

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2618/00

בפני: כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן  
כבוד השופט א' א' לוי

העותרת: חברת פארות בע"מ

נגד

המשיבים: 1. שר הבריאות  
2. ראש מינהל הרפואה החטיבה לענייני ריאות  
3. המרכז הרפואי אסף הרופא  
4. שר לענייני דתות  
5. הרבנות הראשית לישראל  
6. הוועדה הבין משרדית לפיקוח על המוהלים

### **עתירה למתן צו-על-תנאי וצו-ביניים**

תאריכי הישיבות: י"ד בכסלו תשס"א (11.12.00)  
א' בסיון תשס"א (23.05.01)

בשם העותרת: עו"ד אורי רגב  
עו"ד עינת הורביץ

בשם המשיבים 1,2,4-6: עו"ד יהודה שפר

## פסק-דין

### השופט א' א' לוי:

#### מבוא

1. העותרת, חברת פארות בע"מ, היא חברה פרטית המפעילה מרפאה בשם "מילה טובה", אשר מעניקה שירותי מילה באמצעות רופאים אורולוגים מומחים. העותרת ביקשה בעתירתה שלושה סעדים:

(א) להעניק לה היתר לפרסם את שירותיה הניתנים על ידי מרפאת "מילה טובה", בלוח המודעות בבתי החולים הממשלתיים.

(ב) שבית משפט זה יכריז על בטלותה של ההנחיה שניתנה על ידי שר הבריאות וראש מינהל החטיבה לענייני בריאות במשרד הבריאות (משיבים 1 ו-2) בינואר 99, לפיה "רק מוהלים מוסמכים" יורשו לפעול בתחום בתי החולים.

(ג) לקבוע כי דרישות ההסמכה שנקבעו לצורך קבלת התואר "מוהל מוסמך", שהוצא על ידי שר הבריאות, השר לענייני דתות והוועדה הבין משרדית לפיקוח על מוהלים (משיבים 1, 4 ו-6), מהוות לכל היותר מנגנון פיקוח וולנטארי, שאינו מחייב את העותרת או מוהלים אחרים.

### עובדות הרקע

2. העותרת פנתה למשיב 3, המרכז הרפואי אסף הרופא, שהוא בית חולים ממשלתי הכפוף למשרד הבריאות (להלן: "בית החולים"), וביקשה לפרסם, בתשלום, את שירותיה במחלקת היולדות של בית החולים. משיב 3 השיב לעותרת, כי כמרכז רפואי ציבורי וממשלתי, הוא מחויב "להקפיד כי רק מוהלים מוסמכים יורשו לפעול בתחום בית החולים", ולעניין זה הסתמך על חוזר שהוציא משיב 2 בחודש ינואר 1999, וזו לשונו:

"...הננו להזכירכם כי יש להקפיד כי רק מוהלים מוסמכים יורשו לפעול בתחום בית החולים או המרפאה המורשה.

מצ"ב רשימה מעודכנת של המוהלים המוסמכים, שפורסמה על ידי הרבנות הראשית בישראל, משרד הדתות ומשרד הבריאות, באמצעות הוועדה לפיקוח על מוהלים. יש לתלות רשימה זו במקום מרכזי: כגון משרד קבלת חולים או במקום בולט אחר".

משיב 3 הודיע לעותרת כי אם תמציא אישור של משרד הבריאות לעניין הפרסום, הוא יחזור וישקול את בקשתה מחדש.

3. עניין המילה בכלל ועניין הסמכת מוהלים בפרט, עלה לאחרונה בתשובה שהגישה המדינה בבג"צ 578/98, העמותה נגד חיתוכים באברי המין בתינוקות נ' שר הבריאות ואח', (לא פורסם). באותה תשובה נטען כי נושא הפיקוח על מוהלים מוסדר באמצעות מנגנון רישוי וולנטרי, המופעל כשירות לציבור על ידי משיב 6, הוועדה הבין משרדית לפיקוח על מוהלים. על פי מנגנון זה נקבעים מוהלים המורשים על ידי הרבנות, לאחר שעברו תהליך של הסמכה, ותוך השתתפות בקורסים והשתלמויות מקצועיות מעת לעת. כל אותם מוהלים מורשים כפופים לפיקוחה של משיב 6, שהיא, כאמור, וועדה בין משרדית ומורכבת מנציגי הרבנות, נציגי

המשרד לענייני דתות ונציגי משרד הבריאות. הרכב הוועדה, כך נטען, נקבע מתוך ראייה של הצורך באיזון בין הצרכים הדתיים וההלכתיים הנובעים מעצם היות המילה טקס דתי, לבין הצורך להתחשב בהיבטים הרפואיים של הנושא.

מנגנון ההסמכה של המוהלים, מוסדר בהוראות הנוהל לפיקוח על מוהלים המפורסם על ידי המשיבה 6 (ראה נספח י"ג לעתירה). בהוראות אלו נקבע, בין היתר, כי לצורך קבלת תואר "מוהל מסומך", נדרש המוהל למלא אחר דרישות מקצועיות, היגינה רפואית, וכן דרישות הלכתיות שנקבעו על ידי הרבנות הראשית. כך למשל, נאמר בפרק ה' להוראות הנהל:

"ה. בחנינות והסמכת מוהלים לתואר מוסמך:

לתואר מוהל מוסמך זכאי מי שעומד בתנאים ההלכתיים הבאים:

א. הגיש בקשה אליה צורפו המסמכים הבאים:

1. ....
2. ....
3. המלצה בכתב מהרב המקומי במקום מגוריו המכיר את המועמד ולפיה המועמד ראוי לשמש כמוהל מבחינת התנהגותו ואורח חייו הדתי.

ב. הוגשה בקשה כאמור וצורפו אליה המסמכים כאמור בפסקה א יוזמן המבקש לבחינה בהלכות מילה על החומר שיימסר לו מראש...

הבחינה בהלכות מילה תיבחן בפני רב או רבנים שימונו ע"י הרבנות הראשית..

ג. ...."

העותרת, המגדירה את עצמה כמפעילה מרפאה המציעה שירותי מילה לקהל המעוניין במילה שאינה אורתודוקסית דווקא, אלא שטעמה רפואי ו/או חברתי ו/או שהיא מלווה בטקס דתי ליבראלי, אינה יכולה, מעצם הגדרתה, לענות על דרישות ההסמכה אשר נקבעו על ידי משיבה 6, ועל כן אין היא יכולה, בהתאם להנחיותיו של משיב 2, לפרסם את עצמה או לבצע בריתות מילה בבתי החולים הממשלתיים. ומכאן עתירתה.

**עמדת המשיבים**

4. בתשובה לעתירה שהוגשה מטעם פרקליטות המדינה בתאריך 7.12.2000, הצהירו המשיבים כי משרד הבריאות שוב אינו מתנגד לכך שרופאי העותרת יבצעו מילות בבתי החולים הממשלתיים, והעותרת אף תוכל לפרסם את שירותיה בכל מקום המותר על פי דין. בכך חזרו בהם משיבים 1 ו-2 מההנחיות שניתנו לבתי החולים הממשלתיים, והוצא חוזר מתקן מטעם משרד הבריאות, בו הובהר כי חוזר מספר 4/99 בטל ("החובה כי, רק מוהלים מוסמכים מטעם הועדה הבין מוסדית לפיקוח על המוהלים יהיו רשאים לבצע ברית מילה בבתי החולים - מבוטלת"). יחד עם זאת נטען, כי משרד הבריאות אינו רואה עצמו מוסמך להורות לבתי החולים אילו מוהלים יורשו לפעול בתחומו, וכך גם לגבי נוהלי הפרסום של המוהלים שהיו ויהיו נתונים לשיקול דעתם הבלעדי של בתי החולים.

עוד נטען, כי משרד הבריאות אינו מוצא לנכון לבטל את הנחייתו בדבר פרסום רשימת המוהלים המוסמכים על ידי הוועדה לפיקוח על מוהלים, שכן בשעתו הוחלט על פרסום זה כשירות לציבור, והמשיבים סבורים כי שירות זה נחוץ גם היום. זאת ועוד, נאמן לעמדתו המפורטת בבג"צ 578/98, העמותה נגד חיתוכים באברי המין בתינוקות נ' שר הבריאות, (לא פורסם), לפיה עניין המילה אינו נופל להגדרה של "עיסוק ברפואה", ומשכך אינו נופל לתחום סמכותו, טען משיב 1 כי הסדר הסמכת המוהלים על ידי המשיבה 6 בה חברים, כאמור, משרד הבריאות, הרבנות הראשית ומשרד הדתות, מהווה מנגנון רישוי ווולנטרי שאינו מחייב, ומשכך אינו חל על העותרת.

בהתאם להחלטת בית משפט זה מיום 11.12.00, הוצגה על ידי פרקליטות המדינה גם עמדתו של משיב 3, הלא הוא בית החולים "אסף הרופא". לפי עמדה זו, פרסום שירותיה של העותרת בשטח בית החולים, נוגד את מדיניותו הכללית שלא לאפשר פרסום מסחרי בשטחו, מכיוון ששטח בית החולים אינו מקום ראוי לפרסומת שכזו. עוד נטען, כי למרות שהפרסומים עשויים להכניס לקופתו כסף רב, חושש בית החולים כי פרסומים מכל סוג שהוא, עלולים להתפרש בציבור הרחב כמתן אישור מטעם בית החולים לשירותים המוצעים בפרסום, כאשר אין הדבר כך. בית החולים הוסיף כי אינו רואה ברשימת המוהלים המוסמכים בגדר פרסום מסחרי, הואיל והרשימה מוצגת בחדר האוכל של היולדות, ומספקת מידע לציבור. עם זאת נטען, כי בית החולים אינו מתכוון למנוע מנציגי העותרת לבצע מילות בשטחו, במידה ויוזמנו על ידי משפחות שיבקשו זאת.

**דין**

5. עיון בתגובת המשיבים מראה, כי המחלוקת בין הצדדים מצטמצמת למעשה אך ורק לעניין פרסום שירותי העותרת בשטח בית החולים. שכן, כאמור, ההנחיה של המשיבים 1 ו-2, לפיה רק מוהלים שהוסמכו על ידי משיבה 6 יוכלו לפעול ולפרסם את עצמם בבתי החולים הממשלתיים, בוטלה. ההחלטה בעניין זה נתונה מעתה בידי הנהלת בתי החולים. בנוסף, הודיע משיב 3 כי הוא אינו מתנגד שנציגי העותרת יפעלו בין כתליו, במידה ויתבקשו על ידי משפחות לבצע ברית מילה לילוד הרך. כאלו הם פני הדברים לגבי הסעד השלישי אותו ביקשה העותרת, לעניין מהותו המחייבת של הסדר הסמכת המוהלים על ידי משיבה 6. כאמור, המשיבים הביעו עמדתם לפיה הסדר הסמכת המוהלים הינו מנגנון פיקוח וולנטרי שאינו מחייב את העותרת, וכי העותרת יכולה להפעיל את המוהלים מטעמה ללא צורך בקבלת אישור ממשיבה 6. לפיכך, נראה כי אף עילה זו בעתירה היתירה והעותרת באה על סיפוקה.

נפנה עתה לדיון בסוגיה העיקרית ולמעשה היחידה המתעוררת בעתירה זו, הלא היא סוגיית מתן היתר לעותרת לפרסם את שירותיה בין כותלי בית החולים. העותרת טוענת בעניין זה, כי הנחיות המשיבים 1 ו-2 שניתנה לבתי החולים הממשלתיים, ושמקורה אינו בכוח חוק מסמיך, פוגעת בעיסוק שלה וביכולתה לתת את שירותיה ולפרסמם במקומות מקובלים. עוד טוענת העותרת, כי ההנחיה בדבר פרסום רשימת המוהלים המוסמכים על ידי הוועדה הבין משרדית לפיקוח על המוהלים, מפלה למעשה את העותרת לרעה, אל מול המוהלים הנהנים מחסותה. בכך הופך הסדר הפיקוח על המוהלים מהסדר וולנטרי להסדר מחייב, שכן רק תחת חסותו תוכל העותרת ליהנות מקבלת שירותי פרסום בבתי החולים.

### **הפגיעה בחופש העיסוק**

6. חופש העיסוק, הזוכה להגנה בחוק יסוד ("כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד"), כולל בקרבו לא רק את חירות של אדם לעסוק במקצוע בו יבחר, אלא גם את זכותו להתחרות בעוסקים האחרים באותו ענף (בג"ץ 4915/00, רשת חברת תקשורת והפקות נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5), 451, 463; בג"ץ 1703/992, ק.א.ל. קווי אוויר למטען נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נב(4), 193, 215; וראה נילי כהן, "תחרות מסחרית וחופש העיסוק", עיוני משפט יט, תשנ"ה 1995-, עמ' 353, 355-357). על חובתה של הרשות המנהלית לכבד את חופש העיסוק על כל היבטיו, עמד המחוקק בסעיף 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק ובלשונו:

5. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב"

וכלשונו של בית משפט זה בבג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מז(5) עמ' 485, 514:

"אין הרשות המבצעת, בראשה הממשלה, רשאית ומוסמכת לפגוע בחופש העיסוק או להצר אותו, וחייבת היא, תוך שימוש בסמכויותיה, לכבד את חופש העיסוק, אלא אם הוסמכה אחרת בחוק".

פעילות שלטונית המעניקה העדפה לאחד ושוללת אותה מאחר, פוגעת בזכות לתחרות חופשית, וכך גם הטלת מגבלות על פעילותו של האחד לעומת האחר. עמד על כך השופט חשין בפרשת ק.א.ל הנ"ל בעמ'

:216

" חופש העיסוק משמיע מעצמו זכות לתחרות בלא התערבות המדינה. הענקת יתרון (מענק) לנפתלי בתנאי שוק חופשי, פירושה הוא, גריעה מזכותו של יששכר ופגיעה בחופש העיסוק שקנה, אפשר עד כדי הכנעתו וחיסולו כגוף פעיל בשוק. לא יקשה עלינו להבין כי לו אחרת אמרנו, כי- אז כמו הצמתנו במו-ידינו את חופש העיסוק, ולמצער, צמצמנו אותו עד לבלי-הכר. חופש העיסוק אין פירושו החופש להפסיד בעסקים או "לרעוב תחת הגשר". חופש העיסוק במובנו המהותי משמיע אף הטלת איסור על המדינה להתערב בתחרות החופשית על דרך הענקת סובסידיה לנפתלי ושלייתה בה-בעת מיששכר, מתחרהו של נפתלי בשוק."

בענייננו, בחינה מקרוב תגלה, כי פרסום רשימת המוהלים "המוסמכים" במחלקת היולדות בבית החולים, באישור בית החולים ובהנחיית משרד הבריאות, ולעומת זאת, אי-התרת פרסום שירותי המילה שמעניקה העותרת באותה מחלקה ובאותו בית חולים, מהווה התערבות שלטונית בתחרות ופוגעת בחופש העיסוק של העותרת. מחלקות היולדות שבבתי החולים מהוות את הסביבה הטבעית לפעולתם של המוהלים, והדברים נכונים גם ביחס לרופאיה של העותרת. שלילת אפשרות הפרסום במקום זה מהעותרת, תוך הענקתה לאחרים, מהווה פגיעה במידה העולה על הנדרש בעיסוקה של העותרת.

כידוע, פגיעה בזכות הקבועה בחוק יסוד: חופש העיסוק, עליה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה (סעיף 4), לאמור, תנאי הוא שהפגיעה תהא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ושהפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש. הנטל הוא על הרשות המינהלית להוכיח קיומו של חוק המסמיך אותה לפגוע בעיסוקו של אדם, ולא למותר להדגיש כי בענייננו לא הצביעו המשיבים על מקור סמכות כלשהו המתיר פגיעה כזו בעותרת.

**הפליה**

7. לאותה מסקנה ניתן היה להגיע גם מבלי להידרש לסוגיית חופש העיסוק. אין ספק כי מדיניות בית החולים, המאפשרת פרסום רשימת המוהלים של המשיבה 6 תוך שלילת זכות זו מהעותרת, מפלה לרעה את האחרונה ומהווה פגיעה בעיקרון השוויון, שהינו מעמודי התווך של משטרנו. על ערכו של השוויון במשטרנו עמד הנשיא ברק בבג"ץ 953/87, פורז נגד ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332:

"השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית... הפרט משתלב למרקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידועו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם".

אכן, ההפליה היא רעה החודרת לבסיס המשטר הדמוקרטי, מחלחלת ומקעקעת את יסודותיו, עד שלבסוף היא מביאה להתמוטטותו ולחורבנו, ובלשונו של השופט חשין בפרשת ק.א.ל (שם בעמ' 203 ואילך):

"...ואומנם טענת ההפליה לעולם נשמע לה, והיא בתשתית התשתיות. עקרון ההפליה יסודו בצורך עמוק הטבוע בנו, בכל אחד מאיתנו - שמא נאמר ביצר ובצורך שבאדם: באדם, אך לא רק בו - כי לא יפלו אותנו לרעה, כי נזכה לשוויון, מאלוה ממעל ולמצער מן האדם. ילד מביטנו יזעק: המורה, מדוע הוא קיבל ואני לא? ולכשיגדל והיה לאיש, יעמוד ויקבול: מדוע חוייבתי אנוכי במס ואילו הוא פטור מתשלום מס? הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה-של-קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישירים אל קנאה, ובבוא קנאה תאבד תבונה".

וכך אמר בית משפט זה בפרשת אחרת (בג"ץ 7111/95, מרכז השלטון המקומי ואח' נגד הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 485, 503):

"ההפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע. הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין-בני-אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בן אדם לרעהו. אנו נתקלים בתופעת ההפליה יום-יום: במקום העבודה, בבית המשותף, בעמידה בתור, ביחסם של בעלי שררה לאזרח ולתושב. כך בהפליה אישית, כך בהפליה חברתית, כך בהפליה אתנית, כך בכל הפליה והפליה. הפליה תפרק משפחה. בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה. אין פלא בדבר אפוא שבכל אתר ובכל דור עשו ועושים בני החברה הנאורים להעלמתה ולמיגורה של ההפליה".

8. יחד עם זאת, לא כל הבחנה ביחס הרשות אל אזרחיה, בין אזרח למשנהו, מהווה הפליה, שכן לפעמים יש הצדקה להבחנה בין שני אזרחים או גופים שונים. ודוק: הפליה היא הבחנה פסולה בין שני אנשים או גופים שווים שאין לה הצדקה בשל העדר שוני הגיוני ומשמעותי, ובכך טמון אי היושר שבנהיגת אי שוויון

בשוויים. (בג"ץ 721/94, אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח(5) עמ' 749, 759) (בג"ץ 4541/94, מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט(4), 94) (ראה חוות דעתו של הנשיא ברק בפרשת ק.א.ל הנ"ל).  
יפים בעניין זה דבריו של השופט מצא בבג"ץ 4541/94, (בעמ' 109 ואילך):

"אכן, הכלל הוא, כי שונות רלוואנטית עשויה להצדיק הבחנה. הלוא בכך טמון שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה כשרה...  
אך כתנאי להשגתו של שוויון מהותי חובה לקבוע, שאת עצם ומידת הרלוואנציה של השונות יש לבחון, בכל מקרה נתון, בשים-לב למטרה הפרטיקולרית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה. לאמור: הזיקה הנדרשת בין התכונות המיוחדות, המצויות באחד ואינן מצויות בזולתו, לבין המטרה שלשם השגתה מותר להעדיף את האחד על פני האחר, חייבת להיות ישירה וקונקרטיית".

(ראה גם דבריו של המשנה לנשיא א' ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 721/94, אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח(5), 749, 761; וכן בג"ץ 5394/92, הופרט נ' "יד ושם", פד"י מח(3), 353, 361).

9. בענייננו, הנורמה המשפטית המבחינה בין רשימת המוהלים לבין העותרת הינה החלטת בית החולים הממשלתי אסף הרופא, לפיה אין הוא מתיר פרסומים מסחריים בין כתליו, מלבד פרסום רשימת המוהלים המוסמכים על ידי משיבה 6. בית החולים ניסה לייחס הבחנה זו לשוני הקיים בין העותרת אשר מנסה לשווק את שירותיה באמצעות פרסומת מסחרית, לבין רשימת המוהלים שהוסמכו על ידי משיבה 6, שהיא לטענתו רשימה רשמית של הרשויות המוסמכות, ושפרסומה נעשה כשירות לציבור על מנת לוודא שהרך הנולד לא יופקר בידיים לא אמונות מבחינה רפואית.

טענה זו אינה מקובלת עליי. השאלה אינה אם העותרת והמוהלים המופיעים ברשימה שונים זה מזה; בוודאי שיש ביניהם שונות ניכרת. השאלה היא אם בין העותרת למוהלים המופיעים ברשימה קיים הבדל שהוא רלוונטי לעניין החלטת בית החולים לגבי מדיניות הפרסום שלגביה נטענת טענת ההפליה. סבורני, שאין כל שוני בין העותרת והרופאים הפועלים מטעמה לבין המוהלים המופיעים ברשימת המוהלים. שניהם, מוהלים ורופאים, המבצעים שירותי מילה, מקבלים שכר עבור עבודתם זו, ובפרסום שניהם יש משום תועלת לציבור. זאת ועוד, טענת משיב 3 לפיה רשימת המוהלים המוסמכים הינה רשימה רשמית שאושרה על ידי הרשויות המוסמכות, אינה יכולה לעמוד נוכח עמדת משיב 1 שקיבלה ביטוי גם בבג"ץ 578/98, לפיה פעולת הוועדה הבין משרדית לפיקוח על מוהלים הינה מנגנון פיקוח וולנטארי, המופעל כשירות לציבור, שאינו מחייב את העותרת או כל מוהל אחר, וכי משרד הבריאות בחר להצטרף להסדר בהיותו אחראי לבריאות הציבור, ועל אף שאין עליו חובה חוקית לעשות כן. ברי הוא, כי אין בהצטרפות משרד הבריאות להסדר וולנטרי זה, כדי לשמש בסיס למשיבים להפלות בין נתני שירותי מילה שונים.



אין ממש אף בטענה כי פרסום העותרת עלול להתפרש בציבור הרחב כמתן אישור מטעם בית החולים לשירותי העותרת; טענה זו, אם נכונה וכנה היא, יכלה להיות תקפה גם לגבי רשימת המוהלים שאף היא, מטבעה, רשימה מסחרית, שאין בית החולים יכול לעקוב אחרי טיבה.

10. הנה כי כן, ההבחנה בין העותרת לבין רשימת המוהלים המוסמכים, הינה הבחנה הפוגעת בשוויון, והעולה כדי הפלייה ללא כל צידוק ראוי לשמו. לא זאת אף זאת, הפליה זו פוגעת בחופש העיסוק או אם תרצה לומר חופש התחרות של העותרת, ולאור זאת דעתי היא כי המצב הקיים, בו נשללת מהעותרת האפשרות לפרסם את עצמה בשטחו של המשיב 3, כאשר אפשרות זו ניתנת לרשימת המוהלים, אסור לו להימשך.

בפתח הדיון, בתאריך א' בסיון התשס"א (23.5.2001), נתן בא-כוח המשיבים את הסכמתו לכך שהדיון בעתירה יתקיים כאילו הוצא צו על תנאי. לפיכך, ואם דעתי תישמע, נכון יהיה לקבל את העתירה ולעשות צו מוחלט המותיר בידי המשיבים לעשות אחת מאלה:

(א) משיבים 1 ו-2 יכללו בהנחייתם לבתי החולים הממשלתיים, ביחס לעותרת, הסדר דומה לזה הנהוג ביחס לרשימת המוהלים.

(ב) אם משיב 3 יתיר להמשיך ולפרסם את רשימת המוהלים המוסמכים, הוא יאפשר גם לעותרת לפרסם את שמות הרופאים הפועלים מטעמה, והפרסום ייעשה במתכונת הנהוגה לגבי המוהלים המוסמכים.

אני מוסיף ומציע לחייב את המשיבים 1, 2 ו-3 בהוצאות העותרת, בסכום של 10,000 ש"ח, לרבות שכר-טרחת עו"ד.

ש ו פ ט

**השופט ט' שטרסברג-כהן:**

אף אני כחברי השופט א' א' לוי סבורה כי יש לעשות צו מוחלט ככפסק דינו של חברי ואוסיף הערות

קצרות.

בתגובתה לעתירה מצהירה פרקליטות המדינה: "יאמר מיד כי משרד הבריאות אינו מתנגד לכך שרופאי העותרת יפעלו בבתי חולים ממשלתיים (בענייני מילה) וכי היא תפרסם את שירותיה בכל מקום המותר על פי דין. אלא שמשרד הבריאות אינו רואה עצמו מוסמך להורות לבתי החולים לעשות כן, והוא סבור שהדבר נתון לשיקול דעת הנהלות בתי החולים."

אכן, פרסום רשימת המוהלים המוסמכים בבתי החולים הממשלתיים נעשתה מטעמים ראויים. משרד הבריאות סבר כי ראוי להבטיח שבבתי חולים ממשלתיים יפעלו "מוהלים מוסמכים" להבדיל ממוהלים שאינם נתונים לפיקוח כלל. כן סבר, כי ראוי להביא לידיעת הציבור מידע בדבר אותם מוהלים. לפיכך, נענה משרד הבריאות לבקשת הרבנות הראשית לפרסם את רשימת ה"מוהלים המוסמכים" בבתי החולים הממשלתיים. אלא שעמדת משרד הבריאות לפיה אין מקום להתערבותו בהחלטות הנהלות בתי החולים הממשלתיים בעניין האמור, אינה מקובלת עלי. אין להסתפק בהצהרת ב"כ המדינה, לפיה יוכל כל בית חולים לפרסם על לוח המודעות שלו - על פי הכללים המקובלים עליו - את שמות הרופאים שאושרו על ידו לביצוע מילה.

משנתנה המדינה ברכתה לפרסום בבתי החולים הממשלתיים של רשימת המוהלים שעברו הליך רישוי וולונטרי, אין היא יכולה לרחוץ בניקיון כפיה ולהימנע מהתערבות כאשר נהוגה איפה ואיפה לגבי הפרסום, כלפי העותרת. מעורבותו של משרד הבריאות בפרסום רשימת המוהלים המוסמכים בבתי החולים הממשלתיים, צריכה לחול גם על פרסום באותם בתי החולים של רשימת רופאי העותרת שאין חולק על היותם מוסמכים לביצוע מילה. ודוק, אין מדובר בפרסום כדוגמת המבוקש בעתירה וכמצורך בנספחים לה, המכילים פרסומת מסחרית מובהקת, אלא בפרסום אינפורמטיבי, לאמור, פרסום רשימת הרופאים בשירות העותרת המוסמכים לבצע מילה הן בין כותלי בתי החולים הממשלתיים והן מחוצה להם.

**הנשיא א' ברק:**

אני מסכים לפסק-דינו של חברי, השופט א' א' לוי, וכן להערותיה של חברתי, השופטת ט' שטרסברג-

כהן.

ה נ ש י א

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' א' לוי.

ניתן היום, י"ח בתמוז תשס"א (09.07.01).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור O08.00026180 /אז  
 נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו  
 בקובץ פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.

שמריהו כהן - מזכיר ראשי

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444