



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6637/16

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט מ' מזוז

העותרת: איריס לוונשטיין לוי

נגד

המשיבות: 1. מדינת ישראל  
2. ההסתדרות הרפואית בישראל

התנגדות לצו על תנאי

תאריך הישיבה: י"ז בשבט התשע"ז (13.2.2017)

בשם העותרת: עו"ד ורד גרטל

בשם המשיבה 1: עו"ד נחי בן אור; עו"ד שי כהן

בשם המשיבה 2: עו"ד ארנה לין; עו"ד תמר וינטר קמר; עו"ד אריאל דניאלי

### פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

האם קביעת תנאי סף במכרז למשרת ניהול בית החולים וולפסון בחולון שלפיו על המתמודד להיות רופא בעל רישיון – תנאי המונע מן העותרת להציג מועמדותה – היא כדין? זוהי השאלה העומדת להכרעתנו בגדרה של עתירה זו.

1. העותרת משמשת כמנכ"לית קרן המחקרים הרפואיים ופיתוח תשתית ושירותי בריאות בבית החולים וולפסון (להלן גם: בית החולים). עובר לכך מילאה העותרת מגוון תפקידים כלכליים וניהוליים במערכת הבריאות ומחוץ לה, היא מומחית לכלכלת בריאות ומשמשת כמרצה באקדמיה בתחום זה. לקראת סיום העסקתו הקרב של מנהלו הנוכחי של בית החולים – שהוא בית חולים ממשלתי המצויי בבעלות המשיבה 1, היא המדינה – ביקשה העותרת להציג את מועמדותה למשרת מנהלת בית החולים במכרז הצפוי להתפרסם (להלן: המכרז). נוכח מדיניותה ארוכת השנים של המדינה לפתוח מכרזים אלה לרופאים בלבד, העריכה העותרת כי הדבר לא יתאפשר. לפיכך פנתה ביום 27.4.2016 במכתב אל שר הבריאות ואל מנכ"ל משרד הבריאות (להלן: השר והמנכ"ל בהתאמה) בבקשה להתיר לה להציג את מועמדותה חרף העובדה שאינה רופאה. זאת עקב כישוריה הניהוליים המוכחים, ניסיונה במערכת הבריאות, ובשים לב לכך שהוראות הדין החלות מאפשרות גם למי שאינו רופא לכהן במשרה. זמן קצר לאחר מכן, ובתמיכה לפנייתה זו, נשלח אל השר מכתב מאת 42 מתוך 54 מנהלי מחלקות ומנהלי יחידות בבית החולים התומך במועמדות העותרת ובאפשרותה להתמודד במכרז. ביום 8.5.2016 השיב המנכ"ל למכתבה של העותרת מיום 27.4.2016, בתשובה קצרה שלפיה היא "מוזמנת להגיש מועמדות כמקובל". ברם, בחלוף זמן לא רב יצר עמה קשר טלפוני וציין שאפשרותה להציג מועמדות למשרה תיבחן. ביום 12.6.2016, ומשטרם התקבלה תשובה בעניינה, פנתה העותרת במכתב נוסף אל השר ואל נציב שירות המדינה, הפעם באמצעות באי-כוחה, בבקשה שהמכרז הצפוי להתפרסם לא יכלול תנאי סף שלפיו על המועמד להיות רופא בעל רישיון (להלן: תנאי הסף), בטענה כי תנאי הסף עומד בניגוד להוראות הדין. ביום 24.7.2016, ומשטרם נענה מכתבה הקודם של העותרת, פנתה היא פעם נוספת לשר ולנציב שירות המדינה.

ביני לביני, ביום 18.5.2016 שלח יו"ר המשיבה 2 – ההסתדרות הרפואית בישראל – מכתב אל רופאי בית החולים וולפסון שבו הביע את התנגדותה של המשיבה 2 למינויו של מי שאינו רופא למשרת ניהול בית חולים, וטעמיה לכך. במכתב צוין כי אין מקום לקדם מועמדותו של אדם שאינו רופא לתפקיד, וכי תנאי הסף במכרז צריך, מטעמים אלה, לעמוד בעינו.

2. פניית העותרת נענתה לבסוף ביום 25.8.2016 על ידי היועץ המשפטי לנציבות שירות המדינה. בתשובה זו נכתב כי אין הוראה בדין המחייבת מעסיק לאפשר הגשת

מועמדות של מי שאינו רופא לתפקיד מנהל בית חולים, וכי הכללת תנאי הסף האמור היא חלק מהפרוגטיבה הניהולית של המעסיק. הובהר, כי המדיניות לעניין תקן המשרה היא כי לא ניתן למנות מנהל שאינו רופא לבית חולים בשירות המדינה, נוכח המטלות ותחומי האחריות המוטלים על ממלא התפקיד, וכי נדרש שלהכשרתו המקצועית של זה תהיה זיקה ישירה לליבת העיסוק של בית החולים.

3. מכאן העתירה שלפנינו שהוגשה טרם פרסום המכרז. העותרת ביקשה שנורה על אי הכללתו של תנאי הסף כך שיתאפשר לה להציג את מועמדותה במכרז; וכי נורה כך גם ביחס לכלל המכרזים שמפרסמת המדינה למשרות מנהלי בתי החולים הממשלתיים. עוד התבקש סעד של ביטול הוראת סעיף 12.362 לתקשי"ר המגדירה את משרתו של מנהל בית חולים ממשלתי כ"משרת רופא". בצד עתירתה ביקשה העותרת גם צו ארעי שיימנע את פרסום המכרז במתכונתו זו, וכן צו ארעי נגד איושה הקבוע של המשרה אם יפורסם כך המכרז בכל זאת. בקשה זו נדחתה ביום 29.8.2016 בהחלטת השופט י' דנציגר.

4. משלא ניתן צו ארעי, פרסמה המדינה ביום 20.9.2016 את המכרז כשהוא כולל את תנאי הסף שלפיו על המועמדים להיות רופאים בעלי רישיון. בגוף המכרז צוין כי תוצאותיו כפופות לתוצאות ההליך דנן. משפורסם המכרז פנתה העותרת פעם נוספת בבקשה ליתן צו ביניים דחוף נגד המשך ניהולו. ביום 19.10.2016, לאחר קבלת תשובת המשיבה 1 ותגובת העותרת לתשובה זו, דחה השופט י' דנציגר את הבקשה למתן צו ביניים והורה על שמיעת העתירה לפני מותב. דיון כאמור התקיים ביום 10.11.2016 ובסופו הוחלט (השופטים י' עמית, צ' זילברטל, מ' מזוז) ליתן צו על תנאי ביחס לסעדים שהתבקשו בעתירה כמו גם צו ביניים להקפאת הליכי המכרז. בנוסף, הוחלט על צירוף המשיבה 2 כמשיבה לעתירה.

טענות הצדדים

5. טענתה העיקרית של העותרת נסמכת על סעיף 26 לפקודת בריאות העם, 1940 (להלן: פקודת בריאות העם או הפקודה) הקובע כי בבית חולים שמנוהל על ידי מי שאינו רופא, ימונה לצדו מנהל רפואי שהוא רופא אשר ייעץ למנהל בעניינים רפואיים. לשיטת העותרת, יש לפרש את הסעיף כקובע "באופן פוזיטיבי [...] שיש לאפשר מינוי של מנהלי בתי חולים שאינם רופאים". לפיכך, לשיטת העותרת, תנאי סף במכרז המונע ממי שאינו רופא להציג את מועמדותו למשרה הוא בניגוד לדין ודינו להתבטל; ולכל היותר יכולה המדינה לקבוע שהיות המועמד רופא בעל רישיון היא "דרישה רצויה"

הנותנת יתרון למועמד שהוא רופא, אך לא מונעת ממי שאינו רופא להציג מועמדותו. עוד טוענת העותרת שהגבלת אפשרותה להציג את מועמדותה למכרז עולה כדי פגיעה בחופש העיסוק שלה, וזאת בניגוד לדין, באופן בלתי מידתי ולתכלית שאינה ראויה; וכי המדיניות המתבטאת בתנאי הסף לאייש את משרות מנהלי בתי החולים הממשלתיים ברופאים בלבד היא בלתי סבירה ובלתי עניינית. כך בין היתר משום שהמשרה מחייבת מיומנות וניסיון בניהול ארגון מורכב, בשליטה בתקציבים גדולים, בהתנהלות מול גורמים שונים כמו קופות החולים, רשויות מקומיות ומשרדי הממשלה – כישורים שבכללם אינם כרוכים בהכשרה רפואית וזו אינה מעידה על קיומם. לתמיכה בטענתה מצביעה העותרת על כך שבמדינות מערביות רבות מקובל המודל של ניהול בית חולים בידי מי שאינו רופא. לפיכך סבורה העותרת כי חלף המדיניות הגורפת על המדינה לאמץ מדיניות שלפיה בכל מקרה לגופו ייבחר המועמד המתאים ביותר, בעל ארגז הכלים הניהוליים המתאימים ביותר לצרכיו של בית החולים המסוים. לבסוף טוענת העותרת כי עמדת המדינה בעניינה אינה עולה בקנה אחד עם עמדתה בבג"ץ 4128/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' הממשלה (9.8.2015) (להלן: עניין הר"י) שבו סברה המדינה כי יש לאפשר למי שאינו רופא לכהן כמנכ"ל משרד הבריאות, ואף מטעם זה אינה יכולה לעמוד.

6. המדינה סבורה כי דין העתירה להידחות. המדינה אינה חולקת על כך שסעיף 26 לפקודת בריאות העם משמיע כי גם מי שאינו רופא יכול לשמש כמנהל בית חולים. עם זאת, לשיטתה מדובר בסעיף רגולטורי (אסדרתי) מובהק העוסק בקביעת הדרישות החלות במקרה שמונה לבית חולים מנהל שאינו רופא. מכך אמנם נובע כי ישנה אפשרות שבית חולים ינוהל על ידי מי שאינו רופא, אך אפשרות זו אינה משמיעה כל חובה לפתוח את משרות הניהול של 11 בתי החולים הממשלתיים הכלליים – ובכללם בית החולים וולפסון – גם למי שאינם רופאים. קביעת תנאי המשרה, וכפועל יוצא מכך, קביעת תנאי המכרז לאיושה מסורים לשיקול דעתה הרחב של המדינה בתור מעסיקתם של מנהלי בתי החולים הממשלתיים – שהם עובדי מדינה בכירים – והכל בהתאם לסמכותה הקבועה בחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (להלן: חוק שירות המדינה (מינויים)). בהמשך לאמור דוחה המדינה גם את טענת העותרת שלפיה קביעת תנאי סף שאינו מאפשר לה להתמודד במכרז כרוכה בפגיעה בזכותה לחופש העיסוק, שכן ממילא אין לה כל זכות מוקנית להיות מועסקת במשרה זו.

7. המדינה מוסיפה וטוענת כי מדיניותה למנות רופאים בלבד כמנהלי בתי החולים הממשלתיים כפי שמתבטאת בתנאי הסף היא מדיניות סבירה ועניינית, הכרוכה

בקשר הדוק לטיב המשרה ולאופייה. מנהל בית חולים ממשלתי עומד בראש מערכת העוסקת בכללה במתן שירותי רפואה ואשפוז לציבור הרחב, ועליו מוטלת האחריות הכוללת לאיכות הטיפול הקליני הניתן בבית החולים, לטיב הכשרתם המקצועית של הרופאים בו ולפיתוח המחקר. כל אלה מחייבים אותו לשקול שיקולים רפואיים מובהקים בהקשרים מגוונים, החל מקביעת סטנדרטים רפואיים ופיקוח על קיומם; המשך בטיב הבדיקות וטיפולים שיינתנו בבית החולים; וכלה בהחלטות כגון ניתוב חולים לטיפול נמרץ, סגירה או פתיחת יחידות ומחלקות כגון חדר המיון בתנאי משבר וכן הלאה. מטעם זה הודגש גם כי המכרז אינו מסתפק רק בדרישה שלפיה על המועמד להיות רופא בעל רישיון, אלא מוסיף ודורש שהמועמד יהיה "מומחה" באחד ממקצועות הרפואה. דרישה זו משמיעה לפחות עוד 4-6 שנות הכשרה וניסיון נוסף על ההכשרה הבסיסית, הכוללות התמחות במחלקות השונות של בית החולים וביצוע מחקר. אלו מביאות את המועמד להיות לפחות בעל 13-15 שנות ניסיון והכשרה ברפואה ובמחקר. המדינה מדגישה כי אין חולק שהמשרה מחייבת גם כישורים ניהוליים מוכחים, ועל כן נוקטת היא בצעדים המחזקים את ההיבט הניהולי של מנהל בתי החולים. כך, מצביעה המדינה על חוזרי מנכ"ל שלפיהם מינוי לתפקיד של מנהל בית חולים כללי יותנה בקיומו של תואר מומחה במינהל רפואי, וכן על שינוי הרכב ועדת הבוחנים מטעם המדינה למשרת מנהל בית חולים ממשלתי, כך שהוספו נציגים בעלי ניסיון וידע מתחום הניהול ומתחום הכלכלה. ואולם, המדינה מדגישה כי מועמד שאינו רופא, גם אם ניחן במיומנות ניהולית גבוהה, יתקשה להשלים את הידע המקצועי הנצבר במשך שנים ארוכות של הכשרה במקצועות הרפואה, אשר חיוני לתפקוד מיטבי כמנהל בית חולים.

8. עוד נטען שהמדיניות הנוהגת נבחנה מחדש טרם פרסום המכרז על רקע פניית העותרת, תוך שבמסגרת זאת ניתן משקל גם לאפשרות הנלמדת מסעיף 26 לפקודת בריאות העם למנות לתפקיד גם מועמד שאינו רופא. אף על פי כן, המדינה לא ראתה לסטות ממדיניותה הנוכחית. הטעם העיקרי לכך הוא אכן עמדת המדינה אשר לחיוניותה של ההכשרה הרפואית, אך זהו אינו הטעם היחיד. כך, המדינה מדגישה שמינוי מנהל שאינו רופא מחייב מינוי בכיר נוסף של מנהל רפואי, עניין בעל היבט תקציבי ברור שיחייב מטבע הדברים צמצום תקציבי ביחס לצרכים אחרים. כמו כן, המדינה סבורה שישנו יתרון מוסדי מובהק בניהול ריכוזי על ידי רופא בהשוואה לניהול "דו ראשי" על ידי מי שאינו רופא כשלצדו מנהל רפואי, שכן הצבת אדם אחד בראש הפירמידה המקצועית והניהולית יוצרת אחריות ומייעלת את הליך קבלת ההחלטות ואת התהליכים הבירוקרטיים בבית החולים. נוכח כל האמור, טוענת המדינה שמדיניותה כפי שבאה לידי ביטוי בקביעת תנאי הסף היא סבירה ועניינית ואינה מגלה

כל עילה להתערבות בית משפט זה. לתמיכה נוספת בסבירות מדיניותה הציגה המדינה תשתית מחקרית השוואתית ענפה המדגימה קשר חיובי בין ניהול בית חולים בידי רופא לבין ביצועי בית החולים. לבסוף צוין כי אין קושי ליישב בין העמדה שננקטה על-ידי המדינה בעניין הר"י לבין עמדתה במקרה דנן, שכן ישנו הבדל מהותי בין משרת מנכ"ל משרד הבריאות – שהיא משרה ניהולית בעיקרה; לבין משרת מנהל בית חולים ממשלתי שהיא בעלת היבט קליני ברור ומחייבת שקילת שיקולים רפואיים כעניין שבשגרה.

9. המשיבה 2 מצטרפת לעיקר טענותיה של המדינה וסבורה אף היא כי דין העתירה להידחות; וכי תנאי הסף שנקבע הוא סביר ומתחייב מטיב התפקיד וממהותו. לדידה מנהל בית חולים ממשלתי הוא תפקיד רפואי מובהק, שבצדו האחריות לאיכות הטיפול הרפואי הניתן בבית החולים, ואף נלוות לו סמכויות הקבועות בדין שחלקן רפואיות במובהק. במיוחד עומדת המשיבה 2 על מודל התקצוב בחסר, שהוא ייחודי לבתי החולים בישראל ומקשה על השוואתם לבתי חולים בעולם. מודל זה מחייב את מנהל בית החולים לעסוק כל העת בתיעדוף שירותים רפואיים מסוימים על פני אחרים, ובקביעת הסטנדרט הטיפולי בנתון למשאבים מוגבלים – סוגיות המחייבות לשיטת המשיבה 2 הכשרה וניסיון רפואיים. לבסוף, גם המשיבה 2 טוענת שאין ממש בטענת העותרת כי נפגעה זכותה לחופש העיסוק, ולחילופין, אף בהנחה שישנה פגיעה כאמור, זו נעשית מכוח הסמכה בחוק שירות המדינה (מינויים), ובהתאם ליתר מבחניה של פסקת ההגבלה.

לאחר שקיימנו דיון בהתנגדות לצו על תנאי שבמהלכו חזרו הצדדים על עיקרי טענותיהם, בשלה השעה לפנות להכרעה בעתירה שלפנינו.

דיון והכרעה

10. הילוכו של דיוננו יהיה כדלקמן. תחילה נבחן את טענות העותרת במישור הסמכות – היינו, אם המדינה כלל הייתה רשאית לקבוע את תנאי הסף שלפיו מועמד למשרת מנהל בית חולים וולפסון חייב להיות רופא בעל רישיון. לאחר מכן, ובהנחה שיימצא כי המדינה הייתה מוסמכת לקבוע את תנאי הסף האמור, נפנה אל מישור שיקול הדעת, שבגדרו נבחן אם ההחלטה לדרוש כי המועמד יהיה רופא בעל רישיון כתנאי סף, להבדיל מדרישה רצויה בלבד, היא החלטה סבירה נוכח מכלול השיקולים שהוצגו. לבסוף, נידרש לטענת העותרת בדבר פגיעה בזכותה החוקתית לחופש העיסוק.

מישור הסמכות – האם המדינה מוסמכת לקבוע את דרישת הרופא כתנאי סף במכרז?

11. טענת העותרת במישור הסמכות מתמקדת בפרשנות סעיף 26 לפקודת בריאות העם, סוגיה שעוד נידרש אליה בהרחבה להלן. ברם, תחילה ראוי להידרש למושכלות ראשונים בכל האמור בסמכותה הכללית של המדינה לקבוע דרישות ותנאים לאיוש משרות בשירות המדינה – בכובעה של המדינה כמעסיקה – וכפועל יוצא מכך, לסמכותה לקבוע תנאים, לרבות תנאי סף במכרזים לאיושן של אותן משרות. יובהר כי מדובר בעקרונות מוכרים ומושרשים היטב בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, הדין ברגיל בסוגיות מן הסוג המתעורר לפנינו. אעיר כאן במאמר מוסגר, כי מטעם זה סברתי כי יש ממש בטענת המשיבות בדבר קיומו של סעד חלופי בבית הדין לעבודה, אולם בהינתן העובדה שניתן בשלב קודם צו על תנאי, ומשאין מחלוקת בדבר סמכותו המקבילה של בית משפט זה, ראיתי לדון בעתירה לגופה.

חוק שירות המדינה (מינויים)

12. סעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים) מורה כי "לא יתמנה אדם עובד המדינה אלא למשרה פנויה בתקן". הגורם המציע את איוש התקן הוא המשרד הממשלתי הזקוק לו, אך על התקן להתאשר על ידי נציב שירות המדינה (ראו סעיפים 13-14 לחוק; ע"ע (ארצי) 1323/04 זנדבנק נ' מדינת ישראל משרד הביטחון, פסקה 11 (11.9.2006)). מושג ה"תקן" מוגדר בסעיף 13 לחוק שירות המדינה (מינויים) באורח כללי בלבד כמתייחס למשרה ולדרגה הצמודה לה. לימים התפרש המושג בהרחבה בפסיקה ונקבע כי הוא כולל את כלל מרכיבי התפקיד, לרבות תיאור הדרישות והכישורים הנדרשים למילוי ובכללם רמת השכלה, ניסיון רלוונטי וכדומה:

"מושג התקן מורכב [...] [מ]כמה מרכיבים. ראשית – התקן קובע את שמה של המשרה או תוארה. שנית – התקן קובע את תאור התפקיד, את הסמכויות הנתונות לנושא המשרה, תאור מיקומו במערכת וזיקתו לנושאי משרות אחרות. שלישית – התקן קובע את רמת המשרה, רמה המשתקפת בדרגת השכר הצמודה למשרה [...]. ורביעית [...] מושג ה'תקן' כולל בחובו – מעצם טיבו וטבעו – גם את תאור הדרישות והכישורים הנדרשים למילוי המשרה. מדובר בדרישות כגון רמת השכלה, דרישות ניסיון רלוונטי, מיומנויות מקצועיות מיוחדות וכיוצאים באלה כישורים. דרישות וכישורים אלה הם חלק בלתי נפרד מתאור המשרה והתפקיד. הם נועדו לבטא את טיבו ורמתו של התפקיד ובתור שכאלה הם חלק אינטגרלי של מושג התקן [...] (עס"ק (ארצי) 1003/04 רשות השידור – אגודת העיתונאים

בירושלים, פד"ע מ 97, 111 (2004) (להלן: עניין רשות השידור); ההדגשות במקור – ע' פ'.

לפיכך, הסמכות "להציע" תקן במשרד ממשלתי – ובהמשך לכך, סמכות אישור התקן על-ידי נציב שירות המדינה לפי חוק שירות המדינה (מינויים) – כוללת מאליה גם את הסמכות להגדיר את הדרישות והכישורים הנדרשים לאישור.

13. משהוגדר ואושר תקן, על דרישותיו השונות, קובע סעיף 19 לחוק שירות המדינה (מינויים) את ברירת המחדל שלפיה איש התקן יעשה בדרך של מכרז:

מכרז  
19. לא יתמנה אדם עובד המדינה אלא לאחר שנציב השירות הכריז על המשרה בפומבי, על פי בקשת המנהל הכללי או מי שהוסמך לכך על ידיו, בין שנתפנתה המשרה ובין שהיא עשויה להתפנות.

על רקע האמור נפסק לא אחת כי הסמכות לערוך מכרז לאישור של תקן מסוים כוללת מאליה את הסמכות לקבוע את תנאיו, בהתאם לדרישות התפקיד, וזאת לרבות קביעת תנאי הסף שיכללו בו:

"תנאי סף במכרז למשרה פלונית, כפי שהם נקבעים על ידי המעסיק, מבטאים למעשה את 'תקן' המשרה במקום העבודה [...] כלל הוא, כי קביעת 'תקן' כוח אדם, וכפועל יוצא מכך קביעת תנאי סף במכרז היא בסמכות המעסיק. זוהי הפררוגטיבה של המעסיק לקבוע את 'תקן' מפעלו, המשליך על מהות פעילותו, היקפה והתקציב הנדרש לה [...]" (ע"ע (ארצי) 526/09 חי – חברת החשמל לישראל בע"מ, פסקאות 20-21 (12.8.012) (להלן: עניין חברת החשמל); וראו גם, בין רבים: עס"ק (ארצי) 26/07 מדינת ישראל – המשרד להגנת הסביבה נ' הסתדרות ההנדסאים והטכנאים בישראל, פסקאות 10-11 (11.9.2008) (להלן: עניין הסתדרות ההנדסאים; עניין רשות השידור, פסקה 1 לחוות דעתו של השופט י' צור).

כן נפסק כי:

"הנה כי כן, המסקנה המתבקשת הינה כי בחינתם של תנאי סף של מכרז או של תנאי מכרז בכלל, תיערך בשים לב לתקן המשרה, שעל פיו נקבעים תנאי המכרז [...] קביעת 'תקן' כוח אדם היא בסמכות המעסיק. זוהי הפררוגטיבה של המעסיק לקבוע את 'תקן' מפעלו,



המשליכה על היקף פעילותו ותקציבו" (עניין הסתדרות ההנדסאים, פסקאות 10-11; עניין רשות השידור, בפסקה 1 לחוות דעתו של השופט י' צור).

14. מן האמור עד כה עולה כי מכיוון שמנהל בית החולים וולפסון היא משרת עובד מדינה בשירות המדינה, הרי שהוראות חוק שירות המדינה (מינויים) חלות על ההליכים הנוגעים לאיושה. אלו מסמיכות את המדינה בפירוש לקבוע את דרישות התפקיד הרצויות ולהביאן לידי ביטוי במכרז שפורסם, לרבות בדרך של קביעת תנאי סף. אכן, מדובר ב"פררוגטיבה הניהולית" של המדינה, במסגרתה מסור לה שיקול דעת רחב ביותר; ואולם, שיקול דעת זה מוגבל – הן בהוראות הדין הכללי, הן בדרישות הכלליות של המשפט המינהלי וביניהן סבירות, הוגנות, שוויוניות וענייניות:

"בבואנו לדון ולהכריע בהמשך בטענות הצדדים, יעמדו נגד עינינו מושכלות יסוד עליהן אין חולק, לפיהן הפררוגטיבה הניהולית לעולם תהיה כפופה לעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, להוראות הדין, ולדרישות של הגינות, סבירות ומידתיות [...] כל עוד ניתנה החלטת הרשות המנהלית בגבולות סמכותה והיא סבירה ומידתית, בית הדין לא יחליף את שיקול דעתו בזה שלה (עניין הסתדרות ההנדסאים, בפסקה 12; ראו גם: בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, נח"מ (6) 481, 584 (2004); ע"ע (ארצי) 674/05 ויזנר – מדינת ישראל רשות השידור, פסקה 21 (28.03.2007))."

לסוגיה של סבירות קביעת תנאי הסף, נידרש רק לאחר שנשלים את מהלך הטיעון בדבר הסמכות לקביעתו. לשם כך, נפנה לבחון אם סמכותה של המדינה מוגבלת לפי דין אחר, היינו, לפי סעיף 26 לפקודת בריאות העם.

היחס בין סעיף 26 לפקודת בריאות העם לחוק שירות המדינה (מינויים)

15. משמצאנו כי למדינה סמכות כללית לקבוע את תנאי המשרה של מנהל בית חולים ממשלתי ולהביאם לידי ביטוי במכרז לאיושה המשרה – סמכות שבצדה שיקול דעת רחב, הכפוף כמובן לתנאי הדין ולמבחנים הכלליים של המשפט המינהלי – נפנה לבחון את טענתה המרכזית של העותרת שלפיה חרף האמור, סעיף 26 לפקודת בריאות העם אוסר על המדינה לקבוע תנאי סף שלפיו על המועמד להיות רופא בעל רישיון, ובמילים אחרות שולל את סמכותה לקבוע תנאי זה. סעיף 26 לפקודת בריאות העם מורה כדלקמן:

הנהלת בית חולים  
 26. בבית חולים המתנהל בידי מי שאיננו רופא בעל רשיון ימונה מנהל רפואי שהוא רופא בעל רשיון, אשר ייעץ למנהל בנושאים הרפואיים של בית החולים.

כאמור לעיל, העותרת מדגישה – ואף המדינה והמשיבה 2 אינן חולקות על כך – כי הסעיף מתיר במפורש גם למי שאיננו רופא לנהל בית חולים. לפיכך מבקשת העותרת לקרוא את הסעיף כמסדיר על דרך השלילה את דרישות הסף הנוגעות למשרה. לשיטה זו יש לקרוא את ההוראה כקובעת דרישות כשירות שאינן כוללות דרישה לכך שמנהל בית חולים יהיה רופא בעל רשיון. בשלב הבא, ועל סמך פרשנותה זו מסיקה העותרת כי הסעיף קובע – כעניין נורמטיבי – שהמשרה צריכה להיות פתוחה גם בפני מי שאינם רופאים. לפיכך, סבורה העותרת כי קביעת תנאי סף במכרז לניהול בית חולים ממשלתי הנועל את הדלת לפני מועמדים שאינם רופאים היא פעולה בניגוד לסעיף 26 לפקודת בריאות העם – ומשכך, היא מנוגדת לדין ונגועה בחוסר סמכות.

16. לעומתה, המדינה (וכמוה גם המשיבה 2) סבורה שסעיף 26 לפקודת בריאות העם כלל אינו עוסק בסמכותה לקבוע את דרישות התפקיד ולאישו בדרך של מכרז – סמכות שנטועה בכללה בחוק שירות המדינה (מינויים) – אלא עניינו אך בקביעת הוראה אסדרתית המחייבת מינוי מנהל רפואי לצד מנהל בית חולים שאינו רופא. לפיכך, אין בו להשליך על סמכות המדינה הנוגעת למינוי בית חולים ממשלתי מכח חוק שירות המדינה (מינויים); וודאי שאין בו חיוב כלפי המדינה לאפשר השתתפות במכרז גם של מועמדים שאינם רופאים.

17. הנה כי כן, שתי פרשנויות שונות לסעיף 26 לפקודת בריאות העם ניצבות לפנינו. עלינו לבחור בזו שתיטיב להגשים את תכליתו ולשקף את "מכלול המטרות, הערכים, המדיניות והפונקציות החברתיות שדבר החקיקה מבקש להגשים" (רע"א 3411/16 פלוני נ' משרד הרווחה ירושלים, פסקה 9 (20.6.2016)). ראשיתה של מלאכה זו היא בשלב הלשון, אך מוכן אני להניח ששתי הפרשנויות הנטענות מוצאות אחיזה מספקת בלשון הסעיף. לפיכך, אפנה לבחינת תכלית הסעיף, הנלמדת ממקורות פנימיים, ובהם מבנהו של החוק והמטרות הקבועות בו; וכן ממקורות חיצוניים ובהם ההיסטוריה החקיקתית ועקרונות היסוד של השיטה (ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקה 34 (14.5.2012) (להלן: עניין רוטמן)). כידוע, תכלית החוק מורכבת מתכלית סובייקטיבית – היא המטרה שהמחוקק ביקש להגשים באמצעות דבר החקיקה הנבחן; ומתכלית אובייקטיבית – היא המטרות,

הערכים, והעקרונות שנועד להגשים דבר חקיקה בחברה דמוקרטית (ראו: אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 201-204 (1993) (להלן: ברק)). אקדים ואומר, כי לדידי יש לבכר את פרשנות המדינה במובן זה שאין לראות בסעיף 26 לפקודת בריאות העם כמגביל את סמכותה לקבוע תנאי סף שלפיו על המועמד להיות רופא בעל רישיון; וכי לכל היותר יש בו הוראה רלוונטית במישור שיקול הדעת המחייבת את המדינה לשקול את האפשרות שלא לדרוש תנאי סף כאמור ולמנות גם אדם שאינו רופא.

התכלית הטובייקטיבית

18. כידוע, תכליתו הסובייקטיבית של דבר חקיקה משקפת את המטרות, הערכים והמדיניות שביקש המחוקק להגשים באמצעותו. זוהי "כוונת המחוקק" עת נחקק דבר החקיקה הספציפי. היא אינה "כוונה משוערת". על השופט ללמוד עליה מן המקורות הפנימיים והחיצוניים עליהם עמדנו לעיל – וביניהם, מלשון החוק ומההיסטוריה החקיקתית (עניין רוטמן, בפסקה 49; ברק, בעמ' 202). אכן "מתוך לשונו של דבר החקיקה, מסוגו ומטיפוס הסדריו, ניתן לעמוד בצורה אמינה על כוונתו של המחוקק" (ראו: ברק, בעמ' 304; בג"ץ 693/61 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 764 (1993)).

19. נפתח אפוא את דיוננו בלשונו של סעיף 26 לפקודת בריאות העם המלמדת על שיש ועל שאין בו. אשר למה שישנו בסעיף, דומני שהדברים ברורים. הסעיף מתאר מצב דברים שבו בית חולים מתנהל על ידי מי שאינו רופא וקובע שבמצב זה יש חובה למנות לצדו מנהל רפואי כדי שזה ייעץ למנהל שאינו רופא ב"נושאים הרפואיים". מכאן, כי המסקנה המסתברת היא שמטרתו של הסעיף היא להבטיח כי בכל הנהלת בית חולים יכהן רופא – אם בתור המנהל היחיד, אם בתור מנהל רפואי לצד מנהל שאינו רופא. מסקנה זו נתמכת לדידי גם בכותרת המשנה של הסעיף – "הנהלת בית חולים" – המלמדת כי כובד משקלו הוא במבנה ההנהלה כיחידה ארגונית ולא במאפייני המנהל. אשר לטעם שביסוד הדרישה, אך מובן כי זו נובעת מהחשיבות שייחס המחוקק לרמה המקצועית-רפואית של הנהלת בית החולים העומדת בראשו ואחראית לכל המתרחש בו. לפיכך, רצה המחוקק להבטיח כי גם אם נבחר מודל ניהול "דו ראשי" שהמנהל הראשי בו אינו רופא, עדיין יכהן לצדו בר סמכא רפואי.

20. עתה למה שאינו נכלל בסעיף. לא ניתן להתעלם מכך שהסעיף אינו מנוסח כהוראה שעניינה בכשירות או בתנאים לאיוש משרה והוא אינו קובע כל הוראה לעניין

זה – אם לחיוב, אם לשלילה. סעיף 26 לפקודת בריאות העם כלל אינו עוסק בדרישות רלוונטיות אפשריות כמו הכשרה רפואית, ניסיון ניהולי, ותק במקצוע, השכלה אקדמית ועוד. בכך נבדל הסעיף מהוראות חוק רבות ומוכרות היטב שעניינן הסדרת עיסוקים או קביעת תנאי כשירות לכהונה במשרה מסוימת, שאז נוהג המחוקק לפרט דרישות שונות שצריכות להתקיים במועמד כגון גיל, השכלה רלוונטית, הכשרה ועמידה בבחינות, היעדר עבר פלילי וכן הלאה (ראו למשל, בין רבים: סעיף 4(א) לחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב-1972; סעיף 4(א) לחוק רואי חשבון, התשט"ו-1955; סעיף 16א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975; סעיף 24 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; סעיף 4(א) לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976; סעיף 9(א) לחוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996; סעיף 3(א) לחוק נציב תלונות הציבור על שופטים, התשס"ב-2002).

21. בהמשך לכך, לא ניתן אף להתעלם ממיקומו של סעיף 26 בפקודת בריאות העם, ויש לבחון את הסעיף בראי דבר החקיקה כולו; שכן "דיבור של החיקוק הוא יצור החי בסביבתו. הוא מקבל את צביונו מהקשר הדברים" (בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513 (1970); ברק, בעמ' 306-308)). סעיף 26 לפקודת בריאות העם מצוי בחלק ד' לפקודה שמתייחס – בין היתר – ל"מוסדות רפואיים" ול"רישום בתי חולים", וכולל שורה ארוכה של הוראות אסדרתיות הנוגעות לתנאי היסוד הדרושים להקמת בית חולים ולהפעלתו. על אלו נמנות למשל החובה לקבל אישור מנכ"ל משרד הבריאות להקמת בית חולים (סעיף 24א לפקודת בריאות העם); סמכותו של מנכ"ל משרד הבריאות לסגור יחידות מקצועיות בבית החולים, להורות על צמצום מספר המיטות בו ואף על סגירתו כליל (סעיפים 24ב ו-25א(2) לפקודת בריאות העם). בחלק זה גם מוסדרים העקרונות הנוגעים לתשלום עבור שירותים רפואיים הניתנים בבית החולים (סעיף 24ג לפקודה). סעיף 25(א) לפקודת בריאות העם עוסק בחובה לרשום את בית החולים בכפוף להתקיימות התנאים המנויים בסעיף 27 להמונים, בין היתר, את הדרישה שהרופא הממונה על בית החולים יהיה מוסמך לעסוק בענף הרפואה שבו עוסק בית החולים; שיעבדו בו מספיק אחיות (יוער, כי ניסוח זה בלשון נקבה מצוי במקור בפקודה); כי יהיה בו די ציוד מתאים למילוי דרישות בית החולים; כי ישנו מספר מיטות מינימאלי וכדומה. סעיף 26 לפקודה ממוקם בתוככי הרצף האמור, ועוסק כמוסבר לעיל במאפיינים של הנהלת בית החולים. יוער כי הוראה דומה בטיבה, העוסקת אף היא בהסדרת היחידה הארגונית של הנהלת בית החולים מצויה בסעיף 28 לפקודה ולפיה אם בית החולים מנוהל על ידי יותר מרופא אחד, יש למנות אחד כמנהל אחראי על בית החולים.

22. ומן המטרה הגלומה בלשון אל ההיסטוריה החקיקתית. כפי שמדגישה העותרת, עד לשנת 1998 קבע הסעיף כי בית חולים יכול להתנהל רק על ידי רופא בעל רישיון:

הנהלת  
בתי חולים  
כל בית חולים יתנהל בהשגחת רופא  
בעל רישיון.

בשנת 1998, תיקן סעיף 14 לחוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1998, הוא חוק ההסדרים, את סעיף 26 לפקודת בריאות העם ונוסחו הנוכחי מתיר ניהול גם בידי מי שאינו רופא, ובלבד שיתמנה תחתיו מנהל רפואי. בדברי ההסבר שליוו את הצעת החוק נאמר כי:

"מוצע לקבוע כי אפשר שיכהן כמנהל בית חולים גם מי שאינו רופא, ובלבד שימונה תחתיו גם מנהל רפואי".  
(הצעת חוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1997 ה"ח 2650. ההדגשה אינה במקור – ע' פ').

מן הדברים עולה כי המחוקק ביקש לאפשר מודל ניהולי חדש שבמסגרתו ינוהל בית חולים בידי מי שאינו רופא, אם ימונה לצדו מנהל רפואי, כחלק מחקיקת ההסדרים, שהיא חקיקה בעלת תכליות כלכליות, של התייעלות כלכלית. בה בעת, לא נמצא בהצעת החוק האמורה כל רמז לכך שהמחוקק ביקש המחוקק להסדיר באופן ממצה את תנאי הכשירות הנדרשים ממנהל בית חולים, ולקבוע אגב כך כי אלה אינם יכולים לכלול דרישה שמנהל בית חולים יהיה רופא בעל רישיון, כפי שמציעה העותרת.

23. דעתי היא כי המכלול האמור תומך במסקנה כי תכליתו הסובייקטיבית של סעיף 26 לפקודת בריאות העם הייתה לקבוע הוראה אסדרתית המחייבת מינוי מנהל רפואי לצד מנהל שאינו רופא, במקרה שבו נבחר בבית חולים מסוים מודל ניהול "דו ראשי". לא מצאתי תימוכין לטענת העותרת שלפיה עם תיקון הסעיף לא רק שביקש המחוקק להתיר ולאפשר ניהול בית חולים בידי מי שאינו רופא, אלא ביקש למנוע מהגורם הממנה את מנהל בית החולים לדרוש ממועמד להיות רופא.

התכלית האובייקטיבית

24. כידוע, בצד התכלית הסובייקטיבית של דבר החקיקה, עומדת תכליתו האובייקטיבית. בניגוד לתכלית הסובייקטיבית, היא כוונת המחוקק מן הבחינה ההיסטורית העובדתית, התכלית האובייקטיבית היא "התכלית שקורא 'סביר' של דבר

החקיקה במדינה דמוקרטית ייתן [לדבר החקיקה] בעת הפירוש"; היינו, עקרונות היסוד של השיטה המשפטית והשיקולים הכללים הנוגעים לאינטרס הציבורי באשר לאופן יישומו של דבר החקיקה (ראו ברק, בעמ' 249; בג"ץ 273/10 אלמזרח נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פסקה 13 (2.9.2011)). דומני, כי המטרות והאינטרסים העיקריים הניצבים בבסיסה של פקודת בריאות העם בכלל, ובחלק הרלוונטי שבו ממוקם סעיף 26 לה בפרט, הם שמירה על בריאות הציבור ואספקה סדירה של שירותי רפואה חיוניים. בכל האמור בבתי חולים, נועדה הפקודה להבטיח כי יספקו שירותי רפואה ואשפוז ברמה נאותה, תוך עמידה בסטנדרטים מקצועיים ראויים, והבטחת נגישותם לציבור הרחב. אין חולק כי פרשנות סעיף 26 לפקודה כסעיף אסדרתי שעיקרו המבנה של הנהלת בית החולים כיחידה ארגונית מגשים מטרות אלו, שכן, הוא נועד לוודא את רמתה המקצועית-רפואית של ההנהלה המנווטת את בית החולים כולו, ולהבטיח כי בכל מודל ניהול שיבחר – אם מודל "ריכוזי", אם מודל "דו ראשי" יכלול בר סמכא מקצועי-רפואי.

25. נסכם עד כאן. מבין שתי הפרשנויות שהציגו הצדדים לפנינו, סבורני כי פרשנות תכליתית לסעיף 26 לפקודת בריאות העם תומכת בעמדה שהציגה המדינה (כמו גם המשיבה 2) שלפיה מטרת הסעיף היא להתיר שני מודלי ניהול, לרבות ניהול בידי מי שאינו רופא, וזאת בשונה מהמצב האסדרתי ששרר ערב תיקונו, שהתיר ניהול בית חולים בידי רופא בלבד. בה בעת, וכדי להבטיח את רמתו המקצועית-רפואית של בית החולים ביקש הסעיף לחייב כי אם נבחר מודל הניהול ה"דו ראשי", יכהן בהנהלה גם מנהל רפואי שיוכל ליתן מענה מקצועי הולם במישור הרפואי. לא שוכנעתי שהסעיף נועד להסדיר בדרך כלשהי את הדרישות הנוגעות לאדם שיכהן במשרת מנהל בית החולים, וודאי שלא באופן ממצה עד כדי איסור לדרוש כי מועמד במכרז למשרה יהיה רופא.

26. הדברים אמורים ביתר שאת בענייננו, שבו הגורם הממנה את מנהל בית החולים וולפסון הוא המדינה שלה מסורה סמכות רחבה לקבוע את דרישות התקן מכוח חוק שירות המדינה (מינויים), ולהביאם לידי ביטוי במכרז לאיוש התקן. נוכח הפרשנות שאותה אני מציע לסעיף 26 לפקודת בריאות העם, אינני סבור שיש בו כדי להגביל סמכות זו, עד כדי איסור ברור בדין לדרוש שמועמד למשרה יהיה רופא בעל רישיון. להשקפתי, הסעיף רלוונטי למישור הפעלת שיקול הדעת המינהלי של המדינה עת היא מעצבת את תנאי התקן למשרת מנהל בית החולים, במובן זה שבכוחו לחייבה לשקול את האפשרות לבחור במודל ניהול "דו ראשי"; ואם בחרה לעשות כן – לפתוח

את המכרז גם למועמד שאינו רופא. ברם, דיון זה ממוקד במישור שיקול הדעת ולא במישור הסמכות. לדיון במישור זה אעבור עתה.

מישור שיקול הדעת – סבירות הצבת הדרישה לכך שהמועמד יהיה רופא בעל רישיון כתנאי סף לעומת קביעתה כדרישה רצויה

27. במישור הסבירות השאלה הניצבת לפתחנו היא אם החלטת המדינה לקבוע כתנאי סף כי המכרז ייפתח לרופאים בעלי רישיון בלבד להבדיל מקביעתה כדרישה רצויה המאפשרת גם למי שאינו רופא בעל רישיון להתמודד במכרז – היינו בחירה במודל ניהול "ריכוזי" על-פני מודל ניהול "דו ראשי"- מצויה במתחם הסבירות. כידוע, כדי שהחלטה זו תמצא סבירה היא אינה נדרשת להיות מיטבית או הרצויה ביותר בעיני בית המשפט, אלא אך לבטא איזון ראוי בין מכלול השיקולים הצריכים לעניין אשר מטיבו עשוי להתיר בידי הרשות כמה מסלולי פעולה חלופיים סבירים (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 445, 421 (1980); בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, מה(4) 683, 693 (1991); בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים, פ"ד סד(3) 807, 843 (2011)). כפי שצוין לעיל, כך הם פני הדברים בבחינת הפרוגטיבה הניהולית של המדינה בכלל (ראו לעיל, בפסקה 14, והאסמכתאות שם), וכך גם בהחלטת הרשות המינהלית לקבוע תנאי סף במכרז מסוים בפרט (ראו: ע"ע (ארצי) 382/08 בן מנחם – מדינת ישראל, פסקה 19 (9.7.2009); ראו עוד ע"ע 5525/11 נ.ע מעלות שעיר העיר בע"מ נ' משרד האוצר, פסקה לה (2012); ע"ע 1985/10 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' די.אנד די. בטיחות בע"מ, פסקה 14 והאסמכתאות שם (18.7.2010)).

יפים לעניינו, בשינויים המחויבים, הדברים הבאים:

"אין חולק כי רשאי בעל מכרז להגדיר דרישה מסוימת כתנאי סף [...] המחלוקת מתמקדת בשאלה אם [...] העמדת דרישת הניסיון כתנאי סף היא הכרחית. כפי שציינן בית משפט קמא בפסק דינו, בפני בעל המכרז עומדות שלוש אפשרויות לגבי הדרישה לניסיון קודם: להעמיד דרישה זו כתנאי סף; להעמיד דרישה זו כאחת מאמות המידה לבחירת הזוכה [...] במקרה דנן בחר משרד התחבורה, כבעל המכרז, להציב את דרישת הניסיון כתנאי סף [...] ככלל, ההכרעה בשאלת סיווג הדרישה, אם כתנאי סף או כאמת מידה [...] נתונה לשיקול דעתו של עורך המכרז. מטבע הדברים, מידת ההתערבות של בית המשפט בעניין זה תהא מועטה [...] על בית המשפט לבחון אפוא את סבירות ההחלטה של עורך המכרז להציב את דרישת הניסיון כתנאי סף בהתאם לנסיבות המקרה שבפניו. ניתן למנות מספר שיקולים המשמשים בסיס להחלטה כאמור.

ככלל, הצבת דרישה כתנאי סף מייעלת את הליך המכרז ויוצרת הגינות כלפי משתתפים פוטנציאליים. תנאי הסף מאפשר לעורך המכרז לערוך ניפוי ראשוני מבלי להשקיע משאבים וזמן בבחינת הצעות לא רלוונטיות. המציע מבחינתו, לא יתאמץ יתר על המידה אם נהיר לו כי אינו עומד בתנאי הסף [...]

מאידך גיסא, הפועל היוצא מהצבת תנאי סף הינו צמצום התחרות ופגיעה ביעילות הכלכלית של המכרז. תנאי סף עלול לפגוע במציע יתר על המידה במקום בו הוא עומד בכל הפרמטרים מלבד אותו תנאי, כך שהצעתו נפסלת בכללותה בשל רכיב אחד מבין שלל דרישות עורך המכרז. שיקול זה אף מתחזק לאור האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק, לפיו יש להעדיף דרך פעולה שמגבילה פחות את חופש העיסוק" (עע"ם 7736/10 הרקולט את סנפיר בע"מ נ' טייפון קבלנים בע"מ, פסקאות 16-19 (6.9.2011) (להלן: עניין הרקולט)).

אם כן, עלינו לפנות לבחון את השיקולים המתחרים בעניינו אנו, ולקבוע אם בשים לב לשיקולים אלה, ההחלטה לקבוע כתנאי סף לניהול בית חולים ממשלתי כי המנהל יהיה רופא בעל רישיון היא החלטה שעולה בקנה אחד עם העקרונות הכלליים החלים במשפט המינהלי ובדיני המכרזים, ובכללם סבירות, מידתיות ושוויון (ראו עוד עניין הרקולט, בפסקה 16). זאת, בשים לב לשיקולים שהציגה המדינה בדבר מודל הניהול הרצוי בעיניה ודרישות התפקיד הנובעות ממנו.

28. כפי שפירטה המדינה בהרחבה בטיעוניה, להשקפתה בית חולים צריך להיות מנוהל בידי רופא מומחה. זאת, משום שמנהל בית החולים הוא הגורם הנושא באחריות העליונה לאיכות הקלינית של הטיפול הרפואי הניתן בבית החולים, לסטנדרטים המקצועיים הנקבעים בו וליישומם, לתפעולן השוטף של המחלקות השונות, להקצאת המשאבים בבית החולים, להוראת הרפואה ולמחקר הרפואי. כל אלה מחייבים את המנהל לשקול בראש ובראשונה שיקולים רפואיים מובהקים, להכיר את עולם התוכן הרפואי ולהיות בעל ניסיון מעשי ממשי. כך למשל, טוענת המדינה כי על מנהל בית החולים לנהל משברים רפואיים בבית החולים; לנתב מטופלים בין טיפול נמרץ למחלקות במקרים של חוסר מקום; לתת הוראות בדבר פתיחת וסגירת חדר המיון, וכן קבלת חולים פנימיים במחלקות שאינן פנימיות; להחליט על אופן העברתם של חולים לבית החולים, ועוד. בכך אין כמוכן כדי לייתר את הדרישה גם לכישורים ניהוליים ותפעוליים, אך לשיטת המדינה, כמוסבר לעיל, כובד משקלו של התפקיד הוא רפואי, והיבט זה אינו ניתן "להשלמה" במועמד שאיננו רופא (מומחה), והמדינה תומכת את טיעונה בכך שאף במודל ניהול דו ראשי, פקודת בריאות העם קובעת כי לצד מנהל שאינו רופא, ימונה מנהל רפואי. המדינה ממשיכה וטוענת, כי עמדתה בעניין הר"י



שלפיה מנכ"ל משרד הבריאות אינו חייב להיות רופא, אינה מלמדת על הדרישות הרצויות לצורך ניהול בית חולים ממשלתי. המדינה מדגישה, כי מנהלו של בית חולים ממשלתי, להבדיל ממנכ"ל משרד הבריאות, נדרש מדי יום ביומו לקבל החלטות הנוגעות למטופלים ספציפיים; החלטות ביחס לשיטות טיפול, טכנולוגיות רפואיות, ורכישת תרופות; וכן ניהול צוות בית החולים מן הבחינה המקצועית – החלטות המחייבות ידע רפואי-מקצועי, ולא רק ניהולי.

29. אל מול שיקולים אלה, טענה העותרת כי קיימים בתי חולים המנוהלים על-ידי מי שאינם רופאים, וזאת, לשיטתה, בהתאם לדין הנוהג ועל-פי הוראותיו. העותרת תמכה את עמדתה בחוות דעת של פרופ' מרדכי שני, בעבר מנכ"ל משרד הבריאות ומנהל בית החולים "שיבא" תל השומר, שלפיה מודל ניהול זה הוא אפשרי, וכי קיימים, למיטב ידיעתו, מועמדים מתאימים לניהול בתי חולים אשר אינם רופאים. העותרת טוענת, בשים לב לכך שמודל "ריכוזי" זה הוא אפשרי (ואף מתחייב מן הדין, לשיטתה), כי אין טעמים כבדי משקל המצדיקים הצבתו כ"תנאי סף", תנאי אשר משמעותו בהכרח חסימה אפרוורית של מועמדים מתאימים.

30. גם המדינה אינה שוללת את האפשרות שגם במסגרת מודל ניהול "דו ראשי" יכול להינתן מענה רפואי הולם על ידי המנהל הרפואי שיכהן לצד המנהל שאינו רופא. המדינה ציינה מפורשות כי נתנה דעתה לאפשרות זו עקב פניית העותרת אליה, ובשים לב לאפשרות הנלמדת מסעיף 26 לפקודת בריאות העם. ואולם, בסופו של דבר סברה המדינה כי מדובר במודל ניהולי פחות רצוי, שעשוי להגשים את יעדיו המקצועיים והניהוליים של בית החולים במידה פחותה. זאת, ממספר טעמים. ראשית, מינוי שני מנהלים בהשוואה למנהל יחיד משמעו איוש שתי משרות בכירות בבית החולים, עניין שלו היבט תקציבי ברור, שמשמעו גריעה ממוקד אחר, לאו דווקא חשוב פחות. בהקשר זה, מציינת המדינה כי המועד הרלוונטי לשקילת השיקול התקציבי המוזכר הוא בעת עיצוב תנאי התפקיד – היינו, גיבוש המכרז – להבדיל מדירוג המתמודדים במכרז על-ידי ועדת הבוחנים. המדינה מדגישה כי השיקול התקציבי הוא שיקול רוחבי, ששקילתו בעת דירוג המתמודדים במכרז עלול לפגוע בשיקולים העניינים שעל ועדת הבוחנים לבחון. המדינה סבורה עוד כי עדיף שבית החולים ינוהל בידי אדם אחד הנושא במלוא האחריות להתנהלות בית החולים, והוא החייב בדין וחשבון על המתרחש בו. כמו כן, לדידה דרך ניהול זו מייעלת את התהליכים הביורוקרטיים ואת תהליכי קבלת ההחלטות. צירופם של שיקולים אלה והצורך "לבצע אינטגרציה בין מכלול היבטים רפואיים ותפעוליים תוך הפעלה של שיקול דעת רפואי – מקצועי הנשען על מיומנות ונסיון"

הביא את המדינה לבחור במדיניותה הנוכחית שלפיה בתי החולים הממשלתיים ינוהלו בידי מנהל יחיד שהוא רופא.

31. סבורני, כי השיקולים שהציגה המדינה הם עניינים ובעלי משקל. כנגדם, כל שהציגה העותרת הוא כי מודל ניהול "ריכוזי" הוא אפשרי, ומשכך הוא – כי אין מקום למנוע ממועמדים פוטנציאליים אפריורית לגשת למכרז. אכן, קביעת קריטריון כתנאי סף להבדיל מאשר כדרישה רצויה, מונע בחינת מועמדים שאינם רופאים. ואולם, יש לתת את הדעת לכך שמניעה זו אין משמעה מניעה כי מועמדים אלה, דוגמת העותרת, יעסקו בניהול בתי חולים בכלל, או אף ב"ניהול רפואי" בהקשרו הרחב. המגבלה בדבר ניהול "ריכוזי" חלה אך על ניהולם של בתי החולים הממשלתיים – אחד עשר במספר, בהינתן גודלם ומורכבותם (בכפוף לתנאי הכשירות שייקבעו, מעת לעת, על ידי המעסיקים הרלוונטיים בבתי החולים שאינם ממשלתיים). אין מדובר במניעה גורפת מן העותרת לעסוק בניהולם של בתי חולים; ובמבט רחב יותר, גם לא נמנעת מן העותרת האפשרות לעסוק ב"ניהול רפואי" ככלל, למשל בקרנות מחקר או במוסדות רפואיים אחרים. שיקול זה אף הוא בעל משקל במכלול השיקולים.

32. בשים לב לכל האמור, לא מצאתי שהחלטת המדינה לקבוע כתנאי סף כי על מועמד במכרז להיות רופא בעל רישיון מצויה מחוץ למתחם הסבירות הנתון לרשות המינהלית. להשקפתי, הבחירה בין שני מודלי הניהול – וכפועל יוצא מכך בין הדרישות האפשריות ממועמד לתפקיד – היא שאלה מובהקות של מדיניות ציבורית שבמרכזה שיקולים מקצועיים-רפואיים, כלכליים ואדמיניסטרטיביים גם יחד. החלטה מסוג זה נטועה בלב שיקול דעתו של משרד הבריאות האמון על אספקתם של שירותי הבריאות לציבור הרחב ונושא באחריות לתפקודם של בתי החולים הממשלתיים. בתי חולים אלה הם מסגרות חיוניות, באמצעותן מספקת המדינה שירותי רפואה חיוניים לאזרחיה, ובהם באים לידי ביטוי היבטים רבים מהמדיניות השלטת בענייני בריאות. כאמור, השיקולים שהציגה המדינה לבחירה בחלופה האמורה נראים לי כולם ענייניים ורלוונטיים, וכפי ששבנו ושנינו פעמים רבות מספור, אל לו לבית המשפט להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הרשות המינהלית. בית המשפט אינו "רשות על". כל שבוחן הוא, הוא אם החלטתה של הרשות המינהלית המוסמכת אינה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות הנתון לה (ראו למשל: בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 836-837 (2003); עניין מנהלי ההשקעות, בעמ' 395-396). אינני סבור כי קביעת תנאי הסף במקרה דנן חורג ממתחם הסבירות הנתון למדינה באופן שיצדיק את התערבותנו, משמדובר בשאלה המצויה בגרעין שיקול הדעת המוקנה למדינה באשר למודל הניהול הראוי ולדרישות הנגזרות

ממנו. אל לנו להיכנס לנעליה של המדינה ולהורות לה לבחור במודל ניהול "דו ראשי", אשר גם אם הוא אפשרי, לשיטתה אין הוא משרת את אינטרס הציבור באופן מיטבי.

תנאי סף כפגיעה חוקתית בחופש העיסוק?

33. בטרם סיום אדרש לטענה אחרונה שנטענה על-ידי העותרת, והיא כי קביעת תנאי הסף עולה כדי פגיעה בזכותה החוקתית של העותרת לחופש העיסוק. בהקשר זה יש להעיר כי מדובר בשאלה מורכבת, אשר העותרת לא נדרשה לנבכיה, ובהמשך לכך, אף המדינה לא נדרשה למכלול הסוגיות העולות ממנה מעבר להערות כלליות. אכן, סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק קובע כי "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד", אך היקף פרישתה של הזכות החוקתית הוא עניין סבוך, שכן "חופש העיסוק אינו החופש של האדם על אי בודד. זהו החופש של האדם כחלק מהחברה" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 384-383 (1997) (להלן: עניין מנהלי ההשקעות); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 879-857 (2016) (להלן: מדינה)). בהמשך לכך, השאלה אם כל קביעת תנאי סף במכרז למשרה בשירות המדינה צריכה להיבחן באספקלריה של פגיעה בחופש העיסוק היא שאלה מורכבת, וזו טרם נדונה לעומקה בפסיקתו של בית משפט זה. בהקשר דומה, הביע בית משפט זה עמדה שלפיה:

"אם הדרך לעיסוק פתוחה בפני אדם למרות סירוב הרשות לקבל את תוצרי עיסוקו, לא ייחשב הסירוב כפגיעה בחופש העיסוק [...] ככלל, חופש העיסוק אינו מטיל על המדינה ועל רשויותיה חובה להעסיק. חופש העיסוק הוא החופש להעסיק או שלא להעסיק [...] בכל מקרה על המדינה להפעיל את כוחה כמעסיקה בשוויוניות על יסוד שיקולים ענייניים ובסבירות. ואולם, כרגיל, בכך שהמדינה נמנעת להעסיק בני-אדם מסוימים [...] או אף בכך שאין היא מוכנה לעשות שימוש בתוצרי עבודתם, אין כדי לשלול מהם את אפשרותם לעסוק במקצועם, ולכן אין בכך משום פגיעה בחופש העיסוק" (בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות, והספורט, פ"ד נג(4) 673, 682-681, 692-691 (1999) (להלן: עניין לם); ובהקשר קרוב ראו בג"ץ 295/80 קידר עבודות עפר ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד לד(4) 468, 473-474 (1980)).

אין מקום לקבוע מסמרות בשאלה זו בעניינו אנו. ממילא, מרב חיציה של העותרת כווננו לטענה שלפיה תנאי הסף במכרז נקבע ללא סמכות בחוק ובניגוד לדין. באשר למישורים האחרים הנוגעים לפגיעה בזכות חוקתית, אלה נטענו בעלמא,

ובהתאם, אף המדינה לא השיבה להם באופן ממצה. בכלל זה, למבחני המידתיות לא נדרשה העותרת כלל – ובהמשך לכך, אף המדינה לא נדרשה לניתוחם. משכך הם פני הדברים, ובשים לב לכך שקבעתי כי קיימת למדינה סמכות בדין לקבוע תנאי סף בשים לב לחוק שירות המדינה (מינויים) ולפרשנותו של סעיף 26 לפקודת בריאות העם – לא מצאתי להידרש לבחינה החוקתית במישורים אשר העותרת לא נדרשה להם ובוודאי שלא ביססה די צורכם.

34. בשולי הדברים ולמעלה מן הצורך אעיר, כי בפסיקתנו מקובלת ההבחנה בין הגבלות שמשמעותן שלילת עצם האפשרות לעסוק בעיסוק כלשהו, לבין הגבלות שעניינן דרך מימושו של העיסוק, כשהפגיעה מן הסוג הראשון נחשבת חמורה יותר (בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 475 (1994); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 259-262 (2002); בג"ץ 687/15 ידיד נ' הכנסת, פסקאות 26-27 (9.7.2015); בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית, פסקאות 59-60 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (6.6.2016)). להשקפתי, ומבלי לקבוע בכך מסמרות, אף אם קיימת פגיעה בענייננו, זו נוגעת לכל היותר לדרך מימוש העיסוק, וזאת בשים לב לשיקולים עליהם עמדתי בפסקה 31 לעיל (וראו עוד: עניין לם בעמ' 692; מדינה, בעמ' 867).

#### סיכום

35. נקודת המוצא לדיוננו הייתה כי חוק שירות המדינה (מינויים) מסמיך את המדינה – ובענייננו, את משרד הבריאות יחד עם נציבות שירות המדינה – לקבוע את הדרישות הנדרשות ממנהל בית חולים ממשלתי, ולערוך בהתאם את המכרז לאיוש המשרה. במסגרת זאת, על המדינה לקבוע תנאים העולים בקנה אחד עם דרישות הדין כמו גם עם יתר דרישות המשפט המינהלי שבמרכזן דרישת הסבירות. משנדרשתי לפרשנות התכליתית של סעיף 26 לפקודת בריאות העם מצאתי כי מדובר בסעיף אסדרתי מובהק העוסק בדמותה של הנהלת בית החולים, ולא במאפייניו הפרטניים של מנהלו ובתנאי הכשירות הנדרשים ממנו לאיוש המשרה. מכאן, כי הסעיף לא נועד להסדיר את התנאים הנוגעים לאיוש המשרה או להגביל את שיקול דעתו של הגורם הממנה – ובענייננו, המדינה. לפיכך אין בקביעת תנאי הסף כדי הפרה של הסעיף האמור או קביעת דרישה בניגוד לאמור בו. בהמשך לכך, ומששוכנעתי כי עצם קביעת תנאי הסף נעשתה בסמכות, אף מצאתי כי בשים לב למכלול השיקולים שהוצגו, ההחלטה לקבוע את התנאי כתנאי הסף – להבדיל מדרישה רצויה – אינה חורגת ממתחם הסבירות הנתון למדינה, כך שלא הונחה עילה להתערבותנו. משהגעתי

למסקנה שלפיה תנאי הסף נקבע בסמכות וכי הוא עומד גם במבחן הסבירות, ממילא מתייטר הדיון בהוראת התקשי"ר המגדירה את התפקיד כ"משרת רופא" ובהרכב ועדת הבוחנים בהתאם לו, משנגזר הוא מתנאי הסף האמור.

36. ויודגש. דחיית העתירה במישור המשפטי, בשל העדר עילת התערבות, אין משמעה אישור בית המשפט כי החלופה שנבחרה על ידי המדינה היא החלופה המיטבית. כפי שראינו בעלי תפקידים במערכת הבריאות בעבר ובהווה סבורים כי היה מקום לאפשר לעותרת להתמודד על משרת מנהל בית חולים, וגם הדין – כפי שהובהר – מאפשר זאת. אינני שולל את ההשקפה שלפיה עריכת המכרז בדרך שהייתה מאפשרת גם למועמדים שאינם רופאים להציג את מועמדותם, תוך דחיית ההכרעה בין שני מודלי הניהול לשלביו המתקדמים של המכרז, הייתה משקפת אף היא איזון ראוי בין מכלול השיקולים הצריכים לעניין ומצויה במתחם הסבירות. ואולם, שיקולי המדיניות באשר לתפיסה הניהולית הנכונה – ניהול "ריכוזי" או ניהול "דו ראשי", אינם מסורים להכרעת בית המשפט. על הרשות המוסמכת להפעיל את שיקול את הדעת בהתאם למדיניות אותה היא מתווה, ואף לשאת באחריות לבחירותיה. תפקידו של בית המשפט מוגבל לבחינת החוקיות, ומשלא בוססה להשקפתי עילת התערבות על פי אמות המידה המקובלות אין מנוס מדחיית העתירה. למותר לציין כי השיח במישור הציבורי בסוגיות שהועלו לדיון יוכל להמשך וכי דחיית העתירה אינה סותמת את הגולל על בחינה מחודשת בעתיד של מודל הניהול על ידי הגורמים המוסמכים. אף מצופה שכך ייעשה, תוך מעקב מתמיד אחר הצרכים המשתנים של מערכת הבריאות ובשים לב לניסיון המצטבר ולמכלול האתגרים העומדים בפני מנהלי בתי החולים במציאות תקציבית מורכבת ויעדי ניהול חדשים.

אשר על כן, לו תשמע דעתי, אציע לחבריי כי נדחה את העתירה. בנסיבות העניין לא הייתי עושה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

1. עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן אך אין בידי להסכים לתוצאה אליה הגיע ולנימוקים שביסודה. אני סבור כי המדינה אינה מוסמכת ולא הייתה רשאית לקבוע דרישת 90, במסגרת המכרז למשרת מנהל בית החולים הממשלתי וולפסון בחולון (להלן: בית החולים), לפיה על מועמד להיות בעל רישיון לעסוק ברפואה. על המדינה לאפשר גם למועמד שאינו רופא להגיש מועמדות במכרז כאמור ולשקול את כלל מעלותיו וחסרונותיו של מועמד כזה אל מול אלה של מועמדים אחרים בעלי רישיון לעסוק ברפואה בשלב ההחלטה במכרז.

2. הסוגיה שבפנינו מעוררת שאלה של סמכות ושאלות של שיקול דעת. בעיני, השאלה הראשונית והעיקרית היא שאלת הסמכות.

3. נקודת המוצא לבחינת שאלת הסמכות לקביעת תנאי הסף האמור היא לכאורה פשוטה: משך שנים רבות נהגה בישראל מגבלה חוקית, בהתאם להוראת סעיף 26 לפקודת בריאות העם, 1940 (להלן: הפקודה או פקודת בריאות העם), קודם לתיקונה, לפיה כמנהל בית חולים רשאי לכהן רק "רופא בעל רישיון". בשנת 1997 יזמה הממשלה את תיקונו של סעיף 26 באופן שתבוטל הדרישה כי מנהל בית חולים יהיה רופא דווקא, ותוך קביעה שאם ימונה כמנהל בית חולים מנהל שאינו רופא ימונה לצדו "מנהל רפואי" אשר ייעץ לו בנושאים רפואיים (ה"ח התשנ"ח 47). התיקון המוצע של סעיף 26 לפקודה אושר על ידי המחוקק, כלשונו, ונכנס לתוקף ביום 1.1.1998 (תיקון מס' 16 לפקודת בריאות העם, במסגרת החוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), תשנ"ח-1998 (ס"ח תשנ"ח מס' 1645 מיום 15.1.1998 עמ' 64).

על רקע זה עולה השאלה במלוא חריפותה: האם משהמחוקק ביטל במפורש דרישה 90 פציפית שהייתה קיימת בפקודה משך שנים רבות, לפיה מנהל בית חולים חייב שיהיה רופא, כדי לאפשר גם למי שאינם רופאים להתמודד על תפקיד מנהל בית חולים וכדי לאפשר שיקול דעת רחב יותר במינוי מנהל בית חולים, רשאית המדינה - שהיא שיזמה תיקון זה - להתעלם מתיקון החוק ולהמשיך ולדבוק בדרישה שמנהל בית חולים ממשלתי חייב שיהיה רופא, וזאת, מכוח מעמדה וסמכותה כבעלים של בתי החולים הממשלתיים וכמעביד של הרופאים עובדי מדינה? לדעתי התשובה לכך היא שלילית בעליל.

4. אין חולק כי לממשלה מסורה סמכות כללית - בין מכוח מעמדה כמעביד ובין מכוח הוראות חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (להלן: חוק המינויים) -

לקבוע דרישות תפקיד למשרות בשירות המדינה. ברם, בסוגיה דנן לא מדובר במצב של העדר הסדר בדין, שאז העדר זה יכול שיתמלא באמצעות הסמכות הכללית האמורה, אלא במצב בו המחוקק נזקק סציפית לסוגיה זו ונקט בה עמדה ברורה לפיה "אפשר שיכהן כמנהל בית חולים גם מי שאינו רופא" (כלשון דברי ההסבר לתיקון מ-1998). בנסיבות אלה לא רשאית הממשלה להשתמש בכוחה כמעביד ובסמכויותיה הכלליות לפי חוק המינויים על מנת לסכל את האפשרות שהמחוקק ביקש לפתוח בפני מי שאינו רופא להתמודד על תפקיד של מנהל בית חולים. מעבר לכוונה הברורה של המחוקק העולה מהתיקון ומההיסטוריה התחקית שלו, זהו גם מקרה מובהק של נורמה מיוחדת הגוברת על נורמה כללית.

5. והנה מסתבר כאמור, כי הממשלה, אשר היא שיזמה את ביטול הדרישה שמנהל בית חולים חייב שיהיה רופא, דיברה כל העת בשני קולות, ואף שהיא שיזמה את תיקון החוק היא מעולם לא יישמה את השינוי בבתי החולים שלה, ואף מנעה באופן אקטיבי את אפשרות יישומו על ידי קביעת תנאי סף, במכרזים בבתי החולים הממשלתיים, לפיו רק רופא יכול להגיש מועמדות למשרת מנהל בית החולים. להצדקת התנהלות תמוהה זו טענה בפנינו הממשלה, בכתב ובעל-פה, כי כהונת מי שאינו רופא כמנהל בית חולים היא "רעיון רע", ושראוי להמשיך ולדבוק ב"מודל הישן" של ניהול בית חולים רק על ידי רופא.

6. למותר לומר כי הממשלה אינה רשאית להתעלם מדבר המחוקק. היא יכולה כמובן לשנות את דעתה; היא יכולה אפילו לסבור שהיא טעתה בשעתה עת יזמה את תיקון הפקודה. אלא שאם זה מצב הדברים, תתכבד אפוא הממשלה ותיזום תיקון של הפקודה, כפי שעשתה ב-1997. אך במקום ליזום תיקון הדין בחרה הממשלה להתעלם ממנו, והלכה למעשה היא מסכלת את ביצועו על ידי קביעת תנאי סף במכרזיה, השולל ממי שאינו רופא את האפשרות להתמודד במכרז. תנאי סף זה מחליף למעשה את האיסור שהיה קיים בפקודה ושבוטל על ידי המחוקק. זהו בעיני מצב דברים שאינו מתקבל על הדעת ואין להתירו.

7. ניתן להעלות על הדעת דוגמאות שונות להדגמת הקושי בעמדת המדינה. דומני שהדוגמא הקרובה ביותר לענייננו היא זו המתייחסת למשרת מנהל בתי המשפט. הוראתו המקורית של סעיף 82 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 קבעה כי כמנהל בתי המשפט ימונה "אחד השופטים".

במסגרת הצעת חוק ממשלתית תוקנה בין היתר הוראה זו (חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 15), התשנ"א-1991, הצ"ח התשנ"א 319) באופן שנוסחו המתוקן של סעיף 82, העומד בתוקפו עד היום, קובע כדלקמן:

”שר המשפטים יקבע את סדרי המינהל של בתי המשפט וימנה בהסכמת נשיא בית המשפט העליון את מנהל בתי המשפט, בין שהוא שופט ובין שאינו שופט.”

הדמיון ברור ומובהק. ואם כן, האם יעלה על הדעת כי רשאי שר המשפטים בנסיבות אלה למנות ועדת איתור למינוי מנהל בתי המשפט תוך קביעת תנאי סף לפיו מועמד חייב שיהיה שופט (או חייב שיהיה מי שאינו שופט)?

8. המקרה של העותרת דנן, בו נקטה המדינה באמצעי של קביעת תנאי סף כאמור לחסימת דרכה של העותרת להגיש מועמדות למשרת מנהל בית החולים וולפסון, מדגים היטב את הבעייתיות הרבה של הדרך העקלקלה והפסולה בה נוקטת המדינה.

העותרת מכהנת כמנכ"לית קרן המחקרים של בית החולים וולפסון. היא מומחית לכלכלת בריאות ומשמשת כמרצה באקדמיה בתחום זה שנים רבות ומכהנת כדירקטורית במספר תאגידים גדולים. קודם לכן מילאה העותרת מגוון תפקידים ניהוליים וכלכליים בכירים במערכת הבריאות ומחוצה לה, ובין היתר שימשה כמנהלת כספים בבית חולים מאיר כפר סבא, כמנהלת בית חולים ("עין טל" לרפואת עיניים), כסגנית ראש אגף תקציבים בשירותי בריאות כללית וכסמנכ"ל כספים באוניברסיטת תל אביב.

ובאשר לרצונה של העותרת להתמודד על כהונת מנהל בית החולים וולפסון - רוב גדול של מנהלי המחלקות והיחידות בבית החולים הביעו במכתב לשר הבריאות תמיכה במועמדותה של העותרת לתפקיד. גם המנהל היוצא של בית החולים, ד"ר י' ברלוביץ - בעברו ראש שירותי האשפוז במשרד הבריאות ומשנה למנכ"ל - הביע תמיכתו בעותרת (נספח ע/7 לעתירה). את מכתבו חתם ד"ר ברלוביץ באלה המילים:

”... רבות התלבטתי לפני כתיבת מכתב זה שכן גדלתי וחונכתי על התפיסה שרק רופא יכול לנהל בית חולים. גב' לוונשטיין היא כנראה יוצאת הדופן אשר בזכות יכולותיה ואישיותה הביאה לשינוי עמדתי.”



בנסיבות אלה הנני להמליץ ללא סייג על בחירתה לניהול בית חולים כללי.

לעתירה צורפו המלצות נוספות. אזכיר עוד רק את מכתבו של פרופ' מרדכי שני, מראשי מערכת הבריאות בישראל שנים רבות, ששימש בשעתו כמנכ"ל משרד הבריאות וכמנהל בית החולים ע"ש שיבא תל השומר (ע/11). במכתבו, לצד הבעת תמיכה במועמדות העותרת, מציין פרופ' שני בין היתר, כי עוד לפני כ- 31 שנים הביע עמדתו (יחד עם המנהל דאז של בית החולים שערי צדק בירושלים) כי יש לפתוח את מכרזי בתי החולים גם לאלה שאינם רופאים, וממשיך פרופ' שני ומציין כי -

"מאז חל שינוי דרסטי בעולם מבחינת חשיבות המרכיבים הכלכליים והארגוניים שמהווים מקום מרכזי בניהול בתי החולים...

ניהול בית חולים מחייב כישורים וידע במספר תחומים, כאשר אין ספק שהבנת מקצוע הרפואה תורמת, אך אינה תנאי הכרחי... ידוע לי היטב, הן מהספרות והן מביקורים בבתי חולים רבים ברחבי אירופה וארצות הברית כי מרבית המנהלים אינם רופאים...

יש לזכור כי 4 מנהלי קופות החולים בישראל אינם רופאים..."

9. והנה למרות רקורד מקצועי מרשים זה של העותרת וההמלצות ההחלטיות התומכות במועמדותה מגורמים בני-סמכא, לרבות המנהל היוצא של בית החולים וולפסון ורוב מנהלי המחלקות בבית החולים, אין מתירים לעותרת אפילו להגיש מועמדות למכרז לתפקיד מנהל בית החולים. מצב זה, מלבד שאינו סביר על פניו, הוא גם אינו מתיישב לחלוטין עם התיקון לפקודה שאישר המחוקק ב- 1998 שמטרתו המוצהרת הייתה לבטל את האיסור שנהג עד אז ולאפשר כאמור גם למי שאינו רופא לכהן כמנהל בית חולים. ואם מהעותרת, עם כל כישוריה וניסיונה המקצועי שאינם מוטלים בספק, נמנעת ההתמודדות על הסף, המשמעות היא שהממשלה הפכה את החוק לאות מתה, בכל הנוגע לבתי החולים ממשלתיים, שהם רוב מערכת האשפוז בישראל.

10. אינה מקובלת עלי כלל טענת המשיבים, הרואה בתיקון סעיף 26 לפקודה כ"הוראה אטדרתית" גרידא. טענה זו מתעלמת מהרקע וההיסטוריה החקיקתית של הוראת סעיף 26 לפקודה. הוראה זו, כפי שתוקנה ב- 1998, יש לקרוא על רקע הנוסח הקודם שלה, אשר אסר מינוי מנהל בית חולים שאינו רופא, ועל רקע תכליתה הברורה והמוצהרת לשנות מהנורמה שנהגה ולאפשר מינוי מנהל שאינו רופא. כדי שתכלית זו תוגשם, על המדינה להימנע מחסימת דרכם של מועמדים שאינם רופאים מלהתמודד

במכרזיה. בניגוד לחברי (פסקה 26), אני סבור כי העובדה שמדובר במכרז של המדינה יוצרת קושי נוסף לקבלת עמדתה ופרשנותה, ולא ההיפך. על המדינה כרשות שלטונית מוטלת החובה של בחירת המועמד המתאים ביותר למשרה, תוך מתן שוויון הזדמנויות בהתמודדות על המשרה. קביעת תנאי סף המונע התמודדות במכרז, להבדיל מקריטריון של העדפה ("דרישה רצויה"), הוא מהלך שניתן להצדיקו רק אם דרישת הסף היא הכרחית למילוי המשרה. מקום שניתן להסתפק בקריטריון העדפה יש להימנע מקביעת תנאי סף במכרז לאיוש משרה שכן תנאי סף פוגע בשוויון ההזדמנויות, מגביל את חופש העיסוק, ופוגע גם בפוטנציאל הבחירה של המועמד הטוב ביותר.

והנה בענייננו קבע המחוקק במפורש כי דרישת הסף האמורה אינה הכרחית לכהונת מנהל בית חולים, ויש לאפשר גם למי שאינו רופא לכהן בתפקיד זה. המדינה מתעלמת מכך, תוך יצירת מצב תמוה שהנורמה שהיא עצמה יזמה חלה לגבי בתי חולים ציבוריים אחרים אך לא לגבי בתי החולים שלה.

11. כאן המקום לציין כי המהלך שנקטה הממשלה לתיקון סעיף 26 לפקודה לא היה מהליך חריג או קפריזי, שכן מסתבר כי במדינות המערב המתקדמות לא נהוגה מגבלה על מי שאינו רופא לכהן כמנהל בית חולים. כך הדבר, בין היתר, בארצות הברית, באנגליה, בגרמניה, בצרפת, באיטליה, בקנדה באוסטרליה ובניו זילנד. יתרה מזו, במרבית מדינות אלה רוב מנהלי בתי החולים אינם רופאים (נספח ע/4 לעתירה). ההסתדרות הרפואית (משיבה 2) הכבירה חומר מקצועי רב בניסיון לשכנענו כי למרות האמור יש עדיפות למנהל רופא. ברם, אין זו השאלה הטעונה הכרעה בפנינו. העותרת אינה מבקשת מאתנו לקבוע עמדה בשאלה אם יש עדיפות בכהונת רופא כמנהל בית חולים; עתירה מכוונת נגד חסימת דרכו של מי שאינו רופא להתמודד במכרז.

12. אשר למישור הסבירות. לדעתי, בהקשר לסוגיה הנדונה שאלת הסבירות מוגבלת בעיקרה, אם לא כולה, לשאלת האפשרות לקבוע העדפה במכרז למועמדים רופאים, אך לא לקביעת תנאי סף. שאלת תנאי הסף מוכרעת לדעתי במישור הסמכות, לאור הוראת סעיף 26 לפקודה והפגיעה הכרוכה בכך בשוויון ההזדמנויות ובחופש העיסוק, כמפורט לעיל. אני סבור כאמור כי קביעת תנאי סף, השולל מראש אפשרות אף לשקול את מועמדותו של מועמד שאינו רופא, יהיו כישוריו אשר יהיו, מסכלת את הוראת המחוקק בסעיף 26 ואין כל אפשרות ליישבה עם הוראת החוק ועם תכליתו. לעומת זאת, השאלה האם יש עדיפות בכהונת מנהל בית חולים רופא היא שאלה הרבה יותר מורכבת, ובעיקרה היא שאלה מקצועית. ומכל מקום, מדובר בשאלה שהיא בגדר

הפרוגטיבה הניהולית של המדינה ושיקול הדעת הכללי שלה בהתאם לחוק המינויים לקביעת דרישות המשרה, ואינה סותרת לכאורה את הוראת סעיף 26, שכן תנאי כזה אינו מונע אפשרות של מינוי מנהל שאינו רופא, וזאת כל עוד לא ניתן לעדיפות זו משקל מכריע על פני כל שיקול רלבנטי אחר.

13. אכן, המחלוקת המקצועית אם יש עדיפות בכך שמנהל בית חולים יהיה רופא היא מסוג המחלוקות שאין להן כנראה תשובה אחת נכונה ומוסכמת, וניתן לטעון כי שתי הגישות הן במתחם הסבירות. אולם לא ניתן להתעלם מכך שבעולם המערבי מקובלת מאוד התופעה של מנהלי בתי חולים שאינם רופאים כמצוין לעיל, ואין חולק שלא נוהגת במדינות אלה דרישה מחייבת כי מנהל בית חולים יהיה בהכרח רופא. כאמור, גם המחוקק הישראלי הגיע למסקנה דומה כי אין מקום לדרישה קטגורית כזו, ובהתאם לכך ביטל את החובה שהייתה קבועה משך שנים רבות בפקודת בריאות העם כי כמנהל בית חולים ישמש רק בעל רישיון לעסוק ברפואה.

14. אוסיף גם, כי מצב הדברים התמוה הנוכחי - כאשר דווקא הממשלה ממשיכה בבתי החולים שלה לנהוג על פי הנורמה שבוטלה ביוזמתה ב-1998, ואילו בבתי החולים הציבוריים האחרים ובבתי החולים הפרטיים אין מונעים התמודדות ואף ממנים לעתים מנהל בית חולים שאינו רופא - מחרף ומעצים את הבעייתיות ואי הסבירות שבהתנהלות המדינה. אם אכן חיוני והכרחי בעיני המדינה, כטענתה, כי מנהל בית חולים יהיה רופא, הכיצד זה ראוי כי נורמה זו תחול רק על בתי חולים ממשלתיים? הממשלה אינה רק בעלים של בתי החולים שלה, אלא היא גם הרגולטור של כלל בתי החולים בישראל, ומוטלת עליה האחריות המקצועית והציבורית להתנהלות כל בתי החולים.

15. אשר לטענה לגבי זכותה של המדינה לבחור ב"מודל הניהול" הטוב בעיניה. אין מדובר בענייננו בבחירת מודל ניהול אלא בתנאי חוסם התמודדות, שאינו עולה בקנה אחד עם החוק והשולל מוועדת המכרזים את שיקול הדעת לבחון בכל מקרה נתון את היתרונות והחסרונות של שתי החלופות אל מול המועמדים הספציפיים. כך, יכול שיהיה במכרז מסוים מועמד רופא שהוא גם בעל הכשרה וניסיון בניהול בכספים באופן שיתאים למודל הריכוזי, בעוד במכרז אחר לא יהיו מועמדים רופאים בעלי כישורים מתאימים, אך יהיה מועמד שאינו רופא עם כישורים וניסיון ניהולי מתאימים, באופן שיצדיק את העדפתו כמנהל, תוך מינוי מנהל רפואי לצדו כדרישת החוק. לטעמי, גם בהיבט של סבירות לא ניתן לקבוע העדפה אפריורית למודל כזה או אחר שתהיה טובה לכל המקרים, וזאת מעבר להיבט הסמכות.

16. אשר לטענה שמינוי מנהל שאינו רופא הוא "בזבזני" שכן הוא מחייב מינוי מנהל רפואי בנוסף למנהל בית חולים. טענה זו אינה משכנעת כל עיקר. מינוי "מנהל רפואי" אינו כרוך בהכרח בתקן נוסף אלא ניתן להטיל תפקיד זה על רופא בכיר מקרב סגל בית החולים. כך, בבית החולים וולפסון, כבר כיום, בנוסף למנהל בית החולים שהוא רופא, מכהנים מספר "סגני מנהל רפואיים" וכן מנהל אדמיניסטרטיבי ומנהלת כספים (ראו: [www.wolfson.org.il](http://www.wolfson.org.il)). זאת ועוד, אזכיר כי תיקון סעיף 26 לפקודה (במסגרת חוק ההסדרים) נבע דווקא משיקולים ניהוליים-תקציביים, דבר שאינו מתיישב עם הטיעון הניהולי-תקציבי שהמדינה מעלה לתמיכה בעמדתה.

17. כאמור, קבלת עמדה זו של המדינה משמעה שלילה טוטאלית של הוראת המחוקק המתירה מינוי מנהל שאינו רופא, שכן קו טיעון זה של המדינה משמעו הוא שלדעתה הסטנדרט הראוי והמתחייב למשרת מנהל בית חולים הוא בעל רישיון לעסוק ברפואה, וכי יהא זה גם בלתי סביר למנות מנהל בית חולים שאינו רופא. טיעון זה לא רק שהוא מצוי בהתנגשות חזיתית עם עמדת המחוקק אלא הוא מעלה במלוא חריפותה את השאלה: הכיצד מה שאינו סביר לגבי בית חולים ממשלתי הוא סביר בבתי חולים ציבוריים אחרים, שהוראת סעיף 26 חלה עליהם באופן זהה, ולגביהם לא נקטה המדינה בכל אמצעי למנוע מינוי מנהל שאינו רופא. יתרה מזו, הכיצד זה במדינות מערביות מתקדמות רבות מכהנים מנהלי בית חולים רבים שאינם רופאים, ובלא מעטות מהן רוב מנהלי בתי החולים אינם רופאים?

18. אכן למדינה כמעביד יש סמכות מכוח חוק המינויים והתקנות מכוחו לקבוע סיווג משרות ותנאי כשירות והתאמה למשרות בשירות המדינה. בהעדר מגבלות שנקבעו בדין, שיקול הדעת של נציבות שירות המדינה בקביעת תנאי הכשירות למשרה בשירות המדינה הוא רחב, ומוגבל רק לפי כללי המשפט המינהלי בנוגע להפעלת שיקול דעת, כגון החובה לשיקול רק שיקולים ענייניים והאיסור לנקוט אפליה ושאר כיוצ"ב. וגם בענייננו, נדרשת בכל מקרה קביעת תנאי כשירות ועדיפות למשרת מנהל בית חולים ממשלתי בהיבטים החורגים מענייננו כאן. ואולם, סמכות כללית זו הוגבלה על ידי המחוקק בשאלה הקונקרטית הנדונה, לגביה קבע המחוקק כי לא תחול עוד דרישה כי מנהל בית חולים חייב שיהיה רופא.

19. נזכיר עוד, כי אך לא מכבר אישר בית משפט זה את החלטת הממשלה למנות כמנהל הכללי של משרד הבריאות מועמד שאינו רופא, בניגוד לנוהג רב שנים לפיו מנכ"לים במשרד הבריאות היו רופאים (בג"ץ 4128/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' מנכ"לים במשרד הבריאות היו רופאים).

הממשלה (9.8.2015). והנה לפי גישת המדינה, מי שכיהן כמנכ"ל של משרד הבריאות, הממונה בין היתר על כל מערך בתי החולים הממשלתיים, לא יוכל אף להגיש מועמדות לשמש כמנהל בית חולים ממשלתי, אם אינו בעל רישיון לעסוק ברפואה. יצוין לענין זה, כי רבים מהמנכ"לים במשרד הבריאות מונו כמנהלי בתי חולים לאחר סיום כהונתם כמנכ"לים, תוך ניצול הניסיון הניהולי-תקציבי שרכשו בתפקידם כמנכ"לים. הוא הדין במנכ"ל קופת חולים שאינו רופא, המופקד על ניהול בתי החולים של הקופה, הוא לא יוכל להגיש מועמדות לתפקיד מנהל בית חולים ממשלתי. לעומת זאת, כל רופא, באשר הוא רופא, יוכל לכאורה להתמודד על תפקיד זה.

זוהי בעיני תוצאה בלתי סבירה, המעידה על חוסר הסבירות של עמדת המדינה, מעבר לכך שהיא אינה עולה כאמור בקנה אחד עם הוראות הדין.

20. ראוי להעיר לענין זה כי בכלכלה המודרנית ניהול הוא מקצוע בפני עצמו הנלמד בבתי ספר לניהול ואינו ייחודי לתחום פעילות זה או אחר. במגזר העסקי מתמנים דרך שיגרה מנכ"לים בחברות בתחומי ידע מקצועיים שונים, לרבות בחברות תרופות וחברות טכנולוגיה גבוהה, שאין להם כל בהכרח מומחיות מקצועית ספציפית בתחומי הידע של החברה אלא בתחום הניהול. גם במשרדי הממשלה, לרוב אין המנכ"לים בעלי כישורים מקצועיים דווקא בתחומי הידע של המשרדים, ולאחרונה נפרץ גם המחסום האחרון - במשרד הבריאות עצמו.

כאמור, אין בדברים אלה כדי לשלול בהכרח את הטענה כי יש יתרון בהכשרה רפואית לכהונה בתפקיד מנהל בית חולים. הקושי הוא בהצבת דרישה זו כתנאי 90. בענייננו המחוקק נתן דעתו לסוגיה זו ומתוך גישה זהירה ומאוזנת ביטל אמנם את הדרישה הקטגורית כי מנהל בית חולים חייב שיהיה רופא, אך מאידך קבע כי מקום שמתמנה מנהל בית חולים שאינו בעל הכשרה רפואית ימונה לצדו מנהל רפואי "אשר ייעץ למנהל בנושאים רפואיים של בית החולים". בפועל, כעולה מחומר שבפנינו, במספר בתי חולים, לא ממשלתיים, כיהנו ומכהנים מנהלים שאינם רופאים בהתאם למתכונת שקבע המחוקק כאמור.

21. אינה מקובלת עלי גם הטענה כי אין מדובר בענייננו בפגיעה בחופש העיסוק. אמנם אין לעותרת זכות להיות מועסקת בשירות המדינה, אך יש לה זכות לשוויון הזדמנויות בהתמודדות על משרות בשירות המדינה המתאימות לכישוריה ולהכשרתה המקצועית. אכן, החלטה קונקרטיית שלא לבחור במועמד פלוני במכרז אינה צריכה, ככלל, להיבחן במישור החוקתי של פגיעה בחופש העיסוק אלא במבחנים הרגילים של

המשפט המינהלי ובראשם מבחן הסבירות והשיקולים הענייניים; אך זאת, ככל שהעדפת מועמד אחר הייתה על בסיס כישורים עדיפים ואין מדובר בפסילה על רקע קבוצתי פסול. לא כן כאשר מדובר בהחלטה כללית המדירה קטגוריות של מועמדים, שאז יכול שתידרש בחינה חוקתית, בהתאם לטעמי ההדרה. בענייננו, תנאי הסף הנדון מהווה פגיעה לא רק בחופש העיסוק אלא גם בשוויון ההזדמנויות - שני ערכים שההליך המכרזי נועד להבטיח - של ציבור רחב של מועמדים פוטנציאליים מתאימים שאינם רופאים.

אוסף לענין זה, כי ככלל ראוי להימנע מקביעת דרישות סף במכרז מקום שהתכלית יכולה להיות מושגת על ידי אמת מידה להעדפה, במיוחד במכרז לאיוש משרה. כן אעיר כי בענין הרקולס הנזכר על ידי חברי (עצ"מ 7736/10 הרקולס את סנפיר בע"מ נ' טייפון קבלנים בע"מ (6.9.2011) מדובר היה במכרז לביצוע עבודה ובתנאי סף "רך" הניתן לתיקון (תקופת ניסיון של שנה), וההנחה שם הייתה כי דרישת סף זו היא "הכרחית ועניינית" (פסקה 17), ומכל מקום גם שם הודגש (על ידי חברנו השופט י' עמית) כי בקביעת דרישה כתנאי סף, להבדיל מאמת מידה להעדפה, יש משום פגיעה בתחרות, ביעילות הכלכלית, בחופש העיסוק, וכן פגיעה בעקרון השוויון (פסקאות 18-19 שם).

22. אציין לבסוף, כי כאשר מדובר בפגיעה בזכויות יסוד, יש להימנע בדרך כלל מהטלת מגבלה או איסור המהווים "מניעה מוקדמת" (prior restraint) ולהעדיף בחינה בדיעבד של הפעולה (ראו למשל: בג"ץ 399/85 ח"כ מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 298-300 (1987); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 846-847 (1999); ובג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 302-303 (1999); בג"ץ 9096/15 בר און נ' נגה תקשורת (1995) בע"מ - (31.12.2015); *New York Times Co. v. US*, 403 U.S. 713 (1971)). ובזיקה לענייננו - לא ראוי למנוע ממועמד שאינו רופא התמודדות במכרז, אף אם המדינה סבורה שיש עדיפות למנהל שהוא רופא, ויש להעדיף הפעלת שיקול דעת בשלב שלאחר הגשת המועמדות, תוך איזון בין כל השיקולים הרלבנטיים לבחירת המועמד הטוב ביותר. גישה זו עשויה לצמצם את הפגיעה בחופש העיסוק ובשוויון ההזדמנויות, ולשפר את הסיכוי לבחירת המועמד המתאים ביותר.

23. אשר על כל אלה, אם דעתי תישמע נהפוך את הצו-על-תנאי שניתן על ידינו ביום 10.11.2016 לצו החלטי באופן שיבוטל תנאי הסף במכרזי המדינה למשרות מנהל

בית חולים לפיו המועמד חייב שיהיה בעל רישיון לעסוק ברפואה, על כל הכרוך בכך גם לענין הרכב ועדת הבוחנים.

## ש ו פ ט

### השופט י' עמית:

1. העתירה שבפנינו הציגה שני מודלים אפשריים לניהול בית חולים – ניהול ריכוזי מול ניהול דו ראשי. לכל מודל יתרונות וחסרונות, והצדדים הכבירו עלינו חומר רב בניסיון לשכנע כי מודל אחד עדיף על פני משנהו. אילו בחרה המדינה לאפשר ניהול בתי חולים ממשלתיים על פי המודל הדו ראשי, ספק אם היה פתחון פה לתקוף את החלטתה. אלא שהמדינה בחרה במודל הריכוזי, ומכאן העתירה שבפנינו.

2. המחלוקת העיקרית לגביה נחלקו חברי, מתמקדת בשאלת הסמכות, ולא בכדי. חברי, השופט ע' פוגלמן סבור כי התיקון של סעיף 26 לפקודת בריאות העם, 1940 (להלן: הפקודה או פקודת בריאות העם) אינו שולל את סמכותה של המדינה לקבוע תנאי סף לדרישות תפקיד מנהל בית חולים ממשלתי, בעוד שחברי, השופט מ' מזוז סבור כי בעקבות התיקון לפקודה, נשללה בעליל סמכות זו מהמדינה.

3. במחלוקת שנתגלעה בין חברי, אני מצטרף לדעתו של השופט פוגלמן. לדידי, אין לראות את פקודת בריאות העם כנורמה מיוחדת הגוברת על הנורמה הכללית על פי חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (להלן: החוק או חוק המינויים). ענייננו בשני חוקים, שכל אחד מהם עוסק בתחום אחר, ויש ליתן לפקודה את אשר לפקודה ולחוק את אשר לחוק. העובדה שחוק בתחום מסוים מאפשר לפלוני לעסוק באותו תחום, אין משמעה כי המדינה אינה רשאית לקבוע תנאי סף גבוהים יותר, ולדידי, הדברים הם בבחינת פשיטא.

אדגים את דבריי. סעיף 10(א) לפקודת הרוקחים [נוסח חדש], תשמ"א-1981

קובע כלהלן:

#### הרוקח האחראי

10. (א) בעל בית מרקחת לא יפעילו אלא לאחר שמסר את ניהולו המקצועי לרוקח אחראי שאישר לכך המנהל; הרוקח האחראי יהיה אחראי לביצוע הפעולות המקצועיות

בבית המרקחת ולמילוי אחר הוראות פקודה זו וכל דין אחר הנוגע לבית המרקחת.

המחוקק הבחין בין בעל בית המרקחת, שאינו חייב להיות רוקח, ובלבד שהניהול המקצועי יופקד בידי רוקח מורשה בעל ניסיון של שנתיים לפחות. העובדה שהמחוקק מאפשר זאת, אינה שוללת מהמדינה, בבואה לקבוע תנאי סף למשרת הרוקח הראשי באגף הרוקחות במשרד הבריאות, לדרוש כי המתמודד לתפקיד יהיה רוקח מורשה בעל ניסיון של X שנים.

דוגמה נוספת: רשם הקבלנים פועל מכוח חוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות, תשכ"ט-1969. לצד הרשם פועלת ועדה מייעצת, לגביה נקבע בסעיף 7(ב) לאותו חוק כי חברי הועדה יתמנו "מבין נציגיהם של מוסדות מדעיים שיש להם נגיעה לענפי הבניה". לטעמי, אין מניעה כי המדינה תקבע תנאי סף כי חברי הועדה יהיו מהנדסים, על אף שתנאי זה לא נקבע בחוק עצמו.

ובקיצור, תנאי כשירות לעיסוק בתחום מסוים או בתפקיד באותו תחום לחוד, ותנאי כשירות למינוי בשירות המדינה לחוד. מטבע הדברים, תנאי הכשירות נקבעים בחוק הספציפי לאותו מקצוע או תחום עיסוק, מבלי שיהיה בכך כדי לגרוע מסמכותה של המדינה לקבוע תנאים ודרישות שרק בהתקיימם רשאי פלוני להתמנות לתפקיד מסוים.

4. לא כך כאשר המחוקק קובע בחוק את תנאי הכשירות לתפקיד/משרה ספציפיים כמו משרת מנהל בתי המשפט, כפי שנוזכר בפסק דינו של חברי, השופט מזוז. אכן, מאחר שהמחוקק עצמו קבע בסעיף 82 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 את תנאי הכשירות למשרה ספציפית זו, שר המשפטים אינו רשאי לקבוע תנאי סף כי המועמד יהיה שופט. לא זה המקרה שבפנינו.

5. איני רואה בתיקון פקודת בריאות העם כדיבור בשני קולות, כפי שרואה זאת חברי, השופט מזוז. התיקון לפקודה אכן משקף שינוי מדיניות ושינוי נורמה שנהגה עד לשנת 1998, ואשר אסרה על מינוי מנהל בית חולים שאינו רופא. התיקון לפקודה פתח את הדלת לניהול בית חולים גם בפני מי שאינו רופא, אך אין בתיקון זה כדי לשלול את סמכותה של המדינה לקבוע, כעניין שבמדיניות, כי המנהלים בבתי החולים הממשלתיים יהיו רופאים.



6. בכישוריה של העותרת ובתמיכה לה היא זוכה מצד רופאים בבית חולים וולפסון ומצד מנהלי בתי חולים לשעבר, יש כדי לתמוך בטענה כי רצוי שהמדינה תשנה את מדיניותה. כך עשתה המדינה אך לאחרונה, כאשר שינתה את מדיניותה ומינתה מי שאינו רופא לתפקיד מנכ"ל משרד הבריאות. עתירה שהוגשה בעניין זה על ידי המשיב 2 נדחתה (בג"ץ 4128/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' הממשלה (9.8.2015)), הגם שבית המשפט סבר כי:

"שובת לב הטענה המהותית שמה שנהג לאורך 67 שנות המדינה עד הנה, ללא יוצא מן הכלל, אינו קלוט מן האויר ואינו תלוש מקרקע הנושא. האינטואיציה על פניה, ובמיוחד נוכח הסמכויות המקצועיות השונות המוענקות למנכ"ל בדין והמעוגנות בעולם הרפואה, היא כי המפעיל סמכויות אלה והמנצח המינהלי – לא המיניסטריאלי – על תזמורת הרפואה ובריאות העם במדינה יהיה רופא, גם אם כמובן אין בידו להיות מומחה לכל תחום ברפואה, המתפצלת לתת התמחויות רבות".

מאלף לציין כי באותו עניין, הסתמך בית המשפט על חוק המינויים, הקובע כי משרת מנכ"ל היא משרת אמון, ללא הבחנה בין משרדי הממשלה השונים, וכן על התיקון לפקודת הרופאים משנת 1976 אשר "מניח במפורש אפשרות כי מנכ"ל לא יהא רופא" (שס, פסקה י"א). ודוק: בית המשפט לא ראה בתיקון פקודת הרופאים כשולל את סמכות המדינה לקבוע כי המנכ"ל יהיה רופא, אלא כתיקון המאפשר כי המנכ"ל לא יהיה רופא. בית המשפט אף התייחס לנושא הסבירות בקובעו כי שינוי המדיניות לא חורג מהסביר באופן המצדיק התערבות "גם אם לטעמנו הדרך הסלולה היתה ראויה" (שס, פסקה י"ב). הדברים שנאמרו שם יפים אפוא לענייננו במהופך.

הנה כי כן, רשאית המדינה לשנות מדיניות רבת שנים, ובאותה מידה רשאית היא גם לאחוז במדיניות רבת שנים, גם אם יש הגורסים שהדרך החדשה היא הראויה. בנושא זה, דומה כי שני חברי מסכימים שמדובר בשאלה מקצועית שהיא בגדר שיקול הדעת הכללי הנתון למדינה בקביעת תנאי סף לביצוע תפקיד.

7. משצלחנו את נושא הסמכות, אומר מילים מספר בנושא הסבירות.

חברי, השופט מזוז, סבור כי העובדה שבעולם המערבי מקובלת התופעה של מנהלי בתי חולים שאינם רופאים, וכי העובדה שהמדינה מאפשרת זאת בבתי חולים שאינם ממשלתיים, מחריפה את אי הסבירות שבהתנהלות המדינה.

איני סבור כך. כשלעצמי, הייתי נזהר מלהשוות את מערכת הבריאות בישראל למערכת הבריאות במדינות הים. יש להביא בחשבון את תנאי הארץ ותושביה. לכל מערכת בריאות מאפיינים ייחודיים משלה, על רקע ההסדרים הנהוגים בתחום זה בכל מדינה ומדינה. הרפואה בישראל היא מהמתקדמות בעולם, ועל רקע אילוצי התקציב והמחסור במיטות אשפוז, איני משוכנע כי דווקא בנושא הבריאות עלינו להביא את לחמנו ממדינות הים.

העובדה שהמדינה, כרגולטור, מאפשרת למנות מי שאינו רופא לבתי חולים לא ממשלתיים, אינה מוציאה את מדיניותה לגבי תנאי הכשירות הנדרשים ממנהל בית חולים ממשלתי אל מחוץ לתחום הסבירות. תנאי כשירות לחוד וסבירות לחוד. בהקשר זה, לא למותר להזכיר את טענת המשיבה 2 כי מרחב התמרון הכלכלי הנתון לבתי החולים הציבוריים אינו גדול, בין היתר, בהינתן שהמדינה קובעת את תעריפי הטיפול ותקציב בית החולים נקבע על ידי משרדי האוצר והבריאות. רוצה לומר, כי גם לבתי החולים הממשלתיים מאפיינים ייחודיים.

8. אשר לטענה בדבר פגיעה בחופש העיסוק, אומר בקצרה כי ככל שפגיעה כאמור אכן קיימת, נושא שלא נפרס בענייננו עד תום (ראו דברי חברי השופט ע' פוגלמן), הרי שזו רחוקה מליבת ההגנה על חופש העיסוק. אין מדובר בפגיעה במשלח ידה או בעיסוקה של העותרת, אלא בהגבלה על עיסוק בתפקיד אחד במגזר הציבורי, וכידוע, "ככל שהפגיעה בזכות תהיה מצומצמת יחסית ובשוליה, כן יתרחב מתחם החוקתיות שממנו נהנית הרשות המחוקקת" (בג"ץ 7956/10 גבאי נ' שר האוצר, פסק דינה של השופט ד' ברק-ארז (19.11.2012)).

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות של השופט ע' פוגלמן והשופט י' עמית נגד דעתו החולקת של השופט מ' מזוז לדחות את העתירה.

ניתן היום, כ"ג בניסן התשע"ז (18.4.2017).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

---

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 16066370\_M16.doc של+סח  
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)