



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8447/06

ע"א 8532/06

ע"א 8623/06

וערעור שכנגד

ע"א 8684/06

בפני :

כבוד השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט י' דנציגר

קופת חולים מאוחדת

המערערת בע"א 8447/06 :

נ ג ד

המשיבים בע"א 8447/06 :

1. איתמר היימן
2. מדינת ישראל – משרד הבריאות
3. שירות בריאות כללית
4. מכבי שירותי בריאות
5. קופת חולים לעובדים לאומיים

המערערים בע"א 8532/06 :

1. אליהו ויידן
2. אסתר גפני
3. שולמית אייכנר
4. צילה קמחי
5. איתמר היימן
6. שרה זיסרמן
7. ערן קסנר
8. מיכל אביטן
9. תקוה ממה
10. לבנה בן שיטרית

נ ג ד

המשיבות בע"א 8532/06 :

1. מדינת ישראל – משרד הבריאות
2. שירותי בריאות כללית
3. מכבי שירותי בריאות
4. קופת חולים לעובדים לאומיים
5. קופת חולים מאוחדת

המערערות בע"א 8623/06 :

1. שירותי בריאות כללית

2. מכבי שירותי בריאות

נ ג ד

- המשיבים בע"א 8623/06 :
 1. אליהו ויידן ואח'
 2. מדינת ישראל
 3. קופת חולים לעובדים לאומיים
 4. קופת חולים מאוחדת

המערערת בע"א 8684/06 : קופת חולים לאומית

נ ג ד

המשיב בע"א 8684/06 : אליהו ויידן

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים
 מיום 31.07.2006 בתיק א' 4298/02 שניתן על ידי כב'
 השופט י' שפירא

בשם המערערת בע"א 8447/06,
 המשיבה 5 בע"א 8532/06
 והמשיבה 4 בע"א 8623/06 : עו"ד מומי דהן, עו"ד חנה מלמד

בשם המערערות בע"א
 8623/06, המשיבות 3-4 בע"א
 8447/06 והמשיבות 2-3 בע"א
 8532/06 : עו"ד עמיר אלמגור, עו"ד מיטל אלמגור,
 עו"ד אורית נוה

בשם המערערת בע"א 8684/06,
 המשיבה 5 בע"א 8447/06,
 המשיבה 4 בע"א 8532/06
 והמשיבה 3 בע"א 8623/06 : עו"ד פז מוזר

בשם המערערים בע"א
 8532/06, המשיב 1 בע"א
 8447/06, המשיבים 1 בע"א
 8623/06 והמשיב בע"א
 8684/06 : עו"ד שמואל ילינק, עו"ד אליעד מרקוביץ

בשם המשיבה 2 בע"א
 8447/06, המשיבה 1 בע"א
 8532/06 והמשיבה 2 בע"א
 8623/06 : עו"ד מוריה צ'רקה

פסק-דין

השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה:

1. שלושה עשר התובעים בהליך זה עשו כל אחד חסד גדול עם קרוב מבני משפחתם: כל אחד מהם תרם כליה על מנת שתושלם בגוף קרובו החולה. השאלה היא – האם קמה להם זכות כלפי המדינה או כלפי קופות החולים לתשלומים הקשורים במעשה תרומת הכליה. נבחן שאלה זו.

הרקע ותמצית התביעה

2. במצב המתואר כ- "אי-ספיקת כליות כרונית", רמת התפקוד של הכליות היא נמוכה ביותר. תופעה קשה זו ניתנת לטיפול, עד לגבול מסוים, באמצעות דיאליזה. טיפולי דיאליזה סדירים עשויים להעלות את רמת התפקוד של הכליות לכ- 20% מן הרמה הנורמלית. בדרך זו נמנעת מן החולה סכנת חיים מיידית, אולם איכות חייו נפגעת בצורה קשה, עד כדי זכאות לקצבת נכות בשיעור מלא. הטיפול הרפואי המיטבי המוכר כיום לאי-ספיקת כליות הינו השתלת כליה, בין מתורם חי ובין מתורם מת. באמצעות השתלה, עשוי החולה לחזור לרמת חיים תקינה. סיכויי ההצלחה של השתלת כליה הם גבוהים יותר כאשר מקורה של הכליה בתורם חי, ובמיוחד – כאשר קיימת קרבה משפחתית בין התורם לבין החולה. מבחינת התורם, תרומת הכליה כרוכה בסיכון מסוים, המוגדר כסיכון קטן אך לא אפסי.

קרובי משפחותיהם של המערערים בע"א 8532/06 (להלן: המערערים) סבלו מאי-ספיקת כליות כרונית. כל אחד מן המערערים נרתם לעזרת בן משפחתו החולה, ותרם אחת מכליותיו לצורך השתלתה בחולה.

3. כעבור זמן, הגישו המערערים תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים. התביעה כוונה כנגד המדינה (משיבה 1 בע"א 8532/06) וכנגד ארבע קופות החולים הפועלות כיום בארץ: שירותי בריאות כללית (משיבה 2 בע"א 8532/06 ומערערת 1 בע"א 8623/06), מכבי שירותי בריאות (משיבה 3 בע"א 8532/06 ומערערת 2 בע"א 8623/06), קופת חולים לאומית (משיבה 4 בע"א 8532/06 והמערערת בע"א 8684/06), וקופת חולים מאוחדת (משיבה 5 בע"א 8532/06 והמערערת בע"א 8447/06) (להלן: קופות החולים); המדינה וקופות החולים יחדיו ייקראו להלן גם המשיבות).

המערערים טענו בתביעתם, כי המדינה וקופות החולים חייבות היו, מתוקף תפקידיהן, לספק לחולים באי-ספיקת כליות כרונית – ובכלל זה, לקרובי המערערים – טיפול של השתלת כליה. חובה זו לא קויימה. כתוצאה מכך נגרמו לחולים נזקים שונים. המערערים, בתורמם כליות להשתלה לבני משפחותיהם, היטיבו את נזקיהם. בד בבד, תרומות הכליה הביאו לחסכון ניכר בהוצאותיהן של המדינה ושל קופות החולים, שכן כתוצאה מהן נתייטר הצורך בטיפול דיאליזה יקרים בחולים שזכו להשתלה.

על סמך נתונים אלה, טענו המערערים לזכותם לפיצוי כספי על מעשי ההשתלה שיזמו, וזאת על בסיס מיגוון עילות תביעה. נטען, בתמצית, כי המשיבות חייבות כלפיהם בפיצוי מכח דיני הנזיקין; מכח דיני הביטוח; מכח דיני עשיית עושר ולא במשפט; מכח חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק לא תעמוד על דם רעך); ומכח הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות). סכום התביעה הועמד על כשמונה מליון וחצי ש"ח לכל מערער.

פסק הדין קמא

4. בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט י' שפירא), בפסק דין מעמיק ומפורט, תיאר בהרחבה את התופעות הרפואיות הכרוכות באי-ספיקת כליות, את אפשרויות הטיפול בתופעות אלה, וכן את פעולתו של המרכז הלאומי להשתלות (להלן: המרכז להשתלות), המרכז מטעם משרד הבריאות את כל נושא תרומות האברים וההשתלות בישראל. הוא עמד על המחסור החריף הקיים באברים להשתלה, ועל הפעילות הציבורית הקיימת, שנועדה לעודד תרומות אברים לצורך הגדלת ההיצע הקיים. בית משפט קמא עמד גם על כך, שכמעט בכל מדינות העולם קיים מחסור באברים להשתלה, ותור הממתינים להשתלות ארוך. לאור מחסור זה, התפתח מסחר באברים – תופעה הנחשבת פסולה מן הבחינה הערכית.

5. בית המשפט פנה לדון בעילות התביעה הספציפיות. אשר לעילה מכח חוק ביטוח בריאות, הוא התייחס לפריט 14(א)(3) לתוספת השניה לחוק, הכולל בין שירותי הבריאות הכלולים בסל הבריאות גם רכיב של "השתלת כליה". הוא קבע, כי אין לפרש קיומו של פריט זה בסל הבריאות כהטלת חובה על המדינה או על קופות החולים לספק אברים להשתלה. אלא, משמעות הוראה זו הינה כי משקיים אבר זמין להשתלה, כי אז ביצוע ניתוח ההשתלה מוטל על קופות החולים, ועל המדינה חלה חובת המימון של הניתוח, לרבות כל הטיפולים הכרוכים בכך, הן מבחינת התורם והן מבחינת המושתל.

בית המשפט הוסיף וקבע, כי התורם יהיה זכאי לכיסוי כל נזק ישיר שנגרם לו כתוצאה ישירה מפעולת ההשתלה, וכל זאת במסגרת אחריותה של קופת החולים לביצוע ניתוח ההשתלה במסגרת חוק ביטוח בריאות. התוצאה הנובעת מכך היא, כי מוטלת על המשיבות חובת שיפוי כלפי התורמים בגין ההוצאות הישירות שנגרמו להם כתוצאה מניתוח ההשתלה, וזאת להבדיל ממתן תמורה בעד עצם תרומת הכליה. בית המשפט קבע עוד, כי השאלה באיזו מידה תורם הכליה זכאי גם לתמורה כספית מהמדינה בעבור עצם תרומת האבר, ואם כן, מה אופייה של תמורה זו, נותרה פתוחה, והיא אמורה למצוא את פתרונה בהסדר של חקיקה. בעת מתן פסק הדין, טרם נחקק חוק המסדיר את תרומת האברים בצורה כוללת.

6. בית המשפט המשיך ובחן את הוראות החוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד-1964 (להלן: חוק הטבת נזקי גוף), ואת טענת המערערים, לפיה יש לראותם כמיטיבי נזק על פי אותו חוק, אשר הטיבו את מצבם של המושתלים על ידי מתן התרומה. על פי הטענה, יש לחייב את המשיבות בתשלום בגין הטבת נזקי החולים על ידי התורמים, כמי שאחראיות, הן עצמן, לספק שירות של תרומת אברים לחולים. מששירות זה לא סופק על ידן, הן חייבות בתשלום כלפי התורמים, אשר היטיבו את נזקי החולים הזקוקים להשתלה. בית המשפט דחה טענה זו, בנתחו את סעיפים 2 ו-6 לחוק הטבת נזקי גוף. לדבריו, כדי לבסס עילה על פי חוק זה, יש להראות כי המערערים היטיבו נזקים שגרמו המשיבות בתורת "מזיקים". בענין זה נקבע, כי לא ניתן לראות במשיבות "מזיקים", שכן הן לא גרמו כל נזק לחולים. חובתן היא לספק שירותי בריאות על פי החוק. בתוך כך, עליהן לממן ניתוחי השתלת כליה, לרבות הטיפולים הכרוכים בכך, ותו לא; ומכאן שלא מתקיימים תנאי העילה המצמיחה תביעה לתשלום בגין הטבת נזקי גוף. כן נקבע, כי אין לראות במשיבות גם משום "מבטח" של המזיק לענין חוק הטבת נזקי גוף, שגם כלפיו עשויה לקום עילה בגין הטבת נזקי גוף על פי החוק האמור.

7. בית המשפט המחוזי דן בהמשך בטענות המערערים ביחס לשלוש עילות מכח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר), כדלקמן:

המערערים טענו, כי תרומת כליה על ידם, בלא תמורה, יוצרת חסכון כספי לזכות המשיבות, השקול להעשרתן שלא כדין. בעקבות השתלת הכליה, לא נזקק עוד החולה לטיפולי דיאליזה, והדבר מפחית באופן ניכר את עלות שירותי הבריאות שהמשיבות נדרשות להשקיע בטיפולים בחולה. לאור זאת, מתקיימת כאן חובת השבה של התעשרות המשיבות, על פי סעיף 1 לחוק עשיית עושר. בית המשפט דחה טענה זו

וקבע, כי אין מדובר בהתעשרות המשיבות שהיא בבחינת חסכון ודאי. אין בטחון שההשתלה תעלה יפה, וגם אם היא תצליח, החולה יוסיף להיזקק לטיפולים ולתרופות. גם התורמים עצמם עשויים להיזקק לטיפולים שונים בעקבות הניתוח, שבכולם נושאות קופות החולים. בנסיבות אלה, לא הוכחה התעשרות המשיבות המזכה בהשבה. בית המשפט הוסיף, כי אפילו היתה מוכחת התעשרות ודאית מצד המשיבות, עדיין השבתה בנסיבות אלה היתה בלתי צודקת, במובן ההוראה שבסעיף 2 לחוק עשיית עושר. אי-הצדק בהשבה נעוץ בכך שכל חסכון שנוצר כתוצאה מניתוח השתלה מוזרם, במסגרת תקציב הבריאות, לטובת הציבור כולו.

הטענה השניה בהקשר זה מתייחסת לעילה מכח סעיף 4 לחוק עשיית עושר. הטענה היתה, כי קמה למערערים זכות השבה כלפי קופות החולים, שלא קיימו את חובתן להעמיד לרשות המבוטחים תרומת כליה. נפסק, כי העילה הנוגעת לפורע חוב הזולת, על פי סעיף 4, מדברת בתנאי מיקדמי, על פיו נפרע חוב שחייב אדם אחר כלפי הזולת, ואשר התובע מבקש השבה בגין פרעונו. נפסק, כי תנאי סף זה אינו מתקיים בנסיבות ענין זה, שכן על המשיבות לא מוטלת כל חובה לספק למבוטחים תרומת כליה; חובתן מתמצית במימון ניתוח ההשתלה והטיפולים הקשורים בו, כאשר קיים אבר זמין הניתן להשתלה.

הטענה השלישית היתה, כי עומדת למערערים זכות להשבה במסגרת סעיף 5 לחוק עשיית עושר, בתור מי שתרמו כליות, בתום לב ובסבירות, לצורך שמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו וכבודו של אדם אחר, מבלי שהיו חייבים בכך. נקבע, כי הוראה זו עשויה לחול, בין היתר, במצב שבו מוטלת חובה על גורם מסוים לתת טיפול רפואי, ואחר ביצע חובה זו במקומו. מאחר שלא מוטלת חובה על המשיבות לספק כליה לחולים, ממילא דין טענה זו להידחות.

8. בית המשפט המחוזי דחה גם את טענת המערערים בדבר זכותם לתשלום מכח חוק לא תעמוד על דם רעך. על פי סעיף 2 לחוק זה, עשויה לקום חובת תשלום כלפי אדם שהושיט עזרה לזולת שהיה מצוי "לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו" (סעיף 1(א) לחוק זה). בית המשפט קבע, כי מחלת כליות, בנסיבות בהן מדובר בהליך זה, אינה בגדר אותם מקרים קיצוניים המצמיחים חובת הצלה והושטת עזרה כמובנה באותו חוק, ולכן לא קמה עילה מכוחו.

9. בית המשפט בחן גם את עילות הרשלנות והפרת חובה חקוקה כלפי החולים שהושתלו בהם כליות. עיקר הטענה בהקשר לכך היתה, כי המשיבות לא יצאו ידי

חובתן למצוא אברים זמינים להשתלה, ולצמצם את משך ההמתנה לתרומת אברים. בכך התגבשו, כנטען, עוולות הן של רשלנות והן של הפרת חובה חקוקה.

בית המשפט דחה גם טענה זו. נפסק, כי אף אחת מהוראות החוק שבהן נתלתה התביעה אינה יוצרת חובה על המשיבות לדאוג לזמינות אברים להשתלה, כחלק מטיפול רפואי לו זכאים תושבי המדינה על פי חוק הבריאות. כמו כן, לא הוכח כי נגרם למושתלים נזק בשל רשלנות או הפרת חובה שנטען להן. די באלה כדי לדחות את הטענה.

10. מסקנת בית משפט קמא היתה, אפוא, כי יש לדחות את עיקרי טענות המערערים, אך נקבע, כי קופות החולים חייבות לשפות את התורמים בגין הוצאות ישירות שנגרמו להם כתוצאה מניתוח ההשתלה, וזאת מכח חוק ביטוח בריאות. בענין זה נקבע, כי במסגרת החזר הוצאות ניתוח ההשתלה לתורמים יש לכלול גם אובדן השתכרות, ימי אשפוז, הוצאות נסיעה, עזרת צד ג' לתקופת ההחלמה, והוצאות רפואיות חריגות, שאינן מכוסות במסגרת השירותים הרפואיים הניתנים בסל הבריאות. בעקבות זאת, נקבע פיצוי גלובלי, בלא הוכחות פרטניות, בסך 36,000 ש"ח לכל אחד מהמערערים.

הערעורים

על פסק הדין קמא הוגשו ערעורים הן מטעם המערערים (ע"א 8532/06 וערעור שכנגד בע"א 8623/06) והן מטעם קופות החולים (ע"א 8623/06, ע"א 8684/06 וע"א 8447/06).

11. הערעור שהגישו המערערים מוסב על דחיית עיקרי העילות שעליהן הושתתה תביעתם. כן מבקשים המערערים כי אף המדינה, ולא רק קופות החולים, תחויב בתשלום כלפיהם, מכח אותן העילות.

המערערים טוענים, כי על המדינה ועל קופות החולים מוטלת חובה לפעול לקיום מאגר אברים להשתלה, על מנת לאפשר את הרחבת היקף ההשתלות בישראל. נטען, כי חובה זו נובעת מחוק ביטוח בריאות, המורה כי על קופות החולים מוטלת חובה לבצע במבוטחים ניתוחים להשתלת כליה. ככל שהמשיבות אינן מעמידות לרשות החולים אברי כליות הנחוצים לניתוחים, כך התוצאה היא כי מוטל על החולים עצמם להשיג כליות להשתלה, ומצב זה אינו ראוי. נטען, כי המשיבות הפרו את החובות

המוטלות עליהן בענין זה, ועקב כך נגרמו למושטלים נזקים קשים, עקב התארכות תקופות ההמתנה לביצוע ניתוחי ההשתלות, על כל ההשלכות הרפואיות השליליות הנובעות מכך, בטווח הקצר ובטווח הארוך.

מוסיפים המערערים וטוענים, כי ניתוחי השתלת הכליות שנערכו בזכותם הביאו לחסכון ממשי בקופתן של המשיבות, וכי חסכון זה הוא ודאי וברור, ולמצער – הוא מוכח כנדרש על פי מאזן ההסתברויות. העובדה שחסכון כספי זה משרת את טובת הציבור כולו, במסגרת תקציב הבריאות, אינה נסיבה העושה את השבת כספי ההתעשרות של המשיבות לידי המערערים לבלתי צודקת, במובן סעיף 2 לחוק עשיית עושר.

לבסוף טוענים המערערים, כי חלות על ענין זה הוראות חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 (להלן: חוק חוזה הביטוח), וחוק לא תעמוד על דם רעך, המקנות להם זכויות לתשלומים בגין תרומת הכליות שנתנו לקרוביהם.

12. קופות החולים מערערות, בשלושת ערעוריהן, על חיובן בתשלום החזר הוצאות למערערים מכח חוק ביטוח בריאות. לטענתן, חוק זה עוסק במתן טיפול רפואי בעין מצד קופות החולים כלפי מבוטחיהן. חוק זה אינו מטיל חובת תשלום של קופת חולים בגין נזק ממוני שנגרם לפלוני, במיוחד כאשר הוא אינו מבוטח שלה, אלא הוא מי שתרם אבר להשתלה למבוטח שלה. נטען, כי טיפולים רפואיים מגוונים הניתנים למבוטחים עשויים להיות כרוכים בנזק ממוני לחולה, לרבות בגין הפסד השתכרות, עזרת צד שלישי, וכדומה, ואיש אינו טוען כי בכל מקרה מסוג זה חייבות קופות החולים לפצות את החולה פיצוי ממוני. חובתן מסתכמת, כאמור, בהענקת הטיפולים הרפואיים בעין, ואינה מתפרשת על תשלומי ממון.

עוד נטען, כי תורמי האברים הצהירו, עובר לביצוע ניתוחי ההשתלה, כי הם לא קיבלו ולא יקבלו תגמול בעד התמורה. לגישת קופות החולים, פסק דינו של בית משפט קמא מסכל את המגמה הערכית לפיה תרומות אברים תתבצענה ממניעים אלטרואיסטיים בלבד; תשלום ההוצאות שנפסק על פי פסק הדין קמא משיק, במהותו, לסחר באברים תמורת ממון, ויש בכך משום פסול מוסרי.

במישור העובדתי טוענות קופות החולים, כי תשלומי ההוצאות שנפסקו למערערים בידי בית משפט קמא לא נשענו על תשתית ראייתית כלשהי, ולא נמצא כל בסיס להערכה שנעשתה בענין זה. קופות החולים, מצידן, לא הפיקו כל חסכון

מתרומות הכליה, מה גם שתרומות אלה אינן גורמות נזק כלשהו לתורם, שכן – על פי עדות מומחה שהובאה בפני בית משפט קמא – אדם שתורם אחת מכליותיו מוחזק אדם בריא לכל דבר וענין.

אשר לנטל הנשיאה בתשלום הפיצוי, ככל שהוא יעמוד בעינו, טוענות קופות החולים כי הגורם שהפיק תועלת מתרומות האברים, אם בכלל, הינו המדינה, שהיא הנושאת בנטל המימון של סל הבריאות. כן נטען, כי תוצאת פסק הדין קמא כמוה כהגדלת היקפו של סל הבריאות, המחייבת העלאה מתאימה בתקציבי קופות החולים, שאין לעשותה אלא בחוק.

13. המדינה, מצידה, תומכת בעיקרי עמדתן של קופות החולים. היא מדגישה, כי גם במדינות אחרות, כגון ארה"ב ואנגליה, הביקוש לאברים להשתלה עולה באופן משמעותי על ההיצע הקיים. מכאן, שהמחסור באברים להשתלה אינו מעיד, כשלעצמו, על התרשליות או על הפרת חובה כלשהי מצד המשיבות. המדינה מוסיפה, כי כפי שקבע בית משפט קמא, אין יסוד לטענה כי מוטלת על מי מהמשיבות חובה לספק אברים להשתלה; אילו זה היה הדין, משמעות חובה כזו היתה כי המשיבות נדרשות לעסוק ברכישת אברים, ודבר זה אינו אפשרי במישור המעשי, ואין לקבלו במישור הערכי. עם זאת, נטען כי המדינה פועלת במידת האפשר להרחבת מערך תרומות האברים בארץ, באמצעות המרכז להשתלות, שהיא יחידת סמך במשרד הבריאות, ואין עליה חובה לפעול מעבר לכך.

המדינה מציינת מספר נימוקים לשלילת זכאותם של המערערים לתשלום בגין תרומת האברים. לדבריה, אפילו אם הביאו תרומות הכליה לחסכון מסוים למדינה או לקופות החולים, גם אז הדבר אינו מקים זכות להשבה: ראשית, המערערים ביקשו, כמתנדבים, לתרום את כליותיהם, וקיום כוונה להעניק דבר-מה בחינם שולל את הזכות להשבה. שנית, עיקר המניע לתרומת המערערים התייחס לקידום טובתם של קרוביהם; בנסיבות אלה, הם אינם זכאים להשבה בגין רווח "אינצידנטלי" שהפיק צד שלישי כתוצאה מכך. שלישית, השבת ה"התעשרות", ככל שהיתה כזו, לידי התורמים, תהיה בלתי צודקת, הואיל והיא שקולה לסחר באברים.

14. חשוב לציין, כי בעת התנהלות המשפט והערעור התקיימו הליכי חקיקה בנושא תרומת אברים והשתלתם. הצעת חוק השתלת אברים, התשס"ד-2003 פורסמה ביום 24.11.2003 (ה"ח הממשלה 68, בעמ' 236). על יסוד הצעה זו נחקק חוק השתלת אברים, התשס"ח-2008 (להלן: חוק השתלת אברים). ביום 5.8.2010 התקין שר

הבריאות, על סמך החוק האמור, את תקנות השתלת אברים (תשלום פיצוי והחזר כספי בעד הוצאות לתורם), התש"ע-2010 (להלן: תקנות פיצוי לתורם). הצדדים התייחסו להתפתחויות אלה בטיעוניהם, כל צד מנקודת מבטו. אולם, מוסכם על הכל כי חוק השתלת אברים ותקנות פיצוי לתורם, המאוחרים להליך זה, אינם חלים על המערערים בענייננו.

דיון והכרעה

15. לאחר עיון בטענות הצדדים, מסקנתי היא כי דין ערעורם של המערערים להידחות; מנגד, יש לקבל את ערעורי קופות החולים, ולבטל את חיובן לפצות את המערערים בפיצוי כספי גלובלי, כפי שהורה בית משפט קמא. עם זאת, אציע כי המערערים לא יידרשו להחזיר את הפיצוי שקבלו על פי פסק הדין קמא. אלה עיקרי טעמי:

השתלת אברים

16. השתלת האברים היא אחד מחידושיה החשובים של הרפואה המודרנית. רעיון ההשתלה היה ידוע כבר לפני דורות רבים, אך פריצת דרך משמעותית בתחום זה הושגה רק במחצית השנייה של המאה העשרים, ובמיוחד בעשורים האחרונים. על פי נתוני משרד הבריאות, בשנת 2010 בוצעו בישראל 229 ניתוחים להשתלת אברים, ביניהם 56 ניתוחים להשתלת כליה מתורם מת, ועוד 78 ניתוחים מתורם חי.

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. מגבלה מהותית זו על אפשרות ביצוע ניתוחי השתלה מביאה לכך שבמדינות המערב רבים מאד ממתינים לניתוחי השתלה. על פי נתוני משרד הבריאות, נכון לחודש ינואר 2011 המתינו בישראל 1117 חולים לזמינות של אבר להשתלה, ביניהם 733 חולים הזקוקים להשתלת כליה. לגבי חלק מהממתינים, אי-זמינות אבר להשתלה עלול לסכן חיים ממש (EA Friedman & AL Friedman, 2006) *Payment for Donor Kidneys: Pros and Cons*, 69 *Kidney Int'l* 960; על המחסור באברים להשתלה ראו גם בג"ץ 3848/09 בן ציון נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסם, 29.8.2010) (השופט עמית).

17. השתלת אברים מן המת מותנית בכך שהתורם נתן את הסכמתו לתרומה בחייו, או, בתנאים מסוימים, בכך שקרוביו הסכימו לכך לאחר מותו (סעיף 6א לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (להלן: חוק האנטומיה והפתולוגיה); סעיף 28 לחוק השתלת אברים). ארגון "אדי", הפועל במסגרת המרכז להשתלות, מפעיל מאגר מידע המרכז נתונים הנוגעים לתושבי ישראל שהצהירו על רצונם לתרום אברים לאחר מותם. היקף המנויים במאגר זה הוא נמוך ביחס למקובל במדינות המערב (אליקים רובינשטיין "על הרפואה ועולם המשפט בישראל" המשפט ח 645, 656-657 (התשס"ג) (להלן: רובינשטיין); מבקר המדינה "השתלת אברים" דו"ח שנתי 47, 235 (1997)). חברי, השופט רובינשטיין, התייחס לבעיה זו באחת הפרשות:

"מקרה זה הוא בעיני הזדמנות להביע משאלה כי מספרם של המצטרפים למפעל התרומה, שכנמסר לא אחת אין רמתו הזעומה בישראל מוסיפה לנו כבוד, יגדל משמעותית... עידוד תרומת אברים מן המת, מצוה מוסרית ממעלה ראשונה, עשוי להביא לייתורו במידה רבה של הצורך בתרומת אברים מן החי..." (בג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל, פסקה ז(1) (לא פורסם, 16.9.2007) (להלן: ענין פלונית)).

ייתכן שהנכונות המוגבלת לתרום אברים מן המת בישראל נעוצה, בין היתר, בתפיסות שמקורן בהלכה היהודית; אולם, בהתקיים תנאים מסוימים, "רוב פוסקי דורנו הסכימו להתיר לקיחת אבר מן המת להשתלה בחי... ויש אף הסבורים שמצווה להסכים מחיים לתרום אברים שיילקחו לאחר המוות..." (אברהם שטינברג "השתלת אברים" אנציקלופדיה הלכתית רפואית כרך ב 219-229 (1991) (להלן: שטינברג); מרדכי הלפרין "השתלת אברים מן המת" רפואה ומשפט 4, 31 (1991)).

18. גם ביחס להשתלת אברים מן החי קיימות מחלוקות הלכתיות (ענין פלונית, פסקה ט(5); שטינברג, בעמ' 214-219; מרדכי הלפרין "נטילת אברים להשתלה מתורם חי – היבטים הלכתיים" ספר אטיא ט 321 (2004)). כן מתעוררות בענין זה שאלות אתיות מורכבות ("מוסר כליות – השתלות מהחי" רפואה ומשפט 20, 40 (1999); Robert D. Truog, *The Ethics of Organ Donation by Living Donors*, 353 N. Eng. J. Med. 444 (2005)). אחת הסוגיות המורכבות העולות בהקשר לתרומת אברים נוגעת להיבט זכאותו של תורם אבר להשתלה לתמורה כספית או אחרת בעבור תרומתו. הספרות המשפטית בנושא זה היא רחבת ידיים (יהושע ויסמן "אברים כנכסים" משפטים טז 500 (התשמ"ו) (להלן: ויסמן); גד טדסקי "הבעלות על השתל המופק מן החי" הפרקליט לח 281 (התשמ"ט); דפנה לוינסון-זמיר "השתלה מן החי בישראל:

הווי ובעיות" הפרקליט לח 300 (התשמ"ט); שרה פריש "ההיבטים המשפטיים של השתלת אברים" שערך משפט ב 133, 147-149 (התש"ס)). מבין השיקולים השונים הפועלים בסוגיה זו, ראוי לציין את אלה:

הגישה הרווחת במדינות המערב היא כי סחר באברים להשתלה הינו פסול בתכלית מבחינה מוסרית, ויש לשלול תופעה זו מכל וכל (Gerald Dworkin, *The Law Relating to Organ Transplantation in England*, 33 M.L.R. 353 (1970)). הטענה המרכזית לענין זה היא כי סחר בחלקי גוף הופך אותם למעין "מצרכים", ומשווה לאברי האדם אופי של מעין חפצים שניתן לסחור בהם, תוך פגיעה עמוקה בכבוד האדם (Stephen R. Munzer, *Kant and Property Rights in Body Parts*, 6 Can. J.L. & Jurisprudence 319 (1993)). כן עולה בהקשר זה החשש כי בני אדם עניים וחלשים ינוצלו לרעה, וייעשה שימוש בחוסר הישע שלהם לצורך מכירת אברי גופם תמורת כסף. בכך הם עלולים להפוך למעין "מצבור אברים" עבור העשירים (רובינשטיין, בעמ' 657; ש' מאירי "תורמי אברים מרצון ותורמים בעל כורחם" רפואה ומשפט 9, 2 (1993)).

מנגד, היו שהדגישו כי משטר משפטי המתיר תשלום תמורה בעבור תרומת אברים מגדיל את פוטנציאל ההיצע של אברים להשתלה, וטומן בחובו יסוד חיוני להצלת חיים של הנזקקים לתרומה (Gary S. Becker & Julio Jorge Elías, *Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Organ Donations*, 21 J. Econ. Persp. 3 (2007); Abdallah S. Daar, *The Case for a Regulated System of Living Kidney Sales*, Nature, Nov. 2006, at 600). כן הובעה הדעה, כי עשוי להיות שבמהלך השנים תתרחשנה תמורות במוסכמות החברתיות, וכן בתפיסות המוסר הרווחות, באשר להתנגדות והסלידה ממעשי סחר באברים להשתלה (ויסמן, בעמ' 509-508; Stephen J. Dubner & Steven D. Levitt, *Flesh Trade*, N.Y. Times, July 9, 2006). ועוד, היו שהצביעו על כך כי מתן תמורה בעבור תרומת אבר גוף בלתי חיוני לצורך השתלה עשוי לתרום תרומה ניכרת לרווחתו של התורם, במיוחד כשהוא שרוי במצב של עוני קשה (Larry Rohter, *Tracking the Sale of a Kidney on a Path of Poverty and Hope*, N.Y. Times, May 23, 2004).

19. בפסיקתו של בית משפט זה הובעה בעבר הסתייגות נחרצת ממכירת אברים (ר"ע 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661, 676-677 (1988); בג"ץ 5785/03 גדבאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 29, 34-36 (2003) (להלן: ענין

גדבאן); ענין פלוני, פסקה ט). באחת הפרשות, בא לפני בית משפט זה עותר דל-אמצעים, אשר משאלתו היתה כי תינתן לו האפשרות למכור אחת מכליותיו לשם השתלה בחולה פלוני. בית המשפט דחה את העתירה, תוך שעמד על מורכבותה של הסוגיה:

”העתירה שלפנינו מעוררת שלל של בעיות, מהן מוסריות ומהן משפטיות. הבעיה היא סבוכה ביותר. לפתרונה יש לערוך הבחנות שונות ואיזונים שונים. הספרות המשפטית בסוגיה זו, בישראל ומחוצה לה, היא רבה... מהותה של הסוגיה – המקפלת משפט ומוסר, שיקולים של ציבור ושל פרט – מצדיק את בחינתה בגדרו של דבר חקיקה ראשי...” (בג”ץ 161/94 אטרי נ’ מדינת ישראל (לא פורסם, 1.3.1994)).

20. בעבר, הוסדר נושא השתלת האברים בחוזר מטעם מנכ”ל משרד הבריאות (“השתלת אברים מן החי” חוזר המנהל הכללי 2/97 (1997)). במשך השנים נדונו בכנסת מספר הצעות חוק שעניינן הסדרה חקיקתית של תרומת אברים והשתלתם (ענין גדבאן, בעמ’ 35). ברבות הימים, נשאו מאמצי חקיקה אלה פרי, בדמות חוק השתלת אברים והתקנות שהותקנו על פיו. דברי חקיקה אלה הצטרפו לחוק האנטומיה והפתולוגיה, אשר כולל הוראות מסוימות בנושא השתלת אברים מן המת (ראו במיוחד סעיפים 6 ו-6א לו). חוק השתלת אברים כולל הוראות שונות ביחס לנטילת אברים מן המת, לתרומת אברים על ידי החי, להקצאת אברים לתרומה בקרב חולים נצרכים, ולהליכים לביצוע ניתוחי השתלה. רלבנטיות במיוחד לענייננו הן ההוראות הנוגעות להענקת תגמול לתורמי אברים, ואלה עיקריהן:

21. חוק השתלת אברים קובע איסור על סחר באברים: סעיף 3 אוסר על קבלת תמורה בעבור אבר שניטל מגופו של אדם, בין שהנטילה נעשית בחייו של האדם ובין שהיא נעשית לאחר מותו (ס”ק א); כן הוא אוסר על מתן תמורה בעד אבר שהושתל בגופו של אדם (ס”ק ב); סעיף 4 אוסר על תיווך בין תורם לנתרם לשם מכירת אבר. האיסורים הללו גוררים עונש פלילי של שלוש שנות מאסר או הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, התשל”ז-1977 (סעיף 36 לחוק). אבר, לענין זה, הוא “אבר או חלק מאבר של אדם, וכן רקמה, הניתנים להשתלה, למעט דם, מוח עצם, ביצית ותא זרע” (סעיף 1 לחוק).

החוק מגדיר תמורה כ”כסף, שווה כסף, שירות או טובת הנאה אחרת” (שם). אולם הוא מוציא מכלל תמורה, בסעיף 3(ג), את אלה: ראשית, “הצלבת תרומות” בין

קרוביהם של חולים שונים. שנית, תשלום והחזר כספי בעד הוצאות, על פי סעיף 22 לחוק. שלישית, תמורה שנתן "תאגיד מוכר", ששר הבריאות הכיר בו ככזה, בעד הסכמה של אדם, או של קרובו, כי ינטלו מאותו אדם לאחר מותו אברים להשתלה (על פי סעיף 29 לחוק). רביעית, הוצאות קבורה, הסעה והטסה של גופת אדם שאבריו ניטלו לאחר מותו לשם השתלה, שישולמו על ידי המרכז להשתלות (על פי סעיף 30 לחוק).

בהטלת איסורים רחבי-היקף על עריכת עסקאות באברים, הולך החוק בדרך שנסללה בשיטות משפט אחרות רבות, ומאמץ את תפיסתן האתית-מוסרית בסוגיה זו (ראו, למשל: National Organ Transplant Act, 42 U.S.C. § 274e (2006) (U.S.); Human Tissue Act, 2004, c. 30, § 32 (U.K.); Austen Garwood-Gowers, *Living Donor Organ Transplantation: Key Legal and Ethical Issues* 168-183 (1999); David Price, *Legal and Ethical Aspects of Organ Transplantation* 375-380 (2000)).

22. בצד האיסורים המוטלים בו, חוק השתלת אברים קובע הוראות בדבר הענקת הטבות מסוימות לתורמי אברים. כאמור, סעיפים 29 ו-30 לחוק מאפשרים מתן תמורה (על ידי תאגיד מוכר), וכן תשלום הוצאות קבורה, הסעה והטסה (על ידי המרכז להשתלות), במקרה של תורם מת. בצד אלה, סעיפים 22 ו-23 לחוק זה עוסקים בהטבות לתורם חי. סעיף 23 קובע כי תוענק לתורם תעודת הוקרה מטעם שר הבריאות (ס"ק א), וכי הוא יהיה פטור מתשלום דמי כניסה לגנים לאומיים, שמורות טבע, ו"מקומות מוסדרים" (ס"ק ב). סעיף 22 מורה כי ייקבעו הן תשלום והן החזר כספי לתורם אברים. התשלום הוא "תשלום אחיד שתשלם המדינה לכל תורם כפיצוי בשל ההפסד הכספי הנובע באופן סביר מהפעולות הכרוכות בנטילת אבר" (ס"ק א). לענין ההחזר הכספי, ייקבעו על ידי שר הבריאות, בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת, "כללים ותנאים לעניין החזר כספי בעד הוצאות שהוציא התורם", בנושאים הבאים: רכישת ביטוח רפואי פרטי, ביטוח מפני פגיעה בכושר העבודה או בכושר ההשתכרות, וביטוח חיים; טיפול פסיכולוגי; וחופשת החלמה. התשלום וההחזר הכספי בעד הוצאות ישולמו לתורם על ידי מרכז ההשתלות לאחר נטילת האבר.

תקנות פיצוי לתורם קובעות את זכאותו של תורם אברים לתשלום ולהחזר כספי 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 (תקנה 2). בדיון לפנינו מסרה ב"כ המדינה הערכה, לפיה סך התשלומים הללו עשוי להגיע לסדר גודל של כ-20,000 ש"ח לתורם. התקנות מפרטות כיצד יחושבו רכיבי תשלום אלה (תקנות 3-9), כיצד הם יבוצעו בפועל (תקנה 10), וכיצד יעודכנו סכומיהם (תקנה 11). הוראות נוספות בנושא תשלום והחזר כספי לתורם אברים קבועות ביתר תתי-סעיפיו של סעיף 22 לחוק השתלת אברים (כן ראו סעיף 8(12) לחוק ביטוח בריאות).

23. תחילתו של חוק השתלת אברים ביום 1.5.2008 (סעיף 42 לחוק). זהו גם יום תחילתן של עיקרי התקנות (תקנה 12). התקנות "יחולו על תורם שעבר ניתוח לנטילת אבר ביום התחילה או לאחריו" (שם; כן ראו תקנה 13). הוראות אלה משמיעות, כי החוק והתקנות אינם חלים על המערערים בענייננו.

24. לסיכום הדברים עד הנה: חוק השתלת אברים, בשילוב עם תקנות פיצוי לתורם שהותקנו מכוחו, משקפים איזון חדש בסוגיה המורכבת של מתן תגמול בעד תרומת אברים להשתלה. 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, שיכולם 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. התקנות קובעות כיצד יש לחשב הוצאות אלה. הרעיון שביסוד הפיצוי תואר בדברי ההסבר להצעת החוק כדלקמן:

"הפיצוי האמור אינו תגמול כספי שמטרתו לתמך תרומת אברים, אלא החזר הוצאות בעין שנגרמו לתורם באופן סביר עקב מתן התרומה. הרעיון העומד מאחורי הענקת הפיצוי האמור הוא שאין זה מן הראוי שאדם התורם מאבריו לצורך הצלת חיים של אחר יאלץ לשאת בנטל הכספי שייגרם לו עקב הליך התרומה..." (ה"ח 68 מיום 24.11.2003, בעמ' 245; דברי הכנסת מיום 24.3.2008 (טרם פורסם)).

25. מאחר שחוק השתלת אברים והתקנות על פיו אינם חלים על המערערים, יש לבחון האם יש מבין העילות השונות שהמערערים התבססו עליהן לצורך תביעתם כאלה העשויות להוות בסיס לתביעת התשלומים שהגישו, בין לצורך קבלת תמורה בגין

עצם תרומת הכליה שתורמו לקרוביהם, ובין לצורך קבלת פיצוי בגין הוצאות ישירות או עקיפות שנגרמו להם עקב ניתוח ההשתלה.

חוק ביטוח בריאות

26. ההתייחסות לחוק ביטוח בריאות מעלה שתי שאלות:

ראשית, האם חוק זה, בפריט 14(א)(13) לתוספת השניה לו, מהווה מקור למתן גמול לתורם על עצם תרומת הכליה?

שנית, האם, למצער, מהווה הוראה זו מקור לתשלום פיצוי ממוני על נזק ישיר ועקיף שנגרם לתורם כתוצאה מפעולת ההשתלה? שאלה זו מתקשרת במישרין לקביעת בית משפט קמא, לפיה על יסוד פריט 14(א)(13) לתוספת השניה לחוק יש לשלם לכל אחד מהמערערים סך של 36,000 ש"ח, כפיצוי "לכיסוי כל נזק ישיר אשר נגרם... כתוצאה ישירה מעצם פעולת ההשתלה" (פסקה 35 לפסק הדין).

בחינת שאלות אלה מביאה למסקנה כי יש להשיב בשלילה לשתייהן.

27. חוק ביטוח בריאות נחקק במטרה להרחיב באופן משמעותי את מעגל הזכאים לקבל שירותי בריאות בישראל. כלשון דברי ההסבר להצעת החוק: "בישראל קיימת כיום אוכלוסייה של כ-250,000 נפש... שאינם מבוטחים באף קופה. מוצע לשנות מצב זה ולקבוע שכל תושב המדינה... זכאי לקבלת שירותי הבריאות המפורטים בחוק..." (הצעת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ג-1993, ה"ח 2189 מיום 30.6.1993, בעמ' 205; הצעה נפרדת, אך זהה בעיקרה, היא שהובילה לחקיקה: ה"ח 2249 מיום 14.2.1994, בעמ' 230). חוק ביטוח בריאות ביקש לחולל רפורמה גם בדרך מימון של שירותי הבריאות:

"מימון סל שירותי הבריאות נמצא היום בידי קופות החולים, שגובות ישירות את כספי הביטוח. אמצעי המימון של כל קופה קובעים את רמת סל שירותי הבריאות הניתנת למבוטח... מוצע לשנות מצב זה ולקבוע כי המדינה היא זו שתהיה אחראית למימון סל שירותי הבריאות, ואילו קופת חולים תהיה אחראית למתן הסל, כך שמתן סל שירותי הבריאות יובטח לכל תושבי המדינה באופן שוויוני..." (ה"ח 2189 מיום 30.6.1993, בעמ' 206) (הדגשה לא במקור).

החוק ביקש, אפוא, להבטיח בראש וראשונה מתן שירותי בריאות לכל תושבי המדינה באופן שוויוני. שנית, הוא יצר הפרדה בין מימון שירותי הבריאות – שייעשה על ידי המדינה, לבין הספקתם הלכה למעשה – שתיעשה על ידי קופות החולים; בדרך זו, הובטח שירות בריאות שוויוני ואחיד לכלל האוכלוסיה (ע"א 5557/95 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' אלחדד, פ"ד נא(2) 739, 724 (1997); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 53 (לא פורסם, 2.9.2010) (להלן: ענין לה"ב); ע"ע (ארצי) 1091/00 שיטרית – קופת חולים מאוחדת, פד"ע לה 5, 24 (2000); המכון הישראלי לדמוקרטיה הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד 14-17 (2002); כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות האדם 159-160 (2003); אמנון כרמי בריאות ומשפט כרך ב 1636-1637 (2003)).

28. תפיסה זו של חוק ביטוח בריאות משתקפת בסעיף 3 לו, המורה, בין השאר, כי "המדינה אחראית למימון סל שירותי הבריאות..." (ס"ק ב), וכי "קופת חולים אחראית כלפי מי שרשום בה למתן מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה..." (ס"ק ג). עוד מורה החוק, כי "קופת חולים תיתן לכל מי שהיא אחראית כלפיו... את כל שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה, בין בעצמה ובין באמצעות נותני שירותים, ללא כל הפליה..." (סעיף 21(א)). היקפם של שירותי הבריאות שיינתנו למבוטחים על ידי קופות החולים נקבע על פי תוכנו של "סל שירותי הבריאות". תוכנו של "סל" זה מוגדר בסעיף 7, והוא מורכב בעיקרו מן הפריטים המנויים בתוספות השניה והשלישית לחוק.

התוספת השניה לחוק ביטוח בריאות מגדירה, אפוא, את עיקר שירותי הבריאות של קופת חולים לחבריה. פריט 14(א)(13) לתוספת זו הוא שירות בריאות מסוג "השתלת כליה". האם פריט זה עשוי להיות מקור לחובת פיצוי כספי החלה על המשיבות כלפי התורם בגין עצם תרומת הכליה, או בגין נזקים ישירים או עקיפים שנגרמו לו עקב ניתוח ההשתלה?

התשובה לשאלה זו קשורה קשר הדוק במהות המושג "מתן שירותי בריאות" הנזכר בסעיף 3(ג) לחוק, שהשתלת כליה מהווה חלק ממנו. ביטוי זה, של "מתן שירותי בריאות", בהקשר זה, משמעו – מתן הטיפול הרפואי גופו, על פי הקבוע בסל הבריאות, להבדיל ממתן פיצוי ממוני כזה או אחר בעקבות הטיפול הרפואי. חובתן של קופות החולים והמדינה מתמקדת במתן הטיפולים הרפואיים הקבועים בסל הבריאות, והיא אינה מתפרשת על פני מתן פיצוי ממוני – בין כתגמול עבור עצם תרומת הכליה, ובין בגין נזקים הנובעים מהליך ההשתלה, בין הישירים ובין העקיפים. חובתן של

קופות החולים הינה לבצע השתלת כליה במקום שקיימת כליה זמינה, ולשאת במלוא העלויות המתלוות לטיפול הרפואי הקשור בניתוח ההשתלה; אולם הוראה זו, בפריט 14(א)(13) לתוספת השניה לחוק ביטוח בריאות, אינה טומנת בחובה חובת פיצוי כספי לתורמים, בין עבור אבר ההשתלה – הכליה, ובין בגין נזקי הניתוח למיניהם. תוצאה זו מתבקשת מלשון החוק ומתכליתו, כדלקמן:

29. במישור הלשון: הביטוי "מתן שירותי בריאות", שהמשיבות חייבות לתיתם מכח החוק, ושהשתלת כליה נימנית עליהם, מכוון למתן שירותי בריאות בפועל, ואינו מדבר בחובת פיצוי כספי – בין כלפי המבוטח ובין כלפי צד שלישי. הלשון נוטה בבירור אל עבר פרשנות שלפיה חובתן של קופות החולים נוגעת למתן טיפול רפואי בעין, בין בעצמן ובין באמצעות נותני שירותים מטעמן. רוצה לומר, "שירותי בריאות" הם אותם שירותים רפואיים, ובכללם טיפולים, ניתוחים, תרופות, וכיוצא באלה, הניתנים לחולה – ובמקרה זה גם לתורם – בעין, להבדיל מתשלומים כספיים כלשהם הקשורים בשירותים רפואיים אלה.

30. במישור התכלית: חוק ביטוח בריאות מורה על מתן שירותי הבריאות הכלולים בסל הבריאות לציבור המבוטחים, על בסיס חובת קופות החולים להעניק שירותים רפואיים אלה. בצד חובה זו של הקופות עומדת חובת המדינה לדאוג לתקציב מתאים למימון סל הבריאות, מהמקורות המנויים בחוק (בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, 741-742 (2000)). מבנה החוק ותכליותיו מצביעים, אפוא, על כך שחובת קופות החולים מתמקדת בהעמדת שירותים רפואיים, כהיקפם המוגדר בחוק, לכלל התושבים, ובהם שירות השתלת כליה, כאשר קיים אבר כליה זמין לצורך כך. על המשיבות להעמיד לתורם ולנתרם את מלוא האמצעים הרפואיים על מנת לבצע את ניתוח ההשתלה, ולהבטיח את הצלחתו ככל הניתן, באמצעים המקצועיים העומדים לרשותן. אולם, אין חובת המשיבות מתפרשת על מתן תשלום לחולים או לתורמים, החורג מעבר לגבולות מימון הטיפולים הרפואיים עצמם. לחובה כזו אין אחיזה בתכליות החוק, בין אם מדובר בתשלום כלשהו עבור האבר הנתרם עצמו ובין אם מדובר בפיצוי על נזקים ממוניים ישירים או עקיפים העשויים להיגרם עקב הניתוח או הטיפולים הכרוכים בו.

חוק ביטוח בריאות מבוסס, אפוא, על תפיסה של מתן שירותי בריאות בעין לזכאים בידי קופות החולים, ומימון אותם שירותים בידי המדינה. ככלל, חוק זה אינו כולל מקור חיוב על המדינה או קופות החולים להעניק תשלומים כספיים לזכאים לשירותי בריאות מכח החוק, וזאת בהבדל מזכותם לטיפולים רפואיים בעין. רק

במצבים חריגים, קובע החוק הוראות מיוחדות ביחס לתשלומים כספיים כאמור, כגון לענין החזר הוצאות נסיעות לחולה אונקולוגי או חולה דיאליזה (פריט 29 לתוספת השניה לחוק). החריג המיוחד מלמד על הכלל.

31. סיכומו של דבר: שירותי הבריאות שיש חובה להעניקם על פי חוק ביטוח בריאות מתמקדים בטיפולים הרפואיים עצמם; אי לכך, אין בפריט "השתלת כליה" שבתוספת השניה לחוק משום מקור למתן תגמולים כספיים לתורמים בגין תרומת הכליה עצמה. כמו כן, פריט זה גם אינו מהווה מקור חיוב עצמאי לתשלומים שונים לתורם, בגין הוצאות והפסדי ממון ישירים או עקיפים כלשהם, שטיפולי ההשתלה עלולים לגרור אחריהם. חוק ביטוח בריאות 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.

נובע מכך, כי קביעת בית משפט קמא, לפיה מכח חוק ביטוח בריאות יש לפצות כל מערער בסך 36,000 ש"ח בגין נזקיו הממוניים עקב ניתוח ההשתלה, אינה יכולה לעמוד. מעבר לנדרש יצויין, כי סכום הפיצוי שפסק בית משפט קמא אינו מתבסס על נתונים מוכחים כלשהם באשר לעלות ההוצאות הישירות שנגרמו לתורמים השונים. לאור כל אלה, יש לבטל קביעה זו של בית משפט קמא.

נעבור מכאן לבחינת יתר עילות התביעה להן טענו המערערים.

חוק עשיית עושר – העקרון הכללי

32. חובת ההשבה מכח דיני עשיית עושר מעוגנת בסעיף 1(א) לחוק עשיית עושר, הקובע את העקרון הכללי לפיו "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה". יסודותיה של עילת התביעה על פי הוראה זו הם שלושה: הזוכה קיבל טובת הנאה; טובת ההנאה באה לו מאדם אחר, הוא המזכה; טובת ההנאה נתקבלה על ידי הזוכה שלא על פי זכות שבדין (ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 275 (1988); ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה (5) 297, 319 (1991)).

בענייננו, אין לדבר ב"התעשרות" המשיבות עקב תרומת הכליות של המערערים לקרוביהם. ראשית, ספק אם במישור העובדתי ניתן לומר כי תרומת כליה מביאה בהכרח לחסכון ממשי של גורמי הבריאות מבחינת ההוצאות הטיפוליות בחולה המושלת, שכן אין לדעת מראש את תוצאות ההשתלה, בין בטווח הקצר ובין בטווח הארוך, ובית משפט קמא עמד על כך פסק דינו. כן יש לציין, כי החסכון הנטען לא הוכח באופן משכנע, כנדרש.

אולם, גם אם נניח כי צמח למשיבות חסכון בעלויות בעקבות תרומת הכליות מצד המערערים, שניתן להגדירו כ"התעשרות", עדיין אין לומר כי מדובר ב"התעשרות" שנתקבלה "שלא על פי זכות שבדין".

33. הנחת יסוד בדיני עשיית עושר הינה, כי במצבים שונים עשוי ה"זוכה" להתעשר כתוצאה מטובת הנאה שבאה לו מידי ה"מזכה", אולם בכך בלבד אין די לצורך גיבוש עילת השבה על פי החוק: "לא די בעצם ההתעשרות כדי להצמיח עילה בעשיית עושר. אף אין זה די כי ההתעשרות מקורה במזכה והיא על חשבוננו" (רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 322 (1990) (להלן: ענין ליבוביץ)). דיני עשיית עושר, בליבתם, עוסקים בהתוויית אמות המידה לאותם מצבים שבהם ראוי לחייב את המתעשר על חשבון רעהו להשיב את התעשרותו לידי של המזכה (ע"א 760/77 בן עמי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לג(3) 567, 577 (1979); רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 359 (1998) (להלן: ענין א.ש.י.ר.)).

שיטות משפט שונות מציבות אמות מידה שונות לגיבוש הזכות להשבה. הגישה הדומיננטית במשפט האנגלו-אמריקאי יסודה בתפיסה כי הזכות להשבה תקום במקום שכן מורים עקרונות הצדק והיושר (*Moses v. Macferlan*, (1760) 97 Eng. Rep. 676, 681 (K.B.); Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 1 (Tentative Draft No. 7, 2010)). שיטות משפט אחרות מבססות את הזכות להשבה על העדר עילה שבדין להתעשרות (BGB § 812; והשוו למבחן "no juristic reason" במשפט הקנדי: *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629). השלכותיהן של הגישות השונות בנושא זה נדונו בספרות משפטית ענפה (Doug Rendleman, *When Is Enrichment Unjust? Restitution Visits an Onyx Bathroom*, 36 Loy. L.A. L. Rev. 991 (2003); Chris D.L. Hunt, *Unjust Enrichment Understood as Absence of Basis: A Critical Evaluation with Lessons from* (Canada, 6 Oxford U. Comp. L.F. (2009)).

34. אמת המידה שמציבים דיני עשיית העושר הישראליים להתוויית גבולותיה של הזכות להשבה מובנית בתנאי שלפיו זכות כזו תקום רק ביחס להתעשרות ש"אינה על פי זכות שבדין". מהם גדריה של הזכות להשבה על פי אמת מידה זו? יש לבחון שלושה מצבים אפשריים לענין זה:

מצב אחד עוסק בזוכה שקיבל טובת הנאה על יסוד זכות משפטית שמקורה בנורמה שמחוץ לדיני עשיית עושר. כך, למשל, מי שהיה זכאי לטובת הנאה מכח חוזה (ע"א 11/87 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו, עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מג(4) 287, 291-293 (1989)) או מכח חיקוק (רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פסקה 15 (לא פורסם, 26.4.2010)). במצב מסוג זה, התעשרות הזוכה מוחזקת כהתעשרות על פי זכות שבדין, ולא קמה חובת השבה.

מצב שונה מתרחש ביחס למי שקיבל טובת הנאה תוך הפרת נורמה משפטית חיצונית לדיני עשיית העושר. כך, למשל, "אם ההתעשרות נעשית תוך הפרת חוזה, תוך ביצוע עוולה או תוך פגיעה בקניין" (ענין א.ש.י.ר., בעמ' 462; ענין ליבוביץ, בעמ' 322). במקרים אלה, ככלל, ההתעשרות נתפסת כהתעשרות "שלא על פי זכות שבדין", והיא עשויה לחייב בהשבה, בין היתר, מכח עקרונות עשיית עושר.

עיקר הקושי טמון במצב המצוי בתווך, בין שני המצבים הראשונים. הכוונה למצב שבו, מצד אחד, ההתעשרות אינה נובעת מזכות משפטית מובהקת, ומצד שני – היא אינה כרוכה גם בהפרת הוראה ספציפית של הדין. סביב מצב אפשרי כזה מתעוררות מרבית השאלות הסבוכות שעומן מתמודדים דיני עשיית עושר: "המקרים הקשים להכרעה בשאלה אם ההתעשרות אינה כדין הם המקרים בהם לא ניתן להצביע על דין מפורש אשר מקנה לזוכה זכות להתעשר או שולל זאת ממנו" (ענין ליבוביץ, בעמ' 323; והשוו גר טדסקי "היבטים לעשיית עושר" משפטים יא 385, 391-397 (התשמ"א)).

35. במקרים השייכים לקטגוריה שלישית זו מתעורר הצורך בהכרעה נורמטיבית: אפשר שההתעשרות היא "על פי זכות שבדין"; ואפשר שהיא איננה כזו. הכרעתו של בית המשפט בין שתי החלופות היא הכרעה "פנימית" לדיני עשיית עושר, ואיננה הכרעה "חיצונית" הנטועה בענפי משפט אחרים (ענין א.ש.י.ר., בעמ' 462-464). היא נטועה בשיקולים שבמדיניות משפטית, ובראשם השאיפה להביא לתוצאות שיענו

לדרישות הצדק והיושר. "המבחן לשאלה אם ההתעשרות אינה כדין הוא בבחינה אם התעשרות זו היא בלתי צודקת... מבחן הצדק, על פיו נבחנת השאלה האם ההתעשרות אינה כדין, מודרך על-פי 'תחושת המצפון והיושר' ועל-פי השקפות בדבר 'הישר והטוב' (ענין ליבוביץ, בעמ' 323). כדי להתחקות אחר גדריה של התעשרות שיש להשיבה למזכה, "עלינו לאתר את הערכים והאינטרסים אשר השכלול שביניהם מבטא את 'תחושת הצדק' המזינה את חובת ההשבה" (ענין א.ש.י.ר., בעמ' 470; כן ראו שם, בעמ' 359-362, 429-431, 438, 441; ע"א 347/90 סודהגל בע"מ נ' ספילמן, פ"ד מז(3) 459, 477-479 (1993); ע"א 4437/99 א.ד.י. מערכות סטריאו ואזעקות לרכב בע"מ נ' אפריל טקליין בע"מ, פ"ד נה(2) 232, 237-238 (2000); חנוך דגן "מניעת התעשרות שלא כדין" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 653 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008)).

36. אשר לענייננו: הנחתנו, לצורך הדיון, היא כי המשיבות – קופות החולים או המדינה – הפיקו תועלת כלכלית שבאה להן מן המערערים, בעקבות החלטתם לתרום כליות לקרוביהם. אולם בתועלת זו לא די כדי להקים עילת תביעה על פי חוק עשיית עושר. לצורך כך נדרש כי התועלת שהמשיבות הפיקו תהיה "שלא על פי זכות שבדין". במקרה זה, התעשרות המשיבות אינה נובעת מזכות שעמדה להן בדין כלפי המערערים, כי הללו יתרמו את כליותיהם להשתלה, ובכך יביאו להתעשרותן. מצד שני, התעשרותן של המשיבות, או מי מהן, גם אינה עומדת בסתירה לנורמה כזו או אחרת מחוץ לדיני עשיית עושר. נדרש, אפוא, לבחון האם התעשרות זו היא "שלא על פי זכות שבדין" לאור שיקולי מדיניות הטמונים בעקרונות הצדק והיושר.

דעתי היא, כי "התעשרות" המשיבות, ככל שנוצרה כזו בעקבות תרומת הכליות של המערערים לחולים, אינה מקיימת את התנאי "שלא על פי זכות שבדין", כמשמעותו של מושג זה בחוק עשיית עושר. אלה הטעמים לכך:

37. ראשית, התעשרות המשיבות בעקבות תרומת הכליות נבעה במלואה מיוזמת המערערים. זוהי טובת הנאה שהמערערים העניקו למשיבות ביוזמתם הם (השוו חנוך דגן "הפועל לשמירת עניין הזולת" משפטים כד 463 (התשנ"ה)). נסיבה זו מקשה על תפיסת התעשרות זו כאילו הוענקה למשיבות "שלא על פי זכות שבדין". בכפוף לחריגים, הכלל המקובל הוא כי "כאשר טובת-הנאה ניתנה לנהנה מרצון אך מבלי שהנהנה ביקש אותה, המשפט אינו מכיר בחובת השבה כלשהי, והנהנה רשאי להחזיק בטובת-ההנאה שקיבל אף שלא שילם בגינה" (אריאל פורת "בעד הרחבתה

של חובת ההשבה" עיוני משפט לא 521, 526 (2009)). ביסודו של כלל זה עומדת התפיסה כי לא יהא זה צודק להעניק לפלוני טובת הנאה מבלי שהוא ביקש לקבלה, ולאחר מכן לדרוש ממנו את השבתה (Falcke v. Scot. Imperial Ins. Co., (1887) 34 (C.A.)). בניסוחו הציורי של בית משפט אנגלי: (Ch. D. 234, 248 (C.A.)).

"One cleans another's shoes. What can the other do but put them on?" (Taylor v. Laird, (1856) 25 L.J. Ex. 329, 332).

על העקרון האמור קמו עוררין, שביקשו לצמצם את תחולתו (G.H.L. Fridman,) (Restitution 285-286 (2d ed. 1992)). אולם, דומה כי יש לו משקל מיוחד דווקא כשה"זוכה" בהקשר הדברים נימנה על רשויות הציבור. תחומי פעולתה ואחריותה של הרשות הציבורית, על זרועותיה השונות, הם רבים ורחבים. פעולות מגוונות שבני אדם יוזמים מכח עצמם עשויים לגרוע, בעקיפין, מן הנטל ומן האחריות המוטלים על כתפי הגורמים הציבוריים (השוו, מזוית אחרת: עופר גרוסקופף "הרשות השלטונית כמזכה" משפטים לד' 517 (2004)). למשל: פלונית נעזרת באופניים לצורך נסיעה ממקום למקום, ומפחיתה בכך מעלויות הרשות הציבורית בהפעלת התחבורה הציבורית; אלמונית מארחת בביתה ידידה מחוסרת דיור, ומקלה בכך על תקציבן של רשויות הסעד; פלמונית מחנכת את ילדיה מחוץ למערכת החינוך הפורמלית, ומקטינה בכך את הנטל התקציבי המוקדש למטרות חינוך. בכל המקרים הללו, אין זה סביר כי פעולת פרט, המביאה בעקיפין להענקת טובת הנאה למדינה, תקים בידו זכות להשבה (אולם, השוו David A. Anderson, Restitution for Benefits Voluntarily Conferred Upon Government: A Poverty Law Remedy, 49 Tex. L. Rev. 515 (1971)). בדומה לכך, גם עניינם של המערערים, שתרומתם לקרוביהם הפחיתה, לכאורה, מנטל הרשויות הכרוך בטיפול הרפואי בחולים, אינו מהווה התעשרות "שלא על פי זכות שבדין".

38. ועוד – הענקת טובת הנאה לגורמי הבריאות מקורה ברצון התורמים להביא לשיפור איכות חיי קרוביהם, היקרים להם. מעשה התרומה של כל אחד מן המערערים נעשה על בסיס מערכת יחסים קרובה ומיוחדת בינו לבין בן משפחתו, הנתרם. ההשלכות הנובעות ממעשה התרומה מבחינת המשיבות הן בבחינת תוצאות-לוואי אינצידינטליות, שלא תפסו מקום מרכזי במערכת השיקולים של המערערים, שהתמקדה במעשה החסד עם בן משפחתם הנזקק. על נסיבות מסוג זה אומר פרופ' פרידמן:

"העקרון הכללי הוא שמי שפעל לקידום אינטרס עצמי איננו זכאי להשבה מאנשים אחרים אשר הפיקו תועלת

מפעולתו... טעמו של הדין ברור. מבצע הפעולה צופה לרווח או הנאה שיפיק מן הפעולה. זה צריך להיות שכרו, ואין הוא זכאי לשכר נוסף... יתרה מזאת, אין כמעט פעילות שאיננה משפיעה, לחיוב או לשלילה, על הזולת... אין זה מתקבל על הדעת שכל פעילות כזו תגרור מערכת התחשבות עם כל אלה שנהנו (ואולי ניזוקו) מן הפעולה. אלה הן טובות הנאה, המכונות לעיתים 'אינצידנטליות', אשר אינן ניתנות להשבה" (דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כך א 189 (מהדורה שניה, 1998) (להלן: פרידמן) (הדגשה לא במקור)).

תרומות הכליה מצד המערערים נעשו ביוזמתם, והונעו מאינטרס אלטרואיסטי שלהם. אינטרס זה הוגשם, בעזרת מימון מדינתי של ההליך הרפואי הנדרש לשם כך. בכך התמצו ציפיותיהם של המערערים באשר לתוצאות המקוות מן התרומה. במצב המשפטי שנהג בעת הרלבנטית, לא נולדה, אפוא, למערערים ציפייה מוכרת, במישור המשפטי, לקבל תמורה כלכלית בעד תרומת הכליות. בנסיבות אלה, התעשרותן של המשיבות אינה נתפסת כהתעשרות שלא על פי זכות שבדין (Daniel Friedmann, *Unjust Enrichment, Pursuance of Self-Interest, and the Limits of Free Riding*, 36 Loy. L.A. L. Rev. 831 (2003); Saul Levmore, *Explaining Restitution*, 71 Va. L. (Rev. 65 (1985)).

39. ולבסוף: תרומת אברים מביאה עימה תועלת לא רק לחולה הנתרם אלא לחברה כולה. התפיסה השוררת במישור המשפטי, החברתי והערכי היא כי תרומת אברים הינה, דרך כלל, מעשה אלטרואיסטי, שנועד להועיל לנתרם, וכך גם למשפחתו ולחברה כולה. משמעות הנחת מוצא זו היא כי התועלת החברתית הנובעת מתרומת האברים אינה אמורה למצוא את דרכה אל כיסו של התורם, אלא להיוותר בידי מערכת הבריאות; תוצאה זו נתפסת כמתיישבת עם עקרונות של צדק ויושר, ולא כמנוגדת להם. יצויין, כי גם על פי המצב המשפטי הנוהג כיום, בעקבות חוק השתלת אברים ותקנות פיצוי לתורם, תורם אבר אינו אמור להפיק טובת הנאה מעצם מעשה התרומה, אלא רק לזכות בתשלום אחיד בשל ההפסד הכספי הנובע באופן סביר מהפעולות הכרוכות בנטילת האבר, ובהחזר הוצאות מסוימות, כדי שלא ייאלץ "לשאת בנטל הכספי שייגרם לו עקב הליך התרומה" (ה"ח 68 מיום 24.11.2003, בעמ' 245).

40. סיכומו של דבר: גם אם הנחתנו היא כי המשיבות, או מי מהן, הפיקו טובת הנאה ממעשי תרומת האברים של המערערים, אין לראות טובת הנאה זו כהתעשרות "שלא על פי זכות שבדין". התעשרות זו אינה בלתי ראויה או בלתי צודקת לאור מכלול

השיקולים הנורמטיביים הנוגעים לענין, ובראשם – הענקת טובת הנאה ביוזמת המערערים, לשם שיפור בריאות קרוביהם, בלא ציפייה להפיק רווח נוסף, ובלא התנאת תרומת האבר בקבלת גמול כספי. לכל אלה מצטרפת תפיסת היסוד לפיה תרומת אברים היא מעשה הנעשה שלא בעבור תמורה כספית, ויש לשלול מכל וכל סחר באברי גוף האדם תמורת כסף. על רקע כל אלה, "התעשרותן" של המשיבות, ככל שהיא קיימת, אינה מקימה למערערים זכות להשבה מכח העקרון הכללי שבסעיף 1 לחוק עשיית עושר.

נתייחס בתמצית ליתר עילות התביעה שהעלו המערערים.

סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף

41. סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף קובע:

"זכותו של מיטיב להיפרע מן המזיק

2. גרם אדם לזולתו נזק-גוף, רשאי מי שהיטיב את הנזק להיפרע את הטבת הנזק מן המזיק עד כדי סכום שהמזיק היה חייב למוטב על פי כל דין בשל גרימת נזק הגוף אלמלא הוטב הנזק על ידי המיטיב" (הדגשה לא במקור).

טוענים המערערים, כי בתרומת הכליות לקרוביהם יש לראות בהם מיטיבי נזק, שהיטיבו נזק שהמשיבות היו חייבות בגינו בתשלום בתורת "מזיקות". לפיכך, עומדת להם זכות, על פי הטענה, להיפרע מהמשיבות את הנזק שהיטיבו.

לטענת המערערים שתי פנים בהקשר זה: ראשית, המשיבות הפרו חובה פרטנית לספק אברים להשתלה לקרובי המערערים החולים; שנית, הן הפרו חובה לדאוג להיצע מספיק של כליות להשתלה במאגר הקיים. הפרת חובות אלה מעמידה את המשיבות בתורת "מזיק", ועליהן לפצות את המערערים בגין הנזק שהוטב על ידם בתרומת הכליות.

42. אין ממש בטענה זו. אשר לפן הראשון שלה, לפיו חלה על המשיבות חובה לספק לחולים כליות להשתלה: כפי שצויין לעיל, חוק ביטוח בריאות אינו מטיל חובה על המשיבות לספק אברי כליות להשתלה, אלא ליתן שירותים רפואיים לצורך השתלה כאשר אבר ההשתלה זמין. החובה לספק שירותי בריאות בהקשר לפריט "השתלת

כליה" אינה מהווה מקור לחיוב המשיבות לספק כליות להשתלה לכל נזקק, ואין מקור משפטי אחר שמכוחו מוטלת חובה כזו. אכן, הדבר נעוץ, בראש ובראשונה, ממגבלות המציאות. בישראל ובעולם כולו קיים מחסור חמור בכליות להשתלה, ולא ניתן להטיל חובה על גורם כלשהו לספקן, במיוחד לאור האיסור הבסיסי לקיים סחר באברים להשתלה תמורת ממון. עם זאת, מוטל על הרשויות המוסמכות לנקוט בפעולות סבירות על מנת לעודד קרובים ואחרים לתרום אברים באופן וולונטרי, ובמסגרת החוק; זאת ותו לא. על הרשויות לפעול באופן סביר על מנת להגדיל ככל האפשר את מאגר האברים להשתלה. אולם, אין עליהן חובה משפטית להשיג תוצאה זו, שבעיקרה איננה תלויה בהן (השוו איל זמיר "הצעות לחקיקה בנושא חוזי קבלנות וחוזי שירותים" משפטים כו 97, 104-105 (התשנ"ה)).

התפיסה הכללית ברקע חוק ביטוח בריאות וסל הבריאות היא, כי הסדר חקיקתי זה אינו מתיימר לכלול את מלוא השירותים הרפואיים האפשריים, בהיקף וברמה להם נזקק כל פרט (בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פסקה 16 (לא פורסם, 28.7.2008) (להלן: ענין לוזון); בג"ץ 434/09 דוידוב נ' שר הבריאות, פסקה 22 (לא פורסם, 3.5.2009) (להלן: ענין דוידוב)). אכן, "לעולם קצר המצע מהשתרע ואין הקומץ משביע. בעולם שבו הנוף הטכנולוגי והרפואי משתנה במהירות, לעתים לבלי הכר, ועם זאת מחיר הטכנולוגיות והתרופות הוא גבוה, אין מנוס מקביעתם של סדרי עדיפויות" (בג"ץ 2974/06 ישראלי נ' הועדה להרחבת סל הבריאות, פסקה 26 (לא פורסם, 11.6.2006)). אולם בעוד שבתחומי רפואה אחרים, היקפם של שירותי הבריאות נתון לסדרי עדיפויות הנקבעים על ידי הגורמים המוסמכים, בנושא השתלות קיים קושי מהותי הנוגע לעצם זמינותם של אברים להשתלה, המותנית ברצונם הטוב של התורמים, בשיטה משפטית-ערכית אשר אינה מכירה בלגיטימיות של סחר באברים. במערכת מורכבת זו של קשיים ודילמות מוסריות, לא ניתן להניח קיומה של חובה על הרשויות הציבוריות לדאוג בכל עת לזמינות אבר להשתלה לכל חולה נזקק, גם אם הן נדרשות לעשות מאמץ סביר על מנת לעודד את בני הציבור להרבות בתרומות לצורך הצלת חיי אדם, או לשיפור משמעותי באיכות חייהם.

בנסיבות אלה, אין לקבל את הטענה כי המשיבות הפרו חובה כלפי החולים, המעמידה אותן בחזקת "מזיק" כלפיהם לצורך תביעת מיטיב על פי חוק הטבת נזקי גוף.

43. בפן השני של טענת המערערים להפרת חובה מצד המשיבות, נטען, כאמור, כי המשיבות הפרו חובה לנקוט באמצעים סבירים לקיום היצע מספיק של אברים להשתלה ולעידוד הציבור לתרום כליות להשתלה.

החובה לנקוט באמצעים סבירים על מנת לעודד את הציבור לתרום אברים להשתלה, ולעשות מאמץ להגדיל את היצע התרומות, מוטלת על גופי הבריאות הן מכח דיני הנזיקין, והן מכוחו של המשפט המינהלי ודיני הבריאות. אלא, שהמערערים העלו את טענותיהם העובדתיות בנושא זה בעלמא, ולא הניחו כל בסיס עובדתי ממשי לטענה כי המשיבות לא עמדו בחובה האמורה. בהעדר ביסוס עובדתי לטענה, אין מקום להיזקק לה.

44. המסקנה היא, אפוא, כי המערערים לא ביססו עילת תביעה מכח סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף. זאת, שכן לא הוכח כי ניתן לראות במשיבות בבחינת "מזיקות" כלפי החולים שעברו השתלה בזכות תרומת המערערים.

סעיפים 4 ו-5 לחוק עשיית עושר

45. הניתוח שערכנו לענין סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף מביא לכך שיש לדחות גם שתי עילות תביעה נוספות שהמערערים טענו להן, על פי סעיפים 4 ו-5 לחוק עשיית עושר.

ראשית, סעיף 4 לחוק עשיית עושר קובע זכות להשבה, בתנאים מסוימים, לגבי "מי שפרע חובו של אדם אחר". על מנת שהוראה זו תחול על הענין, המערערים נדרשים להראות שנתקיים "חוב" של המשיבות כלפי קרוביהם החולים, שאותו הם – המערערים – פרעו, באמצעות תרומות כליה. שאלה היא, האם ה"חוב" שבו מדברת הוראה זו עשוי להיות גם חיוב שאינו כספי (פרידמן, כרך א, בעמ' 271-272; גד טדסקי "המקיים את חיוב הזולת וזכותו להשבה" משפטים י 17, 28-29 (התש"ס)). מכל מקום, ראינו כי בענייננו לא ניתן להצביע על חיוב כלשהו (גם כזה שאיננו כספי) שהיה מוטל על המשיבות כלפי החולים, בין להבטיח היצע של אברי השתלה זמינים לכל נזקק, ובין לבצע פעולה נוספת, מעבר לאלה שנעשו על ידן, להגדלת מאגר האברים להשתלה. ממילא, לא מתקיים התנאי כי "חוב" של אדם אחר נפרע על ידי המערערים, באופן המזכה אותם בהשבה.

שנית, סעיף 5 לחוק עשיית עושר עוסק ב"מי שעשה בתום לב ובסבירות פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של אדם אחר...". בנסיבות אלה מורה הוראה זו, כי הזוכה חייב בשיפוי של המזכה בהוצאותיו הסבירות. מוקד הוראה זו הוא בהטלת חובת השבה על הזוכה שכלפיו נעשתה פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו. אין עילה זו נוגעת להשבה מגורמי הבריאות, אלא, לכל היותר, מהחולים הנתרמים עצמם. אין מדובר, אפוא, בעילה תקפה כלפי גורמי הבריאות. גם דין עילה זו להידחות.

סעיף 6 לחוק הטבת נזקי גוף וסעיף 61 לחוק חוזה הביטוח

46. המערערים טענו להתקיימות שתי עילות תביעה נוספות, המתבססות על ראיית קופות החולים כמבטחות של קרוביהם החולים:

סעיף 6 לחוק הטבת נזקי גוף מקנה זכות תביעה למיטיב כנגד מבטחו של המזיק, בקובעו: "היה המזיק מבוטח בשל חבותו למוטב, רשאי המיטיב להיפרע לפי חוק זה מן המבטח במידה שהמבטח אחראי כלפי המזיק". המערערים טוענים, כפי שפורט לעיל, כי הם היטיבו את נזקי קרוביהם בתרומות כליה, וזכאים להטבת נזקם מהמשיבות כ"מבטחות" של המזיק. קושי מובנה בעילת תביעה זו טמון בכך שהיא מתייחסת לחבות מצד מבטחו של המזיק. בהנחה שקופות החולים הן "מבטחות" של החולים, הן תהיינה חייבות על פי הוראה זו רק אם החולים עצמם יראו כ"מזיקים". דרך פרשנית זו תמוהה על פניה, וברי שדין עילה זו להידחות.

סעיף 61 לחוק חוזה הביטוח עוסק ב"הקטנת הנזק" מצד המבוטח או המוטב. בין היתר נקבע בהוראה זו, כי אם "הוציא המבוטח או המוטב... הוצאות סבירות למניעת הנזק או להקטנתו... חייב המבטח לשפותם" (ס"ק ב). טענת המערערים היא, כי יש לראות את תרומות הכליה מצידם כהוצאות שהקטינו את נזקי החולים, אשר בגין מוטלת על קופות החולים – הן המבטחות, על פי הטענה – חובת שיפוי כלפי התורמים. גם בעילת תביעה זו קיים קושי ניכר, שכן היא מניחה, חרף לשון הסעיף, כי גם צד שלישי, שאינו המבוטח או המוטב, עשוי לזכות בתשלום מהמבטח בגין הקטנת הנזק.

47. מעבר לקשיים האמורים, ספק אם ניתן לראות בקופות החולים "מבטחות" לענין הוראות חוק אלה. מעמדן של קופות החולים כמבטחות טרם נדון בפסיקה במישרין (להתייחסות עקיפה, השוו דב"ע (ארצי) תשנ"ב/22-0 המוסד לביטוח לאומי – גליק,

פד"ע כב 161, 167 (1990); ענין לה"ב, פסקה 57; רע"א 7817/99 אבנר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' קופת חולים מכבי, פ"ד נז(3) 49, 62-63 (2003) (להלן: ענין אבנר)). עם זאת, נראה, כי אין מקום להנחת מוצא לפיה קופות החולים, במסגרת אחריותן מכח חוק ביטוח בריאות, מצויות במעמד של "מבטחות" על פי משמעות מושג זה בחוק חוזה הביטוח ובחיקוקים נוספים הנוגעים למבטחים מסחריים. מאפייניו ה"ביטוחיים" של ביטוח הבריאות הממלכתי אינם בליכתו של הסדר חקיקתי זה. תפקידו העיקרי של ביטוח הבריאות הממלכתי הוא לשמש מנגנון רווחה סוציאלי. אופיו העיקרי טמון בפונקציה המיסויית-סוציאלית שהוא ממלא (ענין לה"ב, פסקה 68; סעיף 1 לחוק ביטוח בריאות). לנוכח "המאטריה של ביטוח הבריאות הממלכתי, השונה מדיני הביטוח הכלליים", יש להניח כי הסדרי חוק הנוגעים לביטוח המסחרי לא יחולו באורח אוטומטי על קופות החולים, בפועלן בגדרי ביטוח הבריאות הממלכתי (ענין אבנר, בעמ' 72).

בספרות המשפטית נדונה שאלת היות קופות החולים "מבטחות" בקשר לחוק חוזה הביטוח. הדעה הרווחת היא, כי "חוק חוזה הביטוח אינו חל על הסדרי ביטוח הבריאות הממלכתיים" (ירון אליאס דיני ביטוח כרך א 46 (2009)). טעם מרכזי שהוצג בתמיכה לדעה זו הוא, כי עיקרי היחסים המשפטיים בין קופות החולים לציבור המבוטחים מוסדרים על פי הוראות חוק ביטוח בריאות, ולא על פי חוזה (שחר ולר חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 כרך א 170-171 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי, 2005)). ועוד, חוק חוזה הביטוח נחקק במטרה להסדיר את תחום הביטוח המסחרי, להבדיל מהביטוח הסוציאלי (שם; וראו דברי ההסבר להצעת חוק הביטוח, התשל"ו-1975, ה"ח 1209 מיום 16.10.1975, בעמ' 20). לבסוף, יחסי קופת החולים והמבוטח הולכים ומתבדלים מאלה האופייניים למבטח ומבוטח בתחום המסחרי ככל שמחויבותה של קופת החולים מתמקדת במתן שירותי בריאות בעין, להבדיל משיפוי החולה בגין הוצאותיו שלו (איל זמיר חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, 163-166 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, 1994); והשוו סעיף 1 לחוק חוזה הביטוח). כפי שצויין לעיל, אחריותן של קופות החולים מתרכזת בהענקת השירותים הרפואיים גופם, ולא בכיסוי ממוני של עלות הטיפולים למבוטח (עוד השוו סעיף 95 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981).

48. גם בהקשר הספציפי של הסעיפים 6 לחוק הטבת נזקי גוף ו-61 לחוק חוזה הביטוח, קשה לראות בקופות החולים כ"מבטחות", מבחינת הגיונם ותכליתם של

הסדרי דין אלה, ובהתייחס לאופי התפקיד שממלאות קופות החולים במסגרת ביטוח הבריאות הממלכתי:

שתי הוראות החוק האמורות עוסקות במבטח שרבעה עליו חבות בשיעור מסוים, מכח כיסוי ביטוחי שהובטח למבוטח; הטבת הנזק (לענין חוק הטבת נזקי גוף) או הקטנת הנזק (לענין חוק חוזה הביטוח) עשויות היו, לכאורה, להביא לצמצום שיעור החבות, אלא שהוראות אלה מטילות על המבטח חובת תשלום גם בגין הטבת הנזק או הקטנתו. הוראות אלה מתאימות בהגיוןן למבטח שחבותו כלפי המבוטח מוגדרת על פי אמות מידה כספיות קבועות; תוצאתן היא כי הנטל הכספי המוטל על המבטח נותר כשהיה גם לנוכח הטבת נזק או הקטנת נזק.

קופות החולים אינן תואמות את אופיו של ה"מבטח" אליו מתייחסים הסדרים אלה. חובתן של קופות החולים כלפי מבוטחיהן מתמקדת בהספקת שירותי בריאות, בהתאם להיקפו של סל הבריאות. חובה זו נועדה להגשים את המטרה הסוציאלית שביסוד ביטוח הבריאות הממלכתי, שהיא דאגה לבריאותו של ציבור המבוטחים. שירותי הבריאות ניתנים על פי צרכיו של החולה האינדיבידואלי, אשר משתנים מאדם לאדם ומשעה לשעה. הזכאות המוקנית בגדרי ביטוח הבריאות הממלכתי, והחובה המקבילה המוטלת על קופות החולים, הן בעלות אופי דינמי. משמעותן היא, כי חולה הזקוק לשירותים המנויים בסל הבריאות – זכאי לקבלם. ביטוח הבריאות הממלכתי אינו מבקש לתת בידי המבוטחים הטבה כספית בעלת שווי יציב, אלא זכאות לקבל שירותי בריאות שונים בעין, על פי צרכים קונקרטיים המשתנים מעת לעת.

מנגנון ביטוח הבריאות הממלכתי מניח, אפוא, ביסודו, כי היקפם של שירותי הבריאות שיסופקו על ידי קופות החולים לחולים השונים ייגזר מן הנסיבות האינדיבידואליות המשתנות. על כן, כאשר חולה מסוים אינו נזקק לשירותים שונים הכלולים בסל הבריאות, מטעמים כאלה ואחרים – שלא מחמת התנהלות לקויה של קופת החולים – לא מוסיפה לעמוד כלפיו חובה ערטילאית של קופת החולים, שיש מקום לתרגם את הקטנתה למונחים כספיים. עצם התייתרות הצורך בשירותי בריאות מסוים אינו מוליד זכות לחולה, או למי שאחראי לבריאותו, להשלמת תשלום בשיעור יתרת שוויו של שירות הבריאות הממלכתי המלא שנחסך (השוו ע"ע (ארצי) 1317/01 קופת חולים מאוחדת – עזבון ישר (לא פורסם, 9.1.2007)).

49. לסיכום נקודה זו: הנחת המוצא היא כי הסדרי חוק שונים העוסקים במבטחים אינם מתייחסים, בדרך כלל, לקופות החולים בפועלן מכח חוק ביטוח בריאות. הנחת

מוצא זו תואמת את הגיון ותכליתן של הוראות החוק בסעיף 6 לחוק הטבת נזקי גוף ובסעיף 61 לחוק חוזה הביטוח. חובתן של קופות החולים כלפי מבוטחיהן, וכלפי קרובי המערערים בכלל זה, היא להעניק את שירותי הבריאות הנחוצים בפועל למבוטחים לצורך ניתוח השתלת הכליה. ככל שעקב ניתוח ההשתלה נחסכו מקופות החולים שירותי בריאות מסוימים, שאחרת היו ניתנים לחולה המושגל, אין חובה על הקופה לשפות בתורת "מבטח" את מי שתרים להיווצרותו של חסכון זה.

חוק לא תעמוד על דם רעך

50. עילת תביעה אחרונה שהמערערים טוענים לה יסודה בחוק לא תעמוד על דם רעך. סעיף 1 לחוק זה מורה, כי "חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לא-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו" (ס"ק א). עוד קובעת הוראה זו, כי "המודיע לרשויות או המזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה הנדרשת, יראוהו כמי שהושיט עזרה לענין חוק זה" (ס"ק ב; לדיון בהוראות החוק, ראו ע"פ 70/04 פוראדין נ' מדינת ישראל, פסקה ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 19.1.2006); ע"פ 5204/07 אבוטמור נ' מדינת ישראל, פסקה ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 3.9.2007); נחום רקובר "לא תעמוד על דם רעך" – האמנם? מחקרי משפט יז 495 (2002)).

51. המקיים את חובת ההצלה הקבועה בסעיף 1 לחוק זה עשוי להיות זכאי ל"החזר הוצאות ותשלומי נזק", בתנאים ובגדרים מסוימים, על פי סעיף 2 לחוק. אולם העילה לתשלום על פי חוק זה אינה חלה על המערערים, כפי שקבע בית המשפט המחוזי (פסקה 51 לפסק דינו). מעשי תרומות הכליה, שבאמצעותם הושיטו המערערים עזרה רבת-חשיבות לקרוביהם, לא נעשו כלפי מי שנמצא "עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו". קרובי המערערים היו שרויים, אכן, במצב בריאותי קשה, אך יציב בעיקרו; אין מדובר בהושטת עזרה לאדם הנמצא בסכנה חמורה ומיידית לבריאותו עקב אירוע פתאומי; כך קבע במישור העובדתי בית המשפט המחוזי, ולמעשה אין בענין זה מחלוקת (ענין לוזון, פסקה 14; ענין דוידוב, פסקה 31; והשוו ע"א 6649/96 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, פ"ד נג(3) 529, 544 (1999); דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 47) (לא תעמוד על דם רעך), התשנ"ה-1995, ה"ח 2398 מיום 4.4.1995, בעמ' 456). לפיכך, גם עילה זו אינה יכולה להיות לעזר למערערים.

52. המערערים תרמו אבר מגופם לקרובי משפחתם, ובכך תרמו לסיכויי הטבה ניכרת במצבם הבריאותי, ואפשר אף העלו את תוחלת חייהם.

אפשר עוד, כי אגב מעשי התרומה, הביאו המערערים תועלת כלכלית למדינה, לקופות החולים, ואף לציבור כולו. אולם אין די בכך כדי להקנות להם זכות משפטית לקבל תמורה על מעשי התרומה – בין תמורה על עצם תרומת האבר מגופם, ובין פיצוי ממנוני על הפסדים ישירים ועקיפים שנגרמו להם עקב ניתוח ההשתלה. העילות עליהן ביקשו המערערים להסתמך אינן מהוות מקור משפטי לתשלומים שנתבעו על ידם.

53. חוק השתלת אברים ותקנות פיצוי לתורם נשענים על התפיסה כי, מצד אחד, אין להתיר בשום מצב סחר באברים לצורך השתלה; מנגד – הם תומכים בעקרון כי "אין זה מן הראוי שאדם התורם מאבריו לצורך הצלת חיים של אחר ייאלץ לשאת בנטל הכספי שייגרם לו עקב הליך התרומה" (ה"ח 68 מיום 24.11.03, בעמ' 245).

עם זאת, החוק והתקנות נכנסו לתוקף לאחר שבוצעו ניתוחי ההשתלות בנסיבות מקרה זה. לכן, המערערים בענייננו אינם זכאים לפיצוי מכח החוק והתקנות, שהרי לא הוכרה בהם זכות לתשלום של תורמים שניתוחי ההשתלות באבריהם בוצעו קודם לתחילת תוקפם.

54. ערעור המערערים (ע"א 8532/06) נדחה, אפוא, ואילו ערעוריהן של קופות החולים (ע"א 8623/06, ע"א 8684/06 וע"א 8447/06) מתקבלים. התוצאה היא, כי המשיבות אינן חייבות בתשלום כלשהו למערערים בעקבות תביעתם נשוא הליכים אלה, וחייבן בתשלומי פיצוי, וכן בשכר טרחה והוצאות משפט, על פי פסק הדין קמא, מבוטל בזה.

55. בנסיבות המיוחדות של מקרה זה, ולאור הסדר החקיקה החדש שהתקבל בינתיים, אציע לחברי, כי ככל ששולמו למערערים כספים כלשהם (בגין פיצוי, הוצאות ושכר טרחה) על יסוד פסק הדין דלמטה – יופטרו המערערים מהשבתם (השוו דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פסקה 45 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (לא פורסם, 29.8.2010)). כן אציע שלא ייעשה צו להוצאות בערכאה זו.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת פרוקצ'יה. חברתי סקרה את פסק דינו המפורט של בית המשפט המחוזי (השופט י' שפירא) וניתחה את העילות השונות להן טענו המערערים.

ב. בדיון בפנינו הציג בא כוחם המלומד של המערערים – שעל מעשי החסד שעשו לא יתכן אלא להוקירם מקרב לב – את גישתם, ובין השאר ציין כי אמנם נאסר סחר באברים – אך לא נאסר מתן תמורה בעבור תרומת אברים; והתורמים הפוטנציאליים, כך נטען, חוששים לבריאותם ולמצבם הכלכלי, והכרעה חיובית בתביעתם חשובה להצלת חיים, במבט לעתיד. באת כוחה המדינה, בהמלצת בית המשפט, היתה נכונה להטבות בנושאים קונקרטיים מסוימים (שתועדו בפרוטוקול) וגם באי כוח קופות החולים המשיבות-המערערות היו ברובם נכונים לכך, אך הדבר לא הסתייע.

ג. כאן המקום להזכיר, כי זמן קצר לפני הדיון בפנינו נחקק חוק השתלת אברים, תשס"ח-2008 (שהיה רק בגדרי הצעת חוק בעת פסיקתו של בית המשפט המחוזי); תחילת החוק נקבעה ליום כ"ו ניסן תשס"ח (1.5.08), ולימים, הותקנו תקנות השתלת אברים (תשלום פיצוי והחזר כספי בעד הוצאות לתורם), תש"ע-2010, אך החוק והתקנות אינם חלים בענייננו. החוק אסר על סחר באברים, ומנגד קבע (בסעיף 22) עקרונות סיוע לתורמים בעבור רכישת ביטוח רפואי פרטי, טיפול פסיכולוגי, תקופת החלמה והחזר הוצאות, ודומה כי הסכומים המרביים על פי אינם רחוקים מאוד ממה שפסק בית המשפט המחוזי למערערים דנא, 36,000 ₪ (אמנם בדיון בפנינו – כפי שמציינת חברתי – הוערך הסכום על פי חוק ב-20,000 ₪ לתורם, אך דומני כי משהותקנו התקנות נעשה הסכום המצטבר המירבי גבוה יותר).

ד. ניתוח המשפטי של חברתי מקובל עלי. בסופו של יום, הוא גם תואם את הגישה שנקט המחוקק בחוק השתלת איברים, שאם גם התמהמה - בא. בבג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות, שפסק הדין בו ניתן ב-16.9.07, כמחצית השנה בטרם נחקק החוק, נאלצנו לדחות עתירה למימון השתלה בחו"ל שמשרד הבריאות שלל מתוך איסור על מימון השתלה של אברים שהושגו בתמורה (סחר באברים). לבנו היה עם העותרת במובן האנושי והבענו אי נחת מאי הסדרת החקיקה, תוך שהפנינו "תחינה, כך ממש, לכנסת להשלים את חקיקת החוק הנחוץ", וסיימנו באמרנו כי אנו "חוזרים ומחלים פני הכנסת לסיים את הליך החקיקה". דבר זה הושג, תודה לאל (ולכנסת), כתום תקופה נוספת. עוד לפני כן, ב-2006, נדרשנו לעתירה של מורה בעניין כלילתו של שתל המציל שמיצה בסל הבריאות (בג"ץ 2974/06 ישראלי נ' הועדה להרחבת סל הבריאות (לא פורסם)). חברתי ציטטה (פסקה 42) קטע מחוות דעתי שם; אוסיף, מפסקה אחרת שם, כי קראנו לבדיקת השאלה "האם השיפור באיכות חייהם של מקבלי השתל אינו כזה שיאפשר להם להמשיך בעבודתם שתישמר להם, והדבר יחסוך כספי ציבור אחרים"; ובענייננו, ככל שהחוק עודד תרומת אברים – ויש לקוות כי אכן זו תוצאתו, כפי שהבענו תקווה בבג"ץ פלונית - יש לברך על כך.

ה. בסופו של יום, תרמו המערערים את אברים לקרובי משפחתם מתוך אהבה ומחויבות רגשית ואנושית מן המעלה הראשונה. הם לא עשו כן לשם פיצוי. אך ברי כי אותם שיקולים שעמדו בפני המחוקק בקבעו בחוק ובתקנות את הפיצוי וההחזר הכספי, יפים מוסרית גם לגביהם. ער אני לכך שהחוק לא חל רטרואקטיבית, אך משהגענו עד הלום, אצטרף להצעת חברתי בסיפת חוות דעתה לפטרם מהשבה.

ו. אולי לא למותר לחזור בסיפה גם על הקריאה שציטטה חברתי (בפסקה 17) להצטרפות למפעל התרומה של ארגון "אדי", במסגרת המרכז להשתלות הפועל לפי החוק, אשר תפקידיו לפי סעיף 8(5) הם, בין השאר "פעולות הסברה לעידוד תרומת איברים לפי כל דין". "כל המקיים נפש אחת מעלה עליו הכתוב כאילו קיים עולם מלא" (משנה סנהדרין ד', ה'; אבות דרבי נתן ל"א); וראו לעניין נוסח משנה זו, שבניסוחים רבים מדבר ב"נפש אחת מישראל", פרופ' א"א אורבך "כל המקיים נפש אחת גלגוליו של נוסח, 'תפוכות' צנזורה ועסקי מדפיסים", תרביץ מ' (תשל"א), 268. המוכיח כי נכון הנוסח שאינו גורס "מישראל", והדברים יפים לכל בן אנוש באשר הוא.

ז. כאמור מצטרף אני לחוות דעתה של חברתי.

לפיכך, הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה.

ניתן היום, י"ח באייר התשע"א (22.05.11).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת (בדימ')