



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4253/02

בג"ץ 4325/02

כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת ד' ברלינר

בפני :

העותרים בבג"ץ 4253/02 :
1. מר בנימין קריתי - ראש עיריית טבריה
2. מר שמעון ליניאל ואח'

העותרים בבג"ץ 4325/02 :
1. פרופ' גבי ברבש - מנכ"ל בית חולים איכילוב
2. פרופ' יוסף קלאוזנר - מנהל האגף הכירורגי
3. פרופ' אורצקי גדעון - מנהל מחלקת ניתוחי לב
4. פרופ' עמרם אילון - מנהל החטיבה הכירורגית
5. פרופ' קראוס מיכאל - מנהל האגף הכירורגי
6. פרופ' מיכה רבאו - מנהל היח' לפרוקטולוגיה
7. ד"ר שלמה קונסטנטיני - בייח איכילוב
8. זינגר שלמה, עו"ד
9. יעקב טנע

נ ג ד

המשיבים :
1. מר אליקים רובינשטיין - היועמ"ש
2. מר סילבן שלום - שר האוצר
3. הרב ניסים דהן - שר הבריאות
4. פרופ' גבי ברבש, מנהל המרכז הרפואי איכילוב
5. פרופ' משה רווח, מנהל מרכז רפואי רמב"ם
6. ד"ר בני דוידזון, מנהל מרכז הרפואי
אסף הרופא
7. פרופ' מרדכי שני, מנהל המרכז הרפואי
ע"ש שיבא
8. שירותי בריאות כללית
9. ההסתדרות הרפואית בישראל
10. עמותת ההסתדרות הגימלאים
11. אהובה פלץ אייזקו

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : ה' בתשרי התשס"ז (27.9.06)

עו"ד יסמין קשת

בשם העותרים בבג"ץ
4253/02 :

בשם העותרים בבג"ץ
4253/02 :

עו"ד יהודה רסלר

בשם המשיבים

1-3 ו- 5-7 :

בשם המשיב 4 :

בשם המשיבה 8 :

בשם המשיבה 9 :

בשם המשיבה 10 :

עו"ד דנה בריסקמן

עו"ד יהודה רסלר

עו"ד ד"ר יהודה בן מאיר

עו"ד יהודה רוזנטל

עו"ד רנאטו יארק

פסק-דין

השופטת ד' ברלינר:

בפנינו שתי עתירות בעלות מכנה משותף אחד – הרצון להביא לידי הפעלת שירותי רפואה פרטיים (להלן: שר"פ), ובפרט שירותי בחירת מנתח בתשלום, בבתי החולים הממשלתיים בישראל.

העתירה בבג"צ 4325/02 הוגשה על ידי קבוצת רופאים בבתי חולים וכללה בקשה למתן שני סעדים חלופיים – להורות לשר האוצר ושר הבריאות לפרסם תוך תקופה קצובה כללים להפעלתו של השר"פ. לחלופין, ליתן צו הקובע כי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 14.2.02, אשר הורתה על הפסקת הפעלתו של השר"פ בבתי החולים הממשלתיים בגין הפעלתם שלא כדין - בטעות יסודה.

העתירה בבג"צ 4253/02 הוגשה על ידי קבוצת אזרחים. העתירה המקורית היתה למתן צו על תנאי המורה למשיבים 1-7 לנמק מדוע לא ימנעו מביטול האפשרות שהיתה קיימת נכון למועד הגשת העתירה לבחירת מנתח בתשלום בבתי החולים הממשלתיים מושאי העתירה, וצו בינים המורה להם להימנע מפעולות כלשהן להפסקת הפעלת שירותים אלה. בסיכומיהם ביקשו העותרים בבג"צ 4235/02 סעד זהה לזה אותו מבקשים העותרים בבג"צ 4325/02 – להורות על פרסום כללים להפעלת שר"פ.

בשל הדמיון במספרי העתירות יכונה בג"צ 4325/02 בג"צ הרופאים ובג"צ

4253/02 יכונה בג"צ האזרחים.

רקע ותשתית עובדתית

1. בחודש אוגוסט 1996 החלו להיחתם הסכמים בעניין הפעלת שר"פ ובעיקר

שירותי בחירת רופא מנתח בתשלום בחלק מבתי החולים הממשלתיים בארץ. הפעילות

החלה ביוזמה מקומית של בתי החולים. בבתי החולים הממשלתיים איכילוב, אסף הרופא, רמב"ם והלל יפה הופעל השר"פ באמצעות חברה פרטית – מנורה שירותי בריאות (להלן: משר"ב) – או חברות קשורות לה, אשר אינן מהוות תאגיד בריאות כהגדרתו בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, ס"ח 60 (להלן: חוק יסודות התקציב). משר"ב הינה חברה פרטית, שאיננה פועלת באישור שר האוצר ושר הבריאות כנדרש בסעיף 31ג(א) לחוק יסודות התקציב, שעל כן איננה עונה להגדרה "תאגיד בריאות". בבית החולים "שיבא" תל השומר הופעל השר"פ באמצעות תאגיד בריאות (קרן המחקרים הרפואיים) שהוקם לצד בית החולים והקשור אליו, בין בית החולים לבין תאגיד הבריאות נכרת הסכם שאפשר את הפעלת השר"פ.

2. בפועל, ועל אף השימוש בכינוי הרחב והגורף שר"פ בו השתמשו כל הצדדים לעתירות (ועל כן נעשה כך גם אנו), בתקופה המדוברת בעתירות, הופעל למעשה שירות אחד עיקרי – בחירת רופא מנתח בתשלום בבתי החולים הממשלתיים בישראל. עם זאת, להכרעה בסוגיות שבפנינו ישנה השלכה רחבת היקף שכן קביעה עקרונית כי ניתן לקיים שר"פ במסגרת מערכת שירותי הרפואה הציבוריים במדינה, פותחת את הפתח לאפשרות הענקת מגוון רחב של שירותי רפואה, באמצעות תשלום נוסף שמעבר לדמי הביטוח הממלכתי. לקביעה זו, עשויות להיות השלכות משמעותיות על פניה וציונה של מערכת שירותי הבריאות בישראל, שהינה ממלכתית-ציבורית – קרי עלויותיה המלאות והעיקריות מסובסדות על ידי המדינה, כל אורח משלם סכום קבוע מדי חודש ממשכורתו ללא תלות במצבו הרפואי, וזוכה לטיפול בהתאם לצרכיו.

3. מידע רב על אופן הפעלתו של השר"פ באמצעות תאגידי הבריאות או חברת משר"ב לא הובא בפנינו. בתגובתה, מבקרת המדינה קשות עובדה זו במיוחד בכל האמור בבג"צ הרופאים: מי אם לא הרופאים יכולים לספק מסד עובדתי של ממש, והעדרו – עולה עד כדי חוסר ניקיון כפיים. הטענה, אינה משוללת יסוד, עדיין ננסה להלן להתייחס לסוגיות הרלוונטיות על בסיס המסד הקיים. על מהותו העיקרית של ההסדר שהופעל בבתי החולים השונים ניתן היה ללמוד מן החומר שכן נכלל בעתירות, כדלקמן:

כלל החולים המופנים אל בתי החולים הציבוריים לשם ניתוח מצוידים על ידי קופת החולים בה הם מבוטחים בטופס 17 – התחייבות הקופה לשאת בעלויות הכוללות של אשפוזם. באופן הרגיל, צוות בית החולים אליו מופנה החולה הוא המחליט מי יהא המנתח שיבצע בו את הניתוח על פי שיקולים רפואיים בלבד. על פי הנוהל הרגיל, החולה המועמד לניתוח אינו יכול להשפיע על הבחירה ברופא שינתחו. לעומת זאת, במסגרת הפעלת שר"פ החולה יכול לבחור את המנתח אשר יבצע בו את הניתוח וזאת

בתמורה לתשלום נוסף מכיסו הפרטי. התחייבות קופת החולים מכוח טופס 17 מכסה את עלות האשפוז, הניתוח, התרופות, הרופאים, האחיות וחדר הניתוח. התשלום שמשלם החולה מכיסו הפרטי הוא אך ורק עבור האפשרות לבחור את המנתח שינתחו. מטבע הדברים, אפשרות זו מופעלת לרוב לשם בחירת הרופאים הבכירים יותר והמומחים יותר בתחומם. חולה היכול להרשות זאת לעצמו, יעדיף לבחור במי שעל פי הבנתו - יעניק לו את הטיפול המקצועי והמיומן ביותר.

גם אופן התשלום לרופא המנתח לא הוברר עד תום במסגרת העתירות. מהנתונים המצויים בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה (שטיבה יובהר בהמשך) עולה כי בחלק מבתי החולים שהתקשרו עם מש"ב, החולה המועמד לניתוח היה מתקשר עם מש"ב וזו, בתמורה לתשלום מטעמו, היתה מבררת אודות אפשרות בחירת המנתח אותו ביקש המטופל, ומסדירה שיבוצו של החולה לניתוח בהתאם. הסכום ששילם החולה למש"ב, נקבע במשותף בין מש"ב לבית החולים. מש"ב היתה מעבירה תשלום לתאגיד הבריאות שהוקם בבית החולים (תאגיד הבריאות המאושר על ידי השרים) עבור ביצוע הניתוח באמצעותו, ובנוסף, מעבירה תשלום לרופא המנתח בגין פעילותו מחוץ לעבודתו כעובד מדינה בבית החולים, ועמידתו לרשות הלקוח (המטופל) של מש"ב. עוד עולה מחוות הדעת כי היו הסכמים שונים בין מש"ב לרופאים שונים. בבתי חולים אחרים הופעל הסדר דומה, אולם לרופאים לא היתה התקשרות ישירה עם מש"ב והתשלום הועבר אליהם ישירות מתאגיד הבריאות הפועל בבית החולים. מבית החולים "שיבא" דווח כי רק חולים המבוטחים בביטוחים משלימים כלשהם, יכלו לקבל שירותי בחירת רופא מנתח. הפעילות נערכה מחוץ לשעות העבודה בבית החולים ורק באמצעות תאגיד הבריאות. בחלק מבתי החולים תעריף בחירת הרופא היה קבוע ומוסכם בין תאגיד הבריאות למש"ב או חברת הביטוח שהעניקה ביטוח משלים כלשהו, ובהתייעצות עם הרופאים. בבתי חולים אחרים, המחיר היה פתוח למשא ומתן, בהתאם לדרישת הרופא. הדגש הוא על כך שבכל המקרים המנויים בוצעה הפעילות תוך שימוש במתקני בתי החולים הציבוריים (שבבעלות הממשלה) ותוך הוספת תשלום שמעבר למכוסה על ידי קופת החולים בה חבר המנותח מכוח התחייבותה על פי טופס 17, תשלום שהגיע מכיסו הפרטי של החולה.

4. באשר לחלקם היחסי של הניתוחים הפרטניים בהיקף ההכנסות שנוקפו לזכות בתי החולים הממשלתיים בשנים בהן הופעל בין כתליהם שר"פ: גם כאן התשתית העובדתית אינה כה בהירה. בעתירות שהוגשו לנו על נספחיהן, לא פרטו העותרים אודות היקף הניתוחים והסכומים שמדובר בהם. בחוות הדעת (שהוזכרה כבר לעיל) שהוכנה בזמנו על ידי היועץ המשפטי לממשלה, באשר לסוגיית הפעלת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים (חו"ד מיום 23.12.01, נספח ע/1 לעתירה בבג"צ האזרחים,

להלן: חוות הדעת או חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה) מצויים נתונים שנמסרו על ידי גורמים שונים - שקשה ליישב ביניהם. ההסתדרות הרפואית דיווחה ליועץ המשפטי לממשלה כי כ-25% מכלל הניתוחים המבוצעים בבתי החולים הממשלתיים הם ניתוחים פרטיים. המרכז הרפואי הדסה מסר כי נקבעה אצלו תקרה לפיה עד 20% מכלל הניתוחים המבוצעים בבתי החולים – יכול שיהיו פרטיים. לעומת זאת, היועצת המשפטית למשרד הבריאות מסרה כי שיעור הניתוחים הפרטיים בבתי החולים הממשלתיים עומד על כ-2% - 2.5% בלבד (ראה עמ' 21 לחו"ד היועמ"ש). קשה ליישב בין פערים אלה ונראה כי הם מלמדים בעיקר על העדר פיקוח מוסדר על התחום.

5. ביום 18.4.00 פנתה מכבי שירותי בריאות (להלן: מכבי) אל שרי האוצר והבריאות, מנכ"ל משרד הבריאות, מבקר המדינה, נציב שירות המדינה והיועמ"ש בבקשה כי יופעלו הגורמים הממשלתיים השונים לטיפול בנושא השר"פ, בטענה כי בתי החולים הציבוריים החלו בהפעלת שירותי בריאות פרטיים לבחירת רופא מנתח בתשלום, שלא בשעות העבודה המקובלות. מכבי טענה כי למיטב ידיעתה, גובה התשלומים עבור טיפולים אלה, עולה במאות אחוזים על תעריפי הבריאות המותרים בבתי החולים הציבוריים לפי אישור שרי הבריאות והאוצר בהתאם לסמכותם מכוח חוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים התשנ"ו-1996, ס"ח 192, והודיעה כי איננה מוכנה לשלם בעבור שר"פ של מבוטחיה. בהמשך, סירבה לשלם בעבור הוצאות ניתוח שנערך באמצעות שר"פ. לטענתה, מדובר בפעילות רפואית פרטית אשר איננה כלולה במסגרת השירותים הנוספים המוענקים לחברי "מכבי מגן" (שירותי הביטוח המשלים של מכבי). "מכבי מגן" טענה כי פעילות רפואית זו נעשתה שלא כדין, וכי לפי צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (שירות רפואי לציבור) התשמ"ג-1983 (להלן: צו הפיקוח על מצרכים ושירותים או צו הפיקוח) אסור לסייע לביצועה.

6. בעקבות הגשת הבקשה, הנחה היועץ המשפטי לממשלה דאז – אליקים רובינשטיין – את נציגי משרד האוצר והבריאות להמציא את חוות דעתם בעניין פעילות השר"פ בבתי חולים ממשלתיים ציבוריים.

7. ביום 14.2.02 פרסם היועץ המשפטי לממשלה, את חוות הדעת (שנכתבה ביום 23.12.01, ההתייחסות בעתירות היא לסירוגין לכל אחד משני התאריכים כשהכוונה היא לאותה חוות דעת). חוות הדעת כוללת, בין היתר, את עמדות הגורמים השונים שלהם נגיעה לשירותי רפואה פרטיים (שר"פ) או שר"מ (שירותי רפואה משלימים). בין הגורמים: משרד האוצר, משרד הבריאות, שירותי בריאות כללית, ההסתדרות הרפואית

וכן דו"ח ועדת נתניהו (שיוזכר בהמשך). בנוסף סוקרת חוות הדעת את הפרקטיקה שנהגה בבתי החולים האמורים, וכוללת דיון נרחב בבעייתיות השר"פ ובחוקיותו. מסקנתו של היועץ המשפטי לממשלה היתה כי פעילות השר"פ הנוכחית הלכה למעשה, בבתי החולים הממשלתיים איכילוב, אסף הרופא ורמב"ם באמצעות חברת מש"ב - אינה חוקית. גם פעולת תאגיד הבריאות בבית חולים שיבא אינה כחוק, זאת בהיעדר כללים מתאימים לעניין זה מכוח סעיף 31 לחוק יסודות התקציב. תקנות לפעילות של תאגידי בריאות הותקנו מכוח חוק זה, אולם התקנות הקיימות אינן מתירות הפעלת שר"פ תוך גביית מחירים שונים מתעריפי מחירון משרד הבריאות, אשר על כן – אין בהן היתר לפעילות כפי שהופעלה בבתי החולים, ואף לא כפי שהופעלה בבית החולים שיבא באמצעות תאגיד הבריאות המאושר. חוות הדעת מתווה דרך משפטית אפשרית להסדרת פעילות השר"פ, אם ברצון הממשלה ומשרד הבריאות לעשות כן. הדרך המוצעת היא התקנת כללים מכוח סעיף 31 לחוק יסודות התקציב, למשך שנה אחת, כאשר במהלך תקופה זו תוכל הכנסת לשקול אם בכוונתה לחוקק חקיקה ראשית בעניין וכן יבדקו הממצאים בשטח (ראה סעיף 36.4 לחו"ד היועץ המשפטי לממשלה).

אליבא דהיועץ המשפטי לממשלה השאלה האם הפעלתו של שר"פ ראוייה אם לאו, הינה שאלה הדורשת הכרעה ערכית ולא משפטית. לפיכך, אם רוצה הממשלה להסדיר פעילות זו, הוצע כאמור הפתרון הזמני של הסדרת הנושא בתקנות למשך שנה אחת, כאשר לאחר מכן, מן הראוי שהנושא בשל ערכיותו ומרכזיותו יוסדר בחקיקה ראשית. כיוון שהגיע למסקנה כי הפעילות אינה חוקית - הורה היועץ המשפטי לממשלה על הפסקת פעילות השר"פ החל מיום 30.4.02, קרי: בתוך חודשיים וחצי מיום פרסום חוות הדעת.

8. זמן קצר לאחר שפורסמה חוות הדעת הגישה שירותי בריאות כללית עתירה לבג"צ (בג"צ 659/02 בריאות כללית נ' סילבן שלום - שר האוצר) ובה ביקשה להפסיק את פעילות השר"פ בטענה כי אינה חוקית. בתגובה לעתירה זו הודיעה המדינה לבית המשפט כי לאור חוות הדעת, ומאחר שהמשיבים יפעלו בהתאם לאמור בה, הרי שבשלב זה אין כל טעם בדיון בעתירה, שכן חוות הדעת האמורה מביאה לשינוי ממשי בנושא מבחינת פעולת המשיבים. עוד ציינו המשיבים כי לדעתם מן הראוי להמתין עד לאחר 30.4.02 ולאור השינויים שיחולו עד אותה עת, מן הראוי כי שירותי בריאות כללית תודיע אז את עמדתה באשר להמשך הצורך בדיון בעתירה.

9. ביום 14.4.02 פנו העותרים בבג"צ האזרחים בפניה מפורטת ומנומקת אל המשיבים בדרישה להימנע מסגירת השר"פ בבתי החולים הציבוריים (נספח ע/2).

לעתירה). במקביל, ביום 18.4.02, לקראת תום התקופה שקבע היועמ"ש, פנו שרי הבריאות והאוצר ליועמ"ש בבקשה למתן אורכה של שלושה חודשים להפסקת פעילות השר"פ (היינו עד ליום 1.8.02) (מש/1 להודעת פרקליטות המדינה מיום 2.6.02 בבג"צ האזרחים). ביום 30.4.02 נתקבלה תשובתו של העוזר הבכיר ליועמ"ש, לפנייתם של העותרים, לפיה עמדתו של היועמ"ש לא השתנתה. ביום 7.5.02 השיבו העותרים בבג"צ האזרחים ליועמ"ש והעמידו אותו על טעויות המצויות לדעתם, במכתבו (נספח ע/4 לעתירה). בעקבות פרסומים בתקשורת לפיהם שרי הבריאות והאוצר פנו בבקשת אורכה ליועמ"ש, פנו העותרים על מנת לברר עמדתו (נספח 5 לעתירה). היועמ"ש דחה את בקשת שרי הבריאות והאוצר, אולם הסכים ליתן ארכה נוספת של 21 ימים – עד ליום 21.5.02 (מש/2), תוך שהוא מציין כי לא תינתן ארכה נוספת, וכי דרך הפעולה הנכונה הינה הפסקת פעילות השר"פ ולאחר מכן שקילת הסוגיה על כל היבטיה, באופן מסודר.

10. ביום 20.5.02, הוגשה העתירה נשוא הדיון – בג"צ האזרחים – לבית משפט זה כשהסעד המבוקש הוא כי "המשיבים יימנעו מביטול האפשרות הקיימת היום לבחירת רופא מנתח במסגרת שירותי רפואה בבית החולים הציבוריים הממשלתיים, כשם שהיה הדבר נהוג ומקובל בשנים האחרונות בין על פי הנקוט והנהוג בשנים האחרונות, ובין על פי כללים חדשים שלא יפגעו בזכויות החולים". עוד ביקשו העותרים כי בית משפט זה, יוציא מלפניו צו ביניים המורה למשיבים להימנע מלנקוט בפעולות כלשהן להפסקת שירותי בחירת רופא בבתי החולים הממשלתיים, עד להכרעה סופית בעתירה.

11. יום לאחר מכן, ביום 21.5.02, הסתיימה התקופה שניתנה לשם הסדרת הנושא, מבלי שהשרים הנוגעים בדבר החליטו על כללים מוסכמים בעניין, ומבלי שנתקבלה החלטה מוסכמת בעניין הפעלת השר"פ. באותו יום (21.5.02), הוגשה העתירה הנוספת אשר בפנינו – בג"צ הרופאים – בה ביקשו העותרים שם (מנהלי המרכזים הרפואיים בהם פועל שירות השר"פ), כי המשיבים "יפרסמו תוך תקופה קצובה כפי שיוורה בית המשפט הנכבד כללים בנושא השר"פ בין בנוסח שהוצע על ידי שר הבריאות ביום 13.5.02 או בכל נוסח אחר שיוסכם על ידי שני השרים הנכבדים, או לחלופין צו הקובע כי חוות דעתו של היועמ"ש מיום 14.2.02 בטעות יסודה". כמו כן, ביקשו העותרים כי יוצא צו המשהה את הנחיית היועמ"ש עד למתן פסק דין סופי בעתירה או עד לפרסום כללים על ידי היועמ"ש ומנכ"ל משרד הבריאות לפי המוקדם.

12. ביום 26.5.02 הוציא כב' הש' מ' חשין, במסגרת בג"צ הרופאים, צו ביניים המשהה את הנחיית היועמ"ש עד ליום 4.6.02 או עד למתן החלטה אחרת. במסגרת הדיון שהתקיים ביום 4.6.02 אוחדו שלושת העתירות דלעיל (בג"צ 4325/02,

4253/02, 659/02) ונדחו הבקשות למתן צווי ביניים. כתוצאה מכך נכנסה ההוראה שניתנה על ידי היועמ"ש להפסקת השר"פ לתוקפה.

13. ביום 11.8.02 התקיים דיון מוקדם בעתירות. בעת הדיון נענתה המשיבה 8 (שירותי בריאות כללית) להצעת בית המשפט למשוך עתירתה (בג"צ 659/02) וזאת לאור תגובת המדינה כי כוונת המשיבים לפעול בהתאם לחוות הדעת של היועמ"ש – הינו הפסקת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים. העתירה נמחקה. באשר לשתי העתירות האחרות (בג"צ האזרחים ובג"צ הרופאים) החליט בית המשפט, כי שר הבריאות ושר האוצר יעלו את המחלוקת ביניהם בנוגע לסוגיית הפעלת השר"פ בבתי החולים בפני הממשלה, וזאת בתוך 21 ימים ממועד הדיון. השרים, התבקשו לדאוג לכך שהממשלה תעשה מאמץ עליון לסיים במהירות את הדיון במחלוקת ולכלל המאוחר בתוך 60 ימים מן המועד בו הסוגיה תעלה בפניה.

14. בהתאם להחלטת בית המשפט קיימה הממשלה דיון בסוגית האפשרות להסדרת בחירת מנתח בתשלום בבתי החולים הציבוריים: ביום 20.10.02 קיבלה את החלטה מס' 2605 (להלן: החלטה 2605): "להנחות את שרי הבריאות והאוצר, בהתייעצות עם נציג שירות המדינה, לקבוע, במסגרת תיקון לתקנות יסודות התקציב (כללים לפעולת תאגיד בריאות), התשס"ב-2002 (להלן: תקנות יסודות התקציב או התקנות), הסדרים לבחירת רופא בתשלום, בתאגידי הבריאות שליד בתי-החולים הממשלתיים הכלליים, וזאת על יסוד תקנות שיגובשו בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, וכהוראת שעה שתוקפה לשנה אחת, בתנאי שלא תהיה תוספת תקציבית מהמדינה". מטרת ההחלטה ליצור כללים להסדרים לבחירת רופא בתאגידי הבריאות שליד בתי החולים הממשלתיים. בהודעת עדכון שהוגשה ביום 3.11.02 על ידי הפרקליטות נאמר: "בנסיבות אלה, ולאור החלטת הממשלה, תיערך בתקופה הקרובה עבודת מטה בעניין התקנת התקנות, ועל תוצאותיה יעדכנו המשיבים את בית המשפט הנכבד". (מש/1 להודעת פרקליטות המדינה מיום 3.11.02).

15. בעקבות החלטה 2605 הוקם צוות בין משרדי שתפקידו "מציאת מודל מוסכם להפעלת הסדרים לבחירת רופא בתשלום בתאגידי הבריאות שליד בתי החולים הממשלתיים ללא תוספת מתקציב המדינה, בהתאם להחלטת ממשלה 2605 מיום 20.10.02" (מש/1 להודעת פרקליטות המדינה מיום 7.4.03). ביום 24.2.03 קיים הצוות הבין-משרדי דיון ובו הוחלט כי:

1. "משרדי הבריאות והאוצר יכינו, כל משרד בנפרד, מודל מוצע להפעלת הסדרים לבחירת רופא בתשלום, ללא תוספת מתקציב המדינה.

2. כל משרד יכין 'נייר משמעויות תקציביות' המפרט מדוע המודל המוצע על ידו אינו כרוך, לדעתו, בתוספת מתקציב המדינה, או מסביר את המודל בזיקה לטיעונים המייחסים עלות תקציבית להפעלת הסדרים לבחירת רופא בתשלום. ...

שני המשרדים ישלימו את המודל + 'נייר המשמעויות התקציביות' ויעבירו החומר ליתר חברי הצוות לא יאוחר מיום 1.4.03 עם קבלת החומר תיקבע ישיבה נוספת." (מ/ש) 1/ להודעת פרקליטות המדינה מיום 7.4.03).

16. בהודעת פרקליטות המדינה מיום 7.4.03 נמסר כי פעילות הצוות הבין-משרדי לא התנהלה לפי לוחות הזמנים שנקבעו, שכן משרד הבריאות ומשרד האוצר לא השלימו את הכנת הצעותיהם במועד שנקבע, בשל עומס עבודה. במסגרת אותה הודעה מטעם פרקליטות המדינה, הודע גם (בלי שהדברים נקשרו לסוגיית ההחלטה ויישום אפשרות לבחירת רופא מנתח) כי במסגרת החלטות הממשלה הנוגעות לתכנית הכלכלית החדשה, התקבלה החלטה מס' 130, בקשר עם תאגוד בתי החולים הממשלתיים (מ/ש) 2/ להודעת פרקליטות המדינה מיום 7.4.03 בבג"צ הרופאים) לפיה:

2. "שר הבריאות ימנה בתוך 30 יום, צוות מקצועי בהשתתפות נציגי משרד הבריאות, משרד האוצר ונציבות שירות המדינה, שיגבש, עד ליום 1.7.03 את המלצותיו ליישום האמור בהחלטה זו. בין השאר, יבחן הצוות האם להעביר בתי חולים ממשלתיים לניהול חברות מנהלות בבעלות קופות חולים וכן את אפשרות הרחבת החלטה זו גם לגבי בתי החולים של שירותי בריאות כללית... הצעת חוק ליישום המלצות הצוות כפי שיאושרו בידי ועדת השרים תובא לוועדת השרים לענייני חקיקה עד ליום 1.8.03.

3. לתקן את החלטת הממשלה מס' 2605 מיום 20.10.02, כך שיישום ההחלטה הנזכרת ייעשה לאחר שהצוות הממונה לפי החלטה זו, יבחן את דחיית יישום ההחלטה הנזכרת עד לאחר השלמת ההעברה של ניהול בתי החולים הממשלתיים לידי חברות מנהלות".

בעקבות החלטה זו, בדיון המקדמי שהתקיים ביום 9.4.03 נקבע כי: "באת כוח היועץ המשפטי לממשלה הודיעה כי על פי החלטת הממשלה אמורות להינתן המלצות עד ליום 1.7.03".

17. ביום 16.6.03 – כשבועיים לפני המועד שנקבע בהחלטת הממשלה לקבלת ההמלצות המקצועיות – מינה שר הבריאות את הועדה הבין משרדית בראשות רו"ח משה ליאון, אשר התבקשה להגיש את המלצותיה (להלן: ועדת ליאון), בקשר עם סוגיית תאגוד בתי החולים הממשלתיים, עד ליום 1.10.03 (מש/1 להודעת פרקליטות המדינה מיום 9.7.03). ביום 7.7.03 – כשלושה שבועות לאחר הקמתה – התבקשה ועדת ליאון על ידי שר הבריאות "להעלות... על סדר יומה... כבר בישיבתה הראשונה, את סוגיית 'דחיית יישום ההחלטה הנזכרת [2605] עד לאחר השלמת ההעברה של ניהול בתי החולים הממשלתיים לידי 'חברות מנהלות'..." (מש/2 להודעת פרקליטות המדינה מיום 9.7.03).

18. ביום 2.11.03 קיבלה ועדת ליאון את ההחלטה לפיה אין להפעיל שר"פ בבתי החולים הממשלתיים באותה עת – וזאת עד להגשת דין וחשבון שלם ומלא של הועדה. הטעם לכך היה מורכבותו של נושא השר"פ והשלכותיו על השלמת תהליך תאגוד בתי החולים הממשלתיים – "בדיונים שהתקיימו בשאלה זו בוועדה הוחלט לקבוע כי אין להפעיל לעת הזאת שר"פ בבתי החולים הממשלתיים, עד להגשת הדין וחשבון של הוועדה בראשותי. חברי הוועדה סברו כי שאלת הפעלת השר"פ היא שאלה מהותית המשפיעה על האפשרות להשלים את המהלך של תאגוד בתי החולים. לפיכך אנו מבקשים לקבוע כי עד לסיום דיוני הוועדה בנושא תאגוד בתי החולים לא יוחל בפעולות ליישום החלטה 2605" (נספח א' להודעת הפרקליטות מיום 2.11.03).

19. ביום 18.7.04 הוגשה הודעת עדכון מטעם המדינה, לפיה וועדת ליאון סיימה את הכנת מסקנותיה. עם זאת, נמסר כי המלצותיה של הוועדה לא כללו התייחסות מפורטת לנושא הפעלת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים, או אפשרות בחירת מנתח בבתי החולים הממשלתיים. הועדה הסתפקה בהמלצה, לפיה כחלק מתהליך התאגוד – משרד הבריאות יקבע כללים למתן הרשאה (או אי מתן הרשאה) לבית חולים מתואגד, להפעיל שירותי רפואה פרטיים (שר"פ) בין כתליו, בהתבסס על החלטות הממשלה. (סעיף 4.8 (ד) לדו"ח ועדת ליאון). בנוסף נאמר, כי בכוונתם של שרי האוצר והבריאות לכנס שוב את הצוות שהוקם בהתאם להחלטה 2605 לשם גיבוש מתכונת להסדרי בחירת רופא בהתאם להחלטה.

20. ב-23.9.04 הוגשה הודעת עדכון נוספת מטעם המדינה לפיה התקבלה ביום 15.8.04 החלטת ממשלה נוספת שמספרה 2460 (להלן: החלטה 2460) ולפיה החליטה הממשלה להקפיא את החלטה 2605 (מיום 20.10.02) ולקבוע כי ההחלטה האם לאפשר

לבית החולים לגבות תשלומים מחברים המופנים אליו בידי הקופות תיעשה בהתאם לתוצאות המו"מ שבין הממשלה לבין התאגידים אליהם יועברו בתי החולים וההסדר החקיקתי שיעגנו הסדרים אלו ובלבד שלא יהיה בדבר בכדי להגדיל את ההוצאה לבריאות.

ב-12.9.06 קיבלה ממשלת ישראל החלטה נוספת – החלטה 471 – אשר לפיה יש להנחות את שר הבריאות למנות עד ליום 1.11.06, צוות מקצועי בראשות מנכ"ל משרד הבריאות ובהשתתפות נציגי משרד האוצר, אשר יפעל להעברת ניהולם של בתי החולים לחברות מנהלות וזאת בהתאם לעקרונות שנקבעו בהחלטה 2460. במילים אחרות – עמדת הממשלה היא כי אין לקדם את נושא הפעלת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים, עד להשלמת הליכי התאגוד של בתי החולים במסגרת חקיקה ראשית, ובתנאי שהוא לא יהיה כרוך בהגדלת ההוצאות לבריאות.

21. ביום 26.9.06 הודיעה המדינה כי מאז החלטה 2460 לא התקבלה החלטה ממשלה נוספת בכל הנוגע לשר"פ וכי הממשלה החליטה "... שלא לקדם את נושא הפעלת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים, אלא לעסוק בנושא... במסגרת הליכי התיאגוד" (סעיף 4 להודעת המדינה). כמו כן הודיעה כי "נושא תאגוד בתי החולים טרם הגיע לכלל מימוש, ולפיכך, וכל עוד לא תחליט הממשלה על שינוי כלשהוא, בשלב זה מתנגדת הממשלה להפעלת שר"פ בבתי החולים הממשלתיים." (סעיף 5 להודעת המדינה).

עמדות הנוגעים בדבר

22. משרד הבריאות – האמון על מערכת הבריאות והאחראי על מצבה, תפקודה ויעילותה, מצא לנכון לתמוך בקיום הסדר השר"פ בבתי החולים הממשלתיים, אך בכפוף לכך שייקבעו מגבלות והסדרים חוקיים בעניין זה. בהיעדרם – סבר שר הבריאות דאז, מר רוני מילוא, כי יש להורות על הפסקתם לאלתר של שירותים כגון אלה הניתנים בבתי החולים הממשלתיים. במסגרת עמדתו שנמסרה ליועמ"ש, הציע משרד הבריאות כללים אשר רצוי כי יקבעו בתקנות (ראה חו"ד היועמ"ש בעמ' 8-5).

משרד האוצר – הביע עמדה המתנגדת להפעלת שר"פ. עמדת המשרד היתה כי ככלל, "החוקים והכללים החלים על עובדי מדינה אינם מאפשרים לעובד מדינה לקבל תמורה בעד עבודתו בשירות המדינה לבד משכרו." כמו כן, סבר המשרד כי "תופעת השר"פ מנוגדת לכללי מנהל תקין ולמסגרת החוקית בה פועלים בתי החולים הממשלתיים, תאגידי הבריאות והרופאים העובדים בהם." לשיטתו של משרד האוצר, עיקר הבעייתיות היא בכך שהשר"פ מעמיד את המועסקים בו בניגוד עניינים. בנוסף, ישנה

פגיעה חמורה בשוויון שעל כן אי החוקיות בו מובהקת. לפיכך, עמדת המשרד היתה כי יש להפסיק פעילות זו לאלתר (ראה חו"ד היועמ"ש בעמ' 4-3). ההסתדרות הרפואית וארגון רופאי המדינה – סברו כי שירותי רפואה פרטית בצידה של הרפואה הציבורית הם הכרח וצורך. עם זאת, גם הם סברו כי "יש לקבוע מנגנונים מוסדרים ושקופים אשר יתנו מענה לסכנות הטמונות בהנהגת הסדר השר"פ, תוך קביעת מנגנוני פיקוח". גם בעמדתם שנמסרה ליועמ"ש הועברו המלצות באשר לעניינים אותם יש להסדיר בכללים שיקבעו בהתאם (ראה חו"ד היועמ"ש בעמ' 16-13).

שירותי בריאות כללית הציגה עמדה הדומה בעיקרה לעמדת משרד האוצר ונשענת על אותם נימוקים עיקריים.

ועדת החקירה הממלכתית לבחינת מצב הרפואה בישראל בראשות הש' נתניהו (להלן: ועדת נתניהו) – הועדה מונתה לשם בדיקת תפקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל. בין היתר דנה הועדה בפרק העשירי לדו"ח שהוגש מטעמה (ביום 20.8.90) בסוגיית שילובה של רפואה פרטית ברפואה הציבורית. הועדה קבעה כי מחד גיסא "השר"פ הוא הרע במיעוטו. עדיפה רפואה פרטית במסגרת בית החולים הציבורי, על פני פרקטיקה פרטית בשעות העבודה, מחוץ לכותלי בית החולים, או קיום 'רפואה שחורה' בתוכו במחתרת, המביאה לפגיעה ברפואה הציבורית. על החברה להבטיח רמה גבוהה של רפואה ציבורית וחיזוקה, במקום לעודד בריחה של כוחות טובים למגזר העסקים". אולם מאידך גיסא, עמדה הועדה על הבעיות המהותיות העומדות בבסיס הפעלתו של הסדר כגון זה. את הדגש, שמה הועדה על החשש הממשי מפגיעה בשוויון (למשל על רקע קיצור תורים או הענקת יחס מועדף למטופלים במסגרת שר"פ ועוד) וכן על אפשרות קיומו של ניגוד עניינים חריף בו יועמדו המועסקים בשר"פ. מטבע הדברים ישאפו הרופאים שיועסקו במסגרת השר"פ, להשיג רוח כספית. שאיפה זו - עשויה שלא לעלות בקנה אחד עם הצורך לפעול על פי שיקולים טהורים גרידא, ולכוון המלצותיהם למטופלים רק על פי שיקולים אלה. הועדה המליצה על הסדרת התחום בכללים נוקשים, אשר בראשם הדרישה להקפדה על הפרדה בזמן ובמקום בין שירותי השר"פ, לבין השירותים הציבוריים אשר מכוסים בסל התרופות (ראה עמ' 20-17 לחו"ד היוע"ז המשפטי לממשלה).

טענות העותרים

23. הן העותרים בבג"צ האזרחים והן העותרים בבג"צ הרופאים סבורים, כי יש לאכוף על המדינה להתיר פעילות שר"פ בבתי חולים ממשלתיים. זאת, חרף האמור בחוות הדעת דהיינו כי הפעלת השר"פ בבתי חולים ממשלתיים הינה מנוגדת לחוק וחרף החלטה 2460 (אשר החליטה להקפיא את הדיונים בשאלת השר"פ עד להסדרת

נושא תאגוד בתי החולים). לכאורה, הסעדים המבוקשים בכל אחת מן העתירות הם שונים: בבג"צ האזרחים ביקשו העותרים – שהם כזכור 29 אזרחי המדינה מרחבי הארץ חברי קופות החולים ובעלי ביטוחים משלימים בחברות ביטוח ושירותי בריאות משלימים – כי תוכר זכותם של בני משפחתם, לקבל שירות רפואי הכולל בחירת רופא מנתח בתשלום בבתי החולים הציבוריים בסכיבת מגוריהם. לשם כך עותרים הם כי ממשלת ישראל תמנע מלנקוט פעולות כשהן שמטרתן הפסקת שירותי השר"פ בבתי החולים הממשלתיים. משמעותה של קבלת העתירה תהא חידוש הפעלת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים, ככל שהיו קיימים, וזאת ללא הפרעה או התערבות מצד ממשלת ישראל.

בבג"צ הרופאים מבקשים העותרים – מנכ"לים ומנהלי בתי החולים הממשלתיים בהם הופעל השר"פ – כי בית משפט זה יאכוף על שרי הבריאות והאוצר להתקין כללים, בתוך תקופה קצובה, אשר יתירו את הפעלת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים וזאת חרף החלטה 2460 והחלטה 471, ולחלופין, כי יינתן צו הקובע כי חוות דעתו של היועמ"ש בטעות יסודה.

כפי שניתן לראות – התוצאה המבוקשת בשתי העתירות היא להביא להפעלת השר"פ, שעל כן יותר משהשוני בין הסעדים הוא מהותי – הוא סמנטי.

24. טענותיהם העיקריות של העותרים בשתי העתירות הן כדלקמן:

א. השר"פ הינו למעשה שירות של בחירת רופא מנתח בבית החולים. עצם הצגת שירות זה כשירות "פרטי" ולא "ציבורי" אינה נכונה ומטעה. במציאות הקיימת – הרוב המוחלט של הציבור במדינה מבוטח בביטוחים משלימים המאפשרים ושירותי בריאות נוספים, ועובדה זו מקנה לו את הזכות לבחירת רופא בהתאם להסדר עם קופת החולים בה הוא חבר. העובדה שהשירות נמכר על ידי קופות החולים, באמצעות עובדיהם שהם עובדי ציבור, באישור הממשלה ובמתקניה, שהם מתקנים ציבוריים, מצביעה על כך שהשירות הוא "ציבורי" במהותו. שגה היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו עת קבע כי השירות אינו חוקי. בכך התעלם היועץ המשפטי לממשלה מן ההרשאה שניתנה למנהלי בתי החולים שבנדון, בהתאם לחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951, ס"ח 12 (להלן: חוק נכסי המדינה) לעשות שימוש במתקני בית החולים. תאגידי הבריאות באמצעותם הופעל השר"פ, הם תאגידי בריאות מאושרים כמשמעותם בחוק יסודות התקציב, ועל כן נתונה להם הרשות לעשות שימוש במתקני בתי החולים על פי חוק,

ובכפוף להסכמים שנכרתו בהתאם. אם נתגלו פגמים בהסדר השר"פ במתכונתו הישנה - מן הראוי היה לתקנם בהבדל מ"זריקת התינוק עם מי האמבט", שזוהי המשמעות של הפסקת השירות לאלתר.

ב. לאור קיומה של האפשרות לרכוש ביטוחים משלימים למיניהם, בתוספת תשלום שמעבר לדמי ביטוח הבריאות המנוכים ממשכורתו של כל אזרח, הרי שמערכת הרפואה בישראל היא בלתי שוויונית ממילא. לא שירותי השר"פ יוצרים את חוסר השוויון. ישנה מידה של התחסדות וצביעות בתשובת המשיבים בהציגם את מערכת הבריאות בישראל כמערכת המושתתת על עקרונות של שוויון. אדרבא, בשר"פ גלומים יתרונות רבים, ביניהם צמצום ממדי תופעת "הרפואה השחורה", הזרמת כספים למערכת הבריאות אשר יביאו בסופו של יום לשיפור השירות הניתן לכלל הציבור, צמצום תורים, הגשמת האוטונומיה של הפרט, שיפור בתופעת שחיקת השכר של הרופאים, הגדלת שעות העבודה של טובי המומחים במסגרת בתי החולים הממשלתיים – דבר שיגדיל זמינותם גם עבור חולים שאינם מנותחים במסגרת השר"פ, ועוד.

ג. והיבט נוסף: בתי החולים הממשלתיים הם רק ספקי שירותים, אשר אינם חייבים לפעול על פי עקרון השוויון, ואין להם אחריות ליישומו. שלא לדבר על כך שעקרון השוויון מפורש על ידי היועמ"ש בחוות דעתו באופן מוטעה. קיים שוויון הזדמנויות והכל יכולים לרכוש את שירותי השר"פ. דווקא הפסקת השר"פ תביא לפגיעה נוספת בשוויון, שכן השר"פ מביא להעלאת הכנסות בתי החולים הממשלתיים, ומכך נהנית כלל האוכלוסייה הזוכה לשירותי בריאות משופרים.

ד. בהיבט ספציפי יותר: הנהגת השר"פ רק בבתי החולים בירושלים (שאינם בבעלות ממשלתית) מקימה אפליה פסולה בין החולים תושבי ירושלים, הנשלחים לבתי החולים הציבוריים בירושלים ומקבלים שם את הזכות לבחירת רופא, לבין חולים בשאר חלקי הארץ הנאלצים לממש זכות זו רק בבתי החולים הפרטיים. מעניין לעניין באותו עניין: ההסדר מפלה בין הרופאים העובדים בבתי החולים בירושלים לאלה העובדים בבתי החולים הציבוריים ביתר חלקי הארץ.

ה. היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו התעלם מסעיפי חקיקה שונים רלוונטיים ובהם – סעיף 31 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח

156 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי). סעיף זה קובע שעל קופת החולים לפעול ללא הפלייה בין נותני השירותים השונים. הואיל ובתי החולים הממשלתיים הם נותני שירותים, הרי שהוצאתם מכלל נותני השירותים אליהם מפנים את מבקשי השר"פ במסגרת הביטוחים המשלמים, מהווה אפליה של בתי החולים הממשלתיים ברחבי הארץ לעומת בתי החולים הציבוריים בירושלים.

ו. העותרים מעלים טענות כנגד תוקפו של צו הפיקוח על מצרכים ושירותים. לשיטתם, הצו בטל בשל היותו עומד בניגוד לחוק יסוד חופש העיסוק, ס"ח 90 (להלן: חוק יסוד חופש העיסוק או חוק היסוד) ובניגוד לזכות החולה לקבלת שר"פ המעוגנות בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327 (להלן: חוק זכויות החולה). כמו כן, צו הפיקוח גם הוא מפלה בין תושבי ירושלים ליתר תושבי ישראל, בין רופאי הדסה לרופאים ביתר בתי החולים הציבוריים, בין בתי החולים הציבוריים לבתי החולים בירושלים ובין רופאים העובדים בירושלים ובין רופאים אחרים.

ז. הנחיית היועמ"ש להפסיק את פעילות השר"פ יש בה פגיעה בחופש העיסוק של הרופאים. בהינתן כי הרופאים מבצעים פעילות זו מחוץ לשעות העבודה אותן הן מחויבים לעבוד במסגרת היותם עובדי מדינה בבתי החולים הממשלתיים, הרי שאין למדינה זכות להגביל אותם מלעשות כן. משלא הוגבלה הפעלת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים מכוח פקודת בריאות העם או מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, הרי שפעילות זו היא מותרת.

ח. בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 150 (להלן: חוק יסוד כבוד האדם וחירותו) ועקרונות בדבר האוטונומיה של הפרט, ישנה לפרט זכות לבחור את הרופא והמוסד הרפואי בו יטופל. מכאן, כי קיימת זכות קנויה לשר"פ במסגרת בתי החולים הממשלתיים.

ט. העותרים סבורים כי היועמ"ש, בחוות דעתו, מבזה את המלצות ועדת נתניהו. ככלל, סבורים הם כי קמה לממשלה חובה להסדיר התחום, מיום שהחליטה עוד בשנת 2002 בהחלטה 2605 על כוונתה להסדיר את השר"פ ולקבוע כללים להפעלתו. התנהלותה משך כשש שנים, בהן נמנעה מהסדרת התחום, ודחתה את השלמת הטיפול בו ליום בו תתקבל ההחלטה על תאגוד בתי

החולים - עולה כדי חוסר סבירות קיצוני, המצדיק התערבותו של בית משפט זה.

דיון - מילות פתיחה

25. סוגיית השר"פ, (במתכונתו המצומצמת, קרי: האפשרות לבחירת רופא) מהוה מזה שנים רבות חלק מן השיח הציבורי, והדיון בה מתחדש מדי פעם, כמעט במחזוריות. אין ספק שמדובר בשאלה ערכית כבדה וטעונה, לצד הפן המעשי והיישומי שלה. יש בה בשאלה זו הכל: מימוש זכויות שהן לכאורה זכויות בסיסיות של חולה, לבחור מי יטפל בו כשהוא נמצא ברגעים הקשים והמכריעים של חייו, לצד התמודדות עם ערכים של שוויון, היכולת לקנות או לפחות לשפר ולשמר חיים בכסף, כל זאת מזווית הראיה של החולה. זוויות ראיה נוספות שהוזכרו לעיל מעמידות את הרופאים במרכז (זכותם לעסוק במקצועם מחוץ לשעות העבודה ולמקסם גם מבחינה כלכלית את הכשרתם וכישוריהם המקצועיים) או לחילופין את ההיבט הקנייני - הזכות להשתמש במתקנים וציוד שהם רכוש הציבור (בתי חולים ממשלתיים) לרפואה "פרטית". כפי שניתן להתרשם מטיעוני הצדדים שפורטו בפסקאות הקודמות, האמור לעיל, מהוה רק חלק מצדדיה של סוגיה קשה ומורכבת זו, כאשר קיימות סוגיות משנה רבות. אלא שלא בשאלות עקרוניות אלה בפני עצמן עלינו להכריע. ואף לא בשאלה האם יתרונותיו של השר"פ עולים על חסרונותיו, או להיפך. השאלה המרכזית שבפנינו היא האם הפעלת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים, במתכונת שנהגה עד לכניסתה לתוקף של הוראת היועץ המשפטי לממשלה, היתה חוקית. קביעה, כי השר"פ אינו נגוע באי חוקיות - צריכה להביא מניה וביה לביטול הוראתו של היועץ המשפטי לממשלה להפסיקו, ובמילים אחרות קבלת העתירה המרכזית בבג"צ האזרחים. השאלה הנוספת היא בהנחה שהפעלת השר"פ במתכונת שהיתה נהוגה בעבר אינה חוקית - האם ניתן להתיר שר"פ על ידי התקנת תקנות לפי חוק יסודות התקציב, או שמא ניתן לעשות זאת, אם בכלל, רק בדרך של חקיקה ראשית?

והשאלה השלישית, האם חובה על הממשלה להסדיר סוגיית הפעלת השר"פ לאלתר, תוך קבלת טענת העותרים ולפיה לאזרחי המדינה קיימת זכות קנויה לשר"פ, ובפרט לבחירת מנתח בתשלום, או שמא נתון העניין לשיקול דעתם של הגורמים המוסמכים בעניין זה, קרי שרי ממשלת ישראל האמונים על קביעת מדיניות בתחום הנדון. בשאלות אלה נדון להלן.

חוקיות השר"פ - חקיקה רלוונטית

26. נורמה בסיסית רלוונטית לדיוננו, מצויה בסעיף 5 לחוק נכסי המדינה הקובע כדלקמן:

”עסקות בנכסי מדינה

(א) ... רשאת הממשלה, בשם המדינה, למכור נכסים מנכסי המדינה ... להעבירם בדרך אחרת, להשכירם, להחכירם, להחליפם, לשעבדם, לחלקם, להפרידם, לאחרים, להרשות את השימוש בהם או את ניצולם. ולהעניק זכויות אחרות בהם, הכל בתנאים שתראם נאותים.”

תנאי ראשוני, בלעדיו אין, הנדרש לשם שימוש או ניצול נכסי המדינה (ובתי החולים הממשלתיים בכללם) שלא על ידי רשויותיה או גופים מטעמה, הוא קבלת היתר מן הממשלה לעשות כן. הממשלה מחזיקה בנכסי המדינה בנאמנות - נאמנות כלפי הציבור בישראל, ולא ניתן להשתמש בהם ללא הסכמתה ואישורה. מנהלי בתי החולים הממשלתיים אינם רשאים לעשות בבתי החולים אותם הם מנהלים כבשלהם, כאילו היו קניינים פרטי. כדי לאפשר פעילות שר”פ - עליהם להצטייד באישור הממשלה המתירה להם לעשות זאת. כל עוד אין בידיהם אישור שכזה, הרי כל גוף פרטי הפועל בתוך בתי החולים הממשלתיים ומשתמש במתקניהם, גם אם הוא עושה זאת על דעת, ובהסכמת מנהלי בתי החולים - פועל על פני הדברים בניגוד לחוק. את פעילות מש”ב, שהוא גוף פרטי, אפשר וצריך לפסול כבר מטעם זה. לחוק נכסי המדינה, נחזור עוד בהמשך בהיבט אחר. בשלב זה נעבור להוראות חוק נוספות רלוונטיות לענייננו.

27. הסדר חוקי נוסף, העוסק אף הוא בשאלת חופש פעולתם של עובדי בתי החולים הציבוריים במדינה, מצוי בצו הפיקוח על מצרכים ושירותים אשר זו לשונו:

2. לא ייתן תאגיד רפואי פרטי שירות רפואי במוסד רפואי ציבורי.

3. לא ייתן רופא שירות רפואי במוסד רפואי ציבורי, זולת שירות ניתן במסגרת יחסי עובד ומעביד שבינו ובין בעל המוסד הרפואי הציבורי, אלא אם קיבל לכך היתר מאת שר הבריאות ובהתאם לתנאי ההיתר.

4. מי שאינו מוסד רפואי ציבורי, לא יגבה ולא ידרוש תמורה בעד מתן שירות רפואי ציבורי, ולא יתנה מתן שירות כאמור בתמורה.”

במקביל לסעיף 5 לחוק נכסי המדינה, גם הוראות אלה המצויות בצו הפיקוח, מורידות מעל הפרק את הצורך בדיון בשאלת חוקיות הפעלתו של השר”פ באמצעות חברת מש”ב. ההוראות מבהירות באורך חד משמעי כי נכון להיום, עומד הסדר השר”פ

שהופעל על ידי מש"ב בניגוד גמור לצו הפיקוח. מש"ב הינה תאגיד פרטי אשר פעל בין כותלי בתי החולים הציבוריים ונתן שירות רפואי חרף האיסור על כך המצוי בסעיף 2 לצו הפיקוח. לא רק התאגיד פעל בניגוד להוראות הצו אלא אף הרופאים: רופאים אשר פעלו באמצעותה של מש"ב תוך קבלת תשלום מטעמה (משום שנבחרו על ידי לקוח מש"ב) – עשו כן ללא אישור מתאים משר הבריאות כנדרש בסעיף 3 לצו הפיקוח.

העותרים בבג"צ הרופאים העלו כאמור טענות מטענות שונות באשר לתוקפו של צו הפיקוח. אינני רואה לנכון להאריך בנושא זה, שכן, כפי שיבואר בהמשך, אני סבורה כי גם ללא קיומו של צו הפיקוח - לא היה עומד השר"פ במתכונת בה הופעל באמצעות מש"ב - במבחן חוקיות המנהל. אקדים מאוחר למוקדם ואומר כי גם הסדר השר"פ באמצעות תאגידי הבריאות המאושרים, לא עומד במבחני חוקיות המנהל, ועל כך בהמשך. עדיין, כדי לא להותיר את הטיעון ללא מענה, אתייחס בקליפת האגוז לשאלת תוקפו של הצו. על דרך תשובה - די בהפניה לתאריך הגשת העתירה לעומת תאריך הצו. הצו הוא משנת 1983, העתירה הוגשה בשנת 2002.

19 שנה מפרידות בין הצו לעתירה:

"אחד הכללים, המכוונים את שיקול הדעת השיפוטי, הוא זה שעניינו שיהוי בהגשת העתירה. ... לא הרי שיהוי כהרי התיישנות. עבור הזמן כשלעצמו אין בו כדי להוות שיהוי. בבסיסו של השיהוי עומדת העובדה, כי עבור הזמן גרם לשינוי המצב ולפגיעה באינטרסים ראויים להגנה. בין אם אלה אינטרסים של הרשות השלטונית, בין אם אלה אינטרסים של אדם אחר, ובין אם זהו אינטרס הכללי; ובאיזון הכולל, השמירה על אינטרסים אלה חשובה היא יותר מהשמירה על האינטרס של העותר, שעתירתו נדחית בשל השיהוי (ראה בג"צ 334/63 [1]). מכאן, כי "אין לקבוע כלל נוקשה בנוגע למקרים בהם יהווה אחור מכשול על דרך מבקשים סעד מבית משפט זה" (בג"צ 76/49 [2], בעמ' 154) והכול תלוי בנסיבות העניין. ... ודוק: דיני השיהוי אין עניינם חוסר תום-לב סובייקטיבי של העותר, אפילו פעל העותר בתום-לב מבחינתו שלו, עדיין יש שעתירתו השתתהתה יתר על המידה, ובאיזון הכולל יש להתחשב יותר באינטרסים הראויים להגנה של הרשות השלטונית, של צד שלישי, או באינטרס הכללי." (בג"צ 11075/04 דוד גרבי נ' שרת החינוך התרבות והספורט -יו"ר המועצה להשכלה גבוהה (טרם פורסם 5.12.07).

לענייננו, צו הפיקוח קובע עקרונות חשובים ומהותיים. אם היה מקום לתקוף אותו - הדעת נותנת כי הדבר יעשה סמוך לאחר נתינתו, ולא לאחר שהעקרונות התקבעו והפכו לנורמות מחייבות שלאורם פועלים בתי החולים.

28. מעבר לכך ולגופו של עניין: השגתם המרכזית של העותרים (באשר לתוקפו של צו הפיקוח) נסמכת על החוק המסמיך קרי: חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, ס"ח 24 (להלן: חוק הפיקוח). סעיף 3 לחוק הפיקוח אומר: "לא ישתמש שר בסמכותו לפי חוק זה, אלא אם היה לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לקיום פעולה חיונית, למניעת הפקעת שיערים וספסרות או למניעת הונאת הציבור".

לטענת העותרים "אין ולא יכול להיות לשר יסוד סביר להניח כי איסור השר"פ חיוני לקיום פעולה חיונית - מתן השר"פ אינו פוגע בכהוא זה בכל פעולה חיונית הניתנת במסגרת בית החולים" (סע' 78 לעתירה).

חרף הפסקנות והדווקנות שבה נטענה הטענה - היא אינה משקפת את המצב לאשורו. לשר"פ יש השלכות רוחב שמשמעותן אינה מצטמצמת לאותן שעות שבהן הוא ניתן. כך למשל אחת הטענות המועלות נגד קיומו של השר"פ היא כי הוא עלול להשפיע על טיב ואיכות השירות שניתן לחולים בגדר שירות "הממוסד" בין בשל ניגוד האינטרסים שעלול להיווצר, בין בשל שימוש במתקני וציוד בית החולים גם עבור חולי השר"פ ובין מטעמים אחרים. עמדה זו - מנוגדת בתכלית לעמדתם של העותרים וקבלתה מספקת את "היסוד הסביר להניח" שהצו דרוש לקיום פעולה חיונית". הפעולה החיונית היא דווקא השירותים שניתנים בבתי החולים לחולים "הרגילים" (בהבדל ממטופלי השר"פ). לפיכך - הקביעה שהשר חרג מסמכותו במתן הצו אינה נתון מוצק (כנטען על ידי העותרים) אלא ביטוי לעמדתם, שאינה בהכרח נכונה.

29. ואחרי כל אלה - כל נושא הצו הוא משני בחשיבותו. בהיות צו הפיקוח נורמה במדרג חקיקתי נמוך מתקנות - הרי שניתן באמצעותן (בהינתן הסמכה מתאימה בחוק) להתנות על האמור בצו ולהתיר הענקת אישור לגופים מסוימים לפעול בכל זאת בין כתלי בתי החולים, בכפוף לנדרש מטעם נותן האישור. השר המוסמך אכן עשה שימוש בסמכות שהוקנתה לו והתקין תקנות בעניין, מכוחן קמה האפשרות, על אף קיומו של צו הפיקוח, לפעולתם של תאגידי בריאות מאושרים בין כותלי בתי החולים הממשלתיים במדינה. משנקבע כי תאגידי הבריאות - הם הרשאים לפעול בתוך בתי החולים הרי גם ללא הצו, גוף שאינו תאגיד בריאות - אינו יכול לפעול בתחום בתי החולים הממשלתיים. לפיכך, נעבור בשלב זה לבחינת חוקיות פעולתם של תאגידי הבריאות אשר קיבלו אישורים מתאימים לפעול להענקת שירותי בריאות בין כותלי בתי החולים הממשלתיים, לאור הוראות החוק והתקינה הרלוונטיות לתחום.

30. סעיף 21 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב) מגדיר תאגיד בריאות כדלקמן:

"עמותה, אגודה שיתופית, חברה או כל גוף משפטי אחר הכשר לחיובים, לזכויות ולפעולות משפטיות, המוכר שירותי בריאות בתוך בית חולים ממשלתי או תוך שימוש במתקני בית חולים כאמור"

סעיף 31 לחוק יסודות התקציב מקנה לשר הבריאות את הסמכות להתקין תקנות להסדרת פעולותיהם של תאגידי בריאות:

"(א) תאגיד בריאות לא יפעל אלא באישור שר הבריאות ושר האוצר ובהתאם לכללים שייקבעו לפי סעיף קטן (ב).

(ב) שר הבריאות, באישור שר האוצר ובהתייעצות עם נציב שירות המדינה, יקבע כללים לפעולת תאגיד בריאות; בכללים כאמור רשאי שר הבריאות לקבוע, בין השאר, כי הוראות מחוק זה, הוראות חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992, וכן הוראות מחוקים, מתקנות ומהוראות פנימיות אחרות החלות על המדינה או על עובדיה - יחולו לגבי כלל תאגידי הבריאות ועובדיהם או לגבי סוגים או מי מהם, בשינויים המחויבים;"

מכוחו של סעיף 31ג(ב) לחוק יסודות התקציב הותקנו גם תקנות יסודות התקציב כללים לפעולת תאגיד בריאות התשס"ב-2002 (שהחליפו את תקנות יסודות התקציב (כללים לפעולת תאגיד בריאות) הוראת שעה התשנ"ח-1998 אשר בהן לא נקבע הסדר למתן שירותי רפואה פרטיים). תקנה 1(א) לתקנות האמורות קובעת כי:

"תאגיד בריאות כהגדרתו בסעיף 21 לחוק (להלן – תאגיד בריאות), יהיה מוסד ללא כוונת רווח; הון התאגיד, ככל שישנו, ונכסיו, ישמשו רק למטרותיו, והתאגיד לא יחלק רווחים או כל טובת הנאה אחרת לחבריו."

תקנה 4 לתקנות מסדירה את אופן פעולתו של תאגיד בריאות וקובעת כדלקמן:

"פעילות תאגיד בריאות
(א) פעילותו של תאגיד בריאות בכל הנוגע לשימוש בתשתיות בית החולים או מיתקניו, לרבות לעניין שעות והסדרי עבודה (להלן – פעילות התאגיד בבית החולים), תהיה בהתאם לקבוע בהסכם בכתב בינו ובין בית החולים שבו פועל התאגיד (להלן – בית החולים), או בינו לבין הממשלה, לפי הענין, שנחתם בידי המוסמכים

לכך, לרבות לפי חוק נכסי המדינה, התשי"א-1951 8 (להלן - הסכם הפעילות), ולא תתבצע כל פעילות כאמור אלא במסגרת הסכם הפעילות; הסכם הפעילות יהיה לתקופה קצובה אשר לא תעלה על 5 שנים ואולם פקיעתו תהיה לא יאוחר ממועד פקיעת האישור לפי סעיף 31ג(א) לחוק.

(ב) הסכם הפעילות יכלול רק פעילות של תאגיד בריאות בבית החולים, שהיא אחת מאלה:

(1) מכירת שירותי רפואה ראשונית, רפואה שניונית, שירותי אשפוז ושירותים פארא-רפואיים;

(2) ביצוע מחקר רפואי;

(3) מכירת שירותי רפואה מונעת, קידום בריאות והדרכת סטודנטים ועובדים במקצועות בתחום הבריאות.

(ג) הסדרת הפעילות האמורה בתקנת משנה (ב) בהסכם הפעילות תכלול, בין השאר, את כל אלה:

(1) לענין מכירת שירותי בריאות, כאמור בתקנת משנה (ב)(1) –

(א) פירוט שירותי הבריאות הנכללים בפעילות התאגיד בבית החולים; לא יכללו בפעילות התאגיד כאמור שירותי בריאות שאינם נכללים בפעילות בית החולים, זולת אם אין חלופה מתאימה להפעלתם במסגרת בית החולים, מתקציבו, ובאמצעות עובדיו;

(ב) היקף פעילות שנתי של התאגיד בבית החולים, בחלוקה לשירותי הבריאות שפורטו כאמור בפסקת משנה (א); היקף פעילות התאגיד בבית החולים יוגדר כשיעור מרבי, מתוך היקף הפעילות של בית החולים ביחס לאותם שירותים, כפי שקבע המנכ"ל בתחילת כל שנה;

(ג) ימים ושעות פעילות של תאגיד הבריאות, ובלבד שתאגיד הבריאות לא יבצע כל פעילות, בבית החולים, שענינה מכירת שירותי בריאות, כאמור בתקנת משנה (ב)(1), לפני השעה 15.00;

(ד) התמורה הכספית שישלם תאגיד הבריאות לבית החולים בעד פעילות התאגיד בבית החולים;

(2) לענין ביצוע מחקר רפואי ושירותי רפואה מונעת, קידום בריאות והדרכה כאמור בתקנת משנה (ב)(2) ו- (3) כללים ותנאים לפעילות כאמור;

(3) קביעה כי התאגיד מתחייב לשפות את בית החולים,

בכל מקרה שבו יחויב בית החולים בפיצוי או בכל תשלום אחר בשל פעילות התאגיד בבית החולים;

(4) קביעה כי היקף פעילות התאגיד, בהתאם לפסקה (1)(ב), כפופה לסמכות שר הבריאות לפי תקנת משנה (ו), וכי סכום התמורה הכספית שישלם התאגיד לבית החולים, כאמור בפסקה (ו)(ד), כפוף להוראות תקנה 6.

(ד) הסכם הפעילות יכלול התחייבות של תאגיד הבריאות לפעול בהתאם לתקנות אלה ויצורפו אליו:

(1) מסמכי ההתאגדות של תאגיד הבריאות כאשר הם מותאמים לדרישות המבנה הארגוני שבתקנות אלה;

(2) הוראה בלתי חוזרת של תאגיד הבריאות לכל אחת מקופות החולים, בנוסח שהורה עליו חשב משרד הבריאות, להעביר לבית החולים, מתוך הסכומים המגיעים או שיגיעו מהם לתאגיד, כל סכום שחייב התאגיד לבית החולים, לפי הסכם הפעילות, הוראה מהוראות תקנות אלה או הוראה שניתנה לפיהן, הכל בהתאם לדרישת חשב משרד הבריאות מקופות החולים.

(ה) הסכם הפעילות וכל שינוי בו טעון אישור שר הבריאות מראש, לאחר שווידא כי התקיימו בו אלה:

(1) הסכם הפעילות אינו נוגד הוראות כל דין, לרבות הוראות תקנות אלה;

(2) התאגיד הציג הסדרי ביטוח נאותים לכיסוי מלוא הסיכונים הכרוכים בפעילותו בתחומי בית החולים;

(3) בית החולים לא התחייב לתת ערבות או הלוואה לתאגיד הבריאות;

(4) אין בהסכם הקניה של זכות, לתאגיד הבריאות, בנכסי המדינה, למעט זכותו לשימוש סביר בנכסי בית החולים לצורך פעילות התאגיד בבית החולים;

(5) אין בפעילות התאגיד משום סיכון ליציבותו הכלכלית של בית החולים וליכולתו לתת שירותי בריאות;

(6) התאגיד אינו מתחרה בבית החולים, באותם תחומי פעילות המשותפים לשניהם.

(ו) שר הבריאות רשאי להורות לתאגיד בריאות, כי פעילותו בשנה מסוימת לא תעלה, ביחס לשירותי בריאות מסוים, על שיעור נמוך מזה שנקבע בהסכם הפעילות לפי תקנת משנה (ג)(1)(ב) (להלן - השיעור המקורי), אם סבר כי יש בשיעור המקורי כדי לגרוע ממיצוי היקף פעילות בית החולים, כפי שקבע המנכ"ל.

(ז) פעילות תאגיד הבריאות בתחומי בית חולים, כאמור בתקנת משנה (ב), לא תכלול מכירת שירותים לאותו בית חולים.
(ההדגשות אינן במקור).

בסעיף 3 לתוספת לתקנות – תנאי עבודה ושכר, נקבע:

"(א) עובד בית החולים לא יועסק בתאגיד בריאות בעת היותו בחופשה מעבודתו בבית החולים, בתקופת שבתון או בהשתלמות מקצועית, או בשעות שבהן הוא עובד בבית החולים, או נמצא בכוננות או בתורנות מתוכננת בעבודתו בבית החולים.

(ב) עובד תאגיד הבריאות או עצמאי המועסק גם בבית החולים לא יתחיל את שעות עבודתו בתאגיד הבריאות, בטרם השלים את מכסת שעות עבודתו היומית בבית החולים, לפי הסכמי השכר החלים עליו.

(ג) ...

(ד) עובד או עצמאי בתאגיד הבריאות המקבל שכר או הטבה אחרת מבית החולים או ממעסיק אחר, לרבות עבודה נוספת, לא יקבל בעד אותן שעות או פעולות שכר או הטבה אחרת מתאגיד הבריאות."

התוספת לתקנות 2002 קובעת את גבולות השכר המוגבל שרשאי תאגיד בריאות לשלם לחלק מן המועסקים בו כדלקמן:

"4. שכר עובד תאגיד בריאות או עצמאי המועסק בו, ייקבע בהסכם העסקה בינו ובין תאגיד הבריאות ויתקיימו בו כללים אלה:

(1) לגבי עובדים או עצמאים שהם גם עובדי בית החולים, למעט לענין עיסוקם במחקר ...

(ב) ... רשאי תאגיד הבריאות לשלם שכר גבוה מן האמור בפסקת משנה (א) (להלן - שכר מוגדל) ובלבד שיתקיימו כל אלה:

(1) למועסקים בתאגיד בריאות שמספרם אינו עולה על השיעור באחוזים כמפורט להלן, בכל מגזר מקצועי, ביחס לעובדי בית החולים הנמנים עמו, ניתן לשלם -

(א) 3 אחוזים - שכר מוגדל שאינו עולה על פי 2 משכרם בבית החולים;

(ב) 1.5 אחוזים נוספים - שכר מוגדל שאינו עולה על פי 3 משכרם בבית החולים;

(ג) 0.5 אחוז נוסף - שכר מוגדל שאינו עולה על פי 4 משכרם בבית החולים;"

רופאים המועסקים בתאגיד בריאות יכולים אפוא להרוויח, סכומים ניכרים העולים בהרבה על משכורתם. המדינה טענה בתשובתה (משנת 2002!) כי הסכום יכול להגיע עד ל-100,000 ₪ ברוטו. למען הסר ספק נבהיר בשנית כי מש"ב איננה תאגיד בריאות מאושר כמשמעו בחוק יסודות התקציב (שכן מעולם לא קיבלה היתר לפעולתה מטעמים של שרי הבריאות והאוצר כנדרש בסעיף 31ג(א)), שעל כן אין כל דרך לראות בה כמי שתקנות יסודות התקציב נוגעות לה או מתירות פעילות כלשהי שלה, במוסדות הרפואיים הציבוריים במדינת ישראל.

31. האם תאגידי בריאות מכשירים את פעילות השר? כדי לענות על שאלה זו יש לחזור כרונולוגית לתקופה שקדמה להקמתם. בשנות ה-90 פקד משבר את מערכת שירותי הבריאות הממשלתיים בישראל. התאגידים הוקמו על ידי הממשלה לטיפול באותו משבר (עוד על הרקע להקמתם של תאגידי הבריאות ועל היות התכלית העיקרית להקמתם פתרון פנימי של הממשלה לשם ניצול יעיל יותר של בתי החולים שבבעלותה ראה בג"צ 4721/94 קר שירותי רפואה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נא(1) 29 (1995) (להלן: עניין קר)). המחשבה היתה כי תאגידי בריאות יאפשרו את ניצולו האופטימאלי של המשאב הציבורי - (בתי החולים הממשלתיים) עבור רווחת הציבור ולכך - נועדו תקנות יסודות התקציב (כללים לפעולת תאגיד בריאות) התשס"ב-2002 (להלן: תקנות 2002). הכוונה לא היתה לפתוח פתח לרפואה פרטית תחרותית הכפופה לכוחות השוק, אלא כאמור לניצול בתי החולים לתועלת הכלל. אם נותר ספק בכך באה תקנה 9 וקובעת במפורש:

"תעריפי שירותי הבריאות שמוכר תאגיד הבריאות לא יעלו על התעריפים הקבועים במחירון משרד הבריאות."

דהיינו: תאגיד הבריאות לא יכול לגבות מחיר משלו עבור הבחירה ברופא מסוים. על כך שזו הכוונה ניתן ללמוד גם מן האמור בתקנה 4(ו):

"שר הבריאות רשאי להורות לתאגיד בריאות, כי פעילותו בשנה מסוימת לא תעלה, ביחס לשירות בריאות מסוים, על שיעור נמוך מזה שנקבע בהסכם הפעילות לפי תקנת משנה (ג)1(ב) (להלן - השיעור המקורי), אם

סבר כי יש בשיעור המקורי כדי לגרוע ממיצוי היקף פעילות בית החולים, כפי שקבע המנכ"ל."

במילים אחרות: לא התחרות בשוק הרפואה וכללי ביקוש והצע יכתיבו את היקף פעילות של תאגיד הבריאות, כי אם החלטתו של שר הבריאות שתוכתב על ידי הרצון והצורך ל"מיצוי היקף פעילות בית החולים". על רקע זה נראה לנו כי צודקת המדינה, כאשר היא טוענת כי אין לראות בתקנות הסדר המאשר פעילות כגון השר"פ, גם לא באמצעות תאגידי הבריאות המאושרים. לא נעלמה מעיננו העובדה כי בתקנות משנת 2002 בוטלה ההוראה המפורשת, שהיתה מנויה בתקנה 3(ב) סיפא לאותן תקנות בנוסחן משנת 1998, לפיה:

ב. בהסכמים כאמור בתקנת משנה (א) ייקבעו, בין השאר, תחומי פעילות אסורים והיקפם וכללים למניעת תחרות עם בית החולים; תחומים וכללים כאמור ייקבעו באופן שפעילות תאגיד הבריאות תהווה השלמה לניצול מלוא פוטנציאל התפוקות של תשומות בית החולים באמצעות עובדי המדינה, והכל בכפוף למדיניות הממשלה.

לכאורה - ביטולה של תקנה זו יכולה להתיישב עם הטענה כי אין תחומי פעילות אסורים ואין איסור על תחרות עם בית החולים. עדיין, ועל אף ביטולה של תקנה 3(ב), מקובלת עלי טענתה של המדינה, כי גם התקנות החדשות משנת 2002 - אוסרות באופן חד משמעי על גביית תעריפים הגבוהים מתעריפי מחירון משרד הבריאות עבור שירותי הבריאות שמעניקים התאגידים, וכן על הענקת שירותים שאינם קיימים במסגרת פעילותו "הרגילה" של בית החולים. העיקרון המכונן כפי שנקבע בתקנה 1(א) לתקנות יסודות התקציב, נשאר בעינו. תאגיד בריאות יהיה מוסד ללא כוונת רווח. תקנות 2002 נועדו אף הן לאפשר מיצוי מקסימאלי של מתקני הבריאות הממשלתיים למען כלל החולים, ולא לספק שירותי רפואה על פי בחירה, בכפוף לתשלום נוסף מטעם המטופל. קבלת התיזה כי לכך נועדו התקנות, אינה מותרת פתח להפעלת תאגיד הבריאות, לצורך של גביית כספים עבור שירותים שמעבר לכיסוי הקיים מכוח ביטוח הבריאות הממלכתי בו מבוטח כל אזרח.

32. על כך שתכליתן של תקנות 2002 הינה להביא למיצוי מקסימאלי של מתקני בתי החולים למען כלל החולים, והן אינן מאפשרות פעילות מסוג השר"פ, המעניקות שירותים תמורת תשלום לחולים ששלמו עבורם - ניתן ללמוד גם מתקנות נוספות. לצד תקנה 9, שהוזכרה לעיל, הקובעת שתעריפי תאגיד הבריאות לא יעלו על תעריפי משרד הבריאות, קיימת גם תקנה 8(ב) שזו לשונה:

"(2) אין בפעילות התאגיד האחר כדי להתחרות עם בית החולים שבתחומו פועל תאגיד הבריאות".

מטרתה של תקנה זו בעליל היא למנוע תחרות עסקית בין תאגיד הבריאות לבין בית החולים. תחרות עסקית כזו - צפויה להתפתח, אם יוכל תאגיד הבריאות למכור שירותי שביית החולים אינו יכול למכור אותו, קרי - בחירת רופא. אם נותר ספק באשר למשמעות ביטולה של תקנה 3(ב) סיפא לתקנות משנת 1998 (לפחות לעניין תחרות תאגיד הבריאות עם בית החולים) תקנה 8(ב2) מסירה אותו. נזכיר בהקשר זה גם את תקנה 8(ג) שאף היא מצמצמת את ההיבט העסקי התחרותי של תאגיד הבריאות:

"(ג) רכש או החזיק תאגיד הבריאות אמצעי שליטה בתאגיד אחר או התקשר בהתקשרות שמטרתה לייצור מיזם בלא היתר מאת שר הבריאות ושר האוצר, יהיה תאגיד הבריאות חייב למכור את אמצעי השליטה בתאגיד האחר או להפסיק לפעול לפי ההתקשרות, לפי הענין, בתוך פרק זמן שקבעו השרים."

במאמר מוסגר נעיר כי תקנה זו מצביעה פעם נוספת על הפסול שבהתקשרות, שנערכה בחלק מבתי החולים, בין מש"ב לתאגיד הבריאות שפעל בבית החולים – התקשרות לפיה מש"ב מעבירה תשלום לרופאים המנתחים באמצעותו של תאגיד הבריאות.

33. ככלל, בהיבט הכלכלי, תכלית קיומו של התאגיד היא להיות אמצעי המסיע לאיתנותו הכלכלית של בית החולים (בהבדל מעשיית רווחים באמצעות הענקת שירותים בתשלום).

הוראות תקנות 6(א) ו-6(ב) מבהירות עניין זה חד משמעית:

"(א) תמורת השימוש במיתקני בית חולים ועלות שירותי תשתית שמספק בית החולים לתאגיד בריאות, יעביר תאגיד הבריאות לבית החולים סכום שלא יפחת מ-20% של הכנסותיו מפעילות כאמור בתקנה 4(ב)(1) וכן סכום שלא יפחת מ-4% של הכנסותיו מפעילות כאמור בתקנה 4(ב)(3); ראה שר הבריאות כי בית החולים עלול להימצא במצב של חוסר איזון תקציבי ברבעון מרבעוני השנה, יקבע השר שיעורים מזעריים אחרים, ככל הדרוש להבאת בית החולים לאיזון תקציבי; לענין זה, לא יבוא בחשבון החלק בגירעון הצפוי הנובע מהתייקרות שכר או מפיתוח שירותים מאושר שלא תוקצבו או שתוקצבו בחסר."

(ב) שר הבריאות רשאי להורות לתאגיד הבריאות על תוספת תשלום לבית החולים

שבתחומו הוא פועל, לצורך פיתוח בית החולים או רכישת ציוד.”

הנה כי כן: איזון תקציבי, פיתוח בית החולים או רכישת ציוד. בכך מצטמצם ההיבט הכלכלי. פעילות שמטרתה עשיית רווח, החורגת ממטרות אלה - נאסרה.

34. ועוד בנושא מטרת פעילותם של תאגידי הבריאות: האיזון התקציבי, פיתוח בית החולים וכיו”ב, הם הכלים להגשמת המטרה האמיתית, שהיא הטבת הטיפול בנזקקים, במיוחד הנזקקים לשירות רפואי מורכב, המצריך מומחיות גדולה. קיומם - מאפשר לבתי החולים הממשלתיים להעמיד לרשות החולים רופאים בכירים בשעות נוספות, שמעבר לשעות הפעילות ה”רגילות”. מחוקק המשנה ביקש להבטיח בכך את יכולתו של כל נזקק לקבל טיפול רפואי כזה, ממי שמומחיותו בתחום גדולה - בהבדל מאפיק יצירת רווחים לתאגידי הבריאות, או לרופאים ככובעם כאנשי מקצוע פרטיים (רווחים שמעבר למותר לרופאים על פי התקנות). הקביעה למי ובאיזה עיתוי יוענקו שירותים אלה, אמורה להיות על בסיס שיקולים רפואיים בלבד, ובשום פנים ואופן לא על בסיס יכולת תשלום מוגברת (ראה לעניין זה פסקה 28 להודעת שירותי בריאות כללית מיום 4.8.02). הרופא המומחה ביותר, יטפל במי שמצבו דורש את מומחיותו, ולא במי שיכול לקנות שירותים אלה. בשל כך גם ההקפדה, כי לא יגבו מחירים העולים על תעריפי מחירון משרד הבריאות, בעבור הענקת טיפולים רפואיים המכוסים למעשה על ידי סל הבריאות. הכל במטרה להבטיח כי תאגיד הבריאות יתפקד רק לצורך הגדלת נפח פעילות בתי החולים, ויקל על המשבר שפקד את מערכת שירותי הבריאות הממשלתיים. קיומו של תאגיד הבריאות, מאפשר לתמרץ את הרופאים הפועלים במסגרתו, בכך שהוא מאפשר להם להשתכר סכום מסוים ומוגדר שמעבר למשכורתם כעובדי מדינה, אולם הוא אינו מאפשר לתאגיד עצמו, לצבור רווחים על בסיס רפואה פרטית, שתוענק בין כותלי בתי החולים הממשלתיים. התקנות - למעשה אוסרות על אפשרות זו, ואינם מסתפקות בהסדר שלילי המתבטא באי הסדרתה של פעילות רפואית פרטית.

35. “למשפחת” התקנות המצביעות על כך שמחוקק המשנה לא התכוון בתקנות 2002 להתיר פעילות מסוג שר”פ שייכת גם תקנה 4(ג)(1)(א): “לא יכללו בפעילות התאגיד כאמור שירותי בריאות שאינם נכללים בפעילות בית החולים, זולת אם אין חלופה מתאימה להפעלתם במסגרת בית החולים, מתקציבו, ובאמצעות עובדיו” שר”פ נאסר אפוא מכוח התקנות הן משום שלא ניתן לגבות עבור שירותי רפואה מחירים שמעבר למחירון משרד הבריאות (תקנה 9), והן בשל היותו שירות שבית החולים אינו מעניק ברגיל למטופליו. ניתן גם לראות כי שירות מסוג בחירת מנתח בתשלום, לא

נמנה במסגרת תקנה 4(ב) (שהובאה לעיל) המפרטת את השירותים אותם יכול הסכם בין בית החולים הממשלתי לתאגיד הבריאות לכלול. המדינה בתשובתה לעתירות ציינה כי מי שעסקו בעדכון התקנות בשנת 2002 - שר הבריאות, שר האוצר ונציב שירות המדינה - עשו כן עת עמדו כבר לפנייהם המלצות ביועץ המשפטי לממשלה בדבר השר"פ ומובן הוא כי לא ביקשו "למשוך את השטיח מתחת רגלי היועץ המשפטי לממשלה" בעת התקנתן (סעיף 47 לתשובה). ונראה לנו כי יש ממש גם בהערה זו.

סיכום ביניים:

36. תקנות 2002 אינן יכולות להיחשב כמקור הסמכה להפעלת שר"פ במסגרת תאגיד בריאות (ודאי לא לפעילות מש"ב שנפסלה גם מטעמים נוספים). רפואה פרטית המתבטאת באפשרות לבחירת רופא, היא מהפכה של ממש, בהשוואה למצב הקודם שבו המוסדות הרפואיים הם שהכתיבו את מיהותו של הרופא המטפל על פי שיקולים רפואיים בלבד. כיוון שכך - לא ניתן לראות בשר"פ. סמכות עזר כמשמעה בסעיף 17 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 228; "ולהכשירו" מכוח "קונסטרוקציה" משפטית זו. אין מדובר בשירות צדדי הנלווה לשירות העיקרי, אלא כאמור ביצירת עולם חדש בתחום זה. משום כך יש צורך במקור הסמכה. הסמכה שכזו - יכולות היו לספק אולי תקנות 2002, אלא שהן אינן עושות זאת כפי שהסברנו בהרחבה לעיל. הקביעה אם הן יכולות לשמש כמקור הסמכה מוכתבת בין היתר על פי תכליתן (וראה לעניין זה הדיון בבג"צ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4) 337 (1987)). התכלית - במקרה הנוכחי הפוכה. נזכיר בהקשר זה כי קיימת טיוטה של תקנות ספציפיות שהוכנו בזמנו על ידי שר הבריאות להפעלת השר"פ אלא שהן לא אושרו. קיומן כטיטה מצביע על כך שתקנות 2002 לא נתפסו כמקור הסמכה. לא זו בלבד שתקנות 2002 שאינן יכולות לשמש כמקור הסמכה, הן למעשה אוסרות על פעילות מסוג השר"פ, ואף זאת כפי שהוסבר לעיל.

ומזווית נוספת:

השרות הניתן לאזרחי המדינה במסגרת בתי החולים הממשלתיים הוא שירות ציבורי הניתן להם חינם אין כסף. בתי החולים הם האמורים לתת שירות זה. כל אפשרות לקנות שירות משופר במסגרת השירות הציבורי הניתן בחינם, צריכה להיות מוסדרת בחוק. הסוגיה נדונה והוסדרה בבג"צ 5009/97 חברת מולטימדיה נ' משטרת ישראל, פ"ד נב(3) 679 (1998) (להלן: בג"צ השוטרים) שם דן בית המשפט באפשרותה של המשטרה להעניק שירותי משטרה בתשלום (העסקת שוטרים בשכר) לאירועים פרטיים). סעיף 36(א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש] תשל"א-1971. מסדיר את האפשרות להעסקת שוטרים בשכר במפורש, שעל כן חרף התמיהה שהביע בית המשפט על קיומו של סעיף מעין זה - הותרה ההעסקה. סעיף כדוגמת סעיף 36(א) הנ"ל לא

קיים בענייננו, שעל כן נותרה בעינה נקודת המוצא, לא ניתן לגבות כסף עבור שירות ציבורי, גם לא עבור "שדרוג" שירות זה.

37. המדינה בתשובתה השוותה את האפשרות לבחור רופא (ברפואה הציבורית) לאפשרות לבחור שופט שיעניק שירותי בוררות בשעות אחר הצהריים בבית המשפט ללא אישור מטעם המדינה, ונראה לי כי ההשוואה אינה מופרכת. אם נחזור לבג"צ השוטרים: תוך ניסיון למתוח קו דמיון בין הסיטואציה העובדתית בבג"צ השוטרים לסוגיה שבפנינו: האפשרות לבחירת רופא, כמוה כבחירת שופט כדי לבצע שירות שהאזרח זכאי לו בחינם. קשה להעלות על הדעת כי אזרח יוכל להכתיב מי השופט שיבוא לביתו בעקבות פריצה, יגבה את הודעתו כנחקר וכיוצ"ב, וזאת תמורת תשלום שישלם לו.

על היבט זה - ספק גם אם סעיף כדוגמת סעיף 36 לפקודת המשטרה יענה. סעיף כדוגמת סעיף 36 (בהשוואה לענייננו) יאפשר את עצם הפעלתם של רופאי בתי החולים הממשלתיים בשכר, עבור רפואה שאינה חלק מסל הבריאות לו זכאי כל אזרח. הוא לא ואפשר את שדרוג השירות הניתן על פי חוק, על ידי בחירת המבצע (בחירת שופט שיבוא לאחר פריצה וכו'). הדגש הוא על כך שגם חקיקה ראשית כדוגמת סעיף 36 הנ"ל לא היה די בה, כדי לאפשר את השר"פ. על אחת כמה וכמה התקנות, המהוות חקיקת משנית, זאת לצד האמור לעיל באשר לכך שתקנות 2002 לא זו בלבד שאינן מסדירות את הנושא - הן מהוות אבן נגף בדרך להפעלתו.

38. במאמר מוסגר: משהזכרנו את המניעה הקיימת להעניק שר"פ בתוך בתי החולים הממשלתיים משום שהשירות שאלה האחרונים מעניקים לאזרח הוא שירות ציבורי - אני רואה להתייחס בקצרה לטענה נוספת שהעלו העותרים בבג"צ האזרחים. לטענתם: את השר"פ יש לראות כשירות ציבורי, משום שהוא מוענק על ידי רופאים שהם עובדי ציבור דרך קופות חולים הממלאות תפקיד ציבורי על פי דין, במתקני הממשלה מכוח אישורה (לעניין האישור נתייחס בהמשך). צרוף נתונים אלה מצביע על היות השירות הציבורי במהותו, ויש הטעיה בהצגתו כ"שירות פרטי" (סעיפים 1-5 לעתירה בבג"צ האזרחים). כיוון שכך אין צורך לחפש מקור הסמכה והכשר. אין ממש בטענה זו ודאי לא - ככל שהיא אמורה לשמש תחליף לסמכות שבחוק להפעלת השר"פ. עצם הענקתו של שירות על ידי עובדי ציבור אינה הופכת אותו לציבורי או לחוקי - עובד ציבור אינו יכול להעניק שירות אשר החוק אינו מסמיך אותו להעניק. כלל הוא כי הרשות המנהלית כפופה ללא סייג לעקרון חוקיות המנהל - "אם הרשות אינה יכולה להצביע על חוק ממנו נובעת הסמכות לעשות אותו מעשה, המעשה

אינו בתחום הסמכות ולכן הוא בלתי-חוקי" (י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א), בעמ' 50; ראו גם ב' ברכה משפט מינהלי (כרך א), בעמ' 25; ראה גם בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999)). "עקרון חוקיות המינהל הוא אבן יסוד במשפט הציבורי, והוא מורה כי רשות מינהלית נהנית אך מהסמכויות שהוקנו לה מכוח הדין. התיימרה הרשות לחרוג מגדר סמכויותיה, יוצאת היא מתחום הכרתו של הדין, ומבחינתו, 'מעשיה כמוהם ולא היו' (ב' ברכה משפט מינהלי (כרך א), בעמ' 35)" (בג"ץ 585/01 קלכמן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נח(1) 710, 694 (2003)).

39. כמשקל נגד למסקנה הנחרצת דלעיל (ושמא כמקור הסמכה פוטנציאלי) מפנים העותרים בבג"צ האזרחים לסעיף 6 לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951. את חוק נכסי המדינה (סעיף 5) הזכרנו כבר לעיל, דווקא כאסמכתא לכך שמנהלי בתי החולים אינם יכולים לעשות ברכוש הממשלה כברכושם הפרטי (ראה פסקה 26 לעיל). כל עוד לא ניתנה הרשאה על ידי הממשלה להפעלת השר"פ לא יכול מנהל זה או אחר להפעיל שר"פ בבית החולים שבראשו הוא עומד. אלא שהעותרים טוענים, כי בפועל קיימת הרשאה מטעם הממשלה, שעל כן סעיף 5 אינו עומד להם לנגף. לעניין זה מפנים העותרים לסעיף 6 לחוק נכסי המדינה שזו לשונו:

"6. ייצוג הממשלה בעסקאות

ואלה רשאים לייצג את הממשלה בעסקות שמדובר בהן בסעיף 4 או 5 ולחתום בשם המדינה על מסמכים הנוגעים אליהן:

...

(2) שר אחר או אדם אחר שהורשה לכך על ידי הממשלה, אם באופן כללי ואם לגבי סוגי עסקות או סוגי נכסים מסוימים;

...

(ב) הודעה על הרשאה לפי סעיף קטן (א) תפורסם ברשומות.

(ג) חתימתו של שר האוצר, וכן חתימתו של שר אחר או אדם אחר שהורשה לפי סעיף קטן (א) בתחום הרשאתו, על המסמכים הנוגעים אל עסקה מן העסקות שמדובר בהן בסעיף 4 או 5, תשמש ראיה חותכת לכך שהממשלה עשתה את העסקה על ידי החותם ושראתה את תנאי העסקה נאותים."

בהתאם להוראות אלה, פורסמה ביום 12.12.1995 הודעה על הרשאה לפי חוק נכסי המדינה, י"פ חוברת 4283, עמ' 2094, מטעם מזכיר הממשלה דאז מר שמואל הולנדר (להלן: הודעת ההרשאה):

"בהתאם לסעיף 6(ב) לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951, מודיעים בזה כי הממשלה החליטה:
להרשות כל אחד מנושאי המשרות במשרד הבריאות המפורטים להלן לייצג את הממשלה בעסקה שמדובר בה בסעיפים 4 ו-5 לחוק למעט עסקה במקרקעין שבתחום הפעילות של משרד הבריאות עד לסכום הנקוב לצד כל אחד מהם, ולחתום בשם המדינה על המסמכים הנוגעים לעסקאות האמורות:
המנהל הכללי ביחד עם חשב המשרד - ללא הגבלה בסכום.

...

"...

בהמשך להודעה זו מופיע פירוט, הכולל בין היתר גם את מנהלי בתי החולים הממשלתיים בהם עוסקות העתירות דנן, המונה גם את תקרת סכום העסקאות בהן הם מורשים להתקשר ולחתום בשם הממשלה. להלן דוגמא לנוסח ההוראה החוזרת בשינוי שם בית החולים ותקרת הסכום המותרת:

"6. (א) מנהל המרכז הרפואי על שם ח' שיבא, תל-השומר, ביחד עם חשב המשרד או סגנו או גזבר המרכז הרפואי ע"ש ח' שיבא - עד לסכום של 750,000 ש"ח.
(ב) מינהל המרכז הרפואי על שם ח' שיבא תל-השומר, ביחד עם חשב המשרד או סגנו או גזבר המרכז הרפואי ע"ש ח' שיבא - עד לסכום של 500,000 ש"ח."

לטענת העותרים, ההודעה מהווה הרשאה חד משמעית המתירה למנהלי בתי החולים שבהם מדובר לערוך עם תאגידי הבריאות הסכמים, גם הסכמים כדוגמת אלה אשר מכוחם הופעל השר"פ. הפעלת השר"פ הינה עסקה שהיקפה אינו עולה על תקרות הסכום המנויות בהודעה עבור כל בית חולים (ראה סעיף 103 בעמ' 19 לעתירה), שעל כן גם בהיבט זה, אין פסול בהפעלתו.

40. הטענה יפה, אולי אפילו מפולפלת, אלא שנראה לי כי מלבד פלפול אין בה ממש. ההרשאה אליה מפנים העותרים היא לביצוע עסקה מותרת בנכסי המדינה. היא אינה מהווה תחליף להיתר לשימוש בבתי החולים לרפואה פרטית. הדעת נותנת, כי בהודעת ההרשאה, לא נתכוון מזכיר הממשלה דאז (מר שמואל הולנדר), לאפשר פתח למנגנון ייחודי המשנה את פני שירותי הרפואה הציבורית בישראל שינוי מהותי השנוי במחלוקת רבתי בציבוריות הישראלית. על פני הדברים הוראות החוק הקבועות בסעיפים 4-6 לחוק נכסי המדינה, מעניקות סמכות תפעולית שתכליתה ייעול מערכת בהבדל משינוי מבני מעמיק של התחום הציבורי עליו מופקדים המורשים לכרות עסקאות אלה, ועצוב נורמות בסוגיות חברתיות מהותיות. אם לא די בכך - ההרשאה

ודאי אינה מתירה מה שנאסר במפורש. בכך כוונתנו לאמור בתקנה 4(ג)(1)(א) לתקנות 2002 שהוזכרה כבר לעיל שזו לשונה:

”... לא ייכללו בפעילות התאגיד כאמור שירותי בריאות שאינם נכללים בפעילות בית החולים, זולת אם אין חלופה מתאימה להפעלתם במסגרת בית החולים, מתקציבו, ובאמצעות עובדיו;”

ההסכמים עם העמותות עמן התקשרו 4 בתי החולים שמדובר בהם (גם בהנחה שהעמותות הן 'תאגיד בריאות' כמשמעותו בחוק יסודות התקציב) אשר קיבלו את האישורים הנדרשים מן השרים (כפי שרשום במפורש בסעיפי המבוא להסכמים הנ"ל), מכילים סעיף מפורש לפיו עמותת קרן המחקרים, בכובעה כתאגיד בריאות, תפעל, בין היתר להענקת "שירותים שלא ניתנים על ידי בית החולים, לרבות בחירת רופא" (ראה סעיף 2.1.3 בהסכם איכילוב וסעיף 2.1.3 בהסכם תל-השומר). הסכמה זו עומדת בסתירה מוחלטת להוראת תקנה 4(ג)(1)(א) הנ"ל. אי הפעלת השירות האמור במסגרת בית החולים אינה נובעת מהעדר חלופה מתאימה להפעלתו מתקציבו ובאמצעות עובדיו. שירות זה אינו מופעל בשל כל מה שנאמר לעיל, ובאמירה כללית: בשל העדר היכולת ליישבו עם עקרונות היסוד עליהם מושתתת מערכת הבריאות הציבורית בישראל – צדק, שוויון ועזרה הדדית (סעיף 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי), והחובה להעניק שירותים במסגרת הכיסוי של ביטוח הבריאות הממלכתי ללא גביית סכומים שמעבר. בחירת רופא בתשלום, יש בה משום הינה הענקת יתרון ממשי לבעלי האמצעים, והעמדתם בשורה נפרדת מיתר מבוטחי ביטוח הבריאות הממלכתי, לצד הפרת ההוראות שצוינו לעיל בדבר תעריפי השירותים.

41. גם התנהלותה של הממשלה בהקשר להפעלת השר"פ, כפי שהובאה ברקע העובדתי לעתירה, מצביעה על כך שהודעת ההרשאה - אינה תחליף להיתר. החלטה 2605 מיום 20.10.02 (שהוזכרה לעיל ראה פסקה 15) התקבלה לאחר התקנתן של התקנות משנת תשס"ב (ביום 16.1.02) (הרבה אחרי ההרשאה), ועדיין, כשהתקנות למולם, סברו העוסקים בדבר כי על מנת להתיר הפעלת השר"פ במתכונות בה הופעל עד כה, יש צורך להוסיף בתקנות אלה גם: "... הסדרים לבחירת רופא בתשלום, בתאגידי הבריאות שליד בתי-החולים הממשלתיים הכלליים, וזאת על יסוד תקנות שיגובשו בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, וכהוראת שעה שתוקפה לשנה אחת, בתנאי שלא תהיה תוספת תקציבית מהמדינה". הנה כי כן: על פי השקפת הממשלה גם התקנות אינן מעניקות היתר מהותי כל כך, על אחת כמה וכמה הודעת ההרשאה. עוד הוחלט, במסגרת החלטות הממשלה הנוגעות לתכנית הכלכלית החדשה (החלטה מס' 130)

באשר לתאגוד בתי החולים הממשלתיים (מ/ש 2/ להודעת פרקליטות המדינה מיום 6.4.03) כי "שר הבריאות ימנה בתוך 30 יום, צוות מקצועי בהשתתפות נציגי משרד הבריאות, משרד האוצר ונציבות שירות המדינה, שיגבש, ... המלצותיו ליישום האמור בהחלטה זו... הצעת חוק ליישום המלצות הצוות כפי שיאושרו בידי ועדת השרים תובא לוועדת השרים לענייני חקיקה... לתקן את החלטת הממשלה מס' 2605 מיום 20.10.02, כך שיישום ההחלטה הנזכרת ייעשה לאחר שהצוות הממונה לפי החלטה זו, יבחן את דחיית יישום ההחלטה הנזכרת עד לאחר השלמת העברה של ניהול בתי החולים הממשלתיים לידי חברות מנהלות" (ההדגשות אינה במקור). ועדת ליאון - אמרה ביום 2.11.03 כי "בדיונים שהתקיימו בשאלה זו בוועדה הוחלט לקבוע כי אין להפעיל לעת הזאת שר"פ בבתי החולים הממשלתיים, עד להגשת הדין וחשבון של הוועדה בראשותי. חברי הוועדה סברו כי שאלת הפעלת השר"פ היא שאלה מהותית המשפיעה על האפשרות להשלים את המהלך של תאגוד בתי החולים. לפיכך אנו מבקשים לקבוע כי עד לסיום דיוני הוועדה בנושא תאגוד בתי החולים לא יוחל בפעולות ליישום החלטה 2605" (ההדגשה אינה במקור; נספח א' להודעת הפרקליטות מיום 2.11.03). לבסוף, ואף זאת כפי שתואר ברקע העובדתי לעתירה, ביום 15.8.04 התקבלה החלטת ממשלה 2460 בה נקבע כי ההחלטה האם לאפשר לבתי-חולים ממשלתיים לגבות תשלומים מחברים המופנים אליהם בידי הקופות, תיעשה בהתאם לתוצאות המו"מ שבין הממשלה לבין התאגידים אליהם יועברו בתי החולים וההסדר החקיקתי שיעגנו הסכמים אלו, ובלבד שלא יהיה בדבר בכדי להגדיל את ההוצאה לבריאות. עמדת הממשלה שבאה לידי ביטוי עקב בהחלטות אלה היא כי אין לקדם את נושא הפעלת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים, עד להשלמת הליכי התאגוד של בתי החולים במסגרת חקיקה ראשית ובתנאי שהפעלתו לא תהא כרוכה בהגדלת ההוצאות לבריאות. נראה כי הממשלה סברה כי הסדרת השר"פ הינו שאלה מורכבת, הכרוכה בהפרטת בתי החולים הממשלתיים (תאגודם לכדי קבוצת חברות פרטיות) שעל כן יש "לטפל" בחקיקה ראשית, בסופו של הליך מסודר (לסוגיית סבירות העמדה הנ"ל - נתייחס בהמשך). גם על רקע האמור לעיל, הטענה כי מזכיר הממשלה עקף באמצעות הודעת ההרשאה את הצורך בתקנות - באופן זמני - ובחקיקה ראשית - באופן מהותי - היא אבסורדית.

סיכום ביניים נוסף (בשאלת ההרשאה)

השר"פ אינו יכול להימנות עם העסקאות שההרשאה מאפשרת את קיומן. מכוח הרשאה - יכולים מנהלי בתי החולים להתקשר עם גופים שיספקו שירותים לבתי החולים וכיו"ב, ובלבד שיעמדו במגבלות הכספיות. ההרשאה אינה יכולה להוות מכשיר ליצירת הסדר משמעותי, כבד וטעון כמו השר"פ, שיש לו השלכות חברתיות וציבוריות.

מבחן חוקיות המנהל

42. משאמרנו כי המקורות הנורמטיביים שהוצעו על ידי העותרים, לא נתכוונו או נועדו להוות מקור מתאים להסמכת מנהלי בתי החולים להפעיל את השר"פ ואף אוסרים למעשה פעילות זו – ממילא אמרנו בכך כי הפעלת השר"פ אינה עומדת במבחן חוקיות המנהל (ראה לעיל פסקה 38). עדיין אנו רואים לבדוק את הפעלת השר"פ לאור עקרונות היסוד של המשפט המנהלי. ומה לנו עקרון יסוד חשוב יותר מאשר עיקרון השוויון, שעל כן את הדיון בפרק זה - נפתח בו. ככלל, זכאי כל חולה המגיע לבית חולים ממשלתי שהוא רכוש מדינת ישראל, לקבל את הטיפול הטוב ביותר שבית החולים יכול להציע לו, כאשר טיפול זה אינו מוכתב על ידי שיקולים שאינם רפואיים. לכל החולים דין אחד, והם זכאים ליחס שוויוני. את המשאב הלאומי הגלום הן במתקני בתי החולים והן בכוח האדם המאייש אותם - יש לחלק כך, שכולם יהנו ממנו באופן שווה. בחקיקה הרלוונטית לענייננו בא עיקרון זה לידי ביטוי בשני חיקוקים: חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 וכן חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

סעיף 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע את עקרונות היסוד עליהם מושתת ביטוח הבריאות הממלכתי במדינת ישראל: "ביטוח הבריאות הממלכתי לפי חוק זה, יהא מושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית". סעיף 4 לחוק זכויות החולה שכותרתו "איסור הפליה", קובע: "מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית או מטעם אחר כיוצא באלה". סעיף 8 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע כי:

"(א1)(1) קופת חולים רשאית להציע:

(א) הוספה לסל שירותי הבריאות שבתוספת השניה ובצו לפי סעיף קטן (ז) (להלן - התוספת והצו);

(ב) גריעה של הוספה שנוספה כאמור בפסקת משנה (א);

(ג) תשלומים שיחולו על החברים בקופת חולים עבור הסל שבתוספת ובצו, השונים מהתשלומים שבתוספת ובצו, וכן תשלומים עבור שירותים שהוספו כאמור בפסקת משנה (א).

(2) בשינויים כאמור בפסקה (1) יתקיימו עקרונות אלה;

(א) אין בהם כדי להביא לדחייה של חברים על רקע מצבם הכלכלי או הבריאותי;

(ב) תשלומי החברים, בין כהשתתפות עצמית ובין כתשלום עתי קבוע, יהיו אחידים ובלתי מפלים, ובלא תלות בהכנסות החברים;

הגם שהוראות אחרונות אלה עוסקות למעשה בביטוחי הבריאות המשלימים, "המכסים" שירותים שמעבר לסל הבריאות, גם בהן גלום היבט מסוים של עקרון השוויון: היכולת ליהנות משירותי בריאות או הטבות שמעבר לסל, אינה מותנית במצבם הכלכלי או הבריאותי של האזרחים. הכל זכאים לקבל ביטוח בריאות בסיסי, או שירותים שמעבר לבסיסי, בכפוף להעברת תשלום חודשי שווה על ידי כל מי שמשתייך לקבוצת גיל מסוימת. התשלום החודשי בעזרתו ניתן לקנות ביטוח המעניק שירותים מעבר לסל הבריאות, הוא תשלום בסיסי מינימאלי. העותרים טענו בין היתר כי עצם הענקת האפשרות לקנות ביטוחים משלימים למיניהם, על ידי הוספת כמה עשרות שקלים בחודש (בהתאם לקבוצת הגיל אליה משתייך המבוטח), מהווה פגיעה מסוימת בעקרון השוויון – שכן יש מי שעבורם אפילו כמה עשרות שקלים בחודש, היא הוצאה בה לא יוכלו לעמוד (ראה סעיפים 6-7 לעתירה בבג"צ האזרחים). הטענה אינה מופרכת ואני מוכנה לקבל כי יש בה צדק מסוים. אלא שפגיעה זו בעקרון השוויון, הנגרמת עקב הענקת האפשרות לרכוש ביטוחים המשלימים שירותים מעבר לסל הבריאות, מעוגנת בחוק מפורש ומקיימת את האיזון הנדרש על פי פסקת ההגבלה. היא מבוססת בעיקרה על העיקרון עליו הושתתו שירותי הבריאות עד היום בישראל – תשלום לפי היכולת ושימוש לפי הצרכים (וראה לעניין ההבדלים בין סוגי מערכות ביטוח בריאות שונות גם דו"ח ועדת נתניהו, פרק י' החל מעמ' 312). מדובר בתשלום שניתן להגדרה כמינימאלי אותו דורשות הקופות השונות על מנת להעניק את השירותים המשלימים שמעבר לשירותים הכלולים בסל הבריאות. התשלום נגבה, כאמור, על פי קריטריון של קבוצת גיל בלבד. הגיל - הוא קריטריון ענייני לעניין התשלום שהרי סטטיסטית, ככל שעולה הגיל - עולה התדירות בה נזקקים לשירותים רפואיים ועולות העלויות. גביית התשלום על פי קריטריון זה אינה יוצרת הבחנה פסולה בין יחידי הציבור. המנגנון מופעל למעשה כביטוח, בו תמורת תשלום חודשי סמלי, זכאי המשלם למגוון שירותים אשר אין לדעת למה מהם יזדקק, מתי או על ידי מי יינתנו. חשוב מכך: שירותי הביטוח המשלימים מעניקים כיסוי לטיפולים שאינם מכוסים בסל הבריאות ואשר מוענקים שלא תוך שימוש בתשתיות המדינה, אלא בתשתיותיהן של החברות המעניקות שירותים אלה. זאת בהבדל מתשלום נקודתי עבור "שדרוג" השירות, המכוסה על ידי הביטוח הממלכתי, כאשר שדרוג זה מהווה למעשה עסקה פרטית בנכסי מדינה בתווכו של גוף מקשר. הביטוחים המשלימים אינם מפלים בין המטופלים השונים באשר למידת נגישותם בקבלת השירותים החיוניים ביותר – אלה המכוסים על ידי סל הבריאות הממלכתי. השר"פ - עלול ליצור הפליה שכזו כפי שיובהר בהמשך.

43. על הפעלתו של שירות כדוגמת השר"פ, בין כתליו של בית חולים ממשלתי הנותן שירות לכלל המטופלים - מרחפת אפשרות ההפליה, כמעט כמובן מאליו. הדעת נותנת כי תחושת אפליה, תלויה כל חולה שבמיטה לידו שוכב חולה אחר, המוגדר כחולה פרטי במסגרת השר"פ של רופא - המעניק טיפול לשניהם. זאת, גם אם לא ניתן יהיה להניח את האצבע על נקודה מדויקת שבה הופלה האחד לעומת השני. יש חשיבות ומשמעות גם לתחושה זו, לצד החשש כי אכן תהיה הפליה בפועל בין במודע ובין שלא במודע מצד הרופא (בהמשך, נשוב ונעסוק בנושא ההפליה האפשרית בהקשר לשאלת ניגוד העניינים). בדו"ח ועדת נתניהו שהוזכר כבר לעיל, נאמר בנושא זה כדלקמן:

"כל החלטה בשאלת השילוב בין הרפואה הפרטית לציבורית מעוררת דילמה: במצב של משאבים מוגבלים, בו שרויים בתי החולים הציבוריים, קיים חשש ממשי של פגיעה בחולה הציבורי בשל העדפת החולה הפרטי. למשל, החשש מפני יחס ותשומת לב שונים לחולה הפרטי לעומת זה הציבורי; ... אין ספק שלשר"פ מגרעות רציניות. הבולטות שבהן: החשש להעדפת החולה הפרטי על הציבורי; התחושה של אפליה הנוצרת אצל החולה הציבורי; והאווירה המעודדת פניה לרופא באופן פרטי כדי לזכות בטיפול, או בטיפול נאות, במחלקה. כן ישנו חשש לשימוש במקורות ציבוריים לצרכי שר"פ, או לעידוד ביקושים במערכת, כאשר העובדים בשר"פ מתוגמלים לפי תפוקה. קיימת גם הבעיה של היווצרות מתחים ותסכול הנובעים מהגדלה משמעותית וגלויה בהכנסה רק של אותם רופאים (ולא של האחרים) העוסקים במתן שירותים פרטיים במוסד - אף כי הפרשי הכנסה אלה קיימים גם היום, באופן פחות פורמלי אם גם לא פחות ידוע." (שם, בעמ' 317, 323-324).

אין לנו אלא להצטרף לדברים.

44. העותרים טוענים כי ניתן ליצור הפרדה בשירותים, שתבטא בעיקר בכך שפגישות, ניתוחים טיפולים וכיו"ב - הניתנים במסגרת השר"פ, יערכו לאחר שעה מסוימת. הפרדה זו - אמורה להוות מענה לאפליה הפוטנציאלית. אין ממש ואין די בתשובה זו. אפשר לשלוט בכך שפגישות עם רופאים וניתוחים יערכו לאחר השעה הנקובה. עדיין, כשיאושפז החולה במחלקה המתאימה בבית החולים הממשלתי-ציבורי ליד חולים "רגילים", ברור כי צרכיו יטופלו על-ידי הצוות הרפואי, לאורך כל שעות היממה. מדובר באותם חולים, אותן מחלקות בבית החולים, אותם חדרים ואותו צוות רפואי המטפל בהם. לפיכך - ההפרדה בשעות הטיפול הרשמיות - אינה חזות

הכל. ההיבט החשוב והמהותי יותר בהקשר זה הוא כי הפעלת השר"פ בתוך בית החולים מקימה חשש ממשי לניגוד עניינים מובנה, אליו יקלעו כמעט בעל כורחם כל מקבלי ההחלטות. מנהלי מחלקות יצטרכו להחליט למשל בשאלה מי ינתח חולה פלוני, כאשר לנגד עיניהם שיקולים רפואיים "נטו" שעניינם טובת החולה - זאת מחד גיסא, וההכנסות הצפויות לבית החולים אם ינותח במסגרת השר"פ וכן לרופא הנבחר - מאידך גיסא.

בחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה (פסקה 31) נאמר בנושא כדלקמן:

"ההסדר עלול להביא לידי כך שבסופו של דבר טיפול על ידי המומחים הבכירים יינתן במרבית המקרים תמורת תשלום, ומי שיפנה לקבלת טיפול רפואי ציבורי לא ייהנה ממנו כראוי. השר"פ עלול להוות מסלול של הקדמת תורים לטיפול רפואי תמורת ממון. בנוסף עולה חשש שקיומו של שר"פ יביא להגדלת היקף הפרוצדורות המבוצעות שאינן בהכרח הכרחיות, וזאת מתוך מוטיבציה - בחלקה אף לא מודעת - לקבלת שכר עבורם. פרופ' שני מסר, שהמחקרים מאששים חשש זה. כן מתעורר חשש שהשר"פ יביא לידי כך שלרופאים לא תהא מוטיבציה לעסוק בטיפול רפואי ציבורי, וכתוצאה ייתכנו אבטלה סמויה ואילוץ חולים רבים לפנות לשר"פ לשם קבלת טיפול רפואי ראוי".

חשש דומה הובע גם בדו"ח ועדת נתניהו:

"או מפני הארכת התור של החולה הציבורי, על חשבון קיצור תורו לניתוח של החולה הפרטי - אינו חשש בעלמא, ובמצב של תורם מתארכים נודעת לו משמעות מוחשית רבה."

ניתן להעלות וריאציות והיבטים נוספים כאשר לניגוד העניינים, אולם די באמור עד כה. קיומו של שר"פ במסגרת בתי החולים הממשלתיים יוצר ניגוד עניינים מובנה ומובהק שספק אם מקבלי ההחלטות (מנהלי המחלקות) יכולים להשתחרר ממנו. גם משום כך - לא עומד השר"פ בעקרונות המשפט המנהלי.

45. כיוון שהזכרנו את נושא ההפליה, אני רואה להתייחס בקצרה להפליה מכיוון שונה, שלקיומה טענו דווקא העותרים בבג"צ הרופאים. הטענה היא לקיומה של הפליה בין חולים מירושלים ליתר תושבי ישראל, ובין רופאים העובדים בבתי חולים ציבוריים בירושלים, לרופאים בשאר חלקי המדינה. כאשר לחולים: הטענה היא כי רק אזרחי

ירושלים ייהנו מהשר"פ, משום שבתי החולים בירושלים אינם בבעלות ממשלתית הגם שהם נכללים בהגדרה של מוסד רפואי ציבורי המצויה באכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (שירות רפואי לציבור) התשמ"ג-1983. חולה מחוץ לאזור ירושלים לא יקבל טופס 17 (לבתי חולים בירושלים). וגם אם יקבל - לא יהיה זה מעשי משום שהרופא מאזור מגוריו, לא יוכל לנתח בבית חולים ירושלמי, בו אינו עובד. כאשר לרופאים: רופא שאינו עובד בבית חולים בירושלים - לא יוכל לנתח או לתת טיפול בו. בכך קיימת "הפליה מקפחת" בין ציבור הרופאים- הירושלמים יכולים להשתכר יותר מהרופאים ביתר חלקי הארץ. כדי למנוע את האפליה הן של הרופאים והן של החולים יש להתיר את השר"פ בכל חלקי הארץ או לפחות למנוע את השר"פ גם בירושלים.

46. אין ממש בטיעון זה. הדגש שהושם על האזור שמדובר בו כאילו הוא יוצר את ההבדל, הוא מלאכותי ואינו נכון. האבחנה היא בין בתי חולים פרטיים לממשלתיים, ולא אבחנה גיאוגרפית בין ירושלים לשאר חלקי הארץ. לא הרי עסק פרטי, כהרי מוסד ממשלתי, דינם שונה והכללים החלים על הפעלתם שונים. אדרבא, הטענה הניצחת שבפי שוללי השר"פ (בבתי החולים הממשלתיים) היא, כי לא יגרם נזק לשווארי הרפואה הפרטית, שהרי אדם היכול להרשות לעצמו את הרפואה הפרטית ולענייננו, את התשלום הכרוך בבחירת הרופא או המנתח שיטפלו בו - יוכל להשיג את מבוקשו בבתי החולים הפרטיים. באותם בתי חולים, כל רופא יוכל להעניק טיפול לאחר שעות עבודתו ואינטרס החולה - יבוא על סיפוקו. כאשר להשתכרות הרופאים: לא מוטלת על המדינה חובה לוודא כי כלל הרופאים בישראל זוכים לפוטנציאל השתכרות זהה בשעות שמעבר להעסקתם כעובדי מדינה. החובה המוטלת על המדינה היא לוודא, כי כלל הרופאים המועסקים על ידה כעובדי מדינה - יזכו לשכר עבור שעות עבודתם על פי עקרונות שוויוניים, בהתאם למעמדם ותפקידם. כאשר לחולים: חובתה של המדינה היא לאפשר לכל אזרח בישראל ליהנות משירותים רפואיים הנכללים בסל הבריאות, במרחק סביר ממקום מגוריו ובזמינות סבירה. קיומם של בתי חולים בירושלים המאפשרים לציבור היעד של מטופליהם או רופאיהם, נגישות גם לשירותים שמעבר לחובת המדינה לספק, איננו מצביע על אי שוויון המחייב התערבות המדינה כדי להביא לביטולו. באותו הקשר טענו העותרים גם כי קופות החולים מפרות חובתן הקבועה בסעיף 31 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, לפיה על קופות החולים לפעול ללא הפליה בין נותני השירותים השונים בהפנות מטופלים אליהם. גם בכך אין ממש. בכך שקופות החולים המעניקות כיסוי לשר"פ במוסדות רפואיים פרטיים במסגרת ביטוחים משלימים המותרים על פי חוק, מפנות חולים אל בתי החולים הציבוריים בירושלים (משום שמדובר בבתי חולים פרטיים בהם מותר לקיים שר"פ) - אין הפליה של בתי החולים הממשלתיים ברחבי הארץ. השוני בעניין זה בין הגופים השונים הוא שוני

רלוונטי, וענייני שאין עמו הפליה. כאמור, דינו של מוסד בבעלות פרטית, שונה מדינו של מוסד שבבעלות הממשלה. קופת החולים אינה מפלה מוסד ממשלתי כלשהו, כאשר היא אינה שולחת אליו לקוחות לקבל שירותים, שאסור לו להעניק על פי דין.

באשר לצו הפיקוח ותחולתו על בתי החולים בירושלים – אכן, על פי סעיף 1 לאכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (שירות רפואי לציבור) התשמ"ג-1983, ק"ת 882, צו הפיקוח חל על בתי החולים בירושלים בהיותם "בית חולים ציבורי" על פי הגדרת האכרזה. אם כוונתם של העותרים בהעלאת טענה זו היתה, כי תאגידי הבריאות המפעילים בבתי חולים אלה שר"פ פועלים בניגוד לצו הפיקוח, שעל כן יש להפסיק פעילותם – היה עליהם לצרף את בתי החולים כמשיבים. משלא צורפו אין מקום לדון בטענה.

הסדרים ראשוניים

47. מסקנתנו עד לשלב הנוכחי הינה כי השר"פ במתכונתו הקיימת הוא בלתי חוקי, בין משום שהוא מנוגד למושכלות היסוד של המשפט המנהלי כפי שהוסבר לעיל, ובין משום שתקנות 2002 אינן מהוות מקור הסמכה להפעלתו ואף אוסרות אותו. אלא שעל כך בדיוק מלינים העותרים. כזכור, עתירתם החילופית של העותרים היא להורות לשר האוצר ושר הבריאות להתקין תקנות שיכשירו את הפעלת השר"פ. לכאורה העתירה במקומה: תקנות או כללים יסדירו את הנושא ויבטיחו גם כי לא תהיה חריגה מעקרונות המשפט המנהלי. אולם, בדרך למתן תשובה האם להורות לשרי האוצר והבריאות להתקין תקנות - יש לבדוק האם מדובר בנושא שהוא בר הסדרה על ידי הרשות המבצעת, או שמא מדובר בתחום אותו ניתן להסדיר רק באמצעות חקיקה ראשית. הכלל הבסיסי הוא כי אמות המידה העקרוניות, ההסדרים הראשוניים צריכים להיקבע בחקיקה ראשית. חקיקת המשנה של המנהל והאקטים האינדיבידואליים שלו (הסדרים משניים), חייבים לבצע את אמות המידה העקרוניות הקבועות בחקיקה הראשית ((בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 764 (2004) השאלה מתי יוגדר נושא מסוים כטעון הסדר ראשוני (שעל כן תקנות לא תפתורנה את הבעיה) אינה תמיד קלה להכרעה. על השיקולים המכתיבים אותה עמד המשנה לנשיא בדימוס השופט מ' חשין כדלקמן:

"ההכרעה בשאלת ההבחנה [מהו הסדר ראשוני] תיעשה בכל מקרה ומקרה תוך שניתן דעתנו לטיבו ולמהותו של הנושא שבדיון, לרקע עיקרי היסוד ששיטת המשפט בנויה עליהם, ותוך שנפעיל את השכל הישר ואת חוש ההיגיון. ...

מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות ומידת פגיעתו בחירות הפרט כל אלה ישפיעו על ההכרעה אם המדובר הוא בהסדר ראשוני או בהסדר מישני. ובלשונה של השופטת נאור בבג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים ... :

'ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני אינה חדה. מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט – כל אלה משפיעות על היקפו של ההסדר הראשוני ועל מידת הפירוט הנדרשת ממנו; גם במשטר דמוקרטי מודרני קשה לקיים את תורת ההסדרים הראשוניים במלוא היקפה.'

...

בין השאר, נבחן את מידת השפעתו של ההסדר על הציבור בישראל, וברי כי אין דין פעולה שנועדה לתכלית מצומצמת ונקודתית - וקרובה היא על-פי טיבה לסמכויות ביצוע - כדין פעולה שיש בה כדי להשפיע על מיגזר שלם - אפשר על החברה כולה - ... (השוו: פרשת רובינשטיין, 523, 529; בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 337, 505). נבחן, למשל, את תכלית הפעולה, אם נועדה היא לתכלית שנויה במחלוקת בציבור - תכלית העלולה לעורר זעם ומירמור בקרב חלקים בעם - או שמא זוכה היא להסכמה ציבורית רחבה (פרשת רובינשטיין, 527-528); עלותה של הפעולה אף היא תשפיע ... מידת מעורבותו של המחוקק בפעולה והשפעתו עליה... כך ... עלינו לבדוק אם מדובר בפעולות שנועדו להבטיח ביצועו של חוק הנמצא בתהליכי חקיקה מתקדמים, או אם הפעולה נדרשת לאישור הכנסת או ועדותיה (פרשת שמעוני, פסקה 4 לחוות-דעתי). נסיבות העניין תשפיענה ... השלב בו הובא העניין לפני בית-המשפט - אם לפני מעשה או לאחר מעשה - שכן לא הרי ביקורת והכוונה שלפני מעשה כהרי ביקורת והכוונה שלאחר מעשה (פרשת שמעוני, שם). ייבחן הצורך בדחיפותה של הפעילות - אם מדובר בפעולה דחופה שהממשלה נדרשת לעשותה בהיותה הרשות המבצעת של המדינה, או בקביעתה של מדיניות ארוכת טווח שהכנסת יכולה וצריכה להידרש לה. יינתן מישקל להסתמכות ציבור על הבטחת הממשלה, ועוד. רשימת השיקולים, למותר לומר, אין היא רשימה סגורה. ההכרעה נתונה, כאמור, לשכל הישר ולהיגיון, ובלבד שנדריך עצמנו על-פי עקרונות היסוד של שילטון החוק..." (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (2006), עמ' 58-60 (לא פורסם)).

לכך יש להוסיף כי הסדר ראשוני אינו מתאפיין בהכרח "ברמת הפשטה" גבוהה. רמת ההפשטה הנדרשת, היא פונקציה של מהות העניין שמדובר בו בנסיבות מסוימות (ללא קשר לשאלה האם מדובר בהסדר ראשוני):

"רמת הפשטה של ההסדר הראשוני משתנה מעניין לעניין. ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כן אין להסתפק ברמת הפשטה גבוהה מדי, ונדרש הסדר בחקיקה ראשית הקובע, ולו רק באופן כללי, את מהות הפגיעה או את היקף הפגיעה בחירות. כאשר אובייקט ההסדר הוא נושא מורכב, הדורש מומחיות רבה, ניתן לא פעם להסתפק ברמת הפשטה גבוהה ...". בג"ץ 715/98, 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 515 (1998) להלן: עניין רובינשטיין).

ניסיון לדלות מתוך הקריטריונים דלעיל, את העיקריים והמרכזיים שבהם יוליך למסקנה הבאה: הסדר ראשוני יהיה דרוש ככלל, מקום בו מדובר בהסדרת תחום או נושא מהותי (בהבדל מתכלית מצומצמת ונקודתית), כאשר מדובר בפגיעה ממשית בזכויות יסוד (וראה לעניין זה בג"צ 1437/02 לעיל שם נחלקו הדעות האם הסדר המגביל פגישת אסיר עם עורך דינו מצריך הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית כאשר דעת הרוב (כב' השופט א' חיות, כב' השופט א' ריבלין) סברה כי רק חקיקה ראשית יכולה להסדיר נושא זה (משום שהוא מסדיר זכויות יסוד של אסיר)) וכאשר מדובר בנושא המעורר מחלוקת בציבוריות הישראלית.

48. לענייננו: על פי כל הפרמטרים הנ"ל, סוגיית השר"פ טעונה הסדר ראשוני וכאמירה עקרונית - אין מקום להסתפק בפחות מכך. קיומו של השר"פ בבתי חולים ממשלתיים הוא נושא מהותי בעל השלכות בכיוונים רבים. בפן המעשי יש לו השפעה על אופי הרפואה הציבורית בישראל. אין ספק שמתן אפשרות לבחירת רופא מכתיבה התנהלות שונה הן של ציבור הרופאים והן של ציבור החולים. אין מדובר בהסדר מצומצם ונקודתי אלא בהסדר שכל אחד מיחיד הציבור יכול להיתקל בו בשלב מסוים של חייו. בפן הערכי מדובר בנושא הראוי להגדרה כנושא ליבה: בחירה בין סוציאליזם כעקרון כלכלי-חברתי ראוי, אל מול העדפת כוחות השוק, הפרטה והתערבות מינימאלית של הרגולטור. לכל אחד מן המחנות נימוקים טובים ערכיים והגיוניים שעל כן ההכרעה צריכה להיעשות על ידי המחוקק (שישקף את רצון הבוחר). על המחוקק להכריע האם הגיעה העת לשלב בתחום הבריאות בישראל, אשר היה עד היום קרוב לצידו הסוציאלי של המתרס, גם פנים ליברליות יותר, שיאפשרו תחרות גדולה יותר בשוק הרפואה בהתאם לביקוש. אין בכך כדי לומר כי סוגיית השר"פ ככלל, וסוגיית בחירת מנתח בתשלום בפרט, מחייבת הסדר מידי, מלכתחילה, בחקיקה ראשית. אינני פוסלת את העמדה בה נקט היועץ המשפטי לממשלה ולפיה, כיוון שמדובר בתחום מורכב הדורש מומחיות רבה - יש מקום להפעלתו תחילה על ידי הסדרה בתקנות, לאורן יוכל להיבחן ההסדר, כאמצעי מטרים להסדרתו בחקיקה ראשית, על הצד הטוב ביותר.

49. על שאלת האופן בו ראוי כי תוסדר סוגית השר"פ השיב היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו כדלקמן:

"הסדרה אפשרית לטווח קצר ולטווח ארוך

א. הואיל והמצב כיום הוא שתאגידי הבריאיות אינם מוסמכים לבצע פעילות שר"פ במסגרתם, נשאלת השאלה, ככל שברצון הממשלה, שר הבריאיות ומשרדו לקיים פעילות זו - וזו כאמור שאלה ערכית שהחלטה בה אינה משפטית - האם לשם הסדרתה נחוצה חקיקה ראשית או שמא די בחקיקה משנית (אומר כבר כאן כי אינני סבור שטיפול מינהלי בלבד מספיק לעניין זה).

ב. רעיון החקיקה הראשית, הסדר ראשוני מלכתחילה, שובה את הלב וגישה דווקנית אולי הייתה תומכת בו, אך הדבר עלול להימשך זמן רב, והמציאות מבקשת הסדר לפחות לתקופה ראשונה. משפטית נראה, כי בדין הקיים ניתן לקבוע אפשרות הסדרה, אם זו תהא ההחלטה הערכית, במסגרת קפדנית תחומת זמן של חקיקת משנה מכוח סעיף 31ג (ב) לחוק יסודות התקציב, שעניינו תאגידי בריאות. חקיקת משנה כזאת תוכל להיות כפי שיפורט להלן לשנה אחת, שבמהלכה תשקול הכנסת אם ברצונה לחוקק חקיקה ראשית בהקשר לעניין כפי שתמצא לנכון. שנה זו תאפשר גם לשקול, על פי הממצאים בשטח, את הטיעונים שהועלו.

ג. חקיקת המשנה בה מדובר עניינה התקנת כללים, כהוראת שעה, על ידי שר הבריאיות באישור שר האוצר, ובהתייעצות עם נציגי שירות המדינה, מכוח סעיף 31ג (ב) לחוק יסודות התקציב כפי שתוקן ביום כ"ד בשבט התשס"ב (6.2.02) לפעילות שירות רפואי משלים (להלן - שר"ם) בתאגידי הבריאיות. אנו עושים שימוש בביטוי שר"ם, שכן ההסדר - אם יהיה - אינו צריך להיות פרטי במהותו אלא הרחבת יריעת השירותים בתשלום לפי בחירה".

50. כאמור, הצעתו של היועץ המשפטי לממשלה לעניין הסדרת הנושא באופן זמני בחקיקת משנה מהווה פשרה, הנכנעת לצרכי המציאות:

"צורכי המציאות מחייבים פשרה בין העקרונות לבין חיי היום-יום. במשטר דמוקרטי מודרני קשה לקיים את תורת ההסדרים הראשוניים במלוא היקפה. לא פעם מתפשרים בשל דרישות היעילות המינהלית, וזאת כדי להבטיח את טובת הציבור. עם זאת, מבחינה עקרונית אין בכך כדי לגרוע מכוחו ומתוקפו של הכלל הבסיסי, וגם מבחינה מעשית יש גבול לפשרה, ובמקרים מיוחדים

וקיצוניים אפשר שהכלל הבסיסי יגבר על שיקולי יעילות, וראוי יהיה לבטל הסדרים משניים מן הטעם שאין להם יסוד בהסדרים ראשוניים." (עניין רובינשטיין, בעמ' 516-517).

עדיין, האמירה לה אני שותפה הינה כי השר"פ הוא נושא עקרוני, אותו יש להסדיר בחקיקה ראשית. האפשרות להסדיר את הנושא באופן זמני בחקיקה יכולה להיות ישימה, רק כל עוד קווי המתאר שלה ברורים, דהיינו, כי מדובר בהסדר מטרים, שנועד לאפשר לכנסת לשקול אם ברצונה לחוקק חקיקה ראשית בנושא, שיש לו השלכות רבות, והוא עשוי ליצור שינוי מהותי בצביונה הציבורי המובהק של מערכת שירותי הבריאות בישראל. כיוון שכך, אין מקום להאיץ בממשלה להתקין כללים שיאפשרו את הפעלתו הזמנית של השר"פ. בעניין זה - השתנה המצב מאז מתן חוות הדעת ועד יום כתיבתו של פסק דין זה. כזכור, קצב היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו פרק זמן עד להפסקת פעילות השר"פ במתכונתו דאז. יתכן כי לו היו מתפרסמים כללים (מוגבלים בזמן) ברצף כרונולוגי ישיר לפעילות קיימת ומאפשרים את המשכה - כי אז היה בכך הגיון. משלא פורסמו, יהיה בהתקנתם של כללים לאחר שנים רבות, תחליף לאמירה העקרונית שצריכה להאמר בהסדר ראשוני. משהחליטה הממשלה שלא לנקוט בדרך זו - החזירה למעשה את התהליך לסדר הנכון והראוי ולפיו על המחוקק לומר את דברו בחקיקה ראשית בנושא המחייב הסדר ראשוני. כיוון שכך, על פני הדברים אין מקום להורות לממשלה או להאיץ בה להתקין כללים כאמור (לנושא הסבירות בדרך פעולתה של הממשלה נחזור בהמשך).

האם בחירת רופא מנתח היא זכות קנויה?

51. ההכרעה האם יש להורות לממשלה להתקין כללים לפעילות השר"פ מושפעת גם מהחלטה בשאלה האם עומדת לכל אחד מיחיד הציבור זכות קנויה לבחירת רופא. ניסוחה המדויק של השאלה הוא כדלקמן: האם בחירה חופשית של רופא, היא ביטוי לרצון האינדיבידואלי והאוטונומיה של הפרט, אותו אין למדינה סמכות להגביל - כתוצאה מבחירתה להנהיג מדיניות, בה שרותי רפואה מוענקים באופן מסובסד על ידי המדינה.

52. הפעלת מערכת שירותי בריאות בסיסיים בסבסודה של המדינה קשורה קשר הדוק לזכות לכבוד, ממנה נגזרת, בין היתר חובתה של המדינה "להבטיח שלאדם יהיה די מזון ומשקה לקיומו; מקום מגורים, בו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו ולחסות מפגעי מזג האוויר; תנאי תברואה נסבלים ושירותי בריאות, שיבטיחו לו נגישות ליכולות הרפואה המודרנית." (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק

חברתי נ' שר האוצר, לא פורסם (2005), בעמ' 17). בהמשך לראציונל זה אף נפסק בעבר כי:

"ניתן לעגן זכות סוציאלית לאספקת שירותי בריאות בסיסיים בגדר הזכות לשלמות הגוף, הקבועה בסעיף 4 לחוק היסוד. כך מוסכם למשל כי חובתה של המדינה להבטיח, באמצעות שירותי הרפואה שלה, כי יינתן טיפול נאות לאדם הנתון במצוקה גופנית מיידית." (בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322 (2003), 334).

אין ספק כי על המדינה לעמוד בחובתה לאפשר לאזרחיה קיום מינימאלי בכבוד. על רף החובה לספק מינימום של קיום אנושי בכבוד, נכתב לא מעט בשנים האחרונות. הזכות לכבוד איננה כוללת את "כל הטוב והיפה שבחיים" (ברק פרשנות במשפט (כרך שלישי) 419, להלן: פרשנות במשפט) אלא את החובה להגן על מינימום של קיום אנושי בכבוד – "תכלית זו מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי". (רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001)). הנשיא בדימוס ברק כתב בהקשר זה דברים אלה:

"כבוד האדם מניח מינימום של קיום אנושי...אכן אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, נפגע כבוד האדם שבו. הוא הופך לאובייקט. מכאן, אין לעבור לקיצוניות...לפיו יש לו לפרט זכות כנגד המדינה לחיים טובים יותר. על כן, ספק בעיני אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית..." (פרשנות במשפט, 423).

לאחרונה, בבג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל משרד הבריאות, 2007 (לא פורסם), בעמ' 17, אמר הש' רובינשטיין כי "... ספק אם ניתן לגזור זכות לטיפול או תרופה ספציפיים ישירות מחוק היסוד". לענייננו - נראה כי מן הזכות לבריאות או מחוק היסוד, יקשה לגזור במסגרת העקרונות שהותוו במשפטנו החוקתי (מאז חקיקתם של חוקי היסוד), זכות לבחירת רופא מנתח. זכות לבחירת רופא אינה נמצאת בליבת שירותי ההכרח להם זקוק אדם לשם שמירה על קיום מינימאלי בכבוד. העותרים בבג"צ הרופאים טענו בין היתר כי זכות זו ניתנת להיגזר מסעיף 3(ב) (הזכות לקבלת טיפול רפואי דחוף במצב חירום ללא התניה), סעיף 7 (הזכות לקבלת חוות דעת רפואית נוספת) וסעיף 8 (הזכות להבטחת המשך טיפול נאות בעת מעבר ממוסד רפואי למשנהו) לחוק זכויות החולה. לא ירדתי לסוף דעתם של העותרים כיצד מסעיפים אלה ניתן לגזור זכות לבחירת רופא מנתח בתשלום בבתי בחולים הממשלתיים. לצד סעיפי החוק דלעיל וכאסמכתא נוספת, ציטטו העותרים את ע"א 4/82 מדינת ישראל נ'

תמיר, פ"ד לז(3) 201 (1983) (להלן: עניין תמיר), שם קבע השופט אלון, בין היתר, כי:

"הלכה פסוקה בידינו, מכוח עקרון החירות האישית של כל הנברא בצלם, כי זכות יסוד היא לאדם שלא ייפגע בגופו על כורחו ושלא בהסכמתו זכות יסוד זו כוללת בתוכה זכותו של אדם לבחור ולהחליט בידי מי מבין הרופאים המוסמכים לכך מפקיד הוא את הטיפול הרפואי שהוא זקוק לו, שהרי בחירה והחלטה אלה חלק מהותי הן מזכותו היסודית לשלמותו ולשלומו הגופניים והנפשיים, ושלא להיות 'נפגע' בהם אלא בהסכמתו...". (שם, בעמ' 206).

העותרים, עצרו בנקודה זו, אלא שבפסק הדין ממנו ציטטו, ממשיך השופט אלון ואומר:

"להבהרת העניין, אוסיף הערה זו. כשאמרנו, שלאסיר שמורה זכותו לבחירת הטיפול הרפואי הנראה בעיניו, מובן כי כוונת הדברים היא, שעל שלטונות בית הסוהר לכבד זכותו זו ולאפשר לו ליהנות ממנה, היינו שעליהם להימנע מלהפריע לאסיר לקבל ייעוץ וטיפול רפואיים כאלה, אך לא מוטלת עליהם חובה לממן לאסיר הוצאות טיפול רפואי זה, אשר הוא בוחר בו. לאסיר שמורה הזכות שהייתה לו בטרם נשלל הימנו חופש התנועה, ודינו, לעניין זכות בחירת הטיפול הרפואי, כדין כל אדם אחר אך לא יותר על כך, ומשכך בטיפול רפואי אחר, חובת המימון הכרוכה בכך מוטלת עליו". (שם, בעמ' 210).

53. ניתן לטעון כי לכך בדיוק מתכוונים העותרים, שהרי העתירה היא להתיר למי שחפץ בכך, לממן מכיסו את עלות בחירת הרופא. ולא היא. השאלה בעניין תמיר היתה האם לאפשר לעצור שהיה מכור לסמים, להמשיך ולקבל את תחליף הסם (אדולן) במינון שאושר לו טרם כניסתו לבית המעצר על ידי השרות הפסיכיאטרי של משרד הבריאות, או שיש לכפות עליו את המינון המצומצם עליו החליטו שלטונות בית המעצר. בית משפט זה קבע כאמור כי זכותו של כל אדם, לרבות עציר, לבחור בטיפול רפואי הנראה לו, אלא שלא מוטלת על שלטונות הכלא חובה לממן לעצור טיפול רפואי זה. את הטיפול אותו על העציר לממן מכיסו - ניתן להשוות לעניינו לשימוש במתקני בית החולים וכל הכרוך בכך. את אלה - לא מבקשים העותרים לממן. הוספת התשלום לשם קבלת השירות של בחירת מנתח, איננה "מנתקת" את החולה המטופל מקבלת הטיפול במסגרת מתקני המדינה ועל חשבון משאביה. חלק הארי מעלויות הטיפול עדיין ממומנות מכספי המדינה, שכן תוספת התשלום אותה מוסיף המטופל - "קונה"

אך ורק את שירות בחירת המנתח (וראה לעניין זה את הסבריהם של העותרים בבג"צ הרופאים בסעיפים 40-41 לעתירה, המבהירים כי הטיפול כולו ממומן מכספי קופת החולים המבטחת, מכוח מחויבותה על פי דין, ורק ההפרש שבין עלות הטיפול ללא בחירת מנתח, לבין המימוש של אופציית הבחירה - משולם על ידי מטופל באופן פרטי). בית החולים, מתקני וכלי הניתוח, התרופות, מיטות האשפוז, סגל המעטפת וכיוצא באלה – הממומנים מכיסה של המדינה - הם (באנלוגיה לעניין תמיר הנ"ל) "האדולן הנוסף" - ואותם, ממשיך החולה לקבל ללא תשלום גם כאשר בחר ברופא ושלם עבור הבחירה. לו היו העותרים מציעים לממן גם אותם - כי אז אולי ניתן היה ללמוד גזירה שווה מעניין תמיר.

54. זאת ועוד: נכון להיום וכל עוד לא בוטל צו הפיקוח - עדין חל על רופאים ככובעם כעובדי מדינה, איסור מפורש בדין להעניק שירות רפואי במוסד ציבורי שלא במסגרת יחסי עובד מעביד, אלא אם קיבלו לכך היתר מפורש משר הבריאות (סעיף 3 לצו). זכותו של הפרט לקנות לעצמו שירותים בשוק הפרטי, איננו יכול לחייב את שר הבריאות לתת היתר שכזה, ובכך להעמיד לרשותו את משאבי המדינה (קרי: עובדיה) על מנת לממש זכות זו. נראה כי בזאת יש גם תשובה לתמיהתם של העותרים בבג"צ הרופאים אודות ה"אבסורד" (כלשונם) בכך שסעיף 7 לחוק זכויות החולה - מתיר לחולה לשלם מכיסו לשם קבלת חוות דעת רפואית נוספת. דהיינו - לשם יעוץ מותר להזמין רופא לבית חולים ממשלתי, אך לשם ביצוע לא (סעיף 53 לסיכומים מיום 22.7.07). בהוראת חוק זו התיר המחוקק במפורש לעסוק בהענקת שירות רפואי בתשלום במסגרת מתקני המדינה, ובזאת בא על מקומו הצורך בהיתר מן הדין לשם פעילות כגון דא, על מנת שלא תעמוד בניגוד לצו הפיקוח. המחוקק התיר אך ורק מרחב מצומצם זה של פעילות פרטית (למעשה) בין כותלי בתי החולים הממשלתיים, משום שהיא אינה כרוכה בניצול המשאבים הציבוריים, אינה יוצרת חשש להפרת השוויון בין החולים, ואינה יוצרת תמריצים לקביעת טיפולים שלא על בסיס שיקולים רפואיים גרידא וכיוצא באלה. אין בהוראה ספציפית זו משום תרתי דסתרי, לאיסור על מתן טיפול על ידי רופא נבחר בתוך בתי החולים, תוך שימוש בנכסי המדינה.

55. דחינו אפוא את הטענה כי הזכות לבחירת רופא היא חלק מן הזכות לשלמות הגוף הקבועה בסעיף 4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. דומה שגם העותרים לא תלו תקוות רבות בטענה זו, המאמצים הושקעו בטענה כי מניעת היכולת לשלם עבור שירות בחירת רופא מנתח בבתי החולים הממשלתיים, פוגעת בזכותו של האדם לבטא בחופשיות את רצונו האינדיווידואלי, שהיא חלק ממימוש האוטונומיה האישית שלו. בנוסף, טוענים העותרים כי הגבלה זו מונעת מהם לממש את רכושם הפרטי באורח

חופשי. אי שוויון באמצעים הכלכליים אומנם מאפשר לפלוני יכולת לקנות לעצמו טיפול רפואי טוב יותר מאשר אלמוני, אולם אי שוויון זה בין בני החברה אינו פסול, ואל לה למדינה למנוע מאדם לממש קניינו על מנת להיטיב עם בריאותו (פסקאות 32-33 לעתירה בבג"צ האזרחים).

56. כל שנאמר עד כה - מהווה למעשה תשובה לטענה זו ומצביע על כך שאין בה ממש.

בתי החולים הממשלתיים אינם קניינו הפרטי של איש ואינם ספקי שירותים פרטיים. העובדה שהפעלתם נעשית על פי אמות מידה ציבוריות, לרבות כללי המשפט המנהלי (וראה לעניין זה בג"צ קר), אינה יכולה להיחשב כפגיעה בקניינו הפרטי של אי מי משום שאינו יכול לשעבד אותה לרצונותיו האינדיבידואליים. מה שיכול אדם לקנות בשוק הפרטי – אינו בהכרח גם מוצר העומד למכירה במוסדות ציבוריים. המרחב הציבורי אינו מנוהל על פי הכלל לפיו המרבה במחיר זוכה. אמנם, ביטוחי הבריאות המשלימים מאפשרים לאזרחי המדינה לקנות שירותים שמעבר לניתן בסל הבריאות תמורת תשלום חודשי קבוע. כמו כן, כל אדם זכאי להתקשר בהסכם עם רופא מורשה, בתפקידו ככובעו הפרטי, במוסד פרטי, על מנת לקבל שירות רפואי שהחוק מתיר לאותו רופא להעניק, בעבור כל סכום שיהיה מקובל על שניהם. ואולם, בזאת טמון ההבדל – אין בשתי אפשרויות אחרונות אלה שימוש או ניצול של משאבים ציבוריים לשם הענקת הטיפול. קופות החולים מממנות מרווחיהן שלהן את היכולת להעניק שירותי רפואה שמחוץ לסל הבריאות. תוכניות הביטוח המשלימות מעניקות את הזכות לבחירת רופא מנתח בתשלום רק בבתי חולים פרטיים או בבתי החולים הציבוריים בירושלים שהם בתי חולים בבעלות פרטית (ראה עמ' 7 למסמך הזכויות של כללית שרותי בריאות – נספח א לתצהיר מטעם העותר מס' 1 בבג"צ 4325/02; ראה גם פסקה 6 להודעה מטעם שירותי בריאות כללית מיום 4.8.02). תוכניות השב"ן ("שירותי בריאות נוספים", כגון תוכנית הביטוח "כללית מושלם") מוסדרות מכח חוק ביטוח בריאות ממלכתי (קרי מכוח חקיקה ראשית ולא מכוח הסכם שביוזמת מנהל בית חולים זה או אחר). רופאים פרטיים מממנים את פעילותם בקליניקות הפרטיות שלהם ומתקניהם עומדים לרשותם, לאחר שקנו אותם במיטב כספם הפרטי. את כספו וקניינו – יכול כל אדם לנצל כדי לרכוש שירותים כאוות נפשו במקומות פרטיים.

57. אינני מקבלת גם את הטענה "המכוננת" בראש טיעון זה לפיה בחירת רופא מנתח – היא כלי לביטוי האוטונומיה האישית המוגנת בחוק היסוד. קבלת טענה זו היתה מחייבת מתן אפשרות לכל חולה לבחור ברופא ללא כל תשלום נוסף כחלק מסל הבריאות הבסיסי, והרי לא זוהי עתירתם של העותרים. הגנה על אוטונומיה אישית אין

משמעה מתן הזדמנות לבטא כל רצון שקיים לו לאזרח, רק משום שמצוי בידו הממון לשלם בעבור מימוש רצון זה. אוטונומיה אישית אינה אמורה לבוא על חשבון צרכי כלל הציבור, במיוחד כך אם בדרך למימוש אוטונומיה זו, גורם בעל הקניין להפרת השוויון בין יחיד הציבור, עליו מחויב המנהל לשמור. מכל מקום - האוטונומיה האישית ככל שביטוייה הוא השר"פ - אינה מעוגנת כאמור בחוק היסוד, וחזרנו למסקנתנו הקודמת: אם רוצה המחוקק להתיר את השר"פ עליו לעשות זאת בברור, ובאופן מוצהר ומובהק. הניסיונות למצוא מסלולים חוקתיים עוקפים - ככל הנראה נדונו לכישלון.

האם לרופא זכות קנויה לעסוק בשר"פ אשר הגבלתה פוגעת בזכותו לחופש העיסוק?

58. נראה כי התשובה לשאלה זו ברורה מאליה. לרופא, בכובעו כעובד מדינה, לא שמורה זכות קנויה לעסוק בהענקת שירותי רפואה תוך שימוש במתקני הממשלה. רופאים עובדי מדינה, רשאים בשעותיהם הפנויות לעסוק במקצועם מחוץ לכותלי בתי החולים הממשלתיים בכפוף למגבלות התקשי"ר ולמגבלות הרישוי הרלוונטיות לכל תחום. ואולם, מחופש זה לממש את פוטנציאל ההשתכרות והכישרון האישי לא נגזרת חובתה של המדינה להעניק לפרט את האמצעים והתשתיות לשם מימוש, שלא לדבר על העמדה מתמשכת של מתקניה לצרכיו.

נזכיר לעניין זה פעם נוספת את בג"צ השוטרים שהוזכר כבר לעיל, אשר דן הן בהיבט הכללי של יכולת המשטרה כגוף, להשכיר את שירותיה למטרות פרטיות והן בהיבט השוטר הבודד. באשר לזה האחרון, חזר בית המשפט על ההלכה שנקבעה עוד בבג"צ בז'רנו:

"כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק." (בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב (1), 80, עמ' 82-83).

מקום בו החוק אינו מתיר לפלוני לעסוק במקצועו, משום שהוא נתון במסגרת מסוימת המגבילה אותו - כגון היותו עובד מדינה - אין בכך משום פגיעה בחופש העיסוק. כעובדי מדינה, לא יכולים הרופאים להשתכר מקבלת תשלום עבור שירותים אשר המחוקק מחייבם להעניק ללא תשלום נוסף, מעבר למשכורתם הקבועה מראש. אם ימצא המחוקק לנכון לאפשר להם במקרים מסוימים להעניק את שירותיהם בשכר – יוכלו לעשות כן, ויכלו לקבל תשלום, אלא שגם לעניין זה, אין מנוס מחזרה למושכלת

היסוד המלווה אותנו לכל אורך הדרך: המחוקק צריך לומר את דברו כפי שעשה בסעיף 36(א) לפקודת המשטרה, [נוסח חדש], תשל"א-1971 (הנזכר בבג"צ השוטרים) שהוא ורק הוא, אפשר למשטרה כגוף - להעניק שירותים פרטיים ופתח את הדלת בפני השוטר הבודד להשתכר בדרך זו. בהעדר הוראה דומה - אין לרופא בכובעו כעובד מדינה סמכות להעניק שירותים רפואיים תוך שימוש בתשתיות המדינה ותוך גבית תעריפים החורגים מתעריפי משרד הבריאות עבור שירותיו. בכובעו כעובד מדינה - מהווה הרופא אורגן של המדינה, ולמדינה - אין זכות קנויה לחופש עיסוק.

האם החלטת הממשלה שלא לאפשר שר"פ עד לתאגוד בתי החולים סבירה? 59. כפי שצוין לעיל - החלטת הממשלה היתה שלא להתקין תקנות להפעלת השר"פ לרבות בחירת מנתח בתשלום, עד אשר יושלם תהליך תאגוד בתי החולים. העותרים בשני הבג"צים חולקים ומשיגים על החלטה זו. העותרים בבג"צ הרופאים סבורים כי הסמכות המסורה לשר הבריאות ושר האוצר בסעיף 31ג(ב), לפיה עליהם לקבוע כללים להפעלת תאגיד בריאות, מקימה להם חובה להתקין תקנות בעניין הפעלת השר"פ בלי להמתין קודם להשלמת תהליך התאגוד. במיוחד כך, כאשר בפועל, מסר שר הבריאות לשר האוצר והיועץ המשפטי לממשלה בחודש מאי 2002 כללים להפעלת השר"פ, (הכללים עדיין לא קיבלו אישורו של שר האוצר כנדרש בתקנות, בשל חילוקי הדעות בין השרים (ראה סעיף המבוא לסיכומי העותרים בבג"צ 4325/02 מיום 22.7.07)). המשיבה דוחה טענה זו. לטענתה לא הועברו כללים מאושרים על ידי שר הבריאות ליועץ המשפטי לממשלה. מה שהועבר על ידי היועצת המשפטית של משרד הבריאות - הוא נוסח טיוטה לא סופית, ששונה מאז (ראה סעיף 35 לתשובת הפרקליטות מיום 5.8.02). מכל מקום, גם אם לא הועברו כללים, טוענים העותרים כי הימנעותם של השרים מהפעלת סמכותם, עולה כדי חוסר סבירות, והיא מונעת משיקולים זרים. לשיטתם, בשלו התנאים להסדרתו של התחום, הפעלת השר"פ מחויבת המציאות נוכח רעות חולות במערכת הבריאות כגון: רפואה שחורה, פגיעה באוטונומיה של החולה שחיקת שכר הרופאים ועוד. השר"פ - יסייע בצמצומו והפחתתן של "רעות חולות" אלה. לדידם של העותרים נבדל העניין מהמקרה שנדון בבג"צ המוטראן הקופטי האורתודוקסי נ' ממשלת ישראל, פ"ד לג(1), 225, בו הכריעה דעת הרוב, כי הממשלה היתה מוסמכת שלא להחליט בעניין שעמד על הפרק, משום שלא בשלו התנאים להכרעה בסכסוך.

60. לשם דיון בטענות נביא שוב את נוסחו של סעיף 31ג על שני תתי סעיפיו:

"(א) תאגיד בריאות לא יפעל אלא באישור שר הבריאות ושר האוצר ובהתאם לכללים שייקבעו לפי סעיף קטן (ב).

(ב) שר הבריאות, באישור שר האוצר ובהתייעצות עם נציב שירות המדינה, יקבע כללים לפעולת תאגיד בריאות; בכללים כאמור רשאי שר הבריאות לקבוע, בין השאר, כי הוראות מחוק זה, הוראות חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992, 11, וכן הוראות מחוקים, מתקנות ומהוראות פנימיות אחרות החלות על המדינה או על עובדיה - יחולו לגבי כלל תאגידי הבריאות ועובדיהם או לגבי סוגים או מי מהם, בשינויים המחויבים; "

לא ניתן להסיק מנוסח הסעיף את מה שמבקשים העותרים לקרוא הוא בו, דהיינו כי קמה לשרים חובה להתקין תקנות להסדרתו של השר"פ במתכונת בה הופעל. סעיף 131ג(א) קובע כי תאגיד בריאות לא יפעל אלא באישור שר הבריאות ושר האוצר. אין בכך כדי לומר שהשרים חייבים לאשר פעילותו של תאגיד בריאות שפנה בבקשה לאישור. הסמכות לאשר היא סמכות שבשקול דעת השרים. בשלב השני, אם יחליטו השרים הרלוונטיים לאשר פעילותו של תאגיד בריאות כלשהו, או אז קמה לשר הבריאות החובה, שאיננה עניין שבשקול דעת, להסדיר הכללים לפיהם יפעל התאגיד, שהרי הענקת אישור פעולה לתאגיד ללא התקנת הכללים שרק בהימצאם תתכן פעולתו - מרוקנת את הקמתו מתוכן. עם זאת, אין בהוראת החוק, ולו במרומז, אסמכתא לטענה כי במסגרת הכללים שנדרש השר להתקין לשם הפעלת תאגידי בריאות, עליו להסדיר גם את האפשרות להפעלתם של שירותי רפואה פרטיים. אדרבא, הדעת נותנת כי לו ביקש המחוקק מכוח הוראה זו, להסמיך את השר לכלול באותם כללים גם הסדרתם של תחומים הזרים למהותה הממלכתית-ציבורית של מערכת שירותי הבריאות בישראל (קרי הרשאת עיסוק ברפואה פרטית, לשם עשיית רווחים, במסגרת בתי החולים הממשלתיים) - היה אומר זאת במפורש. וחזרנו שוב ל"מוטיב" המוביל: על המחוקק לומר את דברו. כל עוד לא הורה המחוקק במפורש, ואף לא במשתמע, כי במסגרת הפעלתם של תאגידי בריאות ניתנה לשר הבריאות והאוצר הסמכות לבצע שינויי יסוד באופייה של מערכת שירותי הבריאות, יש לפרש את החוק כאילו לא נתכוון להעניק לרשות המבצעת סמכויות השמורות לרשות המחוקקת (וראה עניין רובינשטיין). שר הבריאות לא שקט על שמריו, ואכן הותקנו תקנות יסודות התקציב (כללים להפעלתו של תאגיד בריאות) על נוסחיהן השונים. התקנות נועדו לשרת את התכלית העיקרית לשמה הוקמו תאגידי הבריאות - מיצוי מקסימאלי של פוטנציאל השירות שניתן להעניק בבתי החולים הממשלתיים. השיקולים אותם חייב בעל הסמכות לשקול בבואו להפעיל סמכות שבשקול דעת שהוקנתה לו, אינם מאפשרים לו למעשה לכלול שיקולים שאינם משרתים את התכליות אותן בא לשרת החוק המסמיך. ודאי שלא קיימת

חובה לכלול שיקולים שלא נועדו לצורך זה. מחוקק המשנה אינו אמור אפוא להתקין כללים שיאפשרו את פעילות השר"פ. בהעדר כללים שכאלה, תאגיד בריאות העוסק בפעילות שר"פ שיש עמה עשיית רווחים לתאגיד, וגובה מן המטופלים עבור שירותים הקיימים בסל הבריאות תעריפים גבוהים מתעריפי מחירון משרד הבריאות אינו יכול לקבל הכשר לפעילותו, רק בשל העובדה כי זכה עם הקמתו לאישור שר האוצר והבריאות כנדרש בחוק. מקל וחומר – אסורה פעילותו של תאגיד בריאות שכלל לא עבר את המשוכה הראשונה – קבלת היתר מהשרים כנדרש בחוק (כפי שהיה בבתי החולים בהם פעלה חברת מש"ב).

61. העותרים בבג"צ האזרחים טוענים טענה דומה תוך שהם מלינים על כך שהממשלה מתעכבת יתר על המידה ובחוסר סבירות, בעניין הסדרת הפעלתו של תחום השר"פ. לשיטתם - הודעת המדינה מיום 23.9.04 בה הודע כי נכון לעתה, הוחלט להקפיא יישום החלטה 2605 (קרי טיפול בגיבוש הסדרים להפעלת השר"פ), נגועה בחוסר תום לב. זאת, משום שהוגשה לאחר למעלה משנתיים בהן נוהלו התדיינות רבות בעניין, מתוך כוונה ליישם החלטה זו ובפרט לאור העובדה כי ביום 11.8.02 נקבע בהחלטת בית משפט זה כי "מבלי לחוות את דעתנו לגבי השאלות המשפטיות העולות מן העתירות מקובלת עלינו הצהרת המדינה שהשרים יעלו את המחלוקת שביניהם להחלטת הממשלה תוך 21 ימים מהיום (וימי הפגרה בכלל). יעשה מאמץ שהממשלה תקיים דיון ותקבל החלטה בנושאי העתירה במהירות האפשרית, ואנו מצפים לכך שתתקבל החלטה סופית בעניין תוך 60 יום מהמועד שבו יועלה העניין לפניה."

62. אינני מקבלת טענה זו. בהחלטת בג"צ מיום 11.8.02 לא נאמר כי הממשלה תשלים התקנת תקנות להפעלת השר"פ תוך 60 ימים, כל שנאמר הוא, כי הממשלה תגבש תוך 60 יום החלטה סופית בנושא. החלטת הממשלה היתה כי יש להמתין עם הפעלת השר"פ והסדרתו בתקנות, לשלב בו יושלם הליך תאגוד בתי החולים. בהחלטה זו יש משום הבעת עמדה באשר לנושאי העתירה, ויש לקבלה כעמדת הממשלה שהוגשה תוך פחות מ-60 יום. בהמשך לאמור, החליטה הממשלה בהחלטה 2460 מיום 15.8.04 להקפיא את יישום החלטה 2605 והליכי החקיקה שיעוגנו, עד לקבלת תוצאות המשא ומתן בין הממשלה לבין התאגידים אליהם יועבר ניהול בתי החולים הממשלתיים. ביום 12.9.06, אף התקבלה החלטת ממשלה 471 הקובעת כי הממשלה תנחה את שר הבריאות למנות עד יום 1.11.06 צוות מקצועי בראשות המנהל הכללי של משרד הבריאות ובהשתתפות נציגי משרד הבריאות והאוצר, שיפעל להעברת ניהולם של בתי החולים לידי חברות מנהלות עד ליום 1.7.07. מהתנהלות זו עולה כי הממשלה נתנה דעתה לעניין ועושה לקידומו – ההשקפה כי ראוי להקפיא את קידום התקנת

התקנות בעניין השר"פ והחקיקה בנושא עד לאחר קבלת תוצאות המשא ומתן בינה לבין החברות אליהן יועבר ניהול בתי החולים, היא השקפה סבירה, הגיונית ואפילו מתבקשת, שהרי התקנת התקנות או הסדרת החקיקה בנושא השר"פ בטרם סיום משא ומתן בהסדרת המסגרת שבה הוא אמור לפעול - יש בה, על פני הדברים, משום "רתימת העגלה לפני הסוסים".

63. זאת ועוד: שאלת הסבירות שבדחיית הטיפול בהסדרת השר"פ אל מועד השלמת תאגוד בתי החולים מושפעת משיקולים שונים, ביניהם מידת השפעתה על זכויות, ההסדר שהיה קיים עד הלום, מידת יכולתה של הממשלה לעמוד תקציבית בשינוי כה יסודי של פני שירותי הבריאות בישראל ועוד –

"התשובה לשאלה מהו 'זמן סביר', כרוכה בשאלה אם בקביעת לוח הזמנים שקלה הרשות את השיקולים הנכונים, תוך מתן משקל ראוי לכל אחד מהם. על השיקולים העניינים שעל הרשות לשקול ניתן ללמוד מהוראת החוק, ממנה יונקת הרשות את סמכותה (בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו(2) 1151, 1162; בג"ץ 1635/90 ד'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 846). (בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי-הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' שרת החינוך, עמ' 14 (לא פורסם) (2004) (להלן: עניין ארגון המורים))."

ענייננו נבדל מן המקרים הנפוצים יותר, בהם מתבקשת הרשות לחדול מהפעלתו של הסדר מסוים שהופעל בחוסר סמכות או תוך פגיעה בזכויות, או שמתבקשת היא להימנע מ"סחבת" בתיקון המעוות. כך היה למשל בבג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, (לא פורסם) (1994). באותו עניין נמנע המשרד לענייני דתות מקביעת אמות מידה להכרה במוסד חינוכי כמוסד מוסמך להכשרת טוענות רבניות. נפסק כי התמהמהות נגועה בשיקול זר, בהיותה נובעת מטעמים המהווים אפליה. כאשר המצב הקיים - נגוע בפסול אותו יש להפסיק, הזמן הסביר, מטבע הדברים, מתקצר. בענייננו – את ההסדר שאי חוקיותו נתבררה (השר"פ), הפסיקו בתי החולים להפעיל בהתאם להוראות היועץ המשפטי לממשלה. המצב כיום הוא חזרה למצב שנהג מימים ימימה. מערכת הבריאות הציבורית במדינת ישראל חזרה לפעול כפי שפעלה מאז ומתמיד. קבלת בקשתם של העותרים, משמעותה למעשה הצהרה, כי הממשלה פועלת בחוסר סבירות בכך שהיא אינה מזדרזת לשנות את מדיניותה בתחום הבריאות, מדיניות המופעלת מאז קום המדינה ומעוגנת היטב בחוק ובתקנות. איננו סבורים כי יש מקום לכך שבית המשפט יורה לרשות המחוקקת או המבצעת מהי המדיניות החברתית הראויה לאזרחי מדינת ישראל, כאשר על הפרק עומדות אפשרויות שונות, סבירות כולן, שהבחירה ביניהן כרוכה בהכרעה בשאלות

ציבוריות מהותיות באשר לאופייה הרצוי של מערכת הבריאות בישראל – ממלכתית, פרטית או ממלכתית ובצידה פרטית.

64. כאמור, במצב הקיים היום – אין פגיעה בזכויות. אמירה שונה – משמעותה כי מזה 60 שנה פוגעת מדינת ישראל בזכויות אזרחיה מכוח הפעלתה של מערכת בריאות ממלכתית המעניקה לכלל האזרחים שירותי בריאות שווים בבתי החולים הממשלתיים. אם וכאשר יוחלט על שינוי כולל של פני הרפואה במדינת ישראל, כאשר במסגרת אותו שינוי יוכר גם השר"פ, ועדיין תשהה הממשלה ולא תתקין תקנות שיאפשרו את השינוי עליו הוחלט – או אז יתכן וניתן יהיה לבחון את הסבירות באותה השתהות ואולי להגיע למסקנה – כי יש מקום לאמירה בנושא זה. בשלב הנוכחי, בו עומדת על הפרק ההחלטה העקרונית והמורכבת – אין מקום להאיץ בממשלה שהרי:

”מצד אחד גינו חכמינו בכל לשון עינוי הדין, במיוחד זה הנגרם לנאשם בפלילים, המתענה בהתמשכות הדין בעניינו, אך מצד שני, שיבחו בכל לשון וחייבו את הלנת הדין (סנהדרין, לב, א [ה]) והחמצת הדין (”כדרך שמשהין את העיסה עד שתחמיץ”, יד רמ”ה, סנהדרין, לה, א [כג]), היינו הדרישה לקיום שהות סבירה בין שמיצת הדין לבין מתן פסק הדין, וזאת כדי להבטיח שיקול הדעת ויישוב הדעת הראויים להכרעת הדין, חכמים היו ערים לכך כי דחיית ההכרעה, לזמן סביר, יש בה משום ברכה כדי לפסוק דין אמת לאמיתו;” (בבג”ץ 1635/90 ז’רד’בסקי נ’ ראש הממשלה, פ”ד מה(1) 818,749, 818,749 (1991))

וההיקש לענייננו ברור.

סיכום נושא זה:

יש הגיון כאמור בהמתנה לסיום תהליך תאגוד בתי החולים לפני ההכרעה בשאלת השר”פ והסדרתו – אם כך יוחלט. יחד עם זאת, לא מוטלת על הממשלה חובה להשלים את תאגוד בתי החולים בזמן קצוב או להפריט את מערכת שירותי הבריאות בישראל, על אף מאמציה בשנים האחרונות לעשות כן. מעצם שקילתה של האפשרות להוצאתו של הליך התאגוד לדרך ואפילו השקעת משאבים לשם מימושו – לא נגזרת בהכרח החובה להשלימו. אין למי מהעותרים זכות קנויה לכך שיופעלו במדינת ישראל שירותי רפואה פרטיים מכוח מדיניות ממשלתית כוללת. בפרשת קר אותה הזכרנו מספר פעמים נאמר, בין היתר:

"אין אנו נקראים לעצב את מדיניות משרד הבריאות ולשקול תחתיו את השיקולים ליישום מדיניות כזו או אחרת בהקשר לשירותי הבריאות בארץ. הנושא מורכב ביותר וכרוכים בו מרכיבים רבים מתחומים הדורשים ידע, מומחיות וניסיון. תפקידנו הוא לבדוק אם המדיניות שננקטה בעניין פתרון זמני של בעיות קשות במערכת הבריאות, לוקה באחד מאותם הפגמים המצדיקים את התערבותנו. ...

'בית-משפט זה איננו מתערב בנושאי מדיניות בתור שכאלה, וכל עוד לא התגבשה אחת מעילות הביקורת הידועות והמוכרות, שעניינן החלטתה של רשות סטטוטורית, לא ניכנס לנעלי הרשות, כדי להכריע בשאלה אם מדיניותה רצויה או לאו' (ראה, בין היתר, בג"ץ 596/75 הנ"ל, בעמ' 778, ובג"ץ 426/82, בעמ' 167).

מן הכלל אל הפרט: כדברי השופט ברנזון בבג"ץ 118/62, בעמ' 2544:

'הקפאתו של מצב מסויים כיסוד לשיטה או לתכנית פעולה בעתיד, אין לומר עליה שהיא פסולה'. ראה גם בג"ץ 332/62, בעמ' 577. (ההדגשות אינן במקור, עניין קר בעמ' 35).

דברים שנאמרו שם - נכונים וראויים גם היום.

65. סוף דבר: המצדדים בשר"פ מצביעים על יתרונותיו והתשובה שיש בו לרבים מתחלואיה של מערכת הבריאות במדינת ישראל: השר"פ יעודד רופאים בכירים להישאר חלק ממערכת הבריאות הציבורית ואולי יעצור בריחת רופאים מישראל, הרופאים הבכירים, יוכלו גם להעניק מניסיונם והידע שלהם לדור ההמשך של הרופאים שלא לדבר על החולים, הרווחים יוכלו לשמש לטובת צרכי בתי החולים, בתי החולים הממשלתיים יוכלו להתחרות ברפואה הפרטית ובכך לקדם את הרפואה הציבורית לטובת הכלל, כל זאת לצד מתן מענה לצורך ולזכות הבסיסיים של כל חולה לעשות כל שלא ידו, כדי לזכות לטיפול הטוב ביותר במחלתו, ובמילים אחרות לבחור את הרופא שיטפל בו. אין ספק שמערכת השיקולים דלעיל (ואחרים שלא הוזכרו) היא רלוונטית, משמעותית ויש בה הרבה מן האמת. יחד עם זאת, דווקא בשל כובד הדברים - ההכרעה אינה יכולה להיעשות בנתיב צדדי.

בהעדר זכות קנויה של מי מהעותרים לשנות מן היסוד את פניה של מערכת שירותי הבריאות הקיימת במדינת ישראל, מערכת יציבה המושתתת על עקרונות של צדק שוויון ועזרה הדדית שהסדריה מעוגנים היטב בחוקי היסוד, החקיקה והתקינה - אין מקום להתערבותו של בית המשפט.

אשר על כן – אמליץ לחברי לדחות את העתירות, ובנסיבות העניין ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה עם חברתי השופטת ברלינר כי יש לדחות את העתירות. חברתי סקרה את גלגוליו של הליך סבוך זה מן ההתחלה אל הסוף. פסק דינה המקיף מאפשר לי להגיע במישרין אל הסוף, ואל החלטת הממשלה מס' 2460 מיום 15.8.2004 (שצורפה להודעת המדינה מיום 23.9.2004) ש"הקפיאה" את החלטת הממשלה מס' 2605 מיום 20.10.2002 קרי, "הקפיאה" את הליכי הסדרת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים. משמעות ההחלטה היא שהעמדה הנוכחית של הממשלה היא שאין להפעיל שר"פ בבתי החולים הממשלתיים, וכי העיסוק בנושא ייערך בעתיד במסגרת הליכי התיאגוד של בתי החולים הממשלתיים. בהודעת העדכון מטעם המשיבים מיום 26.9.2006 נכתב בענין זה כי "נושא תאגוד בתי החולים טרם הגיע לכלל מימוש, ולפיכך, וכל עוד לא תחליט הממשלה על שינוי כלשהוא, בשלב זה מתנגדת הממשלה להפעלת שר"פ בבתי החולים הממשלתיים". אני מסכימה עם חברתי כי אין מקום לכך שנתערב בהחלטה זו ולדעתי, נוכח העמדה הנוכחית של הממשלה, שאלות משפטיות שונות שהתעוררו בהליך לפנינו אינן מחייבות הכרעה.

2. חברתי הראתה כי השאלה אם להנהיג שר"פ בבתי החולים הממשלתיים היא שאלה המעוררת מחלוקת ערכית. יש בה דעות שונות, וכפי שהראתה חברתי, גם בין שרי הממשלה השונים היו מחלוקות. הנושא נדון אף בועדות משפטיות ומקצועיות שנחלקו לדעות רוב ומיעוט (ראו פרק י' לדו"ח "ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת תפקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל" בראשות השופטת ש' נתניהו (1990); "הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה" בראשות מר עדי אמורי (2003)).

נכון לעת הזו אין הממשלה מבקשת לקיים שר"פ בבתי החולים הממשלתיים. זוהי הכרעה הנתונה לשיקול דעת הממשלה בעיצוב מדיניות מערכת הבריאות הציבורית בישראל. גם בהנחה (ולכך אשוב) שניתן היום, במסגרת המשפטית הקיימת, להתקין תקנות להפעלת השר"פ, איני סבורה שהימנעות הממשלה להתקין תקנות כאמור עולה כדי חוסר סבירות או מונעת משיקולים זרים. כפי שהראתה חברתי בהרחבה – ואני מסכימה עמה, אין במצב הקיים היום פגיעה בזכויות אדם, לא זכויות

החולים ולא זכויות הרופאים (אשר לזכויות הרופאים עובדי המדינה ולטענה בדבר פגיעה חופש העיסוק שלהם ראו דבריי באחרונה בבג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 2.10.2008)). מדובר בשאלה מובהקת של מדיניות, הכל כפי שהראתה חברתי בהרחבה. בית המשפט לא יעצב מחדש מדיניות חברתית-כלכלית שכן "תפקידו של בית המשפט הוא בביקורת שיפוטית על חוקיותן של הפעולות השלטוניות ולא בהערכה ערכית של המדיניות לגופה" (רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5), 385, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2003)).

3. השאלות המשפטיות שעוררו הצדדים מחוירות בסופו של יום מול ההכרעה הערכית, הכרעה שנתקבלה בממשלה. אילו רצתה הממשלה לכוון שר"פ בבתי החולים הממשלתיים, היתה מוצאת מן הסתם את הדרך המשפטית הראויה לעשות כן. כך אמנם הסתמן בשלבים מסוימים של הדיון בעתירה (בעקבות החלטת הממשלה מס' 2605), עד שנתקבלה העמדה הנוכחית של הממשלה. הדבר יצר ציפיה אצל העותרים, אך כפי שהראתה חברתי, לא נפגעה זכות הראויה להגנה.

על כן – ובמבט מן הסוף אל ההתחלה, יש כאמור לדחות את העתירה. עד כאן, כאמור במבט מסופה של הדרך, נוכח ההחלטה האחרונה של הממשלה. מכאן, ולשיטתי בבחינת למעלה מן הצורך, לגבי השלבים המוקדמים של ההליך וביחס לחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז.

4. העותרים ביקשו לבטל את חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה מיום 23.12.2001 ולקבוע כי במצב הנורמטיבי הקיים אין מניעה חוקית להפעיל את השר"פ בבתי החולים הממשלתיים.

מלכתחילה, כאשר מדובר בסוגיה משפטית פרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה את הדין נתונה לביקורת שיפוטית (בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, פסקה 43 לפסק דינו של השופט ברק (1987); בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מו(2), פסקה 8 לפסק דינו של השופט ברק (1992)). פירוש הבא מפי בית המשפט העליון מחייב את כלל הציבור (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, פסקה 11 לפסק דינו של השופט ברק (1985)) שכן "בית המשפט העליון הוא הגורם הפוסק האחרון בכל מחלוקת משפטית" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לח(3) 85, פסקה 4 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1984); ראו גם בג"ץ 306/81 שרון נ' ועדת

הכנסת, פ"ד לה(4), 118, פסקה 2 לפסק דינו של השופט שמגר (1981); בג"ץ 3648/97 פטל נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, פסקה 9 לפסק דינו של השופט חשין (1999); כן ראו אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי עילות ההתערבות 49-54 (2008).

אלא שבחלוף הזמן, עם קבלת החלטת הממשלה מס' 2460 המשקפת את העמדה הנוכחית של הממשלה, נראה כי שאלת נכונותה של חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה – שאלה שעמדה בענייננו במוקד העתירה – הפכה לשאלה תיאורטית. "בדרך כלל בית המשפט לא ידון בעתירה, אף אם הייתה אקטואלית, משעה שנעשתה תיאורטית... כלל זה חל גם לגבי עתירות המעלות שאלות משפטיות חשובות ועקרוניות" (בג"ץ 1853/02 נאוי נ' שר האנרגיה והתשתיות הלאומיות, פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 8.10.2003)). זה הכלל בעניינים אזרחיים וזהו הכלל גם בבית המשפט הגבוה לצדק (ראו ע"א 7175/98 המוסד לביטוח לאומי נ' בר מימון בע"מ (בפירוק), פסקאות 7-5 (לא פורסם, 17.12.2001)). אפילו בהנחה שטעה היועץ המשפטי לממשלה בפירוש הדין הקיים, והיה מקום לפסוק כי אין מניעה חוקית לקיים את השר"פ בבתי החולים הממשלתיים, עדיין לא מוטלת על הממשלה חובה לקיים את השר"פ בנכסיה, והדבר נתון לשיקול דעתה.

5. עם זאת אבהיר כי ביחס למתווה הפעלת השר"פ באמצעות קרן מחקרים שהיא "תאגיד בריאות", אין דעתי נחרצת כדעת היועץ המשפטי לממשלה. כשלעצמי סבורה אני כי הוראות סעיפים 21 ו-31ג(ב) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 עשויות לקיים את דרישת החוקיות במישור ההסמכה להסדרת נושא השר"פ, ובלבד שיותקנו מכוחן תקנות מתאימות ומפורשות לנושא זה, דבר שלא קרה.

הצעת החוק שנתקבלה והביאה לשילוב הוראות אלה בחוק יסודות התקציב ראתה לנגד עיניה את פעילות קרנות המחקר שליד בתי החולים הממשלתיים, אשר הוכשרה שנתיים קודם לכן בבג"ץ 4721/94 קר שירותי רפואה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נא(1), 29 (1995) (להלן: פרשת קר) (וראו דברי ההסבר בהצעת החוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1997, ה"ח תשנ"ח בעמ' 20 מיום 27.10.1997). חקיקה ראשית זו מהווה מקור הסמכה ראשי לפעילות קרנות המחקר שליד בתי החולים כ"תאגידי בריאות". פרטי ההסדרה הקונקרטיים של פעילות תאגידי הבריאות הועברו לקביעת שר הבריאות, בהתייעצות עם שר האוצר ונציב שירות המדינה (ומאוחר יותר, באישור שר האוצר, ראו סעיף 9 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), התשס"ב-2002, ס"ח 146). חקיקה ראשית

זו עשויה לאפשר לקרן מחקר שהתאגדה כ"תאגיד בריאות" ליד בית החולים הממשלתי וזכתה לאישור שר הבריאות ושר האוצר להוות מסגרת ארגונית חוקית לפעילות השר"פ, ובלבד שפרטי ההסדרה של מסגרת ארגונית זו כמפעילה שר"פ הוסדרו במפורש בחקיקת משנה. ואולם, תמימת דעים אני עם חברתי כי הכללים שנקבעו בתקנות יסודות התקציב (כללים לפעולת תאגיד בריאות), התשס"ב-2002 (להלן: תקנות יסודות התקציב 2002) לא הסדירו ולא נועדו להסדיר את נושא השר"פ תחת מסגרת ארגונית זו.

6. למסקנה זו הגעתי בייחוד נוכח האמור בתקנה 4(ג)(1) לתקנות יסודות התקציב 2002 הקובעת כי "לא ייכללו בפעילות התאגיד כאמור שירותי בריאות שאינם נכללים בפעילות בית החולים, זולת אם אין חלופה מתאימה להפעלתם במסגרת בית החולים, מתקציבו, ובאמצעות עובדיו". הפעלת השר"פ בהתבסס על "וו" זה בחקיקת המשנה מעוררת שאלות שונות: האם בחירת רופא מטפל היא "שירות" שאינו נכלל בפעילות בית החולים? האם אין חלופה מתאימה למתן שירות זה במסגרת בית החולים? (ראו והשוו כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות האדם 257-258 (2003) (להלן: שלו)). לא הוצגה לפנינו תשתית עובדתית שעל בסיסה ניתן להכריע בשאלות אלה והדעת נותנת כי הדבר עשוי להיות תלוי במבנה של כל בית חולים ממשלתי. על רקע המחלוקת הערכית העמוקה, מורכבות הנושא וחשיבותו, סבורה אני כי לא ניתן לקרוא לתוך החרך הצר של תקנה 4(ג)(1) בדרך פרשנית את נושא השר"פ, ולא זו היתה כוונת מתקין התקנות.

מסקנה זו מתחזקת נוכח איסור התחרות בבית החולים הממשלתי. תקנה 8(ב)(2) לתקנות יסודות התקציב 2002 קובעת כי "אין בפעילות התאגיד האחר כדי להתחרות עם בית החולים שבתחומו פועל תאגיד הבריאות". לטענת ההסתדרות הרפואית הטיפול הניתן בשר"פ זהה לטיפול הניתן בפעילות הסדירה בבית החולים, (ההבדל היחיד לגישה בין החולה "הציבורי" לבין החולה "הפרטי" הוא בכך שהאחרון זוכה – תמורת התשלום הנוסף – לכך שהרופא שהוא בוחר בו יבצע את הטיפול הדרוש לו, גם אם אין לכך הצדקה בשיקולים רפואיים מקצועיים). כיוון שאף לגישה מדובר בטיפול זהה, הרי שהשר"פ יוצר תחרות, ולו עקיפה, בפעילות הסדירה של בית החולים הממשלתי. ועדת נתניהו, שהמליצה על קיום השר"פ בבתי החולים הממשלתיים, הצביעה על כך שבמבנה הארגוני המוצע על ידה "תצטרך המערכת הציבורית להתמודד עם ההיצע של הרפואה הפרטית, ולפעול נוכח תחרות על המחירים ועל איכות השירותים" (עמ' 329 לדו"ח). מכאן דומה שהשר"פ יוצר תחרות בבית החולים הממשלתי. תקנה 8(ב)(2) מלמדת על כוונה מפורשת של מתקין התקנות למנוע תחרות זו, ומכאן חיזוק כאמור למסקנתי כי מלכתחילה לא נועדו תקנות 2002 להסדיר

את השר"פ במתכונת תאגידי הבראות, וכי הדבר מצריך אמירה מפורשת של מתקין התקנות.

7. חברתי השופטת ברלינר עמדה בהרחבה בפסק דינה על החשש לפגיעה בשוויון וציינה כי "את המשאב הלאומי הגלום הן במתקני בתי החולים והן בכוח האדם המאייש אותם – יש לחלק כך, שכולם יהנו ממנו באופן שווה" (פסקה 42 לפסק דינה). בהמשך דבריה היא מתייחסת לאפשרות לבחור ביטוח משלים, ומציינת כי "פגיעה זו בעקרון השוויון, הנגרמת עקב הענקת האפשרות לרכוש ביטוחים המשלימים שירותים מעבר לסל הבראות, מעוגנת בחוק מפורש ומקיימת את האיזון הנדרש על פי פסקת ההגבלה... הביטוחים המשלימים אינם מפלים בין המטופלים השונים באשר למידת נגידותם בקבלת השירותים החיוניים ביותר – אלה המכוסים על ידי סל הבראות הממשלתי. השר"פ – עלול ליצור הפליה שכזו" (שם). קביעות אלה אינן נדרשות לענייננו ואני משאירה אותן בצריך עיון. השאלה של חלוקה שוויונית במערכת הבראות כרוכה, בין היתר, בשאלות כגון הגדרת עקרון השוויון, הגדרת מעמדה וטיבה של הזכות לבראות, הגדרת "מוצרים ציבוריים", הגדרת ההבחנה בין מוסדות בריאות ציבוריים לפרטיים, טיבה של "חלוקה צודקת" ועוד (ראו ש"ל, 37-29, 48-46, 276-281). נוכח העמדה הנוכחית של הממשלה הופכות שאלות מורכבות אלה לשאלות תיאורטיות.

8. היועץ המשפטי לממשלה סבר, וכך סבורה חברתי, כי יש הכרח בחקיקה ראשית דווקא, אף שניתן לדעתו לקבוע הוראת-שעה לתקופה קצובה. כשלעצמי אני סבורה שיש הכרח בחקיקה ראשית. סוגיית השר"פ היא שאלה חשובה, אך בסופו של יום זוהי שאלה של מדיניות. המדובר ב"נושא מורכב ביותר וכרוכים בו מרכיבים רבים מתחומים הדורשים ידע, מומחיות ונסיון" (פרשת קר, פסקה 8). במדיניות האמורה הנקבעת בדרגי הרשות המבצעת יש אמנם כדי להשפיע על התמהיל הציבורי-פרטי במערכת הבראות בישראל ולדבר אף עשויות להיות השפעות חברתיות וערכיות. עם זאת, לא כל מדיניות שיש לה השלכות חברתיות וערכיות, אפילו מדובר במדיניות הנתונה במחלוקת בין שרי הממשלה, היא בהכרח מדיניות המחייבת הסדר מפורט בחקיקה ראשית. בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) קבע הנשיא ברק כי תורת ההסדרים הראשוניים הולמת עניינים "מיוחדים במינם" המחייבים הכרעה עקרונית בשאלת יסוד המפלגת את החברה הישראלית (ראו ש"ל, פסקה 31). אני סבורה כי אמת מידה זו מתקיימת בענייננו. לדעתי ההשלכות החברתיות הנזכרות בענייננו אינן מעוררות את שאלת היסוד בדבר "בחירה בין

סוציאליזם כעקרון כללי-חברתי ראוי, אל מול העדפת כוחות השוק, ההפרטה והתערבות מינימאלית של הרגולטור", כדברי חברתי בפסקה 48 לפסק דינה.

עם זאת, משהעדיף היועץ המשפטי לממשלה, ולו לטווח הארוך, כי נושא השר"פ בבתי החולים הממשלתיים יוסדר בדרך של חקיקה ראשית דווקא, איני סבורה כי ראוי שבית המשפט יכפה דרך פעולה אחרת. ההסדרה בדרך של חקיקה ראשית אינה נגועה באי-חוקיות כלשהי והיא "משריינת" את הפעלת השר"פ – אם הממשלה תבחר בדרך פעולה זו – מטענות משפטיות בדבר היעדר סמכות בחקיקה ראשית.

9. ואחרי ככלות הכל: לדעת הממשלה, אין מקום, לעת הזו, בהסדרת הנושא. אם וכאשר תחליט הממשלה להסדיר נושא זה, נראה שניתן יהיה לגבש את הדרך המשפטית המתאימה. אם תהיינה לעותרים השגות בעניין זה, אם וכאשר תיבחר דרך ההסדרה, דלתות בית המשפט פתוחות. אף שמלכתחילה הובאה בפנינו סוגיה משפטית, הרי בחלוף הזמן הפכה השאלה לשאלה של מדיניות. משלא קמה עילה להתערבותנו במדיניות הנוכחית של הממשלה, ובכך פתחתי ובכך אסיים, לא ראיתי מקום לקבלת העתירות.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

מצטרף אני לחוות דעתה המפורטת והמעמיקה של חברתי השופטת ד' ברלינר, לפיה יש לדחות את העתירות.

מסכים אני עם קביעתה של חברתי השופטת ברלינר, לפיה המצב הקיים, בו למעשה נמנעת הממשלה מלאפשר את הפעלתם של שירותי רפואה פרטיים בבתי החולים הממשלתיים – למצער עד להשלמת הליך תיאגודם, אין בו כדי לפגוע בזכויות מוקנות של העותרים, בין אם מדובר בזכותו של הציבור הרחב ובין אם בזכויותיו של ציבור הרופאים.

כן מקובלת עליי עמדתה של חברתי השופטת מ' נאור, לפיה לנוכח עמדתה הנוכחית של הממשלה, ולאור חלוף הזמן ממתן חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בעניין, הדיון בחוות דעת זו הופך לתיאורטי, ואין כל מקום להכריע בו.

כפי שמציינות חברותיי, ההכרעה בסוגיה זו אינה פשוטה כלל וכלל, ועיקרה הינו הכרעה ערכית בדבר דמותה הרצויה של מערכת הבריאות בישראל. לא ניתן לומר, כי המצב הנוכחי, שהוא למעשה המשכו של המצב שקיים היה במדינת ישראל מראשיתה ועד לתחילת פעולתו של השר"פ, אינו סביר, במידה הדורשת את התערבותנו לשם חיובה של הממשלה לשנותו. זאת, מבלי להכריע בשאלה האם הסדרת נושא השר"פ בבתי החולים הממשלתיים ניתן להיעשות בהסדרים משניים, או שמא עליו להיות מוסדר בחקיקה ראשית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ד' ברלינר.

ניתן היום, כ"א באדר התשס"ט (17.3.09).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת