

המשיבים :

1. בית הדין הארצי לעבודה
2. המוסד לביטוח לאומי
3. מכבי שירותי בריאות

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה :

כ"ב באייר התש"ע (06.05.10)

בשם העותר :

בעצמו

בשם המשיב 2 :

עו"ד תהילה כזרי

בשם המשיב 3 :

עו"ד ליטל שני

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. עתירה כנגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בע"ע 618/07 (כבוד הנשיא סטיב אדלר והשופטים שמואל צור וורדה וירט-ליבנה), במסגרתו נדחה ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בחיפה בע"ב 1773/05 לפיו לא אושר החזר הוצאות לעותר עבור השתלת כליה בחו"ל.

תמצית העובדות ופסק דינו של בית הדין האזורי ובית הדין הארצי לעבודה

2. העותר, יליד 1938, נפגע ביום 5.12.92 בתאונה שהוכרה על ידי המוסד לביטוח לאומי (להלן: המל"ל) כתאונת עבודה בגינה נגרם לעותר כשל כלייתי סופני והוא החל לקבל טיפולי דיאליזה. נציין כי הועדה הרפואית של המל"ל ייחסה לתאונה רק 50% מהנזק הכלייתי ויתרת הנזק יוחסה למצבו הרפואי הקודם של העותר הסובל ממחלת לב, סכרת ומחלות נוספות.

בשנת 1994 עבר העותר ניתוח השתלת כליה מן המת בישראל, אך בשנת 1999 כשלה הכליה המושתלת והוא נזקק שוב לטיפול דיאליזה. העותר נרשם לרשימת

ההמתנה להשתלת כליה שנייה מן המת והגיש בקשה לקבלת תרומת כליה מן החי, אך בקשתו נדחתה בינואר 2000 על ידי הועדה לאישור השתלות. נוכח דחיית הבקשה, ריכז העותר את מאמציו בחו"ל, ובחודש יולי 2000 הושתלה בעותר כליה מן החי בניתוח שנערך בבית החולים האוניברסיטאי בברוקלין בניו-יורק.

3. עובר לביצוע ההשתלה בארה"ב, פנה העותר למשיבה 2 - קופת חולים מכבי המבטחת אותו (להלן: מכבי) - בבקשה לאישור החזר הוצאות הניתוח בחו"ל. מכבי דחתה את הבקשה בנימוק שהשתלת כליה בחו"ל בנסיבות אלו אינה ניתנת במסגרת סל שירותי הבריאות. עם זאת, נאמר לעותר כי מאחר שהוא מבוטח בתוכנית "מגן כסף", ולפנים משורת הדין, מאשרת הקופה החזר הוצאות רפואיות עד לסכום של 85,000 דולר, וסכום זה שולם לעותר עם חזרתו מארה"ב לאחר ביצוע ההשתלה.

4. העותר הגיש כנגד מכבי והמל"ל תביעה לבית הדין האזורי לעבודה בחיפה על סך של 361,376 ₪, שהוא ההפרש בין עלות הניתוח בפועל בסכום של 170,000 דולר, לבין הסכום ששולם לו על ידי מכבי. תביעתו של העותר להחזר ההוצאות נדחתה על ידי בית הדין האזורי לעבודה בחיפה מנימוקים שיפורטו להלן.

5. ערעורו של העותר לבית הדין הארצי לעבודה נדחה. בית הדין הארצי אישר את פסק דינו של בית הדין האזורי לפי תקנה 108(ב) לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), תשנ"ב-1991 (המקבילה לתקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). בהמשך, אימץ בית הדין בקצרה את נימוקי פסק דינו של בית הדין האזורי, והגיע למסקנה כי העותר לא עומד בתנאי הזכאות להשתתפות בהוצאות ההשתלה בחו"ל.

6. טרם אעמוד על עיקרי פסק דינו של בית הדין, אציג את המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לענייננו.

תביעות שבין מבוטח לקופת חולים נתונות לסמכותם הייחודית של בתי הדין לעבודה מכוח סעיף 54(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד – 1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות). סעיף 3(ד) לחוק ביטוח בריאות קובע כי שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות, יינתנו בישראל. סעיף 11 לחוק ביטוח בריאות, שכותרתו "שירותי בריאות במדינות חוץ", קובע כי:

"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."

מכוח סעיף 11 התקין שר הבריאות את תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (שירותי בריאות במדינות חוץ), התשנ"ה-1995 (להלן: תקנות הבריאות). תקנות 2 ו-3 קובעות כדלקמן (ההדגשות שלי – י.נ.):

2. "שירותי בריאות שיכול שיינתנו במדינת חוץ שירותי הבריאות למבוטח מתוך סל שירותי הבריאות שיכול שיינתנו במדינת חוץ הם בדיקה, אבחון, טיפול וניתוח בתחומים אלה :

- (1) מערכת העצבים והמוח;
- (2) מחלות לב וכלי דם;
- (3) שאתות (גידולים);
- (4) השתלת איברים;
- (5) מומים מולדים.

3. נסיבות רפואיות למתן שירותים במדינת חוץ

- (א) שירותי בריאות כאמור בתקנה 2 יינתנו אם ראתה קופת חולים כי מתקיימים שני אלה :
 - (1) המבוטח אינו יכול לקבל בישראל את שירות הבריאות או שירות בריאות חלופי;
 - (2) למבוטח נשקפת סכנת אבדן חיים אם לא יקבל את שירות הבריאות המסוים.
- (ב) על אף האמור בתקנת משנה (א), יכול ששירות הבריאות יינתן במדינת חוץ אם ראתה קופת חולים כי קיימת נסיבה רפואית חריגה."

תקנה 4 קובעת כי אם דחתה קופת חולים בקשת מבוטח לקבלת שירות בריאות במדינת חוץ, הוא רשאי להגיש ערר על החלטתה לוועדת ערר.

[במאמר מוסגר: לא ברור מדוע לא הוגש ערר במקרה דנן. נושא זה לא נזכר כלל בפסקי הדין של בית הדין האיזורי ובית הדין הארצי והצדדים לא התייחסו כלל לנקודה זו, ולכן איני נדרש לה].

7. בית הדין הארצי קבע כי שני התנאים הקבועים בתקנה 3 הם מצטברים וכי העותר לא עמד באף אחד מהם, קרי לא עלה בידי העותר להוכיח כי לא ניתן לקבל בארץ טיפול של השתלת כליה ולא הוכיח כי נשקפה לו סכנת אובדן חיים. אמנם, כך

נאמר, בית הדין האיזורי לא התייחס באופן ספציפי לחוות הדעת שהוגשו בפניו ולא קבע ממצאי מהימנות לגבי המומחים, אך נקבע כי ממכלול חוות הדעת הרפואיות שהיו לפני בית הדין האיזורי עולה, כי מזה שנים שמבוצעות השתלות כליה בישראל, ובכל מקרה המערער לא הוכיח כי טיפול הדיאליזה אינו בגדר טיפול רפואי חלופי סביר במצבו. הוסף, כי לא ניתן לקבוע באופן חד משמעי כי אלמלא בוצעה ההשתלה במועד שבו בוצעה, תוחלת חיו של העותר הייתה עומדת על חודשים ספורים בלבד. משלא עמד העותר בתנאי תקנה 3(א) היה עליו להוכיח כי קיימת "נסיבה רפואית חריגה" כאמור בתקנה 3(ב), אך העותר לא שכנע כי הוא נכנס לחריג זה, ולכן הוא לא זכאי להחזר הוצאות השתלה בחו"ל מכוח תקנות הבריאות.

בהמשך, אימץ בית הדין הארצי את מסקנתו של בית הדין האיזורי לגבי תקנה 5 לתקנות הביטוח הלאומי (מתן טיפול רפואי לנפגעי עבודה), התשכ"ח-1968 (להלן: תקנות המל"ל) הקובעת כלהלן:

5. "קיבל נפגע טיפול בחוץ-לארץ בשל פגיעה שאירעה בישראל, יהיה הוא זכאי להחזרת ההוצאות על ידי המוסד באמצעות השירות הרפואי שבטיפולו הוא נמצא אם השירות הרפואי אישר בכתב ומראש, ולאחר התייעצות במוסד, שאין אפשרות לקבל בישראל טיפול רפואי כפי שהנפגע זקוק לו ואת הצורך במתן טיפול רפואי כאמור במקום ובתנאים כפי שנקבעו באישור" (ההדגשות שלי- י.ע.).

נקבע, כי העותר לא עמד בדרישות הפרוצדוראליות של קבלת אישור מראש ובכתב לכך שאין אפשרות לקבל בישראל את הטיפול הרפואי המדובר. אמנם התאונה הוכרה כתאונת עבודה על ידי המל"ל רק לאחר שבוצעה ההשתלה, אך גם בדיעבד לא עלה בידי העותר להוכיח את הדרישה המהותית של ההכרח לבצע את הטיפול הרפואי דווקא בחו"ל.

8. סופו של דבר, שבית הדין הארצי לעבודה דחה את ערעורו של העותר וקבע כי הוא לא זכאי להחזר הוצאות בגין ההשתלה מעבר לסכום שכבר שולם לו על ידי מכבי.

מכאן העתירה שלפנינו.

9. העותר, שייצג את עצמו, גולל באריכות שורה ארוכה של טענות נגד מכבי והמל"ל ונגד פסקי הדין של בית הדין האיזורי והארצי לעבודה, ונעמוד על עיקרי הטענות הרלוונטיות.

לטענת העותר, בפסקי הדין של בית הדין האזורי והארצי אין התייחסות לחוות הדעת הרפואיות הרבות והסותרות שהוגשו על ידי הצדדים. בהיעדר ניתוח של חוות הדעת וקביעות מהימנות לגבי המומחים הרפואיים, לא היה מקום להעדיף את חוות הדעת של פרופ' יינה, המומחה מטעם מכבי, שהיא חוות דעת כללית, המתארת מצב היפותטי של חולה הנזקק להשתלת כליה שנייה ולא מתייחסת ספציפית לעותר ולמצבו הרפואי הפרטני. זאת, בניגוד לחוות הדעת הרפואיות מטעמו, המתייחסות באופן פרטני למצבו הרפואי עובר לביצוע ההשתלה בחו"ל. לטענת העותר, התיזה של פרופ' יינה מטעם מכבי, לפיה דיאליזה מהווה טיפול חלופי סביר להשתלת כליה וכי תוחלת חייהם של המטופלים בדיאליזה אינה קצרה יותר משל מושתלי כליה, אינה מקובלת בספרות הרפואית ועומדת בסתירה לחוות הדעת האחרות. למעשה, דיאליזה אינה בגדר טיפול חלופי להשתלת כליה, ומטרתה להחזיק את החולה בחיים עד שתמצא כליה מתאימה. העותר הצביע על נתונים וחוות דעת מהם עולה כי שיעור התמותה של מטופלי דיאליזה במהלך 5 שנים עומד על כ- 70%, בניגוד לשיעור התמותה הנמוך של מושתלי כליה. מכאן, שאין לקבל את חוות דעתו של פרופ' יינה, מטעם מכבי, לפיה "הממתין להשתלת כליה לעולם אינו נתון בסכנת חיים מיידית". מכל מקום, התנאי בתקנה 3(א)(2) הוא כי "למבוטח נשקפת סכנת אבדן חיים..." ואין מדובר בדרישה לסכנה מיידית. העותר היה נתון בסכנת חיים, וכפי שעולה מחוות הדעת הרפואיות שהגיש, אלמלא ההשתלה, ובהתחשב בגילו ובמצבו הבריאותי, תוחלת חיו הייתה עומדת על חודשים ספורים בלבד.

10. העותר הצביע על כך כי העתירה חורגת מעניינו הפרטי. כך, לשיטתם של המומחים מטעם מכבי – פרופ' יינה (המומחה הרפואי) וד"ר נורדן (מנהל השתלות בחו"ל) – השתלת כליה לעולם אינה דחופה מאחר שניתן לקבל טיפול דיאליזה. מכאן, שהנזקים להשתלת כליה לעולם לא יעמדו בתנאי הנוסף של "סכנת אבדן חיים" כנדרש בתקנה 3(א). ד"ר נורדן אף התבטא כי תקנה 2(4) מתייחסת ל"השתלת איברים – לא כליות", כך שעל פי הפרשנות שמכבי נותנת לתקנה, אף אדם הנזקק להשתלת כליה לא יוכל להיכנס לגדר התקנה, ללא כל קשר למצבו הרפואי הפרטני. הא-ראיה,

שבעשרים השנים האחרונות מכבי לא אישרה החזר הוצאות בגין השתלת כליה בחו"ל. התנהלות זו של מכבי היא הפליה בוטה של החולים הנאלצים לעבור השתלה בחו"ל על חשבונם, לעומת אלה שזוכים לעבור השתלה בישראל. ההפליה חריפה במיוחד נוכח המספר הזעום של הכליות המושטלות בישראל, כ-100 בלבד בשנה, בעוד מספר מטופלי הדיאליזה עומד על כ-4,000.

11. העותר טען כי הסתמך על מסמך זכויות וחובות (להלן: מ"ח) של מכבי מחודש ספטמבר 1999 הקובע כי מבוטחי "מגן כסף" זכאים לקבל החזר הוצאות רפואיות על השתלה בחו"ל בסכום מקסימאלי של 250,000 דולר. מ"ח מעודכן שיצא בינואר 2000, המבטל את סעיף ההחזר, לא הופץ, לא פורסם ולא הובא לידיעת המבוטחים, כך שלא יכול היה לדעת עליו.

12. בנוסף, קבל העותר גם על התנהלותו של המל"ל, שהכיר בקשר הסיבתי בין התאונה לכשל הכלייתי רק בשנת 2001, שבע שנים לאחר השתלת הכליה הראשונה ושנה לאחר השתלת הכליה השנייה. לפיכך לא יכול היה העותר לקבל אישור מראש ובכתב על השתלת הכליה כנדרש בתקנה 5 לתקנות המל"ל.

טענות מכבי והמל"ל

13. מכבי סמכה ידיה על פסק דינו של בית הדין האזורי ובית הדין הארצי לעבודה. טענתה, אין עילה להתערבות בג"ץ בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה ולא התמלאו שני התנאים המצטברים שנקבעו בבג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673 (1986) (להלן: הלכת חטיב). המדובר בעתירה שהיא "ערעורית" ביסודה ומכוונת בעיקר כנגד ממצאים עובדתיים שהוכרעו על ידי שתי ערכאות.

14. לגופו של עניין טענה מכבי כי שיקול הדעת לגבי העמידה בקריטריונים הקבועים בתקנות הבריאות מסור בידי מכבי והעותר לא עמד בקריטריונים. אמת המידה לפעולות היא מתן טיפול רפואי סביר ולא דווקא מתן הטיפול הרפואי הטוב ביותר, החלטתה של מכבי לא חרגה ממתחם הסבירות שכן טיפול דיאליזה הוא טיפול המהווה חלופה סבירה להשתלת כליה, ואדם הממתין להשתלת כליה אינו נתון בסכנת חיים. כך בכלל וכך בעניינו הפרטני של העותר, כפי שעולה מחוות דעת רפואיות של המומחים מטעם מכבי, שאומצו הן על ידי בית הדין האזורי והן על ידי בית הדין הארצי.

15. לחילופין, טענה מכבי כי אף אם יקבע כי העותר עומד בקריטריונים הקבועים בתקנות, הוא לא זכאי להחזר הוצאות מעבר לסכום שכבר שולם לו על ידי מכבי. זאת, מאחר שעלות הטיפול הרפואי הינה 65,000 דולר בלבד ואילו יתרת העלויות מתייחסות לדמי תיווך לחברה בארה"ב, הוצאות נלוות שונות וכו'. מכבי מחויבת להחזר הוצאות רפואיות בלבד, ואלו שולמו אף למעלה מן הנדרש. כאשר התכוון המחוקק כי יינתן החזר גם בגין הוצאות נלוות הדבר נכתב מפורשות, כפי שנכתב בסעיף 28 לתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות העוסק בדמי נסיעות והסעות.

מכאן שהעותר לא היה זכאי להחזר הוצאות על פי תקנות הבריאות. כך גם על פי המז"ח המעודכן לחודש ינואר 2000, שהיה נגיש לעותר והיה בתוקף בעת ביצוע ניתוח ההשתלה.

16. לטענת המל"ל, העותר לא עמד בתנאים הקבועים בתקנה 5 לתקנות המל"ל, לא בפן הפרוצדוראלי של קבלת אישור מראש טרם ביצוע ההשתלה, ולא בפן המהותי של היעדר אפשרות לקבל בישראל את הטיפול הנדרש.

מכל מקום, הקשר הסיבתי בין הכשל הכלייתי לתאונת העבודה הוכח ב-50% בלבד, ואף אם עומד העותר בתנאי תקנה 5 הוא זכאי להחזר בשיעור של 50% בלבד, סכום שכבר שולם לו על ידי מכבי. זאת ועוד. אף אם יקבע כי העותר זכאי להחזר הוצאות מלא, מעבר למה שכבר שולם לו, החבות היא של מכבי ולא של המל"ל. זאת, מכוח סעיפים 89 ו-91 לחוק הביטוח הלאומי הקובעים כי מי שהוסמך לתת טיפול רפואי לנפגעי עבודה הן קופות החולים, תוך הפנייה להסכם בין קופות החולים למל"ל לפיו קופות החולים הן שיספקו את הטיפול הרפואי או מימונו.

דיון והכרעה

17. המשוכה המקדמית שעל העותר לחצות היא אם יש מקום להתערבותו של בג"ץ בפסק דינו של בית הדין לעבודה.

הלכה מושרשת היא כי בג"ץ לא יושב כערכאת ערעור על פסקי הדין של בית הדין הארצי לעבודה. בג"ץ יתערב בפסיקת בית הדין אך במקרים חריגים ובהתקיים שני תנאים מצטברים: נתגלתה טעות משפטית מהותית בפסק הדין של בית הדין לעבודה והצדק מחייב את התערבותו של בית המשפט (הלכת חטיב, בעמ' 693; בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(4) 628, 634 (1996); בג"ץ 840/03 ארגון

הכבאים המקצועיים בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נז(6) 810, 814 (2003) (להלן: עניין ארגון הכבאים)). בעניין ארגון הכבאים סקר כב' השופט מצא את הגישות השונות לגבי היקף התערבותו של בג"ץ והגיע למסקנה כי גם השופטים שצידדו בהרחבת ההתערבות, לא התיימרו לסטות מהלכת חטיב. מכל מקום, על פי כל הגישות, יש לבחון אם לשאלה מושא הדיון יש חשיבות ציבורית כללית החורגת מעניינו הפרטני של העותר (בג"ץ 1082/02 המוסד לביטוח לאומי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נז(4) 443, 453 (2003); בג"ץ 10255/09 יתח נ' בית הדין הארצי לעבודה, (לא פורסם, 3.1.2010); הלכת חטיב, בעמ' 694).

18. ומהתם להכא.

לכאורה, עניינו במקרה פרטי של העותר שבקשתו להחזר הוצאות השתלה נדחתה על ידי מכבי והמל"ל, לאחר שהמומחים מטעם מכבי מצאו כי העותר יכול היה להסתפק בטיפול דיאליזה מבלי שהדבר יסכן את חייו. ברם, לא מצאתי בפסק דינו של בית הדין האזורי ולא בפסק דינו של בית הדין הארצי כל הנמקה לקביעה זו. בית הדין לא סקר את חוות הדעת, לא ניתח אותן ולא קבע כל ממצא עובדתי-רפואי בנושא ואף לא נאמר במפורש כי בית הדין מבכר חוות דעת אחת על פני השנייה. כפי שציין בית הדין הארצי לעבודה "אמנם בית הדין האזורי לא התייחס באופן ספציפי לחוות הדעת שהוגשו בפניו, ולא קבע ממצאי מהימנות לגבי מי מן המומחים, אולם מסקנותיו מבוססות על מכלול חוות הדעת הרפואיות". ותמיהה היא, הכיצד ניתן היה להכריע במחלוקת בין המומחים על סמך חוות הדעת השונות שהובאו על ידי הצדדים, שעמדו בסתירה כמעט מוחלטת זו לזו.

ברי כי אי הכרעה בין חוות דעת רפואיות או אי הנמקה במקרה פרטני, אינה מצדיקה התערבות בג"ץ בפסק דינו של בית הדין הארצי. דא עקא, שאין בפסק דינו של בית הדין התייחסות לשאלות הכלליות שהעלה העותר, ואשר חורגות מעניינו הפרטני. הלכה למעשה, בית הדין אימץ את שיטתה של מכבי לפיה מאחר שבארץ מבוצעות השתלות כליות, ומאחר שדיאליזה נחשבת טיפול בריאותי חלופי שיש בו תמיד כדי להסיר סכנת חיים מהמבוטח, השתלת כליות לא נכנסת אף פעם לגדר "השתלת איברים" בתקנה 2(4) לתקנות הבריאות. ואכן, הממונה על השתלות חו"ל במכבי אישר בחקירתו הנגדית כי בעשרים השנים האחרונות מכבי לא הכירה בהוצאות השתלה בחו"ל מכוח תקנות הבריאות.

19. מכאן, שהשאלה העומדת לדיון היא שאלה של פרשנות תקנה 3(א) לתקנות הבריאות, הדורשת, כאמור, התקיימותם של שני תנאים מצטברים: האחד, כולל שתי חלופות ולפיו "המבוטח אינו יכול לקבל בישראל את שירות הבריאות או שירות בריאות חלופי" והשני, כי "למבוטח נשקפת סכנת אבדן חיים אם לא יקבל את שירות הבריאות המסוים".

לעניין התנאי הראשון נקבע על ידי בית הדין כי השתלות כליה מבוצעות זה שנים מספר בישראל ולפיכך לא מתקיים התנאי כי לא ניתן לקבל את שירות הבריאות בישראל. לטעמי, לא די בכך ששירות הבריאות ניתן באופן עקרוני בישראל, כדי להגיע למסקנה כי ניתן לקבלו בישראל, מקום בו שירות הבריאות לא נגיש למטופל הספציפי אם מפאת מצבו הרפואי הפרטני ואם בשל אי זמינות שירות הבריאות. לדידי, יש לפרש את התקנה תוך בחינת נתוני אמת באשר למצב השתלות הכליה בישראל ועל רקע מצבו הקונקרטי של המבוטח. כמה השתלות כליה נערכות בישראל בשנה? מה תור הממתינים להשתלת כליה מן המת או מן החי? מה סדרי העדיפויות להשתלת כליה בקרב המועמדים להשתלה? מה הסיכוי של המבוטח הספציפי להשתלת כליה תוך השנים הקרובות? וכיוצא באלה שאלות.

20. לעניין החלופה של "שירות בריאות חלופי", נקבע על ידי בית הדין כי דיאליזה מהווה טיפול חלופי להשתלת כליה. ברם, בית הדין לא התייחס כלל לטענת העותר, שנתמכה בחוות דעת מטעמו, ולפיהן טיפולי דיאליזה הינם טיפולים זמניים מטבעם - אשר לא חפים מתופעות לוואי חמורות ופגיעה קשה באיכות החיים - ואין בהם כדי "לרפא" את הכשל הכלייתי הסופני, להבדיל מהשתלת כליה. בית הדין אף לא התייחס לסטטיסטיקות שהוצגו על ידי המומחה מטעמו של העותר, לגבי אחוזי התמותה של מטופלי דיאליזה לעומת מושלתי כליה.

21. נושא זה מביא אותנו לבחינת התנאי השני של "סכנת אבדן חיים". כאמור, העותר טען כי נוכח גילו המתקדם ומצבו הבריאותי שאינו מן המשופרים, לא היה צל צלו של סיכוי כי יהא מועמד להשתלה בארץ, ובקשתו להשתלת כליה מתורם מן החי שאותר על ידו נדחתה.

בית הדין דחה את חוות הדעת מטעם העותר לפיה השתלת הכליה במועד בו בוצעה הייתה ניתוח מציל חיים מבחינתו, תוך אימוץ קביעתו של המומחה מטעם מכבי כי התובע לא היה בסכנת חיים מיידית וכי "השתלת כליה לעולם אינה דחופה". אם תתקבל קביעה זו, משמעותה המעשית היא שהשתלת כליה לא תיכנס אף פעם לגדר

"השתלת איברים" בתקנה 2(4), מאחר שכל הנזקקים להשתלת כליה נחשבים כמי שאינם נמצאים בסכנת חיים בגדר תקנה 3(א), אף מבלי שיבחן מצבם הרפואי הפרטני. בכך, למעשה, אימץ בית הדין את גישתה של מכבי, כפי שבאה לידי ביטוי בדברי ד"ר נורדן, האחראי על ההשתלות בחו"ל במכבי, כי התקנה לא חלה על השתלות כליה. וכלשונו "השתלות כליה זה לא השתלות איברים" ולכן, במשך 20 שנה, אף פעם מכבי לא אישרה השתלות כליה בחו"ל במסגרת החוק (עמ' 60 לפרוטוקול בבית הדין האיזורי לעבודה). נראה כי הפרשנות שאומצה על ידי מכבי אינה מנת חלקם של קופות חולים אחרות וראו בג"ץ 5413/07 פלוני נ' מדינת ישראל משרד הבריאות, (לא פורסם, 16.9.2007) (להלן: עניין פלוני), בו נדחתה עתירה כנגד חוזר מנכ"ל שאסר על קופות החולים לממן השתלות כליה במדינות בחו"ל בהם קיים חשש לסחר באיברים. אציין כי בפסק הדין בעניין פלוני נאמר בהערת אגב, תוך התייחסות לתקנות 2 ו-3 "דומה אפוא כי קיימת לעותרת זכות עקרונית למימון הנדרש, ככל שמתקיימים תנאיו".

22. שאלה פרשנית דומה מתעוררת גם לגבי תקנה 5 לתקנות המל"ל, נוכח קביעת בית הדין כי לא נתמלא התנאי לפיו "אין אפשרות לקבל בישראל את הטיפול רפואי כפי שהנפגע זקוק לו...". הדרא קושיא לדוכתיה: האם כל מועמד להשתלת כליה יכול להסתפק בטיפול דיאליזה? שאלה זו מחזירה אותנו לשאלות הפרשנות עליהן עמדנו לעיל לגבי תקנות הבריאות.

23. על רקע זה, דומה כי נתמלאו שני התנאים המצטברים המצדיקים התערבות בג"ץ בפסיקת בית הדין.

לדידי, המסקנה של בית הדין כי די בכך שמבוצעות השתלות כליה בישראל כדי לקבוע שהמבוטח יכול לקבל את שירות הבריאות בישראל, בטעות יסודה. למצער, על מנת לקבוע זאת, יש להניח תשתית עובדתית-רפואית כאמור לעיל. כך גם לגבי הקביעה כי דיאליזה מהווה תמיד "שירות בריאות חלופי" וכי השתלת כליה לעולם אינה דחופה מאחר שטיפול דיאליזה שולל "סכנת אבדן חיים". המחוקק קבע בתקנות "סכנת אבדן חיים", לאו דווקא סכנה מיידית לאבדן חיים. למיצער, כאמור, היה על בית הדין האיזורי, ובית הדין הארצי בעקבותיו, להסתמך בקביעותיו על תשתית עובדתית-רפואית החסרה מן הספר.

השאלות הטעונות הכרעה עוסקות בדיני נפשות, כך שהתערבות בית משפט זה נדרשת מטעמי צדק. מבלי לקבוע מסמרות בשאלה הרפואית אם החולים באי ספיקת כליות והנזקקים לטיפול דיאליזה נמצאים במצב של סכנת חיים ובאיזה טווח זמן –

שאלה שהתשובה אליה עשויה להשתנות מחולה לחולה – ברי כי הסבל וירידה באיכות החיים הם מנת חלקם. וכפי שנאמר בעניין פלוני: "את ההבחנה בין איכות חיים להצלחת חיים שהעלתה הקופה אולי ניתן להעלות במובן ה'פורמאלי', אבל אין היא חזות הכל".

מן המפורסמות הוא כי רשימת הממתינים להשתלות בישראל עולה בהרבה על מספרם של התורמים. פרשנות אחרת לתקנות הבריאות ולתקנות המל"ל עשויה להיטיב עם הזקוקים להשתלה. מכאן, שהסוגיה שהעלה העותר בפנינו חורגת מעניינו הפרטי, היא בעלת משקל סגולי משל עצמה ויש לה חשיבות ציבורית.

סוף דבר

24. בהיעדר תשתית עובדתית-רפואית בפסק דינו של בית הדין האזורי והארצי, איני רואה לקבוע נחרצות את הפרשנות הראויה לתקנות הבריאות ותקנות המל"ל. מכאן, שלא ניתן בשלב זה לקבל את עתירתו של העותר בשלמותה ולחייב את מכבי בהחזר מלא של הוצאות השתלת הכליה בחו"ל.

אשר על כן, אמליץ לחברי להורות על החזרת התיק לדיון בבית הדין האזורי לעבודה לשם בחינה והכרעה בשאלות הבאות:

א. בחינת התשתית העובדתית-רפואית הקשורה לחולי דיאליזה בישראל, כאמור בסעיף 19 לעיל, ובחינת מצבו הפרטני של העותר, על מנת לבחון אם עובר לביצוע ההשתלה בחו"ל נתמלא התנאי לפיו "המבוטח אינו יכול לקבל בישראל את שירות הבריאות...".

ב. בחינת התשתית העובדתית-רפואית הקשורה בטיפול דיאליזה בכלל כאמור בסעיף 20 לעיל ובחינת מצבו הפרטני של העותר בפרט, על מנת לבחון אם עובר לביצוע ההשתלה בחו"ל טיפול הדיאליזה יכול היה להיות "שירות בריאות חלופי" עבור העותר.

ג. בחינת התשתית העובדתית-רפואית הקשורה בדיאליזה בכלל ובמצבו הפרטני של העותר בפרט, כאמור בסעיף 21 לעיל, על מנת לבחון אם עובר לביצוע ההשתלה בחו"ל היה בטיפול הדיאליזה כדי לשלול "סכנת אבדן חיים".

ד. בחינת התשתית העובדתית-רפואית הקשורה במצבו הפרטני של העותר על מנת לבחון אם עובר לביצוע ההשתלה בחו"ל הוא נכנס לחריג הקבוע בתקנה 3(ב) של "נסיבה רפואית חריגה".

על רקע התשתית העובדתית-רפואית על בית הדין לקבוע את הפרשנות הראויה לתקנות הבריאות ולתקנות המל"ל, בשים לב להערות בפסק דין זה, ולהכריע בעניינו הפרטני של העותר.

25. נוכח התוצאה אליה הגעתי, איני רואה מקום בשלב זה להידרש לטענות של מכבי והמל"ל כי כבר שולם לעותר סכום המכסה את ההוצאות הרפואיות, ויתרת הסכום הינה בגין הוצאות נלוות. גם טענה זו תבחן בבית הדין האיזורי, לאחר הכרעה בשאלות שהוצגו לעיל.

מכבי תישא בהוצאות העותר בסך 20,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

מסכים אני לפסק דינו של חברי השופט י' עמית.

התנאים להכרה בצורך במתן שירותים רפואיים במדינות חוץ צריכים להתפרש על-פי מציאות החיים; לא רק בלשון בני-אדם כי אם גם כראוי לבני-אדם. הפרשנות הראויה אינה יכולה לאטום אוזניה ולעצום עיניה אל מול העובדה כי חיי אדם ואיכות חייו הם שעומדים על כף המאזניים. התנאי של היעדר "שירות בריאות חלופי" בארץ, והתנאי של קיום "סכנת אבדן חיים" – צריך שיתפרשו בצורה סבירה.

כפי שציין חברי השופט עמית, בית הדין לעבודה לא בחן לעומקה את השאלה אם אכן טיפולי דיאליזה משמשים "שירות בריאות חלופי" להשתלת کلیה. בהתחשב בתופעות הלוואי החמורות הכרוכות בהם, ספק אם "חלופה" שיש עימה פגיעה קשה

באיכות החיים ואשר אין בכוחה כדי לרפא את הכשל הכלייתי יכולה להיחשב כחלופה ראויה – שאלה זו צריכה להיבחן מחדש על-ידי בית-הדין לעבודה.

הוא הדין באשר לתנאי האחר של "סכנת אבדן חיים"; יש לבחון תנאי זה, מחדש, על רקע הקושי הכרוך בקיום השתלה בארץ.

ההנחה כי "השתלת כליה לעולם אינה דחופה" היא הנחה גורפת ואימוצה עשוי להוציא כליל את השתלת הכליה מגדר "השתלת אברים" כמשמעותה בסעיף 2 לתקנות ביטוח בריאות ממלכתי (שירותי בריאות במדינות חוץ), התשנ"ה-1995. מצטרף אני לפיכך לפסק דינו של חברי.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"ט באלול התש"ע (29.8.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה