

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4540/00

בפני: כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט א' רובינשטיין

העותרים: 1. לבאד אבו-עפאש
2. מוחמד אבו-קווידר
3. איסחאק אבו-חמאד
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
5. אל-עונה - המועצה האזורית לכפרים הערביים
הבדואים הלא מוכרים בנגב
6. רופאים לזכויות אדם
7. הפורום לדו-קיום בנגב

נגד

המשיבים: 1. שר הבריאות
2. שירותי בריאות כללית
3. מינהל מקרקעי ישראל-המינהל לקידום
הבדואים בנגב
4. הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה - מרכז הדרום
5. המועצה הארצית לתכנון ולבניה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"ח בכסלו התשס"ו (19/12/05)

בשם העותרים: עו"ד באנה שגרי-בדארנה

בשם המשיבים 1, 3-5: עו"ד אורית קורן

בשם המשיבה 2: עו"ד יעל ויסמן

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. העותרים 1-3 הם תושבי שלושה מבין 45 ישובים בדוים, אשר נבנו שלא כדין על פני שטחים נרחבים בצפון הנגב (להלן הישובים הלא מוכרים או הישובים או הפזורה הבדוית). בכל ישוב מאלה מתגוררים פעמים מאות, פעמים אלפי תושבים. בחלק לא מבוטל מן הישובים הללו אין מרפאות. האם זכאים העותרים 1-3 שייבנו מרפאות ביישוביהם שאינם מוכרים? האם מחובת שר הבריאות (להלן השר) לקבוע כללים להקמת מרפאות בכלל הישובים הלא מוכרים מכוח סעיף 29ב(ב)(3) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן חוק ביטוח בריאות או החוק) – אלה השאלות שהונחו בראשונה לפני בית המשפט בעתירה זו. לימים, כפי שיוסבר להלן, נתייתה מעשית ההכרעה בשאלה הראשונה, ופסק דין זה עיקרו השאלה השנייה.

ב. רקע

1. ב-40 מרפאות משרתות את האוכלוסיה הבדוית שבצפון הנגב. אוכלוסיה זו מונה כ-130,000 נפש, כמחציתה דרה ב-7 יישובי קבע שנבנו לפי דין, וכמחציתה מתגוררת ב-45 הישובים הלא מוכרים, שהוקמו תוך הפרתם של חוקי התכנון והבניה. 21 מרפאות פועלות ב-7 יישובי הקבע הבדויים, אותן מפעילות שירותי בריאות כללית, מכבי שירותי בריאות וקופת חולים לאומית. בנוסף מעניקות שירות לאוכלוסיה הבדוית עוד 9 מרפאות, הממוקמות ביישובים יהודיים סמוכים. 10 מרפאות פועלות ב-10 ישובים בדוים לא מוכרים. עוד 2 מרפאות נמצאות כיום בשלבי תכנון ובניה מתקדמים בשני יישובים לא מוכרים נוספים (ראו נספח להודעה משלימה מטעם המשיבים 1, 6-8 מיום 25.3.02: תכנית משרד הבריאות, מרץ 2002, חלק 4, עמ' 11-12; הודעה מעדכנת מטעם המשיבה 2 מיום 15.12.05).

2. ראשית דבר, פנו העותרים אל משרד הבריאות ואל קופות החולים בבקשה להקים מרפאות ביישובים הלא מוכרים. לימים עתרו לבית משפט זה בבקשת סעד.

3. בגדרה של עתירה זו, שהוגשה בשנת 2000, נתבקש בית המשפט להוציא מתחת ידו צו על תנאי המכוון אל המשיבים, והמורה להם ליתן טעם:

(א) מדוע לא יוקמו מרפאות קהילתיות של קופות חולים ביישובי העותרים 1-3: ואדי אל-נעם, אבו קווידר ודריג'את;

(ב) מדוע לא יקבע המשיב 1 כללים לפי סעיף 29ב(ב)(3) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן החוק), בדבר הקמת מרפאות; ומדוע לא יוקמו מרפאות

בהתאם לכללים אלה בישובים ערביים בנגב שבהם אין מרפאה קהילתית של קופת חולים.

4. (א) ביום 26.6.00 ניתן צו על תנאי כמבוקש על ידי השופט - כתארו אז – אור.

(ב) ביום 23.6.02 קבע בית משפט זה (השופטים דורנר, טירקל ופרוקצ'יה) ביחס לסעד הראשון שנתבקש, כי הקמת מרפאות בישובי הכדוים היא צורך חיוני שעל המדינה לספק, אך מובן הוא, שבניית מרפאות כרוכה בתכנון מוקדם, שעל רשויות התכנון לתת את דעתן עליו. הוחלט כי המדינה תגיש לוח זמנים להקמת המרפאות.

(ג) ביום 29.12.03 החליט בית משפט זה (באותו מותב) כי המדינה תעשה מאמץ להאיץ את הליכי התכנון באשר לשתיים מן המרפאות המתוכננות.

(ד) בהחלטות נוספות החליט בית המשפט, כי מעת לעת יגישו המשיבים הודעות משלימות באשר להתקדמות הליכי הקמת המרפאות.

5. (א) מהודעות משלימות מטעם המשיבים שהוגשו לבית משפט זה במהלך השנים 2001-2005 עולה כי הושלמה בנייתן והחלה הפעלתן של מרפאות בישובי העותרים 1-3: ואדי אל-נעם, אבו קווידר ודריג'את (ראו: הודעות מטעם המשיבים 1 ו-3-5 מימים 30.4.01, 16.9.03, 5.8.05; וכן הודעות מטעם המשיבה 2 מימים 25.12.03, 15.2.05). בכך נתמלא הסעד המבוקש הראשון לעיצומו, כפי שיפורט.

6. הסעד השני לו עתרו העותרים היה קביעת כללים מחייבים על ידי שר הבריאות לבניית מרפאות, על מנת שיוחלו על תושבי הישובים הלא מוכרים. סעד זה – הכרעה בו רובצת עתה לפתחנו.

ג. טענות הצדדים

1. (א) בעתירה נטען, כאמור, כי משרד הבריאות נמנע ממתן אישור להקמת מרפאות ומקביעת כללים לפריסת מרפאות בישובים הלא מוכרים בניגוד לדרישות החוק ולעקרון השוויון ובהתבסס על שיקולים זרים, המודרכים על-פי המדיניות הממשלתית בדבר יישוב בדוים בנגב, וזאת תוך פגיעה בזכותם של העותרים ואחרים לשירותי בריאות נגישים ופגיעה בשוויון. הוא הדין באשר לחובתן של קופות החולים לאספקת שירותי הבריאות.

(ב) עוד טוענים העותרים כי אף בהיעדר אמת מידה ברורה לסבירות הזמן והמרחק הנדרשים למתן שירותי בריאות, ניתן להסתמך על אמת המידה הנוהגת בפועל בישראל בדבר הנגישות של שירותי בריאות ראשוניים, לבדוק אם היא מקוימת באופן שיווני לגבי כלל האוכלוסייה לרבות העותרים, ולקבוע כללים.

2. העותרים נסמכים על סעיפים שונים בחוק ביטוח בריאות, ובהם – בין השאר – סעיף 3(א), הקובע כי "כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר"; סעיף 3(ג), לפיו "קופת חולים אחראית כלפי מי שרשום בה למתן מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה"; סעיף 3(ד), המורה כי "שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות יינתנו בישראל, לפי שיקול דעת רפואי באיכות סבירה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגורי המבוטח, והכול במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים לפי סעיף 13"; ובאשר לקביעת כללים, תומכים הם יתדותיהם בסעיף 29(ב)(3) המסמיך את שר הבריאות לקבוע כללים בדבר פריסת מרפאות, וזו לשונו: "שר הבריאות, בהסכמת שר האוצר, רשאי לקבוע הוראות בדבר - ... כללים ותנאים להקמת תשתיות למתן שירותי בריאות לפי חוק זה, דרך כלל או לסוגים...; לעניין כללים לפי פסקה זו רשאי השר להתחשב בין היתר, גם בגודל האוכלוסייה בישוב ובהרכבה, במספר המרפאות הפועלות בו, ובהשפעה העשויה להיות לתוספת התשתיות על היקף ההוצאה הציבורית לבריאות; בסעיף זה, "תשתיות" – ציוד ומבנים לרבות מרפאות כהגדרתן בסעיף 34 לפקודת בריאות העם, 1940, הדרושים למתן שירותי הבריאות לפי חוק זה"; וכן סעיף 29(ג), הקובע הוראות מיוחדות שלפיהן מוגבל חופש הפעולה של קופות החולים, כשמדובר בהקמת מרפאות בישובים קטנים, אשר אוכלוסייתם אינה עולה על 5,000 תושבים.

3. העותרים נסמכים גם על דברי ההסבר לסעיף 3(ד) להצעת חוק ביטוח בריאות ממלכתי (ה"ח תשנ"ג 204):

"כיום מתן סל שירותי הבריאות נתון לשיקול דעתה הבלעדי של קופת החולים שבה מבוטח החבר; הוא הדין לגבי מקום מתן השירות והזמן שעל החבר להמתין לפעולה הרפואית הנדרשת, והדבר שונה בין הקופות. מוצע לקבוע אמות מידה אחידות שמבוססות אך ורק על שיקול דעת רפואי, ואשר יחייבו את קופות החולים".

לטענת העותרים עולה מדברי ההסבר, כי מטרת החוק היתה להפקיע מקופות החולים את שיקול הדעת האוטונומי בשאלה אילו שירותים יינתנו, היכן וכיצד, ולהטיל על המדינה אחריות כוללת למתן שירותי בריאות אחידים, תוך קביעת כללים.

4. (א) בתצהיר תשובה לעתירה, שהוגש ביום 15.8.00 מטעם המשיב 1 (שר הבריאות) נטען כך: "אין חולק, כי למרות העובדה שאוכלוסיה זו בחרה להתגורר בפזורה בנגב – היא זכאית לקבל שירותי בריאות על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ואכן בשנים האחרונות שוקד משרד הבריאות בתיאום עם גורמים נוספים על פיתוח שירותי הבריאות לתושבים אלה".

(ב) ואולם, לעניין הסעד השני הנדרש בעתירה, קביעת הכללים, טען המשיב 1 כי אין עליו חובה לקבוע הוראות כלליות מכוח סעיף 29ב(ב)(3) לחוק ביטוח בריאות. המדובר לדידו בסמכות רשות (שנקבעה בחקיקה בראשית שנת 1998), וכמותה כסעיפים רבים אחרים בחוק ביטוח בריאות; והערכתו המקצועית של משרד הבריאות היא כי ניתן להשיג מענה מקצועי נחוץ באשר להקמת מרפאות לפזורה הבדוית גם בלא כללים לפי הסעיף הנזכר. עוד הזכירנו המשיב 1, כי "כללים ותנאים להקמת תשתיות למתן שירותי בריאות לפי חוק זה" טעונים הסכמת שר האוצר.

(ג) עוד נטען מטעם המשיב 1, כי קיים קושי ממשי לקבוע מבחנים קונקרטיים שיתאימו לנתוני כל ישוב וישוב, נוכח מגוון המשתנים הרלבנטיים: עצם הצורך במרפאה עצמאית, היקף השירותים הניתנים בכל מרפאה, הרכב האוכלוסייה, הרכב השירותים העומדים לרשותה בישובים סמוכים ורמתם (כגון מרכזים אזוריים מתקדמים הכוללים צוותים מקצועיים מנוסים), אפשרויות הגיוס של כוח אדם איכותי למרפאה בישוב עצמו, וכן אפשרות למציאת פתרונות חלופיים (כגון שירותי תחבורה מתאימים), העשויים לאפשר הגעה למרכזים רפואיים ברמה גבוהה.

(ד) כן טען המשיב 1 כי נדרש מרכיב של שיקול דעת, לשם קביעה באיזה ישוב תוקם מרפאה, ואין די במעין נוסחה מתמטית; ואף אם יותקנו כללים, יהיו אלה כללים רחבים, מנחים וכלליים, ברוח העקרונות שהותוו לעיל, ותוך שיקול דעת נרחב בכל מקרה לגופו.

(ה) לטענת המשיב 1, הפתרון הראוי הוא מיפוי הישובים הקטנים, שפתיחת מרפאה בהם טעונה מכרז, וקביעת צרכיהם בהתאם לבחינה פרטנית של כל ישוב וישוב. זאת תוך שמירת זכות העותרים לעתור נגד הפעלת שיקול הדעת במקרה

קונקרטי, בטענה של פגיעה בשויון. צוין בראשונה – בתשובה משלהי שנת 2000 – כי מיפוי שכזה נעשה לעת ההיא ביחס לצרכי הפזורה הבדוית, וכי בכוונת המשיב 1 להשלים את רשימת המקומות אשר לפי שיקול דעתו המקצועי יצדיקו הקמת מרפאות. צוין, כי בהכנת הרשימה ייתן המשיב 1 דעתו גם לשיקולים הנוגעים לתכניות להקמת ישובים חדשים לאוכלוסייה הבדוית בנגב, כי רשימה זו תהווה בסיס להוצאת מכרזים בין קופות החולים לצורך הקמת המרפאות, וכי מיקומן בפועל של המרפאות ייקבע על-ידי הרשויות במסגרת הליכי תכנון ובניה.

(ו) כללם של דברים, המשיב 1 טען, כי מורכבותו הרבה של הנושא מקשה על קביעת הגדרות כלליות בו. לכך תרמו הפריסה הנתונה של רשת מרפאות שהוקמה על ידי קופות החולים בעשרות השנים שקדמו לשנת 1995, היא השנה בה נכנס החוק לתוקף, והבדלים ניכרים במדינה בין המגזר העירוני לכפרי, ובין מרכז הארץ לצפונה ולדרומה. עם זאת סבר המשיב 1, כי יש צידוק לבחינה מעמיקה של הנושא ככל שהמדובר במגזר שאין חולק כי שירותי הבריאות המסופקים לו לוקים בחסר לעומת צרכיו.

5. (א) עתירה זו נותרה עלי יומנו של בית המשפט לאורך שנים, מאז ראשיתה ב-2000, והוגשו כאמור תצהירי תשובה – לאחר מתן צו על תנאי – הודעות מעדכנות ותגובות, וכן תכנית ממאס 2002 לפיתוח מרפאות ראשונות בפזורה, תוך המלצה על הקמת מרפאות נוספות. לשם הקיצור מזה והשלמת התמונה מזה אדרש ביתר פירוט להודעה המשלימה האחרונה מצד המדינה, שהוגשה ביום 5.8.05. אציין כי על פיה, באשר לסעד הראשון – הקמת המרפאות, שתיים מהן הוקמו לאורך השנים (כאבו קווידר ובדריג'את), מרפאה נוספת מצויה בהליכים לאישורה התכנוני (ואדי אל-נעם). כן מטופלת הקמתה של מרפאה נוספת.

(ב) לעניין סעד פרסומם של כללים להקמת מרפאות נמסר, כי באשר לאותו חלק מן האוכלוסייה הבדוית בנגב החי במה שקרוי הפזורה – ישנו תכנון ל-8 ישובי קבע חדשים ולהרחבת קיימים. בישובי הקבע קיימות מרפאות מוסדרות (29 במספר נכון ל-2005), בתוספת מרפאות בעיר המשרתות בעיקר בדוים. המרפאות הללו מספקות שירות לאנשי הפזורה שבסמוך להן.

(ג) אשר לפזורה הבדוית גופה, נמסר כי בעוד שעד סוף 1995 פעלו בה שתי מרפאות בלבד (של שירותי בריאות כללית), ו-40% מן האוכלוסייה הבדוית לא היו מבוטחים רפואית כלל, הנה בשנים שלאחר מכן החלה היערכות לענין מרפאות, כך

שמאז 1999 ועד 2002 הוקמו בפזורה הבדוית 8 מרפאות. ב-2002 גובשה תכנית שקבעה הקמתן של 5 מרפאות נוספות (לאחר מכן הוחלט כי אחת מהן לא תוקם, בהיותה סמוכה למרפאה פועלת); וכאמור, טופל בהקמתן של המרפאות הללו. נטען, כי מספר התושבים הבדוים המשתמשים בפועל במרפאות בפזורה קטן באופן משמעותי מנתונים שמסרו העותרים (אחוז הרשומים נע בין 38 ו-49 לבין 70, ובתוכו אחוזים שבין מעל 50 למעל 60). עוד נמסר, כי מטופלת הקמתן של מרפאות נוספות מעבר לתכנית הנזכרת, כמו באל-אמל, ויש גם מקומות שבהן אי אפשר להקימן, בשל העדר האפשרות להקמת מבנה. סוף דבר, "עמדת משרד הבריאות היא, כי מערך המרפאות הקיים, בתוספת המרפאות שהקמתן אושרה ומצויות בשלבי תכנון והקמה, נותן מענה סביר לצרכי האוכלוסיה בפזורה, בהתחשב במכלול הנסיבות הרלוונטיות לעניין". המשיבים מוסיפים, כי תכנית המתאר המחוזית אינה מאפשרת היתרי בניה אלא על פי תכנון מתאר מקומית, ובהיעדרה של כזו בפזורה ככלל, אין אפשרות לבניה, למעט מבנים יבילים לצרכי ציבור חיוניים ב-16 מקומות, שברובם ישנן מרפאות או מצויות הן בשלבי הקמה. 16 הנקודות אושרו לאחר התנגדויות של משרד הפנים והבריאות, שביקשו להרחיבן מעבר לתכנית כפי שהופקדה.

(ד) אשר לקביעת כללים לפי סעיף 23(ב)(ב) לחוק ביטוח בריאות, נמסר גם בהודעה זו כי משרד הבריאות מתנגד לכך. לשיטתו, המדובר בסמכות רשות (הטעונה גם הסכמת שר האוצר), ששר הבריאות מוסמך ליישמה אך אינו חייב בה, ואכן לא נעשה בה שימוש בכל הארץ, ואין לשיטת המשרד מקום לכך בכלל וגם לא בפזורה הבדוית. ראשית – כפי שגם צויין לעיל – המדובר, לפי הטענה, בנושא מורכב המקשה על קביעתן של הגדרות כלליות וממצות, ויש לשקול כל יישוב על פי נתוניו, תוך שהמדיניות היא להימנע ממרכזים קטנים ולשאוף לריכוז שירותי בריאות במרכזים גדולים בעלי מגוון שירותים. אכן, לעתים קשה לסגור מרפאות קיימות, אך זו המדיניות באשר למרפאות חדשות, וגם במגזר היהודי בדרום יש יישובים קטנים רבים שאין בהם מרפאה. כללים אם ייכתבו יהיו איפוא ברמת הפשטה גבוהה, "עקרונות-על", שלא יתנו ביטוי למורכבות, ולכן עדיפה גישה פרטנית. אשר לפזורה הבדוית, לגביה יש להידרש למאפייניה הייחודיים, כמו היעדר מעמד מוניציפלי מוסדר, פיזור נרחב ובניה באופן בלתי חוקי, תזוזת אוכלוסיה, והצורך לשלב מדיניות זו במדיניות כוללת בענין הפזורה ומצבה. צוין כי גם בנושאים אחרים – כמו חינוך – עמד בית המשפט על הצורך לפעול מתוך ראייה תכנונית ובמסגרת תכניות מתאר קיימות וישובי קבע מתוכננים. העמדה נתמכה בתצהירה של רופאת מחוז הדרום במשרד הבריאות, ד"ר א' בלמקר.

ה. (א) בדצמבר 2005 הוגשה הודעה מעדכנת מאת שירותי בריאות כללית, שדיווחה על התקדמות רבה בהקמת המרפאות בואדי אל-נעם (ערב סיוס) ובאל-פורעה (המתנה להיתר ועדה מקומית לאחר עררים).

6. מכל האמור עולה, כי הסעד הראשון שנדרש בעתירה סופק לאמיתו. הדיון יוקדש איפוא לסעד השני, קביעת כללים.

ו. דיון

(1) סמכותו של שר הבריאות לקבוע כללים להקמת תשתיות לשירותי בריאות מעוגנת בסעיף 29(ב)(3) לחוק ביטוח בריאות, הקובע כהאי לישנא:

”29ב. הוראות בדבר ניהול ענייניה של קופת חולים

...

(ב) שר הבריאות, בהסכמת שר האוצר, רשאי לקבוע הוראות בדבר.

...

(3) כללים ותנאים להקמת תשתיות למתן שירותי בריאות לפי חוק זה, דרך כלל או לסוגים, וכן הסדרים בדבר דרכי רכישת שירותי תשתית ושירותי בריאות בין הקופות לבין עצמן, כמתחייב מקיומן של תשתיות משותפות לפי הכללים האמורים, לרבות לענין קביעת מחירים, בכפוף לאמור בסעיף קטן(ג); לענין כללים לפי פסקה זו רשאי השר להתחשב בין היתר, גם בגודל האוכלוסיה בישוב ובהרכבה, במספר המרפאות הפועלות בו, ובהשפעה העשויה להיות לתוספת התשתיות על היקף ההוצאה הציבורית לבריאות; בסעיף זה, ”תשתיות” – ציוד ומבנים לרבות מרפאות כהגדרתן בסעיף 34 לפקודת בריאות העם, 1940 הדרושים למתן שירותי הבריאות לפי חוק זה.

(ההדגשות אינן במקור)

(2) הוראת סעיף 29 ב הוספה לחוק בשני שלבים, ראשית בתשנ”ז, במסגרת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי תקציב לשנת 1997) (עמ’ 16, 28), שם נקבע כי ”שר הבריאות, בהסכמת שר האוצר, רשאי לקבוע הוראות בדבר - (3) כללים ותנאים להקמת תשתיות למתן שירותי בריאות לפי חוק זה, דרך כלל או לסוגים, בסעיף זה ”תשתיות” – ציוד ומבנים הדרושים למתן שירותי הבריאות לפי חוק זה”. בדברי ההסבר להצעת החוק (ה”ח תשנ”ז, 12, 25) נאמר, כי מטרת הפיסקה היא ”להסמיך את שרי הבריאות והאוצר לקבוע כללים לעניין אופן ניהול הקופות

בתחומים הדרושים הסדרה....", והוסבר כי הוראות אלה וכן כאלה הנוגעות לרכישת שירותי תשתית בין הקופות, מטרתן "למנוע כפל תשתיות, בעיקר במקומות בהם מספר המבוטחים קטן יחסית". הסעיף תוקן כעבור שנה (חוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי תקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), תשנ"ח-1998) (ס"ח תשנ"ח, 47, 62), ונוספה הוראה כי "לעניין כללים לפי פסקה זו רשאי השר להתחשב בין היתר, גם בגודל האוכלוסיה בישוב ובהרכבה, במספר המרפאות הפועלות ובהשפעה העשויה להיות לתוספת התשתיות על היקף ההוצאה הציבורית לבריאות".

(3) (א) לדידי, הסמכות לקבוע כללים ותנאים להקמת תשתיות למתן שירותי בריאות לפי חוק זה אינה סמכות חובה, אלא סמכות שבשיקול דעת, כפי שמלמדת לשונו של החוק, העושה בסעיף זה שימוש (כפול) בביטוי "רשאי"; וכפי שנראה להלן, מרבה המחוקק בחוק זה בשימוש בביטוי "רשאי" בהקשרים רבים אחרים, המייחדים אותם מהקשרי חובה ומצביעים על כוונת רשות. בספרו הסמכות המינהלית (כרך א' עמ' 225) ציין פרופ' יצחק זמיר:

"אף שייתכן כי לשון של רשות תתפרש כלשון של חובה, או להיפך, בדרך כלל אין הסמכות משנה את עורה; אלא שבית המשפט קובע כי על אף לשון של רשות, בנסיבות מסוימות חובה על הרשות המינהלית להפעיל את סמכותה. הדגש הוא על נסיבות המקרה ולא על אופי הסמכות..."

(ב) פשיטא, שדרך המלך היתה ותהי, כי רשות היא רשות וחובה היא חובה; ולדעתי, אין נסיבות המקרה שלפנינו מביאות לפירושה של סמכות רשות זו להתקנת כללים כסמכות חובה. כך הם דברי השופט (כתארו אז) חשין בע"פ 1152/91 טיקסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 8, 30:

"...שככלל 'רשאי' פירושו 'רשאי' ואין פירושו 'חייב'. אמת נכון הדבר: נפלאים דרכי הפרשנות ויש ש'שחור' יכול אף 'לבן': ד"נ 3/62 [שר הפנים נ' מוסא, פ"ד טז(4) 2467, 2475] (מפי השופט זוסמן). ואולם אלה היוצאים. על דרך הכלל, איש המשפט עושה – ואמור לעשות – שימוש בלשון שהיא לשון הכול, ודומה עליי כי אסור הוא בעיוות הוראתם ומשמעותם של מילים ושל ביטויים שגורים ומקובלים בפי כול, למיצער כל עוד יכול הוא להביע מחשבותיו וכוונתו במלים ובביטויים שהכל יודעים ומבינים. כך ראוי לו למחוקק לבטא עצמו, ועל דרך זה נפרש את דבריו. וכך, 'רשאי' הוא

ככלל 'רשאי', 'חייב' הוא ככלל 'חייב', והשניים צהובים זה לזה ומוציאים זה את זה, למעט בנסיבות יוצאות דופן. כך, למשל, יש ש'רשאי' בחוק פלוני (קרי: 'מוסמך') יחייב את בעל הסמכות בכל מקרה – על פי מטרת המחוקק באותו חוק – לא אך לשקול בדעתו – והיא חובה המוטלת עליו בלאו הכי – אלא אף להעניק לזכאי את שהוא מבקש... אותה תיבה 'רשאי' – בהיותה מוסבת על בית משפט (הוא הדין, כעקרון, ברשות מינהל) – אינה אלא רשאי במובן מוסמך, בעל סמכות וכוח (סוג הזכות השלישי בטבלת הופלד)."

ראו גם בג"צ 2855/03 מלונות אפריקה ישראל בע"מ ועוד 36 אח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נח(4), 740, 748-749 (השופטת נאור).

(ג) הנשיא שמגר עמד בבג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5), 404, 419-420, על משמעותה של סמכות שבשיקול דעת:

"...שיקול הדעת מוענק לרשות סטטוטורית כלשהי, בדרך כלל, כדי שיהיה לה חופש פעולה במילוי תפקידיה הרב-גוניים, על נסיבותיהם השונות והמשתנות מדי פעם לפעם. בכך מתאפשר לרשות לשקול בדעתה את נסיבותיו של כל עניין המובא בפניה ולמצוא לו את הפתרון המתאים (ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פד"י ט"ז 1215, 1209).

אולם, גם כאשר מדובר על סמכות שבשיקול דעת, אין היא נטולת מסגרת נורמטיבית. על כל שימוש בשיקול דעת מינהלי חלים הכללים המקובלים בדבר סבירות, הגינות, תום לב, היעדר שרירות והפליה ואמות מידה כיוצא באלה (ראה דברי חברי הנכבד השופט ברק בבג"ץ 297/82, ברגר נ' שר הפנים, פד"י לז(3), 29).

זאת ועוד, כפי שצוין כבר בעבר אין לצורך העניין שבפנינו, היינו עניין הפעלתו של שיקול דעת, הבדל בין הפעלת סמכות לבין הימנעות מהפעלת סמכות: בהתקיים התנאים המקדמיים הדורשים הפעלת הסמכות, גם חייבת הרשות הסטטוטורית לפעול. מכאן, כי גם אם הרשות ממאנת להפעיל סמכות שבשיקול דעת ניתן לבחון הימנעותה האמורה מפעולה לפי אמות המידה המקובלות בעת בחינתן של סמכויות סטטוטוריות, היינו ניתן לבחון אם ההימנעות משימוש בסמכות נבעה משיקולים סבירים או שמא חייב מכלול הנסיבות את הפעלת הסמכות; כן נבחן אם ביסוד ההימנעות אינם מונחים חוסר סבירות, שרירות או הפליה העלולות לפסול את מעשיה או מחדליה של הרשות.

משמע, לא רק הפעלת סמכות בנסיבות בהן הפעלתה אינה סבירה, אלא גם הימנעות מהפעלת סמכות שבשיקול דעת בשל טעמים בלתי סבירים, יכולים להוליך למסקנה כי ההימנעות מפעולה היא בטלה.

(ג) בהקשר זה אמרתי בבג"צ 297/82 הנ"ל, כי קביעת הסדרים ראשוניים בחוק, המקנים לנושא תפקיד פלוני את הכוח להפעיל סמכות מוגדרת בנסיבות נתונות, אינה רק בגדר הענקת כוח ושררה, אלא נגזרות ממנה משמעויות עיקריות, הלוכשות גם לכוש של הטלת חובה בכל הנוגע לסדרי השימוש בסמכות.

...כך שהדבר מתייחס לעיון ולדיון בבקשות, שעניינן הפעלת סמכות, מתחייבת נקיטתה של דרך עיון ודיון, שצורתה ומהותה נשלטות על ידי אמות מידה בסיסיות, שעוצבו בפסיקתו של בית משפט זה, ואשר ההימנעות מאימוצן יכולה להיות בעלת השלכה על תקפותה של ההחלטה. במילים אחרות, גם מקום בו אין ה'רשאי' בגדר "חייב", היינו גם כאשר המחוקק לא קבע חובה להפעיל סמכות אינה עולה ממהות העניין, נולדת וקמה יחד עם הקניית הסמכות גם חובה לשקול את עצם הצורך וההצדקה להפעלתה של הסמכות.

...

בעת בחינת האפשרות של הפעלת הסמכות, שומה על הרשות הסטטוטורית לשוות נגד עיניה את כל המרכיבים הרלוונטיים, קרי את כל הנושאים היוצרים את פסיפס הנתונים שבפניה. אך מובן שאינה רשאית לשקול שיקולים זרים לעניין...".

(ד) עמד על כך גם השופט זמיר בבג"ץ 2533/97 – התנועה למען איכות

השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3), 46, 54 :

"אפשר שסמכות-רשות תיעשה, בנסיבות מסוימות, סמכות-חובה...השאלה אם אמנם סמכות-רשות נעשית סמכות-חובה תלויה, בראש ובראשונה, בתכלית הסמכות, כפי שנקבעה בחוק".

(ב) ראו גם דעת השופט – כתארו אז – אור שם בעמ' 68-69. עוד ראו בג"ץ

1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה (טרם פורסם); ראו גם משכבר

בג"ץ 537/81 שטנגר נ' ממשלת ישראל, פ"ד לה(4) 673, 681 (השופט יהודה כהן).

(ג) פרופ' ברכה עמד על כך בספרו משפט מינהלי (תשמ"ז-1986, בעמ' 152),
 בצינו כי במסגרתו של מבחן החוק המסמיך – הוא המבחן המכריע – נבחן מכלול של
 שיקולים, ולגביהם:

“...ניתן משקל במידה או אחרת, בין השאר, למהותו של
 הנושא שלשם הסדרתו הוסמכה הרשות לפעול, לתנאים
 בהם תלויה הפעלת הסמכות וכן למעמד של בעליה
 ושל אלה שלטובתם היא הוענקה. כן נזקקו השופטים על
 דרך ההשוואה לסעיפי הסמכה נוספים בחוק הנדון, כשם
 שהתייחסו להוראות האחרות, לרקע חקיקתו, ולחוקים
 אחרים העוסקים באותה מאטריה. עקרונות חוקתיים,
 הפועלים בזירה, עשויים אף הם להטביע את חותמם על
 מלאכת הסיווג.”

4. (א) דברים אלה מתחזקים בעיון בחוק ביטוח בריאות ממלכתי עצמו. חוק זה
 זרוע סמכויות שאותן “רשאי” שר הבריאות (או רשאים נושאי משרה אחרים) להפעיל;
 והנה הן בעיקרן – ושמא נעלמה מעיני, ואבקש מראש מחילה, סמכות פלונית או
 אלמונית: הוא גם כולל ביטויים אחרים, שמשמעם הלשוני הפשוט הוא חובה. גיוון זה
 אומר דרשני. כך למשל, הביטוי “זכאי” (סעיף 3(א)), הקובע את זכות התושב לשירותי
 בריאות); הלשון “אחראית” (סעיפים 3(ב) ו-3(ג)) הקובע את אחריות הממשלה וקופות
 החולים, בהתאמה, למימון שירותי הבריאות ולנתינתם; הביטוי “יינתנו” (סעיפים 3(ד)
 וכן – בהקשר שונה במקצת – 3(ה) באשר לדרך נתינתם של שירותי הבריאות. ועוד,
 הביטוי “קבע” או “יקבע” מופיע פעמים רבות, בהקשרים שונים (ראו סעיף 3א(1)
 3(ד)(ה)), שעיקרם הטלת חובה על מערכות הבריאות והביטוח הלאומי בהתקיים
 תנאים מסוימים; ראו גם סעיף 4א; כן ראו סעיף 29(ג)2; עוד ראו סעיף 35, 38(ג)
 לעניין “קביעה” מסוגים שונים; והשוו דרישת קביעה בתקנות באשר לחובת דיווח של
 קופת חולים (סעיף 35ב) אל מול רשות לעניין תקנות לניהול רשומות (סעיף 34). ועוד,
 הביטוי “יורו” (סעיף 29(ד)) בקשר לאמצעי שליטה.

(ב) הביטוי “רשאי” בהקשרו של השר (להבדיל מן התושב המבוטח) (ראו לגביו
 סעיף 5(א), 5(ב) מופיע בהקשרים שונים, המבהירים כי כוונתם לסמכות שאינה בהכרח
 חובה. למשל בסעיף 5(ד), הסמכות לקבוע שיעור שנתי מירבי של חברים שרשאית
 קופת חולים לקלוט מזולתה; סעיף 29(ג)1) מרשה לשרי הבריאות והאוצר לקבוע
 תנאים באשר להיתר לקופת חולים לרכוש אמצעי שליטה בתאגיד אחר; לפי סעיף
 29(ב) – ניתנות הוראות (על-ידי שר הבריאות בהסכמת שר האוצר) באשר לדרכי
 החזקה וההשקעה של נכסי קופת חולים, פרסום, וכן – סעיף 29(ב)3) נשוא עניינו
 – “כללים ותנאים להקמת תשתיות למתן שירותי בריאות”; אפשרות לקבוע כי ישובים

סמוכים ייראו כאחד לעניין מספר המרפאות (סעיף 29ב(ג)(1); וסמכויות רשות נוספות - 29ב(ג)(3) (1) ו-(5). כן ראו סעיף 30 (רשות להתקשרויות מסוימות בין קופת חולים לאחרים). סעיף 32א(1) מעניק רשות לשרי הבריאות והאוצר להורות לקופה על הפסקת הוצאות של כספים למטרת פיתוח, וכן ראו סעיף 32ג; סעיף 34 כולל רשות לקבוע בתקנות סוגי רשומות שעל קופת חולים לנהל; גם בכל אלה יש כדי ללמד על הסמכות בסעיף 29ב(ב)(3) כסמכות רשות. זאת בשונה מחוקים שונים שבהם החובה להתקנתה של חקיקת משנה באה בלשון "יתקין" "יקבע" וכיוצא באלה; ראו למשל סעיף 40 לחוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב) תשכ"ט-1969; סעיף 6ב(ד) לחוק התקשורת (בזק ושידורים) תשמ"ב-1982; סעיף 15 ו' לחוק ניירות ערך תשכ"ו-1968; סעיף 6א(ג) לחוק חופש המידע תשנ"ח-1998; סעיף 4(ח) לחוק התקנים תשי"ג-1953, ועוד.

(ג) כללם של דברים, ריבוי השימושים במגוון סמכויות שעושה החוק בין רשות וחובה מצביע בעליל על כך, שלענייננו המדובר בסמכות שבשיקול דעת. השאלה עתה היא האם יש מקום להתערבות בשיקול דעתו של השר, שלא התקין כללים, בנימוק שהוא בלתי סביר באופן קיצוני.

(ד) ואכן, את סמכות החובה שניתנה לשר מכוח סעיף 29ב(ג)(2), הפעיל השר בהתקינו את תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (כללים למכרז להפעלת מרפאה בישובים קטנים), התש"ס-2000. בתקנות נקבע, בין היתר, כלהלן:

1. פרסום מכרז לקופות חולים

(א) מכרז להפעלת מרפאה בישוב כאמור בסעיף 29ב(ג)(1) לחוק, שלא פועלות בו מרפאות בהתאם ליחס המספרי שבסעיף האמור, יפורסם על ידי משרד הבריאות, אם צורכי האוכלוסייה באותו ישוב מצדיקים זאת – בהתחשב, בין השאר, בגודל האוכלוסייה ובמרחק שבין אותו ישוב לשירותי מרפאה בישובים אחרים; קבע שר הבריאות, לעניין אותו סעיף, כי יש לראות כמה ישובים כישוב אחד, יותאם המכרז לקביעתו.

...(ב)

5. (א) אמרנו כי המדובר בסמכות רשות. שר הבריאות נמנע מלהפעיל את סמכותו לקביעת כללים כאמור בסעיף 29ב(ב)(3). הימנעות זו באה, כטענת המשיבים, בגין הצורך המקדמי להכנת תשתית עובדתית מספקת לשם קביעת הכללים, ובגין מורכבותו

של הנושא, העשוי, לפי הטענה, להצדיק קוי פעולה גמישים יותר מאשר כללים נוקשים. האם נפל פגם בגישתו זו המצדיק התערבות שיפוטית?

(ב) מן המפורסמות, כי עיקרה של הביקורת השיפוטית בתחום המשפט המינהלי הוא בשאלה אם נתקבלה החלטת הרשות ללא משוא פנים והפליה, תוך שהושתתה על טעמים ענייניים ללא שיקולים זרים, והאם מצויה היא במתחם הסבירות (בג"צ 4769/95 רון נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 268-269; בג"ץ 1/81 ויקי שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 378 ועוד; י' זמיר, הסמכות המינהלית 763-771; ראו גם דנג"צ 2262/03 שירותי בריאות כללית נ' עיריית רחובות (טרם פורסם) (השופט – כתארו אז – חשיין)).

(ג) אכן, עריכתם של קריטריונים לעניין הפעלתן של סמכויות נדונה בבג"צ 26/99 עיריית רחובות נ' שר הפנים, נז(3) 97, בו אמרה השופטת שטרסברג-כהן בעניין סמכות השרים "לקבוע כללים שלפיהם תוטל ארנונה כללית" בסעיף 9(ג) לחוק ההסדרים, תשנ"ב-1992 כלהלן:

"...כעניין של מדיניות ראויה, של מינהל תקין ושל חלוקה צודקת והוגנת של נטל המס.... יש לבחון במקרה דנן אישורים "היסטוריים" לפטורים מארנונה. יש לעשות כן על פי קריטריונים הולמים שייקבעו בתקנות או בדרך חוקית אחרת".

ובדנג"צ 2262/03 הנזכר אמר השופט חשין, ש"אין מניעה, כי בית המשפט יחייבו (את השר – א"ר) לפרסם קריטריונים ראויים שעל פיהם יפעיל את שיקול דעתו". לעניין הנחיות מינהליות ראו גם זמיר שם, 773-791; ב' ברכה, משפט מינהלי א', 30-31. את יישומם של דברים אלה יש לבחון בכל מקרה לנסיבותיו.

(ד) מחוקקו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי ראה לנגד עיניו הישג חשוב, לאו מילתא זוטרתי, בתמורה הרבה, שלא לומר מהפכה, שנתחוללה בתחום חשוב וחיוני זה, בראש וראשונה עצם זכאותו של כל תושב לשירותי בריאות ואחריות המדינה לספקם, וזו בעיני פשיטא. המחוקק הקים מנגנונים, שהדעת נותנת כי טרם נשלמה הפקת הלקחים לגביהם, וראיה לדבר תיקונו המרובים של החוק מאז נחקק, והמיועדים להבטחת השירותים הרפואיים לכל. משימה זו מורכבת היא מאין כמוה, בהתחשב בהיסטוריה של מערכת הבריאות בישראל, בהתפתחותן של קופות החולים, במחירים הגבוהים של השירותים, בצרכיהן של קבוצות אוכלוסיה חלשות, ובמאבקים על סל

התרופות. ניתנו איפוא בידי שר הבריאות, בראש וראשונה, ועמו שר האוצר אשר על הקופה הציבורית וכן נושאי משרה נוספים, כלים למימוש הרפורמה. ואולם, כלים אלה נחלקים לכלי-חובה וכלי-רשות, אם נרצה, כלי סמכות, ולא הרי אלה כהרי אלה. הצד השווה שביניהם הוא שמיועדים הם להשגת תכליתו של החוק, קרי, שלא יימצא תושב ישראל שזכאותו העקרונית על פי דין לשירותי בריאות לא תמומש בשל חסמים מינהליים.

6. (א) ככלל סבורני שמערכת ממשלתית, כנאמנת הציבור, ראוי שיהיו לה הנחיות פנימיות ממוסדות. הדבר מבטיח, ככל הניתן, שקיפות, היעדר שרירות ואי אפליה, הוא מכניס סדר בחשיבה ובעבודה, הוא משפר את הסיכוי לניהול תקין ולהגינות, והוא מאפשר בקרה וביקורת. ואולם, איני סבור כי המקרה דנן, לעת הזאת, מתאים ליישום גישה זו על-ידי התקנת כללים דווקא. הטעם הוא, כי העתירה שלפנינו עוסקת במקטע אחד בתחום קביעתה של מדיניות הבריאות, והוא מקטע בעייתי, בראש וראשונה בשל המפגש האמור בין שני שיקולים מתחרים - האחד הוא המחויבות שבדין לשירותי בריאות לכל תושב לפי החוק, והאחר הוא אי החוקיות של הישובים וההפקרות הקיימת בתחום הבניה בנגב. כיצד ליישב בין הדברים? דבר זה כשלעצמו מצדיק, ומחייב, טיפול קבוע; דומה כי המערכת הממשלתית ערה לכך, ואני מקווה כי די הצורך; אך מסופקני אם כללים הם לעת הזאת התרופה והפתרון, דווקא במאטריה זו שהיא חלק מתמונה כוללת, ואם נרצה, משתי תמונות כוללות: זו של שירותי הבריאות בכלל, המתפרשת ארצית ואינה מצומצמת לנושא הבדוים בנגב - וזו של הבדוים בנגב, התכנון לגבי יישובם והכרוך בכך.

(ב) אכן, קביעת כללים מכוח סעיף 29ב(ב)(3) לחוק דורשת קיום תשתית עובדתית ובדיקת צרכים נאותה. הגם שכאמור קביעתם של קוי פעולה מתוך שיקול דעת ראוי ובחינה מקיפה עשויה להועיל למימוש תכליתם של החוק, יש להביט עליה במבט רחב, כולל, ולא רק בהיבט החשוב אך החלקי של הישובים הבלתי מוכרים בפזורה הבדוית. ועוד, כשהמדובר בישובים הטבועים מעצם הקמתם באי חוקיות, תוך הפרה בוטה של חוקי התכנון והבניה, לא בקלות תידחה הטענה כי לצורך פרשנותן ויישומן הלשוני והתכליתי של הוראות החוק יש להביא בחשבון מצב זה.

(ג) הענקת שירותי בריאות לתושבי ישראל היא חובה לפי החוק, ואין בטעמים של בניה בלתי חוקית על-ידי פלונים כדי להתנער ממנה כשלעצמה; חובה זו מתעצמת בגלל אופיה - שירותי בריאות, היורדים לשורש רווחתו האישית של כל אדם, ועם זאת, כל עוד פועלים שר הבריאות ומשרדו לקיום חובה זו, וגם אם כשלעצמי תומך אני

ככלל, כאמור, בקביעתן של אמות מידה, איני סבור שהחלטתו של השר שלא להתקין לעת הזאת כללים מצדיקה התערבות בית משפט זה בגדרי אי סבירות קיצונית. חזקה על העותרים שימשיכו לעקוב אחר מימושן של התחייבויות הממשלה, כאמור. יתר על כן, ראוי להם למשיבים כי יכוננו מנגנון פנימי בדמות ועדת מעקב מוסדית מתמדת לנושא דנא, בראשות גורם בכיר במשרד הבריאות, שתהווה גם כתובת לפונים שונים, מקור מידע ושקיפות ובר שיח מוסמך ומקצועי. ואכן, כל עוד אינו נפסק – ולוא בשל רפיון יד מסוגים כאלה ואחרים – המשך יישובם של היישובים הלא מוכרים, אין למדינה מנוס אלא להבטיח ליושביהם שירותי בריאות בסיסיים. ואולם, לשם כך אין הכרח לכפות עליה לעת הזאת כללים כמבוקש, שספק אם ישרתו את המטרה המבוקשת, ומכל מקום אין החלטת השר בעניין זה חורגת ממתחם הסבירות.

7. אשר על כן, נראה כי אין מקום להיעתר לעתירה. אציע שלא לעשות צו להוצאות.

ש פ ו ט

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

ש פ ו ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש פ ו ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, ט"ז באייר תשס"ו (14.5.06).

ש פ ו ט

ש פ ו ט

ש פ ו ט

