

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

ע"י הלשכה המשפטית, הכנסת
טלפון: 02-6408479; פקסימיליה: 02-6753495

2. שר האוצר

3. שר הבריאות

4. משרד האוצר

5. משרד 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;

עתירה למתן צו על תנאי

העותרת, ארגון הרופאים הארצי בישראל (להלן: "העותרת"), מתכבדת בזאת להגיש לבית המשפט הנכבד עתירה דחופה למתן צו על תנאי המופנה למשיבה 1, כנסת ישראל, למשיב 2, שר אוצר, למשיב 3, שר הבריאות, למשיב 4, משרד האוצר, למשיב 5, משרד הבריאות, ולמשיב 6, ממשלת ישראל (להלן ביחד: "המשיבים"), או למי מהם, והמחייבים אותם להתייצב וליתן טעם מדוע לא יוצהר כי פרק ה' לחוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2018 ו-2019), התשע"ח-2018 (להלן: "פרק הבריאות שחוק ההסדרים") בטל ומבוטל בשל פגמים מובהקים היורדים לשורש הליך החקיקה התקין ומחמת פגיעה בלתי מידתית ובלתי מוצדקת בזכויות אדם חוקתיות של רופאים ומטופלים כאחד. לחילופין בלבד, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן כל סעד אחר או נוסף, כפי שימצא לנכון, צודק וראוי בנסיבות העניין.

תוכן עניינים

3.....	אקדמות מילין.....
3.....	ואלה נימוקי העתירה.....
3.....	א. הצדדים.....
4.....	ב. הרקע העובדתי.....
4.....	(1) רקע כללי.....
7.....	(2) מערכת הרפואה הפרטית בישראל.....
9.....	(3) הוראות פרק הבריאות בחוק ההסדרים מושא העתירה.....
10.....	(א) ביטול שיטת ה"החזר".....
11.....	(ב) איסור על תשלום ישיר לרופא והמוסד הרפואי כמתווך בין הצדדים.....
12.....	(ג) איסור המשך טיפול רפואי ברפואה הפרטית לאחר מתן טיפול ראשוני ברפואה הציבורית.....
13.....	(4) הליך החקיקה של פרק הבריאות בחוק ההסדרים.....
15.....	(5) סיכום ביניים.....
15.....	ג. הטיעון המשפטי.....
15.....	(1) ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה.....
15.....	(א) ההלכה הפסוקה.....
17.....	(ב) יישום ההלכה הפסוקה בענייננו.....
19.....	(2) המשמעות המשפטית של חקיקתו של פרק הבריאות במסגרת חוק ההסדרים.....
21.....	(3) סיכום ביניים.....
22.....	(4) ביקורת שיפוטית על תוכן החקיקה.....
22.....	(א) כללי.....
22.....	(ב) פרק הבריאות שבחוק ההסדרים מסב פגיעה חמורה בזכות החוקתית לבריאות.....
25.....	(ג) פרק הבריאות מסב פגיעה קשה וחמורה בחופש העיסוק של רופאים בישראל.....
27.....	(ד) פרק הבריאות מסב פגיעה חמורה וחסרת תקדים בחופש החוזים.....
27.....	(ה) חוסר מידתיות בהסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים.....
28.....	(1) תכלית החקיקה.....
28.....	(2) מבחני המשנה של המידתיות.....
32.....	ד. הסעד.....

"כל מה שיש בכוחו להעניק
לנו בריאות אינו נראה לי
קשה או יקר מדי."
מישל דה מונטן

אקדמות מילין

עתירה זו מכוונת כנגד הוראות פרק הבריאות שבחוק ההסדרים אשר משמעותם המעשית היא חיסולה של מערכת הרפואה הפרטית תוך פגיעה אנושה וחוסרת תקדים בזכויותיהם החוקתיות של רופאים ומטופלים כאחד. בקליפת האגוז וכפי שיפורט להלן בהרחבה, הוראות פרק הבריאות שבחוק ההסדרים נחקקו בהליך חקיקה שנפל בו פגם היורד לשורש ההליך מבלי שהוצגה בפני חברי הכנסת התשתית העובדתית ההכרחית, הנחוצה לצורך שקילה ראויה של ההשלכות הצפויות שלו. פגם זה מתבטא בכך שהוראות פרק הבריאות נחקקו בהליך חקיקה מזויר במיוחד במסגרת חקיקתו חוק ההסדרים כאשר לחברי הכנסת לא ניתנה שהות מינימלית ללמוד את המשמעות של הוראותיו. העותרת סבורה כי בהינתן הפגיעה האנושה בזכויות יסוד חוקתיות, היה על המחוקק לחוקק את הוראות פרק הבריאות במסגרת הליך חקיקה עצמאי שיניב דבר חקיקה נפרד. זאת ועוד, הוראות בפרק הבריאות מבקשות לבטל את "שיטת ההחזר" ולאמץ באופן גורף ומוחלט את "שיטת ההסדר" כשיטה היחידה למימון עלות השירותים הרפואיים במסגרת מערכת הרפואה הפרטית בישראל. משמעות הוראה זו הינה היעדר אפשרותם של מטופלים לבחור את הרופא המטפל, וחיובם לבחור רק את אלה הנכללים ברשימה סגורה של רופאים אשר חתמו על הסדר עם קופות החולים וחברות הביטוח. זאת ועוד, הוראות פרק הבריאות אוסרות מיניה וביה על כל התקשרות חוזית ישירה בין רופא למטופל אלא בתיווכו של בית החולים שבמסגרתו ניתן הטיפול הרפואי. דא עקא, האיסור על התקשרות ישירה בין הרופא למטופל, עלולה להעניק למוסד הרפואי שבו מעניק הרופא את השירות הרפואי, כוח יתר אשר קרוב לוודאי שיהיה מנוצל לטובת פגיעה בזכויותיהם של הרופאים ובכופר ההשתכרות שלהם. ולבסוף, הוראות פרק הבריאות אוסרות על מתן טיפול רפואי במסגרת מערכת הרפואה הפרטית על ידי רופא שטיפל במטופל במסגרת מערכת הרפואה הציבורית אלא בחלוף שישה חודשים מיום מתן הטיפול במסגרת זו. אולם, האיסור על המשך טיפול רפואי במסגרת מערכת הרפואה הפרטית לאחר טיפול ראשוני במסגרת מערכת הרפואה הציבורית עשויה לפגוע באופן ישיר בבריאותם וברווחתם של ציבור המטופלים במיוחד במצב הדברים הנוכחי שבו מערכת הבריאות הציבורית מעניקה שירותים רפואיים באיכות נמוכה יחסית וסובלת מהיעדר תקנים ותשתיות הנחוצים באופן הכרחי לפעילות תקינה. כפי שיבואר להלן, עתירתה של העותרת מכוונת כנגד ההוראות הנורמטיביות הללו המסבים פגיעה אנושה, בלתי מידתית בזכות לבריאות של ציבור המטופלים, בחופש העיסוק של הרופאים המועסקים במערכת הרפואה הפרטית ובחופש החוזים של ציבור המטופלים ושל הרופאים כאחד להתקשר במתן שירותי רפואה בהתאם לשיקול דעתם הבלעדי. הוראות פרק הבריאות נחקקו מבלי שניתן מלוא הדעת לפגיעה הכבדה בזכויות היסוד ובלי שנבחנו ההשלכות ההרסניות הנובעות מיישומן של החוק על בריאותם של אזרחי ישראל ועל המשק הישראלי בכללותו. נוכח האמור לעיל, ובהינתן הפגיעה העצומה בזכויות יסוד חוקתיות, יש לקבל את העתירה ולהורות על ביטולן של הוראות פרק הבריאות שבחוק ההסדרים.

ואלה נימוקי העתירה

א. הצדדים

1. העותרת, היא גוף ציבורי המאגד את מרבית הרופאים בישראל (95%), בין אם מדובר ברופאים שכירים ובין

אם מדובר ברופאים עצמאיים. העותרת פועלת באופן מקצועי, עצמאי, בלתי תלוי ובלתי מפלגתי לקידום מעמדם של הרופאים ולשיפור מצב הרפואה בישראל. מיום הקמתה בשנת 1912, פעלה העותרת ללא לאות לטובת ציבור הרופאים ומערכת הבריאות בכללותה, מתוך הבנה כי הגנה עליהם תאפשר רפואה ציבורית הוגנת ושוויונית עבור כלל תושבי ישראל. העותרת מחזיקה במעמד מיוחד במערכת הבריאות בישראל ונדרשת, חדשות לבקרים, להביע את עמדתה במגוון רחב של סוגיות הנוגעות לרפואה בישראל, כגון: קידום החינוך וההסברה הרפואיים, שיפור הנגישות לתרופות וטיפול רפואי והסדרת היחסים שבין רופאים למטופלים.

2. המשיבה 1 היא כנסת ישראל, המשמשת כרשות המחוקקת של מדינת ישראל ואשר חוקקה את פרק הבריאות בחוק ההסדרים.
3. המשיב 2 הוא שר האוצר והוא השר הממונה על משיב 4.
4. המשיב 3 הוא שר הבריאות והוא שר הממונה על משיב 5.
5. המשיב 4, משרד האוצר, הוא המשרד הממשלתי האחראי על קביעת המדיניות הכלכלית של ממשלת ישראל, ויסות הפעילות הכלכלית והעסקית במשק, קביעת תקציב המדינה השנתי לפעילות הממשלה וחלוקתו למשרדי הממשלה השונים.
6. המשיב 5, משרד הבריאות, הוא המשרד הממשלתי האחראי על מתן שירותי בריאות לתושבי ישראל. המשרד קובע את המדיניות הכלכלית והחברתית בתחום שירותי הבריאות והרפואה, ומופקד על תכנון, פיקוח בקרה, רישוי ותיאום השירותים של מערכת הבריאות הארצית.
7. המשיבה 6, ממשלת ישראל היא יוזמת הצעת חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנים 2018 ו-2019), התשע"ח-2018 (להלן: "**הצעת חוק ההסדרים**"), אשר אותה הניחה על שולחן הכנסת ביום 1 באוגוסט 2017.

ב. הרקע העובדתי

(1) רקע כללי

8. בישראל פועלת מערכת בריאות ציבורית הכוללת את בתי החולים הציבוריים והממשלתיים, ואת ארבע קופות החולים הקהילתיות המספקות שירותי בריאות לכלל תושבי המדינה, קרי: שירותי בריאות כללית, מכבי שירותי בריאות, לאומית שירותי בריאות ומאוחדת שירותי בריאות. לצד מערכת הבריאות הציבורית פועלת מערכת בריאות פרטית, עליה יורחב הדיבור בהמשך.
9. בשנת 1995 נחקק חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: "**חוק ביטוח בריאות ממלכתי**") אשר קבע כי כל תושבי המדינה יהיו זכאים לסל שירותי בריאות בסיסי אשר יינתן על ידי קופות החולים הקהילתיות ובכפוף לפיקוח של משרד הבריאות. במסגרת זו, זכאים כל תושבי ישראל לשירותים שונים, כגון: אבחון, התייעצות וטיפול רפואי, תרופות, שירותי רפואה בעבודה, שירותי אשפוז, אביזרים וציוד רפואי ושיקום.
10. מצבה של מערכת הרפואה בישראל הוא עגום במיוחד. למרות קיומו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ההוצאה הפרטית על שירותי בריאות גדלה בשנים האחרונות מהר יותר מאשר ההוצאה הציבורית, ובכך הגדילה את חלקה של ההוצאה הפרטית בהוצאה הכללית על בריאות. גידול זה עשוי להעיד כי בעיני תושבי ישראל, מערכת הבריאות הציבורית אינה נותנת מענה מספק לצורכיהם הרפואיים.

11. המימון הציבורי של מערכת הבריאות בישראל מקורו במסים הייעודיים למערכת הבריאות (דמי ביטוח בריאות ומימון שירותי הבריאות באמצעות המוסד לביטוח לאומי) ובכספים מתקציב המדינה (מהמיסוי הכללי). המימון הציבורי ירד במהלך השנים מאז החלת הרפורמה של חוק בריאות ממלכתי. בשנת 2011 עמד המימון הציבורי על 60% מכלל ההוצאות. זאת, לעומת שנת 1995, במהלכה עמד המימון הציבורי על 67.4% לשם השוואה, ממוצע המימון הציבורי במדינות ה-OECD עמד בשנת 2011 על 76.3%. על כן, ניכרת בישראל מגמה הפוכה לחלוטין מהמגמה בעולם: שחיקה חריפה של ההוצאה הציבורית על בריאות. (דב צ'רניחובסקי ואיתי רגב "מגמות במערכת הבריאות בישראל – נייר מדיניות מספר 2013.14" (2012) http://taubcenter.org.il/wp-content/files_mf/e1healthhealthchernihovskiregev.pdf).
12. לצד תהליך השחיקה בהוצאה הציבורית על מערכת בריאות כפי שתואר לעיל, חל תהליך הפוך של גידול בהוצאות הפרטיות במימון מערכת הבריאות (ההוצאה הפרטית עלתה מסך של 2,247 שקלים בשנת 1995 (במחירי 2014) ל-3,634 שקלים ב-2014 – שיעור גידול שנתי ממוצע של 6.2 אחוזים), כך שעם השנים חל שינוי לא קטן ביחס שבין הוצאות לאומיות לפרטיות. אם בשנת 1995 חלקו היחסי של המימון הפרטי עמד 30.3%, בשנת 2010 שיעורו עמד על 38.2%, ובשנת 2014 על 36.3% (דב צ'רניחובסקי, חיים בלייך ואיתן רגב "ההוצאה הפרטית על בריאות בישראל" מתוך דו"ח מצב המדינה – חברה, כלכלה ומדיניות 2016, בעמוד 4 (מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל http://taubcenter.org.il/wp-content/files_mf/privatehealthexpenditureheb.pdf) (להלן: ההוצאה הפרטית על בריאות בישראל). מחקר זה מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 1**.
13. הגידול האמור בהוצאות הפרטיות על בריאות נובע בעיקרו מרכישת ביטוחי בריאות, הכוללים את הביטוחים שמפעילות קופות החולים (כ-30% מסך ההוצאה הפרטית על בריאות בשנת 2014) ואת תכניות הביטוח של החברות המסחריות (כ-12% מסך ההוצאה הפרטית). ההוצאה על ביטוחים משלימים גדלה גם משום שהתרחב היקף הכיסוי הביטוחי (כ-75% מהאוכלוסייה היו מבוטחים בביטוחים משלימים ב-2009, לעומת כ-54% בשנת 2000, וכ-80% ב-2016) וגם בשל עליית התעריפים והרחבת תכניות הביטוח (ההוצאה הפרטית על בריאות בישראל, עמ' 9). הוצאה זו עמדה בשנת 2009 על כרבע מכלל ההוצאה הפרטית על בריאות, לעומת 12% בשנת 1997 (לאה אחדות וגבי בן נון, "בין הציבורי לפרטי במערכת הבריאות בישראל: המקרה של שר"פ" מתוך מחלוקות בכלכלה, סדרה שנייה אפריל 2012 בעמוד 16 (מכון ון ליר בירושלים) http://www.vanleer.org.il/sites/files/product-pdf/dispute3_0.pdf).
14. הדעה המקובלת היא כי הגידול בהוצאות פרטיות על שירותי בריאות, הן באופן מוחלט והן באופן יחסי, וכן שיעורם הגבוה מאוד של בעלי ביטוחים משלימים באוכלוסייה, נעוצים לפחות באופן חלקי בחוסר שביעות הרצון ממערכת הרפואה הציבורית (ההוצאה הפרטית על בריאות בישראל, עמ' 7-8).
15. כידוע, הפער בין השירותים הניתנים במערכת הציבורית לשירותים הניתנים במערכת הפרטית הינו רחב למדי, לא רק מבחינת היקף השירותים אלא גם ברמתם. גורם הבולט לרעה בהקשר זה הוא זמני ההמתנה לתורים. כך למשל, במחקר שנערך בפקולטה לרפואה באוניברסיטה העברית נמצא כי זמן ההמתנה לתור למרפאה ציבורית במרכז הרפואי הדסה בירושלים הינו 55 יום – כמעט פי שמונה יותר מזמן ההמתנה במסלול הפרטי, העומד על 7 ימים במוצע. מחקר המשך מצא אף שפערים אלו התרחבו. כלומר, זמן ההמתנה לתור בהדסה במסלול הציבורי היה ארוך פי 13.5 מאשר במסלול הפרטי. ראה: תום אקסלרוד, מתן כהן, ניר קידר ומאיר ברזיס, תלמידי רפואה מגלים ממדי הפער בזימון תור למרפאה ציבורית לעומת שר"פ בהדסה (21.11.12). מחקר זה מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 2**.

16. יודגש, כי בכל המדינות בעולם, קיים תמהיל מסוים של "פרטי" ו"ציבורי" במערכת הבריאות. בתי חולים ציבוריים בבעלות המדינה או בבעלותם של ארגונים ללא כוונות רווח, עשויים לפעול לצדם של בתי החולים הפרטיים למטרות רווח, ואף להתחרות בהם. רופאים ובעלי מקצועות בריאות אחרים עשויים לעבוד כשכירים במוסדות הרפואה השונים ואף לשלב העסקה מקבילה הן במסגרת מערכת הרפואה הציבורית והן במסגרת מערכת הרפואה הפרטית. בשורות הבאות נבקש לסקור את הכללים בעניין עבודתם של רופאים במערכת הבריאות הציבורית והפרטית במספר מדינות בעולם ונראה כי מדובר בחיזיון נפרץ.
17. **אנגליה.** מערכת הבריאות האנגלית (NHS) מעניקה לתושבי המדינה כיסוי ציבורי אוניברסלי של שירותי בריאות נרחבים. 75% מתקציב מערכת הבריאות האנגלית מגיעים ממיסי מדינה, 20% נוספים כדמי ביטוח ממלכתי הנגבים ממשכורתם של כל המועסקים במשק, ויתר המימון מגיע מדמי השתתפות עצמית של המטופלים, מתשלומיהם של מטופלים פרטיים המשתמשים בשירותי הבריאות וממקורות נוספים. כ-11% מאזרחי בריטניה מחזיקים בביטוח בריאות משלים המאפשר בחירת מומחה וסטנדרטים גבוהים יותר של נוחות ופרטיות בעת קבלת השירות הרפואי. השוק הפרטי באנגליה מתואר לעתים בספרות כמערכת סימביוטית, המתקיימת בהדדיות לצד ה-NHS. השוק הפרטי מאפשר בחירה ונגישות גדולה יותר לאלו שיכולים לשלם עבור שירותיו, והוא גם מאפשר לרופאים, ובעיקר למומחים, להתפרנס מרפואה פרטית בנוסף לשכרם הציבורי.
18. **צרפת.** מערכת הבריאות הצרפתית היא מכלול מורכב של ביטוח בריאות ממלכתי, מיסים ומימון פרטי ותפקיד משמעותי לספקי בריאות פרטיים. לצדה של מערכת הרפואה הציבורית מתקיים שוק פרטי נרחב למדי, כאשר מעלה מ-90% מהאוכלוסייה מחזיקים בביטוח פרטי וולונטרי, המכסה בעיקר את דמי ההשתתפות המוטלים על המבוטח בביטוח הממלכתי ואת תעריפי הרופאים הפרטיים, אשר עשויים להיות גבוהים יותר מהתעריף הציבורי. שירותי רפואה ניתנים בצרפת על-ידי בתי חולים ציבוריים ופרטיים ועל-ידי רופאים העובדים במוסדות ציבוריים ופרטיים. רופאים פרטיים מקבלים "תשלום תמורת שירות" ורופאים העובדים בבתי חולים ציבוריים עובדים כשכירים.
19. **גרמניה.** עד לשנת 2009, ביטוח חובה חל על רוב אזרחי גרמניה, אך לא על כולם: אזרחים שהכנסתם נמוכה מכ-49 אלף יורו בשנה חויבו לרכוש ביטוח בריאות חובה על-פי חוק מדינה, שהגדיר את סל שירותי הבריאות, המסופק על-ידי קופות חולים. לאזרחים שהכנסתם גבוהה מרף זה, ניתנה האפשרות לפרוש מהתוכנית הציבורית, ולרכוש תכנית ביטוח פרטית מקיפה יותר מחברות מסחריות, או שלא לרכוש ביטוח כלל. בעקבות רפורמה שערכה גרמניה בתחום, מאז תחילת שנת 2009 חל ביטוח בריאות חובה על כל אוכלוסיית המדינה – ציבורי (90% מהאזרחים) או פרטי (10% מהאזרחים, בעיקר עצמאים ופקידי מדינה). הביטוח הפרטי בגרמניה ממלא תפקיד משמעותי במערכת הבריאות, שכן הוא מהווה חלק בלתי נפרד מהרובד הביטוחי הבסיסי והמחייב של האזרחים, והוא משרת קבוצות אוכלוסייה גדולות. לחברות הביטוח הפרטיות אסור לדחות אזרחים המבקשים להצטרף אל תכניות הביטוח שלהן, והן מחויבות להציע להם לפחות את הסל המינימלי הקבוע בחוק.
20. מהסקירה הקצרה שלעיל עולה כי תמהיל מסוים של מערכת רפואה ציבורית לצד מערכת רפואה פרטית מתקיים במרבית מדינות העולם. יתר על כן, במרבית המדינות שנסקרו ניתנת האפשרות לרופאים להיות מועסקים בשתי מערכות הבריאות במקביל, אך בכפוף להגבלות שונות על היקף העסקה ועלות הטיפול הרפואי שהם רשאים לגבות מהמטופלים, כפי שהללו מוסדרים ברגולציית הבריאות של כל מדינה ומדינה. לסקירה השוואתית רחבה של מערכות רפואה פרטיים בעולם ומעמדם של רופאים המועסקים בהן ובמערכות הרפואה הציבורית, ראו ההסתדרות הרפואית בישראל, "תמהיל "ציבורי" ו"פרטי" במערכות

הבריאות – השוואה בינלאומית: הסדרתם של הכיסוי הביטוחי ושל עבודת הרופאים במדינות שונות (ינואר 2014) המצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 3**.

21. **בישראל**, תקנון שירות המדינה (התקשי"ר) מעגן באופן מפורש את זכותם של רופאים מומחים להיות מועסקים הן במערכת הרפואה הציבורית והן במערכת הרפואה הפרטית (ראו סעיפים 42.431-42.432 לתקשי"ר). יתר על כן, פסיקת בית המשפט העליון עמדה על זכותם של הרופאים להיות מועסקים על ידי שתי מערכות הבריאות במקביל וזכות זו מהווה חלק מתנאי העבודה הייחודיים של רופאים בישראל (ראו לעניין זה עש"מ 1062/01 הורן נ' **נציבות שירות המדינה**, פסקה 5 (פורסם בנבו, 23.4.2001); בג"ץ 9198/02 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 9 (פורסם בנבו, 2.10.2008). המובאות הרלוונטיות מפסקי דין אלה, מצורפות לעתירה זו ומסומנות **כנספח 4**.

2) מערכת הרפואה הפרטית בישראל

22. שירותי הרפואה הפרטיים בארץ פועלים כיום בשתי מסגרות עיקריות:
- 22.1 שירותי רפואה פרטית במסגרת בתי החולים הציבוריים (להלן: שר"פ). כיום השר"פ ניתן רק במסגרת בית החולים "הדסה", ו"שערי צדק" וזאת כאמצעי לצמצום הגירעונות העמוקים שמהם סובלים בתי חולים אלה.
- 22.2 שירותי רפואה פרטית ניתנים במסגרת בתי חולים פרטיים, כגון: בית החולים אלישע בחיפה, בית החולים הרצליה מדיקל סנטר ואסותא מרכזים רפואיים.
23. מטרת השר"פ היא לאפשר למטופלים לבחור רופאים שיעניקו להם את הטיפול לו הם זקוקים מבלי שיידרשו להמתין זמן רב לצורך קבלת שירותים דומים במערכת הרפואה הציבורית. במסגרת זו, מאפשר לכל מטופל מגוון רחב של שירותים רפואיים, כגון: ניתוחים, טיפולים מיוחדים, בדיקות מורכבות, ייעוץ במסגרת "חוות דעת שנייה" וחוות דעת רפואית משפטית לבית המשפט או לוועדות רפואיות שונות.
24. במהלך השנים הוקמו ועדות שונות שדנו במערכת הבריאות ובהיקף השר"פ בישראל (וועדת חקירה לבדיקת תפקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל (1990) (וועדת נתניהו); וועדת החקירה הפרלמנטרית לבדיקת יישומו ומימונו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי (2000) (וועדת טל); הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה (2002) (וועדת אמוראי); הוועדה לנושא בחינת התפעול, הניהול התקצוב והבעלות על בתי החולים הממשלתיים (2004) (וועדת לאון)). הדעה המקובלת על כל הוועדות אשר עסקו בשאלת מעמדה של מערכת הרפואה הפרטית בישראל היא כי יש לאפשר את הפעלת השר"פ במסגרת מערכת הרפואה הציבורית. כך למשל, קובע דוח ועדת נתניהו:

"התרשמותנו מהעדויות ששמענו היא, שהחלטה לאכוף את הפסקת הרפואה הפרטית הזו תהיה - בעיני העוסקים בה – בבחינת "גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה", והיא רק תעמיק את התופעה לרובד נמוך יותר במחתרת. אנו סבורים שבמצב זה – וכל עוד אין דרך אחרת להתמודד עם מכלול ההיבטים שנפרשו בפרק זה - עדיף למסד את הרפואה הפרטית במשולב עם הרפואה הציבורית."

העמודים הרלוונטיים מדוח ועדת נתניהו, מצורפים לעתירה זו ומסומנים **כנספח 5**.

25. בחודש יוני 2013 הוקמה הוועדה לחיזוק מערכת הבריאות הציבורית (להלן: **"ועדת גרמן"**). ועדת גרמן נמנעה מלהמליץ על הרחבת השר"פ לכלל בתי החולים בישראל. עם זאת, ועדת גרמן המליצה על חיזוק מערכת הביטוחים המשלימים כאמצעי לצמצום רכישת ביטוחים פרטיים ומסחריים. לפיכך המליצה הוועדה על

יצירתם של שלושה רבדים עצמאיים של ביטוחים רפואיים. על פי הרובד היוקרתי והיקר ביותר של הביטוחים המשלימים יוצעו למבוטחים ניתוחים פרטיים וייעוץ אגב ניתוח כמו גם חוות דעת שנייה. מתחת לרובד זה, יוצעו לציבור ביטוחים משלימים ברובד בינוני הכוללים זכאות לתרופות מסוימות, שירותי הריון ורפואת שיניים, התפתחות הילד ושירותים אחרים המתוארים כ"העמקת שירותי סל". במסגרת הרובד הבסיסי של ביטוחי הבריאות המושלמים יוצעו למבוטחים שאר השירותים הרפואיים שאינם כלולים במסגרת הרובד היוקרתי או הבינוני של ביטוחים אלה (ראו ועדת גרמן, עמ' 205-208).

26. לשר"פ מספר יתרונות מובהקים עליהם נעמוד להלן.

26.1 **ראשית**, השר"פ מאפשר ניצול יעיל של המשאבים ושל הציוד הרפואי היקר מעבר לשעות העבודה המקובלות. התשלום הניתן במסגרת הטיפול מאפשר החזרה יעילה יותר של עלות ההון והפחתה שלא היה מנוצל אחרת. במילים אחרות, השר"פ חוסך כפילות מיותרת בהוצאות הנדרשות עבור ציוד ומשאבים ובכך מייעל מאוד את עבודת המערכת הבריאות בישראל.

26.2 **שנית**, חלק מכספי השר"פ מופנים לטובת השקעה בתשתיות ובגורם האנושי. השקעה זו מופנית לטובת כלל המטופלים, הן אלה הנעזרים במערכת הרפואה הציבורית והן אלה הנעזרים במערכת הרפואה הפרטית. זאת ועוד, חלק משמעותי מהכנסות השר"פ מושקעות בשדרוג הציוד הקיים במערכת הרפואה הציבורית באופן שמיטיב גם עם המטופלים הנעזרים במערכת הרפואה הציבורית בלבד.

26.3 **שלישית**, השר"פ מרחיב את מסגרת שעות העבודה של הרופאים המועסקים במסגרתו באופן שבו הרופאים נשארים לאחר שעות העבודה במתחם בית החולים. בכך הם יכולים לתת מענה אד-הוק לבעיות העולות לאחר סיום שעות עבודתם הרשמיות.

26.4 **רביעית**, חלק ניכר מהפרוצדורות הרפואיות שמבוצעות במסגרת השר"פ נעשה גם על ידי רופאים מתמחים באופן התורם לשיפור מובהק של הכשרתם המקצועית לטובת כלל המטופלים במערכת הרפואה הציבורית בישראל.

26.5 **חמישית**, הפעלת השר"פ במתכונתו הנוכחית מאפשר לחלק ניכר מהרופאים להשלים את הכנסתם מבלי שיידרשו "לנדוד" בין מספר מקומות עבודה שונים. יתר על כן, חלק ניכר מהרופאים שאינם מורשים לעסוק בשר"פ מקבלים חלק מכספי השר"פ מתוקף תפקידם כעוזרים במתן הטיפול ביחד עם רופאי השר"פ. (ההסתדרות הרפואית בישראל "שירותי רפואה פרטית" (2007)

<https://www.ima.org.il/mainsitenew/ViewCategory.aspx?CategoryId=933>

27. ככלל, שירותי הרפואה הפרטיים מממנים הן באמצעות מימון פרטי של המטופלים והן באמצעות כיסוי של הביטוחים השונים. בהקשר זה, קיימים שני סוגי ביטוח עיקריים:

27.1 ביטוחי השב"ן (שירותי בריאות נוספים) של קופות החולים: הביטוח ניתן באמצעות ארבע קופות החולים ונחשב פרטי למחצה מפני שהקופות מחויבות לבטח כל אדם ואינן יכולות לקבוע פרמיה אישית, אלא רק עלות קבועה לכל קבוצת גיל. כאמור לעיל, נכון לשנת 2016 כ-80% מתושבי המדינה הינם בעלי ביטוחי שב"ן.

27.2 ביטוחים מסחריים של חברות ביטוח פרטיות: ביטוחים אלה נרכשים באופן אישי או דרך התקשרות באמצעות מעסקים ולרוב הם כרוכים בהגשת הצהרת בריאות מפורטת ותהליך קביעת פרמיה פרטני. שיעורם באוכלוסייה נמוך יותר, ועומד על כ-40% (ההוצאה הפרטית על בריאות בישראל, בעמוד 9).

28. ככלל, תכניות שב"ן מספקות 3 סוגי שירותים:

28.1 **משלימים** שאינם נכללים בסל השירותים הבסיסי מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי,

כגון: האפשרות לקבל תרופות או טיפולים מצילי חיים בחוץ לארץ;

- 28.2 שירותים **המרחיבים** את סל השירותים הבסיסי האמור, כגון: בדיקות גנטיות במהלך ההיריון;
- 28.3 שירותים **המשפרים** את סל השירותים הבסיסי הניתן לכל תושב, כגון: בחירת רופא מנתח פרטי.
29. באורח כללי, ניתן לקבוע כי תכניות השב"ן מציעות לעמיתיהן שתי אפשרויות להשתתפות במימון שכר רופא מנתח. **האחת**, ביצוע הניתוח בבית חולים פרטי אשר קופת החולים התקשרה בהסכם עמו ועם הרופא המנתח. על פי אפשרות זו, קופת החולים משלמת באופן ישיר לבית החולים ולרופא המנתח את שכרם, ואילו המטופל נדרש לשאת "בהשתתפות עצמית" בהתאם להוראות תכנית השב"ן שאותה רכש מקופת החולים (להלן: "**שיטת ההסדר**"). **השנייה**, ביצוע הניתוח בבית חולים פרטי שאין לקופת החולים הסכם עמו או עם הרופא המנתח. המטופל נדרש לשאת באופן עצמאי בעלות הכרוכה בתשלום השכר של בית החולים והרופא המנתח, אולם הוא רשאי לקבל החזר מקופת החולים עד לסכום מסוים שנקבע בהוראות תכנית השב"ן שאותה רכש (להלן: "**שיטת החזר**").
30. כך למשל, קובע סעיף 4 לתקנות השב"ן של "כללית מושלם" של שירותי בריאות כללית המסדיר את אופן ההשתתפות במימון שכרו של רופא מנתח פרטי עובר לאימוצו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים. סעיף זה קובע כדלקמן:

"4.1. בחר עמית לבצע ניתוח בבית חולים פרטי שבהסכם על ידי מנתח פרטי בהסכם, תשלם הכללית למבצעי הניתוח על פי ההסכם עימם. העמית ישלם ישירות לבית החולים את ההשתתפות העצמית על פי ההסכם. רשימת ההשתתפויות תופץ למרפאות הכללית.

4.2. בחר העמית לבצע הניתוח בבית חולים פרטי אחר ו/או על ידי מנתח פרטי אחר או בחר העמית לבצע ניתוח, בהתאם להגדרתו בפרק זה, שאינו כלול במסגרת ההסכמים, ישלם ישירות למבצעי הניתוח ויהיה זכאי לקבל החזר...".

סעיף 4 לתקנות השב"ן של "כללית מושלם" של שירותי בריאות כללית, עובר לחקיקתו של פרק הבריאות בחוק ההסדרים מצורף לעתירה זו ומסומן **בנספח 6**. הוראות דומות קיימות גם בתקנות השב"ן של קופות חולים אחרות בישראל כדוגמת "מכבי זהב" של מכבי שירותי בריאות, "מאוחדת עדיף" של קופת חולים מאוחדת ו"לאומית זהב" של לאומית שירותי בריאות.

31. כפי שיבואר להלן, ההסדרים המעוגנים בפרק הבריאות בחוק ההסדרים אינם מאפשרים למטופלים להתקשר עם בתי חולים ומנתחים פרטיים שאינם קשורים בהסדר עם קופות החולים המרכזיות בישראל ואף אינם מאפשרים להם להמשיך להיות מטופלים על ידי רופאים במערכת הרפואה הפרטית אשר טיפלו בהם לראשונה במסגרת הרפואה הציבורית. קביעה אחרונה זו, עלולה להביא לפגיעה חסרת תקדים בהיקפה במערכת הרפואה הפרטית בישראל וביכולת ההשתכרות של הרופאים. שכן ההסדרים האמורים יקטינו את הביקוש לשירותים הרפואיים הניתנים על ידי מערכת הרפואה הפרטית וכפועל יוצא ובלתי נפרד יקטינו את ההיצע של נותני שירותי רפואה פרטיים בישראל. נמצאנו למדים, כי ההסדרים האמורים חותרים תחת זכותם של הרופאים, כפי שהוכרה על ידי בית משפט נכבד זה, להיות מועסקים הן על ידי בתי החולים הציבוריים והם על ידי בתי החולים הפרטיים.

(3) הוראות פרק הבריאות בחוק ההסדרים מושא העתירה

32. הוראות פרק הבריאות בחוק ההסדרים מבקשות לכונן רפורמה מהותית בשירותי הרפואה הפרטית בישראל. בתמצית, פרק הבריאות בתכנית הכלכלית מעגן שלושה הסדרים עיקריים. **האחד**, ביטול שיטת ה"חזר"

ומעבר גורף לשיטת ה"הסדר". השני, איסור על תשלום ישיר ממטופל לרופא, והכנסת בתי החולים הפרטיים כמתווכים בין הרופא 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.

(א) ביטול שיטת ה"החזר"

33. הוראות סעיפים 15-16 לפרק הבריאות שבחוק ההסדרים אוסרות על קופות החולים וחברות הביטוח להציע תכניות שב"ן וביטוח מסחרי ב"שיטת ההחזר", ומטיל עליהן חובה לפעול אך ורק בהתאם ל"שיטת ההסדר".

34. כך קובע סעיף 15: "(א) קופת החולים וחברת הביטוח ישלמו לפי תכנית ביטוח או לפי תכנית לשירותי בריאות נוספים, בשל ניתוח, לרופא או למוסד רפואי שבו בוצע הניתוח ולפי הסדר ניתוח בלבד; קופת החולים וחברת הביטוח לא יתנו למטופל החזר כספי או תשלום בשל הניתוח; (ב) רופא או מוסד או מי מטעם לא ידרשו ולא יקבלו מהמטופל כל תשלום, במישרין או בעקיפין, בשל הניתוח או בשל בחירת הרופא המנתח".

35. הסדר ניתוח מוגדר בסעיף 16 כ: "הסכם בין קופת החולים או חברת הביטוח ובין רופא או מוסד רפואי, ולפיו מלוא התשלומים הקשורים לניתוח שבוצע בישראל, לרבות תשלומים לרופא או למוסד הרפואי, וכן תשלומים עבור הציוד, האביזרים והתכשירים המשמשים בביצוע הניתוח ובמהלך הטיפול, ישולמו על ידי קופת החולים או על ידי חברת הביטוח, לפי העניין למעט השתתפות עצמית ככל שנקבעה בתכנית לשירותי בריאות נוספים או בתכנית הביטוח".

36. בעקבות חקיקתן של הוראות אלה, תכניות השב"ן שנחתמו לאחר מועד כניסתו לתוקף של פרק הבריאות בחוק ההסדרים, לא מאפשרות למטופלים לקבל החזר כספי בגין הניתוח, אלא יהיה עליהם לבצע את הניתוח אך ורק באמצעות מוסד רפואי ומנתח שהתקשרו בהסדר ספציפי עם אחת מקופות החולים המרכזיות בישראל. אם בכל זאת, יבקש מטופל לבצע את הטיפול הרפואי באמצעות מוסד רפואי ומנתח שאינם כלולים בהסדר האמור, הרי שיידרש לשאת במלוא עלות הטיפול הרפואי מבלי שיוכל לזכות בשיפוי כלשהו מקופת החולים.

37. בעקבות חקיקתו של פרק הבריאות בחוק ההסדרים, נשללת כעת מהמטופלים בישראל החופש לבחור את המוסד הרפואי והמנתח שעמו ירצו להתקשר לצורך מתן טיפול רפואי. כלומר, עתה, לא יוכלו מבוסחים להתקשר עם בתי חולים ומנתחים פרטיים שקופות החולים לא התקשרו עמם בהסכם ספציפי. קביעה אחרונה זו באה כיום לידי ביטוי בכלל תכניות השב"ן של קופות החולים המרכזיות בישראל. כך למשל, תוכנית השב"ן של שירותי בריאות כללית "כללית מושלם" קובעת כיום בעקבות חקיקתו של פרק הבריאות בחוק ההסדרים כי "החל מה 1.7.2016 לא ניתן יהיה לבצע ניתוח פרטי עם מנתח שאינו נמצא בהסכם עם כללית מושלם". תדפיס מאתר האינטרנט של תוכנית השב"ן של "כללית מושלם" מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 7**.

38. הוראה דומה קיימת גם במסגרת הביטוחים המסחריים. בנספח "ביטוח לניתוחים ולטיפולים מחליפי ניתוח בישראל" של חברת הביטוח "מגדל חברה לביטוח בע"מ" מפרבואר 2016 נכללה שיטת ההחזר בסעיף 4.2, אך הנספח בוטל ותחתיו נקבע נספח "ביטוח לניתוחים ולטיפולים מחליפי ניתוח בישראל מהשקל הראשון" התקף מיולי 2016, אשר אינו כולל את "שיטת ההחזר". הוראות הנספח "ביטוח לניתוחים ולטיפולים מחליפי ניתוח בישראל מהשקל הראשון" של "מגדל חברה לביטוח בע"מ, מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 8**.

39. משמעות ביטול "שיטת ההחזר" ומעבר ל"שיטת ההסדר" הינה פגיעה קשה ובלתי מידתית בציבור הרופאים והמטופלים הנעזרים במערכת הרפואה הפרטית:

39.1 **ראשית**, "שיטת ההסדר" יוצרת כבילה של המטופלים אל קופת החולים או אל חברת הביטוח, שכן במידה שהמטופל מעוניין לקבל שירותי בריאות על ידי רופא ספציפי המומחה בתחומו, הוא מחויב להתקשר עם קופת החולים או חברת הביטוח שברשימתה נמצא אותו רופא. קביעה אחרונה זו מלמדת כי המטופל אינו יכול לעבור לקופת חולים או חברת ביטוח מתחרה שברשימתה לא נכלל אותו רופא. מצב דברים זה גורע מהתמריץ של קופות החולים להרחיב את סל השירותים להם זכאים מבוטחי השב"ן, שכן לשיטתם די בהתקשרות עם מספר מצומצם של מומחים בעלי שם, על מנת לעמוד בחובות המוטלות עליהם מכוח הוראות הדין כלפי ציבור המבוטחים.

39.2 **שנית**, "שיטת ההסדר" יוצרת גם כבילה בלתי צודקת של הרופאים אל קופת החולים או חברת הביטוח, שכן אי התקשרותם עם קופות החולים או חברות הביטוח עלול להביא למנוע מהם הלכה למעשה להעניק שירותים רפואיים לציבור מטופלים המעוניין בשירותיהם בלבד. מצב זה בתורו עלול להוביל לפגיעה ניכרת ביכולת ההשתכרות של רופאים אלה.

39.3 **שלישית**, "שיטת ההסדר" עלולה לפגוע ביכולתו של ציבור המטופלים לקבל שירותים רפואיים ייחודיים אשר לעיתים קרובות ניתנים על ידי רופאים ספורים בלבד בישראל. כלומר, היה ואותו מומחה רפואי אינו קשור בשיטת ההסדר עם קופת החולים, ציבור המטופלים לא יוכל לקבל הלכה למעשה שירותי בריאות ייחודיים.

40. כפועל יוצא מביטול "שיטת ההחזר" ומעבר בלעדי ל"שיטת ההסדר", סעיף 14 לפרק הבריאות שבחוק ההסדרים מחייב את קופות החולים וחברות הביטוח המסחריות לכלול ברשימת ההסדר רופאים בכמות מספקת מכל תחום ומכל אזור בארץ. אמנם על פניו מדובר בהסדר מבורך, אולם, קיים חשש כי הוראה זו עתידה להביא לייקור פרמיות הביטוח שיידרשו המבוטחים לשלם בגין שירותי רפואה פרטיים. ראייה לאמור אנו מוצאים בדוח השנתי של רשות שוק ההון, חיסכון וביטוח המצביע על כך שדמי הפרמיה שנגבו על ידי חברות הביטוח עבור ביטוח הוצאות רפואיות בפוליסת פרט לשנת 2016 עלו בשיעור ממוצע של כ-10% בהשוואה ל- שנת 2015.

העמודים הרלוונטיים מדוח השנתי של רשות שוק ההון, חיסכון וביטוח לשנת 2017 מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 9**.

41. זאת ועוד, סעיף 16 לפרק הבריאות שבחוק ההסדרים קובע כי רופא לא יכול להיכלל ברשימת הסדר כמנתח מבלי להיות נכלל ברשימת ההסדר כיועץ. הסדר זה יוצר למעשה התניה של שירות רפואי אחד בשירות רפואי אחר ובכך מחליש באופן משמעותי את כוח המיקוח של הרופא. שכן לרוב הוא יידרש לספק שירותי ייעוץ במחיר מופחת וזאת כתנאי בלתי אופן לצורך היכללותו ברשימת ההסדר של נותני שירותי ניתוח. יתר על כן, הוראות אלה פוגעות במיוחד ביועצים שאינם מנתחים בשל הגידול הצפוי בתחרות ביניהם לבין רופאים המספקים הן את שירותי הייעוץ והן את שירותי הניתוח במחיר מופחת.

(ב) איסור על תשלום ישיר לרופא והמוסד הרפואי כמתווך בין הצדדים.

42. סעיף 22 לפרק הבריאות בחוק ההסדרים עוסק באיסור על תשלום ישיר לרופא עבור שירות שניתן במוסד רפואי פרטי. כלומר 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. סעיף 22 קובע כדלקמן:

"(א) כל תשלום לרופא או לבעל מקצוע אחר, בעד שירות רפואי שביצע בתחומי המוסד הרפואי, בין שהרופא או בעל מקצוע הוא עובד המוסד הרפואי ובין שאינו עובדו, ישולם לרופא או לבעל

המקצוע על ידי המוסד הרפואי בלבד; (ב) רופא או בעל מקצוע אחר, או מי מטעמם, לא יקבלו, במישרין או בעקיפין, כל תשלום נוסף על התשלום האמור בסעיף קטן (א), בעד השירות הרפואי שביצעו בתחומי המוסד הרפואי, והמוסד הרפואי לא יאפשר כל תשלום כאמור; (ג) התקשרות של מוסד רפואי עם רופא או בעל מקצוע אחר לביצוע שירות רפואי בתחומי המוסד הרפואי תכלול התחייבות של הרופא או של בעל המקצוע להימנע מקבלת תשלום נוסף כאמור בסעיף (ב)."

43. תכליתו של האיסור האמור הינה לאפשר פיקוח ישיר על תוכן ההתקשרות שבין רופא למטופל ולמנוע ניצול כספי של המטופל בגין מתן שירות רפואי. המחוקק סבר כי באמצעות תיווכו של המוסד הרפואי ניתן להביא לירידה בגובה השכר שאותו דורשים הרופאים בגין שירותי רפואיים במערכת הרפואה הפרטית. יודגש, כי האיסור על התקשרות ישירה בין הרופא למטופל, עשויה להעניק למוסד הרפואי שבו מעניק הרופא את השירות הרפואי, כוח יתר אשר עלול להיות מנוצל לטובת פגיעה בזכויותיהם של הרופאים ובכופר ההשתכרות שלהם. פגיעה כאמור עלולה לבוא לידי ביטוי במגוון רחב של הקשרים. כך למשל, המוסד הרפואי עלול לעשות שימוש לרעה במידע אודות ענייני התשלום בין הרופא למטופל או עלול לגלגל את עלות התיווך שבין הרופא למטופל לפתחו של אחד מהם ובכך להגדיל באופן משמעותי את עלות השירות הרפואי. ודוק, העלייה הניכרת בעלות השירות הרפואי בבתי החולים הפרטיים בעקבות אימוצה של הרפורמה האמורה, עלולה להקטין את הביקוש לשירותי רפואה פרטיים ובכך לפגוע באופן ישיר ביכולת ההשתכרות של הרופאים המועסקים במערכת הרפואה הפרטית. פגיעה כאמור חותרת באופן מובהק תחת זכותם החוקתית לחופש עיסוק.

(ג) איסור על המשך טיפול רפואי במסגרת הרפואה הפרטית לאחר מתן טיפול ראשוני במסגרת הרפואה הציבורית.

44. סעיף 25 לפרק הבריאות בחוק ההסדרים קובע אוסר על מתן טיפול רפואי פרטי על ידי רופא שטיפל במטופל במסגרת מערכת הרפואה הציבורית אלא בחלוף 6 חודשים מיום מתן הטיפול. סעיף 25 קובע כדלקמן:

"רופא, בין שכיר ובין עצמאי, שייעץ לאדם או טיפל בו, במסגרת שירות מרפאה ציבורי או שירות מרפאה קהילתי לא יטפל באותו אדם או ייעץ לו, שלא במימון ציבורי, במשך שישה חודשים מיום מתן הטיפול או הייעוץ האחרון במסגרת שירות מרפאה ציבורי או שירות מרפאה קהילתי".

45. קביעה אחרונה זו, באה לידי ביטוי, כעת, בכלל תכניות השב"ן של קופות החולים המרכזיות בישראל. כך למשל, תכנית השב"ן של כללית מושלם קובעת כי "לתשומת ליבך, בהתאם להוראות החוק... מבוטח שביקר אצל רופא במסגרת מרפאה כלשהיא ב"כללית", לא יוכל לבצע ניתוח באמצעות אותו רופא במסגרת "כללית מושלם", במהלך 6 חודשים לאחר הביקור. בנוסף החל מתאריך 1.1.2018 כלל זה יחול על כל ביקור במערכת הציבורית מומלץ לבדוק את זכאותך מול הרופא הרלוונטי". ראו נספח 7.

46. יודגש, כי שלילת האפשרות של המשך הטיפול הרפואי במסגרת הרפואה הפרטית לאחר מתן טיפול ראשוני במסגרת הרפואה הציבורית, תפגע בראש ובראשונה במטופלים עצמם. במצב הדברים הנוכחי, סובלת מערכת הבריאות הציבורית מהיעדר תקנים ותשתיות הנחוצים באופן הכרחי לפעילות תקינה. בהיעדר תקציבים שנועדו לשפר את מצבה של מערכת הרפואה הציבורית, גובר הביקוש מצד המטופלים לשירות רפואי בזמני המתנה קצרים. כלומר, אם אכן מעיינו של המחוקק נתונים לחיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית, הרי שעליו לפעול באופן ישיר לחיזוקה באמצעות העברת תקציבים, הגדלת התקנים ושיפור התשתיות, ולא באמצעות חיסולה הלכה למעשה של הרפואה הפרטית בישראל ופגיעה ישירה בחופש הבחירה של המטופלים.

47. מהאמור לעיל, עולה אפוא כי פרק הבריאות בחוק ההסדרים הוביל לשינוי עמוק בנגישותם של תושבי המדינה למערכת הרפואה הפרטית בישראל. רוצה לומר, בעוד שבעבר ניתן למטופלים חופש בחירה מלא לבחור את המוסד הרפואי והמנתח שבאמצעותם ירצו לקבל טיפול רפואי, גם אם הללו לא התקשרו לא התקשרו בהסדר פרטני עם קופות החולים; הרי שכיום מוגבלת יכולת הבחירה של מטופלים אלה אך ורק לרשימת המוסדות הרפואיים והמנתחים שהתקשרו בהסכם עם קופות החולים המרכזיות. נמצאנו למדים, כי השינוי החקיקתי האמור, הוביל לפגיעה חמורה ומשמעותית באוטונומיה הפרטית של המבוטחים בקשר עם הטיפול הרפואי שאותו יבחרו לקבל בהתאם לשיקול דעתם. זאת ועוד, השינוי האמור גרם לפגיעה בוטה וחסרת תקדים בעיסוקם וביכולת ההשתכרות של מוסדות רפואיים ומנתחים פרטיים שאינם קשורים בהסדר ספציפי עם קופות החולים המרכזיות.

(4) הליך החקיקה של פרק הבריאות בחוק ההסדרים

48. **כפי שיורחב להלן, חקיקתו של פרק הבריאות בחוק התוכנית הכלכלית היה כרוך בפגיעה קשה ועוצמתית בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת המהווה עקרון יסוד בחקיקה, כך שנפל פגם מהותי היורד לשורש הליך החקיקה.**

49. ביום 1 באוגוסט 2017 הונח על שולחן הכנסת הצעת חוק ההסדרים אשר כלל את פרק הבריאות בהצעת חוק התכנית הכלכלית.

50. ביום 2 בנובמבר 2017 אושרה הצעת חוק ההסדרים במליאת הכנסת בקריאה ראשונה והדיון בפרק הבריאות הועבר לוועדת הכספים (להלן: "הוועדה").

51. בדיון שנערך בוועדת הכנסת ביום 6 בנובמבר 2017 ציין היועץ המשפטי של הכנסת כי למרות שפרקים רבים הוצאו מחוק ההסדרים, היא עודנה כוללת נושאים רבים, אשר ידונו בלוח זמנים קצר ביותר, "ועל יושבי ראש הוועדות להקפיד על כך שלוח הזמנים הקצר והדוחק לא יפגע באופן חמור בתקינות הליכי החקיקה". עם זאת, חרף אזהרתו המפורשת של היועץ המשפטי של הכנסת שלפיה יש להבטיח את תקינותם של הליכי החקיקה, נחקק פרק הבריאות בחוק ההסדרים בחופזה, ללא תשתית עובדתית מינימאלית, תוך פגיעה בעקרונות יסוד של הליך חקיקה תקין.

52. ביום 21 בנובמבר 2017 התקיים דיון **ראשוני ומקדמי** בוועדה בפרק הבריאות בחוק ההסדרים. לקראת הדיון שלחה, היועצת המשפטית של הוועדה, עו"ד תמר רפואתי, מסמך קצר הכולל הסבר קצר ותמציתי של עיקרי ההסדרים הכלולים בהצעת פרק הבריאות בהצעת חוק התכנית הכלכלית. **יודגש, כי נוסח ההצעה כפי שהובאה לוועדה בישיבה זו אינו הנוסח שהובא לאישור הוועדה ביום 14 בדצמבר 2017.**

53. ביום 14 בדצמבר 2017 ניהלה הוועדה דיונים בחלקים שונים של הצעת חוק ההסדרים. בשעה 21:02 הופץ לחברי הכנסת נוסח סופי של הצעת פרק הבריאות בחוק ההסדרים כפי שהועבר על ידי נציגי משיב 5 ומשיב 5 לעו"ד רפואתי, היועצת המשפטית של הוועדה. יודגש, כי באותה שעה היו חברי הוועדה בעיצומם של דיונים אינטנסיביים והצבעות בוועדה על פרקים אחרים שהצעת חוק ההסדרים. מטבע הדברים, לא יכלו חברי הוועדה להתפנות לקריאה ולימוד של הנוסח הסופי של הצעת פרק הבריאות בחוק ההסדרים.

54. יודגש, כי עצם מסירת הצעת פרק הבריאות בחוק ההסדרים חברי הוועדה רק בשעה 21:00 לערך, שעה שהם עסוקים בדיונים על פרקים אחרים שבהצעת חוק ההסדרים מלמדת כי לפנינו ניסיון לחוקק חוק בעל השלכות כלכליות וחברתיות במעלה הראשונה על דרך של מחטף מבלי שהונחה לפני הוועדה התשתית העובדתית הנדרשת לצורך קבלת החלטה מושכלת בעניין. ראייה ישירה לכך היא העובדה כי טרם שהוחל

הדיון בוועדה שוחח שר הבריאות, חבר כנסת יעקב למרפא, עם חברו למפלגת יהדות התורה ויושב ראש הוועדה, חבר הכנסת משה מניעתי, והדגיש בפניו כי עליו לעשות ככל שאלל ידו על מנת לאשר בוועדה את פרק הבריאות בהצעת חוק התכנית הכלכלית בהקדם האפשרי. שיחה זו תכליתה להמריץ את יושב ראש הוועדה לפעול ללא דיחוי על מנת לאשר את פרק הבריאות בחוק ההסדרים וזאת תוך רמיסה ברגל גסה של דיני החקיקה ועקיפה של הליכי חקיקה תקינים.

55. זאת ועוד, בהינתן העובדה כי פרק הבריאות בחוק ההסדרים עתיד לשנות סדרי עולם במעמדה של הרפואה הפרטית בישראל, אך מצופה כי תינתן שהות מתאימה לחברי הוועדה על מנת ללמוד באופן מעמיק את ההסדר המוצע טרם שיבואו להכריע בו.

56. והנה, לקראת שעת חצות, החלה הוועדה לדון בפרק הבריאות שבהצעת חוק התכנית הכלכלית. עם תחילת הדיון, וגם במהלכו, ביקשו חברי ועדה, באורח מפורש ובלשון שאינה משתמעת לשני פנים, לדחות קמעא את הדיון, על מנת לאפשר להם ללמוד את הצעת החוק ופרטיה. כך למשל אמר חבר הכנסת רוני אספירין מסיעת המחנה הציוני שבאופוזיציה כי **"מדובר בחוק מאוד מורכב שהונח על שולחן הוועדה לפני שעתיים. אנחנו היינו במהלך דיונים, ואפילו אי אפשר היה לעיין בזה [...]. ואני אומר לך שכדי ללמוד אותו, כדי להגיש הסתייגויות ראויות, כדי להבין אם אני תומך או מתנגד, כדי להציע פתרונות אלטרנטיביים, אנחנו חייבים לפחות כמה שעות, כמה שעות לשבת ולעיין בחוק"**.

57. אף חברת הכנסת זהבה אקמולי מסיעת מרצ שבאופוזיציה הסבירה כי **"אנחנו לוקחים סוגיה כל כך כבדה, לא מאפשרים לנהל בה דיון ענייני, עושים אותה בשעה כל כך מאוחרת בלילה, מקבלים חוק כזה עם כל כך הרבה עמודים כשבקושי אפשר לקרוא אותו ובטח לא להבין מה כתוב בו"**.

58. חבר הכנסת יאיר אדוויל מסיעת יש עתיד השיב לדבריהם של נציגי האוצר והבריאות וציין כי פרק הבריאות בהצעת חוק התוכנית הכלכלית עתיד להביא לשינויים מרחיקי לכת במערכת הבריאות בישראל, ובפני הוועדה אין בנמצא תשתית עובדתית מלאה אשר תאפשר הערכה מושכלת של נחיצות הרפורמה. לדבריו, **"שלושת ההצעות העיקריות בפרק הבריאות שבהצעת חוק התכנית הכלכלית מוצגות כצעדים שמטרתם להתמודד עם תופעות רווחות במערכת הבריאות. אולם משרד הבריאות והאוצר לא הציגו בפנינו נתונים מלאים מהם ניתן ללמוד מה יהיו ההשלכות של השינויים המוצעים"**.

59. למרות מחאותיהם הנחרצות של חברי הוועדה, בחר יושב ראש הוועדה, להמשיך בדיון בהצעת פרק הבריאות בחוק ההסדרים ואף להצביע עליה בשעות המוקדמות של יום שישי, 15 בדצמבר 2017, תוך שנציגי האופוזיציה שנכחו בדיון החליטו לנטוש אותו בשל זילות בהליך החקיקה ובמעמדה של הכנסת כמפקחת על פעולות הממשלה.

60. בבוקרו של יום ה-15 בדצמבר 2017 אושרה הצעת פרק הבריאות בחוק ההסדרים וזאת בהיעדרם של חברי הכנסת מאופוזיציה החברים בוועדה.

61. העותרת טוען כי הצטברות הנסיבות שלהלן בקשר עם חקיקתו של פרק הבריאות בחוק ההסדרים מצביעות על פגם מהותי היורד לשורש הליך החקיקה התקין. ראשית, נוסח הסופי של הצעת פרק הבריאות בחוק ההסדרים הועבר ברגע האחרון ובעת שהוועדה דנה בעניינים אחרים כך שלא התאפשר לחברי הוועדה ללמוד את הנוסח המעודכן. שנית, מורכבותה של הצעת החוק העתידה להביא לשינויים מרחיקי לכת במצבה של הרפואה הפרטית בישראל וכפועל יוצא גם במעמדה של הרפואה הציבורית בישראל, מחייבים דיון מקיף הנסמך על נתונים אמפיריים מפורטים. דא עקא, נתונים שכאלה לא הוצגו בפני הוועדה. שלישית, הדיון בהצעת החוק התקיים לאורך הלילה לאחר יום דיונים ארוך כאשר גם היום הקודם הסתיים אף הוא באמצע

הלילה. דיון מרתוני ובהול שכזה אינו מאפשר הערכה מושכלת ומתונה של נחיצות הרפורמה בעת הזו. לאור האמור, המסקנה המתבקשת היא כי בהליך החקיקה של פרק הבריאות בחוק ההסדרים נפל פגם היורד לשורש ההליך.

(5) סיכום ביניים

62. המסכת העובדתית שתוארה לעיל מצביעה על כך שמערכת הרפואה הציבורית בישראל מצויה במשבר עמוק שאינו מאפשר מתן שירותי בריאות אופטימליים לתושבי ישראל. כפי שיבואר להלן, העותרת סבורה כי הוראות פרק הבריאות שבחוק ההסדרים גורמים לפגיעה עמוקה וניכרת בזכויות אדם חוקתיות של ציבור המטופלים בישראל ושל הרופאים המועסקים במערכת הרפואה הפרטית ובהינתן העובדה כי הסדרים אלה אומצו במסגרת הליך חקיקה שנפל בו פגם מהותי היורד לשורש ההליך, קיימת הצדקה כי בית משפט נכבד זה יורה על ביטולן של הוראות אלה.

ג. הטיעון המשפטי

63. העותרת טוען כי דינו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים להתבטל מחמת שני טעמים מרכזיים. **האחד**, הליך חקיקתו של פרק הבריאות בחוק ההסדרים היה רצוף בפגמים היורדים לשורש ההליך ופוגעים פגיעה קשה וחמורה בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת המהווה אבן ראשה של דיני החקיקה בישראל (ראו דפנה ברק ארז "לקראת דיני דמוקרטיה" **עיוני משפט** לג 527, 549 (2011)). **השני**, תוכנו של פרק הבריאות בחוק ההסדרים פוגע באופן בלתי מידתי או מוצדק בזכויות יסוד חוקתיות של מטופלים ורופאים כאחד ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הדיון בשני הטעמים לביטול פרק הבריאות שבחוק ההסדרים נסמך על סמכותו המשולבת של בית המשפט העליון להפעיל ביקורת שיפוטית על תהליך חקיקתו התקין של החוק בהתאם לדיני הדמוקרטיה והן על כך שתוכנו של החוק הנתקף מתיישב עם התנאים הקבועים בחוקי היסוד להגנה על זכויות אדם חוקתיות (להרחבה, ראו איתי בר-סימן-טוב "ביקורת שיפוטית תכנית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדוראלי בישראל" **ספר דורית בייניש** (קרן אזולאי, איתי בר סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2017) המצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 10**).

(1) ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה

(א) ההלכה הפסוקה

64. הליך חקיקתו של חוק בפרלמנט מוסדר במספר רב של כללים. כללים אלה מסדירים את האופן שבו יוזמים הצעות חוק, את שלבי הדיון בהצעות חוק ואת הליך אישורן התקין עד לקבלתן ופרסומן כחוק תקף. כללים אלה מעוגנים בתקנון הכנסת והם טומנים בחובן מספר תכליות מרכזיות. **ראשית**, כללים אלה מאפשרים ארגון של פעילות המחוקק והסדרה של אופן הדיון, ההצבעה ואישור של הצעות חוק. **שנית**, כללים אלה מאפשרים ייעול של עבודת המחוקק. לפי תכלית זו, תפקידם של כללים אלה הוא ליצור מנגנון אפקטיבי שייעל ויזרז את מלאכתם של המחוקקים בבואם לממש את רצונם המשותף. **שלישית**, כללים אלה מסדירים אמות מידה לזיהוי של חוק תקף שכן הם מפרטים מי בעל הסמכות לחוקק וכיצד עליו לפעול על מנת לחוקק. **רביעית**, כללים אלה מאפשרים לרסן את כוחו של המחוקק ולהגן על המיעוט הפרלמנטרי וכפועל יוצא על כלל האזרחים. **חמישית**, כללים אלה מאפשרים את מימושם של עקרונות בסיסיים של דמוקרטיה ייצוגית ושל מנגנון הכרעה דמוקרטי (להרחבה, ראו: איתי בר-סימן-טוב "דיני חקיקה" **עיוני משפט** לו 645, 679-

654 (2016). מאמרו של ד"ר איתי בר-סימן טוב מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 11**. ראו גם Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW 1915, 1933 (2011).

65. באורח כללי, ניתן לגרוס, כי לבתי המשפט עשויה להיות תרומה מובהקת לשיפור הליך החקיקה באמצעות הפעלת ביקורת שיפוטית על אופן העבודה של המוסדות המרכיבים את הפרלמנט (ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *The Role of Court in Improving the legislative Process*, 4 THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION 107 (2016)).

66. עוד בעיצומם של שנות ה-80, הכיר בית המשפט העליון בסמכותו להפעיל ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה בכנסת. כלומר בית המשפט העליון מחזיק בסמכות לקבוע את תוקפו של חוק לאור בחינת ההליך שבו הוא נחקק ולהכריז על בטלות החוק בשל פגמים שנפלו בהליך זה. כך למשל, בפרשת **מיעארי** קבע בית המשפט העליון כי **"הליכי החקיקה מתבצעים על פי דין, והאורגנים של הכנסת העוסקים בחקיקה ממלאים תפקיד ציבורי על פי דין. מכאן, שגם פעילות החקיקה נתונה לסמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק"** (ראו בג"ץ 761/86 **מיעארי נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד מב(4) 868, 873 (1989)).

67. קביעה דומה אנו מוצאים בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ **נמרודי**. באותו עניין, קובע בית המשפט העליון כי **"הליך החקיקה, ככל הליך שלטוני אחר, הוא הליך 'נורמטיבי', כלומר, הליך ששלבו מוסדרים בדין. על פי חוק יסוד: הכנסת (סעיף 19), הליכי החקיקה קבועים בתקנון הכנסת. על מנת שיתקבל 'חוק', יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה", וכאשר מופרות הוראות אלה, "בית משפט מוסמך... להכריז על בטלות 'החוק'"** (ראו בג"ץ 975/89 **nimrodi land development Ltd. נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מה(3) 154, 158 (1991); ראו גם בג"ץ 652/81 **שריד נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לו(2) 197, 201 (1982). לדיון בספרות ראו: סוזי נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בביקורת השיפוט על הליכים פרלמנטריים" **מחקרי משפט** יט 721 (2003); 39 ISR. L. ; (2003) 721 **Suzie Navot, Judicial Review of the Legislative Process**, REV. 182 (2006).

68. בבג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14 (2004) נקבע כי תכלית הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה היא הבטחת הליך דמוקרטי תקין. באותו עניין, קבעה השופטת ביניש במפורש כי המבחן אינו כלל אם הופרה הוראה של תקנון הכנסת, אלא רק אם נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך, כלומר, פגם שיש בו **"פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה"**. פסק הדין בבג"ץ **ארגון מגדלי העופות** מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 12**.

69. בדחותה את האפשרות לאמץ דרישה משפטית ל**"הליך חקיקה נאות"**, קבעה השופטת ביניש כי **"תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אינו להבטיח כי בכנסת יתקיים הליך חקיקה אופטימלי. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אף אינו להבטיח כי יתקיים בכנסת דיון אחראי ושקול בכל הצעת חוק. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה הינו להגן מפני פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי"** (בג"ץ **ארגון מגדלי העופות בישראל**, עמ' 54).

70. בפסק הדין בבג"ץ **מגדלי העופות** הרחיבה השופטת ביניש על **עקרון ההשתתפות** כאחד מעקרונות היסוד של הליך החקיקה הפרלמנטרי. עקרון זה מחייב כי בהליך החקיקה תהיה לחברי הכנסת הזדמנות נאותה והוגנת להשתתף בהצבעה על הצעת החוק, הוא מעקרונות היסוד המרכזיים בהליך החקיקה. **עקרון ההשתתפות אינו מתמצה במתן אפשרות פיזית לנכוח בהצבעה, אלא גם הליך חקיקה מזורז מסוג חוק**

"בלוז של זכותו של חבר-הכנסת 'ליטול חלק בהליך הדמוקרטי של קבלת חוק' מצויה הזכות להשתתף בהצבעה על הצעת החוק. עקרון ההשתתפות מקנה אפוא, אף במובנו הצר ביותר, לכל חבר כנסת את הזכות להשתתף בכל אחת מן הקריאות במליאה ולהצביע בהן, למעט אותם מקרים חריגים וקיצוניים שבהם נשללת זכות זו כדין... קשה לכאורה לעלות על הדעת מה יהיו המקרים הקיצוניים, אם בכלל שבהם היקף הנושאים בהצעת החוק יהיה כה רב, והליך החקיקה יהיה כה מזוז, 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 מן המסקנה כי נשללה מחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק, וכי יהיה מדובר בפגיעה קשה וניכרת בעקרון ההשתתפות בהליך חקיקה" (בג"ץ מגדלי העופות בישראל, עמ' 49-51; לדיון, ראו נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר עמיר פוקס מדריך למחוקק 153-168 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015) (להלן: "מרדכי, קרמניצר ופוקס"). העמודים הרלוונטיים מספרם של מרדכי, קרמניצר ופוקס מצורפים לעתירה זו ומסומנים **כנספח 13).**

71. יתר על כן, לאחרונה, קבע בית המשפט העליון בבג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 6.8.2017) כי יש להורות לבטל את פרק י"ב לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018) התשע"ז-2016 בשל פגם חמור היורד לשורש הליך החקיקה התקין. באותו עניין נקבע על ידי כב' השופט סולברג (אשר כתב את דעת הרוב באותו פסק דין) כי הגיעה השעה "ללטש" את ההלכה שנקבעה בבג"ץ **ארגון מגדלי העופות**. באותו עניין, קבעה דעת הרוב, כי אין די בכך שהליך החקיקה יעוצב כך שתינתן לחברי הכנסת האפשרות 'לדעת על מה הם מצביעים'— לקרוא את הצעת החוק, לשמוע על אודותיה ולהבין באופן שטחי את החוק העומד להצבעה; **הליך החקיקה צריך לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, בנוגע להצעת החוק המונחת לפנייהם במסגרת דיון והצבעה.**

72. בהקשר זה, כותב כב' השופט סולברג :

"בחלוף 13 שנה מעת שיצאה מלפני בית משפט זה הלכת מגדלי העופות, דומה כי יש צורך בליטוש ובהכוונה. הלכת מגדלי העופות פעלה את פעולתה, אך לעת הזאת, על מנת לאזן כיאות בין ריבונות הכנסת לבין הצורך בקיום הליך חקיקה ההולם את עקרונות משטרנו הפרלמנטרי החוקתי, סבורני כי אין לשים עוד את הדגש על השאלה האם נשללה מחברי הכנסת 'כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים'. יש צורך במבחן שונה, ישים ואפקטיבי יותר... **רוצה לומר, אין די בכך שהליך החקיקה יעוצב כך שתינתן לחברי הכנסת האפשרות 'לדעת על מה הם מצביעים'— לקרוא את הצעת החוק, לשמוע על אודותיה ולהבין באופן שטחי את החוק העומד להצבעה; הליך החקיקה צריך לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, ולו באופן המצומצם ביותר, בנוגע להצעת החוק המונחת לפנייהם**" (פסקה 59 לפסק דינו של כב' השופט סולברג).

(ב) יישום ההלכה הפסוקה בענייננו

73. פרק הבריאות בחוק ההסדרים מבקש לכונן שינוי עמוק ויסודי במעמדה של הרפואה הפרטית וכפועל יוצא עשוי להשפיע על מצבה של הרפואה הציבורית בישראל. החלטה על רפורמה משמעותית שכזו צריכה להיות מוכרעת על בסיס תשתית עובדתית מקיפה ולאחר שניתנה לכלל חברי הוועדה האפשרות לגבש עמדתה מהותית בקשר לסוגיה שהונחה לפתחיהם במסגרת דיון שיטתי ומקיף.

74. בענייננו, אין מחלוקת כי הדבר לא התקיים. כאמור לעיל, הנוסח הסופי של הצעת פרק הבריאות בחוק ההסדרים הובא לידיעת חברי הוועדה בשעת לילה מאוחרת כאשר הם עסוקים בדיונים ובהצבעות בפרקים אחרים שבהצעת חוק ההסדרים. פירוש הדבר הוא שלא ניתנה לחברי הוועדה שהות מינימלית הדרושה על מנת ללמוד את עיקרי הצעת החוק לעומק ולגבש עמדה מהותית בקשר עם נחיצות הרפורמה שעל הפרק.

75. כמו כן, פרק הבריאות שבחוק ההסדרים נחקק על רקע תשתית עובדתית לקויה וחלקית במיוחד. בהקשר זה, אין לנו אלא להפנות למסמך שכותרתו "פרק הבריאות שבחוק ההסדרים" מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת הקובע ברחל בתך הקטנה כי אין בידיה נתונים מספיקים על מנת לגבש חוות דעת מקצועית באשר לפרק הבריאות שבחוק ההסדרים. כך למשל, נכתב על ידי מחלקת המחקר, בעמ' 2: "נדגיש כי פניותינו למשרד הבריאות בבקשה לקבל נתונים על היקף התופעות שעמן מבקשת הצעת החוק להתמודד, וגם פניות אשר להערכת המשרד בדבר ההשפעות האפשריות של השינויים המוצעים על תחום זה נענו בתשובה הזאת: "משרד הבריאות עוסק בימים אלו באיסוף הנתונים ועיבודם. אנו תקווה כי עד מועד כינוס הוועדה הנתונים (או חלקם) יהיו זמינים ונועל להציגם בוועדה במהלך הדיון". מענה זה מעלה את השאלה כיצד העריך המשרד את היקף תופעות אלה ואת חומרתן, וכיצד ייתכן שהנתונים הרלוונטיים לדיון בהצעת החוק נאספים רק כעת, בעוד הצעת החוק כבר מונחת על שולחן הכנסת". (פלורה קוך דבידוביץ' **פרק הבריאות בהצעת חוק התכנית הכלכלית** (כנסת, מרכז מחקר ומידע, 2015).

מסמך פרק הבריאות שבחוק ההסדרים מיום 15.11.16, מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 14**.

76. זאת ועוד, השיחה שנערכה בין שר הבריאות לבין יושב ראש הוועדה טרם שהוחל הדיון בעניין, מלמד כי כל מעייניהם של השניים היו נתונים לביצוע מחטף חקיקתי מבלי לקיים דיון מסודר ורציני. יתר על כן, הדיון המרתוני בליל 14 בדצמבר 2017 מלמד כי יושב ראש הוועדה ביקש להביא לאימוצה של הרפורמה באופן בהול ומידי מבלי שניתנה האפשרות לכלל חברי הוועדה להביע את עמדתם במסגרת שיג ושיח בין כל המשתתפים בדיון. ודוק, הרפורמה במעמדה של מערכת הרפואה בפרטית בישראל אינו עניין שניתן להידרש אליו בחיפזון וכלאחר יד.

77. דיון ברפורמה במעמדה של מערכת הרפואה הפרטית בישראל בסד זמנים כה דחוק ובאישון ליל, לאחר ימי דיונים ארוכים ומייגעים בנושאים אחרים שבהצעת חוק ההסדרים, אינו מאפשר לחברי הכנסת לגבש דעה עצמאית לגבי הנושא העומד לדיון והלכה למעשה מרוקן את הדיון מתוכן.

78. דברים אלה נכונים שבעתיים לאור העובדה כי מערכת הרפואה בישראל נמצאת במשבר עמוק במיוחד וכל שינוי מדיניות בנוגע לרפואה פרטית המספקת שירותי רפואה לציבור במקביל למערכת הרפואה הציבורית, צריך שיעשה לאחר ליבון הסוגיה באופן מקיף וממושך.

79. כך למשל, מסקירה השוואתית שפרסם המנהל לתכנון אסטרטגי וכלכלי של משיב 5 בשנת 2014 עולה כי מערכת הבריאות הישראלית אינה יעילה, תשתיותיה קורסות וההוצאות הפרטיות עבור שירותי הבריאות הולכות וגדלות. הסקירה ההשוואתית מתייחסת למצבה של מערכת הבריאות בישראל ביחס למדינות ה-OECD לשנת 2012. בשנה זו, המשיכה ישראל "להוביל" במדדים שמסמלים את העומס ותת הספיקה של מערכת הבריאות הציבורית: עם שיעור מיטות האשפוז מהנמוכים במערב (3.1 מיטות ל-100 נפש לעומת כ-5 בממוצע), ישראל ממשיכה להיות המדינה עם בתי החולים הצפופים במערב – שיעור תפוסה של 97% בבתי החולים - הגבוה ביותר בארגון, לעומת 75% בממוצע בקרב המדינות החברות בארגון. בהתאם לכך, משך האשפוז בישראל הוא מהנמוכים במערב: 4.3 ימים בממוצע, לעומת אשפוז ממוצע של 6.5 ימים בכלל מדינות ה-OECD. כל הנתונים הללו מגובים בנתון מרכזי אחד שמסביר את התשתיות הקורסות מעומס והמחסור

באנשי מקצוע: ההוצאה הלאומית על בריאות בישראל כאחוז מהתוצר המקומי הגולמי (תמ"ג) הינה נמוכה ביותר (7.3%) לעומת ממוצע של 9.3% במדינות החברות בארגון (להרחבה, ראו ניר קידר, רני פלוטניק, דיאנה נקמולי לוי וטוביה חורב, השוואות בינלאומיות של מערכות בריאות: ארצות ה-OECD וישראל 2012 (יוני 2013) המצורף לעתירה זו ומסומן **כנספת 15**).

80. בהינתן מצבה העגום של מערכת הבריאות בישראל וההשלכות הדרמטיות של הרפורמה במעמדה של הרפואה הפרטית, אך מצופה היה כי יוקדש לנושא האמור **מספר רב** של דיונים בוועדה ואשר בו תינתן האפשרות לכלל חברי הוועדה ולגורמים בעלי עניין להביע את עמדתם בנושא לאחר שתינתן להם ההזדמנות ללמוד את הצעת פרק הבריאות בחוק ההסדרים ולגבש עמדה לגביו באופן עצמאי. למרבה הצער, במקרה דנן הדבר לא התקיים.

81. זאת ועוד, הספרות של המשפט החוקתי מחלקת את סוגי המידע שנאסף בהליך החקיקה לשלושה. **האחד**, מידע אמפירי, קרי עובדות שניתן לאשש או להפריך באמצעות מבחנים מדידים על פי קריטריונים אובייקטיביים, כמו עובדות מדעיות. **השני**, מידע המבוסס על ניתוח או הערכה, קרי מסקנות הנגזרות באופן לוגי מן העובדות האמפיריות. עובדות אלה מסייעות למחוקק להגדיר את הבעיה שעמה הוא מבקש להתמודד ולגבש מדיניות חקיקה הצופה פני עתיד. **השלישי**, מידע המבוסס על שיפוט ערכי, כלומר אמונות וקביעות ערכיות המשקפות את ההכרעה המתקבלת על סמך ניתוח המידע האמפירי והמסקנות הנובעות ממנו (ראו Willim D. Araiza, *Deference to Congressional Factfinding in Rights-Enforcing and Rights-Limiting Legislation*, 88 NYUL REV. 878 (2013); מרדכי, קרמניצר ופוקס, עמ' 168-172).

82. במסגרת הדיון הלילי שהתקיים בהצעת פרק הבריאות בחוק ההסדרים לא הובאו בפני חברי הוועדה אף לא אחד מסוגי המידע האמורים ביחס לכלל הסוגיות שאותן מבקש פרק זה להסדיר. כך למשל, לא הוצגו בפני חברי הוועדה נתונים אמפיריים אודות היקף השימוש במסלול ההחזר בהשוואה להיקף השימוש במסלול ההסדר. זאת ועוד, לא הוצגו נתונים אמפיריים כלשהם באשר להיקף ההתקשרויות הישירות שבין רופאים למטופלים או נתונים באשר לשאלה האם שלילת האפשרות להתקשרות ישירה בין הצדדים תוביל לגלגול עלויות התיווך של המוסד הרפואי לכיסו של המטופל או הרופא. יתר על כן, לא הוצגו בפני הוועדה נתונים באשר להיקף התופעה שבה מטופלים מבקשים להמשיך את הטיפול הראשוני שקיבלו על ידי הרפואה הציבורית במסגרת הרפואה הפרטית.

83. בהיעדר נתונים שכאלה, קשה לדעת האם אכן נחוצה רפורמה אשר תוביל לפגיעה עמוקה במעמדה של הרפואה הפרטית. או שמא מצב הדברים הרצוי הוא דווקא חיזוק כוחה של הרפואה הפרטית כגורם אשר עשוי לסייע לרפואה הציבורית לספק שירותי בריאות משלימים לרווחת כלל תושבי ישראל.

(2) המשמעות המשפטית של חקיקתו של פרק הבריאות במסגרת חוק ההסדרים

84. חוק ההסדרים במשק המדינה נחקק לראשונה בשנת 1985 כחלק מתכנית כלכלית לייצוב המשק. בשל מצב קשה מאוד במשק הישראלי, אומצה תכנית חירום אשר בחלקה סתרה הסכמים שונים וחוקים במגוון גדול של תחומי מדיניות. ייחודו של החוק ההסדרים הוא בדרישה שחברי הכנסת יצביעו על כלל סעיפיו, ובסופו של דבר הוא חייב לעבור כמקשה אחת.

85. חוק ההסדרים טומן בחובו מספר בעיות עיקריות. **ראשית**, החוק מונה מאות סעיפים במגוון נושאים. בשל תהליך החקיקה הייחודי של חוק ההסדרים, שלפיו על החוק להיות מאושר בתוך זמן קצר, לשרים, לחברי הכנסת ולציבור אין די זמן ללימוד מעמיק של הצעת החוק והשלכותיה. פרט לזמן הקצר, גם מגוון הנושאים

שהחוק עוסק בהם והעובדה שרובו נדון בוועדת הכספים פוגעים ביכולת של חברי הכנסת להיות בקיאים בכל סעיפיו. היעדר דיון מעמיק פוגע בשקיפות של החוק ואינו מאפשר פיקוח ובקרה נאותים על סעיפי החוק בקרב שרי הממשלה האחרים, שחלק מתיקוני החקיקה נוגעים לענייניהם שלהם, בקרב חברי הכנסת ובציבור. **שנית, חוק ההסדרים משמש ערוץ לביצוע 'מחטפי חקיקה'**. חלק מהסעיפים בחוק ההסדרים אינם עוסקים בנושאים שיש להם נגיעה ישירה בתקציב. במקרים אלו החוק משמש מעין מסווה שתחתיו השרים, ולעתים גם חברי הכנסת, מנסים להעביר חקיקה שלא הייתה מתקבלת בדרך אחרת. **שלישית, חוק ההסדרים כולל סעיפים הנוגעים לתחומי עניין של שרים אחדים**. מפאת קוצר הזמן העומד לרשות השרים, הם מתקשים לעמוד על השלכותיה של ההצעה על משרדיהם ועל המדיניות. גם אם הם עוקבים אחר השינויים המוצעים בחוק ההסדרים בענייני משרדיהם, אין הם בקיאים בשאר סעיפי החוק (ראו דנה בלאנדר "חוק ההסדרים – רע הכרחי או בהכרח רע?" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (2007) המצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 16**; דוד נחמיאס וערן קליין **חוק ההסדרים: בין כלכלה לפוליטיקה** 28 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999)).

86. העותרת סבורה כי חקיקתו של פרק הבריאות במסגרת אישורו של חוק ההסדרים הינה שגויה ואינה מתיישבת עם הוראות הנחיות היועצת המשפטית של הכנסת.

87. ההנחיה קובעת חמישה רכיבים שעל וועדת הכנסת לשקול בבואה להפעיל את סמכותה לפי סעיף 121 לתקנון ולהביא לפני הכנסת הצעה לפיצול הנושאים שאין מקומם בהצעת חוק ההסדרים.

88. **מבחן המשנה הראשון** בוחן את השפעת הגריעה של הנושא מהצעת חוק ההסדרים. נראה שהוצאת פרק הבריאות מן החוק הייתה מיטיבה עם מערכת הבריאות. דיון מעמיק ומושכל בפרק הבריאות יכול להביא לצמצום הפגיעה במטופלים וברופאים, וכן להבטחת יעילות הרפורמה. נראה שאין לגרועה זו השפעה על התקציב של השנה הבאה, שכן אין הממשלה נדרשת להשקיע כספים בשינוי אופי הפעולה של קופות החולים, הביטוחים והרופאים (הנחיות היועצת המשפטית לכנסת 2/06 "חוק ההסדרים" עמ' 13 (7.11.2006)).

89. **מבחן המשנה השני** בוחן את המשמעות התקציבית אל מול תכלית החוק. נראה שכלילת פרק ה' בחוק ההסדרים נעשתה בכסות תקציבית, אך בפועל נועדה לקדם יעדים כלכליים שאין הצדקה להשיגם בחופזה לפני שנת הכספים הבאה. פרק הבריאות משנה בעיקר את מסלול הכסף, במובן הזה שהוא מנתק את הקשר בין הרופא בכובעו הציבורי לבין הרופא בכובעו הפרטי, ומעמיד את קופת החולים כגורם מתווך. התכלית בבסיס פרק הבריאות אינה לאפשר לממשלה לעמוד בתקציב השנתי, אלא התכלית היא לשפר את הרפואה הציבורית ולהבטיח בריאותם של כל תושבי ישראל (הנחיות היועצת המשפטית לכנסת, עמ' 13).

90. **מבחן המשנה השלישי** בוחן את מרכז הכובד: "מטרת מבחן משנה זה היא לבחון האם אכן מרכז הכובד של הנושא התקציבי לכאורה (שינוי מבני או כל נושא מבוקש אחר) מצוי מבחינת משמעותו התקציבית ומשכו בתוך שנת התקציב הרלוונטית. לשם הבחינה על פי מבחן המשנה האמור, יש לבדוק את משך הזמן הצפוי של המהלך. לאחר מכן, יש לאתר את מרכז הכובד של המהלך הרצוי ולבחון, האם מרכז הכובד האמור מצוי במסגרת התקציבית לשנה הרלוונטית" (הנחיות היועצת המשפטית לכנסת, עמ' 14). מרכז הכובד של הרפורמה אינו מצוי בשנת 2018. הרפורמה היא ארוכה יותר משנת כספים אחת, השפעותיה והשלכותיה הן ארוכות טווח. השיפור במערכת הרפואה הציבורית לא יתרחש בתוך שנה, ואף לא בתוך יותר משנה. זהו תהליך איטי ועל כן אין מקומו בחוק ההסדרים. זאת, גם אם הממשלה מבקשת להתחיל את הרפורמה בשנת התקציב הקרובה (שם, עמ' 14).

91. **מבחן המשנה הרביעי** בוחן את יכולת יישומה בפועל של החקיקה המוצעת בשנת הכספים הרלוונטית (שם, עמ' 14). העותרת סבורה כי הרפורמה במערכת הרפואה בישראל תתקל בקשיים חריפים והיא עתידה להיות שנויה במחלוקת רבה בין הציבור, קופות החולים, ציבור הרופאים ובתי החולים הציבוריים, הממשלתיים והפרטיים.

92. **מבחן המשנה החמישי** בוחן את היסטוריית החקיקה של אותו הנושא (שם, עמ' 14).

הנחיית היועצת המשפטית של הכנסת מיום 7.11.2006, מצורפת לעתירה זו **כנסת 17**.

93. בבג"ץ **מגדלי העופות בישראל** מתח בית המשפט העליון ביקורת נוקבת על עצם השימוש בחוק ההסדרים. באותו עניין, ציינה השופטת בייניש כי השימוש במנגנון חקיקה מזוהז, המשמש חוקים כלכליים שונים, מעורר בעייתיות רבה מבחינת ההליך הדמוקרטי התקין. רבות מהבעיות שמנגנון חקיקה זה מעורר נובעות מכך שהוא מטפל במגוון נושאים כבמקשה אחת, ומפרק-הזמן הקצר המוקצב לממשלה ולכנסת לצורך הדיון בנושאים אלה. עובדה זו, פוגמת בהליך קבלת ההחלטות הן בשלבי גיבוש של הצעת החוק הן במסגרת הדיון בכנסת (ראו בבג"ץ **מגדלי העופות בישראל**, עמ' 34).

94. מדובר בהליך חקיקה שמקשה מאוד את קיומו של דיון מעמיק וממצה, ואשר פוגע ביכולתם של מקבלי ההחלטות בממשלה ובכנסת לגבש עמדה מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק. חרף האמור לעיל, קבע בג"ץ בפסק-דינו כי על-מנת לאפשר התערבות שיפוטית בהליך החקיקה, אין די בהוכחת פגיעה בעקרון יסוד של הליך החקיקה, כגון עקרון ההשתתפות, אלא יש להצביע על "**פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה**" (ראו בבג"ץ **מגדלי העופות בישראל**, עמ' 42).

95. יצוין, כי במהלך השנים הוגשו עתירות רבות לבית המשפט העליון המבקשות לפסול דברי חקיקה אשר נחקקו במסגרת חוק ההסדרים בשל הפגיעה הכרוכה בעקרון ההשתתפות. אף שבית המשפט העליון לא פסל עד היום דבר חקיקה רק מחמת העובדה כי נחקק במסגרת חוק ההסדרים (ראו לעניין זה בג"ץ **קוונטינסקי**, עמ' 39-41 לפסק דינו של כב' השופט סולברג), צבר הנסיבות החרגי בענייננו מלמד כי ראוי שבית נכבד זה ישקול בשנית את עמדתו העקרונית בנושא זה ויורה למחוקק לחוקק מחדש את ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות **שלא** במסגרת חוק ההסדרים (ראו לעניין זה דברי כב' השופט רובינשטיין עמ"מ 4105/09 **עיריית חיפה נ' עמותת העדה היהודית הספרדית**, פסקה ב' (פורסם בנבו, 2.2.2012)).

(3) סיכום ביניים

96. כאמור לעיל, התקיפה החוקתית בקשר עם תקינותו של הליך החקיקה מבקשת להבטיח את התקיימותו של עקרון ההשתתפות, קרי מתן הזדמנות ממשית לחברי הכנסת להשתתף ולהצביע על הצעת החוק. לאחרונה, בבג"ץ **קוונטינסקי** סבר בית המשפט העליון כי בשלה השעה לכוון (fine-tuning) את ההלכה שנקבעה בבג"ץ **מגדלי העופות בישראל** ולקבוע כי אין די בכך שהליך החקיקה יעוצב כך שתיתן לחברי הכנסת האפשרות 'לדעת על מה הם מצביעים', **אלא הליך החקיקה צריך לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית עובר לדיון בהצעת החוק**.

97. בענייננו, סבורה העותרת כי אין מחלוקת שהמבחן שנקבע בבג"ץ **קוונטינסקי** לא התקיים. המקרה המונח לפתחו של בית משפט נכבד זה מלמד כי בפני חברי הוועדה הונח חוק מורכב בעל השלכות מרחיקות לכת על עתידה של הרפואה הציבורית והפרטית בישראל, כאשר הליך החקיקה התבצע על דרך של מחטף ובלוח זמנים בלתי אפשרי, וזאת בשעה שחברי הוועדה נמצאים בדיונים על פרקים אחרים בחוק ההסדרים תוך שלא ניתנה להם השהות המינימאלית על מנת ללמוד את ההצעה ולגבש אודותיה עמדה מושכלת. בנסיבות

אלה, אין מנוס מהמסקנה כי הליך החקיקה של פרק הבריאות בחוק ההסדרים היה כרוך בפגיעה קשה ועוצמתית בעקרון ההשתתפות.

(4) ביקורת שיפוטית על תוכן החקיקה

(א) כללי

98. מקובל לגרוס כי החל מפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) זוכה מודל הביקורת השיפוטית הבוחן האם תוכנם של דברי חקיקה מתיישב עם פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד למעמד בכורה בפסיקת בית המשפט נכבד זה. תפקידו העיקרי של בית המשפט על פי המודל האמור הוא לספק הגנה שיפוטית על זכויות אדם, זכויות מיעוטים ועקרונות הדמוקרטיה הסובסטיבית (ראו ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" **דין ודברים** ג 399, 419 – 424 (2008)).

99. מודל הביקורת השיפוטית על תוכן החקיקה יחד עם מודל הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה מאפשרים לבית המשפט להבטיח את תקינותו של הליך החקיקה וכן את החוקתיות של דבר החקיקה. **העותרת סבורה כי בחינה משולבת שכזו צריך שתאפשר את ביטולו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים על בסיס אחת מהפגיעות החוקתיות הללו, קל וחומר נוכח משקלם המצטבר** (להרחבה על מודלים שונים לביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון על עבודת המחוקק ותוצרי החקיקה, ראו איתי בר-סימן-טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק הדין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** יט (2017). מאמרו של ד"ר איתי בר-סימן-טוב מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 18**).

(ב) פרק הבריאות שבחוק ההסדרים מסב פגיעה חמורה בזכות החוקתית לבריאות

100. הזכות לבריאות מוכרת כחלק מן הזכויות המכונות "זכויות חברתיות" והיא נכללת בנוסחים שונים בהצעות שונות לחוק יסוד: זכויות חברתיות. הזכות לבריאות מעוגנת גם בחוקותיהן של מחצית מן המדינות בעולם.

מחקר שנערך על-ידי חוקרים מאוניברסיטת UCLA מצא כי הזכות לבריאות מוגנת, ברמה כזו או אחרת, בחוקותיהן של יותר ממחצית ממדינות העולם (ראו Jody Heymann, Adèle Cassola, Amy Raub & Lipi Mishra, *Constitutional Rights to Health, Public Health and Medical Care: The Status of Health Protections in 191 Countries*, 8 GLOBAL PUB. HEALTH 639 (2013)).

101. בישראל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל במפורש את הזכות לבריאות. עם זאת, הזכות לבריאות מזוהה עם זכויות אחרות הכלולות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך למשל, בית המשפט העליון הביע אגב אורח את הקביעה כי הזכות לבריאות נובעת מהזכות לכבוד האדם (בג"ץ 494/03 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר**, פ"ד נט(3) 332, פסקה 18 (2004)); הזכות לשלמות הגוף (בג"ץ **עמותת הרופאים**, עמ' 334); הזכות לחירות אישית ואוטונומיה של הפרט (עע"א 4/82 **מדינת ישראל נ' תמיר**, פ"ד לז(3) 201, 206 (1983)). בספרות נטען כי ההגנה על הזכות לבריאות נובעת מההגנה על הקיום בכבוד (ראו איל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 464, 437 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); יניב רוזנאי והלל סומר "אם כל הזכויות: הזכות החוקתית לחיים משפט ועסקים יט 537, 609-598 (2016). העמודים הרלוונטיים ממאמרם של רוזנאי וסומר מצורפים לעתירה זו ומסומנים **כנספח 19**).

102. פסק-הדין המרכזי של בית-המשפט העליון בנושא מעמדה החוקתי של הזכות

לבריאות ניתן בבג"ץ 3071/05 **לוזון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סג(1) 1 (2008-2009). שלוש העתירות שקובצו בפסק-דין זה להליך אחד עסקו בדרישתם של חולי סרטן לכלול בסל שירותי הבריאות תרופות שאותן ביקשו ליטול. העותרים טענו כי "הזכות לבריאות אמנם אינה מנויה במפורש בחקיקת היסוד, אולם נטען כי היא נגזרת מהזכות לחיים ולשלמות הגוף וכן מהזכות לכבוד האדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיאה ביניש הבהירה כי לנוכח העובדה כי "הזכות לבריאות [אינה זכות אחת, אלא] שם כולל לאגד של זכויות הקשורות לבריאות האדם, אשר חלקן נהנות ממעמד חוקתי בשיטתנו המשפטית... אין מקום לבחון את מעמדה החוקתי של הזכות האמורה כמכלול אחד, אלא יש להתייחס לטעמים המונחים בבסיס הזכויות והאינטרסים השונים המוגנים במסגרתה, בהתאם לחשיבותם החברתית היחסית ובהתחשב בעוצמת זיקתם לזכויות החוקתיות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (בג"ץ לוזון, פס' 9).

103. בין מרכיבי הזכות לבריאות, אשר את שאלת מעמדו החוקתי של כל אחד מהם יש לבחון כאמור בנפרד, מנתה הנשיאה ביניש את הזכות לשמירה על פרטיותו של המטופל; את ההגנה על אוטונומיית הרצון שלו, על-ידי גילוי מידע רפואי הנוגע בעניינו וקבלת הסכמתו לטיפול הניתן לו; את הזכות לאי-הפליה בגישה לטיפול רפואי; וכן "היבטים נוספים המשפיעים על בריאות האדם, כגון – הסברה וגישה למידע בנושאי בריאות, גישה למזון ולמים ראויים לשתייה בתנאי תברואה הולמים, איכות סביבה שאינה פוגעת בבריאות האדם ועוד" (בג"ץ לוזון, פס' 9; ראו גם בג"ץ 1105/06 **קו לעובד נ' שר הרווחה**, פס' 59 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.6.2014) ובג"ץ 2902/11 **העמותה לילדים בסיכון נ' משרד הבריאות**, פס' 37 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 4.9.2015)).

104. לשם שלמות התמונה, יצוין כי הזכות לבריאות מעוגנת גם בסעיף 3 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי הקובע כי "כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה". וכן היא מוזכרת בסעיף 3(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 הקובע כי "כל נזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם להסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל".

105. בית המשפט העליון הדגיש את ההבחנה שבין ההיבטים השליליים של הזכות לבריאות לבין ההיבטים החיוביים של זכות זו. ההיבטים השליליים של הזכות הכוללים בין היתר את זכותו של המטופל לבחור בידי איזה גורם רפואי להפקיד את הטיפול הרפואי לו הוא זקוק, שכן הגנה על חופש הבחירה בקשר עם הגורם שיעניק את הטיפול הרפואי כרוכה בזכות להגנה על שלמות הגוף (ראו עניין **תמיר** המצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 20**). עוד הודגש בפסיקת בית המשפט העליון, כי ככל שמדובר בצריכת שירותי בריאות במסגרת מערכת הרפואה הפרטיים, יכול כל אדם מכוח זכותו היסודית לאוטונומיה אישית לרכוש שירותים רפואיים בהתאם לשיקול דעתו (ראו בג"ץ 4253/02 **קריית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 17.3.2009). פסק הדין בעניין **קריית** מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 21**).

106. לעומת זאת, ככל שמדובר בהיבטים החיוביים של הזכות לבריאות הכוללים את חובת העשה של המדינה לספק שירותי בריאות שוויוניים לכלל תושבי המדינה, נטיית בית המשפט נכבד זה היא להימנע מלהתערב ייזרה מלהתערב בעיצוב מדיניות כלכלית כוללת ובקביעת סדרי עדיפויות לאומיים וישאיר מלאכה זו בידי הכנסת והרשות המבצעת (ראו למשל, עניין לוזון, עמ' 15; בבג"ץ 434/09 **דוידוב נ' שר הבריאות**, פסקה 28 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר (פורסם בנבו, 3.5.2009); בבג"ץ 488/11 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' שר הבריאות**, פסקה 8 לפסק דינה של כב' השופטת נאור (פורסם בנבו, 16.6.2011). לדיון, ראו: Aeyal Gross, *In Search of the Right to Health in Israeli Constitutional Law*, Israeli Constitutional Law in the Making, 311 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013). המאמר של Gross מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 22**).

107. המשיבים סומכים את ידיהם על בג"ץ 4253/02 **קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סג(2) 86 (2009). דא עקא, הם לא דקו פורתא בדבריה של כבוד השופטת ברלינר. השופטת ברלינר קבעה כי הזכות לרפואה פרטית אינה חוסה תחת הזכות לקיום מינימלי בכבוד ובשל כך אין לאדם זכות קנויה **למימון ציבורי** של רפואה פרטית, או "מעין" מימון ציבורי על ידי שימוש במתקנים וציוד של בתי חולים ממשלתיים. אולם לא היה ספק כלל כי יש לאדם את הזכות לצרוך שירותי רפואה פרטית במימון פרטי. כך למשל כותבת כבוד השופטת ברלינר בפסקה 57:

"כל אדם זכאי להתקשר בהסכם עם רופא מורשה, בתפקידו בכובעו 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. [...] את כספו וקניינו – יכול כל אדם לנצל כדי לרכוש שירותים כאוות נפשו במקומות פרטיים".

108. יתר על כן, קיומה ומיסודה של הרפואה הפרטית בישראל מהווה את אחד הנימוקים המרכזיים לכך שניתן לשלול את השר"פ בבתי חולים הציבוריים, כפי שנכתב בפסקה 47 לפסק הדין: "אדרבא, הטענה הניצחת שבפי שוללי השר"פ (בבתי החולים הממשלתיים) היא, כי לא יגרם נזק לשוחרי הרפואה הפרטית, **שהרי אדם היכול להרשות לעצמו את הרפואה הפרטית ולעניינו, 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".

109. בעניינו, אין העותרת מבקשת הגנה על ההיבטים החיוביים של הזכות לבריאות אלא דווקא על ההיבטים השליליים של זכות זו. הטעם לכך הוא שביטול "שיטת ההחזר" ועיגונה של "שיטת ההסדר" כאמצעי היחיד לרכישת שירותי בריאות משלימים פוגעת באופן משמעותי ביכולתם של מטופלים לבחור את המומחה הרפואי אשר ממנו ירצו לקבל טיפול רפואי. זאת ועוד, בפרק הבריאות בחוק ההסדרים קובע במפורש כי במקרה שבו יבחרו המטופלים שלא להתקשר עם רופאים ב"שיטת ההסדר" יהיה עליהם לשאת במלוא העלות הרפואית הכרוכה בקבלת טיפול רפואי. נמצאנו למדים, כי פרק הבריאות בחוק ההסדרים מסב פגיעה אנושה בחופש הבחירה בקשר עם הטיפול הרפואי הרצוי וכפועל יוצא נפגעת זכותם של המטופלים לשלמות הגוף.

110. לא למותר לציין כי, לפני מספר שנים ספורות, עסק בית המשפט העליון של קנדה בעניין *Chaoulli v. Quebec (Att'y Gen.)*, [2005] 1 S.C.R. 791 בחוקתיות הדין במדינת קוויבק האוסר על מכירת ביטוחי בריאות פרטיים לצורך קבלת שירותי רפואת חירום. העותר טען כי הדין האוסר על מכירת ביטוחי בריאות פרטיים פוגע בנגישותם של תושבי המדינה לשירותי רפואה בזמני המתנה קצרים ובכך אינו מתיישב עם סעיף 7 לצ'רטר בקנדי וסעיף 1 לצ'רטר הקוויבקי לזכויות אדם וחופש. דעת הרוב סברה כי יש לבטל את החוק בקוויבק האוסר על מכירת ביטוחי בריאות פרטיים לאור קיומם של זמני המתנה ארוכים מן הרגיל במערכת הרפואה הציבורית הפוגעים בזכות החוקתית לחיים, חופש וביטחון.

111. בית המשפט העליון בקנדה הדגיש כי אף שהנגישות לשירותי רפואה צריכה להיעשות על בסיס שוויוני, אין לחדד כי זמני ההמתנה הארוכים מן הרגיל במערכת הבריאות הציבורית פוגעים הלכה למעשה בזכויות יסוד של המטופלים. עוד הדגיש, בית המשפט העליון כי קיומה של מערכת רפואה פרטית אינה עשויה לפגוע באיכות המערכת הרפואה הציבורית. **המסקנה העולה מפסק הדין בעניין Chaoulli היא שבית המשפט העליון הקנדי הכיר למעשה בזכות לצרוך שירותי רפואה פרטיים כחלק מהזכות החוקתית לחיים הראויה**

להגנה חוקתית (פסק הדין בעניין *Chaoulli*, מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 23**). לדיון בפסק הדין, ראו Colleen M. Flood, *Litigating Health Rights in Canada: A White Knight for Equity*, in COMPARATIVE HEALTH RIGHTS AT THE PUBLIC/PRIVATE DIVIDE 79 (Colleen M. Flood & Aeyal Gross ed., 2014).

112. בענייננו, אין מחלוקת כי פרק הבריאות שבחוק ההסדרים עלול להביא לפגיעה אנושה במעמדה של הרפואה הפרטית וזאת מבלי להביא במקביל ובאופן ישיר ובלתי אמצעי לשיפור איכותה של המערכת הציבורית בישראל. כלומר, אם אכן מעייניו של המחוקק נתונים לשיפור הרפואה הציבורית בישראל, מן הדין שיקצה משאבים, תשתיות ותקנים לצורך קיצור זמני ההמתנה לצורך קבלת שירותים רפואיים.

113. בהיעדר משאבים כאלה, הבעיות מהן סובלת מערכת הרפואה הציבורית בישראל אינם עתידים להיפתר באמצעות חיסולה הלכה למעשה של מערכת הרפואה הפרטית. לשון אחר, פרק הבריאות בחוק ההסדרים אינו כולל הסדרים משלימים שתכליתם למזער את הפגיעה בזכות לבריאות ולשלמות הגוף הנובעת מפגיעה ביכולתם של מטופלים לצרוך שירותי רפואה פרטיים בישראל.

(ג) פרק הבריאות מסב פגיעה קשה וחמורה בחופש העיסוק של רופאים בישראל

114. חופש העיסוק הינה זכות יסוד מוכרת במשפט החוקתי בישראל עוד מראשית ימיה של המדינה, ומהתקופה שקדמה לחקיקת חוק יסוד חופש העיסוק (בג"ץ 1/49 **בז'רנו נ' שר-המשטרה**, פד ב 80 (1949)). היקף הפרישה של הזכות הינו רחב במיוחד, וכוללת ארבע אינטרסים מוגנים, מתוכם שני אינטרסים פרטיים ושני אינטרסים ציבוריים. שני האינטרסים הפרטיים הינם: בחירת מקצועו הפקת הכנסה. ושני האינטרסים הציבוריים הינם: קיומה של תחרות חופשית ומניעת השפעה אסורה של בעלי אינטרסים. כותב פרופ' ברק מדינה כי **"חופש העיסוק מגן על חירותו של הפרט לפעול ללא הגבלה שלטונית, בהתאם לאופן אשר להערכתו צפוי להניב לו רווח כספי מרבי"** (לדיון, ראו ברק מדינה **דיני זכויות אדם בישראל** §6.16 (2017)). זאת ועוד, תחרות חופשית הינה מרכיב מרכזי בפרישתה של הזכות לחופש העיסוק (ראו בג"ץ 4915/00 **רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל**, נד(5) 451 (2000)).

115. סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק קובע, כי **"כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד".** לאורך השנים, זכות זו קיבלה פרשנות מהותית, מעבר לפורמלית, כך שפגיעה בחופש העיסוק אינה מתרחשת אך כאשר רשות מגבילה ישירות את הזכות לעיסוק, אלא אף כאשר ההגבלה היא בעקיפין והיא שוללת את חופש העיסוק בפועל. כך למשל נקבע, כי הטלת הגבלות על לימודים, המכשירים לעיסוק במקצוע מסוים, מהווה פגיעה בחופש העיסוק, וכך גם הסכמת המדינה לקבל תוצר עיסוק מבעלי הכשרה מסוימת בלבד, ולא מבעלי הכשרה אחרת (בג"ץ 5936/97 **לס נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נג(4) 673, (1999); בג"ץ 6300/93 **המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות**, מח(4) 44, (1994); בג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, מח(5) 44, (1994)).

116. הזכות לחופש עיסוק כוללת שני רכיבים עיקריים. ראשית, היא מחייבת שהמחוקק או הרשות המנהלית אל תציב מכשול שאינו מידתי מפני גישה לתחום העיסוק. שנית, הזכות לחופש עיסוק אוסרת על המחוקק או המדינה לקבוע תנאים לעיסוק הפוגעים ביכולת לעסוק בעיסוק באופן אפקטיבי וראוי (ראו בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, 259-262 (2002); בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 391 (1997)).

העמודים הרלוונטיים מספרו של מדינה מצורפים לעתירה זו ומסומנים **כנספח 24**.

117. בענייננו, המחוקק אמנם לא הטיל הגבלה ישירה המגבילה את הרופאים מלעסוק בתחום עיסוקם. אולם,

לפנינו הגבלה עקיפה משמעותית על היכולת לממש את העיסוק במקצוע הרפואה באופן אפקטיבי. ובמה דברים אמורים. פרק הבריאות שבחוק ההסדרים מצמצם באופן משמעותי את יכולתם של רופאים להתקשר עם מטופלים שלא במסגרת שיטת ההסדר. שכן, מטופלים מעוניינים להתקשר עם רופאים שאינם קשורים בהסדר עם קופות החולים יידרשו לשאת במלוא העלות הכלכלית הכרוכה בכך. ודוק, ההתקשרות בין רופאים לקופות החולים במסגרת ההסדר אינה נתונה רק לבחירת הרופא המנתח אלא גם נתונה לשיקול דעתן של קופות החולים. כלומר, קופות החולים עשויות להחליט משיקוליהן שלא להתקשר עם רופאים במסגרת הסדר ספציפי ובכך לפגוע באופן ישיר בנגישותם של רופאים למטופלים במסגרת הרפואה הפרטית.

118. זאת ועוד, המחוקק אוסר על תשלום ישיר לרופא ודורש כי ההתקשרות בין הצדדים תיעשה באמצעות המוסד הרפואי בלבד. אולם, צירופו של המוסד הרפואי כגורם מתווך עשוי להביא לגלגול עלויות התיווך לכיסם של הרופאים ובכך לפגוע באופן ישיר בכושר ההשתכרות שלהם בהשוואה למצב הדברים שהיה קיים עובר לחקיקתו של החוק. נוסף על כך, ההסדר האמור מעניק למוסד הרפואי כוח רב המאפשר לו להתערב בתוכן ההתקשרות שבין הרופא למטופל, כוח זה עשוי להיות מנוצל לרעת הרופאים והמטופלים כאחד. יודגש, המוסד הרפואי הפרטי הוא תאגיד למטרת רווח, ומי יתקע לידינו כף שלא יעשה שימוש בנתונים אודות עלות השירותים הרפואיים למטרות המנוגדות לאינטרסים של הרופאים (והמטופלים).

119. פגיעה מובהקת זו תוביל לכך כי רופאים רבים יאלצו לעזוב את מערכת הרפואה הפרטית ולא יוכלו להעניק שירותים רפואיים במסגרתה.

120. נוסף על כך, המחוקק אוסר על מתן טיפול רפואי פרטי על ידי רופא שטיפל במטופל במסגרת מערכת הרפואה הציבורית אלא בחלוף תקופת צינון. תקופת צינון משמעותית של 6 חודשים משמעותה כי למטופלים לא תהיה ברירה אלא לקבל את מלוא השירות הרפואי במסגרת המערכת הבריאות הציבורית, משום שלא יוכלו להמתין תקופת זמן כה ארוכה עד לקבלת השירות הרפואי שאותו היו מעוניינים לקבל. ודוק, קבלת טיפול רפואי במערכת הרפואה ציבורית תיעשה גם מתוך ידיעה כי אין מדובר בשירות האופטימלי שאותו היו מעוניינים לקבל. הבלעדיות בטיפול הרפואי שתיתן לטובת מערכת הרפואה הציבורית עלולה להוביל למעשה לחיסולה של הרפואה הפרטית בישראל. גם רופאים שיהיו מעוניינים לעסוק בפרקטיקה פרטית לא יוכלו לעשות זאת בשל העובדה כי מרבית המטופלים יקבלו את מלוא השירות הרפואי שלו הם נזקקים במסגרת המערכת הבריאות הציבורית, זאת גם, כאמור, במחיר של קבלת שירות רפואי לא ראוי.

121. בהקשר זה, מעניין לציין את גישתה של השופטת דורנר בבג"ץ 1452/93 **איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מז(5) 610, 617 (1993) מבחינה בין מקרים שבהם ההגנה על חופש העיסוק דאגה לעניינו של האדם להתפרנס, לבין מקרים שבהם ביסוד ההגנה על חופש העיסוק עומדים גם נימוקים חברתיים כלליים. או אז ייקבע היקף חופש העיסוק על פי מבחנים מחמירים יותר. אף שפסק דינה של השופטת דורנר עוסק בקיומם של נימוקים חברתיים-כלכליים אחרים דוגמת תקשורת וחופש ביטוי, אין מניעה מליישם את הדברים בעניינו וזאת על דרך ההיקש ומכוח קל וחומר. במקרה דנן, ההגנה על מערכת הרפואה הפרטית בישראל ועל זכותם של רופאים לעסוק בפרקטיקה הפרטית נחוצה במיוחד על מנת להבטיח את זכות הבריאות של כלל תושבי ישראל. **זאת בהינתן העובדה כי מערכת הבריאות הציבורית סובלת מהזנחה בתשתיות ובתקנים ואינה מסוגלת להעניק לתושבי המדינה שירותי רפואה בסטנדרטים גבוהים בהשוואה למערכת הרפואה הפרטית.**

(ד) פרק הבריאות מסב פגיעה חמורה וחסרת תקדים בחופש החושים

122. עקרון חופש החושים הוא העיקרון החשוב ביותר בדיני חושים ומהווה את אבן הראשה לכלכלה חופשית ומסחר תחרותי. מקובל לגרוס כי חופש החושים כולל בחובו שני רכיבים עיקריים. הרכיב הראשון הוא **חופש ההתקשרות**, קרי החופש לבחור את סוג החוזה הרצוי לצד המתקשר והחופש להחליט אם בכלל להתקשר ועם מי להתקשר. הרכיב השני הוא **חופש העיצוב**, קרי החופש של כל צד לעצב את תוכן החוזה, בכפיפות להסכמתו של הצד האחר (ראו גבריאלה שלו **דיני חושים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 45 (2005)).

123. בית המשפט העליון תיאר את עקרון חופש החושים כ"אחד מעקרונות היסוד בתפיסתנו המשפטית והחברתית", וכבעל מעמד של "זכות יסוד חוקתית" (דברי השופט אלון בד"נ 22/82 **בית יולס נ' רביב**, פ"ד מג(1) 441, 477-478 (1989)). על אף שחופש החושים אינו נמנה עם הזכויות שהוכרו במפורש בחוקי היסוד, סבר הנשיא ברק כי חופש החושים נהנה ממעמד של זכות חוקתית מוגנת, כנגזרת של עקרון "כבוד האדם" המגלים בקרבם גם את ההגנה על האוטונומיה האישית (ראו בג"צ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מז(4) 702, 708 (1993); דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החושים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" **קריית המשפט** ח 11, 18 (תשס"ט)). מאמרם של ברק-ארז וגלעד מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח 25**.

124. בענייננו, פרק הבריאות שבחוק ההסדרים מסב פגיעה חסרת תקדים בחופש החושים של המטופלים. שכן, ההסדר האמור אינו מאפשר למטופלים לעשות שימוש בכסף על מנת להתקשר עם רופא מנתח לפי בחירתם. כלומר, עתה, מטופלים אינם חופשיים להחליט על זהות המנתח שעמו יתקשרו, והם כפופים אך ורק לרשימת המנתחים אשר התקשרו בהסדר עם קופות החולים המרכזיות. כמו כן, הם לא יוכלו לקבל החזר כספי מלא מקופת החולים במקרה שבו בחרו להתקשר עם רופא מנתח שלא התקשר בהסדר עם קופת החולים. במילים אחרות, פרק הבריאות שבחוק ההסדרים אינו מתיישב עם הרכיב הראשון של חופש החושים: חופש ההתקשרות, קרי החופש לבחור עם מי להתקשר.

(ה) חוסר מידתיות בהסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים

125. מבחינה מידתית מעוגנים בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פי סעיף זה, 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" (ראו גם סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק). לפי התפיסה המקובלת, המידתיות מורכבת משלושה מבחני משנה, שפותחו לשם קונקרטיזציה של הדיבור העמום בחוק היסוד. הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי (מבחן ההתאמה) ועל פי חייב להתקיים קשר רציונלי של התאמה בין התכלית הראויה (המטרה) לבין ההסדרים הקבועים להגשמתה (האמצעים); שני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (מבחן הצורך), ועל פיו פגיעת האמצעי שנבחר היא הפגיעה המינימלית בזכות, ואין אמצעי העשוי להשיג את התכלית בפגיעה מעטה משלו; שלישי הוא מבחן המידתיות במובן הצר, ועל פיו חייב להתקיים יחס ראוי בין התועלת שבקידום התכלית לבין הפגיעה בזכות (אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 169-171 (2011) (להלן: "**ברק – מידתיות**")); מרדכי קרמניצר "המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה" **מידתיות במבט ביקורתי ומשווה** 11 (מרדכי קרמניצר עורך, 2016) (להלן: "**קרמניצר – מידתיות**").

(1) תכלית החקיקה

126. מקובל לגרוס כי תכלית ראויה היא מטרה חיונית מבחינת זכויות האדם וערכי החברה והכלכלה. פירוש הדבר הוא ש"התכלית הראויה נועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן החוקתית של הזכויות האדם ובצורך להגן עליהן" (ראו ברק – מידתיות, עמ' 320; קרמניצר – מידתיות, עמ' 20). נראה כי תכלית חקיקתו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים היא חיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית בישראל. ההנחה היא כי דבר החקיקה האמור יגרום לירידה בשכרם של הרופאים המועסקים במערכת הרפואה הפרטית ולהקטנת התמריץ של אלה להמשיך להיות מועסקים במערכת זו. אין חולק כי חיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית היא תכלית ראויה. אך בהקשר זה, הודגש בספרות כי יש להבחין בין בחינה כללית של תכלית החקיקה אשר במרבית המקרים תניב את המסקנה כי תכלית החקיקה ראויה, ובין בחינה פרטנית של תכלית החקיקה לאור זכויות האדם שנפגעו (קרמניצר – מידתיות, עמ' 40-39). בעניינו, בחינה פרטנית של תכליות החקיקה לאור הזכות לבריאות, לחופש החוזים ולחופש העיסוק מעלה ספק האם יש בכוחו של ההסדר להצדיק את הפגיעה החמורה בזכויות אדם חוקתיות.

127. העותרת אמנם מסכימה כי יש לפעול לחיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית, אולם סבורה כי אין לעשות כן במחיר של חיסולה הלכה למעשה של מערכת הרפואה הפרטית וזאת בשעה שלתחלואה החריפים של מערכת הרפואה הציבורית לא ניתן פתרון של ממש בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים. **ראייה לאמור אנו מוצאים בעובדה כי חקיקתו של דבר חקיקה זו לא כללה הזרמת תקציבים נוספים מצד משיבים 4-5 לטובת מערכת הרפואה הציבורית. אם כך הם פני הדברים, הרי שהטעמים שבגינם מעדיפים מטופלים רבים לקבל שירות רפואי במסגרת הפרקטיקה הפרטית, למשל בשל זמני המתנה קצרים או רפואה איכותית יותר וכיו"ב; לא עשויים להשתנות בטווח הקרוב.**

128. נמצאנו למדים, כי אם אכן מעיינינו של מחוקק היו נתונים לחיזוק הרפואה הציבורית, הרי שחובה היה עליו לפעול באופן ישיר לטובת מטרה זו באמצעות הקצאת משאבים ותקנים ושיפור התשתיות, ולא באמצעות פגיעה ישירה בזכויות חוקתיות של רופאים ובעלי מקצועות נוספים המועסקים במערכת הרפואה הפרטית. מטעמים אלה, סבורה העותרת כי בחינה פרטית של תכלית פרק הבריאות בחוק ההסדרים מלמדת כי אין מדובר בתכלית ראויה.

(2) מבחני המשנה של המידתיות

(א) מבחן הקשר הרציונלי (מבחן ההתאמה או היעילות)

129. מבחן הקשר הרציונלי דורש שיהא בכוחו של האמצעי שנבחר כדי להגשים את המטרה ביסוד החוק (ראו ברק – מידתיות, עמ' 373-389; בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פסקה 47 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (פורסם בנבו, 19.11.09)). בהקשר זה, נטען בספרות כי "הערכת קיומו של קשר רציונלי מבוססת על ניסיון החיים המצטבר בחברה נתונה ועל המידע שהמדע מספק" (ברק – מידתיות, עמ' 382).

130. כפי שהסברנו בפסקאות 73-83 לעיל, בהליך חקיקתו של פרק הבריאות בחוק ההסדרים נפלו פגמים חמורים היורדים לשורש ההליך. בין היתר, לא הוצגה בפני חברי הוועדה תשתית עובדתית מינימאלית ממנה ניתן ללמוד על נחיצותם של ההסדרים האמורים. כך למשל, בעת חקיקתו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים לא הובאו בפני חברי וועדה נתונים אמפיריים מהם ניתן ללמוד מהו שיעור המטופלים אשר התקשרו עם רופאים במערכת הרפואה הפרטית במסגרת שיטת ההחזר ומהו שיעור המטופלים אשר מקבלים טיפול

רפואי במסגרת שיטת ההסדר. זאת ועוד, לא הובאו בפני חברי הוועדה נתונים אמפיריים המלמדים על הסטה של מטופלים ממערכת הרפואה הציבורית לטובת מערכת הרפואה הפרטית אשר יש בכוחם להצדיק עיגונה של תקופת צינון טרם שיוכל רופא במערכת הרפואה הציבורית להמשיך להעניק שירותים רפואיים למטופל במסגרת מערכת הרפואה הפרטית. במילים אחרות, בהיעדרם של נתונים כאלה, אין זה ברור האם חולשותיה של מערכת הרפואה הציבורית נובעים משגשוגה של מערכת הרפואה הפרטית, או שמא ההעדפה של מטופלים רבים לקבל שירות רפואי בפרקטיקה פרטית בשל זמני המתנה קצרים או איכות טובה יותר של הטיפול הרפואי המוצע.

131. זאת ועוד, ההסדר האוסר תשלום ישיר ממטופל לרופא אלא אך ורק באמצעות תיווכו של המוסד הרפואי, מבקש למנוע את אפשרות ניצולו של המטופל על ידי הרופא באמצעות גביית שכר מופרז. דא עקא, פרק הבריאות שבחוק ההסדרים אינו כולל הוראות כלשהן באשר לאופן שבו גורמים במשיב 5 יוכלו לפקח על כך שלא נגבה מהמטופלים שכר מופרז. יתר על כן, לא נראה כי המוסד הרפואי אשר עתיד לתווך בין הרופא למטופל בהתאם לפרק הבריאות שבחוק ההסדרים, עשוי למתן את האפשרות של גביית שכר מופרז מן המטופלים. שכן, המוסד הרפואי הינו גורם פרטי המחזיק באינטרסים שעיקרם השאת רווח כלכלי. אינטרסים מהסוג האמור אינם בהכרח מתיישבים עם האינטרסים של המטופל בדבר קבלת שירות רפואי איכותי בעלות נוחה יחסית.

(ב) מבחן הנחיצות – "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה"

132. כאמור לעיל, המבחן השני למידתיות הוא **"מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה"**. על פי מבחן זה, המחוקק נדרש לבחור – מבין האמצעים המגשימים את מטרתו הראויה של החוק הפוגע – באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה (ראו ברק – מידתיות, עמ' 391; פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, עמ' 436-437, 444. נקודת המפתח במבחן זה המבטא את עקרון היעילות פרטו היא שאכן ניתן להגשים את מטרתו הראויה של החוק בעזרת אמצעי היפותטי פרטו. יתר על כן, על פי מבחן זה קיומה של חלופה פוגענית פחות בזכויות אדם שמידת יעילותה דומה (גם או מידת יעילותה פחותה במקצת) מחייבת את פסילתה של החלופה הפוגענית יותר (קרמניצר – מידתיות, עמ' 82).

133. בשורות הבאות, העותרת תסביר מדוע ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים אינם עומדים במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

(1) **ביטול שיטת ההחזר ועיגונה של שיטת ההסדר כברירת מחדל.** סעיפים 15-16 לפרק הבריאות שבחוק ההסדרים קובעים את ביטולה המוחלט של שיטת ההחזר ואימוצה של שיטת ההסדר כאמצעי היחיד, במימון של קופות החולים, המאפשר למטופלים בישראל להתקשר עם רופא במערכת הרפואה הפרטית. עם זאת, ההסדרים האמורים אינם כוללים הבחנה בין סוגי טיפולים שונים שלהם נזקקים מטופלים שונים ואשר אינם מסופקים כיום במערכת הרפואה הציבורית. במילים אחרות, ההסדרים האמורים קובעים כלל מוחלט שאינו רגיש דיו לפגיעה החריפה בזכויות אדם חוקתיות של ציבור הרופאים והמטופלים כאחד ואשר היה ניתן למתן ולצמצם אותו באמצעות החרגה של טיפולים שונים מהכלל האמור.

(2) **איסור על תשלום ישיר מהמטופל לרופא והמוסד הרפואי כגורם מתווך.** סעיף 22 לפרק הבריאות שבחוק ההסדרים אוסר על תשלום ישיר מהמטופל לרופא אלא באמצעות תיווכו של המוסד הרפואי. כאמור לעיל, תכליתו של ההסדר האמור היא למנוע את ניצולו לרעה של המטופל על ידי הרופא באמצעות גביית שכר מופרז. עם זאת, אין זה ברור מדוע יש צורך בקביעת הסדרים כאלה שפגיעתם בזכויות יסוד כה חמורה, בהינתן דיני החוזים הכלליים (חוק החוזים, התשל"ג-1973) והמיוחדים (חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974)

המסדירים את מערכת היחסים החוזית שבין רופא ומטופל לרבות האפשרות של קביעת שכר מופרז עבור שירותים רפואיים. יתר על כן, אין זה ברור כיצד ניתן להבטיח כי המוסד הרפואי בהיותו תאגיד למטרות רווח יגן על האינטרסים הצרכניים של המטופלים עצמם.

לפיכך, אם ביקש המחוקק להגן על ציבור המטופלים (מעבר להגנה הנתונה להם מכוח דיני החוזים הכלליים והמיוחדים), אפשר שהיה מקום לקבוע הוראות דיספוזיטיביות מיוחדות בקשר עם תוכן התקשרות שבין רופאים למטופלים מבלי שהיה צורך לאמץ הסדרים הגורמים לפגיעה חריפה בעיסוקם של הרופאים ובחופש החוזים של הצדדים.

(3) **איסור על המשך טיפול רפואי אלא לאחר חלוף תקופת צינון.** כאמור, סעיף 25 לפרק הבריאות שבחוק ההסדרים אוסר על המשך טיפול רפואי במסגרת הרפואה הפרטית אלא לאחר חלוף תקופת צינון. באמצעות איסור זה מבקש המחוקק להבטיח כי מלוא השירות הרפואי הניתן למטופל ייעשה במסגרת הרפואה הציבורית ויקטין את התמריץ של רופאים לעסוק בפרקטיקה פרטית. אולם, אם מעיינינו של המחוקק נתונים לחיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית הוא היה יכול לבחור באמצעי חקיקתי שאינו כרוך בפגיעה משמעותית בחופש העיסוק של הרופאים ובחופש הבחירה של המטופלים. כך למשל, המחוקק היה יכול 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. על פי חלופה זו, מטופלים הסבורים כי איכות הטיפול הרפואי במערכת הרפואה הפרטית טובה יותר מזו שניתנת להם במערכת הרפואה הציבורית יהיו מוכנים לשלם תשלום נוסף עבור קבלת טיפול כאמור. המשאבים שיועברו למערכת הרפואה הציבורית בעקבות המהלך החקיקתי המוצע עשויים לתרום לשיפור תשתיותיה והשירות הרפואי המוצע במסגרתה לטובת כלל תושבי ישראל.

(ג) מבחן המידתיות במובן הצר

134. מבחן המידתיות השלישי הינו מבחן "התוצאה המידתית" או מבחן "המידתיות במובן הצר". המבחן קובע כי הפגיעה בזכות חוקתית מוצדקת ככל שהיחס בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית והנזק שעלול להיגרם לזכות החוקתית הינו ראוי. לפיכך יש צורך להשוות ביניהם (פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, עמ' 437 ובג"ץ **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג' (5) 241, 270 (1999); 1030/99 **אורון נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נו' (3) 640, 668 (2002)).

135. המבחן מסייע להעריך את מידתיות הפגיעה באמצעות עריכת איזון בין הנזק לתועלת, באופן שמדמה את התהליך של שקילת שני הגורמים על כפות מאזניים. מחד, כף "הגשמת המטרה" שטומנת בחובה את המטרה הראויה שחותר החוק להגשים, ההסתברות להגשמתה, התועלת הצפויה לצמוח מכך לצד הנחיצות וחיוניותה. מנגד, "כף הפגיעה בזכות" מכילה את הזכות החוקתית הנפגעת והנזק הצפוי תוך התייחסות להסתברות התרחשותו (ברק – מידתיות, עמ' 431-433). יש לחדד כי אין אנו משווים את התועלת כולה ואת הפגיעה כולה, אלא את התועלת השולית והנזק השולי לזכות שמייצר החוק. ההשוואה היא בין מצב המטרה הראויה לפני חקיקת פרק הבריאות שבחוק ההסדרים, לבין מצבה של זכות האדם לפני חקיקת החוק ולאחריו.

(1) כף "הגשמת המטרה" – התועלת השולית בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים

136. אין מחלוקת כי המטרות הכלליות שהעמיד לנגד עיניו המחוקק בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים, שבראשן חיזוק המערכת הרפואה הציבורית, הן מטרות ראויות ונכונות. עם זאת, העותרת תראה כי מרכיב משמעותי בהערכת התועלת הינו ההסתברות להשגת התכלית. כפי שמיטיב להסביר הנשיא בדימוס ברק, "כדי להשיב

על השאלה האם חשיבותה של התועלת המושגת מהגשמת המטרה הראויה מצדיקה פגיעה בזכות החוקתית, יש לבחון לא רק את מידת הנחיצות והחיוניות של הגשמתה אלא גם את ההסתברות (הסיכויים) להגשמת המטרה אם החוק יעמוד בעינו" (בג"צ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פס' 110 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006)).

137. כפי שהוצג בפרוטרוט ברקע העובדתי של כתב עתירה זה, בידי הועדה אשר עסקה בהכנתו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים לקריאה שנייה ושלישית לא הוצגה תשתית עובדתית שתאפשר לקבוע כי אימוץ ההסדרים האמורים אכן יביא לחיזוקה של מערכת הרפואה הציבורית בישראל. ודוק, אין ספק כי ההסדרים האמורים יביאו לפגיעה קשה ועוצמתית במערכת הרפואה הפרטית, אך מכאן לא נובע כי מעמדה של הרפואה הציבורית בישראל יתחזק בעקבות המהלך האמור. זאת ועוד, נדמה כי המחוקק ביקש לטפל אך ורק בצד אחד של המשוואה (מערכת הרפואה הפרטית) מתוך תקווה שאינה מבוססת כי הצד האחר של המשוואה (מערכת הרפואה הציבורית) יטופל באורח אוטומטי. העותרת סבורה כי מצבה של הרפואה הציבורית ישתפר אך ורק באמצעות טיפול שורש אשר יחייב הקצאת משאבים, שיפור התשתיות והקצאת תקנים נוספים ולא באמצעות חיסולה של המערכת הרפואה הפרטית.

138. יתר על כן, בהיעדר הקצאת משאבים למערכת הרפואה הציבורית, היא אינה ערוכה כיום לטיפול בשטף המטופלים שעתידיים לנהור לשעריה בעקבות חיסולה של הרפואה הפרטית בישראל. לסיכום, נדמה שאף שהמטרות ראויות ביותר, **הסיכויים להשגת אותן מטרות אינם אופטימיים, בעוד, כפי שנציג כעת, הסיכויים לפגיעה ממשית בזכויות חוקתיות גדולים יותר.**

(2) כף "הפגיעה בזכויות"

139. **הזכות לבריאות.** כאמור לעיל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל במפורש את הזכות לבריאות. עם זאת, הזכות לבריאות מזוהה עם זכויות אחרות הכלולות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כגון: כבוד האדם והזכות לחיים (ראו סעיפים 101-102 לעיל). כאמור לעיל, הפגיעה הניכרת במעמדה של הרפואה הפרטית בעקבות חקיקתו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים, תוביל לגידול ניכר מאוד במספר המטופלים במערכת הרפואה הציבורית. דא עקא, נכון לכתיבת שורות אלה, מערכת הרפואה הציבורית אינה ערוכה לטפל בכמות זו של מטופלים. לפיכך, נכון לעתה לא קיים פתרון מערכתי לזמני ההמתנה הארוכים במערכת הרפואה הציבורית ולאיכות נמוכה יותר של שירות רפואי בהשוואה למערכת הרפואה הפרטית. אין חולק כי בהיעדר פתרון שכזה, מתקיימת פגיעה אנושה בזכות לבריאות של כלל תושבי ישראל. **וידגש, בהינתן העובדה כי לא צפויה הזרמת תקציבים נוספת למערכת הרפואה הציבורית כחלק אינטגרלי מהרפורמה המוצעת, הרי שההסתברות לפגיעה בזכות לבריאות של כלל תושבי ישראל היא וודאית ואינה יכולה להיות נתונה למחלוקת.**

140. **חופש העיסוק.** עמדנו לעיל על כך שההגנה החוקתית על חופש העיסוק עוגנה במשפט הישראלי עוד בראשית שנות המדינה (סעיף 114 לעיל). ההסדרים הקבועים בפרק הבריאות שבחוק ההסדרים יוצרים פגיעה חמורה בחופש העיסוק וביכולת ההשתכרות של רופאים במערכת הרפואה הפרטית. כאמור לעיל, כוונתו של המחוקק הייתה לצמצם את התמריץ של רופאים פרטיים להיות מועסקים במערכת הרפואה הפרטית. עם זאת, בהיעדר השקעה בהגדלת התקנים במערכת הרפואה הציבורית בישראל, רופאים רבים המועסקים במערכת הרפואה הפרטית לא יוכלו להשתלב במערכת הרפואה הציבורית. **כלומר, בשל היעדר השקעה תקציבית ישירה במערכת הרפואה הציבורית, תישלל מרופאים המועסקים בפרקטיקה פרטית כל אופק תעסוקתי. לפיכך, הסתברותה של פגיעה כאמור בחופש העיסוק וביכולת ההשתכרות של רופאים בישראל הינה מוחלטת (ההסתברות הרפואית בישראל "אין מי שיטפל בך- המחסור ברופאים בישראל" (2011))**

141. **חופש החוזים.** עמדנו לעיל על חשיבות הזכות לחוזים, עקרון חופש החוזים כ"אחד מעקרונות היסוד בתפיסתנו המשפטית והחברתית", וכבעל מעמד של "זכות יסוד חוקתית" (סעיפים 122-123 לעיל). ביטול שיטת ההחזר וקביעת שיטת ההסדר ככלל ברירת המחל מסב פגיעה אנושה לחופש ההתקשרות החוזי. שכן מעתה, אם מטופלים יהיו מעוניינים להתקשר עם רופאים שאינם קשורים בהסדר עם קופות החולים, יהיה עליהם לשאת במלוא העלות הכספית הכרוכה בכך. יתר על כן, האיסור על מתן תשלום ישיר לרופא אלא באמצעות תיווכו של המוסד הרפואי אינו עתיד לשפר את מצבם של המטופלים משום שלא ניתן להבטיח כי המוסד הרפואי יפעל לטובת האינטרסים של המטופלים דווקא. ניתן להניח כי התערבותו במערכת היחסים החוזית בין הרופא למטופל תהיה כרוכה בעלות נוספת שתגולגל לפתחו של המטופל ותביא לעלייה במחיר השירות הרפואי. הגידול בעלות השירות הרפואי משמעה לא רק בפגיעה בחופש ההתקשרות אלא גם בתוכן ההתקשרות בהשוואה למצב הדברים עובר לחקיקתו של פרק הבריאות שבחוק ההסדרים.

לסיכום, נראה שלאור חשיבות הזכויות החוקתיות לבריאות, חופש העיסוק וחופש החוזים, העומדות במרכז העתירה, ולאור הפגיעה החמורה בהן וההסתברות הגבוהה לפגיעה, הסדרי החוק הפוגעים אינם עומדים במבחן המשנה השלישי של מבחן המידתיות, הוא מבחן המידתיות במובן הצר.

ד. הסעד

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפוך את הצו למוחלט.



גילי קרסנטי



טליה קצב



אליהו קפלן



אפיק דוד