

העותרות:

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. ההסתדרות הרפואית בישראל (הר"י)
3. צ.ב.י. (צרכני בריאות ישראל)

כולם על ידי ב"כ עוה"ד דורי ספיבק ו/או עו"ד הישאם שבאיטה ו/או נטע זיו ו/או עינת אלבין ו/או דניאל פיש ו/או ליאת גולן ו/או איתי הרמלין ו/או קלריס חרבון ו/או ענת בן-דור ו/או מיכל אהרוני ו/או אחמד אמארה ו/או אסף טויב

מהתכנית לזכויות אדם
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
רמת-אביב, תל-אביב 69978
טלפון: 03 - 6408361 ; פקס: 03 - 6407422

נ ג ד

המשיבים:

1. שר הבריאות
משרד הבריאות
רחוב בן טבאי 2, ירושלים 91010
2. שר האוצר
משרד האוצר
רחוב קפלן 1, הקריה, ירושלים 91131
3. ממשלת ישראל
משרד ראש הממשלה
רחוב קפלן 3, הקריה, ירושלים 91919

עתירה למתן צו על תנאי

בית-המשפט מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המורה כדלקמן -

א. למשיב 1 - מדוע לא יכנס ללא דיחוי את הועדה הציבורית להרחבת סל הבריאות הקבוע בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 (להלן: "חוק הבריאות"), ויורה

לה לבצע את ההליך השנתי של תעדוף התרופות והטכנולוגיות המועמדות להכנסה לסל הבריאות הקבוע בתוספת לחוק (להלן: "סל הבריאות"), ולהעביר לידיו בהקדם האפשרי את המלצותיה בנושא.

ב. למשיבים 1 עד 3 - מדוע לא יפעילו את סמכותם על פי סעיף 8 לחוק ביטוח בריאות, ויורו לכל הפחות על הכללתן בסל הבריאות, על פי המלצות הועדה הציבורית כפי שיימסרו לידיהם על ידי המשיב 1, של כל התרופות והטכנולוגיות אשר ימצא כי הן מקיימות את ארבעת התנאים המצטברים הבאים: (1) היותן מצילות חיים; (2) ללא חלופות; (3) יעילותן מוכחת מדעית; (4) ועלותן אינה גבוהה באופן בלתי סביר ביחס לתועלתן.

בקשה לקביעת דיון דחוף

עתירה זו מתייחסת להחלטת המשיבים שלא לעדכן בראשית שנה זו (2003) את סל השירותים הקבוע בתוספת לחוק הבריאות. אלפים מתושבי המדינה החולים במחלות קשות ונזקקים בדחיפות למימון תרופתם, נפגעו כתוצאה מהחלטה זו, שלטענת העותרות דינה בטלות.

מלחמתם של כל אותם חולים הינה לא רק נגד המחלה, אלא גם נגד הזמן.

לפיכך, מתבקש בית-המשפט הנכבד לקבוע דיון דחוף ככל הניתן.

תמצית העתירה

1. כבכל שנה, גם בשנה זו המתינו מאות אלפים מתושבי המדינה, המבוטחים על פי חוק הבריאות בקופות החולים, להחלטת המשיבים בדבר התרופות והטכנולוגיות, שיתווספו לסל הבריאות.

2. קצרה היריעה מלתאר את משמעותה הרת הגורל של ההחלטה השנתית בדבר התרופות והטכנולוגיות הנכנסות לסל הבריאות: עבור רבים מחולי הסרטן ומחלות קשות אחרות, עדכון הסל הינו שאלה של חיים ומוות, פשוטו כמשמעו; עבור רבים אחרים, שלטיפול הנדרש עבורם אין מענה בסל הבריאות הנוכחי, עדכון סל הבריאות מכריע בשאלה האם ימצאו מזור או שמא יוותרו בחוליים, הכרוך בסבל קשה מנשוא ובשיבוש חמור ביכולתם להמשיך לחיות את חייהם; אי-טיפול בנזקקים לשירותי בריאות, בני כל הגילים, חלקם

- קשישים וחלקם תינוקות בני-יומם, עשוי לגרום לאותם נזקקים נזק רפואי שאינו בר-תיקון; עבור מדינת ישראל ועבור מערכת הבריאות, משמעות הדבר הינה אובדן ימי עבודה, פגיעה במגזרים יצרניים, קפיאה על שמרים ואף נסיגה לאחור מבחינת הסטנדרט הבינלאומי, חוסר יעילות ובזבוז משאבים.
3. החובה לספק הגנה על החיים ועל הגוף של כל תושב בישראל היא עיקרון מנחה של חוק הבריאות, עיקרון שעיקרו החוקתי בהוראתו המפורשת של סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זו תכליתו של חוק הבריאות. מתכלית זו נגזרות חובות אופרטיביות של הגורמים השונים במערכת הבריאות, הפועלים מכוחו של החוק.
4. סעיף 8 (ב) לחוק הבריאות נותן בידי המשיב 1 (בהסכמת המשיב 2 ובאישור המשיבה 3) את שיקול-הדעת והסמכות לעדכן את סל הבריאות. סמכות זו כרוכה במציאת האיזון העדין בין העובדה, שהמשאבים העומדים לרשות המדינה הינם מוגבלים, לבין ההכרח הרפואי, החברתי והאנושי לעדכן את סל הבריאות מפעם לפעם.
5. חרף הקושי הרב לאזן בין הרצוי לבין האפשרי, עד לשנה זאת שמרו המשיבים על עקרון בסיסי: בכל שנה ושנה, לאחר עבודת הכנה מקצועית וקפדנית של משרד הבריאות, כונסה הוועדה הציבורית להרחבת סל הבריאות, והמליצה על סדר העדיפויות להרחבת הסל. זאת, לאחר חיבוטים קשים שבמרכזם עקרונות צדק, שוויון ועזרה הדדית, עליהן מושתת חוק הבריאות (ראו סעיף 1 לחוק). על יסוד המלצות אלה הוכנסו מדי שנה לסל הבריאות התרופות החיוניות ביותר.
6. קיימת תמימות דעים בקרב ראשי מערכת הבריאות בישראל (ראו להלן בסעיפים 45 - 37 לעתירה זו), כי לא די אף בעדכון חד-שנתי זה. קיים צורך חיוני ביצירת מנגנון ל"גישור" עד למועד השנתי שנקבע להרחבת סל הבריאות, שהרי חולים הנאבקים על חייהם זקוקים בדחיפות לטיפול, ובחלק מן המקרים אינם יכולים להמתין אפילו עד לעדכון השנתי של סל השירותים. המחלה עשויה להכריעם עוד קודם לעדכון השנתי!
7. ואם קיים צורך חיוני להכיר בחריגים לסל הבריאות, או לעדכנו באופן תכוף יותר מאשר פעם בשנה, כדי להציל חיים, קל וחומר שהכרחי לקיים את מנגנון שיקול-הדעת ולערך עדכון של סל השירותים לפחות אחת לשנה.
8. והינה, אירע השנה לראשונה דבר חמור מאין כמוהו. בניגוד גמור לעקרונות העומדים בבסיס הוראות חוק ביטוח בריאות, וחרף המחאה הציבורית והמקצועית, החליטו המשיבים, בלא לקיים כלל הליך שיקול-דעת מסודר, שלא להרחיב כלל את הסל, וזאת בטענה האחת והיחידה של העדר תקציב.
9. אלפי חולים במחלות קשות עומדים אם כן בפני שוקת שבורה - אפילו אותם חולים אשר עניינם הוא הדחוף והמוצדק ביותר לא יזכו לסעד. אפילו אלה שעניינם היה זוכה לעדיפות ראשונה במעלה לו נערך דיון מסודר כנדרש, לא יזכו למימון תרופתם.

10. החלטת המשיבים שלא לכנס כלל את הועדה הציבורית להרחבת סל הבריאות ושלא לעדכן כלל את סל הבריאות, כמוה כאי הפעלה מוחלטת של שיקול הדעת, אשר נמסר לידיהם ע"י המחוקק, וממילא הינה בלתי סבירה באופן קיצוני.
11. **כמינימום הנדרש על פי העקרונות החוקתיים המחייבים בענייננו, על פי חוק הבריאות עצמו ועל פי עקרונות המשפט המנהלי, מוטל על המשיבים לקבל את המלצות הועדה הציבורית, ולהורות על הוספתן לסל השירותים של כל התרופות והטכנולוגיות, אשר ימצא לגביהם, כי הן מקיימות את ארבעת התנאים המצטברים הבאים: היותן מצילות חיים, ללא חלופות, יעילותן מוכחת מדעית ועלותן אינה גבוהה באופן בלתי סביר ביחס לתועלתן.**

הצדדים לעתירה

12. העותרת מספר 1, האגודה לזכויות האזרח בישראל, היא עמותה, העוסקת בקידום זכויות האדם בישראל, ובהן הזכות לבריאות.
13. העותרת מספר 2 הינה ההסתדרות הרפואית בישראל (הר"י), המייצגת באופן ישיר את כלל ציבור הרופאים בישראל, וכן מהווה ארגון גג לארגוני הרופאים, המאגדים את הרופאים על פי השתייכותם הארגונית או המקצועית. הר"י אמונה על שמירת רמתם המקצועית והאתית של הרופאים, ובין היתר היא מגבשת ומתווה הנחיות קליניות לטיפול רפואיים. הר"י מחוייבת ופועלת באופן שוטף לקידום בריאות הציבור בכלל, ומערכת הבריאות בפרט. נציגים מטעמה חברים בוועדה הציבורית לעדכון סל הבריאות.
14. העותרת מספר 3, צ.ב.י. (צרכני בריאות ישראל), היא עמותה המהווה את ארגון הגג של עשרות ארגוני חולים בישראל, וכן של חולים בלתי מאורגנים ובני משפחותיהם. שני חברים מטעמה של צ.ב.י. הם נציגי הציבור היחידים במועצת הבריאות, אשר הוקמה על פי פרק י"א לחוק הבריאות. נציג צ.ב.י. עומד בראש הועדה לזכויות החולה הפועלת במסגרת מועצת הבריאות.
15. המשיבים הם שר הבריאות, שר האוצר וממשלת ישראל, שלושת הגורמים המוסמכים על פי סעיף 8(ב) לחוק הבריאות להרחיב את סל הבריאות.

ואלה נימוקי העתירה בפירוט:

חוק הבריאות, סל הבריאות הקבוע בתוספת לחוק ושינוי הרכבו

16. חוק הבריאות נחקק בשנת 1994. החוק הושתת על עקרונות הצדק, השוויון והעזרה ההדדית (ראו סעיף 1 לחוק). המדובר בחוק מסגרת סוציאלי, המכיר בזכויות תושבי ישראל לקבלת שירותי בריאות. קיים קשר הדוק בין החובה, המוטלת על המדינה להגן על חייו, גופו וכבודו של כל אדם בישראל על פי סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לבין הביטוי המעשי, אשר ניתן לחובה חוקתית זו בתחום הבריאות, עם חקיקתו של חוק הבריאות:

"רוח הדברים השורה על כל הפועלים מכוחו [של חוק הבריאות] והמחייבת אותם בחובה מוגברת של שמירה על כבוד האדם כזכות חוקתית בעלת אופי חברתי, בדרישה להגינות, ולמחוייבות לעקרונות הצדק, השוויון והעזרה ההדדית - שהם מעצם טיבו וטבעו המיוחד של חוק הבריאות, אשר נועד להעניק לאדם זכויות מתחום הביטחון הסוציאלי" (ע"ע 1091/00 שטרית נ' קופת חולים מאוחדת, פד"ע לה 5, 22).

17. הקביעה המרכזית בחוק הבריאות הינה, כי כל תושב של מדינת ישראל זכאי לסל שירותים מקיף, המפורט בתוספת השנייה והשלישית לחוק הבריאות. אספקת השירותים הרפואיים לפי החוק חייבת להעשות ע"י קופות החולים השונות לפי שיקול דעת רפואי, באיכות סבירה ובתוך זמן ומרחק סבירים.

18. חוק הבריאות הוסיף וקבע מנגנון של שיקול-דעת, הנתון בידי המשיבים לצורך ביצוע שינויים בסל הבריאות. וכך קובע סעיף 8 (ב) לחוק:

"שר הבריאות, בהסכמת שר האוצר ובאישור הממשלה רשאי, בצו, להוסיף על סל שירותי הבריאות המפורט בתוספת השנייה והשלישית, ובאישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת לגרוע ממנו".

19. תכליתו של חוק הבריאות בכלל, ושל הוראת סעיף 8(ב) לחוק בפרט, הינה להבטיח, לכל הפחות, כי תרופות וטכנולוגיות חדשות, שיש בהן כדי להציל חיי אדם, שאין להן חלופות, שתועלתן מוכחת מדעית ואשר עלותן אינה גבוהה באופן בלתי סביר ביחס לתועלתן, יוספו אל הזכאות לשירותי בריאות של כלל הציבור בישראל לפי החוק, דהיינו יוספו אל סל הבריאות.

20. על פי הוראת סעיף 70 לחוק הבריאות, נקבעו שלוש השנים הראשונות שלאחר תחילת החוק כתקופת הביניים¹, במהלכה היו רשאיות קופות-החולים להמשיך וליתן למבוטחיהן שירותים על פי סל השירותים שהיה קבוע בכל קופה וקופה, ולא על פי סל הבריאות הקבוע בחוק. בתקופת הביניים המשיכו קופות-החולים לעדכן את סל השירותים של כל אחת מהן, ולהוסיף אליו תרופות חיוניות על פי הליך שיקול-דעת פנימי שנעשה בכל קופה וקופה, ולפיכך לא התעורר צורך לעדכון סל הבריאות הקבוע בחוק הבריאות עצמו. כך, למשל, תרופות "הקוקטייל" לטיפול במחלת האיידס, שתחילת השימוש בהן בצורה מוסדרת באמצע שנות ה-90, לאחר חקיקת חוק הבריאות, הביאה

להצלת חיי אדם רבים, מומנו ע"י קופות-החולים על אף שתרופות אלה לא היו כלולות בסל השירותים לפי החוק.

21. לקראת סוף שנת 1997 (לקראת סיומה של תקופת הביניים האמורה) הודיעו חלק מקופות החולים, כי אם לא יורחב סל השירותים על פי החוק, בדעתן להפסיק ולממן לחברים תרופות שאינן כלולות בסל, ובכלל זה תרופות מצילות חיים. בין היתר הודיעו הקופות, כי יפסיקו לממן את תרופות הקוקטייל לאידס וכן תרופות חדשות שונות לטיפול במחלת הסרטן.

22. בעקבות הלחץ הציבורי למציאת פתרון למצוקת החולים הקשים, אשר חייהם הועמדו בסכנה, גובשה אז ע"י המשיבים, בלוח זמנים קצר יחסית, רשימת תרופות וטכנולוגיות חיוניות, ואלה הוספו ע"י המשיבים לסל הבריאות, בראשית שנת 1998.

23. לאחר עבודת מטה שנעשתה במשרד הבריאות, הוחלט עוד באותה שנה, כי יש צורך בהליך מינהלי מסודר, אשר במסגרתו בכל שנה ושנה יישקלו כל התרופות והטכנולוגיות החדשות, יבוצע תעדוף של אותן תרופות, בין היתר תוך התחשבות בעלותן ובתועלת הרפואית שבצידן, ובסופו יימסרו באופן מסודר לשר הבריאות ההמלצות בדבר התרופות החיוניות ביותר שיש להכניסן לסל.

24. ואמנם, במהלך שנת 1998 הוקם במשרד הבריאות ה"מינהל לטכנולוגיות רפואיות ותשתיות" (להלן: "מינהל הטכנולוגיות"). בסמוך לאחר הקמתו החל מינהל הטכנולוגיות בהליך מסודר ושיטתי של מתן המלצה שנתית לשר הבריאות בדבר התרופות והטכנולוגיות שיש להוסיפן לסל.

25. מאז שנת 1998 ועד לשנה זו, הליך הרחבת סל הבריאות התבצע באופן הבא:

א. מינהל הטכנולוגיות פנה בכל שנה באופן מסודר למוסדות בריאות בישראל, איגודים מקצועיים, חברות מסחריות ולציבור בכללותו בבקשה להגיש הצעות להכללת טכנולוגיות חדשות לסל השירותים. ההצעות המתקבלות עברו סינון ראשוני שבמהלכו נופו טכנולוגיות שאינן מתאימות להכללה. בשלב הבא התבצעה שקילת כל אחת מהטכנולוגיות בצוותים המתמחים בתחום הרפואה לו נוגעת הטכנולוגיה.

ב. לאחר מכן התכנסה ועדה ציבורית להרחבת הסל שמונתה ע"י שר הבריאות. בוועדה חברים, בין היתר, נציגים של משרדי הבריאות והאוצר, קופות החולים, ההסתדרות הרפואית בישראל וכן נציגי ציבור, בהם אנשי מקצוע בעלי שם מתחום הרפואה ומתחומים אחרים ואנשי רוח.

ג. הועדה קבעה את סדר העדיפויות להכללת תרופות וטכנולוגיות חדשות בסל הבריאות מבין כל ההמלצות שהובאו בפניה, סיכמה את דיוניה בהמלצות שהעבירה לידי שר הבריאות, אשר הרחיב את סל הבריאות, בהסכמת המשיב 2 ובאישור המשיב 3, בהתאם להמלצות ולתקציב שהוקצב לנושא.

26. חרף הקושי הרב לאזן בין הרצוי לבין האפשרי, מאז סיום תקופת הביניים על פי חוק הבריאות, בסוף שנת 1997, ועד לשנה זו, נשמר העיקרון לפיו מתקיימת עבודה המטה שתוארה לעיל במשרד הבריאות, לאחר מכן מתכנסת הועדה הציבורית להרחבת הסל, מקיימת שורת דיונים, אשר בסופם נמסרות המלצות מפורטות לשר הבריאות, ובעקבות זאת מוכנסות אל סל הבריאות ע"י המשיבים התרופות והטכנולוגיות שבראש סדר העדיפויות.

27. **ואולם השנה אירע דבר חמור מאין כמוהו. בניגוד גמור לעקרונות, העומדים בבסיס הוראות חוק ביטוח בריאות, לנוהג, אותו גיבשו המשיבים במשך השנים הקודמות, וחרף המחאה הציבורית והמקצועית, החליטו המשיבים שלא להרחיב כלל את סל הבריאות.**

28. החלטת המשיבים נתקבלה אף בניגוד להחלטת מועצת הבריאות, אשר בישיבתה ביום 17.11.02 החליטה, בין היתר, להמליץ לשר הבריאות להעלות בפני ממשלת ישראל את הצורך החיוני להקצות 270 מיליון ₪ להוספת תרופות וטכנולוגיות רפואיות להצלת חיים.

העתק החלטת מועצת הבריאות מיום 17.11.02 מצ"ב ומסומן נספח א'.

29. **אלפי חולים במחלות קשות עומדים אם כן בפני שוקת שבורה - אפילו אותם חולים, אשר עניינם הוא הדחוף והמוצדק ביותר לא זכו לסעד. אפילו אלה שעניינם היה זוכה לעדיפות ראשונה במעלה לו נערך דיון מסודר כנדרש לא זכו למימון תרופתם.**

מספר דוגמאות לתרופות שהשנה אף לא נשקלה הכללתן בסל

30. יודגש, כי מטרתה של עתירה זו אינה לבקש מבית-המשפט להחליף את שיקול-דעת המשיבים בשיקול-דעתו הוא. אין בדעת העותרות להציע רשימה סגורה כלשהי של תרופות וטכנולוגיות, אשר לדעתן חובה על המשיבים להכלילן בסל. בכל מקרה, כפי שניתן ללמוד מניסוחו של הצו על תנאי שהעותרות מבקשות כי יוצא כנגד המשיבים, גם אם יינתן צו מוחלט בתיק זה, עדיין שיקול-הדעת הפרטני לגבי רשימת התרופות יותר בידי המשיבים.

31. יחד עם זאת, ועל מנת להמחיש את הסוגיה כבדת המשקל המונחת לפני בית-המשפט, להלן יובאו שלוש דוגמאות לתרופות וטכנולוגיות (מתוך עשרות אם לא מאות), שהיו אמורות להידון השנה במסגרת אותו הליך מינהלי להרחבת הסל, הליך שכלל לא נתקיים.

31.1 תרופה בשם גליבק לסובלים מסרטן המעי הדק:

על פי ההערכות, במדינת ישראל יש כ- 60 חולים במחלה סרטן המעי הדק (GIST (Gastrointestinal Stromal Tumor). זהו סרטן מסוג נדיר ואלים במיוחד. עד לאחרונה לא היתה בידי הרפואה המודרנית תרופה כלשהי לצורך טיפול במחלה. במהלך השנה האחרונה נרשמה בעולם וגם בישראל תרופה בשם גליבק (Gleevec). התרופה, אשר בשנה שעברה הוכנסה לסל הבריאות בהתוויה של

טיפול בסרטן מסוג לוקמיה, נמצאה כיעילה במיוחד גם לצורך הטיפול בסרטן המעי, ולפיכך הוגשה בקשה להכללתה בסל השירותים גם להתוויה זו. עלות התרופה הינה כ- 15,000 ₪ לחולה לחודש, סכום עצום וכמעט בלתי נתפס עבור חלק גדול מן הציבור בישראל. אם לא יוכלו להיות מטופלים בתרופה, יעמדו חייהם של החולים במחלה זו בסכנה ברורה.

מצ"ב ומסומנת נספח ב' הבקשה, שהגישה העותרת 2, להכללת התרופה בסל השירותים.

31.2 תחליף מזון מלא לילדים בגיל 1 עד 10 במצבים רפואיים מסויימים:

מזון רפואי בשם פפטמן לילדים (Peptamen Junior). מתן מזון זה לילדים בני 1 עד 10 (כאמור בחלק מהמקרים במקום כל מזון אחר) הינו הכרחי, ללא חלופות, לחלק ניכר מהילדים הסובלים ממחלת כבד כרונית, מליקויים בגדילה, מבעיות עיכול קשות, וכן לילדים בתקופה שמיד לאחר ניתוחים מסויימים. בסל השירותים לפי החוק קיים כיום מזון רפואי, המתאים אך ורק לתינוקות (עד גיל שנה) ולמבוגרים בלבד.

מצ"ב ומסומנת נספח ג' הבקשה, שהגישה העותרת 2, להכללת תחליף מזון זה בסל השירותים.

31.3 תרופה בשם מבטרה לטיפול בחולי סרטן מסוג לימפומה אגרסיבית:

מבטרה (Mabthera) הינה תרופה לטיפול בסרטן מסוג לימפומה. התרופה כלולה כבר בסל הבריאות בהתוויה ללימפומה איטית. לאחרונה הוכחה מדעית יעילותה של תרופה זו גם לטיפול בלימפומה אגרסיבית, שהיא מחלה המתפרצת באלימות ובמהירות גבוהה יותר מאשר הלימפומה האיטית. התרופה נחשבת כתרופה "פורצת דרך" בטיפול בסרטן קשה ומסכן חיים זה.

מצ"ב ומסומנת נספח ד' בקשה שהוגשה להכללת התרופה לסל הבריאות בהתוויה המבוקשת.

מיצוי הליכים

32. ביום 5.9.03 פנה מר מידד גיסין, יו"ר העותרת 3, אל ראש הממשלה, בעקבות המידע שהגיע לידי העותרת 3 אז בדבר כוונה שלא ליעד בשנת 2003 כל תקציב להרחבת סל הבריאות. במכתב נתבקש ראש הממשלה לעשות הכל לביטול הגזירה, שציבור החולים הקשים אינו יכול לעמוד בה.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן נספח ה'.

העתק שתי פניות נוספות בנושא, אל שר הבריאות ואל שר האוצר, מצ"ב ומסומנות נספח ו' ו-ז.

33. ביום 16.12.02 פנה ד"ר יורם בלשר, יו"ר העותרת 2, במכתב דחוף אל שר הבריאות. במכתב נאמר בין היתר כך :

"ציבור הרופאים בישראל וההסתדרות הרפואית בישראל מוחים נמרצות על כך שבתקציב המדינה העומד בפני אישור אין הקצבה לעדכון סל התרופות והטכנולוגיה. המשמעות של אישור התקציב ללא התייחסות לנושא חיוני זה, היא חמורה מאין כמותה. פירושה שחולים רבים, דוקא בשעתם הקשה ביותר, יוותרו ללא טיפול וללא תרופות וחלקם ישלם על כך בחייו... העברת התקציב היום, ללא ביצוע עדכון של סל התרופות והטכנולוגיה, תגרור את כולנו לעמוד שוב אל מול מחזות קורעי לב של חולים קשים, חולי סרטן ומחלות ממאירות אחרות, שעבורם, עדכון הסל הינו ענין של חיים ומוות".

העתק המכתב מצ"ב ומסומן נספח ח'.

מכתבים נוספים בנושא זה, אשר נשלחו בו ביום אל מכותבים שונים, מצ"ב ומסומנים נספח ט'.

34. ביום 1.1.03 פנה אף הח"מ בשם העותרות במכתב דחוף אל ראש הממשלה, ואל המשיבים 1 ו- 2.

העתק מכתב זה מצ"ב ומסומן נספח י'.

35. סגן ראש הממשלה ושר האוצר, מר סילבן שלום, שלח אל העותרת 3 מכתב תשובה ביום 11.12.02 (המכתב נתקבל באיחור, רק ביום 1.1.03). במכתבו הסביר שר האוצר את ההחלטה שלא לעדכן את סל הבריאות בשנת 2003 במציאות הביטחונית והכלכלית המורכבת עימה מתמודדת ממשלת ישראל.

העתק מכתב זה מצ"ב ומסומן נספח יא'.

36. שר הבריאות, הרב נסים דהן, שלח אל הח"מ מכתב תשובה ביום 16.1.03 (המכתב נתקבל באיחור, רק ביום 12.2.03, בסמוך להגשת עתירה זו). במכתב נאמר כך :

"קראתי בעיון רב את מכתבך, שבו הטבת להציג את המשמעויות הקשות של אי הוספת תרופות וטכנולוגיות חדשות לסל השירותים שבחוק לשנת 2003... אני ער להשלכות החמורות לחולים רבים של הכרעה שלא להקצות תקציב נוסף לנושא בשנת 2003 וכשר הבריאות החבר בממשלה, אמשיך לפעול בכל דרך אפשרית לשינוי ההחלטה כך שניתן יהיה לאשר ולו חלק מהתרופות והטכנולוגיות החדשות".

העתק מכתב זה מצ"ב ומסומן נספח י"ב.

37. מלשכת ראש הממשלה נשלח ביום 1.1.03 אל הח"מ מכתב המאשר את דבר קבלת הפניה ואת העברת המכתב לטיפול. עד למועד הגשת עתירה זו, טרם נתקבלה תשובה לגופו של הענין.

העתק מכתב זה מצ"ב ומסומן נספח י"ג.

עדכון חד-שנתי גובל אף הוא באי-סבירות

38. בטרם נפנה אל פרק הטיעון המשפטי בעתירה זו, נבקש להתייחס אל ענין עובדתי אחרון, שיש בו כדי לחזק את הטענה (שתפורט להלן) בדבר חוסר הסבירות הקיצוני בהחלטת המשיבים שלא לעדכן כלל את סל הבריאות בשנה זו.

39. בסמוך לסיומה של תקופת הביניים, הקבועה בסעיף 70 לחוק הבריאות (ראו סעיף 20 לעיל בעתירה זו), ולאחר שהחלו העדכונים השנתיים של סל השירותים, הסתבר כי חולים רבים החולים במחלות קשות נזקקים לתרופות באופן כמעט מיידי. חולים אלה אינם יכולים להמתין חודשים ארוכים, עד שנה כמעט, עד לסיום ההליך השנתי של הרחבת הסל.

40. ראשי מערכת הבריאות בישראל הגיעו למסקנה, כי קיים צורך חיוני ביצירת מנגנון "גישור" עד למועד השנתי שנקבע להרחבת סל הבריאות, שהרי חולים הזקוקים לתרופה שהוכחה כיעילה נאבקים על חייהם, ובחלק מן המקרים אינם יכולים להמתין אפילו עד לעדכון השנתי של סל הבריאות. **עדכון זה עשוי להיות מאוחר מדי עבורם.**

41. כך, לדוגמא, בלשון חריפה שאינה משמעת לשתי פנים, התייחס מנכ"ל קופת-חולים כללית למשמעות מניעת טיפול מאותם חולים, הממתינים לעדכון החד-שנתי:

"מניעת הטיפול התרופתי מחולים קשים אלו צופנת בחובה בעיה אנושית, אתית-רפואית וסוציאלית קשה, שהדעת אינה סובלת אותה. מצב זה מציב דילמות קשות מנשוא בפני הרופאים והמנהלים בקופות החולים ומותיר אותם חסרי אונים מול החולים".

מכתבו של מנכ"ל קופת-חולים כללית מיום 7.3.99 אל מר יהושע מצא שר הבריאות דאז, מצ"ב ומסומן נספח י"ד.

42. וכך נולד רעיון הקמת קרו ציבורית לטיפול בחריגים לסל הבריאות. קרן זו אמורה "לגשר" במקרים חריגים, בהם נוצר צורך קונקרטי דחוף להציל חייו של תושב המדינה, בין עדכון שנתי אחד למשנהו, באמצעות מתן תרופה או טכנולוגיה שטרם הוספה לסל הבריאות.

43. נושא הקרן לטיפול בחריגים הועלה בכל אחד מארבעת הדו"חות השנתיים שפירסמה נציבת קבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. וכך נאמר בדו"ח השנתי האחרון:

"הנציבה שבה ומצביעה על ההכרח שבהקמת קרן למימון תרופות אשר אינן כלולות בסל השרותים, וכן למימון תרופות שנדרשות להתוויות שלא נכללו בסל... בשלושת הדוחות הקודמים הובאו הצעות להקמת קרן מסוג זה. הנציבה מודעת לכך, כי כנגד כל הצעה שכזו, ניתן להעלות הסתייגויות רציניות, אך מצביעה על כך, כי בנושאים אלו, מן ההכרח לשאוף להגיע לפתרון, גם אם אינו מושלם. הנציבה שבה וקוראת לכל הגורמים הנוגעים בדבר, לפעול לפתרון בעיית החולים במחלות קשות ונדירות, כך שיינתן מענה הולם למחלותיהם, פתרון אשר יעלה בקנה אחד עם ערכים של שמירה על כבוד האדם, גופו וחיויו."

ראו מצ"ב ומסומן נספח ט"ו: משרד הבריאות, נציב קבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, דו"ח שנתי מס' 4, התשס"א - 2001, בעמ' 3.

44. ודוק: על אף חשיבותה העצומה, ועל אף שהנושא זכה לתמיכה כללית במערכת הבריאות, ובכלל זה תמיכה של שר הבריאות הנוכחי, הקרן למימון חריגים לסל הבריאות טרם הוקמה. יודגש, כי הסוגיה אינה יורדת מסדר היום של מערכת הבריאות בשנים האחרונות, ודיונים והתכתבות בנושא התקיימו גם בחודשים האחרונים.

ראו ההתכתבות המצ"ב:

מסמך שירותי בריאות כללית מיום 19.1.00, המסכם ישיבה שנערכה לגיבוש פרטי ההצעה בדבר הקמת הקרן. המכתב מצ"ב ומסומן נספח ט"ז.

מכתב נוסף מיום 19.6.02 מאת ד"ר פטרבורג אל שר הבריאות הרב נסים דהן, ובו חידוש הדרישה להקמת הקרן. המכתב מצ"ב ומסומן נספח י"ז.

מכתב מאת שר הבריאות אל ד"ר פטרבורג מיום 14.8.02, בו מודיע כבוד השר על הסכמתו בדבר הצורך להקמת הקרן לחריגים בהקדם האפשרי. המכתב מצ"ב ומסומן נספח י"ח.

45. לחלופין, במקום להקים קרן לטיפול בחריגים, ועל מנת להתמודד עם חובתה של המדינה להציל חייהם של חולים במחלות קשות, המליצה נציבת קבילות לחוק הבריאות לעדכן את סל הבריאות באופן תכוף יותר מאשר אחת לשנה, וזאת על אף הקושי הבירוקרטי לעדכן את הסל בצורה כה דחופה.

ראו מצ"ב ומסומן נספח י"ט: משרד הבריאות, נציב קבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, דו"ח מס' 3 לשנת 2000, עמ' 25.

46. המסקנה מכל האמור פשוטה: אם קיים צורך חיוני להכיר בחריגים לסל הבריאות, או לעדכנו באופן תכוף יותר מאשר פעם בשנה, כדי להציל חיים, קל וחומר שהכרחי לקיים את מנגנון שיקול-הדעת ולערוך עדכון של סל השירותים לפחות אחת לשנה.

הטעון המשפטי

47. החלטת המשיבים, שלא לכנס כלל את הועדה הציבורית להרחבת סל הבריאות ושלא לעדכן כלל את הסל, הינה בטלה מכל אחד מן הטעמים הבאים:

- א. פגיעה לא מידתית בזכות החוקתית לחיים ולהגנה על הגוף.
- ב. פגיעה לא מידתית בזכות לשוויון.
- ג. התפרקות מוחלטת מן החובה להפעיל שיקול-דעת וחוסר סבירות קיצוני.
- ד. הפרת החובה להידרש להמלצה ולייעוץ הסטטוטורי של מועצת הבריאות.

טענה ראשונה: פגיעה לא מידתית בזכות החוקתית לחיים ולהגנה על הגוף

48. הסמכות ושיקול הדעת אותם נתן המחוקק בידי המשיבים להרחיב ו/או לערוך שינויים בסל הבריאות אינם בלתי מוגבלים. כל החלטה המתקבלת מכח סמכות זו, חייבת להוביל להגשמת תכליות חוק הבריאות. כללי המשפט המנהלי חלים כאן, אך לצידם יש ליתן משקל מרכזי למהות הנושא שעל הפרק:

"לא אוכל... לייחס חשיבות מכרעת ללשון המחוקק ולהתעלם מטיב הסוגיה הנדונה... גורלו של האזרח הנוגע בדבר אינו יכול להיות תלוי במקריות הניסוח ובכשרו של הנסח לבצע את כוונתו ... גורם ראשון במעלה לגילוי כוונת המחוקק, חשוב מלשונו, הוא הנושא הנדון ומהות הענין שלמענו ניתן לרשות מינהלית שיקול-הדעת." (השופט זוסמן (כתארו אז) בד"נ 16/61, **רשם החברות נ' כרדוש פ"ד טז 1210, 1217**).

"השיקולים הענייניים בהקשר זה, כמו בהחלטות מינהליות אחרות, מורכבים משני סוגים. על הסוג הראשון נמנים שיקולים הנובעים מן התכלית המיוחדת של החוק הנוגע לענין. במקרה שלפנינו אלה הם שיקולים הנובעים מן התכלית המיוחדת לחוק הבזק ומייחדת אותו מחוקים אחרים. על הסוג השני נמנים שיקולים הנובעים מן התכלית של שיטת המשפט. תכלית זאת היא לשרת את ערכי היסוד. כיום אפשר לומר, בלשונם של חוקי היסוד החדשים, כי אלה הם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית." (כבוד השופט זמיר בבג"ץ 987/94 **יורונט נ' שר התקשורת**, פ"ד מח (5) 412, 433; וכן ראו בין היתר בג"צ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא (4) 1).

49. המגבלות, המוטלות על שיקול-הדעת שהוקנה המשיבים על פי חוק הבריאות, נובעות מעקרונות הצדק, השוויון והעזרה הדדית, אשר עליהן מושתת החוק (כך קובע במפורש

סעיף 1 לחוק), ומן העובדה שתכליתו הכללית של חוק הבריאות הינה להגן על חייהם, גופם ובריאותם של תושבי ישראל, תכלית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואלה הם הסעיפים הרלוונטיים לענייננו מתוך חוק יסוד כבוד האדם וחירותו:

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל." (סעיף 1).

"אין פוגעים בחייו בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם." (סעיף 2)

"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו." (סעיף 4).

50. ההכרה בערך האדם ובקדושת חייו, והעיגון המפורש של הזכות החוקתית להגנה על החיים והזכות החוקתית להגנה על הגוף, מובילה אל מסקנה אחת ברורה: הזכות לחיים הינה הערך הראשון במעלה בשיטת המשפט הישראלית. וכך כבר נפסק בענין זה:

"הזכות לחיים ולכל דבר שהחיים תלויים בו - הזכות לנשום, הזכות לשתות, הזכות לאכול - היא אם-כל הזכויות, היא האדם. שניה במלכות היא החירות, ובסמוך לה חירות המחשבה והדיבור. הזכות לחיים היא האדם עצמו..." (בג"צ 606/93 קידום נ' רשות השידור פ"ד מח(2) 1, 25);

"מי הוא זה ואיזה הוא שיכפור בקביעה כי החיים ושמירתם - קיומם של החיים, משמעם כפשוטם - נעלים הם על זכויות אחרות? כי זכויות הקניין חייבות להסיג עצמן מפני הזכות לחיים?" (בג"צ 1730/96 סביח נ' האלוף אילן בירן פ"ד נ(1) 353, 368).

51. חוק ביטוח בריאות ממלכתי מסופף את שירותי הבריאות בצל קורתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, החובה לספק הגנה על החיים, על הגוף ועל הבריאות של כל תושב בישראל היא עיקרון מנחה של חוק הבריאות. זו תכליתו של החוק. מתכלית זו נגזרת חובה אופרטיבית של הגורמים השונים במערכת הבריאות, הפועלים מכוחו של חוק ביטוח בריאות:

"כבוד האדם (dignitas hominis) בו מצויים שירותי הבריאות להקפיד, מתייחד בחוק הבריאות שכל עניינו מתן שירות לנזקק, לחולה, למי שעומד לא אחת על הסף..."

"בכך באים שירותי הבריאות להסתופף בצל קורתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תחת חופתם של עקרונות היסוד שלו ומטרתו, כפי שנקבע בסעיף 1 ובסעיף 1א שבו."

"רוח הדברים השורה על כל הפועלים מכוחו [של חוק הבריאות] והמחייבת אותם בחובה מוגברת של שמירה על כבוד האדם כזכות

חוקתית בעלת אופי חברתי, בדרישה להגינות, ולמחוייבות לעקרונות הצדק, השוויון והעזרה ההדדית - שהם מעצם טיבו וטבעו המיוחד של חוק הבריאות, אשר נועד להעניק לאדם זכויות מתחום הביטחון הסוציאלי". (עי"ע 1091/00 **שטרית נ' קופת חולים מאוחדת**, פד"ע לה 5, 25, ההדגשה הוספה -ד.ס)

52. ודוקו: העותרות אינן מבקשות מבית-המשפט להכריע במסגרת עתירה זו בשאלת קיומה של זכות חוקתית לקבלת שירותי בריאות באשר הם. שאלה זו, כחלק מן השאלה הכללית יותר של היקפן של הזכויות החברתיות במשטר החוקתי הישראלי, עודנה במחלוקת.

לדיון בשאלת ההכרה בזכות לבריאות כזכות חוקתית ראו: רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה (3) 360,365 ("כבודו של האדם כולל בחובו... הגנה על מינימום הקיום האנושי.. אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע"); מ' אדרעי, "זכויות אדם וזכויות חברתיות" **ספר ברנזון**, כרך שני (2000) 45, 110; גיא מונדלק, "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה ז (תשנ"ט) 65**; גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" **עיוני משפט כב (תשנ"ט-תש"ס) 129**.

53. במסגרת עתירה זו, העותרות ממקדות את טענתן לענין קיומה של זכות חוקתית לקבלת שירותי בריאות אך ורק למקרה הקיצוני של צורך בהצלת חיים ובהגנה על הגוף.

54. במקרה קיצוני זה, המדובר בפגיעה בזכות חוקתית, המעוגנת במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לא ניתן לפרש אחרת את חוק היסוד. לפיכך, אין צורך להכריע וניתן להשאיר בצריך עיון את השאלה המשפטית האם ניתן לגזור מן הזכות החוקתית לכבוד זכות חוקתית לבריאות.

55. מצאנו אם כן, כי הזכות לשירותי בריאות, לפחות במקרה הקיצוני בו משמעותה הצלת חיים והגנה על הגוף, היא אחת מזכויות היסוד שעליהן מגנה מדינת ישראל, בדומה לשאר המדינות הדמוקרטיות המתקדמות בעולם.

56. יש להגן על זכות זו מכל משמר גם בישראל, ואולי במיוחד כאשר קיים הכרח להדק את החגורה התקציבית.

57. כמובן, לא כל פגיעה בזכות חוקתית מוגנת זו הינה אסורה. ניתן לפגוע בזכויות, המוגנות ע"י חוק היסוד, ובלבד שמתקיימים תנאי פיסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד.

58. העיקרון הערכי, שחייב להנחות במצב דברים זה, הינו השמירה על חלוקה שוויונית, צודקת והוגנת של המשאבים המוגבלים ועל סולידריות חברתית. סל הבריאות חייב לגלם את עקרונות הצדק והשוויוניות, ולאפשר מאבק להצלת חיי חולים, במידת האפשר.

59. כל החלטה לפי החוק, גם בהינתן האילוץ התקציבי, חייבת להיות מידתית והוגנת. לשם כך חובה להרחיב את סל הבריאות (או למצער לשנותו, תוך הוצאת שירותים ותרופות

פחות חיוניים) לפחות כאשר עסקינן באותן תרופות וטכנולוגיות החיוניות ביותר, אותן הנדרשות לחולים במחלות קשות להצלת חייהם, ועל אחת כמה וכמה כאשר עלותן היחסית אינה גבוהה.

60. **סיכום ביניים** - החלטת המשיבים שלא להרחיב השנה את הסל מונעת הכללה בו של טכנולוגיות ותרופות, שיש בהן כדי להציל חיי אדם, ואין להם תחליף עבור אותם חולים, אפילו באותן מקרים בהן עלות התרופות והטכנולוגיות אינה גבוהה באופן בלתי סביר ביחס לתועלתן. **במלים אחרות, החלטת המשיבים גוזרת את דינם של מאות חולים במחלות קשות. זוהי פגיעה לא מידתית בזכויות החוקתיות אותן פרטנו. לא ניתן להצדיקה. דינה להתבטל.**

טענה שניה: פגיעה לא מידתית בזכות לשוויון

61. דין החלטת המשיבים להתבטל מטעם היותה מפלה באופן שאינו מידתי בין ציבור תושבי המדינה, החולים במחלות קשות ונוזקים להצלת חייהם לתרופות וטכנולוגיות שעדיין אינן כלולות בסל, לבין ציבור התושבים, הנוזקים לתרופות וטכנולוגיות "ותיקות" יותר, אשר כבר הוכללו בסל השירותים בשנים קודמות.

62. עקרון השוויון מהווה ערך יסוד במשפט הישראלי. "השוויון הוא מרכיב מרכזי בהסכמה החברתית עליה מושתתת החברה" (בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309, 332); "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693, 698).

63. חובתה של המדינה לנהוג בשוויון, בשם הציבור וכנאמן בציבור, הינה עקרון בסיסי ויסודי. נאמן לעולם חב בחובת הגינות ושוויון כלפי כל הנהנים מפעולתו, ובמקרה זה, ציבור תושבי ישראל בכלל, וציבור הנוזקים לשירותי בריאות לפי חוק הבריאות בפרט. (ראו רק כדוגמאות מבין פסקי-דין רבים לאינספור: בג"צ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2102, 2115; בג"צ ד"ר שלמה כהן נ' לשכת עוה"ד, פ"ד מט (2) 529, 538; בג"צ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3) 630, 649).

64. גם אם נקבל את עמדת המשיבים, לפיה לא ניתן היה השנה להגדיל את התקציב, המיועד למימון סל הבריאות, עדיין חובה על המשיבים ללמוד ולהבין מהם צרכי הציבור בתחום שירותי הבריאות, כיצד ואיך ניתן בצורה המיטבית להציל חיים וליתן שירותי בריאות אחרים הנדרשים במסגרת התקציב הנתון:

"פירוש החוק על-פי תכליותיו מחייב את המדינה לקיימו בדרך שוויונית. מילוי חובה זו כרוך בשינוי מדיניות התקצוב, כלומר בחלוקה שוויונית של התקציב". (בג"צ 2599/00 יתד - עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו (5) 834, 848; וראו גם: בג"ץ 1113/99 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות

המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164,
 .(184).

65. כאמור, צרכי הבריאות של תושבי ישראל הינם מרובים. לא ניתן לענות על כולם. ואולם, אין לאפשר מצב שבו המדינה כלל אינה שוקלת, ובעצם דוחה על הסף את עניינו של ציבור חולים מסויים, הזועק למימון תרופותיו, אך על שום שהוא נזקק לתרופות חדשות יותר, לעומת אחרים הנזקקים לתרופות ותיקות.

66. **לסיכום טענה זו** - על המשיבים מוטלת החובה לודא חלוקה שוויונית וצודקת של התקציב לסל השירותים לפי חוק הבריאות. משמעות אי עריכת שיקול-דעת מחודש, ואי-עדכון סל הבריאות לאורך זמן כה ארוך של למעלה משנה, הינה אחת - כרסום ופגיעה במידה העולה על הנדרש בעקרונות הצדק והשוויון, עליהם מושתת חוק הבריאות.

טענה שלישית: התפרקות מוחלטת מן החובה להפעיל שיקול-דעת וחוסר סבירות קיצוני

67. את החלטת המשיבים להמנע מלהרחיב את סל הבריאות יש לבחון בדיוק לפי אותן אמות מידה, בהן היינו בוחנים החלטה להרחיב את סל הבריאות, שכן "סמכותו של המינהל אחת היא, בין אם תוצאתו מעשה ובין אם תוצאתו מחדל ותחום התערבותו של בית המשפט צריכה, עקרונית, לחפוף את תחום חוקיות פעולות המינהל." (בג"צ 297/82 **ברגר ואח' נ' שר-הפנים**, פ"ד לו(3) 29, 31).

68. המשיבים חייבים על פי דין לעשות שימוש בסמכותם "במהירות הראויה" ולחזור ולהשתמש בה "ככל הנדרש לפי הנסיבות", כלשון הוראת סעיף 11 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1991.

69. מהי "המהירות הראויה" לשיקול דעת מחודש ולעדכון סל הבריאות? כפי שהוסבר בסעיפים 44 - 37 לעתירה זו, הנוהג שהתגבש אצל המשיבים להרחיב את סל התרופות והטכנולוגיות רק פעם אחת בשנה, ביחד עם העובדה שעד כה לא הוקמה קרן "מגשרת" למימון תרופות מצילות חיים בחריגה מסל השירותים, זכה לביקורת קשה, העמיד חולים במחלות קשות במצבים בלתי אפשריים, ואף הוא גבולי מבחינת סבירותו.

70. **ההחלטה שלא לעדכן (ואף לא לשקול כלל באופן פרטני לעדכן) את סל הבריאות אפילו בחלוף שנה תמימה, תוך התעלמות מזעקת הנזקקים לטיפולים רפואיים, חורגת ממתחם הסבירות, ודינה להתבטל.**

71. משהחליטו המשיבים השנה שלא לכנס כלל את הועדה להרחבת סל התרופות, ולא להכליל שום תרופה חדשה בסל השירותים, בנימוק של העדר תקציב וללא בחינת כל בקשה ובקשה לגופה, הם בחרו למעשה "לעצום את עיניהם" ולא לקבל החלטה מעודכנת ומושכלת על בסיס צרכי הציבור העדכניים בתחום הבריאות.

72. החובה להפעיל שיקול-דעת, משמעותה גם חובה לקיים הליך מנהלי שיטתי ומסודר בטרם קבלת ההחלטה, הליך במסגרתו יונחו בפניה כל העובדות והנתונים הנדרשים לצורך קבלת החלטה שקולה ומאוזנת, אשר תביא בחשבון את כל השיקולים הרלוונטיים (ראו בג"ץ 987/94 יורונט נ' שר התקשורת, פ"ד מח (5) 412, 433; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4) 1; בג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר-הפנים, פ"ד לז(3) 29, 49; בג"צ 852/86 אלוני ואח' נ' שר המשפטים, פ"ד מא (2) 1, 50; בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 229-230; ע"א 8343/00 דלק בע"מ נ' גזית, פ"ד נו (3) 693, 702).

73. בשים לב לתכליתו של חוק הבריאות ולמשמעותה הרת הגורל של החלטת המשיבים, מוטלת היתה על המשיבים החובה לקיים גם השנה את הליך תעודון התרופות והטכנולוגיות, וזאת באמצעות הועדה הציבורית להרחבת סל הבריאות. רק לאחר בחינה פרטנית ניתן להגיע להחלטה מושכלת ומודעת בדבר משמעות הוספתה (או אי-הוספתה) של תרופה או טכנולוגיה מסויימת לסל הבריאות.

74. כל החלטה אחרת נגועה בחוסר סבירות קיצוני, ויש בה כדי סיכול מטרתו של חוק הבריאות, זאת במיוחד בהעדר קרן או מנגנון אחר למימון טיפולים מצילי חיים, שאינם כלולים בסל הבריאות.

טענה רביעית: הפרת החובה להידרש להמלצה ולייעוץ הסטטוטורי של מועצת הבריאות

75. המשיבים הפרו את חובתם להידרש להמלצה ולייעוץ סטטוטוריים, שקיבלו מאת מועצת הבריאות להרחבת סל השירותים (ראו נספח א' לעתירה זו), לא לדחותה על הסף, ולנמק את החלטתם לאמץ או לדחות את ההמלצה. אף מטעם זה, דין החלטתם להתבטל.

76. **ודוקו: החובה לשקול המלצה זו לגופה, חובה שבדין היא.** כך נפסק בענין זה, במקרה אחר בו היתה מונחת לפני המשיבים המלצה של מועצת הבריאות לפי חוק הבריאות:

"מועצת הבריאות אינה יועץ אישי ששר הבריאות מינה לעצמו, יועץ שמעמדו מעמד של עוזר הוא. מועצת הבריאות היא גוף שחוק הבריאות כונן והוסיף והעניק לה סמכויות ממשל; אכן, בסמכות של המלצה מדברים אנו, אך גם סמכות זו סמכות ממשל היא. מועצת הבריאות מעמדה הוא מעמד של ממליץ סטטוטורי - יועץ סטטוטורי - ממליץ-יועץ שהחוק הורה על כינונו; מהווה היא איבר בלתי נפרד - איבר חיוני - במנגנון ההחלטות ובשיקול-דעתן של הרשויות. על דרך העיקרון, "ממליץ סטטוטורי" מעמדו המשפטי נעלה הוא ממעמדו של יועץ פנימי; מתוך שהמחוקק קרא בשמו מפורשות ועשאו איבר במנגנון ההחלטה, נדע כי חייב הוא בעל-הסמכות לחרות אוזנו ולשמוע את המלצתו-עצתו של אותו ממליץ-יועץ, ולאחר שישמע - כי ישקול בכובד-ראש המלצה וייעוץ

שקיבל". (בג"צ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר הבריאות, פ"ד נד (5) 729, 764).

"תשובת המדינה לקופות על-שום-מה-ולמה אין היא נענית לבקשתן - לאו תשובה היא. תשובת המדינה כי "אין תקציב"; כי תקציב נקבע על-פי סידרי עדיפויות עליהם מחליטה המדינה; כי הקצבת כספים לשירותי בריאות בהכרח תבוא על-חשבון חינוך, על חשבון ביטחון ועל חשבון יעדים חשובים אחרים בחברה; כי זרימתו של שיקול הדעת היא מן התקציב אל החובה, וכי בהיעדר תקציב לא תקום ולא תהיה חובה; תשובות אלו כולן - הן והדומות להן - מחטיאות את המטרה. כל תשובות המדינה כולן, נכונות ככל שתהיינה, אין בהן תשובה למחדלם של השרים למלא את חובתם הראשונית לשקול את המלצת המועצה לגופה, תוך שמביאים הם במניין את תכליתו של חוק הבריאות על דרך הכלל." (שם, בעמ' 767-768).

סוף דבר

77. אלפי תושבים החולים במחלות קשות והנזקקים **בדחיפות** למימון תרופתם, המתינו כמדי שנה להחלטת המשיבים בדבר התרופות והטכנולוגיות, שיתוספו לסל שירותי הבריאות, המפורט בתוספת לחוק ביטוח בריאות.

78. החלטת המשיבים, שלא לכנס את הועדה הציבורית להרחבת סל השירותים ולא לבצע את ההליך השנתי של תעדוף התרופות והטכנולוגיות, משמעותה הגורפת הינה אי-הכנסתה לסל הבריאות של אף תרופה. אפילו לא של תרופה אחת ויחידה, אשר יתברר בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, שאין לה חלופות, שעלותה אינה גבוהה באופן בלתי סביר ביחס לתועלתה ושהינה תרופה שיש בה כדי להציל את חיים חולים, ובלעדיה נחרץ דינם.

בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו על תנאי כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו למוחלט.

כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בשכר טרחת עו"ד ובהוצאות משפט.

דורי ספיבק, עו"ד

ב"כ העותרות

¹ סעיף חוק זה תוקן ותקופת הביניים הוארכה לשלוש וחצי שנים ממועד תחילת החוק, עד ליום 30.6.1998.