

בעניין:

ארגון הרופאים הארצי בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד אליהו קפלן, אפיק דוד, טליה קצב וגילי קרסנטי
מרחוב מנחם בגין 132, תל אביב 6423902, מרכז עזריאלי
טלפון: 03-6000000; פקסימיליה: 03-6000001

העותרת;

- נ ג ד -

1. כנסת ישראל

2. משרד האוצר

3. משרד הבריאות

4. שר האוצר

5. שר הבריאות

6. ממשלת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים

מרחוב צלאח א-דין 29, ירושלים 9711052

טלפון: 02-6708589; פקסימיליה: 02-6708655

ע"י ב"כ עוה"ד דביר אביעם עזרא, עומר זנטי, הילה מזר וסתיו סוויסה

המשיבים;

כתב תשובה מטעם משיבים 1-6

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 1 במרץ 2018 בגדרה ניתן צו על תנאי המורה למשיבים 1-6 (להלן: "המשיבים") לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל פרק הבריאות שבחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2018 ו-2019), התשע"ח-2017 (להלן: "פרק הבריאות שבחוק ההסדרים"), מתכבדים בזאת המשיבים להגיש כתב תשובה מטעמם לעתירה. נוכח האמור בכתב התשובה דגן מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה ולחייב את העותרת בהוצאות התשובה. ההדגשות אינן במקור אלא אם יצוין אחרת.

תוכן עניינים

1. פתח דבר 3
2. תשתית עובדתית- רקע כללי 3-7
3. הרקע לחקיקתו של פרק הבריאות והליך החקיקה 7-10
4. הטיעון המשפטי - ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה 10-19
5. ביקורת שיפוטית על תוכן החקיקה 19-29
6. הסעד 29-30

"..ההיסטוריה
החקיקתית משקפת את
הדמוקרטיה בפעולתה, ועל השופט
להעריך ולכבד הליך זה. חברי
הכנסת מבקשים, בעיקרו של דבר,
לבצע נאמנה את תפקידם. הם
נבחרו הציבור, המבקשים לשרת
את הציבור. הם מתמודדים עם
משימה קשה. חקיקתו של חוק, על
כל שלביו וחלקיו, היא מלאכה
סבוכה ביותר. קל לבקר את חברי
הגוף המחוקק. קשה לבצע את
תפקידם טוב יותר מהם..". (פרופ'
אהרון ברק, פרשנות במשפט –
פרשנות החקיקה, עמ' 723)

פתח דבר

העתירה דן מבקשת לתקוף את חוקתיות פרק הבריאות שבחוק ההסדרים מחמת פגם לכאורה שירד בשורש הליך חקיקתו ובשל הפגיעה הנטענת בזכויות אדם חוקתיות. חקיקתו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים באה לעולם כתוצאה מגידול משמעותי מאוד בשיעור המימון הפרטי עבור הוצאות הבריאות של אזרחי ישראל. הגידול האמור הינו ביטוי לשגשוגה של מערכת הרפואה הפרטית בישראל על חשבונה של מערכת הרפואה הציבורית אשר הובילה לפגיעה ביכולתה של המדינה לקיים שירותי רפואה ציבוריים שוויוניים לטובת כלל אזרחי ישראל. בעקבות זאת, קיימו המשיבים, דיונים אינטנסיביים שתכליתם גיבוש הסדרים לטובת אסדרה מחודשת של מעמדה של הרפואה הפרטית בישראל. המשיבים סבורים כי אף שהליך חקיקתו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים לא היה אופטימלי, הרי שוודאי שלא נפל בו פגם היורד לשורש ההליך אשר עשוי להצדיק את ביטולו. זאת במיוחד לאור פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון לאורך השנים אשר מגלה ריסון שיפוטי רב בכל הקשור לביקורת שיפוטית על הליכי חקיקה. זאת ועוד, המשיבים סבורים כי לא מתקיימות פגיעות משמעותיות בזכויות יסוד חוקתיות, כגון: הזכות לבריאות, חופש העיסוק וחופש החוזים; וככל שמתקיימת פגיעה כלשהי, אין מחלוקת כי פגיעה כאמור עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. מהאמור לעיל, עולה אפוא כי המחוקק נתן את דעתו באופן מעמיק וממצה לפגיעה האפשרית העלולה להיגרם לזכויות יסוד חוקתיות ואימץ הסדרים אשר תכליתם לאזן בין האינטרסים החברתיים והכלכליים הטמונים בחיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית לבין הפגיעה האפשרית אשר עלולה להיגרם לזכויות יסוד בעקבות צמצום הביקוש לשירותי רפואה פרטיים. מכל הטעמים שיפורטו להלן, מתבקש בית משפט נכבד זה לדחות את העתירה על הסף ולחייב את העותרת בהוצאות תשובה זו.

א. התשתית העובדתית

(1) רקע כללי

1. שירותי הבריאות בישראל מסופקים לתושבי ישראל במסגרת שתי מערכות השלובות והכרוכות זו בזו. המערכת הראשונה היא מערכת הרפואה הציבורית המספקת בהתאם לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: "חוק ביטוח בריאות ממלכתי") שירותי רפואה לכלל תושבי ישראל הכוללים: שירותי אשפוז, רפואה בקהילה, מימון תרופות וכיו"ב. חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע כי שירותי הרפואה האמורים צריכים להינתן לתושבי ישראל באמצעות אחת מקופות החולים שבהן הם חברים או

באמצעות בתי החולים הציבוריים השונים הפועלים בישראל. תכליתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי היא להבטיח כי שירותי רפואה יינתנו לכלל תושבי ישראל באופן שוויוני תוך נגישות מלאה לכלל שכבות האוכלוסייה ללא קשר כלשהו לרמת הכנסתם או האמצעים העומדים לרשותם.

2. מערכת הרפואה השנייה היא מערכת הרפואה הפרטית הפועלת בישראל, בין היתר, במסגרת שירותי הבריאות הנוספים (להלן: "השב"ן"). שירותי השב"ן ניתנים במסגרת ביטוחי הבריאות המשלימים הנמכרים על ידי קופות החולים לציבור המבוטחים. ביטוחי הבריאות מאפשרים לקהל המבוטחים לקבל שירותי רפואה אשר אינם כלולים בסל הבריאות הממלכתי או לחלופין הם מאפשרים הרחבה ושדרוג של הזכויות מעבר לשירותים הסטנדרטים הניתנים באופן שוויוני לכלל התושבים. כך למשל, שירותי השב"ן מאפשרים לקבל מקופות החולים, השתתפות במימון ניתוח פרטי אשר המבוטח בחר את המנתח שיבצע אותו תמורת תשלום; השתתפות בעלות התייעצות עם רופאים בישראל או מחוץ לארץ לצורך מתן חוות דעת שנייה; השתתפות במימון תרופות ואביזרים רפואיים אשר אינם כלולים בסל הבריאות; השתתפות במימון בדיקות מגוונות במהלך ההיריון אשר אינן כלולות בסל הבריאות ועוד.

3. המשיבים סבורים כי בשנים האחרונות ניתן לאתר שני כשלי שוק המאפיינים את מערכת הרפואה בישראל. **כשל השוק הראשון עניינו בפערי מידע בין הרופא למטופל.** כשל זה הנובע ממאפייניו הייחודיים של שוק הבריאות הבאים לידי ביטוי בכך שמרבית המטופלים אינם בעלי ידע או הכשרה רפואית מינימלית ולכן הם תלויים בעיקר בידע הרפואי של הרופא לצורך אבחון וטיפול בבעיה הרפואית שלשמה הם פנו אליו. פערי מידע אלה עלולים להעניק לרופא כוח כלכלי בלתי מבוטל אשר יאפשר לו לגבות מחירים חסרי פרופורציה עבור השירות הרפואי, במיוחד באותם מקרים בהם השירות הרפואי שאותו המטופל מעוניין לקבל הכרחי להצלת חיים או לשיפור מובהק באיכות החיים.

4. כשל השוק השני שאותו איתרו המשיבים הוא **קשיחות הביקוש לשירותי בריאות בישראל.** בשל רצונם העז והטבעי של כל המטופלים להשיב את בריאותם לתיקנה, הם עשויים להסכים לשלם כל סכום שאותו יבקשו הרופאים על מנת להציל את חייהם או לשפר את איכותם באופן מובהק. בנסיבות אלה, התברר למשיבים כי בשנים האחרונות, ההוצאה הפרטית של תושבי ישראל עבור שירותי בריאות נסקה בשיעורים חדים בשנים האחרונות, בעוד שההוצאה הציבורית עבור שירותי בריאות קטנה באופן משמעותי בהשוואה לשיעורים הממוצעים הקיימים במדינות OECD. כך למשל, החוקרים ניר קידר, רני פלוטניק וארנון אפק אשר חיברו את נייר העמדה: **מערכת הבריאות בישראל בראי ה-OECD: 2015**, מצאו כי שיעור ההוצאה הפרטית על בריאות בישראל ממשך לעלות והוא מהגבוהים בין מדינות ה-OECD. מנייר העמדה המציג את תמונת המצב נכון לשנת 2015 עולה כי שיעור ההוצאה הפרטית בישראל עומד על 39% בעוד שהשיעור הממוצע של ההוצאה הפרטית לבריאות במדינות הארגון עומד על 27.5%. נייר העמדה של קידר, פלוטניק ואפק מצורף לכתב תשובה זה ומסומן **כנספת 1.**

5. זאת ועוד, על פי נתונים אמפיריים שפורסמו לאחרונה, שיעור הישראלים המבוטחים בביטוח בריאות משלים של קופות החולים זינק בין השנים 1999-2012 משיעור של 50% לשיעור של 80%. כלומר, רק תושבים ממצב סוציו-אקונומי נמוך במיוחד אינם מרשים לעצמם את ההוצאה על הביטוח הזה. ביטוח בריאות פרטי במסגרת חברת ביטוח נפוץ פחות מביטוח בריאות משלים במסגרת קופות החולים, אולם הוא עדיין שכיח למדי. על פי הנתונים הקיימים, יותר מ-40% מהאוכלוסייה מחזיקים בביטוח בריאות פרטי. אחד החששות המרכזיים בהקשר זה הוא, שלפחות בחלק מהמקרים הביטוח המשלים והביטוח הפרטי מהווים כפל ביטוחי, מפני שחברות הביטוח הפרטיות מנצלות את חששותיהם של הלקוחות ומוכרות להם פוליסות הכוללות כיסוי למצבים רפואיים שכבר מכוסים במסגרת הביטוח המשלים.

6. על פי הנתונים, הן ההוצאה הציבורית והן ההוצאה הפרטית על בריאות עלו לאורך השנים (במונחים ריאליים). עם זאת, בין השנים 1997-2015, ההוצאה הפרטית עלתה בשיעור גבוה יותר מההוצאה הציבורית, וגדלה מ-3.9 אחוזים מההכנסה הפנויה של משק הבית הממוצע ל-5.7 אחוזים מההכנסה בפחות משני עשורים. ההוצאה על בריאות מזנקת עם רמת ההכנסה, ומשקי הבית ברמת ההכנסה הגבוהה ביותר (חמישון עליון) משקיעים כמעט פי שלושה ממשקי בית בחמישון ההכנסות התחתון. עם זאת, שיעור העלייה בהוצאות על בריאות קטן יותר משיעור העלייה בהכנסות, כך שההוצאה על בריאות מתוך ההכנסה יורדת עם העלייה בהכנסה. ההוצאה הממוצעת בחמישון העליון עומדת על 4.8 אחוזים מההכנסה, ובחמישון התחתון על 9.5 אחוזים מההכנסה. השיעור הגבוה של הוצאה על בריאות מתוך ההכנסה מטיל עול כבד יותר על משפחות שרמת הכנסתן נמוכה. יתרה מזו, הסכום שהן מוציאות אינו מאפשר להן לרכוש ביטוחים פרטיים באותו שיעור שמסוגלות משפחות שרמת הכנסתן גבוהה. פירוש הדבר הוא שמשפחות רבות בישראל נמצאות בעמדת נחיתות בכל הקשור לקבלת טיפול רפואי ראוי והולם. לפירוט הנתונים, ראו **תמונת מצב המדינה: תרשימים בנושאי חברה וכלכלה בישראל 45-47** (אבי וויס עורך, מרכז טאוב, 2017), המצורף לכתב תשובה זה ומסומן **כנספח 2**.

7. בעשור האחרון חשופה מערכת הבריאות לסיכונים שונים בשל עלייה הולכת וגדלה של שיעור ההוצאה הפרטית במימון שירותי בריאות בישראל. סיבה מרכזית לעליית המימון הפרטי במערכת הבריאות היא אינפלציה בעלות הטיפולים הפרטיים שנובעת משלושה גורמים עצמאיים: הביקוש לשירותי רפואה גדל; חל צמצום ניכר בהיצע כוח האדם הרפואי וקיומו של ביטוח בריאות משלים שאותו מציעות קופות החולים בישראל (השב"י) (ראו דב צ'רנחובסקי, **התפתחויות עכשוויות במערכת הבריאות 6** (מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל, 2017)). העמודים הרלוונטיים מצורפים לכתב תשובה זו ומסומנים **כנספח 3**.

8. זאת ועוד, הגידול החד בביקוש לשירותי בריאות פרטיים גרם להשלכות שליליות במיוחד על מצבה של מערכת הרפואה הציבורית במגוון רחב של הקשרים. כך למשל, בעקבות הביקוש המאמיר לשירותי רפואה פרטיים, חלק משמעותי מרופאים המועסקים במערכת הרפואה הציבורית החליטו לעבור לטפל במטופלים במסגרת השוק הפרטי לאור התמריצים הכלכליים הגבוהים שהוצעו להם בגין מעבר כאמור. ודוק, ככל שיתגבר זרם הרופאים אשר מחליטים להעניק שירותים רפואיים במסגרת השוק הפרטי דווקא, עלולה יציבותה של מערכת הרפואה הציבורית בישראל להתערער. נוסף על כך, הסטת מגוון רחב של טיפולים ממערכת הרפואה הציבורית למערכת הרפואה הפרטית הביא לאובדן הכנסות משמעותי שנגרם למערכת הציבורית ואשר עשוי היה לסייע בגיוס כוח אדם איכותי ובמתן שירותים רפואיים איכותיים יותר לטובת כלל תושבי ישראל באופן שוויוני.

9. עליית קרנה של מערכת הרפואה הפרטית בשילוב העובדה שהיא מציעה תנאים טובים יותר לרופאים, גורמת לעזיבת רופאים מהמערכת הרפואה הציבורית לטובת מערכת הרפואה הפרטית. המשמעות של מגמה זו היא גידול באי שוויון בין אלו שידם משגת שירותי רפואה פרטית לאלו שנסמכים על מערכת הרפואה הציבורית המתקשה לספק שירותים רפואיים סבירים לכלל האוכלוסייה עקב האינפלציה הכללית במחיר שירותי הבריאות ואובדן כוח אדם (ראו: דב צ'רניחובסקי, רוני גמזו וגיא נבון, **גידול ממאיר בהוצאה הפרטית על שירותי הרפואה ובמחיריהם** (מרכז טאוב, 2010)).

10. יודגש, אין המשיבים מבקשים לשלול או לפעול כנגד קיומה של מערכת הרפואה הפרטית בישראל. אין חולק כי בשל העובדה כי המשאבים שיכולה המדינה להשקיע בפיתוח הרפואה הציבורית אינם בלתי מוגבלים, הרי שלעיתים עשויה מערכת הרפואה הפרטית לספק לתושבי ישראל שירותי רפואה מסוימים שאין ביכולתה של המדינה לספק. אולם, המשיבים סבורים כי יש לפעול לאסדרה ראויה יותר של מערכת

הרפואה הפרטית בישראל באופן כזה שלא יחתור תחת מערכת הרפואה הציבורית בישראל כגורם המרכזי והעיקרי אשר תפקידו להעניק שירותי בריאות שוויוניים וראויים לכלל תושבי ישראל.

11. המטרה שלפיה יש לאסדר את שוק הבריאות באופן כזה שיבטיח נגישות שוויונית לשירותי רפואה עבור כלל תושבי ישראל זכתה לעיגון מפורש בדין וחשבון של הוועדה המייעצת לחיזוק הרפואה הציבורית (להלן: "וועדת גרמן"). וועדת גרמן החלה את עבודתה בשנת 2013 והגישה את המלצותיה ביום 25 ביוני 2014. בהקשר זה, מדגישה וועדת גרמן בפתח הדין וחשבון כי "מערכת הבריאות השואפת כי שירותי הבריאות יינתנו באופן שוויוני, על פי צרכים רפואיים ולא על פי יכולת תשלום, אינה יכולה להתעלם מפערים גדלים והולכים בין השירות והזמינות במערכת האספקה הציבורית, הצמאה למשאבים, ובין השירות הניתן לתושבים שיכולים לשלם בעבור ביטוח בריאות פרטי ומסוגלים לממש אותו [...] מערכת בריאות המבקשת לשמור על יעילותה, וכך להשיא למקסימום את שיפור הבריאות של האוכלוסייה כולה במסגרת משאביה, אינה יכולה להתעלם מעליית מחירים והשכר הכרוכים בהתרחבות המימון הפרטי במערכת" (ראו דין וחשבון של וועדת גרמן, עמ' 7 המצורף לכתב תשובה זה ומסומנים כנספח 4).

12. דוח ועדת גרמן הכיר בכך שמערכת הרפואה הפרטית הינה נדבך חשוב במערכת הבריאות בישראל. מערכת הרפואה הפרטית מעניקה שירותי בריאות למבוטחי קופות החולים והיא מהווה תחרות למערכת הרפואה הציבורית שמתמרצת אותה להשתפר ולהיות יעילה ואיכותית יותר. ועדת גרמן סברה כי יש לצמצם את השימוש שעושים אזרחי ישראל במערכת הרפואה הפרטית וזאת ממספר נימוקים: ראשית, מערכת הרפואה הפרטית מערערת את הבלעדיות של מערכת הרפואה הציבורית ולכן גורמת לעליית מחירים למערכת הרפואה הציבורית. שנית, למוסדות רפואה פרטיים קיים תמריץ חזק יותר לטפל במקרים מסוימים שהינם קלים ויעילים כלכלית. המקרים המסובכים שאינם רווחיים מטופלים במסגרת המערכת הרפואה הציבורית בלבד. קביעה אחרונה זו מלמדת מדוע נגרמים למערכת הרפואה הציבורית נזקים כלכליים משמעותיים כתוצאה משגשוגה של מערכת הרפואה הפרטית (כנספח 5 דוח ועדת גרמן, עמ' 88).

13. יתר על כן, במערכת הרפואה הציבורית, הרופא מועסק כשכיר והתשלום עבור הטיפולים הרפואיים והניתוח שבוצעו במסגרת בית החולים מועבר באופן ישיר לבית החולים עצמו בלבד. לעומת זאת, במערכת הרפואה הפרטית, הרופא גובה מהמטופל את התשלום המלא עבור הניתוח ומשלם בנפרד לבית החולים עבור השירותים שהעניק לו (כגון: חדר טיפולים, חדר ניתוח, צוות רפואי וכיו"ב). בהקשר זה, המליצה וועדת גרמן לקבוע גורם יחיד, שיישא באחריות המלאה על המטופל הן מבחינת איכות הטיפול הרפואי והשירות והן מבחינת ההתחשבות והתשלום על הטיפול. הוועדה ממליצה כי המרכז הרפואי עצמו יישא באחריות כוללת זו לטיפול, על כל היבטיו כפי שקורה בבתי חולים ציבוריים. המרכז הרפואי הפרטי הוא שמחזיק ברישיון לפעילותו ממשד הבריאות, וביכולתו להפעיל כלים לבקרה אחידה של איכות הטיפול לכל המטופלים בטיפולים המתרחשים בו. בכך שללה הוועדה את הנוהל הקיים בו הרופא הפרטי משלם לבית החולים בנפרד עבור השירותים שזה העניק לו לצורך מתן טיפול רפואי למטופל (כנספח 6 דוח ועדת גרמן, עמ' 91).

14. כחלק מהמלצת הוועדה לקבוע מנגנוני רגולציה לריסון מערכת הרפואה הפרטית בישראל ובשל הצורך לפקח על עלויות השירותים הרפואיים הניתנים במסגרתה, המליצה וועדת גרמן כי מבטחי הבריאות השונים יידרשו להגיע להסדר מוקדם עם כל רופא המעניק טיפול ללקוחותיהם ולא יוכלו עוד לפעול לפי שיטת החזר לפיה לאחר שהמטופל שילם את עלות השירותים הרפואיים, מעניק לו המבטח החזר של הסכום שאותו שילם (כנספח 7 דוח ועדת גרמן, עמ' 94).

15. עוד קבעה וועדת גרמן כי התרחבות מערכת הרפואה הפרטית נובעת בין היתר כתוצאה מהסטה של

מטופלים ממערכת הרפואה הציבורית למערכת הרפואה הפרטית. הסטה זו משמעה גידול בהוצאה הלאומית על בריאות אך ללא השגת שיפור ממשי בבריאות התושבים (דוח ועדת גרמן, עמ' 90). הסטת מטופלים ממערכת הרפואה הציבורית למערכת הרפואה הפרטית יוצרת תמריץ לרופאים לפעול להאריך באופן מלאכותי את זמני ההמתנה במערכת הרפואה הציבורית ובכך ליצור יתרון נוסף לטיפול במסגרת מערכת הרפואה הפרטית. על כן מסקנת הוועדה הייתה כי בכדי להתמודד עם החשש האמור, נדרשת גולציה קפדנית אשר תאכוף כללים שיאסרו לשדל חולים לעבור ממערכת הרפואה הציבורית למערכת הרפואה הפרטית (כנספח 8 דוח ועדת גרמן, עמ' 132).

(2) הרקע לחקיקתו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים והליך חקיקתו

16. כאמור לעיל, נתונים שנאספו על ידי משיבים 2-5 מלמדים כי בשנים האחרונות גדל שיעור המימון הפרטי עבור הוצאות הבריאות. יתר על כן, הגידול המובהק במספרם של ספקי שירותי הרפואה הפרטיים גרם לעזיבתם של רופאים רבים את מערכת הרפואה הציבורית לטובת מערכת הרפואה הפרטית. מצב זה הוביל הלכה למעשה לפגיעה ביכולתה של המדינה לקיים שירותי רפואה ציבוריים שוויוניים לטובת כלל תושבי ישראל. בעקבות זאת, קיימו המשיבים 4-5 דיונים אינטנסיביים שתכליתם גיבוש הסדרים לטובת אסדרה אפקטיבית של מערכת הרפואה הפרטית בישראל במסגרת חוק ההסדרים לשנים 2018-2019.
17. לאחר מספר דיונים שקיימה בנושא וועדת השרים לענייני חקיקה, הועבר פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים לאישורה של משיבה 6 וביום 1 באוגוסט 2017 הוא הונח על שולחן הכנסת. ביום 2 בנובמבר 2017 אושרה הצעת חוק ההסדרים במליאת הכנסת בקריאה ראשונה והדיון בפרק הבריאות הועבר לוועדת הכספים (להלן: "הוועדה").
18. ביום 21 בנובמבר 2017 התקיים דיון ראשון בוועדה. בדיון השתתפו גם נציגי ציבור והוא ארך למעלה מ-3 שעות. במהלכו הציגו גורמים בכירים במשיבים 4-5 את עיקרי ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים וזאת בליווי מצגת מפורטת בעניין. במסגרת זו, הסבירו גורמים אלה את תכליות ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות וכיצד הסדרים אלה מאפשרים למתן את כשלי השוק הקיימים כיום בשוק הבריאות בישראל. לאחר ההצגה האמורה, הוסברו והוקראו ההגדרות הנכללות בפרק, ולאחר מכן נשמעו התייחסויות והערות חברי הכנסת ונציגי הציבור לעקרונות ההסדר, הסתייגויות ותמיכה.
19. בתום הדיון, ביקש יושב ראש הוועדה, חבר כנסת משה מניעתי מנציגי משיבים 4-5 בוא בדברים עם חברי הכנסת, וזאת על מנת לנסות ולגבש הסכמה בעניין. במהלך השבועות שחלפו מיום הדיון הראשון בוועדה עד לדיון הנוסף בהצעת חוק ההסדרים, קיימו נציגי משיבים 4-5 שיחות תכופות עם חברי הוועדה מסיעות הקואליציה והאופוזיציה וזאת על מנת לגבש הסכמה רחבה על תוכן פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים. **פירוש הדבר הוא, שחברי הוועדה מכל סיעות המרכיבות את המשיבה 1, היו ערים ומודעים לתוכן ההסדרים במוקד פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים וזאת תקופה ארוכה עוד קודם לדיון הנוסף שנקבע בעניין ביום 13 בדצמבר 2017.**
20. אף שהדיון הנוסף בוועדה נקבע ליום 13 בדצמבר 2017, לבסוף נדחה הדיון ליום 14 בדצמבר 2017. יודגש, כי במהלך זמן הדחייה שוחחו, מספר פעמים, נציגי המשיבים 4-5 עם חברי הוועדה בניסיון לגבש נוסח מוסכם של פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים אשר יגשים את המטרות שאותם ביקשה משיבה 6 לקדם. זאת ועוד, ניסיון לגבש נוסח מוסכם וסופי על דעת כל חברי הוועדה נמשך גם ביום למחרת, עוד טרם הדיון הנוסף בוועדה עצמה. לשון אחר, כל חברי הוועדה היו ערים ללבטים השונים שהיו כרוכים בניסוח הסופי של ההסדרים הקיימים בפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים ולמדו עליהם זמן רב עוד

טרם כינוסה של הוועדה ביום 14 בדצמבר 2017.

21. ביום 14 בדצמבר 2017 בשעות הבוקר, העבירו נציגי משיבה 4 ליועצת המשפטית של הוועדה, עו"ד תמר רפואתי, את הנוסח של עיקרי ההסדרים הכלולים בפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים. בהמשך אותו יום, בסמוך לשעה 19:00 בערב, העבירו נציגי משיבה 4 לעו"ד רפואתי נוסח סופי של פרק הבריאות אשר כללו שינויים נוספים בהשוואה לנוסח שהועבר בבוקר של אותו יום. ודוק, אף שהנוסח הסופי שהועבר בשעות הערב שונה מהנוסח שהועבר בשעות הבוקר של אותו יום, לא חל שינוי בעיקרי ההסדרים שאותם ביקשה משיבה 6 כי יאושרו על ידי חברי הוועדה.

22. בשלב זה, קיימה הוועדה דיונים בחלקים שונים של הצעת חוק ההסדרים שאינם נוגעים לפרק הבריאות. הדיון השני בוועדה בפרק הבריאות החל לקראת חצות. בתחילת הדיון התלוננו נציגי סיעות האופוזיציה על כך שהנוסח המעודכן של פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים הועבר מספר שעות ספורות לפני הדיון עצמו. במענה לתלונות חברי הוועדה, ציינו נציגי משיבים 4-5 כי על אף לוחות הזמנים הקצרים, לא קיימת מניעה מלאשר את פרק הבריאות בהצעת חוק התוכנית הכלכלית. לדבריהם, **"לגבי הפרק שהונח כאן כרגע בפני הוועדה הוא מבוסס על הכחול [הצעת החוק המקורית] והוא כולל מספר שינויים, שאת השינויים התכוונו להסביר כאן במסגרת הדיון. יודגש כי לא מדובר בשינויים רבים וחלק מהשינויים המוצעים הם שינויי נוסח בלבד"**.

23. עם זאת, בניגוד לטענת חלק מחברי הוועדה כי נוסח פרק הבריאות המעודכן שבהצעת חוק ההסדרים הועבר לעיונם לראשונה סמוך לדיון הנוסף בוועדה, בפועל חברי הוועדה היו ערים לתוכן ההסדרים שבועות ארוכים קודם לדיון האמור ונטלו חלק פעיל ביותר בגיבוש הנוסח המוסכם על דעת כל חברי הוועדה. כך למשל, ח"כ רוני אספירין מסיעת המחנה הציוני ציין כי הנוסח הסופי של פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים הובא לידיעתו לפני פרק זמן קצר מבלי שניתנה לו שהות מתאימה ללמוד את תוכנו. אולם, בכלי התקשורת פורסם כי מספר ימים לפני כינוסה של הוועדה, פנה מר יעקב נורופין, שתדלן מטעם ארגון הרופאים של בית החולים הציבורי לרפואה מתקדמת לחבר הכנסת אספירין וביקש להיפגש עמו, על מנת להציג בפניו את עמדת הארגון בקשר לפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים. פגישה כאמור התקיימה בין הצדדים ביום 13 בדצמבר 2017.

24. זאת ועוד, בפתח הדיון הנוסף בוועדה, ציינה חברת הכנסת זהבה אקמולי כי לא ניתן לנהל דיון ענייני בפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים מבלי שניתן לחברי הוועדה פרק זמן הולם ללמוד את תוכנו. אולם, לקראת הדיון הנוסף בוועדה, פורסם בכלי התקשורת השונים כי בן זוגה של ח"כ אקמולי, מר זאב אופטלגין, מכהן כראש מחלקת אורתופדיה בבית החולים הציבורי לרפואה מתקדמת ובעל קליניקה פרטית מצליחה בתל אביב. ניתן להניח כי בשל עיסוקו של בן זוגה, חברת הכנסת אקמולי הייתה ערה היטב לתוכנם של ההסדרים ולהשלכותיהם על מעמדה של הרפואה הפרטית בכלל ועל מצבה העתידי של הקליניקה הפרטית של בן זוגה, בפרט.

25. **נמצאנו למדים, כי בניגוד לטענותיה של העותרת בהקשר זה, כל חברי הוועדה, הן מהקואליציה והן מהאופוזיציה, היו ערים היטב לתוכן ההסדרים שבפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים ונטלו חלק פעיל בגיבוש הנוסח הסופי שלו שבועות רבים טרם שהובא לדיון נוסף בוועדה.**

26. לאחר שהשמיעו חלק מחברי הוועדה את התנגדותם לקיום הדיון בפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים בנסיבות הנוכחיות והתנגדותם נדחתה על ידי יושב ראש הוועדה, חבר הכנסת משה מניעתי, עזבו חברי הוועדה מסיעות האופוזיציה את חדר הוועדה ואילו חברי הוועדה מסיעות הקואליציה נותרו בישיבה

לצורך הדיון. יודגש, כי חברי הוועדה מסיעות האופוזיציה היו מודעים היטב לכך שבעוזבם את ישיבת הוועדה לא יוכלו ליטול חלק בהליך החקיקה של פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים.

27. הדיון בפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים החל בשעה 23:00 ביום 14 בדצמבר 2017 ונמשך למעלה מ-8 שעות והסתיים בבוקרו של יום ה-15 בדצמבר 2017. כלומר, אין מחלוקת כי משך הדיון הארוך בנושא מלמד כי לובנו מחלוקות שונות ומגוונות הקשורות לפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים. בניגוד לטענת העותרת, התקיים דיון מפורט וענייני בכלל הסוגיות הנוגעות לפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים. יתר על כן, במסגרת הדיון הארוך שהתנהל בנושא, השיבו נציגי משיבים 4-5 למגוון רחב של שאלות שהופנו אליהם על ידי חברי הוועדה בנושא. עיון בפרוטוקול מצביע על כך שכל חבר וועדה שהשתתף בדיון יכול היה בסיומו לגבש עמדה ולדעת היטב על מה הוא מצביע. לפיכך, ובניגוד לטענת העותרת, חברי הוועדה שנכחו בדיון על אישור פרק הבריאות שבחוק ההסדרים, נטלו חלק פעיל ביותר בגיבושו של הנוסח הסופי של דבר חקיקה זה והיו ערים היטב למשמעויות החברתיות והכלכליות שלו טרם ההצבעה.

28. כאמור לעיל, הדיון בפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים נמשך למעלה מ-8 שעות ואושר על ידי חברי הוועדה לקריאה שנייה ושלישית ביום 15 בדצמבר 2017 בשעה 07:05. ביום 21 בדצמבר 2017, בדיון שנמשך אל תוך הלילה, אושרה הצעת חוק ההסדרים במליאת הכנסת, בקריאה שנייה ובקריאה שלישית.

29. המשיבים סבורים כי בניגוד לטענת העותרת בנסיבות הנוכחיות לא נפגעה זכות ההשתתפות של חברי הכנסת והללו היו ערים היטב לתוכן ההסדרים הכרוכים בפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים ולכלל המשמעויות הנלוות אליו. יתר על כן, כאשר הליך הטיפול בפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים נמשך קרוב לחמישה חודשים, דיון והצבעה בקריאה ראשונה במליאת המשיבה 1, שני דיונים ממושכים בוועדה ודיון והצבעה בקריאה שנייה ושלישית – לא ניתן לומר כי לחברי הכנסת בכלל ולחברי הוועדה בפרט לא ניתנה כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים. בנסיבות הנוכחיות, גם לא ניתן לטעון כי נשללה מחברי הוועדה אפשרות מעשית לגבש עמדה מהותית בקשר עם הצעת החוק.

30. ובהקשר זה, חשוב לתת את הדעת על ההתנהלות היומיומית במסדרונות הכנסת. אמנם המקום הרשמי לדיון בעמדותיהם של חברי הכנסת הוא סביב שולחן וועדת הכספים, אולם בעניינים בעלי תהודה ציבורית רבה, מתקיימים כל העת שיג ושיח שאינם פורמליים בין חברי הכנסת עצמם ובין לבין אנשי מקצוע. כך למשל, מתקיימות "שיחות מסדרון" אשר תורמות לגיבוש עמדתם של חברי הכנסת. המשיבים סבורים כי קיומו של שיג ושיח בלתי פורמלי צריך להילקח בחשבון על ידי בית משפט נכבד זה בבואו לבחון את השאלה האם יש לקיים ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של הכנסת.

31. זאת ועוד, בל נשכח כי ההסדרים הכלולים בפרק הבריאות שהצעת חוק ההסדרים עמדו במוקד של דיון ציבורי ער, לרבות במסגרת אמצעי התקשורת השונים. מטבע הדברים, להסדרים האמורים ישנן משמעויות חברתיות וכלכליות מרחיקות לכת על כלל תושבי ישראל, לכן קיים קושי לקבל את טענות העותרת שלפיהן חברי הוועדה לא היו ערים, קודם לדיון הנוסף בוועדה, לתוכן הוראות פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים ולא ניתנה להם שהות מתאימה ללמוד אותן. ניתן להניח כי חברי המשיבה 1 בכלל וחברי הוועדה בפרט, נטלו חלק פעיל בדיון הציבורי הער שהתקיים בנושא, ולכן היו ערים היטב לתוכן ההסדרים שבפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים זמן רב קודם לדיון הנוסף בוועדה.

32. מן המקובץ מתבררת המסקנה הבאה: ההסדרים הכלולים בפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים לובנו ונידונו על ידי חברי המשיבה 1 וחברי הוועדה במשך תקופה ארוכה עוד קודם לדיון הנוסף בוועדה. חברי הוועדה מכלל הסיעות המרכיבות את משיבה 1 נטלו חלק פעיל בעיצוב הוראותיו בשיתוף פעולה הדוק עם

נציגי המשיבים 4-5 וזאת במשך שבועות ארוכים טרם הדיון הנוסף בוועדה לקראת קריאה שנייה ושלישית. יתר על כן, הדיון הארוך שהתקיים בוועדה ביום 14 בדצמבר 2017 ואשר נמשך למעלה מ-8 שעות מלמד כי חברי הוועדה דנו בפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים באופן מקיף וענייני לאחר שניתנה לכל חבר וועדה האפשרות ללמוד את תוכן ההסדרים הכלולים בו ולאחר שלובנו כל המחלוקות הכרוכות בו. בנסיבות אלה, יש לדחות את טענות העותרת שלפיהן נשללה מחברי הוועדה אפשרות ממשית לגבש עמדה מהותית בקשר לדבר חקיקה זה.

ב. הטיעון המשפטי

(א) ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה

(1) טענות העותרת

33. לטענת העותרת, הפגמים בהליך החקיקה פגעו **בעקרון ההשתתפות** של חברי המשיבה 1 במידה היורדת לשורשו של ההליך. העותרת סבורה כי חברי המשיבה 1 לא קיבלו הזדמנות נאותה לגבש עמדתם ביחס לפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים, עקב חקיקתו בהליך מואץ במסגרת חוק ההסדרים ולא במסגרת חקיקה רגילה. עוד טוענת העותרת, כי חקיקת פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים הייתה כרוכה בהצגת תשתית עובדתית חסרה והנוסח הסופי של פרק הבריאות בהצעת חוק ההסדרים הועבר ברגע האחרון ובעת שהוועדה דנה בעניינים אחרים כך שלא התאפשר לחברי הוועדה ללמוד את הנוסח המעודכן. העותרת מוסיפה וטוענת כי הדיון בוועדה התקיים בהרכב חסר לאחר שחברי הוועדה מסיעות האופוזיציה עזבו את הדיון ובלא שהשתתפו בדיון נציגי ציבור שונים.

34. ייאמר מיד, כי גם אם תתקבל הטענה כי חקיקת פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים הייתה כרוכה בהליך מזוהז, וודאי אין לומר כי לא עמדה לחברי המשיבה 1 אפשרות מעשית להשתתף בו בהליך החקיקה. זאת ועוד, גם אם אכן נוסחו הסופי של פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים הועבר לעיון חברי הוועדה סמוך למועד קיומו של הדיון הנוסף בוועדה, אין מחלוקת כי לא חל שינוי מהותי בתוכן ההסדרים שהיה ידוע ומוכר לחברי הוועדה בהצעת חוק המקורית כפי שהונחה על שולחן המשיבה 1 ביום 1 באוגוסט 2017. זאת ועוד, חברי הוועדה מסיעות האופוזיציה בחרו **באופן מודע** שלא ליטול חלק בדיון הנוסף בוועדה ולא להגשים את זכות ההשתתפות הנתונה להם כדי להשפיע על הליך החקיקה. בהינתן העובדה כי מדובר בבחירה מודעת אשר מטבע הדברים חברי הוועדה היו ערים למשמעויותיה, לא קיימת הצדקה להורות על ביטולו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים.

35. העותרת סומכת את ידיה על ההלכה שיצאה לאחרונה מבית משפט נכבד זה בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו) (6.8.2017) אשר קבעה כי הליך החקיקה צריך להיות מעוצב כך שלא די שתינתן לחברי הכנסת האפשרות לדעת על מה הם מצביעים, אלא הליך החקיקה צריך להיות מעוצב באופן כזה שיאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית אודות הצעת החוק ולהבין באופן מעמיק את תכני ההסדרים הנתונים להכרעתם (ראו פסקה 59 לפסק דינו של כב' השופט סולברג). כפי שיורחב להלן, המשיבים סבורים כי ההלכה שיצאה מבית משפט נכבד זה מהווה סטייה משמעותית מההלכה שנקבעה בבג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004). הסטייה אף מהווה חריגה משורה ארוכה של פסקי דין שבהם לא התערב בית המשפט הנכבד בהליכי חקיקה על יסוד פגמים דומים ואף חמורים יותר מאלה שעמדו לבחינת בית המשפט בעניין קוונטינסקי ואלה הנוגעים לענייננו.

36. זאת ועוד, ההלכה שנפסקה בעניין **קוונטינסקי** יוצרת שינוי יסודי במישור הכוחות והיחסים שבין משיבה 1 לבית משפט נכבד זה והלכה למעשה היא חותרת תחת עקרון הפרדת הרשויות שלפיו על הרשות השופטת להימנע להתערב בענייניה הפנימיים של משיבה 1 מחמת עצמאותה של הרשות המחוקקת וייחודה כגוף הנבחר של העם. לפיכך, הדגישה פסיקת בית המשפט העליון מזה שנים ארוכות כי ככל שתתקיים ביקורת שיפוטית שכזו על הליכי חקיקה פנימיים היא תיערך בריסון רב, על מנת למנוע **פוליטיזציה של השפיטה** (ראו בג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197, 203 (1982)).

(2) ההלכה הפסוקה בעניין ביקורת שיפוטית על הליכי חקיקה

37. כאמור לעיל, פסק הדין בעניין **קוונטינסקי** סותר הלכות **קודמות ותיקות ועקביות**. הלכה פסוקה היא כי בית המשפט מוסמך להתערב בסוגיות מנהליות הנוגעות להליך החקיקה בבית המחוקקים, אולם היקף הביקורת השיפוטית בעניינים מהסוג האמור הוא צר במיוחד. בית משפט נכבד זה חזר והדגיש כי ההתערבות השיפוטית בהחלטות מנהליות הפנימיות של משיבה 1 תיערך בריסון רב, וכי מרחב ההתערבות יהיה מצומצם עוד יותר כאשר מדובר בהליכי חקיקה (ראו בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868, 873 (1989)); פסק הדין בעניין מיעארי מצורף לכתב תשובה זה ומסומן **כנספח 9**

38. על רקע הריסון הרב שבו נוקט בית משפט נכבד זה בקשר עם ביקורת שיפוטית על חקיקה פנימיים, נקבע בפרשת **ארגון מגדלי העופות** מבחן מצמצם במיוחד שלפיו התערבותו של בית המשפט מוגבלת למקרים חריגים אשר בהם נפל **פגם היורד לשורש ההליך**. כלומר, מדובר **"בפגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי"** (פרשת ארגון **מגדלי העופות**, פסקאות 16-18 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש).

39. טענה לאי חוקתיותו של חוק בשל פגם בהליכי חקיקתו השייכת לקטגוריה של ביקורת חוקתית מוסדית-דיונית, אמורה להיבחן תוך התבססות על בחינת הפרה של הוראה הקבועה בחוקי היסוד, או למצער על פגיעה מהותית וקשה בערכי יסוד ועקרונות יסוד המשתמעים מחוקי היסוד, אשר המבנה החוקתי של ישראל מושתת עליהם. יחד עם זאת להבדיל מנורמות העוסקות בזכויות אדם אשר נבחנות ברמת הפשטה גבוהה, התאמה למציאות המשתנה וגזירת זכויות משנה קונקרטיות מזכויות כלליות, הרי שנורמות מוסדיות דיוניות אמורות מטבע הדברים להיות קונקרטיות ומפורשות ביותר. לכן, האפשרות של ביקורת שיפוטית כאשר מדובר בפגיעה בערכי יסוד לא כתובים היא מצומצמת במיוחד. המשיבים סבורים כי העותרים כשלו בהצבעתם על נורמה חוקתית ספציפית שהופרה – נורמה המעוגנת בחוק יסוד, או למצער, הצבעה על פגיעה מהותית וקשה בעקרונות יסוד של משטרנו החוקתי הנוגעים להליך החקיקה. בענייננו, לא הופרו הוראות הכתובות בחוק יסוד: הכנסת, כמו כן לא הופרה כל הוראה אחרת מוסדית דיונית המעוגנת בחוק רגיל או אפילו בתקנון הכנסת.

40. בפרשת **מגדלי העופות** הדגיש בית המשפט הנכבד כי "לא כל הפרה של כללים החלים על הליכי חקיקה משפיעה על תוקף החוק ומצדיקה התערבות שיפוטית". רק הפרה היורדת לשורשו של העניין המתאפיינת בפגיעה עמוקה בעקרונות היסוד של הליך החקיקה מצדיקה ביקורת שיפוטית על ידי בית משפט נכבד זה. בפרשת מגדלי העופות נקבע כי עקרונות יסוד אלה כוללים את עקרון הכרעת הרוב, עקרון השוויון הפורמאלי, עקרון הפומביות ועקרון ההשתתפות (שלפיו לכל חבר כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה) (ראו פרשת **מגדלי העופות**, עמ' 43; לדיון ראו איתי בר-סימן-טוב "דיני חקיקה" עיוני משפט לו 645, 710-702 (2016)).

41. באותו עניין, הדגיש בית המשפט הנכבד כי ביטול חקיקה מחמת פגיעה בעקרון ההשתתפות מוגבל למקרים

של פגיעה קשה וניכרת בעקרון ההשתתפות אשר שללה מחבר כנסת כל אפשרות מעשית לגבש עמדתו. פגיעה שכזו, תתרחש רק במקרים קיצוניים מאוד, אם בכלל. בהקשר זה, מציינת כב' השופטת בייניש כי **"קשה לכאורה להעלות על הדעת מה יהיו המקרים הקיצוניים, אם בכלל, שבהם היקף הנושאים בהצעת החוק יהיה כה רב, והליך החקיקה יהיה כה מזוהז, עד כי יהיה מקום לקבוע כי נשללה מחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים... רק במקרים קיצוניים ונדירים כאלה, אשר נקווה כי במציאות הפרלמנטרית שלנו אינם צפויים, לא יהיה מנוס מהמסקנה כי נשללה למעשה מחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק וכי יהיה מדובר בפגיעה קשה וניכרת בעקרון ההשתתפות בהליך החקיקה"** (ראו פרשת מגדלי העופות, עמ' 50-51).

42. ביסוד המבחן המצמצם עומדת הסברה שלפיה אין להטיל על הליך החקיקה בכנסת דרישות דומות לאלה המוטלות על הליך קבלת החלטות ברשות מנהלית, נוכח מעמדה המיוחד של המשיבה 1. בהתאם, פגם היורד לשורשו של עניין בפעולתה של רשות מנהלית, לא יימצא כיורד לשורשו של הליך אם נעשה במסגרת הליך חקיקה של הכנסת. **נמצאנו למדים, כי הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה של הכנסת אינה בוחנת האם ההליך עומד בדרישות לקיום הליך חקיקה נאות, אלא היא מוגבלת אך ורק לזכותם של חברי הכנסת להשתתף בהליך החקיקה. הא ותו לא** (ראו פרשת מגדלי העופות, עמ' 55).

43. פירוש הדבר הוא כי תכלית הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה מוגבלת אך ורק לאכיפת זכותם של חברי המשיבה 1 להשתתף בהליך האמור ולא יותר מכך. כלומר, אין בנמצא דרישה להבטיח כי התקיים הליך חקיקה נאות ודיון מעמיק וממצה. שכן חובה כאמור אינה נתונה לביקורת שיפוטית אלא לביקורת ציבורית ופרלמנטארית. היטיבה לתאר זאת כב' השופטת בייניש בפרשת מגדלי העופות בכתבה כי **"תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אינו להבטיח כי בכנסת יתקיים הליך חקיקה אופטימאלי. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אף אינו להבטיח כי יתקיים בכנסת דיון אחראי ושקול בכל הצעת חוק... לפיכך יגביל בית המשפט את ביקורתו השיפוטית על הליך החקיקה להגנה על זכותם של חברי הכנסת, הנגזרת מזכותם של שולחיהם הבוחרים ומעקרון הייצוג להשתתף בהליך החקיקה. אולם, משניתנה לחברי הכנסת במסגרת הליך החקיקה אפשרות מעשית להשתתף בהליך, אלא שהם בחרו שלא לממשה, לא יהיה זה מתפקידו של בית המשפט לחייבם לעשות כן"** (ראו פרשת מגדלי העופות, עמ' 54).

44. כעת, בפסק הדין בעניין קוונטינסקי נקבע מבחן שונה לגמרי לביטול חוק מחמת פגמים בהליך חקיקתו, אשר עניינו בבחינת אופן ניהול הדיון בהצעת החוק ונסיבות ההליך ותכליתו **"לבחון אם אמנם ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לקיים דיון כדבעי" והאם "ניתנה להם האפשרות להשתתף אקטיבית בדיון ולקיים מהלך מחשבתי של גיבוש עמדה מושכלת, ולו באופן מינימאלי"** (פסקאות 79-80 לפסק דינו של כב' השופט סולברג בעניין קוונטינסקי). בית המשפט הנכבד הוסיף וקבע שורה ארוכה של אינדיקציות באשר לנסיבות הליך החקיקה, כגון: משך הדיון, והאם היה מידתי ביחס לארכה של הצעת החוק, למורכבותה ולהיקף השלכותיה... תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק... פרק הזמן מעת העברת הצעת החוק, ולמצער עיקרי הסדריה או מרביתם, לעיון חברי הכנסת עד למועד הדיון (פסקה 80 לפסק הדין של כב' השופט סולברג בעניין קוונטינסקי).

45. נמצאנו למדים כי בעוד שהלכת מגדלי העופות הדגישה כי תכלית הביקורת השיפוטית היא רק להבטיח את קיומו של עקרון ההשתתפות אשר יאפשר לחברי המשיבה 1 אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר עם הצעת החוק, הרי שהלכת קוונטינסקי מבקשת לקבוע מבחן משפטי חדש שאין לו תקדים בפסיקת בית המשפט העליון, על פיו יש לבחון האם ניתן היה לקיים **"דיון כדבעי"** ו**"דיון מינימאלי ראוי"**. כלומר, בעוד

שבעניין מגדלי העופות הבהיר בית המשפט הנכבד כי פגיעה בלבד באפשרות לגבש עמדה, במובחן משלילתה, עקב עריכת דיון בהליך חקיקה מזוה, אינה עולה כדי פגיעה קשה וניכרת בעקרון ההשתתפות; הרי שבעניין קוונטינסקי נקבע כי די בכך שההליך לא אפשר למשתתפים "להשתתף אקטיבית בדיון, ללבן ולשקול, לחשוב, להביע דעה ולקיים דיון מינימאלי ראוי לשמו" כדי להנביע את המסקנה כי קיים פגם היורד לשורשו של הליך החקיקה (פסקאות 79 ו-93 לפסק דינו של כב' השופט סולברג).

46. לשון אחר: המבחן שנקבע בעניין קוונטינסקי מבטא למעשה ביקורת שיפוטית על הליך מנהלי ובוחר באופן פרטני את אופן ניהול ההליך. אולם, בכך סטה בית המשפט הנכבד מן ההלכה שלפיה אין להטיל על משיבה 1 את החובות המוטלות על רשות מנהלית לרבות החובה לקיים "הליך חקיקה נאות". עמד על כך כב' השופט מזוז בדעת המיעוט בעניין קוונטינסקי בכותבו: "אף שחברי השופט סולברג מציג בחוות דעתו את עמדתו כיישום של ההלכה הנוהגת בסוגיה זו (הלכת מגדלי העופות), הרי שמדובר כאמור, הלכה למעשה, בגישה המהווה שינוי מהותי של ההלכה. מדובר אפוא בשינוי מרחיק לכת במערכת היחסים העדינה והרגישה שבין בית המשפט לבין הכנסת, בתפקידה המרכזי כבית המחוקקים – מתפקיד של שמירת "כללי המשחק" הדמוקרטיים-פרלמנטריים" (עקרונות היסוד של משטרנו הפרלמנטרי והחוקתי) לתפקיד של ביקורת פרטנית על איכות דיוניה של הכנסת כבית מחוקקים. בכך מתעלמים חבריי "מההבדל הקרדינלי" בין עקרון ההשתתפות לבין תפיסת "הליך חקיקה נאות", עליו עמד בית משפט זה בהלכת מגדלי העופות ובפסיקה העקבית שבעקבותיה" (פסקאות 3-4 לפסק דינו של כב' השופט מזוז בעניין קוונטינסקי).

47. בשולי הדברים יודגש, כי בעוד שבעניין קוונטינסקי, הפרק על מיסוי דירה שלישית הינו מורכב ודורש מומחיות כלכלית מיוחדת על מנת לגבש עמדה אודותיו, הרי שבעניינו הוראותיו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים אינן מורכבות כלל ועיקר. בהקשר זה, אנו מפנים לדבריו של פרופ' אהרון ברק אשר כתב את הדברים הבאים: "ההיסטוריה החקיקתית משקפת את הדמוקרטיה בפעולתה, ועל השופט להעריך ולכבד הליך זה. חברי הכנסת מבקשים, בעיקרו של דבר, לבצע נאמנה את תפקידם. הם נבחרו הציבור, המבקשים לשרת את הציבור. הם מתמודדים עם משימה קשה. חקיקתו של חוק, על כל שלביו וחלקיו, היא מלאכה סבוכה ביותר. קל לבקר את חברי הגוף המחוקק. קשה לבצע את תפקידם טוב יותר מהם..." (אהרון ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 723 (1993))

48. מהמקובץ עולה, כי ההלכה בעניין קוונטינסקי הינה הלכה חדשה שאינה עולה בקנה אחד עם ההלכה שנקבעה בפרשת מגדלי העופות ואשר הנחתה את בית משפט נכבד זה בעתירות רבות אשר תקפו את חוקתיות הליך החקיקה במשיבה 1.

(3) הפגמים שנפלו בהליך החקיקה דנו, ככל שהיו כאלה, אינם חמורים יותר מאלה שנידונו בעתירות קודמות על ידי בית משפט נכבד זה

49. כפי שיורחב להלן, בעוד שהעותרת משליכה את יהבה על הלכת קוונטינסקי ומשמעויותיה על ההליך דנו, חשוב להדגיש כי בעתירות אחרות שנידונו על ידי בית משפט נכבד זה התבררו פגמים דיוניים חמורים פי כמה מאלה שבהליך דנו, ואף על פי כן נקבע כי יש לדבוק בהלכת מגדלי העופות ודינן של העתירות להידחות.

50. כך למשל, בבג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 7.2.2005) נטען כי חוק

ההסדרים לשנת 2004 הינו "חוק מקיף ביותר שיוצר הסדרים עיקריים ומשמעותיים בתחומים נרחבים של חברה וכלכלה, נתקבל באופן חפוז, תחת לחץ פוליטי, ללא השקילה הראויה ובהיעדר שקיפות וביקורת, וכי לא ניתנה לחברי הכנסת אפשרות של ממש להתעמק בתכניו, להבינם ולקיים הצבעה מושכלת ואחראית בנוגע לסעיפיו השונים" (פסקה 5). העתירה נדחתה. בפסק הדין שניתן מפי הנשיא ברק, סקר הנשיא את ההלכה בעניין מגדלי העופות וקבע כי "אף אם יוכח כי הליך החקיקה מנע קיומו של דיון מעמיק וממצה ופגע ביכולתם של חברי הכנסת לגבש עמדה מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק, אין די בכך כדי להצדיק התערבות שיפוטית" (פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא ברק). פסק הדין בעניין **האגודה לזכויות האזרח מצורף לכתב תשובה זה ומסומן כנספח 10.**

51. בבג"ץ 4927/06 **ההסתדרות הרפואית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 25.9.2007) נידון תוקפו של תיקון לפקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א-1981 שנעשה במסגרת חוק ההסדרים לאותה שנה. בעתירה נטען בין היתר כי הנושא אינו נמנה עם הנושאים התקציביים שעבורם נועד חוק ההסדרים וכי הליכי החקיקה היו חפוזים והחוק התקבל ללא כל דיון בדבר השלכותיו המרחיקות לכת. ראוי להדגיש כי וועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת דנה בהצעה והחליטה שלא לאשרה לקריאה שנייה ושלישית משום שסברה כי הנושא מחייב דיון מעמיק ואין הוא מתאים להיכלל במסגרת חוק ההסדרים. אף על פי כן, החוק אושר במליאה בקריאה שנייה ושלישית. לאור זאת, נטען בעתירה כי החוק התקבל תוך פגיעה קשה בעקרון ההשתתפות ועקרון הפומביות של הליך החקיקה. למרות כל זאת, גם עתירה זו נדחתה על ידי הנשיאה בייניש תוך שהיא מציינת כי אף שהיה ראוי להסדיר את הנושא האמור במסלול החקיקתי הרגיל תוך קיום דיון ראוי בפרטי ההסדר המוצע והשלכותיו, ולא באמצעות המסלול החקיקתי של חוק ההסדרים, אין לומר כי במקרה דנן נפל פגם בהליך החקיקה היורד לשורש העניין. פסק הדין בעניין **ההסתדרות הרפואית מצורף לעתירה זו ומסומן כנספח 11.** ודוק הדברים הם מכוח קל וחומר. אין ספק כי הפגם הדיוני שנידון בעניין **ההסתדרות הרפואית** עולה לאין שיעור על הפגמים הדיוניים, ככל שהיו כאלה, במסגרת הליך החקיקה של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים. אף על פי כן, קבע בית משפט נכבד זה כי לא נפל פגם היורד לשורש הליך חקיקה תקין.

52. בבג"ץ 7557/13 **לשכת רואי החשבון נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 12.5.2014) נידונה עתירה בעניין ביטול פטור ממס שבח לדירת מגורים במסגרת חוק ההסדרים לשנת 2014. באותו עניין נטען כי "תיקון מרכזי שכזה, המשנה סדרי עולם בתחום המקרקעין צריך להיערך במסגרתה של חקיקה רגילה ולא במסגרת הליך חקיקה מזוהז של חוק ההסדרים, וזאת במיוחד לאחר שהצעת חוק דומה קודמת שנידונה בהליך רגיל נכשלה. כמו כן, נטען בעתירה כי הצעת החוק אושרה בוועדה "מבלי שניתנה לנוכחים אפשרות לקיים דיון מושכל [...] ומבלי שניתנה לחברי הכנסת האפשרות להבין את הנושאים הנדונים לאשורם ולקיים לגביהם שקלא וטריא ראויים" (פסקה 2 לפסק הדין). גם עתירה זו נדחתה מהטעם שלא נמצא כי נפל פגם היורד לשורש הליך החקיקה התקין. פסק הדין בעניין **לשכת רואי החשבון מצורף לכתב תשובה זה ומסומן כנספח 12.**

53. המסקנה העולה מהרצאת הדברים היא כי הפגמים הנטענים בהליך החקיקה במקרה דנן אינם שונים או חמורים יותר, בסוגם או בעוצמתם, מאלה שנידונו בפרשת **מגדלי העופות** ובעתירות שפורטו לעיל ושעסקו בסוגיה דנן. כאמור לעיל, כל העתירות הללו נדחו על ידי בית המשפט הנכבד תוך שנקבע כי אין בפגמים שנטענו בכדי ללמד על פגיעה מהותית בעקרון ההשתתפות ובאפשרות המעשית שניתנה לחברי המשיבה 1 לגבש עמדה בקשר עם הצעת החוק (להרחבה, ראו פסקה 35 לפסק דינו של כב' השופט מזוז בעניין **קוונטינסקי**).

(4) ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה מנקודת המבט של המשפט המשווה

54. בבסיסה של התפיסה שלפיה פעילותו של הפרלמנט כפופה אך ורק לנורמות הפנימיות שהוא קובע לעצמו עומד הרעיון של עצמאות הפרלמנט. המושג נולד באנגליה של סוף ימי הביניים, והתייחס לחופש הפעולה שתבע לעצמו הפרלמנט מפני התערבותו של המלך והתערבותם של בתי המשפט. במקביל לביצור עצמאותו של הפרלמנט וכחלק ממנה התבסס במשפט האנגלי העיקרון שלפיו עניינים פנימיים (internal proceedings) נידונים באופן בלעדי במסגרת הבית. לעקרון ה-internal proceedings שני פנים: חופש פעולה מוחלט לנבחרים, שמתבטא בהענקת חסינות, ועצמאות בקביעת הנהלים הפנימיים ובניהול הפנימי ללא כל התערבות חיצונית.

55. פסק הדין המבטא בצורה החריפה ביותר את הגישה האנגלית, שלפיה בית המשפט מנוע מלהתערב בהליכים פנימיים אפילו במחיר כבד של פגיעה בעקרונות יסוד של המשטר הייצוגי הוא פסק הדין בעניין *Bradlaugh v. Gosse*, 12 Q.B.D 271 1883-1884. במקרה זה אסר הפרלמנט האנגלי על העותר להישבע אמונים בשל היותו אתאיסט. יושב ראש הפרלמנט אף מנע את כניסתו לבית עד שיחדל מניסיונותיו להצהיר אמונים. העותר טען בבית המשפט כי החלטתו של יושב ראש הפרלמנט מנוגדת מפורשות לחוק הפרלמנט המחייב נבחר להישבע אמונים. בית הלורדים דחה את העתירה בקבעו כי הנושא הוא חלק "מהליכי הפרלמנט", שלגביהם הפרלמנט הוא השופט היחיד (להרחבה, ראו סוזי נבות "עשרים שנה למבחן שריד": עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" **מחקרי משפט** יט 721, 731-732 (2003)). מאמרה של סוזי נבות מצורף לכתב תשובה זה ומסומן **כנספח 13**.

56. החוקה של ארצות הברית מטילה מגבלות מוסדיות מסוימות הנוגעות לחקיקה (כגון במערכת היחסים שבין המדינות לממשל הפדרלי ובהליכי האישור ודרישות רוב בשני בתי הקונגרס), אך היא אינה מסדירה את הליך החקיקה עצמו; היא מאפשרת למחוקק לקבוע בעצמו את הכללים המסדירים את הליך החקיקה, בכפוף למגבלות האמור. בית המשפט העליון נמנע בעקביות מהפעלת ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, אולם הוא בחן לעתים את הליך החקיקה כחלק מהבחינה החוקתית המהותית של החוק (להרחבה, ראו פסקה 40 לפסק דינו של כבי' השופט מזוז בעניין **קוונטינסקי**). **במילים אחרות, בארצות הברית, בית המשפט אינו מבצע בחינה המתמקדת בהליך החקיקה כשלעצמו ואינו פוסל חוקים רק על בסיס פגמים פרוצדורליים בהליך, אלא הבחינה היא של הליך קבלת ההחלטות של המחוקק כחלק מהקביעה המהותית לגבי חוקתיות ההסדר שנקבע בחוק.**

57. החוקה הקנדית קובעת גם היא כללים פרוצדורליים מסוימים ביחס להליך החקיקה. לכל גוף חקיקה – הפרלמנט הפדרלי והמחוקקים של הפרובינציות – יש סמכות לקבוע לעצמו את הכללים הפרוצדורליים הדרושים להליך החקיקה שבסמכותו. מעבר לדרישות הפרוצדורליות הקבועות בחוקים אלה בתי המשפט בקנדה לא אוכפים דרישות נוספות וזאת לאור חשיבותו של עקרון עצמאות החוקק במשטר החוקתי הקנדי (ראו *PETTER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 355 (5th ed. 2007)).

58. נקודת המוצא של הדין הגרמני היא האוטונומיה הפרלמנטרית, המעוגנת בסעיף 40.1.2 לחוקה המאפשר לבתי המחוקקים לקבוע לעצמם את התקנון. לעניין זה קבעה החלטת בית הדין החוקתי מס' 308 44 BVerfGE בעמ' 314, כי "משמעות הדבר היא שאותם תחומים שנחשבו באופן מסורתי - במיוחד ביחס למצב המשפטי בתקופתה של רפובליקת ויימר - לעניינים אוטונומיים של הפרלמנט שייכים לקביעה זו של החוקה. נושא כזה הוא, למשל, עניין הקוורום של הבונדסטאג. זכותו של הבונדסטאג לקבוע, באופן אוטונומי, את ענייני התקנון מתייחסת לענייני פרוצדורה ולענייני סדר בתוך הבית".

59. ככלל, החוקה הגרמנית (חוק היסוד של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית – Grundgesetz Bundesrepublik für Deutschland) עוסקת בעקרונות וזכויות מהותיות וכוללת מעט מאוד הוראות פרוצדורליות הנוגעות להליכים פנימיים של קבלת החלטות במסגרת הליכי החקיקה **בשני** בתי המחוקקים. בית המשפט החוקתי הגרמני אמנם גזר מעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית כללים פורמליים מסוימים בעניין הליכי החקיקה (כפי שנעשה בישראל), אולם הותיר את קביעת הליכי קבלת ההחלטות ממש לשיקול דעתו הבלעדי של המחוקק. **בית המשפט החוקתי אמנם מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על הליכי חקיקה על יסוד אותם כללים דינמיים הנגזרים מהחוקה, הוא יעשה כן בהקשר של הגנה על זכויות פרט מהותיות ולא אך לשם קידום ערכים דינמיים של אחריותיות דמוקרטית בקרב חברי הרשות המחוקקת.**

60. כתבים בהקשר זה המלומדים SUSAN ROSE-ACKERMAN, STEFANIE EGIDY & JAMES FOWKES : *the Court is unlikely to move beyond its focus on individual rights to take on broad questions of the democratic accountability of legislative procedures not linked to violations. Even if it did wish to do so, the principle of consistency would not be a good place to start. Although the Court does not demand the 'purity of a legislative system' (Systemreinheit), consistency is hard to apply to the lawmaking process overall where the drafting process is shaped by the necessity of compromise... In addition, the lack of clear rules for applying the principle of consistency creates the danger of arbitrary, case-by-case enforcement by the Court, which provides no guidance to legislative bodies*” ראו: SUSAN ROSE-ACKERMAN, STEFANIE EGIDY & JAMES FOWKES, DUE PROCESS OF LAWMAKING: THE UNITED STATES, SOUTH AFRICA, GERMANY, AND THE EUROPEAN UNION 187-189 (Cambridge University Press, 2015). העמודים הרלוונטיים מספרם מצורפים לכתב תשובה זה ומסומנים **כנספח 14**.

61. מסקירת הדין המשווה בסוגיה זו עולה כי הגישה הנוהגת לעניין ביקורת חוקתיות על תוקפו של חוק בשל פגם בהליכי חקיקתו היא גישה מצמצמת במיוחד אף יותר מזו שנקבעה על ידי בית משפט נכבד זה בפרשת **מגדלי העופות**. מטעמים אלה, סבורים המשיבים כי במקרה דנן על בית המשפט להימנע מלאמץ את ההלכה שנפסקה בעניין **קוונטינסקי**.

(5) טענותיה של העותרת בדבר כריכתו של פרק הבריאות במסגרת חוק ההסדרים

62. העותרת טוענת כי קיימת הצדקה לבטל את פרק הבריאות שבחוק ההסדרים כיוון שחקיקתו שלא במסגרת דבר חקיקה נפרד עולה כדי פגיעה בעקרון ההשתתפות של חברי המשיבה 1. כפי שיובהר להלן, טענה זו אין לה על מה שתסמוך. המשיבים אינם חולקים על כך שכריכתם של נושאים רבים במסגרת חוק ההסדרים עלולה לעיתים למנוע דיון סדור ומקיף בסוגיות שונות אשר מוטב שהיו מוסדרות במסגרת דבר חקיקה נפרד. אולם, חשוב להבהיר כי לחוק ההסדרים מספר יתרונות מובהקים. **ראשית**, חוק ההסדרים מהווה חלק בלתי-נפרד מהמדיניות הכלכלית שהתקציב מייצג, וחלק ממתכונת שהינה כורח-המציאות במערכת שלטונית לא-יציבה. כלומר, זו הדרך היחידה על-פי-רוב להעביר רפורמות כלכליות לא-קלות, כגון הפחתת קצבאות וגמלאות, מעבר לפנסיה צוברת ועוד. **שנית**, חוק ההסדרים מהווה משקל-נגד לתופעת החקיקה הפרטית, שהינה חסרת תקדים בישראל. קיימת בעייתיות ניכרת בהליכי חקיקה פרטיים, שכן יוזמי החקיקה אינם מוודאים תמיד כי לרשות המבצעת אכן עומדים הכלים התקציביים למימון ההצעה. בהקשר זה, נטען כי יש תופעה חמורה, שהיקפה גובר בשנים האחרונות, של חקיקה "פופוליסטית" המתקבלת בכנסת. חקיקה זו אינה מלווה בתחושת אחריות לגבי הצורך להסדיר מקורות מימון ליישום החוקים החדשים. **שלישית**, אין להתעלם מהיתרונות של חקיקה מהירה, במיוחד בעת המודרנית שבה

הכלכלה הגלובלית מחייבת מענה מהיר לתמורות. חוק ההסדרים נתפס כמכשיר חקיקתי חשוב בידי הממשלה לממש את יעדיה ולהשפיע על סדרי העדיפויות והקדימויות הלאומיים בטווח זמן קצר ובאופן יעיל יחסית.

63. יודגש, כי על אף שהפסיקה הביעה ביקורת על מנגנון החקיקה של חוק ההסדרים אשר כורך מגוון רחב של נושאים במסגרת דבר חקיקה אחד, הדגישה הפסיקה כי על פי המצב המשפטי כיום אין מגבלה פורמאלית על סמכותה של המשיבה 1 לפעול כך (עניין **לשכת רואי החשבון**, פסקאות 7-8). בפרשת **מגדלי העופות**, הדגיש בית המשפט כי הליך חקיקת חוק ההסדרים אמנם הקשה על קיום דיון ממצה, אך אין מדובר במצב בו לא ניתנה לחברי המשיבה 1 כל אפשרות מעשית לגבש את עמדתם עובר להצבעה, ולכן לא קמה עילה להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה. יתר על כן, בית המשפט הוסיף וקבע כי הסמכות לצמצום השימוש במנגנון של חוק ההסדרים נתון בידי המחוקק בלבד ולא באמצעות ביקורת שיפוטית של בית משפט נכבד זה. וכך כותבת השופטת בייניש בהקשר זה: **"על פי המצב החוקי כיום ובהתחשב בסמכותה של ועדת הכנסת לאשר חריגות מהליכי חקיקה הקבועים בתקנון, אין כל מגבלה פורמאלית על סמכותה של הכנסת לעשות שימוש בהליכי חקיקה מזורזים שבמסגרתם נידונים נושאים רבים ומגוונים כמקשה אחת... לפיכך, עצם העובדה שמדובר בהליך חקיקה מזורז מסוגו של חוק ההסדרים, אין בה כשלעצמה כדי להביא למסקנה כי יש מקום להתערבות שיפוטית בהליכי החקיקה"** (פסקה 30 לפסק דינה של השופטת בייניש).

64. יצוין, כי חוק ההסדרים במתכונתו הישראלית אינו שונה מחוקים דומים הקיימים ברחבי העולם ואשר נועדו לכרוך סוגיות רבות ומגוונות בעת ובעונה אחת. כך למשל, **בארצות הברית ובקנדה** נקראים חוקים כאלה "חוקי אומניבוס" (Omnibus laws) משמעות המלה "אומניבוס" היא "אוטובוס", אבל גם: "כולל, מקיף" במדינות דוברות צרפתית הם נקראים "חוקי פסיפס". המשותף לחוקים האלו הוא שבגלל ממדיהם, תכולתם ולעתים גם בשל חוסר זמן, אין הפרלמנט מסוגל לטפל בחקיקתם בצורה נאותה. **עניינם של חוקים אלה אינו בהכרח תקציב המדינה או מדיניותה הכלכלית, אם כי נמצא שרוב החקיקה מהסוג הזה קשורה לתיקון חוקים קיימים, ובכלל זה שינוי סעיפים הקשורים ליישום התקציב והמדיניות הכלכלית.** מכיוון שתקציב המדינה חייב להיות מאושר עד תאריך מסוים, על חוקים אלה לעבור בהליכים מזורזים במיוחד, אלא אם כן הם מוגשים זמן רב לפני הגשת התקציב עצמו.

65. **בבלגיה** קיים זה עשרות שנים חוק זהה כמעט לחוק ההסדרים בישראל. כוונת החוק, הנקרא בבלגיה "חוק התוכנית" היא לסייע ביישום חוק התקציב, ונכללים בו תיקוני חוק וחקיקה חדשה. החוק מתפרס על פני 100–200 עמודים בכל שנה. בחוק לשנת 2005 יש 505 סעיפים. **בספרד** עד שנת 1993 נכללו בחוק התקציב של ספרד תיקוני חקיקה שלכאורה היו קשורים לתקציב אך למעשה, היו, כדברי פסק-דין של בית-הדין החוקתי, "שיירי החקיקה של השנה". בית המשפט החוקתי של ספרד קבע שאף שנוהג זה אינו מנוגד לחוקה הספרדית, הרי הוא ראוי לגינוי. בעקבות פסיקת בית המשפט החוקתי נחקק **חוק נלווה** (Ley de Acompañamiento) ועניינו אמצעים פיסקליים, מנהליים וחברתיים לביצוע היעדים הכלכליים שנקבעו בחוק התקציב. חוק זה, להבדיל מחוק התקציב, היה חוק רגיל, שהחוקה אינה מתייחסת אליו, אך מכיוון שהוצמד לחוק התקציב הועבר כמוהו בחיפזון שמנע התייחסות מעמיקה לנושאים שהוצגו בו. ממשלת **איטליה** מגישה מדי שנה בחודש יוני את מסמך התכנון הכלכלי והפיננסי שנכללים בו היעדים לשלוש השנים הבאות בכל הקשור למאזן התקציבי, להוצאות ולהכנסות. המסמך מאושר בשני הבתים – בית-הנבחרים והסנאט – לפני יציאתם לפגרת הקיץ בסוף חודש יולי או בתחילת חודש אוגוסט. עד סוף חודש ספטמבר, הממשלה מגישה שתי הצעות חוק: **הצעת חוק התקציב**, המבוססת על חקיקה קיימת **והצעת**

החוק הפיננסי שנכללות בה הצעות חוק חדשות ובהן תיקוני חקיקה. הצעת החוק הפיננסי הינה דבר חקיקה המגיע לממדים עצומים (ראו שילה הטיס רולף **חוק ההסדרים: סוגיות והשוואות בינלאומיות** (מרכז המחקר והמידע בכנסת ישראל, 2005); נייר המחקר של הטיס רולף מצורף לכתב תשובה זה ומסומן **כנספח 14**).

66. **לסיכום, אף שבית משפט נכבד זה הביע ביקורת על השימוש התכוף במנגנון של חוק ההסדרים על מנת להסדיר סוגיות חברתיות וכלכליות שונות, אין מניעה לכרוך נושאים שונים שיש להם זיקה מהותית וישירה להשגת יעדי התקציב ואין בעצם השימוש במנגנון זה כדי להביא לפסילתו של חוק** (ראו גם עניין קוונטינסקי, פסקאות 82-85 לפסק דינו של כב' השופט סולברג).

(6) מהתם להכא: התקיימותו של עקרון ההשתתפות במקרה דנן

67. כאמור לעיל, העותרת מלינה על כך שהנוסח הסופי של פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים הובא לידיעתם סמוך לדיון הנוסף שהיה עתיד להתקיים בנושא, בעת שהשתתפו בדיון אחר ולא ניתנה להם שהות הולמת על מנת ללמוד את הנוסח לעומקו. המשיבים יטענו כי בחינת מכלול נסיבות הליך החקיקה במקרה דנן מצביעה על כך שהפגם אינו מגיע כדי רף הפגיעה הקשה והניכרת המצדיקה את ביטולה של חקיקה ראשית.

68. מספר טעמים עומדים ביסוד עמדה זו של המשיבים. **ראשית**, תקנון המשיבה 1 אינו מסדיר את הליך החקיקה באופן מובנה לרבות בנוגע למספר הדיונים שיתקיימו בכל הצעת חוק, משך הדיון ותוכנו, מספר חברי המשיבה 1 שישתתפו וכיו"ב. כמו כן, תקנון זה אינו כולל הוראות בעניין הגשת שינויים לנוסח הצעת חוק שהוגש על שולחן המשיבה 1 לקראת הדיון בוועדה. בעניינו, מבקשת העותרת להביא לביטולו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים מחמת מועד העברתו של הנוסח הסופי של פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים. אולם יש לזכור, כי אין בנמצא כללים ברורים בעניין אשר עליהם יכולה העותרת להצביע ואשר מכוחם ניתנה לבית משפט נכבד זה סמכות לבטל חקיקה ראשית.

69. **שנית**, חברי הוועדה היו ערים היטב לתוכן ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים משום שנטלו חלק פעיל בגיבוש הנוסח הסופי שלו שבועות רבים טרם שהובא לדיון נוסף בוועדה. בנסיבות אלה, אין בעובדה כי הנוסח הסופי הועבר לעיון חברי הוועדה בסמוך לדיון הנוסף כדי לשלול את יכולתם לגבש עמדה בקשר עם הצעת החוק.

70. **שלישית**, השינויים הכלולים בנוסח הסופי שהועבר לעיון חברי הוועדה שעות ספורות לפני מועד הדיון הנוסף אינם משנים את לב ההסדר העומד במוקד פרק הבריאות שבחוק ההסדרים. כלומר, גם בהינתן השינויים שעוגנו בנוסח הסופי שהועבר לעיון חברי הוועדה, לא חל שינוי בעיקרי ההסדרים שבפרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים.

71. **רביעית**, פרק הבריאות שבחוק ההסדרים טומן בחובו משמעויות חברתיות וכלכליות מרחיקות לכת על מערכת הבריאות בישראל. הסדריו היו נתונים למחלוקת ציבורית ערה, ולכן קשה להניח כי חברי הוועדה למדו לראשונה אודות משמעויותיו בעת שהועבר להם הנוסח הסופי של הצעת החוק.

72. **חמישית**, פרק הבריאות שבהצעת חוק ההסדרים נידון על ידי הוועדה למעלה מ-8 שעות רצופות אשר במסגרתן ניתנה האפשרות לחברי הוועדה שנכחו בדיון אפשרות ממשית לגבש עמדה מהותית לגבי תכני ההסדר המוצע. פירוש הדבר הוא שאילו חברי הוועדה מסיעות האופוזיציה היו בוחרים להיות נוכחים בדיון בוועדה, היה באפשרותם לצמצם את פערי הידע, ככל שהיו כאלה, במהלך הדיון הנוסף עצמו. עם זאת, חלק מחברי הוועדה עשו דין לעצמם ולא היו מוכנים לאפשר לנציגי המשיבים 4-5 להסביר להם

אודות השינויים שהוכנסו בנוסח הסופי שהועבר לעיונם. בהקשר זה, יפים לענייננו דברי השופט בנייט בפרשת **מגדלי העופות** שלפיהן **"משניתנה לחברי הכנסת במסגרת הליך החקיקה אפשרות מעשית להשתתף בהליך, אלא שהם בחרו שלא לממשה, לא יהיה זה מתפקידו של בית המשפט לחייבם לעשות כן"** (פרשת **מגדלי העופות**, עמ' 55). נמצאנו למדים, כי עיון במכלול נסיבות הליך חקיקתו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים מלמד כי גם אם נכונה הטענה כי במקרה דנן היה מדובר בהליך חקיקה מזוהר, אין בכך כדי ללמד על קיומו של פגם היורד לשורש הליך החקיקה התקין.

(7) סיכום ביניים

ככלל, על-פי ההלכה הפסוקה, על בית המשפט לנהוג בזהירות ובריסון בבואו להפעיל את סמכותו לביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת. במקרה דנן, מעבר להלכות הכלליות בעניין זה, קיימים מספר שיקולים נוספים המובילים למסקנה כי בית המשפט הנכבד נדרש לזהירות מיוחדת בהחלת ביקורת שיפוטית. **ראשית**, על בית המשפט לקחת בחשבון כי מדובר בחוק העומד בתוקפו רק 7 חודשים, ולפי הערכות של גורמים מומחים כמובא לעיל, צפוי ההסדר להוביל מהלכים כדאיים אשר יחזקו את מערכת הרפואה הציבורית ויקדמו את השוויון. משכך על בית המשפט הנכבד להעניק הזדמנות ליצירת מהלכים חיוביים אלו. **שנית**, הודגש בפסיקה כי אף אם יימצא בית המשפט כי הסדרים מסוימים מעוררים קשיים חוקתיים, יפרש באופן שיתיישבו עם חוק-היסוד. (בבג"ץ 3809 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל**, פס' 43 לפסק דינה של הנשיאה בנייט פורסם בנבו, 28.5.2012). מקל וחומר אנו למדים שכאשר אופן ההליך ניתן לפרשנויות שונות במונחים של סוגי פגמים שונים, ראוי כי בית המשפט ינהג בריסון יתר ויפרש את אופן ההליך בפועל ככזה שאינו מהווה פגם היורד לשורש ההליך.

(ב) ביקורת שיפוטית על תוכן החקיקה

(1) כללי

73. העותרת מכוונת את טענותיה כנגד שלושה הסדרים הכלולים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים. **האחד**, ביטול שיטת החזר הנהוגה בתכניות השב"ץ ועיגונה של שיטת ההסדר כאפשרות היחידה להשתתפות במימון שכרו של רופא מנתח פרטי. פירוש הדבר הוא שמבוטח לא יוכל לקבל החזר כספי בגין ניתוח, אלא יהיה עליו לבצע את הניתוח באמצעות רופא ומוסד רפואי שהתקשרו בהסכם עם קופת החולים. **השני**, התקשרות בין מטופל לרופא לצורך מתן שירות רפואי במסגרת המוסד הרפואי לא תוכל להיעשות עוד באופן ישיר בין הצדדים אלא בתיווכו הבלעדי של המוסד הרפואי שבו ניתן השירות הרפואי למטופל. **השלישי**, איסור על מתן טיפול רפואי פרטי על ידי רופא שטיפל במטופל במסגרת מערכת הרפואה הציבורית אלא בחלוף 6 חודשים מיום מתן הטיפול במסגרת זו. העותרת סבורה כי ההסדרים האמורים גורמים לפגיעה חמורה בזכויות יסוד חוקתיות לרבות הזכות לבריאות, חופש העיסוק וחופש החוזים. לטענתה, הפגיעה כאמור אינה מידתית ואינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן דינם בטלות. המשיבים סבורים כי אין לטענות אלה שחר. בפועל לא מתקיימת פגיעה משמעותית בזכויות יסוד חוקתיות, וככל שמתקיימת פגיעה כאמור, זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

74. עוד יבקשו המשיבים לטעון כי דין העתירה להידחות על הסף, על בסיס עקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות והריסון העצמי שנוקט בית המשפט הנכבד בהקשר של ביטול חקיקת הכנסת. יפים לעניין זה דבריו של כב' המשנה לנשיאה, השופט אליעזר ריבלין בבש"פ 8823/07 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פסקה 34 (פורסם בנבו) (10.2.2010). בו אמנם ביטל בית המשפט הנכבד סעיף בחוק, אך דברים אלו משקפים את הרציונל הכללי של

הריסון השיפוטי בתחום זה. לשיטתו, "בית המשפט העליון עמד לא פעם על הצורך לנהוג איפוק וריסון מרבי בהפעלת הסמכות להכריז על בטלותם של חוקים בשל היותם נוגדים את הוראות חוקי היסוד בדבר זכויות אדם. הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט. בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות על חוקיות, שהוא בעצמו קבען [...] עם זאת, נדרשת זהירות שיפוטית רבה".

75. דברים דומים השמיע כב' השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996). לדבריו, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט [...] כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק" (ראו גם דברי כב' השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים, פס' 17 לפסק דינה (פורסם בנבו) [14.7.2008]).

76. יתר על כן, חקיקה ראשית של הכנסת נהנית מחזקת חוקתיות, אשר מחייבת את בית המשפט הנכבד לצאת מנקודת הנחה שהחוק לא נועד לפגוע בעקרונות חוקתיים. ראו בהקשר זה דבריה של כב' הנשיאה בייניש בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פסקה 14 (פורסם בנבו, 19.11.2009). לדידה, "יש לזכור שחוק שנחקק על ידי הכנסת נהנה מחזקת חוקתיות שמטילה על הטוען לאי חוקתיות את הנטל להראות, לפחות לכאורה, שהחוק אינו חוקתי, בטרם יעבור הנטל למדינה ולכנסת להצדיק את חוקתיותו. חזקת החוקתיות אף מחייבת את בית המשפט לצאת מנקודת הנחה שהחוק לא נועד לפגוע בעקרונות חוקתיים".

77. זאת ועוד, פסיקת בית המשפט העליון הדגישה כי יש לנקוט באיפוק וריסון מרביים כאשר מדובר בביקורת שיפוטית על סוגיות כלכליות-חברתיות הכרוכות במגוון דרכי פעולה אפשריים. כך למשל קבע בית המשפט העליון בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 478-759 (2005): "בתחומים אלה יש ליתן לרשויות המופקדות על המדיניות הכלכלית – הרשות המבצעת והרשות המחוקקת – מרחב בחירה רחב בהיותן קובעות את המדיניות הכוללת ונושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה [...] [בית המשפט] ינהג באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון מיוחדים בתחומים אלה, ויימנע מעיצוב מחדש של המדיניות שראה המחוקק לאמץ".

(2) ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים אינם פוגעים בזכות החוקתית לבריאות

78. העותרת סבורה כי ביטול שיטת ההחזר ועיגונה של שיטת ההסדר כברירת מחדל פוגעת באופן משמעותי ביכולתם של מטופלים לבחור את המומחה הרפואי אשר ממנו ירצו לקבל טיפול רפואי. לדבריה, שיטת ההסדר פוגעת בחופש הבחירה של המטופלים בקשר עם הטיפול הרפואי הרצוי וכפועל יוצא נפגעת הזכות לבריאות ולשלמות הגוף.

79. ייאמר מיד כי המשיבים חולקים על טענה זו וסבורים כי לא מתקיימת פגיעה משמעותית בזכות לבריאות של תושבי ישראל, וזאת מהטעמים הבאים. ראשית, חשוב להדגיש כי בניגוד לטענת העותרת חופש הבחירה של המטופלים בקשר עם הטיפול הרפואי שאותו ירצו לקבל אינו נפגע באופן משמעותי מהטעם שגם כעת רשאים המטופלים לצרוך שירותי בריאות פרטיים בעלות נמוכה במסגרת שיטת ההסדר או לחלופין להתקשר עם כל רופא אשר בשירותו הם מעוניינים באופן ישיר שלא במסגרת שירותי השב"ן. פירוש הדבר הוא שככל שמתקיימת פגיעה מסוימת בחופש הבחירה של המטופלים בעקבות ביטולה של שיטת ההחזר, לא מדובר בפגיעה בליבה של הזכות החוקתית מהטעם שעדין שמורה למטופלים האפשרות

להתקשר עם רופא במערכת הרפואה הפרטית במסגרת שיטת ההסדר.

80. **שנית**, וכפועל יוצא, ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים אינם כופים על המטופל לקבל שירותי בריאות פרטיים במימון מלא של המטופל, אלא תכליתם לתמרץ אותו לפעול בדרך מסוימת על מנת להפחית את ההוצאה הפרטית עבור שירותי בריאות. יודגש, כי בתקופה שקדמה לחקיקתו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים, התקיימו פערי כוח ומידע בין הרופאים למטופלים אשר אפשרו לראשונים לגבות מחירים מופרזים עבור מתן שירותי רפואה פרטיים. ביטול שיטת ההחזר ועיגונה של שיטת ההסדר כברירת המחדל צפוי להוביל להרחבה משמעותית של רשימת הרופאים בשיטת ההסדר, שכן הירידה הצפויה בביקוש לשירותי רפואה פרטיים שלא במסגרת שיטת ההסדר תוביל לכך שרופאים המפעילים פרקטיקה פרטית יתקשרו בהסדר עם אחת מקופות החולים המרכזיות. נמצאנו למדים, כי בניגוד לטענותיה של העותרת, ביטול שיטת ההחזר עשוי דווקא להתיישב עם הזכות לבריאות ולשלמות הגוף בשל העלייה הצפויה בהיצע הרופאים המעניקים שירותי רפואה פרטיים במסגרת שיטת ההסדר.

81. **שלישית**, המצב הקיים עובר לחקיקת פרק הבריאות שבחוק ההסדרים אשר בא לידי ביטוי בשגשוגה של מערכת הרפואה הפרטית בישראל תוך חתירה תחת יציבותה של מערכת הרפואה הציבורית הוביל לפגיעה משמעותית בזכות לבריאות של מרבית תושבי ישראל שאין באפשרותם לממן שירותי רפואה פרטית (איל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 437, 529-530 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

82. נסביר: מערכת הרפואה הציבורית בישראל סובלת ממשבר חריף, בין היתר, בעקבות התמריץ הכלכלי הגבוה של רופאים רבים המועסקים במערכת זו להעניק את שירותי הרפואה במסגרת המערכת הרפואה הפרטית. מצב זה גרם לירידה באיכות שירותי הרפואה המוענקים במסגרת מערכת הרפואה הציבורית בהשוואה לאלה המוענקים במערכת הרפואה הפרטית. פועל יוצא של מצב זה הוא שתושבי ישראל ממצב סוציו-אקונומי נמוך אשר אין באפשרותם לממן שירותי רפואה פרטית ואשר תלויים לחלוטין בשירותי הרפואה הציבורית, מקבלים שירותי רפואה שאינם אופטימליים.

83. לפיכך, תכלית ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים היא לשלול את התמריץ שיש לרופאים פרטיים (ומוכשרים) להיות מועסקים במערכת הרפואה הפרטית, ולנתבו אך ורק למסגרת מערכת הרפואה הציבורית. מהלך זה עשוי להוביל לשיפור משמעותי באיכות השירותים הרפואיים המוענקים במסגרת מערכת הרפואה הציבורית בישראל וכפועל יוצא להגנה על הזכות לבריאות ולשלמות הגוף של חלק ניכר מתושבי ישראל שאינם יכולים לממן שירותי רפואה פרטיים.

84. העותרת סומכת את ידיה על פסק דינו של בית המשפט העליון בקנדה בעניין *Chaoulli v. Quebec (Att'y* (Gen, [2005] 1 S.C.R. 791) אשר הכיר בזכות לצרוך שירותי רפואה פרטיים כחלק מהזכות החוקתית לחיים ולשלמות הגוף הראויה להגנה חוקתית. יובהר מיד, כי הלכה זו שנפסקה בבית המשפט העליון בקנדה אינה ההלכה המקובלת בפסיקתו של בית משפט נכבד זה. בבג"ץ 4253/02 **קריית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סג(2) 86 (2009) נידונה השאלה האם הפעלת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים, במתכונת שנהגה עד לכניסתה לתוקף של חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר הורתה על הפסקת הפעלתו של השר"פ בבתי החולים הממשלתיים בגין הפעלתם שלא כדין, הייתה חוקית. כב' השופטת ברלינר ניסחה את השאלה החוקתית שהונחה לפתחו של בית המשפט העליון באופן הבא: "**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" (עניין קריתי, פסקה 25 לפסק דינה של כב' השופטת ברלינר).

85. בעניין קריתי נקבע כי הפעלת מערכת שירותי בריאות ציבוריים קשורה בקשר 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 ליכולת הרפואה המודרנית" (ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פסקה 16 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (פורסם בנבו) [12.12.05]. אולם, באותו עניין נפסק כי לא ניתן לגזור מהזכות החוקתית לבריאות ולשלמות הגוף את חובתה של המדינה לאפשר למטופלים לצרוך שירותי רפואה פרטיים. בהקשר זה, נקבע כי "זכות לבחירת רופא אינה נמצאת בליבת שירותי ההכרח להם זקוק אדם לשם שמירה על קיום מינימאלי בכבוד" (פסקה 53 לפסק דינה של כב' השופטת ברלינר).

86. נמצאו למדים, כי גם אם אכן ההלכה הנוהגת בקנדה היא שהזכות לצרוך שירותי רפואה פרטיים חוסה תחת הזכות החוקתית לבריאות ושלמות הגוף, זוהי אינה ההלכה הנוהגת בישראל. כאמור לעיל, בעניין קריתי דחה בית משפט נכבד זה את הטענה כי מכוח הזכות לבריאות, לשלמות הגוף ולקיום מינימאלי בכבוד יש להכיר בחובתה של המדינה לאפשר שירותי רפואה פרטיים במסגרת מערכת הרפואה הציבורית (לדיון מעניין באשר להבדלים שבין ההלכה הנוהגת בישראל להלכה הנוהגת בקנדה שעליה סומכת העותרת, ראו Aeyal Gross, *Is There a Human Right to Private Health Care?*, 41 JOURNAL OF LAW, MEDICINE & ETHICS 138 (2013), המצורף לכתב תשובה זה ומסומן כנספח 15 וכן Aeyal Gross, *The Right to Health in Israel Between Solidarity and Neo-liberalism*, in THE RIGHT TO HEALTH AT THE PUBLIC/PRIVATE DIVIDE: A GLOBAL COMPARATIVE STUDY 159 (Colleen Flood & Aeyal Gross eds., Cambridge University Press, 2014), המצורף לכתב תשובה זה ומסומן כנספח 16).

87. מהמקובץ עולה, כי ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים אינם גורמים לפגיעה משמעותית בזכות לבריאות ושלמות הגוף של תושבי ישראל וככל שמתקיימת פגיעה כאמור היא אינה עולה לכדי פגיעה בליבת הזכות החוקתית.

(3) ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים אינם פוגעים באופן משמעותי בחופש העיסוק

88. העותרת טוענת כי ביטול שיטת החוזר פוגע בחופש העיסוק של רופאים בישראל משום שהוא מצמצם את יכולתם של רופאים להתקשר עם מטופלים שלא במסגרת שיטת ההסדר. עוד טוענת העותרת כי האיסור על תשלום ישיר לרופא מאת המטופל וצירופו של בית החולים כגורם מתווך בין השניים, תוביל לכך שרופאים רבים יבחרו שלא להעניק שירותים במסגרת מערכת הרפואה הפרטית. לבסוף, טוענת העותרת כי האיסור על מתן טיפול רפואי פרטי על ידי רופא שטיפל במטופל במסגרת מערכת הרפואה הציבורית אלא בחלופי תקופת צינון, יוביל לחיסולה של מערכת הרפואה הפרטית משום שמרבית המטופלים יעדיפו לקבל את מלוא השירות הרפואי במסגרת מערכת הרפואה הציבורית.

89. יובהר, כי המשיבים אינם חולקים על כך שההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים מובילים לפגיעה מסוימת בחופש העיסוק של הרופאים בישראל. אולם, יודגש כי אין מדובר בפגיעה משמעותית בזכות היסוד הנתונה להם וקל וחומר שאין מדובר בפגיעה בגרעין הזכות. בהקשר זה, הבהירה פסיקת בית

המשפט העליון כי יש להבחין היטב בין הגנה על ליבת חופש העיסוק במובן של מניעת כניסה לתחום מסוים לבין פגיעה מסוימת באופן מימוש הזכות. בעוד שהדין יעניק הגנה מלאה כנגד שלילת האפשרות לעסוק בתחום מסוים, הרי שההגנה על אופן מימוש הזכות תהיה באופן עקרוני חלשה יותר.

90. גישה זו באה לידי ביטוי למשל בפסק דינה של כב' השופטת בייניש בבג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235 (2002) אשר כתבה כי "ראוי לאמץ את הגישה שלפיה ככל שהפגיעה נוגעת לשלילת עיסוק או למניעת כניסה לעיסוק, כך עשויה היא להיחשב קשה וחריפה יותר מפגיעה באופן מימוש העיסוק וזאת נוכח הפגיעה החמורה יותר בחופש הבחירה של האדם ובזכותו לאוטונומיה אישית..." (פסקה 11 לפסק דינה של כב' השופטת בייניש). זאת ועוד, בבג"ץ 02/9198 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(1) 352 (2008) נידונה הוראת תקשי"ר האוסרת על רופאים העובדים בשירות המדינה לתת חוות דעת רפואיות בהליך משפטי שהמדינה צד לו. בהקשר זה נטען על ידי העותרת כי ההוראה האמורה פוגעת בזכות היסוד החוקתית של הרופאים לחופש עיסוק. בדחותה את העתירה, קבעה כב' השופטת נאור כי "הוראה הנדונה פוגעת פגיעה עקיפה בחופש העיסוק ברפואה של הרופא עובד המדינה. הפגיעה איננה בהגבלת עצם הכניסה לעיסוק – הרופא עובד המדינה עוסק ברפואה. הפגיעה היא בצמצום מרכיב מסוים במימוש, ביצוע והגשמת העיסוק ברפואה, והכוונה למרכיב של מתן חוות דעת רפואיות נגד המדינה..." (פסקה 19 לפסק דינה של כב' השופטת נאור).

91. יש להבחין בין היקף הפרישה של הזכות לחופש עיסוק לבין היקף ההגנה עליה. בעניין היקף הפרישה נקבע כי "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד" (סעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק). בעניין היקף ההגנה נקבע כי רשויות השלטון מחזיקות במרחב ניכר של שיקול דעת לקבוע מדיניות חברתית כלכלית, אף אם זו כרוכה בפגיעה בחופש העיסוק (ברק מדינה, דיני זכויות האדם בישראל פרק 6 (2016)).

92. כותב פרופ' ברק מדינה בעניין זה: "כאשר הרציונל העומד בבסיס ההגנה על חופש העיסוק הוא בעיקרו עניינו של האדם להתפרנס, ולעומתו עומד הערך של קידום כלכלת המדינה, מן הראוי להחיל את מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בכלכלת המדינה. לעומת זאת, כאשר ביסוד ההגנה על חופש העיסוק עומדים גם רציונלים אחרים, ובמיוחד ערכים בעלי חשיבות מיוחדת מבחינת המדינה והחברה, ייקבע היקף חופש העיסוק על פי מבחן "מחמיר" יותר, כגון מבחן הוודאות הקרובה לסכנה חמורה" (מדינה, שם, עמ' 38).

93. בענייננו, אף אם מתקיימת פגיעה מסוימת בחופש העיסוק הרי שמדובר בפגיעה עקיפה שאינה עולה כדי פגיעה בליבת הזכות החוקתית. זאת מן הטעם, כי אין בהסדרים האמורים בכדי לשלול את יכולתם של רופאים בישראל לעסוק במקצוע הרפואה ככזה, אלא תכליתם היא לצמצם את עיסוקם במסגרת מערכת הרפואה הפרטית לטובת הקדשת זמן רב יותר במסגרת מערכת הרפואה הציבורית. זאת ועוד, צמצום התמריץ של רופאים לעבוד במסגרת מערכת הרפואה הפרטית וכפועל יוצא חיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית מתיישבים עם פסיקת בית משפט נכבד זה אשר קבעה שמערכת הבריאות בישראל צריכה לקדם ערכים של סולידריות ונגישות שוויונית לשירותי רפואה על פני ערכים נאו-ליברליים הבאים לידי ביטוי בנגישות לשירותי רפואה רק למי שהפרוטה מצויה בכיסו.

(4) ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים אינם פוגעים באופן משמעותי בחופש החוזים

94. העותרת טוענת כי ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים מסבים פגיעה חמורה בחופש החוזים. המשיבים סבורים כי אין לטענה זו על מה שתסמוך. ראשית, חשוב להדגיש כי חופש החוזים אינה

זכות חוקתית שעוגנה במפורש בחוקי היסוד (על אף שהפסיקה אכן הכירה ברכיבים מסוימים מזכות זו כראויים להגנה חוקתית במסגרת זכות היסוד לכבוד האדם) (ראו בג"ץ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מז(4) 702, 708 (1993); גבריאלה שלו "שוויון בדיני חוזים" **ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו** 115, 118 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006)).

95. בהקשר זה, טען פרופ' גרוס, כי קיים חשש שהכרה בחופש החוזים כחלק מזכות היסוד החוקתית לכבוד האדם תרתיע מפני התערבות בהסדרים חוזיים וטרומ חוזיים הפוגעים בזכויות אדם אחרות. יתר על כן, קיים חשש כי במקרים רבים הדוקטרינה של חופש החוזים אינה מגינה על חירות הפעולה אלא דווקא על מציאות שיש בה כניעה של צדדים חלשים (מבחינה סוציו-אקונומית או חברתית) לחוזים המאיימים על זכויותיהם (ראו אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" **צדק חלוקתי בישראל** 91-92, 79 (מנחם מאוטנר, 2000). העמודים הרלוונטיים ממאמרו של גרוס מצורפים לכתב תשובה זה ומסומנים **כנספח 17**).

96. **שנית**, גם אם אכן מתקיימת פגיעה מסוימת בחופש החוזים, הרי שמדובר בפגיעה עקיפה בלבד הנחוצה לצורך הגשת מטרות חברתיות וכלכליות חשובות. בהקשר זה, חשוב להדגיש כי חופש החוזים ככל זכות יסוד אחרת אינה חופש מוחלט אלא יחסי שיש לאזנו מול ערכים ואינטרסים אחרים (ראו גבריאלה שלו ואפי צמח "דין פירוש החוזה: על מחלוקת פוסקים והסכמת הצדדים" **קרית המשפט** ו 1, 32-34 (התשע"ד)).

97. בענייננו, גם אם מתקיימת פגיעה מסוימת בחופש החוזים, הרי שמדובר בפגיעה עקיפה בלבד. מהטעם שביטול שיטת ההחזר ועיגונה של שיטת ההסדר אינו שולל מהמטופלים את האפשרות לצרוך שירותי רפואה מרופאים בעלי פרקטיקה פרטית, כל עוד הם קשורים בהסדר עם אחת מקופות החולים המרכזיות. זאת ועוד, בהינתן הגידול הצפוי בהיצע הרופאים הפרטיים אשר יתקשרו בהסדר עם אחת מקופות החולים בעקבות חקיקתו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים, הרי שפגיעה כאמור בחופש הבחירה של המטופלים תהיה מצומצמת במיוחד.

98. עוד יטענו המשיבים, כי לצד ההגנה על חופש החוזים של המטופלים והרופאים, חשוב להבטיח כי לא ייעשה שימוש בזכות החוקתית כקידום לפגיעה בזכויותיהם של ציבור מטופלים ממעמד סוציו-אקונומי מוחלט. ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים מבקשים למתן את גביית המחירים המופרזת עבור שירותי רפואה פרטיים באמצעות שילובו של המוסד הרפואי כגורם מתווך. באמצעות הוזלה של מחירי השירותים הרפואיים ניתן יהיה להגן באופן טוב יותר על זכויותיהם של ציבור התושבים המוחלש שנאלץ לעיתים להסתייע בשירותי רפואה פרטיים במקרים שבהם מדובר בהצלת חיי אדם. לבסוף, יטענו המשיבים כי גם האיסור על המשך טיפול רפואי במסגרת מערכת הרפואה הפרטית אלא לאחר תקופת צינון אינו פוגע באופן משמעותי בחופש החוזים ולמצער הוא נחוץ לצורך הגשמתן של מטרות חברתיות וכלכליות חשובות. בהקשר זה, יטעימו המשיבים כי צמצום שירותי הרפואה הפרטית יוביל לחיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית ולטיוב איכות השירות הרפואי המוענק למטופלים במערכת זו לטובת כלל תושבי ישראל.

(5) מידתיות ההסדרים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים

99. מידתיות היא דוקטרינה מהחשובות שבמשפט הישראלי בכלל ובמשפט החוקתי בפרט. עיגונה החוקתי של המידתיות הוא בפסקת ההגבלה הקובעת כי פגיעה בזכות חוקתית תהא מוצדקת רק אם נעשתה "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק

כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". בהתאם לכך, בחינת המידתיות תיעשה לאור שלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן הצר (לדיון, ראו מרדכי קרמניצר "המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה" **מידתיות במבט ביקורתי ומשווה** 10 (מרדכי קרמניצר עורך, 2016)).

(א) תכלית החקיקה

100. ככלל, מרכיב "המטרה הראויה" מהווה דרישת סף של לגיטימיות. פירוש הדבר הוא שדרישה זו בוחנת האם החוק שפוגע בזכות החוקתית נועד להגשים מטרות המצדיקות פגיעה בזכות החוקתית (אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 297 (2010)). תכלית עשויה להיחשב לראויה אם היא מגשימה מטרות חברתיות או כלכליות החשובות "**לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן החוקתית של זכויות אדם ובצורך להגן עליהן**" (ראו ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 434-435 (1995); ברק – מידתיות, עמ' 320). בהקשר זה, מקובלת הגישה כי תכלית הינה ראויה על פי פסקת ההגבלה אם היא רגישה לזכויות האדם במערך החברתי והכללי ואם היא מבקשת להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל "והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (ראו בג"ץ 5026/04 **דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה**, פ"ד ס(1) 38, 57 (2005)).

101. בענייננו, וכאמור לעיל, פרק הבריאות שבחוק ההסדרים מבקש להגשים שתי מטרות עיקריות. **האחת**, צמצום הביקוש לשירותי בריאות פרטית והקטנת התמריץ של רופאים להעניק שירותים רפואיים בפרקטיקה פרטית חלף הקדשת מלוא זמנם במסגרת מערכת הרפואה הציבורית. חיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית תאפשר להעניק שירותי רפואה אופטימליים לרווחת כלל התושבים באופן שוויוני. **השנייה**, צמצום פערי הכוח והמידע בין רופאים למטופלים המאפשר לראשונים לגבות מחירים מופרזים עבור מתן שירותים רפואיים. הוזלת השירותים הרפואיים תסייע באופן ישיר לצמצום ההוצאה הפרטית של תושבי ישראל עבור צריכת שירותים אלה. אין חולק כי מדובר במטרות ראויות בעלי חשיבות חברתית וכלכלית מן המדרגה הראשונה.

(ב) מבחן הקשר הרציונלי

102. מבחן הקשר הרציונלי מבקש לאתר קשר של התאמה בין האמצעי לבין המטרה (ראו ברק – מידתיות, עמ' 373-374). בהקשר זה, נקבע בפסיקה כי אף שאין הכרח שהאמצעי הנבחר יגשים את המטרה במלואה. אפילו הגשמה חלקית של המטרה – ובלבד שחלקיות זו אינה שולית או זניחה – מקיימת את המבחן. נדרש אפוא שהאמצעי שקבע המחוקק יקדם במידה מספקת את התכלית שבגינה נפגעה הזכות החוקתית (ברק – מידתיות, עמ' 377; בג"ץ 6427/01 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פסקה 58 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006)).

103. כפי שהובהר לעיל, ההסדרים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים מבקשים לצמצם את ההוצאה הפרטית של תושבי ישראל עבור שירותי בריאות; להקטין את התמריץ שיש לרופאים לעסוק בפרקטיקה פרטית ובכך להביא לגידול בהיקף הרופאים המקדישים את מלוא זמנם למערכת הרפואה הציבורית. זאת ועוד, צמצומה של הרפואה הפרטית עשויה להוביל לכך שמשאבים רבים שהושקעו עובר לחקיקת החוק במערכת הרפואה הפרטית יושקעו מעתה במסגרת מערכת הרפואה הציבורית. **המשיבים סבורים כי ביטול שיטת ההחזר ואימוצה של שיטת ההסדר עשוי להוביל באופן ישיר לצמצום ההוצאה הפרטית על שירותי רפואה משום שסכום ההשתתפות העצמית שאותו משלם מטופל במסגרת שיטת ההסדר נמוכה יותר**

מההוצאה הפרטית במסגרת מסלול ההחזר (לאחר קבלת הכספים).

104. זאת ועוד, ביטול שיטת ההחזר עשויה להוביל להגדלת ההיצע של הרופאים במסגרת שיטת ההסדר. הגידול האמור צפוי בתורו להוביל להוזלת השירותים הרפואיים הניתנים במסגרת מערכת הרפואה הפרטית ובכך לתרום לקיטון בהוצאה הפרטית של כלל התושבים עבור צריכת שירותים אלה. יתר על כן, ההסדרים האוסרים על תשלום ישיר מהמטופל לרופא ועל שילובו של המוסד הרפואי כגורם מתווך עשויים לחזק את כוחו הצרכני של המטופל. הטעם לכך הוא שעתה לא רק הרופא נושא באחריות כלפי המטופל אלא גם המוסד הרפואי נושא באחריות כלפי המטופל בקשר עם טיב הטיפול שאותו הוא מקבל. יתר על כן, האיסור על מתן טיפול המשך במסגרת מערכת הרפואה הפרטית אלא לאחר תקופת צינון עשוי להביא לכך שרופאים רבים יבחרו להעניק את מלוא השירותים הרפואיים במסגרת מערכת רפואה הציבורית. תוצאה זו עשויה בתורה להוביל לחיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית ולשיפור איכות השירות הרפואי הניתן במסגרתה לרווחת כלל התושבים.

(ג) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

105. על פי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, המחוקק נדרש לבחור – מבין האמצעים המגשימים את מטרתו הראויה של החוק הפוגע – באמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא פחותה (ברק – מידתיות, עמ' 392). על פי ההלכה הפסוקה, האמצעי שנבחר צריך להיות כזה שפגיעתו בזכויות אדם חוקתיות היא מתונה, אך לאו דווקא הפחותה ביותר האפשרית (בג"ץ 6304/09 לה"ב - לשכת ארגוני האמצעים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 15 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקציה (פורסם בנבו, 2.9.2010)). יודגש, כי במצבים שבהם הבחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות עלול להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של תכלית החקיקה, הרי שלא יהיה זה ראוי לחייב את המחוקק לאמץ אמצעי שכזה (עניין מנחם, עמ' 280).

106. המשיבים סבורים כי ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים עומדים במבחן השני של המידתיות.

107. בהקשר זה, טוענת העותרת כי ההסדרים האמורים אינם כוללים הבחנה בין סוגי טיפולים שונים שלהם נזקקים מטופלים שונים ואשר אינם מסופקים כיום במערכת הרפואה הציבורית. דא עקא, קביעה אחרונה זו אינה מתיישבת עם העובדה כי מערכת הרפואה הציבורית מספקת (ומסוגלת לספק) את כלל השירותים הרפואיים שלהם נדרש תושב בישראל. כלומר, לא קיימת הצדקה למצב שטרם חקיקת החוק שלפיו מערכת הרפואה הפרטית מספקת מגוון רחב של שירותי רפואה אשר בימים כתיקונם מן הדין כי יסופקו על ידי מערכת הרפואה הציבורית דווקא.

108. עוד טוענת העותרת כי לא ברור לה מדוע יש צורך בקביעת הסדרים מיוחדים בדמות איסור תשלום ישיר ממטופל לרופא, על מנת למנוע ניצול לרעה של מטופלים. זאת בהינתן קיומם של דיני החוזים הכלליים והמיוחדים המסדירים את מערכת היחסים החוזית שבין רופא למטופל לרבות האפשרות של קביעת שכר מופרז עבור שירותים רפואיים. דין טענה זו להידחות מהטעם שאין בכוחם של הדינים הכלליים להתמודד עם תופעת פערי הכוחות שבין הצדדים שאינה עולה לכדי פגמים ביצירת היחסים החוזיים, כדוגמת: עושק, כפייה ואונס. במצב הדברים האמור, שומה היה על המחוקק לחוקק אסדרה נוספת שתכליתה למתן את פערי הכוחות בין הצדדים ולמנוע ניצול לרעה של מטופלים על ידי גביית שכר מופרז. **חשוב להדגיש, כי ביטול התשלום הישיר מהמטופל לרופא אינו שולל את יכולת הצדדים והמוסד הרפואי להסדיר את מערכת היחסים החוזית ביניהם בהתאם לשיקול דעתם בכל מה הנוגע לסוג הטיפול הרפואי, איכותו**

והתשלום בגינו.

109. עוד טוענת העותרת, כי היה על המחוקק לבחור באמצעי אחר לחיזוק המערכת הרפואה הציבורית שלא על דרך של איסור המשך טיפול רפואי אלא לאחר חלוף תקופת צינון. לדידה של העותרת, המחוקק יכול היה לאפשר המשך טיפול רפואי במערכת הרפואה הפרטית לאחר טיפול ראשוני במערכת הרפואה הציבורית ללא תקופת צינון, תוך התניה כי המשך טיפול כאמור יהיה כרוך בתשלום נוסף שיועבר למערכת הרפואה הציבורית. דא עקא, הפתרון האמור חותר תחת תכלית ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים שעניינם הוזלת מחירי שירותי הרפואה בישראל וצמצום ההוצאה הפרטית עבור צריכת שירותי בריאות. כלומר, הפתרון שאותו מציעה העותרת שלפיו יועבר תשלום נוסף למערכת הרפואה הציבורית כתנאי להמשך הטיפול במסגרת מערכת הרפואה הפרטית עלול להוביל לגידול ניכר בהוצאה פרטית של תושבי ישראל עבור שירותי רפואה. כפועל יוצא מכך, שירותי רפואה מתקדמים יהיו נגישים אך ורק לאלה שממון מצוי בכיסם, בעוד שחלקים ניכרים מהאוכלוסייה שהינם במצב סוציו-אקונומי מוחלש לא יוכלו לקבל שירותי רפואה אופטימליים. לפיכך, סבורים המשיבים כי האיסור על המשך הטיפול במערכת הרפואה הפרטית יאפשר את חיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית גם לטובת אלה שאין באפשרותם לממן טיפול רפואי איכותי במערכת הרפואה הפרטית.

(ד) מבחן המידתיות במובן הצר

110. על פי מבחן המשנה השלישי של המידתיות כדי להצדיק פגיעה בזכות חוקתית נדרש יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית. ההשוואה בין התועלת הצומחת מהגשמת תכליות החקיקה לבין משקלו של הנזק שהגשמה זו גורמת לזכות החוקתית נעשית ביחס למצב הדברים לפני חקיקת החוק הפוגע ובשינוי שנגרם על ידו (ברק – מידתיות, עמ' 432-434; בג"ץ **המרכז האקדמי**, פסקה 50 לפסק דינה של כב' הנשיאה בייניש; בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פסקה 91 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006). המשיבים יטענו כי השוואת התועלות הציבוריות הטמונות בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים מול הנזק העלול להיגרם לזכויות חוקתיות ביחס למצב הדברים שהיה קיים קודם לחקיקת החוק, מלמדת כי הפגיעה בזכויות החוקתיות, ככל שישנה, עומדת במבחן המידתיות השלישי.

(1) התועלות הציבוריות בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים בהשוואה למצב הדברים שהיה קיים ערב חקיקת החוק

111. כאמור לעיל (פסקאות 3-4), משיבים 4-5 איתרו מספר כשלי שוק המאפיינים את מערכת הרפואה בישראל. בין היתר, נמצא כי קיימת עליה חדה בביקוש לשירותי רפואה פרטיים. הביקוש האמור נובע בעיקרו מזמני ההמתנה הארוכים במערכת הרפואה הציבורית. עוד נמצא כי חלה עלייה חדה בשיעור ההוצאה הפרטית בגין שירותי בריאות, גורם התורם באופן משמעותי ליוקר המחייה בישראל. כמו כן, נתונים שקיימים בידי משיבים 4-5 מצביעים על כך שבישראל מתקיימים פערי כוחות משמעותיים בין רופאים למטופלים הגורמים לגביית שכר מופרז בעד שירותים רפואיים. כשל שוק זה גם הוא תרם באופן משמעותי לעלייה חדה בשיעור ההוצאה הפרטית עבור שירותי רפואה. התערבות המדינה באמצעות אסדרה חקיקתית נועדה לטפל בכשלי השוק האמורים. שווקים רבים בכלכלה נקיים מכשלי שוק מהותיים ופועלים לרוב ללא התערבות של המדינה. אולם, שוק הבריאות רווי בכשלי שוק, לאור האופי הכלכלי של השירותים הניתנים במסגרתו (להרחבה, ראו עמיר שמואלי **קורס בסיסי בכלכלת בריאות למקצועות הרפואה** 10-18 (הוצאת מאגנס האוניברסיטה העברית, 2017) העמודים הרלוונטיים מספרו של שמואלי מצורפים לכתב תשובה זה ומסומנים **כנספח 18**

112. המשיבים סבורים כי ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים עשויים לתרום באופן משמעותי להקטנת הביקוש לשירותי בריאות הניתנים במסגרת מערכת הרפואה הפרטית וכפועל יוצא יביאו לחיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית לטובת כלל התושבים. בהקשר זה כתבה ועדת גרמן כי נקיטה באמצעים לחיזוק מערכת הרפואה הציבורית ללא ריסון מערכת הרפואה הפרטית עלולה לביא לפגיעה במטופלים עצמם. לשיטתה, רבות מהמגמות המדאיגות במערכת נובעות מהיחלשותה של מערכת הבריאות הציבורית בישראל, ומהתחזקותה של מערכת הבריאות הפרטית. על כן המלצות הוועדה עוסקות במקביל בשתי המערכות. [...] **חיזוק המערכת הציבורית בלי ריסון ההשפעות השליליות של המערכת הפרטית יהיה קשה יותר, ויצריך משאבים רבים יותר, אשר יגיעו בסופו של דבר מכיסם של האזרחים.** (דוח ועד גרמן, עמ' 7).

113. פירוש הדבר הוא שעובר לחקיקת החוק, תושבים הנמנים על העשירונים העליונים נהנו משירותי רפואה איכותיים במיוחד משום שהיה באפשרותם לממן אותם. בעוד שתושבים הנמנים עם העשירונים התחתונים לא הצליחו לממן שירותי רפואה פרטיים ולכן נאלצו לסבול מזמני המתנה ארוכים עד שזכו לקבל טיפול רפואי במסגרת מערכת הרפואה הציבורית. המשיבים מבקשים למנוע מצב בעייתי זה באמצעות הקטנת התמריץ של רופאים להפעיל פרקטיקה פרטית ולהגדיל את התמריץ להקדיש את מלוא זמנם במערכת הרפואה הציבורית. כלומר, תעסוקה גדולה יותר של רופאים במסגרת מערכת הרפואה הציבורית עשויה להבטיח אספקת שירותי רפואה איכותיים באופן שוויוני וללא אפליה לכלל תושבי ישראל מבלי שמתן הטיפול יהיה מותנה בשאלת יכולתו של המטופל לממן את הטיפול הדרוש.

114. זאת ועוד, ההסדרים האמורים יביאו להוזלה משמעותית של שירותי הבריאות במערכת הרפואה הפרטיים וכפועל יוצא עשויים לתרום לירידה בשיעור ההוצאה הפרטית על שיעורי רפואה ולהורדת יוקר המחייה של התושבים.

(2) הנזק העלול להיגרם לזכויות חוקתיות בהשוואה למצב הדברים ערב חקיקתו של החוק

115. **ההגנה על הזכות לבריאות ולשלמות הגוף.** כאמור בהרחבה לעיל (פסקאות 78-87), המחוקק נתן את דעתו באופן מעמיק וממצה לפגיעה האפשרית העלולה להיגרם לזכות לבריאות ואימץ הסדרים אשר תכליתם לאזן בין האינטרסים החברתיים והכלכליים הטמונים בחיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית לבין הפגיעה האפשרית אשר עלולה להיגרם לזכות לבריאות בעקבות צמצום הביקוש לשירותי רפואה פרטיים. כאמור לעיל, חופש הבחירה של המטופלים בקשר עם הטיפול רפואי שאותו ירצו לקבל אינו נפגע באופן משמעותי כיוון שגם כעת הם יכולים לצרוך שירותי רפואה פרטיים בעלות נמוכה במסגרת שיטת ההסדר. נוסף על כך, ביטול שיטת החזר יוביל להגדלה משמעותית של היצע הרופאים שיפעלו במסגרת שיטת ההסדר, דבר אשר עשוי לתרום לחיזוקה ולביצורה של הזכות לבריאות דווקא. ולבסוף, האיסור על מתן טיפול רפואי במערכת הרפואה הפרטית אלא בחלוף תקופת צינון יתמרץ רופאים רבים להקדיש את מלוא זמנם למתן טיפולים רפואיים במערכת הרפואה הציבורית ובכך להבטיח את ההגנה על הזכות לבריאות של כלל התושבים.

116. **ההגנה על חופש העיסוק.** כאמור לעיל, המשיבים אינם חולקים על הטענה כי מתקיימת פגיעה מסוימת בחופש העיסוק. עם זאת, חשוב להבין כי אין מדובר בפגיעה בעצם הזכות לעסוק במקצוע הרפואה בישראל אלא רק באופן מימושה של הזכות. פירוש הדבר הוא שגם בהינתן ההסדרים האמורים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים לא תישלל זכות היסוד של הרופאים לעסוק במקצוע הרפואה. כך למשל, ביטול שיטת החזר אינו מונע מרופאים המעוניינים להמשיך ולקיים פרקטיקה פרטית להתקשר בהסדר עם אחת מקופות החולים לצורך הענקת שירותי רפואה פרטיים. יתר על כן, ובשל החשיבות בהגשמת מטרות

חברתיות וכלכליות שונות, יאפשרו ההסדרים הללו להקטין את עיסוקם של הרופאים במערכת הרפואה הפרטית לטובת הקדשת זמן גדול יותר מזמנם לטובת מערכת הרפואה הציבורית. כך למשל, האיסור על המשך טיפול במערכת הרפואה הפרטית אלא בחלוף תקופת צינון יגרום לכך שרופאים רבים יצמצמו את הפרקטיקה הפרטית שלהם לטובת הקדשת זמן רב יותר למסגרת הרפואה הציבורית.

117. **ההגנה על חופש החוזים.** המשיבים סבורים כי גם אם מתקיימת פגיעה מסוימת בחופש החוזים בהשוואה למצב הדברים טרם חקיקת החוק, הרי שמדובר בפגיעה עקיפה ומצומצמת בלבד וזאת ממספר טעמים. ראשית, וכאמור לעיל, הפגיעה בחופש ההתקשרות של המטופלים אינו נפגע באופן משמעותי כי גם במסגרת שיטת ההסדר הם רשאים לצרוך שירותי רפואה פרטיים כרצונם. שנית, האיסור על תשלום ישיר מהמטופל לרופא ושילובו של המוסד הרפואי כגורם מתווך עשוי הלכה למעשה למנוע ניצול לרעה של המטופל. בכך יש כדי להגשים עקרונות של צדק חוזי תהליכי וצדק חוזי מהותי אשר גם להם חשיבות יתירה במשפט הישראלי (להרחבה, ראו בנימין פורת "החווה הכפוי ועקרון הצדק החוזי" **דיני ישראל** כב 49, 51-54 (התשס"ג)). **שלישית**, גם האיסור על טיפול רפואי במסגרת מערכת הרפואה הפרטית אלא לאחר תקופת צינון אינו פוגע באופן משמעותי בחופש החוזים. הטעם לכך הוא שהאיסור האמור יביא לכך **שאותם רופאים** שעומדים על התקשר המטופלים במסגרת הספירה הפרטית יעניקו את מלוא הטיפול הרפואי והאיכותי במסגרת מערכת הרפואה הציבורית.

118. **מהמקובץ עולה המסקנה שפרק הבריאות שבחוק ההסדרים אינו גורם לפגיעה משמעותית בזכויות יסוד חוקתיות וככל שמתקיימת פגיעה כאמור הרי שזו עומדת במבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.**

ג. הסעד


119. המשיבים סבורים כי מהטעמים המבוארים בכתב תשובה זה לא קמה הצדקה עובדתית או משפטית כי בית משפט נכבד זה יורה על בטלותו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים. לחלופין, גם אם ימצא כי נפל פגם כלשהו בהליך חקיקתו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים או בתכניו הנורמטיביים עדיין אין בכך בהכרח כדי להביא לבטלותו של החוק, אלא ייבחן הדבר לפי תורת הבטלות היחסית.

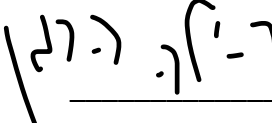
120. וכך הסביר השופט יצחק זמיר את תחולת תורת הבטלות היחסית על ביקורת חוקתית: **"מודל הבטלות היחסית הוא מודל גמיש. הוא מאפשר לבחור, בכל מקרה ומקרה, בתוצאה המתאימה ביותר לנסיבות המקרה, בטלות מוחלטת ועד תוקף מלא [...]. במקרים קיצוניים ביותר, מודל הבטלות היחסית מאפשר לקבוע כי חוק, הנוגד חוק יסוד, בטל מיסודו למפרע. כך, לדוגמא, כאשר מסמך מתיימר להיות חוק אך מתברר כי הוא לא עבר שלוש קריאות בכנסת, או כאשר חוק פוגע בזכות יסוד באופן חמור מעוות ובלט כל כך שגם הדיוט יבין שחוק כזה אינו חוק. אך, מבחינה מעשית, קשה לתאר, במציאות שלנו, במקרים כאלה [...]. אם וכאשר בית-משפט יפסוק שחוק נוגד חוק יסוד, הוא יהיה רשאי להצהיר כי החוק בטל, ולקבוע אם הבטלות תהיה רטרואקטיבי, ולא בהכרח מיום חקיקת החוק, אקטיבית או פרוספקטיבית ממועד שייקבע, הכול לפי נסיבות המקרה. בית המשפט יהיה רשאי אף לפסוק כי בנסיבות המקרה החוק, אף שהוא נוגד חוק יסוד, יעמוד בתוקפו בתנאים שייקבעו או ללא תנאים"** (בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרחי נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117, 142-143 (1998)).

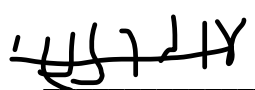
121. בענייננו, המשיבים סבורים כי גם אם ייקבע כי נפל פגם בהליך החקיקה ובהוראותיו נורמטיביות של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים, יש להורות על בטלות מושהית, לפרק זמן אשר במהלכו תינתן האפשרות למשיבה 1 לחוקק מחדש את פרק הבריאות שבחוק ההסדרים מהשלב שבו לגישת בית המשפט הנכבד נפל בו הפגם. **ודוק, המשמעות המעשית של השעיה זו היא כי דבר החקיקה שנפל בו פגם חוקתי נותר על כנו,**


שכן הכרזת הבטלות אינה נכנסת לתוקף מיידי. עמד על כך ד"ר יגאל מרזל בכותבו: "בשנים האחרונות ניכרת נכונות הולכת וגוברת של בית המשפט העליון בישראל, בעת שהוא דן בעתירות התוקפות את חוקיות פעולות הרשות, ליתן סעד בעל אופי מיוחד והוא השעיית הכרזת בטלות (או השעיית הצהרת בטלות). בית המשפט מקבל את עיקרי העתירה וקובע כי מדיניות הרשות או פעולתה היו נגועות באי חוקיות וכי דינו של המעשה השלטוני להתבטל. הביטול יכול להיות של מדיניות ממשלה ואפילו של חוק שחוקקה הכנסת. עם זאת קובע בית המשפט, כי הכרזת בטלות זו לא תיכנס לתוקפה מיד עם מתן פסק הדין אלא במועד מאוחר יותר, לרוב כעבור חודשים מספר. הסעד שנתבקש בעתירה – ביטול מעשה הרשות – ניתן, אולם תחילתו בזמן מושעית לפרק זמן לא קצר שאותו קובע בית המשפט עצמו. **המשמעות המעשית של השעיה זו היא כי מעשה בלתי חוקי של הרשות נותר על כנו למרות אי חוקיותו, שכן הכרזת הבטלות אינה נכנסת לתוקף מיידי**" (יגאל מרזל "השעיית הכרזת בטלות" משפט וממשל 39, 39-40 (התשס"ו)).

122. לסיכום, מכל הסיבות המפורטות בכתב תשובה זה, סבורים המשיבים כי פרק הבריאות שבחוק ההסדרים עשוי לקדם תכליות ציבוריות מובהקות ולא נפל בהליך חקיקתו או בהוראותיו הנורמטיביות כל פגם חוקתי אשר עשוי להצדיק את ביטולו. לפיכך, דין העתירה להידחות.


 סתיו סוויסה, עו"ד


 הילה מזר, עו"ד


 עומר זנטי, עו"ד


 דביר אביעם עזרא, עו"ד