

פסק דין חדש של בית הדין הארצי לעבודה על חוסר המוסריות של סחר באיברים.

נופר ליפקין

כב' בית הדין הארצי לעבודה דחה לאחרונה תביעה של אדם שעבר השתלת כיליה בדרא"פ לחייב את קופ"ח לממן את ההשתלה.

במסגרת פסק הדין, שניתן מפי כב' הנשיאה נילי ארד, ניתח בית הדין את חוסר המוסריות האינהרנטי המובנה בסחר באיברים, ואת הקושי לשאת הסכמה הניתנת מתוך "רצון חופשי" המבוסס על עוני ומחסור. הקביעות בפסק הדין רלוונטיות, כמובן, גם לנושאים שאנו עוסקות בהם, כגון פונדקאות ו"תרומת" ביציות.

בין השאר, קבע כב' בית הדין כי:

"תרומה מן החי תחשב סחר אברים בעלת דופי מוסרי, גם אם התורם נתן הסכמתו לתרומת אבר מגופו, מרצון חופשי, לכאורה. זאת, ככל שנמצא כי ההסכמה ניתנה בתנאים של עוני ומחסור, או מחמת המצוקה בה נתון התורם, ושאלמלא כן לא היה מסכים לתרומת האבר מגופו."

וכי:

"הסחר בחלקי גוף הופך אותם למעין 'מצרכים', ומשווה לאברי האדם אופי של מעין חפצים שניתן לסחור בהם, תוך פגיעה עמוקה בכבוד האדם". מכאן המניעה שלא נהייה ל"שוק אברים" של "חלקי חילוף". האיסור על הסחר באברים, מכוח תקנת הציבור, מקנה ליחידי החברה הגנה מפני ניצול מצוקתם של אנשים ועשיית שימוש בגופם של עניים כ"מקור אספקה" של "חלקי חילוף" להשתלה מש"העני שאין לו קשר כלשהו לנתרם - עלול להסכים למכור אבר מאבריו כדי להיחלץ מעוניו ומדחקו". תמורה כספית ישירה עבור תרומת הכליה ונטילתה מגופו של התורם החי הינה סחר באברים פשוטו כמשמעו, וככזה פסול מכל וכל."

קישור לפסק הדין מצ"ב:

ע"ע 39945-12-10 יעקב ביטון דהן נגד מדינת ישראל-משרד הבריאות (בית דין ארצי לעבודה, ורדה וירט-ליבנה, שמואל צור, נילי ארד)
פורסם ע"י ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, בקישור:

משרד הבריאות | ביטוח בריאות ממלכתי | קופות חולים | השתלת איברים -
 בית הדין הארצי לעבודה קבע כי בדין נדחתה תביעת המערער בסכום של מיליון ש"ח נגד קופת חולים לאומית, למימון הוצאות ניתוח השתלת כליה שעבר בדרום אפריקה, בקובעו כי השתלת הכליה נעשתה מתורם מן החי, ככל הנראה ישראלי, על דרך של סחר אברים אסור, המנוגד לתקנת הציבור ולדין החל.

1. מותב בית הדין הארצי לעבודה בראשות הנשיאה נילי ארד, השופט שמואל צור, השופטת ורדה וירט ליבנה, ונציגי הציבור מר אלי וייץ ומר יוסי רוזן, בפסק דין מפי הנשיאה נילי ארד, קבע כי בדין נדחתה תביעת המערער בסכום של מיליון ש"ח נגד קופת חולים לאומית, למימון הוצאות ניתוח השתלת כליה שעבר בדרום אפריקה. זאת, משנקבע כי השתלת הכליה נעשתה מתורם מן החי, ככל הנראה ישראלי, על דרך של סחר אברים אסור, המנוגד לתקנת הציבור ולדין החל.

העובדות

2. המערער מבוטח בקופת חולים לאומית ובתכנית שב"ן "לאומית זהב" של הקופה, סבל ממחלת אי ספיקת כליות כרונית מתקדמת על רקע סכרת. בקשתו להשתלת כליה בחו"ל נדחתה על ידי הקופה, משנקבע כי ניתן לבצע ההשתלה בישראל. לאחר שיצר קשר עם חברת תיווך "אניגמה" באמצעות מודעה בעיתון בוצעה השתלת הכליה בגופו מתורם חי, בדרום אפריקה. קופת החולים סירבה לשאת במימון, ולו חלקי, של הוצאות הניתוח, לאחר שנמצא כי השתלת הכליה נעשתה בסחר אברים. ערר שהגיש לוועדת ערר למימון שירות רפואי בחו"ל, הפועלת מתוקף מינוי של שר הבריאות, נדחה אף הוא, תוך שנקבע כי ההשתלה נעשתה בסחר אברים אסור.

בית הדין קבע:

תביעה שהגיש המערער נגד קופת חולים ונגד מדינת ישראל בסך 1 מיליון ש"ח נדחתה על ידי בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב (השופטת חנה טרכטינגוט; חב"ר 04 4387). בית הדין האזורי קבע כי ההשתלה נעשתה בסחר אברים אסור וכי על כן אין לחייב את קופת החולים במימון הוצאות ההשתלה.

ערעורו על פסק הדין של בית הדין האזורי נדחה אף הוא. בית הדין הארצי, מפי הנשיאה נילי ארד, קבע כי אכן הוכח שחברת התיווך קיבלה תשלום עבור תרומת הכליה; כי מדובר בתורם ישראלי אשר, ככל הנראה, היה מוכר למערער עוד מישראל. דבר העולה מהרישום הרפואי של בית החולים בדרום אפריקה בו

בוצעה ההשתלה, במסגרתו צוין כי התורם הוא בן דודו של המטופל. בנוסף, הוברר כי התורם הוצג כ"קרוב" של המערער, דבר העולה מהמסמכים הרפואיים בישראל במסגרת בדיקות סיווג רקמות, כחודש ימים לפני ביצוע ההשתלה בדרום אפריקה. לפיכך, נקבע, כי הסתירה בין גרסתו של המערער לבין המסמכים הרפואיים, והעדר הוכחת מניע אלטרואיסטי לתרומה, מעצימים את המסקנה לפיה מדובר בסחר באברים.

5. בית הדין הארצי הוסיף וקבע השיטה המשפטית ערכית הנוהגת בישראל ובמדינות העולם המערבי, אינה מכירה בלגיטימיות של סחר באברים בהשתלות מן החי ומן המת בין אם בוצעו בישראל בין אם בוצעו בחו"ל. בתוך כך נקבע כי האיסור על סחר באברים מושתת על תקנת הציבור ונגזר הימנה. זאת לאור מהותו של האיסור על סחר באברים, המעגן תפיסות עולם חברתיות, והגנה על זכויות יסוד חוקתיות, ובהן כבוד האדם, שלום הגוף והגנה על החיים. האיסור על הסחר באברים, מכוח תקנת הציבור, מקנה ליחיד החברה הגנה מפני ניצול מצוקתם של אנשים ועשיית שימוש בגופם של עניים כמקור אספקה של "חלקי חילוף" להשתלה משהעני – שאין לו קשר כלשהו לנתרם עלול להסכים למכור אבר מאבריו כדי להיחלץ מעוניו ומדחקו.

6. זאת ועוד. גם אם סחר באברים מותר מחוץ לישראל, במקום ביצוע השתלת הכליה, עובדה שלא הוכחה במקרה הנדון, אין להכיר בדין זר המתיר השתלת הכליה במסגרת סחר באברים לאור העקרון לפיו אין לייבא לארץ הסדרי משפט החורגים בעליל משיטתנו החוקתית והמשפטית ומתקנת הציבור.

7. בנוסף נקבע, כי כלל ההסדרים שבדין המתירים מימון הוצאות ניתוח השתלת כליה בחו"ל על ידי הקופה, כפופים אף הם לעקרון תקנת הציבור האוסר סחר באברים. על ההסדרים הללו נמנות הוראות חוק השתלת אברים, התשס"ח 2008; תקנות חוק ביטוח בריאות ממלכתי (שירותי בריאות במדינות חוץ), התשנ"ה – 1995; הוראות הביטוח המשלים של הקופה; חוזרי מנכ"ל משרד הבריאות; או כל הסדר אחר.

בשם המערער: שמואל ילינק, אמיר לויט; בשם המשיבה: קרן יוסט-דון יחיא, פז מוזר, אבי טסמה.

בית הדין הארצי לעבודה ע"ע 39945-12-10

ניתן ביום 26.1.2012

יעקב ביטון דהן המערער - 1. מדינת ישראל - משרד הבריאות 2. קופת חולים לאומית המשיבות בפני: הנשיאה נילי ארד, השופט שמואל צור, השופטת

ורדה וירט - ליבנה נציג עובדים מר אלי וייץ, נציג מעבידים מר יוסי רוזן בשם המערער: עו"ד ד"ר שמואל ילינק ועו"ד אמיר לויט בשם המשיבה 1: עו"ד קרן יוסט דון - יחייא בשם המשיבה 2: עו"ד פז מוזר ועו"ד אבי טסמה פסק דין

הנשיאה נילי ארד

פתח דבר

עניינו של ערעור זה בתביעה שהגיש המערער נגד קופת חולים לאומית ונגד המדינה, למימון הוצאותיו עבור ניתוח שעבר בדרום אפריקה להשתלת כליה מן החי. לחלופין, תבע החזר עבור "החסכון" הכספי שהקופה זכתה בו, לטענתו, עקב ביצוע ההשתלה בגופו מחוץ לישראל.

המערער לא הכחיש כי השתלת הכליה בגופו נעשתה בדרך של סחר אברים, אך טען כי אין מדובר בסחר אברים אסור הואיל ובמועד בו בוצעה ההשתלה בגופו, לא היו בחוק, בחוזרי מנכ"ל, או בפסיקה, הגבלות או איסור על סחר אברים. על כן, טען כי הוא זכאי להחזר הוצאותיו במלואן, אותן העמיד על סכום של מליון שקל.

כנגדו טענו המדינה וקופת החולים, כי האיסור על סחר באברים מבוסס על תקנת הציבור ותחולתה בדין הישראלי, וכי ככזה היה האיסור תקף גם במועד בו בוצעה ההשתלה בגופו של המערער. לפיכך, אין ליתן תוקף להשתלת אברים בהתרת המימון הנתבע, ובדין נדחתה תביעתו.

בית הדין האזורי בתל אביב (השופטת חנה טרכטינגוט; חב"ר 4387/04) דחה את התביעה תוך שקבע, כי השתלת הכליה במערער נעשתה בדרך של סחר אברים. מכאן הערעור שלפנינו.

הילוכו של דיון בערעור יהיה כלהלן:

בפרק הראשון - נפתח בתיאור המצע העובדתי שביסוד התובענה.

בפרק השני - נפרוש את המסגרת הנורמטיבית החלה על השתלת אברים בכלל ועל האיסור בסחר אברים בפרט.

בפרק השלישי - נידרש לפסיקתו של בית הדין האזורי ולטיעוני הצדדים בערעור.

בפרק הרביעי והאחרון - נפנה מן הכלל אל הפרט, להכרעה בערעור בנסיבותיו.

נפנה איפוא לדיונונו על פי סדרם של דברים.

פרק ראשון:

עיקרי המצע העובדתי

2. המערער מבוטח בקופת חולים לאומית (להלן גם: הקופה) ובתכנית שב"ן (שירות ביטוח נוסף) "לאומית זהב" של הקופה החל מיום 1.1.2002.

ביום 19.3.2002 עבר המערער ניתוח A.V. FISTULA לצורך דיאליזה לטיפול

במחלת אי ספיקת כליות כרונית מתקדמת על רקע סכרת. בהקשר זה, ציין ד"ר א. גרושקה מהמרכז הרפואי בני ציון בחיפה, במכתבו מיום 4.7.2002, כי "הוסבר לחולה שצריך להתחיל דיאליזה. לדבריו החודש נוסע לדרום אפריקה לקבל כליה".

3. בחודש יולי 2002 פנה המערער לקופה ב"בקשה לאישור ניתוח השתלת כליה בחו"ל". בתגובה הודיעה הקופה למערער, כי הוועדה הרפואית דחתה את בקשתו "היות וההשתלה ניתנת לביצוע בארץ"; וכי ככל שיחליט לבצע ההשתלה בחו"ל תשתתף הקופה במימון הניתוח לפי "התעריף הדיפרנציאלי בארץ", בכפוף להמצאת "סיכום מחלה וקבלות מקוריות על תשלום לביה"ח בו בוצעה ההשתלה".

4. המערער יצר קשר עם חברת תיווך "אניגמה" באמצעות מודעה בעיתון במטרה לעבור בחו"ל ניתוח השתלת כליה בשתל מן החי. ביום 23.8.2002 בוצע הניתוח בגופו של המערער בדרום אפריקה, בהשתלת כליה מתורם חי (להלן גם: ההשתלה).

5. בשובו מחו"ל תבע המערער מן הקופה סכום של \$98,650 עבור התשלום לחברת התיווך בגין תרומת הכליה וביצוע ההשתלה בגופו. במענה לפנייתו הודיעה מנהלת מחלקת תביעות בקופה למערער, כי ועדת חריגים ארצית של הקופה החליטה "לאשר החזר הוצאות כעלות ההשתלה בארץ בסך 80,130 ש"ח" בכפוף להמצאת "חשבוניות מקוריות" בגין הניתוח.

כחדשיים ימים לאחר מכן, הודיעה מנהלת מחלקת התביעות למערער, כי אינו זכאי לתשלום מהקופה בגין ניתוח ההשתלה שעבר בחו"ל "לא מכח חוק ביטוח בריאות ולא על פי הסכם השב"ן"; כי לפני משורת הדין, אישרה לו הקופה החזר הוצאות בסך 80,130 ש"ח; כי המחאה תשלח אליו בימים הקרובים בהתאם; וכי הקופה "אינה יכולה לאשר החזר הוצאות נוסף".

6. כחודש ומחצה לאחר מכן הודיעה הקופה למערער כי לא תשתתף במימון ההשתלה שבוצעה בחו"ל. הטעמים לכך, פורטו במכתבו של מר חיים קוץ, המבקר הפנימי של הקופה (להלן: המבקר), מיום 22.1.2003, לבא-כוח המערער, במסגרתו נאמר כך:

"התברר לקופת חולים כי המסמכים שהגשתם בגין השתלת הכליה אינם אותנטיים. בבדיקה שנערכה בבית החולים התברר כי לא עברת השתלת כליה בבית החולים אשר לגביו הוצגו בפנינו המסמכים הנוגעים להשתלת הכליה. במצב דברים זה קופת חולים לא תוכל להיות שותפה במהלך כזה ולא תממן כל סכום הנוגע לביצוע השתלה זו."

בחליפת מכתבים נוספת עם בא-כוח המערער חזר המבקר וציין, כי אין בכוננת הקופה להשתתף במימון ההשתלה שנעשתה בחו"ל. זאת, מן הטעם ש"קופת

חולים אינה מחויבת כלל להשתתף במימון השתלת הכליה הנעשית בחו"ל מאחר והשתלה כזו ניתנת להיעשות בארץ". עוד הטעים, כי לא ידוע לקופה על הבטחה שניתנה למערער למימון השתלה בחו"ל.

7. משנדחתה תביעתו להחזר הוצאות ההשתלה על ידי הקופה, הגיש המערער תביעה לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב. בישיבת קדם דיון מיום 17.4.2005 קבע בית הדין כי במסגרת מיצוי הליכים, על המערער להגיש ערר לוועדת הערר למימון שירות רפואי בחו"ל, לפי תקנות שירותי בריאות במדינות חוץ (להלן: ועדת הערר).

8. כמתחייב מהחלטת בית הדין, הגיש המערער ביום 24.7.2005 "פנייה לוועדת ערר למימון שירות רפואי בחו"ל בהתאם לתקנות ביטוח בריאות. במכתב מיום 1.9.2005 הודיע ד"ר יצחק ברלוביץ, המשנה למנכ"ל משרד הבריאות וראש מינהל הרפואה למערער, כי לא נתקבל ממנו "מידע בדבר זהותו של התורם, לרבות אזרחותו, ואישורים מתאימים של המרכז המשתיל" למרות פניה קודמת. עוד ציין במכתבו, כי בנסיבות בהן המערער עבר השתלה מן החי "אי מסירת המידע מעורר חשש כי הפעולה בוצעה תוך 'סחר באברים' ". אי לכך, הודיע למערער, כי כל עוד לא ימציא לקופה מלוא החומר הנדרש אשר יפיג חשש לסחר אברים, לא יועבר הטיפול בעניינו לוועדת הערר.

9. ביום 28.2.2007 הודיעה המדינה לבית הדין האזורי כי חזרה בה מעמדתה הקודמת לפיה בהעדר המצאת כל החומר הנדרש על ידי המבוטח אין ניתן להעביר הטיפול בעניינו לוועדת הערר; וכי לאור פסיקה חדשה של בית הדין הארצי, אמורה להתברר בוועדת הערר השאלה האם הטיפול מושא הערר בוצע בחו"ל תוך סחר באברים, וכי ועדת הערר תפעל ותונחה על פי חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 07/06 - מימון השתלות אברים במדינות חוץ.

אי לכך, הורה בית הדין האזורי, כי עניינו של המערער יועבר לוועדת הערר כדי שתדון בערר לגופו, בהתאם להודעת המדינה.

בהחלטה מיום 20.7.2008 קבעה ועדת הערר, כי חבריה "תמימי דעים ונחרצים בדעתם שמדובר במקרה ברור של סחר באברים, ללא שהיתה כל עילה הקשורה לדחיפות כלשהי" וכי על כן, ובהתאם להנחיות משרד הבריאות "ועל פי צו מצפוננו והערכים שבהם אנו מאמינים" נדחתה התביעה.

10. השתלשלות עניינים זו באה לידי ביטוי בדיון בפני בית הדין האזורי. בפסק דינו קבע בית הדין כי "בלב ליבה של התביעה ניצבת שאלת הסחר באברים והעובדה כי בעת ביצוע ההשתלה טרם הוצא חוזר מנכ"ל משרד הבריאות בעניין מימון השתלות אברים במדינות חוץ וטרם נחקק חוק השתלות אברים, אשר נכנס

לתוקף ביום 1.5.2008". על רקע זה בחן בית הדין את מסכת העובדות, הראיות והטענות שהובאו לפניו והגיע לכלל מסקנה כי דין התביעה להידחות.

11. על טעמיו של בית הדין בפסיקתו וטיעוני הצדדים בערעור נעמוד בהרחבה הנדרשת בפרק השלישי להלן. קודם לכן נפרוש את המסגרת הנורמטיבית שביסוד השאלות מושא דיונו.

פרק שני:

המסגרת הנורמטיבית לתרומת אברים בישראל ואיסור סחר באברים על מהותה של תרומת אברים

12. תרומת אברים יכול שתהיה מתורם חי, או מתורם מת; מאברים מתחדשים ללא סיכון לתורם כגון, תרומת דם ושאיבת מח עצמות; מאברים לא מתחדשים זוגיים כגון כליות, ריאות; או מאברים לא מתחדשים יחידניים, דוגמת כבד ולב. המונח "תרומת אברים" מתורם חי הוא "שם כולל לתהליך שראשיתו בעקירת השתל וסופו בהשתלתו בגופו של החולה", כאשר בעקירת השתל מתבצעת פעולה כירורגית של הוצאת האבר מהתורם החי. פרוצדורה זו על מכלול הבדיקות והפעולות הנדרשות והנלוות לעקירת השתל, הינה חלק אינטגרלי מן הטיפול הרפואי למבוטח הזקוק להשתלה, על ההשלכות הכספיות הנובעות מכך.

חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד - 1994 (להלן גם: חוק הבריאות) הוא מקור לחובת הקופות והמדינה לבצע השתלת כליה על חשבונן, כאשר אבר הכליה הוא זמין, ולהעניק את כל הטיפולים הרפואיים הנדרשים הנובעים מניתוח כזה, הן לתורם והן לנתרם; אך לא לחובות ממוניות שמעבר לכך". לפי הקבוע בתוספת השנייה לחוק הבריאות, השתלות מן המת ומן החי הן טכנולוגיות רפואיות וטיפולים רפואיים הנכללים בסל הבריאות לתושבי ישראל. ואולם "האפשרות להציל חולים, או לשפר באופן משמעותי את מצב בריאותם, באמצעות השתלת אברים, מוגבלת ומתוחמת להיצע האברים הזמינים להשתלה, בין מן התורם המת ובין מן התורם החי".

בהתאם, נושאת קופת החולים בעלות ניתוח ההשתלה, לרבות מימון הוצאת האבר מגופו של התורם החי והשתלתו בגוף המבוטח. יצוין, כי הזקוק להשתלה, חייב להיות תושב ישראל מכח הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, בשונה מהתורם אבר להשתלה, שאינו חייב להיות תושב ישראל.

התנאים להכרה בתרומת אברים במדינות חוץ - תקנות הבריאות

13. סעיף 11 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ה-1995 מורה כך:

"שר הבריאות רשאי לקבוע כי שירות בריאות מסוים הכלול בסל הבריאות יכול להינתן במדינת חוץ, בהתקיים נסיבות רפואיות מיוחדות, וכן רשאי הוא לקבוע את

התנאים והנהלים לכך ואת שיעור ההשתתפות הכספית של המבוטח בעד השירות".

מתוקף אותה סמכות הותקנו תקנות בריאות ממלכתי (שירותי בריאות במדינות חוץ), התשנ"ה - 1995 (להלן: תקנות הבריאות) הקובעות את "גדר הזכות המהותית לקבלת שירותי בריאות במדינת חוץ... ודרך ההשגה על החלטת הגוף המבטח (הקופה) הדוחה בקשה לקבלת שרות בריאות". הוראות התקנות הצריכות לעניינו מפורטות להלן.

14. בתקנה 2 לתקנות נקבע כי "שירותי בריאות למבוטח מתוך סל שירותי הבריאות שיכול שיינתנו במדינת חוץ הם, בדיקה, אבחון, טיפול וניתוח" ובתקנה 2(4) נקבע תחום "השתלת אברים".

תקנה 3 מגדירה את הנסיבות הרפואיות הנדרשות למתן שירותים במדינת חוץ באמצעות הקופה, לאמור:

"(א) (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."

לפי המתחייב מתקנה 3 לתקנות הבריאות, נדרשת הוכחת שני התנאים המצטברים הקבועים בתקנה 3(א), או הוכחת קיומה של "נסיבה רפואית חריגה" כנדרש בתקנה 3(ב) לתקנות. על פרשנותה של תקנה 3 עמדה השופטת וירט-ליבנה בעניין ר.א. (קטין) בדבריה אלה:

"יש לפרש את התקנה בהתבסס על נתוני אמת באשר למצב של קיומו, איכותו והיקפו של הטיפול הנדרש בישראל ועל מצבו הקונקרטי של המבוטח. ... לא ניתן לקבוע באופן גורף שטיפול מסוים אינו יכול להינתן בישראל, אלא יש לבחון את נסיבותיו של המקרה הספציפי יחד עם נתונים כלליים יותר".

ודוק. בהוראותיה של תקנה 3 לתקנות הבריאות, גלומה הדרישה להוכחת תנאי מצטבר נוסף והוא - איסור על סחר באברים. לאמור, כי ההשתלה בגופו של המבוטח, בוצעה בדרך ההולמת את תקנת הציבור, שלא על דרך סחר באברים.

תקנה 4 מכוננת ועדת ערר אותה ממנה "המנהל" - הוא המנהל הכללי של משרד הבריאות, או מי שהסמיך לכך. וזו הוראת התקנה:

"(א) דחתה קופת חולים בקשת מבוטח לקבלת שירות בריאות במדינת חוץ, רשאי הוא להגיש ערר על החלטתה לועדת ערר.

(ב) ועדת ערר תקבע כי מבוטח זכאי לקבל שירות בריאות במדינת חוץ, אם

שוכנעה כי מתקיימות הנסיבות הרפואיות המפורטות בתקנה 3(א), ורשאית היא לקבוע כי מבטח זכאי לשירות בריאות כאמור בשל נסיבה רפואית חריגה. תקנה 5 קובעת כי הערר יוגש באמצעות המנהל, בצירוף החלטת קופת החולים, ומכלול התיעוד הרפואי שהוגש לקופה ונדרש.

במסגרת הוראות החוק ותקנות הבריאות ומכוחן, מוסמכת הוועדה לדון במערך הזכויות והחובות של המבטח בקופת חולים, בתחומים מסוימים בהם ניתן להתיר מתן שירות רפואי של "בדיקה, אבחון, טיפול וניתוח" בחוץ לארץ, לרבות זכאות המבטח למימון טיפול רפואי של השתלות אברים בחו"ל מסוג "השתלת כליה" מן החי ומן המת, מושא דיונונו בהליך זה.

על פי מהותה וסמכויותיה, ועדת הערר היא גוף רפואי מעין שיפוטי. במסגרת זו, התנהלותה של ועדת הערר והחלטותיה כפופות לעיקרי הצדק הטבעי, לרבות לעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית ותקנת הציבור, ולכללי המשפט המינהלי. הגם שהתקנות אינן קובעות מפורשות זכות ערעור על ועדת הערר, נתונות החלטותיה של ועדת הערר לביקורתו השיפוטית של בית הדין האזורי לעבודה. זאת, מתוקף הסמכות העניינית המוקנית לבית הדין האזורי לעבודה בסעיף 54(ב) לחוק ביטוח בריאות בכל הנוגע "לבחינת זכאותם של מבטחים לקבל את המגיע להם לפי החוק ומכוחו".

תופעת הסחר באברים

15. האפשרות להצלת חייהם של חולים, או השגת שיפור משמעותי בבריאותם באמצעות תרומת אברים והשתלתם, מוגבלת ומתוחמת להיצע האברים הזמינים להשתלה, מן התורם המת או החי. במדינת ישראל, כמו גם במדינות המערב, קיים חסר ממשי באברים זמינים לתרומה, אל מול הביקוש הניכר לתרומת הנדרשות להצלת חיים, הארכתם או הענקת איכות חיים, לחולים הרבים הממתינים בתור להשתלה. בתגובה לחסר הניכר באברים לתרומה, נפוצה במדינות עולם שלישי תופעת הסחר באברים להשתלה מתורם חי.

תרומה מן החי המהווה סחר אברים תיחשב ככזו במקרים בהם הסכמתו של התורם ניתנה שלא ממניע אלטרואיסטי, אלא כתוצאה ממצוקה, מלחץ כלכלי, חברתי, או אחר, כנגד תמורה, לרוב כספית, עבור נטילת השתל מגופו של התורם.

תרומה מן החי תחשב סחר אברים בעלת דופי מוסרי, גם אם התורם נתן הסכמתו לתרומת אבר מגופו, מרצון חופשי, לכאורה. זאת, ככל שנמצא כי ההסכמה ניתנה בתנאים של עוני ומחסור, או מחמת המצוקה בה נתון התורם, ושאלמלא כן לא היה מסכים לתרומת האבר מגופו.

עקרון איסור סחר באברים נגזר מתקנת הציבור ומזכויות היסוד 16. בתקופה הרלבנטית לתביעה, לא הייתה הוראת חוק מפורשת האוסרת על סחר באברים והנושא הוסדר בחוזר מנכ"ל. בנסיבות אלה כשלעצמן, אין די כדי להקים במועד כלשהו, היתר לסחר באברים. שכן, השיטה המשפטית-ערכית הנוהגת בישראל אינה מכירה בלגיטימיות של סחר באברים בהשתלות מן החי ומן המת בארץ ובחו"ל. זאת, לאור טיבו של האיסור על סחר באברים, המעגן תפיסות חברתיות והגנה על זכויות יסוד חוקתיות ובהם כבוד האדם, שלום הגוף והגנה על החיים והמושגת על תקנת הציבור ונגזר הימנה. לפיכך, ומכוח תקנת הציבור, האינטרס של החולה המבוטח בקופה לעבור השתלת אבר בגופו ולא להסתפק בטיפול מיטיב חלופי להשתלה, אינו גובר על איסור מימון השתלה שבוצעה במסגרת סחר אברים. ונבאר.

תקנת הציבור אוסרת סחר באברים

17. הלכה פסוקה היא כי "תקנת הציבור" משמעותה הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים, אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולפתח" והאיזון ביניהם במסגרת מוסדותיה המוסמכים של החברה. תקנת הציבור היא הכלי המשפטי, באמצעותו מבטאת החברה את ה"אני מאמין" שלה, במסגרת ההסכמה החברתית, תפיסות היסוד של הציבור והשקפות המוסר והתרבות שלו, תוך יצירת מסגרות נורמטיביות חדשות, בהגנה על ערכי החברה ומניעת חדירה של הסדרים נורמטיביים בלתי ראויים למסגרות הקיימות.

בהיותה "ציפור הנפש" של החברה בישראל תקנת הציבור היא המקור הנורמטיבי הראשוני לאיסור על סחר באברים. שכן, ה"סחר בחלקי גוף הופך אותם למעין 'מצרכים', ומשווה לאברי האדם אופי של מעין חפצים שניתן לסחור בהם, תוך פגיעה עמוקה בכבוד האדם". מכאן המניעה שלא נהייה ל"שוק אברים" של "חלקי חילוף". האיסור על הסחר באברים, מכוח תקנת הציבור, מקנה ליחידי החברה הגנה מפני ניצול מצוקתם של אנשים ועשיית שימוש בגופם של עניים כ"מקור אספקה" של "חלקי חילוף" להשתלה מש"העני שאין לו קשר כלשהו לנתרם - עלול להסכים למכור אבר מאבריו כדי להיחלץ מעוניו ומדחקו".

תקנת הציבור שביסוד האיסור על סחר באברים, מבססת את ערך ההגנה על האוטונומיה של האדם, לפיו, הסכמת התורם החי תהא מרצון ומדעת, לאחר שהתורם קיבל את כל המידע הרפואי הדרוש לו באופן סביר, כדי שיוכל להחליט אם יסכים להליך ההשתלה אם לאו.

על מכלול ערכים אלה מתווסף הצורך לעודד תרומות אברים וולונטריות כדי לנצל טכנולוגיות רפואיות מתקדמות להצלת חיים והאינטרס להנהיג רפואה שוויונית.

18. המקרה הראשון בו נקבע מפורשות כי סחר באברים נוגד את תקנת הציבור ואת עקרונות היסוד של שיטת המשפט בישראל, הוכרע בשנת 1988 בעניין פלוני. באותה פרשה נדונה תרומת כליה מן החי בישראל של פסול דין הסובל מפיגור, לאביו המשמש כאפוטרופוס שלו והמטפל בו במסירות. בית המשפט העליון סירב להתיר הוצאת הכליה מהבן לשם השתלתה בגוף האב, תוך שביסס הטעמים להחלטתו, בין היתר, על תקנת הציבור, בציינו:

"מהותה זו של תרומת אבר מאדם אחד לרעהו קובעת - מבחינה עקרונית - גם לעניין תרומת אבר של אדם כשיר דין, שנתן הסכמתו לתרומה בתמורה לתשלום כספי. מיסחור באבר של בן אנוש ותרומת אבר של אדם הם תרתי דסתרי, ונוגדים הם תפיסות יסוד של ערכינו הרוחניים והמוסריים."

ביטוי לתפיסות יסוד אלה נמצא אף בדו"ח ה"ועדה לבדיקת נושא סחר באברים במדינת ישראל" מיום 7.10.96 שמינה מנכ"ל משרד הבריאות, במסגרתו המליצה "לאסור באופן מוחלט ונחרץ על סחר באברים". על יסוד המלצות הוועדה נוסחה טיוטת חוק "שגם אוסרת על סחר באברים על כל היבטיו".

בעניין פלוני חזר בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, והצהיר על הדין הקיים של איסור על סחר באברים בהיבט של השתלת אברים מן החי בחו"ל והדרישה למימון ההשתלה מקופת החולים. באותה פרשה נפסק כי לאור תקנת הציבור והוראות הדין, לרבות התקנות וחוזרי מנכ"ל "במובן המוסרי והמשפטי כאחד, אין לראות מקום להתייחסות שונה להשתלה מן החי בחו"ל מאשר להשתלה מן החי בארץ, והרי אין כל הבדל מהותי".

עיגון האיסור על סחר באברים בחוזרי מנכ"ל

19. כאמור, במועד הרלבנטי לתביעתו של המערער, במרץ 2002, נמצא העיגון הנורמטיבי של איסור הסחר באברים, בהנחיות המקצועיות כפי שפורסמו בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות שכותרתו "השתלת אברים מן החי" חוזר המנהל הכללי 2/97 (1997) (להלן: חוזר מנכ"ל 1997). במסגרת החוזר הוסדרה השתלת אברים מן החי בישראל. בתוך כך נקבע, כי ועדת הערכה לתרומת אבר מן החי תיתן המלצתה למרכז הלאומי להשתלות, בנוגע להליכי השתלת אברים, תבחן ותוודא "שהתורם נתן הסכמתו מתוך רצון חופשי ושלא מתוך לחץ משפחתי, חברתי, כספי או אחר"; ו"שמניעי התרומה אלטרואיסטים ואינם כרוכים בתשלום או פיצוי בשווה כסף, או אחר". הנחיות אלה חלות גם על קופות החולים.

בהתייחס למהותן של הנחיות ממין אלה שפורסמו בחוזר מנכ"ל 1977, ציין בית דין זה כי "הנחיות משרד הבריאות אינן פועלות בחלל הריק והן נסמכות על עקרונות שנקבעו על ידי ארגון הבריאות העולמי ועל חקיקה הקיימת במדינות

נאורות בנות תרבות". בהתאמה לענייננו, ייאמר כי ההנחיות בחוזר המנכ"ל מושתתות על תקנת הציבור ועל המדיניות המשפטית והחברתית הראויה, שמטרתה למגר את תופעת הסחר באברים.

ואכן, בפרשת פלונית התייחס השופט א' רובינשטיין לנפקות איסור הסחר באברים אשר עוגן בחוזר מנכ"ל בלבד, באותה עת, תוך שציין כך:

"בגדרי תקנת הציבור, איני רואה מניעה, כי ממשלת ישראל, שמדיניותה - כעולה מן הנעשה לגבי השתלת אברים בארץ - מתנגדת לסחר באברים, 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 באברים.

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. ... משעסקינן בעיקרון השולל סחר באברים, 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. ... 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."

20. לשם השלמת התמונה נציין כי במועד מאוחר לניתוח ההשתלה של המערער, בתאריך 13.3.2006 פורסם חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 07/06 בעניין "מימון השתלות אברים במדינות חוץ" (להלן: חוזר מנכ"ל 2006).

עוד נציין, במאמר מוסגר, כי בנוסף על תקנות הבריאות, עליהן עמדנו בפתח הדברים, וחוזרי המנכ"ל, נקבעו בחוק האנטומיה והפתולוגיה הוראות בנוגע להשתלת אברים בישראל מן המת בלבד.

חוק השתלת אברים, התשס"ח - 2008

21. בשנת 2008, כשש שנים לאחר שבוצע ניתוח ההשתלה במערער, נחקק חוק השתלת אברים, התשס"ח - 2008 (להלן: חוק השתלת אברים), בו נקבע איסור מפורש על סחר באברים.

הגדרת "אבר" בסעיף 1 לחוק היא: "אבר או חלק מאבר של אדם, וכן רקמה, הניתנים להשתלה, למעט דם, מוח עצם, ביצית ותא זרע".

סעיף 3(א) לחוק אוסר על קבלת תמורה עבור אבר שניטל מגופו של אדם, בין

שהנטילה נעשית בחייו של האדם ובין שהיא נעשית לאחר מותו; סעיף 3(ב) לחוק אוסר על מתן תמורה בעד אבר שהושגל בגופו של אדם; סעיף 3(ג) לחוק מגדיר תמורה כ"כסף, שווה כסף, שירות או טובת הנאה אחרת". החוק מוציא מכלל "תמורה" "תשלום והחזר כספי בעד הוצאות" לתורם, על פי סעיף 22 לחוק.

סעיף 4 לחוק אוסר על תיווך בין תורם לנתרם לשם מכירת אבר. לפי הוראת סעיף 36 לחוק, הפרת האיסורים שבחוק גוררת עונש פלילי של שלוש שנות מאסר או קנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977. "עיקרו של האיזון שבחוק נטוע, בראש וראשונה, באיסור פלילי על קבלת תמורה או מתן תמורה בעבור תרומת אברים במסגרת סחר בין פרטים. מנגד, החוק קובע זכות של תורם לתשלום אחיד, שישולם לו מקופת המדינה, בגין הפסד כספי הנובע באופן סביר מהפעולות הכרוכות בנטילת האבר, וכן ניתן החזר הוצאות בעבור הוצאות מסוימות שפורטו שם. עוד מכיר החוק באפשרות החזר כספי בעד אובדן השתכרות המוערך על פי נתוניו של כל תורם".

22. להשלמת המסכת נציין כי לימים נקבע התגמול לתורם בתקנות השתלת אברים (תשלום פיצוי והחזר כספי בעד הוצאות לתורם), התש"ע - 2010 שהוציא שר הבריאות מתוקף הסמכות שהוקנתה לו בחוק (להלן: תקנות פיצוי לתורם). ודוק. תקנות פיצוי לתורם אינן נותנות לתורם תשלום כספי עבור תרומת האבר, כי אם מכירות בהוצאות שונות בהן נשא וקובעות את זכאותו לתשלום ולהחזר כספי, לאור ההכרה החברתית בערך התרומה.

בהתאם זכאי התורם לפיצוי בתחומים הבאים: אובדן השתכרות; רכישת ביטוח רפואי פרטי, או תכנית לשירותי בריאות נוספים; רכישת ביטוח מפני פגיעה בכושר עבודה, לרבות כושר עבודה עיסוקי, או מפני אובדן כושר השתכרות; רכישת ביטוח חיים; טיפול פסיכולוגי; חופשת החלמה; והוצאות נסיעה. ההוצאות הנוגעות לתגמול התורם בחוק השתלת אברים, בתקנות פיצוי לתורם ובחוזר מנכ"ל 2006, מאוחרות לתובענה מושא דיונו ואינן רלבנטיות לענייננו, בו הפיצוי נתבע על ידי מי שהאבר הושגל בגופו ולא על ידי התורם.

23. הוראות אלה בחוק השתלת אברים מתיישבות עם התוספת השנייה בחוק הבריאות הכוללת שירות רפואי של השתלת כליה מן החי כפי שהיו בתוקף במועדים הרלבנטיים לתביעה שלפנינו. במסגרת זו, נקבע, כי השירות הרפואי של השתלת כליה מן החי אינו מקנה לתורם הכליה זכות לפיצוי כספי עבור אבר ההשתלה, ולענייננו, הכליה.

על נפקותו של חוק השתלת אברים בהיבט החקיקתי הכולל

24. האיסור שבחוק השתלת אברים על סחר באברים הוא קונסטיטוטיבי. חוק השתלת אברים ותקנות פיצוי לתורם לא יצרו את עקרון איסור הסחר באברים, ויש לראותם כמצהירים על דין קיים, הלא היא תקנת הציבור ממנה שואב החוק את הנורמות והאיסורים כפי שנקבעו בו. האיסור על סחר באברים בחוק השתלת אברים משקף את תפיסות היסוד של החברה כפי שהיו טרם חקיקתו, בישראל ובעולם. אף חזקה היא, כי במעשה החקיקה המעגן מפורשות איסור סחר באברים ביקש המחוקק הישראלי להתאים עצמו למשפט הבינלאומי הפומבי שהרי "בהטלת איסורים רחבי-היקף על עריכת עסקאות באברים, הולך החוק בדרך שנסללה בשיטות משפט אחרות רבות, ומאמץ את תפיסתן האתית-מוסרית בסוגיה זו".

זאת ועוד. איסור הסחר באברים בחוק, כמוהו כחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח - 1988 אשר אף הוא על פי מהותו חוק קונסטיטוטיבי המצהיר על הדין הקיים של איסור הפליה, עובר לתחולתו. בנדון זה ציין הנשיא ברק בעניין רקנט: "חוק זה לא צמח יש מאין. הוא נתן ביטוי להתפתחויות החברתיות ולשינויים בתפיסותיה של שיטת המשפט בישראל, אשר קדמו לחקיקתו של חוק שוויון ההזדמנויות, ואשר שימשו בסיס לחקיקתו. ... 'תקנת הציבור' בישראל בעניין זה לא הייתה שונה חמש או שש שנים לפני חקיקתו של החוק. החוק רק עיצב את תפיסות החברה בעניין זה".

טובים הדברים ונכוחים אף בהתייחס לאיסור על סחר באברים כפי שנקבע בחוק השתלת אברים, מושא דיונו.

25. סיכומם של דברים - במועד ביצוע השתלת הכליה בחו"ל במערער, חל האיסור הכללי של סחר באברים, מכוח תקנת הציבור. ביטוי לכך נמצא אף בחוזר מנכ"ל שהיה בתוקף באותה עת.

העקרון של איסור סחר באברים מעוגן במשפט משווה

26. טרם חתימתו של פרק זה, נעמוד בקצירת האומר על העקרונות והכללים במשפט המשווה, מהם עולה הגישה הרווחת במוסכמות בינלאומיות ובמדינות הנאורות, לפיה סחר באברים להשתלה פסול בתכלית מבחינה מוסרית, וכי יש לשלול תופעה זו מכל וכל. על מקצת מהוראות הדין החלות במדינות הים, נעמוד להלן.

ארגון הבריאות העולמי (WHO) - World Health Organization קבע בשנת 1991 עקרונות מנחים בסוגיה של השתלת אברי אדם במסמך Guiding Principles on Human Organ Transplantation (Geneva: World Health Organization, 1991) ובכלל זה את העיקרון של איסור סחר באברים.

קרי, איסור על תשלום או על קבלת תשלום (לרבות כל פיצוי או תמורה אחרים) עבור אברי אדם.

מועצת האיחוד האירופי עיגנה אף היא את עקרון איסור הסחר באברים, תוך שקבעה: "The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain".

ההתייחסות לתופעה הפסולה של סחר באברים מצאה ביטוייה בהצהרת איסטנבול בנושא סחר באברים ותיירות השתלות. הצהרה זו הינה תוצר של פגישת פסגה משנת 2008 בהשתתפות נציגים מגופים מדעיים ורפואיים ממדינות שונות, לרבות ישראל. על עקרונותיה של הצהרת איסטנבול נמנה האיסור על סחר באברים הפוגע בכבוד האדם ובעקרונות יסוד תוך שנקבע בה (בתרגום), כי סחר באברים ותיירות השתלות מפרים את עקרונות השוויון, הצדק וההערכה לכבוד האדם וצריכים להיאסר. היות ומסחור השתלות מכוון לניצול תורמים מרוששים ופגיעים, הוא מוביל בהכרח לחוסר הגינות ואי צדק וצריך להיאסר. לא למותר לציין, קיומה של חקיקה האוסרת על סחר באברים, במדינות העולם ובהן: אנגליה, ארה"ב, קנדה, רוסיה, פינלנד והולנד.

פרק שלישי:

מן הכלל אל הפרט

27. לאור העיקרים והעקרונות דלעיל נעמוד להלן בפירוט הנדרש על פסיקתו של בית הדין האזורי ועל טיעוני הצדדים בערעור.

פסק דינו של בית הדין האזורי

28. בפתח פסק הדין הטעים בית הדין האזורי וציין כי "בלב ליבה של התביעה ניצבת שאלת הסחר באברים". בהתאם, השאלה המרכזית לדיון ולהכרעה הייתה - חיובה של קופת החולים במימון השתלה שנעשתה בדרך של סחר באברים עובר למועד חקיקת חוק השתלות אברים, פרסום החוזר ופסיקת בית המשפט העליון בעניין תוקפו של החוזר.

בית הדין האזורי קבע שמחומר הראיות עולה מפורשות כי השתלת הכליה "נעשתה בדרך של סחר באברים" וכי המערער (להלן בפרק זה: התובע) אף לא הכחיש עובדה זו.

בית הדין האזורי דחה את טענת התובע לפיה במועד הרלבנטי לא היה הסחר באברים אסור, מאחר ובאותו מועד לא הוטלו על השתלות בדרך סחר מגבלות בחקיקה, בפסיקה או בחוזרי מנכ"ל. בית הדין קבע, כי האיסור על סחר באברים היה שריר וקיים בעת ביצוע ההשתלה, גם אם לא עוגן מפורשות בחקיקה, שכן "סחר באברים נחשב לפעולה הנוגדת נורמות אתיות ומשפטיות בעולם הנאור,

ועקרון תקנת הציבור השולל אותו היה יפה במועד ביצוע ההשתלה". עקרון זה מצא ביטויו בחוזר מנכ"ל 2/97 משנת 1997 שעניינו בהשתלות מן החי בישראל ובהלכה הפסוקה אשר ככלל, חלה למפרע ממועד נתינתה.

אי לכך, קבע בית הדין האזורי כי לא ניתן לחייב את קופת החולים לשאת במימון השתלה אשר נעשתה בדרך של סחר אברים, משהדבר נוגד את תקנת הציבור. בכך בלבד די היה כדי לדחות את התביעה. עם זאת, ובנוסף נבחנו טענותיו האחרות של המערער ואף הן נדחו לגופן, כפי המפורט להלן.

29. בית הדין האזורי קבע, כי התובע לא הוכיח קיומם של התנאים המצטברים בתקנה 3 לתקנות הבריאות, באופן המגבש זכאותו בעין לשירות בריאות של השתלת כליה בחו"ל במסגרת הקופה. בנדון זה, קבע בית הדין האזורי כי התנאי הראשון של העדר אפשרות לקבל את הטיפול בישראל לא הוכח, ועל כן לא נדרש לשאלת הוכחת התנאי השני, לפיו נשקפת לתובע סכנת אובדן חיים אם לא תושלל בגופו הכליה.

הוסיף בית הדין האזורי וקבע כי סירוב הקופה לממן את עלות ניתוח ההשתלה בגובה שיעור עלות הניתוח בארץ הינו כדין. במיוחד כן, משהוברר מעדויות התובע ורעייתו "כי לא ניתן כלל לדעת איזה חלק מהסכום ששולם הועבר לבית החולים, מהו הסכום ששולם למתווך ואיזה חלק הועבר לתורם האבר". בנסיבות אלה, נקבע כי "חיוב הקופה בביצוע החזר כספי כמוהו כמימון שכר המתווך ו/או תשלום תמורת האבר, ולו חלקי בלבד, דבר אשר אין לתת לו יד".

בית הדין האזורי הטעים, כי "גם אם היה נקבע כי ניתנה לתובע 'הבטחה מינהלית', עדיין לא היה מקום לחייב את הקופה לבצעה שכן לא התקיים התנאי לפיו 'אין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה'. זאת לאור ההלכה כי סחר אברים מנוגד באופן מובהק לתקנת הציבור".

אף לא נמצא פגם משפטי בהחלטת ועדת הערר.

עוד קבע בית הדין, כי לא קמה לתובע זכאות למימון השתלת הכליה בחו"ל מכח תכנית השב"ן המאפשרת, בתנאים מסוימים, ביצוע "השתלות ניתוחים וטיפולים בחו"ל כולל ניתוחים שאינם מאושרים על פי חוק הבריאות". מן הטעם שהתובע לא הוכיח כי עמד בתקופת האכשרה, או כי הוא זכאי לפטור מתקופה זו. לפיכך, אף לא נדרש להכריע בקיומם של התנאים המצטברים הנוספים הנדרשים לזכאות.

בנוסף נקבע, כי התובע לא הוכיח טענתו כי הופלה לרעה על ידי הקופה מאחר ש"התובע ורעייתו אישרו בחקירתם הנגדית, כי אין ברשותם אף לא שם אחד של

מבוטח הקופה אשר קיבל כביכול מימון מלא" מהקופה לביצוע השתלת כליה "מסחרית בחו"ל", "ולמעשה פרט להעלאת הטענה, לא הציג [התובע - נ.א.] כל ראיה ו/או עדות התומכת בטענתו".

טענת התובע לפיה המדינה והקופה התעשרו שלא כדין כתוצאה מביצוע ניתוח השתלת הכליה בחו"ל, נדחתה אף היא. זאת, נוכח קביעותיו של בית הדין, כי התובע לא הוכיח את החסכון שנגרם למדינה ולקופה כתוצאה מביצוע הניתוח בחו"ל; כי נקודת המוצא הינה ש"מבוטחי הקופה זכאים לשירותי הבריאות הכלולים בסל הבריאות בעין, ולא ל'חסכון תיאורטי' כתוצאה מאי קבלת השירות"; וכי טענת התובע משוללת יסוד משהיא נסמכת על "החזר הוצאות החסכון בגין פעולה שהינה מנוגדת לתקנת הציבור".

הערעור

טענות הצדדים

30. המערער חזר על טענותיו בבית הדין האזורי, כשעיקר טענתו בכך שהשתלת הכליה בגופו לא הייתה בגדר סחר אברים אסור. לטענתו, מדובר ב"השתלת אברים מסחרית" במסגרת "תעשייה מוסדרת של מתווכים ובתי חולים בחו"ל. בתוך כך טען, כי השתלות אברים 'מסחרית' בוצעו במסגרת חוקי מדינות חו"ל בתמיכת גורמי הרפואה הרשמיים בארץ, כנגד תשלום שהועבר למוסדות הממשלתיים או הרפואיים במדינת חו"ל, בהתאם לחוקי המקום".

המערער חזר על טענתו לפיה בעת ביצוע ההשתלה "לא היתה כל מגבלה מכח חוזר מנכ"ל או חוק לביצוע השתלת אברים מסחרית". תוך שטען, כי קופות החולים מימנו דרך קבע השתלות ממין אלה בחו"ל; וכי הנימוק לדחיית מימון חלקי של הוצאות ההשתלה על ידי הקופה, הוא אותנטיות הקבלות ולא סחר אברים.

לטענת המערער, קופת החולים חייבת לתת למבוטח שירות רפואי במקום סביר ובזמן סביר. במסגרת זו "חובתה של קופת החולים לדאוג לכך שיהיו בנמצא אברים זמינים להשתלה, תוך זמן סביר ובתחומי מדינת ישראל. עליה לפעול לעידוד גבוה יותר של תרומת אברים מן המת ועליה אף לעודד תרומת אברים מן החי בכמות גדולה יותר". לטענתו, כל עוד לא אלה הם פני הדברים, היה על הקופה "לפעול באגרסיביות להצלת חיים...[ו]לאפשר מימון מלא ומוסדר של השתלת כליות בחו"ל - בסיוע ותיווך של קופות החולים".

עוד חזר וטען, כי קמה לו זכאות למימון מלא עלות ניתוח ההשתלה מכח הביטוח הרפואי המשלים (שב"ן) של הקופה.

31. קופת חולים לאומית תמכה בפסק דינו של בית הדין האזורי, תוך שהוסיפה וטענה כי מכלול חומר הראיות נסמך על מסכת הראיות כפי שהוצגו על ידי

המערער; כי בדין קבע בית הדין האזורי כי השתלת הכליה בגופו של המערער נעשתה במסגרת סחר באברים; וכי זו הייתה אף מסקנתן של הקופה ושל ועדת הערר שדנה בעניינו לפי תקנות שירותי בריאות במדינות חוץ.

לטענת הקופה, בקשתו של המערער להשתתפות בהוצאות ההשתלה נדחתה משני טעמים עיקריים: הקבלות שהציג בתמיכה לתביעתו להחזר הוצאות ההשתלה, לא היו אותנטיות; ומכלול העובדות לפיהן נמצא כי "ההשתלה אכן בוצעה במסגרת סחר באברים".

הקופה חזרה וטענה כי האיסור במימון השתלת אברים במסגרת סחר אברים היה שריר וקיים בעת ביצוע ההשתלה בגופו של המערער, מכח תקנת הציבור וכי התנאים בהוראת תקנה 3 לתקנות הבריאות כפופים אף הם לתקנת הציבור. במיוחד כן, משהוברר כי המערער לא מילא אחר התנאים הנדרשים בתקנה 3 לתקנות הבריאות להשתתפות הקופה בהוצאות ההשתלה "בעלות התעריף הדיפרנציאלי, כפי שהיה עולה בארץ". הקופה טענה כי המערער לא הביא חוות דעת רפואית לכך שהיה בסכנה חמורה ומיידית, או כי ההשתלה נועדה לשפר את איכות חייו. מה גם שניתן היה לבצע ניתוח השתלת כליה בארץ והמערער "כלל לא נתן צ'אנס או אפשרות למצוא תורם בישראל" ואף לא נרשם במרכז הלאומי להשתלות.

בהתייחס לטענת המערער כי הקופה התעשרה שלא כדין מהשתלת הכליה שמומנה על ידו באופן פרטי, טענה הקופה כי זכאות המבוטח הינה לקבלת שירותי בריאות ולא לשווה ערך או לפיצוי חלופי בשיעור ערכו הכספי של השירות הרפואי; עוד טענה כי אינה חייבת לספק אברים להשתלה;

הוסיפה הקופה וטענה כי המערער אינו זכאי למימון ההשתלה מכח הביטוח הרפואי המשלים (שב"ן), משלא מתקיימים בעניינו התנאים המצטברים בחוזה הביטוח לקיומו של מקרה מזכה.

32. המדינה תמכה בפסק דינו של בית הדין האזורי תוך שטענה כי מטרת הערער ב"מתן לגיטימציה לפעולות של סחר באברים" האסורות מכח תקנת הציבור ולאור העקרונות המקובלים במדינות העולם הנאור; וכי עקרון תקנת הציבור השולל סחר באברים היה יפה גם בתקופה הרלבנטית לתביעה, אף טרם כניסתו לתוקף של חוזר מנכ"ל 2006 ועיגון איסור הסחר באברים בחוק.

לטענת המדינה, שירותי הבריאות אשר הקופה חייבת לתת על פי הנדרש בסל הבריאות, והשירותים הנוספים שהיא רשאית לתת, כפופים לעקרון תקנת הציבור; וכי לוועדת הערר "הסמכות האינהרנטית שאינה טעונה ציון מפורש לדחות ערר מקום שעולה מן החומר כי הפעולה הרפואית מתבצעת תוך הפרה של נורמות

אתיות או משפטיות המקובלות במדינות העולם הנאור".

דין והכרעה

33. לאחר שנתנו דעתנו לטענות הצדדים, לתשתית העובדתית העולה מכלל החומר שהובא לפנינו, לרבות חוות הדעת הרפואיות שהוגשו בתיק, הגענו למסקנה כי אין מתקיים טעם משפטי המצדיק התערבותנו בפסק דינו של בית הדין האזורי, וכי דין הערעור להדחות.

34. קודם שנבוא לגוף הדברים נקדים ונאמר, כי אין לקבל טענותיו של המערער נגד החלטות הביניים של בית הדין האזורי, בנוגע לקבילות תצהירי העדים מטעם הקופה, ואי זימון פקידה בקופת החולים. ככלל בית הדין לעבודה אינו כבול בדיני הראיות. בענייננו, החלטותיו הדיוניות של בית הדין האזורי מתיישבות עם המגמה להתיר קבילות ולבחון משקל ומהימנות הראיות. מה גם, שהחלטות ממין אלה, שעניינן בהזמנת עדים וקבילות תצהירים וחומר ראיות הן בעלות אופי דיוני, ובהעדר טעם משפטי המצדיק זאת, לא נתערב בהן כערכאת ערעור. ומכאן לגוף הדברים.

הקביעה לפיה השתלת הכליה בוצעה תוך כדי סחר אברים מעוגנת בחומר הראיות

35. אין לקבל טענתו של המערער כי בוצעה בגופו "השתלת אברים מסחרית" כדין, כנגד תמורה כספית לחברה מתווכת. קביעתו של בית הדין האזורי כי השתלת הכליה במערער נעשתה בדרך של סחר אברים מעוגנת כדבעי בחומר הראיות וכערכאת ערעור לא מצאנו טעם המצדיק התערבותנו בהן.

36. העובדות לביסוס המסקנה כי ההשתלה נעשתה בדרך של סחר הן בעיקרן אלה: המערער יצר קשר עם חברת תיווך באמצעות מודעה בעיתון, והחברה המתווכת קיבלה תשלום עבור תרומת הכליה; אישור לכך נמצא בעדותה של רעיית המערער, אשר במענה לשאלה אם היא יודעת אם המתווך נתן לתורם כסף עבור הכליה השיבה: "בטח, הוא המתווך לוקח אותו והוא השיג אותו, בטח שהוא נותן לו כסף, בודאי". עובדה זו אף נתמכת בטיעוני המערער בסיכומיו לפיהם "אינו פוסל כי התורם תוגמל כספית בגין הכליה שתרום לו (אם כי אין לו ידיעה ממשית לגבי נושא זה)". על כל אלה מצטברת קביעתו של בית הדין האזורי, כי על הקבלה בגין ההשתלה "נרשם שם של בית חולים בעיר יוהנסבורג" בעוד אשר הוכח כי ההשתלה בוצעה בבית חולים אחר בעיר דרבן, לאחר שבית החולים ביוהנסבורג סירב לבצע ההשתלה

36. גרסתו של המערער לפיה לא הכיר את תורם הכליה נסתרת מחומר הראיות, ממנו עולה כי מדובר בתורם ישראלי אשר, ככל הנראה, היה מוכר למערער עוד

מישראל. ראייה לכך נמצאת ברישום הרפואי של בית החולים בו בוצעה ההשתלה. באותו רישום בהתייחס לתרומת הכליה ומהלך ההשתלה, ציין ד"ר קהאן כי התורם הוא בן דודו של המטופל. וכלשון הכתוב:

*(Name: Mr. ... (Donor"

... :History

:Social History

"Is a security worker. He is the Cousin of Recipient Jacob Bitton
*(במאמר מוסגר נציין, כי שמו המלא של התורם מפורט במסמך הרפואי, אך כי מטעמי צנעת הפרט והזכות לפרטיות נמנעים אנו מלציין כאן).

טענת המערער בסיכומיו, לפיה אינו מכיר את התורם, נסתרת אף מן הרישום במסמכים הרפואיים בישראל. ממסמכים אלה עולה, כי התורם הוצג כ"קרוב" של המערער, וכי ביום 29.7.2002, כחודש ימים לפני ביצוע ההשתלה בדרום אפריקה, עברו המערער והתורם בדיקות סיווג רקמות במרכז הרפואי רבין בישראל. הנה כי כן, טיעוני המערער לפיהם התורם אינו מוכר לו, נסתרים מאליהם בחומר הראיות. בטיעונים אלה אין כדי לשנות מן המסקנה העובדתית לפיה השתלת הכליה בוצעה בגופו במסגרת סחר אברים. דבר העולה בבירור מחומר הראיות אשר המערער צירף לתביעתו ולערעורו בהליך זה.

אף אין לקבל את טענתו החלופית של המערער לפיה מדובר בהשתלת אברים מסחרית שאין בה פסול, גם אם ניתנה לתורם תמורה כספית ישירה. שכן, תמורה כספית ישירה עבור תרומת הכליה ונטילתה מגופו של התורם החי הינה סחר באברים פשוטו כמשמעו, וככזה פסול מכל וכל.

37. הנה כי כן, הוכח כי הוצאות מימון ניתוח השתלת הכליה בדרום אפריקה כללו תמורה כספית לתורם החי עבור עקירת הכליה מגופו. הסתירה בין גרסת המערער לבין מסמכים הרפואיים, המבוססת על ממצאים ראיתיים, והעדר הוכחת מניע אלטרואיסטי לתרומה, מעצימים את המסקנה לפיה מדובר בסחר אברים וכי אין מדובר ב"השתלת אברים מסחרית" שלא כנגד תמורה כספית ישירה לתורם, כטענת המערער. יתירה מזו, בממצאים אלה, יש כדי לגבש מסקנה בדבר תמורה כספית לתורם עבור נטילת הכליה מגופו, מבלי שהוכח כי נעשתה מרצון חופשי.

בנסיבות אלה נכונה קביעתו של בית הדין האזורי לפיה "ביצוע ההשתלה בחו"ל כאשר התורם והנתרם ישראלים מלמד על נסיון להתחמק מועדת ההערכה אשר בודקת האם תרומת האבר הינה אלטרואיסטית, ולא כנגד תשלום".

אין להכיר בדין זר המתיר השתלת הכליה במסגרת סחר אברים