

בעניין:

ההסתדרות הרפואית בישראל

ע"י ב"כ ארנה לין ושות', משרד עורכות
דין, ארנה לין ו/או תמר וינטר-קמר ו/או
אורטל מנדלאוי
מרחוב קויפמן 4 בית שרבט, תל אביב
6801296 טלפון: 03-5165757; פקס: 03-
5165999

וב"כ גולדפרב זליגמן ושות', עוה"ד אלי
זהר ו/או נגה רובינשטיין ו/או אלעד כהן
מרח' יגאל אלון 98, תל אביב
טלפון: 03-7101666; פקס: 03-7101618

העותרת

-נגד-

1. כנסת ישראל

ע"י הלשכה המשפטית של הכנסת
מקריית בן גוריון ירושלים
טל': 02-6408636; פקס: 02-6753495

2. משרד הבריאות

3. שר הבריאות, ח"כ יעקב ליצמן

4. משרד האוצר

5. שר האוצר, ח"כ משה כחלון

6. ממשלת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה
מרח' צלאח א-דין 29 ירושלים
טל': 02-5455590; פקס: 02-6467011

המשיבים

7. שירותי בריאות כללית

מרח' ארלוזורוב 101 תל אביב 62098

8. מכבי שירותי בריאות

מרח' המרד 27 תל אביב 68125

9. קופת חולים מאוחדת

מרח' אבן גבירול 124 תל אביב 62038

10. לאומית שירותי בריאות

מרח' שפרינצק 23 תל אביב 64738

11. הראל חברה לביטוח בע"מ

מרח' אבא הלל 3, רמת גן 5211802

12. הפניקס חברה לביטוח בע"מ

מרח' רחבעם זאבי 2, גבעת שמואל

13. מגורה מבטחים ביטוח בע"מ

מרח' אלנבי 115, תל אביב

14. כלל חברה לביטוח בע"מ

מרח' ראול ולנברג 36, תל אביב

15. מגדל חברה לביטוח בע"מ

מרח' אפעל 4 ק. אריה פתח תקווה 4951106

16. "אסותא" מרכזים רפואיים
מרח' הברזל 20 תל אביב
17. הרצליה מדיקל סנטר
מרח' רמת ים 7 הרצליה 46100
18. בית חולים "אלישע"
מרח' יאיר כ"ץ 12 חיפה 34636
19. מרכז רפואי "חורב"
מרח' חורב 15 חיפה 34341
20. מרכז רפואי רמת אביב
מרח' אינשטיין 40 תל אביב
21. מ.ר.ב. בתי חולים ומרכזים רפואיים
מרח' העצמאות 69 בת ים 59315

משיבים פורמאליים

עתירה למתן צו על-תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על-תנאי, המופנה אל המשיבים ומורה להם לבוא וליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא יבוטל פרק ה' לחוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2015 ו-2016), התשע"ו-2015 שיכונה להלן: "פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית". הוראות פרק הבריאות עתידות להיכנס לתוקף ביום 1.7.2016.
 2. כל צו אחר שיימצא צודק ונכון בנסיבות העניין.
- נוסח פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית שעבר במליאת הכנסת ביום 19.11.2015 ופורסם ברשומות ביום 30.11.2015 מצי"ב כנספח "עת/1".

ואלה נימוקי העתירה:

א. פתח דבר

3. עניינה של עתירה זו בשינויים מרחיקי לכת במערכת הבריאות הפרטית שהתבצעו במסגרת פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית.
4. וייאמר כבר עתה: המדינה בוחרת ב"מסלול המקוצר" והלא מידתי לצמצום הוצאות הפרט על שירותי רפואה פרטיים, הגם שאינה מספקת נתונים בדבר הוודאות שהדבר אכן יתממש וחלף השקעה תקציבית של ממש במערכת הבריאות הציבורית. כך, את עלויות "הוזלת יוקר המחיה" העבירה המדינה ממנה והלאה, על חשבון זכויות המטופלים והרופאים גם יחד.
- אל לבית המשפט הנכבד לתת ידו לכך.
5. ואלה הם בתמצית השינויים המהותיים הכלולים בפרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית:
6. האחד, ביטול האפשרות הקיימת היום למבוטח בביטוח בריאות פרטי, לפנות לכל רופא מנתח שיבחר לקבלת שירותיו הרפואיים, ולקבל מהגוף המבטח (קופת חולים או חברת ביטוח מסחרית) החזר כספי עבור שכר הרופא (שיטת ה"החזר").

7. מבוטח שירצה לממן ניתוח באמצעות הגוף המבטח, יאלץ לפנות רק לרופאים מנתחים שנקשרו בהסכם עם הגוף המבטח, לפיו מלוא התשלומים הקשורים בניתוח, לרבות התשלומים לרופא ולמוסד הרפואי, וכן התשלומים בעבור הציוד, האבזרים והתכשירים המשמשים בביצוע הניתוח ובמהלך הטיפול, ישולמו על ידי הגוף המבטח, למעט השתתפות עצמית של המבוטח (**שיטת ה"הסדר"**). לעומת זאת, מלוא התשלומים בגין ניתוח שיבוצע באמצעות רופא שלא התקשר בהסכם עם הגוף המבטח, ישולמו מכיסו של המטופל.
8. בכך, מגביל פרק הבריאות את חירותו של הפרט לצרוך שירותי בריאות **פרטיים** מרופא וממוסד רפואי בהם הוא נותן את אמונו ומבטחו, ובהתאם מגביל את זמינות שירותי הרפואה הפרטיים.
8. בעוד שפרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית מחייב כל רופא מנתח שברצונו להעניק שירותיו לציבור המבוטחים להתקשר בהסכם עם הגוף המבטח, החוק לא מחייב את הגוף המבטח להתקשר בהסכם עם כל רופא המעוניין בכך.
- בכך, מצמצם פרק הבריאות את נגישותם של רופאים מנתחים לקהל המטופלים במערכת הפרטית.
9. **השני, איסור על תשלום ישיר של מטופל לרופא בגין שירותים רפואיים שהוענקו במוסד רפואי פרטי (בית חולים או מרפאה כירורגית).** על פי הסדר זה התשלום לרופא עבור שירותיו במוסד רפואי פרטי ישולם על ידי המטופל למוסד הרפואי בלבד וזה יעביר את התשלום לרופא.
- בכך, מגביל פרק הבריאות את חופש ההתקשרות החוזית של הרופאים והמטופלים במגזר הפרטי ופוגע בחירותם של הרופאים לממש את עיסוקם ולעצב את מערכת היחסים המסחרית בינם לבין המטופלים.
10. **העותרת תטען כי דינו של פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית – על שני ההסדרים המרכיבים אותו – להתבטל. זאת, בהסתמך על כל אחד משני ראשים אלה, לא כל שכן נוכח משקלם המצטבר:**
11. **האחד עניינו באמצעי החקיקתי שנבחר ואופי הליך החקיקה שננקט (פרק ד.1. להלן):** פרק הבריאות אינו עונה על המבחנים שנקבעו בהנחית היועצת המשפטית לכנסת בהתייחס לנושאים שמקומם בחוק ההסדרים משאין להם כל זיקה לתקציב המדינה ולפיכך ראוי היה שיחוקק במסגרת הליך חקיקה רגיל; פרק הבריאות נחקק במתכונת מזוזת, מבלי שנערכה עבודת הכנה מספקת, ללא תשתית עובדתית רלבנטית מספקת, תוך פגיעה ביכולתם של חברי הכנסת להשתתף באופן אמיתי מושכל ותבוני בהליך החקיקה.
12. **השני עניינו בתוכן ההסדרים של פרק הבריאות בחוק, הפוגעים שלא לצורך ובאופן בלתי מידתי בזכויות חוקתיות של מטופלים ורופאים (פרק ד.2. להלן):**
13. התערבותה של המדינה במערכת הרפואה הפרטית על דרך שלילת חירותו של הפרט לבחור בטיפול הרפואי המיטבי, כראות עיניו, וזאת כשהוא מממן את הטיפול במלואו מכיסו הפרטי, **פוגעת בזכויות יסוד המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והנגזרות ממנו.** ויאמר כבר עתה: עניינו שונה בתכלית מהליך בחירת רופא מנתח במסגרת שירותי רפואה פרטיים ("שר"פ") הניתנים במסגרת בתי החולים הממשלתיים תוך עירוב בין הציבורי לפרטי, שנקבע זה מכבר על ידי בית המשפט הנכבד כי אינו פוגע בזכויות חוקתיות כאמור (בג"ץ 4253/02 **מר בנימין קריתי – ראש עיריית טבריה נ' מר אליקים רובינשטיין – היועץ המשפטי** (פורסם בנבו, 17.3.2009)).

14. פרק הבריאות מצמצם את הנגישות של הרופאים המנתחים למטופלים במגזר הפרטי תוך מתן כח יתר לא מבוקר לגופים המבטחים שאינם מחויבים להתקשר עם רופא שיחפוץ בכך, ובאמצעות קביעת גורם "מתערב" בין הרופא למטופל שיפקח על התשלום המשולם לרופא וימנע ממנו לממש את עיסוקו על פי בחירתו. **פרק הבריאות פוגע, אפוא, גם בחופש העיסוק של הרופאים ובחופש ההתקשרות החוזית בין הצדדים.**
15. **פרק הבריאות פוגע גם בזכות החוקתית של הרופאים לחופש ההתארגנות.** אפשרויות ההעסקה של רופאים במערכת הרפואה הפרטית הוכרו זה מכבר, הכרה ששבה ואושרה לאחרונה, כחלק בלתי נפרד מתנאי העבודה הייחודיים של הרופאים במסגרת עיסוקם במערכת הרפואה הציבורית. ההסדרים בפרק הבריאות פוגעים באפשרויות העסקה אלה מבלי שנוהל משא ומתן קיבוצי עם ארגון העובדים היציג, העותרת.
- ב. הצדדים**
16. **העותרת, הר"י, היא גוף ציבורי במהותו, שהוקם לפני כ-104 שנים, ומאגד את הרוב המכריע (כ-95%) של הרופאים בישראל, שכירים ושאינם שכירים. הר"י היא ארגון העובדים היציג של רופאי מדינת ישראל הפועל כארגון מקצועי-פרופסיונאלי, עצמאי, בלתי תלוי ובלתי מפלגתי לקידום הרופאים והרפואה בישראל, לחיזוק מערכת הבריאות ושמירה על זכויות המטופלים.**
17. בהתאם לחזונה ולתקנונה, שוקדת הר"י על רמתו של ציבור הרופאים ועל רמת שירותי הרפואה במדינת ישראל, ונוטלת חלק בבירור, ליבון והתוויית הדרך בכל הסוגיות הנוגעות לרפואה בישראל. הר"י פועלת להבטחת זכויות הציבור בכל הקשור לטיפול רפואי ולקידום החינוך וההסברה הרפואיים. פעולותיה של הר"י לטובת הציבור נעשות, בין היתר, באמצעות מסעות הסברה, מעורבות ופעילות עם גופים ציבוריים שונים, כגון ארגוני חולים, קופות חולים, הכנסות, מוסדות הממשלה וכדומה.
18. מוסדותיה הממלכתיים של המדינה הכירו באיכותה, מקצועיותה ומחויבותה של הר"י לקידום מערכת הבריאות בישראל, ומתוקף כך הוטלו עליה משימות בקנה מידה לאומי, כגון אחריות סטטוטורית מלאה לתהליכי התמחות הרופאים, מעורבות בגיבוש דו"חות מבקר המדינה וכדומה.
19. **המשיבה 1** כנסת ישראל, היא הרשות המחוקקת של מדינת ישראל שחוקקה את החוק מושא העתירה.
20. **המשיב 2** משרד הבריאות, הוא המשרד הממשלתי המופקד על הענקת שירותי בריאות לתושבי מדינת ישראל. משרד הבריאות קובע מדיניות בתחומי הבריאות והרפואה ואמון על רישוי מוסדות רפואיים ופיקוח על פעילותם.
21. **המשיב 3** שר הבריאות, הוא השר הממונה על המשיב 2.
22. **המשיב 4** משרד האוצר, הוא המשרד הממשלתי האמון על קביעת המדיניות הכלכלית והפיסקאלית ועל ניהול הכנסות המדינה, בין היתר באמצעות תכנון תקציב המדינה השנתי.
23. **המשיב 5** שר האוצר, הוא השר הממונה על המשיב 4.

24. **המשיבה 6** ממשלת ישראל, היא יוזמת הצעת חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2015 ו-2016), התשע"ה-2015, אותה הניחה על שולחן הכנסת ביום 31.8.2015.

25. **משיבות פורמאליות 7-10** הן ארבע קופות החולים הפועלות בישראל ומעניקות לעמיתיהן שירותי בריאות מכח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: "**חוק ביטוח בריאות ממלכתי**") ובכלל זאת שירותי בריאות נוספים שאינם כלולים בסל השירותים והתשלומים של הקופה (להלן: "**תכניות שב"ן**").

26. **משיבות פורמאליות 11-15** הן חברות ביטוח הבריאות הפרטי הגדולות בישראל, המציעות לציבור פוליסות ביטוח בריאות פרטי לכיסוי עלויות בגין שירותים רפואיים (להלן: "**ביטוחי הבריאות המסחריים**").

27. **משיבים פורמאליים 16-21** הם בתי חולים פרטיים לאשפוז כללי, בהם ניתנים שירותי ניתוח במסגרת מערכת הבריאות הפרטית.

ג. העובדות הצריכות לעניין

1.ג. מערכת הבריאות בישראל: מערכת ציבורית ומערכת פרטית

28. בישראל, כמו במדינות מפותחות אחרות בעולם, מתקיימות זו לצד זו מערכת בריאות ציבורית ומערכת בריאות פרטית. מדובר בשתי מערכות משלימות – מערכת הרפואה הפרטית התפתחה על רקע חוסר היכולת של מערכת הבריאות הציבורית למלא אחר מלוא הביקוש לשירותי בריאות.

29. **מערכת הבריאות הציבורית** כוללת את בתי החולים הציבוריים ואת מרפאות הקהילה של ארבע קופות החולים, משיבות פורמאליות 7-10. בתי החולים הציבוריים כוללים 9 בתי חולים ממשלתיים (דוגמת שיבא, רמב"ם) 2 בתי חולים ממשלתיים-עירוניים (דוגמת איכילוב), 8 בתי חולים בבעלות ה"כללית" (דוגמת בלינסון, מאיר), בית חולים אחד בבעלות "מאוחדת" (משגב לדך) ו-16 בתי חולים ציבוריים כלליים אחרים (דוגמת הדסה, שערי צדק ועוד).

30. **מערכת הבריאות הפרטית** כוללת 11 בתי חולים פרטיים (בהם משיבים פורמאליים 16-21) ו-21 מרפאות כירורגיות פרטיות. בבתי חולים ובמרפאות אלה פועלים עשרות חדרי ניתוח ומבוצעות בהם פעולות רפואיות אלקטיביות.

31. בראשית שנת 1995 הונהגה במדינת ישראל רפורמה במערכת הבריאות כשחוק ביטוח בריאות ממלכתי נכנס לתוקפו, ומאותו מועד ואילך כל תושבי ישראל מבוטחים בביטוח בריאות. חוק ביטוח בריאות ממלכתי מגדיר סל שירותים בסיסי לו זכאי כל תושב (להלן: "**הסל הבסיסי**"). אספקת השירותים שבסל הבסיסי הוטלה על ארבע קופות החולים, וזאת למעט שירותי הבריאות שמספק משרד הבריאות.

32. קופות החולים מספקות למבוטחיהן את השירותים שבסל הן באמצעות מרפאות ובתי חולים ציבוריים והן באמצעות בתי חולים פרטיים, תוך הנפקת טופס 17 למבוטח.¹
33. מימון השירותים שבסל הבריאות מתבצע באמצעות דמי ביטוח הבריאות (מס בריאות), המשולמים למוסד לביטוח לאומי, ובאמצעות תקציב המדינה ("ההוצאה הציבורית על בריאות").
34. תושב המעוניין בשירותים שמעבר לסל הבסיסי או תושב המעוניין בשירותים המשפרים את השירות הקיים בסל (לדוגמא – בחירת רופא מנתח וחוות דעת שניה), יכול לממן מכיסו, ולשלם בעדם במישרין לרופא ו/או למוסד הרפואי הפרטי בו הוענק לו השירות הרפואי. כמו כן, ניתן לממן שירותי רפואה פרטיים באמצעות ביטוחי הבריאות המסחריים שמוכרות חברות הביטוח או באמצעות תכניות השב"ן שמוכרות קופות החולים ("ההוצאה הפרטית על בריאות").
35. מרבית השירותים הפרטיים המסופקים על ידי השב"ן/חברות הביטוח ניתנים על ידי רופאים המועסקים במערכת הרפואה הציבורית, במסגרת עבודה פרטית או פרקטיקה הפרטית המבוצעות על ידם (בין בנוסף לעבודתם במערכת הציבורית ובין באופן בלבדי) (על כך ראה פרק 4.ג, שלהלן).
36. למען שלמות התמונה יצוין שבינוי 2013 הוקמה על ידי שרת הבריאות דאז, ח"כ יעל גרמן, "הוועדה המייעצת לחיזוק מערכת הבריאות הציבורית" (להלן: "ועדת גרמן"), שבחנה את היחס בין מערכת הרפואה הציבורית למערכת הרפואה הפרטית בישראל בהיבטים שונים, ובכלל זאת את סוגית הביטוחים הרפואיים (שב"ן וביטוחים מסחריים). הוועדה פרסמה המלצותיה ביוני 2014,² כשהנחת היסוד הבסיסית להמלצות אלה היתה כי יש לפעול במערכות הבריאות השונות (הציבורית והפרטית) גם יחד, תוך שהוועדה הזהירה שניסיון לשנות את הנוהג במערכת אחת בלבד עלול להיות הרסני (עמוד 7 לדו"ח).

2.ג. מערכת הרפואה הפרטית בישראל: תכניות שב"ן וביטוחי בריאות מסחריים

- 2.1.ג. תכניות שב"ן: אספקת שירותי רפואה פרטיים על ידי קופות החולים
37. בהתאם לסעיף 10(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, מלבד השירותים הרפואיים הכלולים בסל הבסיסי, קופות החולים מציעות לעמיתיהן תכניות שב"ן המאפשרות על ידי שר הבריאות ובהתאם נתונות לפיקוחו של משרד הבריאות.
38. תכניות השב"ן מספקות 3 סוגי שירותים: (1) שירותים משלימים – שירותים רפואיים שאינם כלולים בסל הבסיסי, כמו למשל, טיפולים מצילי חיים בחו"ל, שלא ניתן לבצע בישראל; (2) שירותים שמרחיבים את הסל הבסיסי, כמו למשל בדיקות גנטיות ובדיקות נוספות במהלך הריון; (3) שירותים המשפרים את השירות הקיים בסל הבסיסי, כמו למשל, בחירת מנתח פרטי.

¹ טופס 17 הוא טופס התחייבות של קופת החולים כלפי נותן שירות או טיפול רפואי לשלם בעבור השירות או הטיפול הרפואי שיינתן על ידו לעמית.

² המלצות הוועדה המייעצת לחיזוק מערכת הבריאות הציבורית מפורסמות באתר האינטרנט <http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/GermanCommittee2014.pdf>; את הדו"ח המלא של הוועדה ניתן לראות באתר <http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/publichealth2014.pdf> (להלן: "דו"ח ועדת גרמן").

39. חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע בסעיף 10(ב), כי תכנית שב"ן תוצע לחברי קופת החולים כיהסדר של איזון משותף הדדי בלבד, בכפוף לכללים הבאים:

"(1) השירותים שבתכנית יינתנו אך ורק במסגרת המקורות שנגבו לעניין זה ממי שהצטרף לתכנית (להלן – העמיתים);

(2) הקופה רשאית לשנות, מעת לעת, את זכויות העמיתים בתכנית ואת תשלומי העמיתים.

(3) התכנית תהיה למתן שירותים בפועל בלבד, בידי הקופה או באישורה, למעט שירותי סיעוד ולמעט בחירת רופא מנתח לביצוע ניתוח, בלא שיידרש מהעמית תשלום השתתפות עצמית, ולא תכלול מתן פיצוי כספי לעמית כתחליף לשירות;

(4) התכנית לא תכלול תרופות מצילות חיים".

40. ככלל, תכניות השב"ן מציעות לעמיתיהן שתי אפשרויות להשתתפות במימון שכר הרופא המנתח:

40.1. האחת, ביצוע הניתוח בבית חולים פרטי שלקופת החולים הסכם עמו, על ידי רופא מנתח שלקופת החולים הסכם עמו. במקרה זה, קופת החולים היא שמשלמת למוסד הרפואי ולמנתח את שכרם בגין הניתוח והמטופל משלם רק תשלום של "השתתפות עצמית" בהתאם להוראות תכנית השב"ן (להלן: "שיטת ההסדר");

40.2. השנייה, ביצוע הניתוח בבית חולים פרטי שאין לקופת החולים הסכם עמו ואז על ידי רופא מנתח שאין לקופת החולים הסכם עמו. במקרה כזה, המטופל הוא שישלם למוסד הרפואי ואז לרופא המנתח את שכרם, ויקבל מקופת החולים החזר עד סכום מסוים, שנקבע בתכנית השב"ן בהתאם לסוג הניתוח (להלן: "שיטת ההחזר").

41. כך למשל, קובע תקנון תכנית השב"ן "כללית מושלם" של שירותי בריאות כללית בסעיף 4 לפרק ג': השתתפות בעלות ביצוע ניתוח פרטי:

"4. זכויות העמית על פי פרק זה:

4.1. בחר העמית לבצע ניתוח בבית חולים פרטי שבהסכם על ידי מנתח פרטי בהסכם, תשלם כללית מושלם 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 ואז 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 כלהלן:

4.2.1. לניתוח המפורט ברשימת הניתוחים של כללית מושלם עד לסכום "מחיר ניתוח".

4.2.2. כל ניתוח אחר עד למכפלת מחיר יום אשפוז בהתאם לרשימה במספר ימי האשפוז בפועל אולם לא יותר ממספר ימי האשפוז שיאושרו על ידי המנהל הרפואי של כללית מושלם.

4.2.3. השתתפות כללית מושלם בעלות הניתוחים בפרק זה מחליפה את ההשתתפות במידה שקיימת, של שירותי בריאות כללית בסל הבסיסי (טופס 17) ואינה מתווספת עליה."

42. כך, נקבע בתקנון תכנית השב"ן "מגן זהב" של מכבי שירותי בריאות:

6.1.1. הזכות לאשפוז על פי סעיף זה, מותנית בכך שהניתוחים והפעולות הכירורגיות כלולים בסל השירותים הבסיסי על פי החוק [חוק ביטוח בריאות ממלכתי - הח"מ] והחבר זכאי על פי החוק לקבלם ממכבי, ושירותים אלו אינם ניתנים על ידי מכבי בבית חולים פרטי.

6.1.2. חברים רשאים לבחור רופא פרטי לביצוע ניתוח בבית חולים פרטי בתנאי שהרופא ובית החולים נמצאים במסגרת הסכם עם מכבי לביצוע הניתוח הנדון במסגרת "מגן זהב". רשימת הרופאים שבהסכם תימצא בסניפי מכבי, באתר האינטרנט של מכבי ובמוקד "מכבי ללא הפסקה". רשימת בתי החולים שבהסכם תימצא בסניפי מכבי, באתר האינטרנט של מכבי ובמוקד "מכבי ללא הפסקה".

...

6.2.2. בחר החבר להתאשפז בבית חולים פרטי בהסכם לביצוע ניתוח ו/או פעולה כירורגית שאינם כלולים בהסכם, או להתאשפז בבית חולים פרטי אשר אינו קשור בהסכם עם מכבי במסגרת "מגן זהב" לאחר קבלת אישור רפואי מוקדם ממכבי - יקבל כיסוי הוצאותיו לאשפוז, בתנאי שהחזור מ"מגן זהב" לא יעלה על גובה תעריף התשלום לבתי חולים פרטיים עמם קשורה מכבי בהסכם, לגבי אותם ניתוחים, לפי הנמוך. בהיעדר הסכם - החחזור לא יעלה על עלות ממוצעת של ניתוח כזה בבית חולים ציבורי לפי תעריפי משרד הבריאות.

...

6.3.1. במידה והניתוח בבית החולים הפרטי על פי האמור בסעיפים 6.1 או 6.2. לעיל, יבוצע ע"י מנתח שאינו קשור עם מכבי, אותו בחר החבר ולאחר קבלת אישור מוקדם ממכבי, החבר ישלם בעצמו את שכר המנתח ויקבל החזר על פי התעריף המשולם למנתחים הקשורים עם מכבי במסגרת "מגן זהב" בעד ניתוח מאותו סוג, בתוספת 50% משכר זה".

43. גם תקנון תכנית השב"ן "מאוחדת עדיף" של קופת חולים מאוחדת מציע לחברי התכנית את האפשרות לבחור במוסד רפואי פרטי שיש לקופה הסכם עמו וברופא מנתח שיש לו הסכם עם הקופה או לשלם לרופא מנתח ו/או למוסד רפואי פרטי שלא התקשרו בהסכם עם הקופה במישרין ולקבל החזר עד סכום מסוים. כך גם לגבי קופת חולים לאומית שירותי בריאות, על פי תקנון תכנית השב"ן "לאומית זהב".

העתק ההוראות הרלבנטיות מתוך תקנוני תכניות השב"ן "כללית מושלם", "מגן זהב", "מאוחדת עדיף" ו"לאומית זהב" מצורף כנספח 2/ע/2.

44. הנה כי כן, עובר לחקיקת פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית, מבוטחים אינם מוגבלים לפניה לרופאים ספציפיים שקופת החולים התקשרה עימם בהסדר ספציפי. בפני המבוטח/ת בתכניות שב"ן עומדת האפשרות לבחור את הרופא שיתנח אותו/ה ואת המוסד הרפואי הפרטי שבו יבוצע הניתוח, בין אם הרופא ו/או המוסד התקשרו בהסכם עם קופת החולים ובין אם לאו.

2.2.ג. ביטוחי בריאות מסחריים: אספקת שירותי בריאות פרטיים על ידי חברות הביטוח

45. בנוסף לתכניות השב"ן שמציעות קופות החולים, מציעות חברות הביטוח, משיבות פורמאליות 11-15, ביטוחי בריאות מסחריים לכיסוי ומימון של הוצאות רפואיות. שוק הביטוחים המסחריים מוסדר על ידי אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר.

46. ביטוחי בריאות מסחריים חשיבותם בכך שהם מאפשרים לאזרח החפץ בכך לבטח את עצמו מעבר לכיסויים הקיימים, בעיקר בהקשר של חשש מסיכוי עתידי להוצאה כספית חריגה מאוד ובלתי צפויה מראש (קטסטרופה).

47. בדומה לתכניות השב"ן, ביטוחי הבריאות המסחריים מאפשרים למבוטח לבחור רופא מנתח ומוסד רפואי, בשיטת ההסדר או בשיטת ההחזר.
48. כך לדוגמה, סעיף 2 לנספח מספר 984 לפוליסת ביטוח בריאות מסחרי של חברת הביטוח "הראל", קובע:

"2. תגמולי הביטוח בגין מקרה ביטוח

החברה תשפה את המבוטח, באופן מלא וישיר אצל נותן השרות שבהסכם, או כנגד קבלות מקוריות שימציא לה המבוטח, בגין ההוצאות הממשיות המפורטות להלן שהוצאו בפועל בגין מקרה הביטוח ובלבד שהסכום המרבי אותו תשלם החברה לא יעלה על המשולם לנותן השרות שבהסכם:

2.1 שכר מנתח בבי"ח פרטי:

2.1.1 שכר מנתח הסכם ישולם במלואו - ישירות למנתח ההסכם.

2.1.2 מנתח אחר - תשלום למבוטח בהתאם לסוג הניתוח שבוצע ע"י מנתח אחר, יהיה בגובה הסכום ששולם על ידו בפועל, עד לתקרת הסכום הקבוע והמפורסם באתר האינטרנט של החברה שכתובתו... עבור הניתוח שבוצע."

49. גם בנספח 5034 "ביטוח פרטי לניתוחים בישראל מהשקל הראשון" של חברת "הפניקס", נקבע הסדר דומה בסעיף 3:

"בקורות מקרה ביטוח המבטח ישלם למבוטח או לנותן השרות עבור ההוצאות הקשורות בניתוח כמפורט להלן:

...

3.2.1 רופא מנתח / רופא מרדים שבהסכם

כיסוי שכר רופא מנתח ו/או שכר רופא מרדים שבהסכם ובלבד שנבחר על ידי המבוטח ובהסכמת בית החולים, אשר ישולמו ישירות על ידי המבטח לרופא מנתח ו/או לרופא מרדים שבהסכם...

3.2.2 מנתח / מרדים אחר

החזר שכר מנתח אחר ו/או שכר מרדים אחר שנבחר על ידי המבוטח ובהסכמת בית החולים, עד לסכום השכר שנקוב בגין אותו סוג ניתוח ברשימת המנתחים ו/או המרדימים שבהסכם, לפי בחירת המבטח ובגובה התעריף הממוצע של מחירי ההסכם שיהיה נהוג אצל המבטח באותה תקופה, וכמפורט באתר האינטרנט של החברה."

העתק ההוראות הרלבנטיות מתוך פוליסות ביטוחי הבריאות המסחריים של חברת "הראל" וחברת "הפניקס" מצורף **נספח 3/ע**.

50. **סעיף 37 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הפיקוח")** מסמך את שר האוצר לקבוע בתקנות – לכל ענפי הביטוח או לענפי ביטוח מסוימים – הוראות בדבר שיעורי דמי הביטוח ותשלומים אחרים שמבטח רשאי לגבות ממבוטחים, לרבות שיעורים מקסימליים ומינימליים ותשלום דמי ביטוח בשיעורים.
51. **סעיף 38 לחוק הפיקוח מסמך את שר האוצר לקבוע בתקנות הוראות בדבר תנאים שבתווה ביטוח וניסוחם.**

52. בתוקף סמכותו לפי סעיף 38 לחוק הפיקוח, התקין שר האוצר הנוכחי את תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח) (תנאים בחוזה ביטוח לניתוחים וטיפולים מחליפי ניתוח בישראל), תשע"ה-2015 (להלן: **"תקנות הביטוח"**), שפורסמו ברשומות ביום 15.7.2015.

העתק תקנות הביטוח מצורף כנספח 4/ע/ת.

53. על פי תקנות הביטוח, החל מיום 1.2.2016 (תחילת תוקפן של התקנות) על כל חברות הביטוח המציעות פוליסות מסחריות לביטוח ניתוחים וטיפולים מחליפי ניתוח להציע לציבור פוליסה אחידה בהתאם לנוסח הקבוע בתוספת הראשונה לתקנות הביטוח. כך קובע סעיף 2 לתקנות:

"(א) לא יוציא מבטח פוליסה לביטוח ניתוחים וטיפולים מחליפי ניתוח בישראל כולל התייעצות (להלן – פוליסת ניתוחים) אלא לפי תקנות אלה.
(ב) פוליסת ניתוחים תכלול את כל התנאים שבתוספת הראשונה; מבטח לא יהיה רשאי לשנות את נוסח התנאים האמורים וכן לא יהיה רשאי להוסיף או לגרוע כיסוי מפוליסת ניתוחים לפי התוספת הראשונה, אלא אם כן השינוי אושר מראש ובכתב בידי המפקח לאחר תחילתן של תקנות אלה."

54. סעיף 3 לתוספת הראשונה לתקנות הביטוח קובע:

"פוליסת ניתוחים בישראל תכלול כיסוי למלוא העלות של מקרים אלה בלבד:

(1) שלוש התייעצויות בכל שנת ביטוח; לעניין זה יובהר כי התייעצות תכוסה גם אם בסופו של דבר לא בוצע הניתוח או הטיפול מחליף הניתוח שההתייעצות נערכה לגביו;
(2) שכר מנתח;

(3) ניתוח בבית חולים פרטי או במרפאה כירורגית פרטית; כיסוי זה יכלול את כל ההוצאות הרפואיות הנדרשות לשם ביצוע הניתוח ולאשפוז הנלווה לביצועו, לרבות שכר רופא מרדים, הוצאות חדר ניתוח, ציוד מתכלה, שתלים, תרופות במהלך הניתוח והאשפוז, בדיקות שבוצעו כחלק מהניתוח והוצאות אשפוז עד לתקרה של 30 ימי אשפוז כולל אשפוז טרום-ניתוח;

(4) טיפול מחליף ניתוח; כיסוי זה לא ישלול מהמבוטח את הזכויות לניתוח אם לאחר הטיפול החלופי יזדקק המבוטח לטיפול נוסף."

55. סעיף 5 לתוספת הראשונה קובע שפוליסת הניתוחים תחריג מכיסוי את המקרים הבאים:

"(1) מקרה הביטוח אירע לפני יום תחילת הביטוח, לאחר תום תקופת הביטוח או במהלך תקופת האכשרה;

(2) ניתוח או טיפול מחליף ניתוח מסיבות של עקרות, פוריות, עיקור מרצון והפלה, למעט הפלה הנדרשת מסיבה רפואית;

(3) ניתוח או טיפול מחליף ניתוח או טיפול שאינו נובע מצורך רפואי ונועד למטרות יופי, אסתטיקה או תיקון קוצר ראייה, למעט הניתוחים האלה:

(א) ניתוח שיקום השד לאחר כריתת שד;

(ב) ניתוח לקיצור קיבה למבוטח עם יחס BMI מעל 36 הסובל נוסף על כך מבעיות של סכרת או לחץ דם או מבוטח עם יחס BMI גבוה מ-40;

(4) ניתוח או טיפול מחליף ניתוח הקשור בשיניים או בחניכיים או ניתוחים המבוצעים על ידי רופא שיניים;

(5) השתלת איברים; לעניין זה, "השתלת איברים" – כריתה כירורגית או הוצאה מגוף המבוטח של ריאה, לב, עליה, לבלב, כבד, וכל שילוב ביניהם

והשתלת איבר שלם או חלק מאיבר אשר נלקחו מגופו של אדם אחר במקומם, השתלה של מח עצמות מתורם אחר בגוף המבוטח או השתלת לב מלאכותי;

(6) ניתוחים או טיפולים מחליפי ניתוח למטרות מחקר או ניתוחים וטיפולים מחליפי ניתוח המבוססים על טכנולוגיות רפואיות ניסיוניות, לרבות ניתוחים וטיפולים מחליפי ניתוח שנדרש אישור של ועדת הלסינקי עליונה או כל גורם אחר שבא במקומה לביצועם; לעניין זה, "ועדת הלסינקי עליונה" – "הוועדה העליונה" כהגדרתה בתקנות בריאות העם (ניסויים רפואיים בבני אדם), התשמ"א-1980;

(7) מקרה ביטוח שאירע עקב פעילות מלחמתית או פעולת איבה או עקב שירות המבוטח בגוף ביטחוני או משטרתי, או בשל השתתפות פעילה בפעילות צבאית או משטרתית;

(8) מקרה ביטוח שאירע עקב ביקוע גרעיני, היתוך גרעיני, פגיעה ממשק לא קונבנציונלי או זיהום רדיואקטיבי;

(9) מקרה ביטוח שאירע עקב מצב רפואי קודם, בכפוף להוראות תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאים בחוזי ביטוח) (הוראות לענין מצב רפואי קודם), התשס"ד-2004.

56. סעיף 40(ו)(2) לחוק הפיקוח, מסמך את המפקח על הביטוח להורות על יחידות בדבר תנאי ביטוח בתכנית ביטוח וניסוחם, שאין הוראות הקובעות בתכנית ביטוח את כלל תנאיה.

57. בהתאם, סעיף 5(א) לתקנות הביטוח קובע, שמקום בו מכח הסמכות המוקנית לו בסעיף 40(ו)(2) לחוק הפיקוח, קבע המפקח על הביטוח שהליך מסוים יבוצע רק באמצעות רופא שהתקשר בהסדר עם חברת הביטוח, אזי על חברת הביטוח לציין זאת בפוליסת הביטוח:

"הורה המפקח, בתוקף סמכותו לפי סעיף 40(ו)(2) לחוק, על תנאי ולפי הליך יבוצע רק באמצעות ספק שירות שיש לו הסדר עם המבטח לביצוע ההליך (להלן - הסדר), לרבות הוראות בדבר תנאים וסייגים לכך, יכלול מבטח בפוליסת ניתוחים תנאי כאמור בכפוף לתנאים ולסייגים שנקבעו".

סעיף 5(ב) לתקנות הביטוח מוסיף כך:

"לא הורה המפקח כאמור בתקנת משנה (א), ומבטח שיש לו הסדר עם ספק שירות לעניין הליך מסוים הציע החזר הוצאות בעד ביצוע אותו הליך באמצעות ספק שירות שלמבטח אין הסדר עמו, לא יעלה סכום ההחזר, על הסכום המרבי שהיה משלם המבטח לספק שירות בעד אותו הליך אילו היה מבוצע באמצעות ספק שירות שלמבטח יש הסדר עמו".

58. מהמקובץ לעיל עולה כדלקמן:

58.1. תקנות הביטוח קובעות שהחל מיום 1.2.2016 על חברות הביטוח המציעות פוליסות מסחריות לביטוח ניתוחים וטיפולים מחליפי ניתוח, להציע לציבור פוליסה אחידה במסגרתה תשולם מלוא העלות עבור שכר מנתח;

58.2. תקנות הביטוח מבטאות את האפשרות שבמסגרת סמכותו המוקנית בחוק הפיקוח יורה המפקח על הביטוח (לגבי פוליסות ניתוחים שיונהגו או יחודשו החל מיום 1.2.2016), כי הליך רפואי מסוים יבוצע רק על ידי רופא שהתקשר עם חברת הביטוח בהסדר. במקרה כזה חברת הביטוח לא תוכל להציע למבוטחיה החזר הוצאות בגין ביצוע הניתוח באמצעות רופא שלא התקשר בהסדר עם חברת הביטוח;

58.3. ככל שהמפקח לא הורה כאמור, ומבוטח בחר לבצע ניתוח באמצעות רופא שאינו מנוי ברשימת הרופאים שיש להם הסדר עם חברת הביטוח, אזי גובה ההחזר שתשלם חברת הביטוח למבוטח לא יעלה על גובה ההוצאות המרבי בעד ביצוע הניתוח באמצעות רופא שהתקשר בהסדר עם חברת הביטוח.

59. כפי שיובהר בהמשך, החוק מושא העתירה מבטל הלכה למעשה את הסמכות המוקנית למפקח על הביטוח להפעיל את שיקול דעתו המקצועי, ולקבוע לגבי ניתוחים מסוימים שהוא מזהה כשל שוק באספקתם, שיש לממנם רק באמצעות שיטת ה"הסדר" ולא בשיטת ה"החזר".

60. תחת זאת, פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית מחיל חובה גורפת (למעט חריגים בודדים) ורחבה יותר על חברות הביטוח ובנוסף על קופות החולים, לפעול על פי שיטת ה"הסדר" בלבד.

61. מהמסמכים המצויים בידי העותרת עולה שתקנות הביטוח כלל לא נדונו במסגרת הדיונים על הוראות פרק הבריאות בחוק, בוועדות הכנסת או במליאה. המחוקק לא נתן דעתו ליחס בין לבין הוראות פרק הבריאות (ראה פרק 1.3.4. להלן).

62. כן יובהר בהמשך, שהחובה הגורפת המוטלת על חברות הביטוח וקופות החולים במסגרת פרק הבריאות בחוק לעבור לשיטת ה"הסדר", פוגעת בנגישות המטופלים למגוון של רופאים, באפשרויות התעסוקה של רופאים רבים ובהתאם בזמינות שירותי הרפואה לציבור.

63. זה המקום לציין, שבטיוטת תקנות הביטוח כפי שפורסמה להערות הציבור ביום 25.11.2014 הוצע לקבוע כלל גורף לפיו יביצע ניתוח, טיפול מחליף ניתוח או התייעצות לפי פוליסת ניתוחים יתבצע רק באמצעות רופא שיש לו הסדר עם המבטח למתן שירותים אלה" (סעיף 4(א) לתוספת).

64. אלא שבתום הליך שימוע, במסגרתו מסרה גם הר"י את הערותיה לטיוטת התקנות, נגרעו הוראות אלה מתקנות הביטוח וחלף הכלל הגורף החליט משרד האוצר להתיר שיקול דעת פרטני למפקח על הביטוח. שיקול דעת זה, כאמור, בוטל כליל על ידי הוראות פרק הבריאות בחוק מבלי שניתנה לכך הדעת ונערך דיון מקדים בעניין, ובהתאם מבלי שהדבר צוין במפורש בהוראות החוק.

העתק טיוטת תקנות הביטוח מיום 25.11.2014 ותגובת העותרת לטיוטה זו מיום 25.1.2015 מצורף כנספח 5/ע

3.ג. מערכת הרפואה הפרטית בישראל: מתן שירות רפואי במוסד פרטי

65. טיפולים רפואיים כגון ניתוחים, בדיקות פולשניות ואבחונים שונים, על הרופא לבצע בבית חולים או במרפאה כירורגית, כאלה שאושרו ונרשמו במשרד הבריאות בהתאם להוראות פקודת בריאות העם, 1940 והתקנות שהוצאה מכוחה³ (להלן: "מוסד רפואי").

66. בחיי המעשה, במקרים רבים רופא פוגש את המטופלים בקליניקה הפרטית לצרכי אבחון וייעוץ רפואי. ככל שנדרש טיפול רפואי שיש לבצעו במוסד רפואי (ניתוח למשל) ויש רצון או צורך לבצעו באופן פרטי, המטופל משלם למוסד הרפואי הפרטי בעצמו (או באמצעות גורם מממן – חברת ביטוח או קופת חולים) עבור השימוש במתקניו ובצוות הרפואי השכיר הנדרש לכך (אחות למשל).

³ ראה סעיפים 24-33 לפקודת בריאות העם, 1940; תקנות בריאות העם (רישום בתי חולים), התשכ"ו-1966; תקנות בריאות העם (רישום מרפאות), התשמ"ז-1987.

67. את שכרו של הרופא עבור ביצוע השירות הרפואי במוסד הפרטי לרוב משלם המטופל ישירות לרופא (למעט בשיטת ה"הסדר" או למשל כשהרופא והמוסד מסכמים ביניהם אחרת). מכלול ענייני התשלום לרופא המנתח בגין שירותיו, לרבות גובה התשלום, מועדי התשלום, פריסת התשלום וכיוצ"ב, מוסדר בין הרופא למטופל ללא כל מעורבות של המוסד הרפואי הפרטי. כלומר, קיימת התקשרות מסחרית חופשית בין הרופא למטופל.

68. כפי שיובהר בהמשך, פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית מבקש לנתק את הקשר החוזי הפרטי בין הרופא למטופל ולהעמיד את המוסד הרפואי כגורם "מתווך" בין השניים. זאת כפי שיובהר, במטרה להביא לגביית מחירים נמוכים יותר מצד הרופאים, תוך פגיעה בוטה בעיסוקם ובחופש ההתקשרות בין הצדדים.

4.ג. עבודה במערכת הרפואה הפרטית כחלק בלתי נפרד מתנאי העבודה של הרופאים במערכת הרפואה הציבורית

69. בהינתן מבנה מערכת הבריאות בישראל, לרופאים מומחים המועסקים בבתי החולים הציבוריים קיימת ככלל האפשרות לעסוק בנוסף על עבודתם הציבורית, גם במערכת הפרטית, בין במסגרת פרקטיקה פרטית (כעצמאים) ובין במסגרת עבודה פרטית (כשכירים) (להלן: "עבודות נוספות").⁴ הכללים לעיסוק הרופאים בעבודות נוספות משתנים בהתאם לזהות המעסיק וקבועים בתקשייר או בנהלים פנימיים של המעסיק.

70. דווקא: עבור רוב הרופאים המועסקים בבתי החולים הממשלתיים/עירוניים או בבתי החולים של "כללית" עבודה במערכת הבריאות הציבורית במקביל לעבודה במערכת הבריאות הפרטית הן שני צדדים לאותו מטבע העסקה. מזה עשרות בשנים יודע רופא בישראל שפוטנציאל ההשתכרות שלו מורכב משניים (עבודתו בשתי המערכות) ומוכר ככזה על ידי מעסיקו הציבורי שאף משכלל את פוטנציאל השתכרותו "בחוץ" בעת קביעת שכרו "פנימה". ראה הצעת בורר הצד, מר אילן לוי (הממונה על השכר דאז), שנרשמה ב- 2008 כהסכם קיבוצי, במסגרת בוררות הרופאים שעסקה בשאלת העלאת שכר הרופאים במדינה:

"יש לזכור היטב כי אחד מתנאי העבודה המיוחדים של הרופאים הוא פוטנציאל ההשתכרות שלהם. רופאים מומחים שהינם עובדי מדינה רשאים, באישור, לעבוד בעבודה פרטית (הניתן בד"כ), וזאת להבדיל מכל עובדי המדינה האחרים הנדרשים להשיג אישור מיוחד לצורך כך, ואישור כאמור ניתן במשורה. היקף העבודה הפרטית של רופאים חריג ביותר ביחס למקצועות אחרים בסקטור הממשלתי והציבורי בהיקפו ובאפשרויות הרבות והמגוונות בפני הרופא.

[...] יש לבחון, ביחד עם שכרם של הרופאים, את השווי הכלכלי של האפשרות לעבוד במסגרות אחרות, הטבה שאינה קיימת לרוב רובם של עובדי המדינה. פוטנציאל ההשתכרות של הרופאים בכל מסגרות ההעסקה: בתי החולים, תאגידי בריאות, קופות החולים, פרקטיקה פרטית ועוד; כל אלו מציבים אותם בראש מקבלי השכר בעלי השכלה אקדמית."

71. זכותם של רופאים לעסוק בפרקטיקה פרטית נוסף על עבודתם במערכת הציבורית הוסדרה בהסכמים קיבוציים שנחתמו בין העותרת והמעסיקים הציבוריים מאז שנות ה- 50 ואף הוכרה

⁴ ראה הגדרות בסעיפים 43.431-43.432 לתקשייר.

כחלק מתנאי עבודתם הייחודיים של רופאי המדינה על ידי בית משפט נכבד זה (עש"מ 1062/01 הורן נ' נציבות שירות המדינה (פורסם בנבו, 23.4.2001), סעיף 5; בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.10.2008), סעיף 9).

72. בשלהי 2010 החליטה הממשלה על הקמת צוות בינמשרדי לקביעת כללים להעסקת רופאים בעבודות נוספות. בחודש ינואר 2014 פנתה העותרת לבית הדין האזורי בתל אביב-יפו במטרה לעצור את פרסום הכללים, שבבסיסם הגבלת היקף העבודות הנוספות של הרופאים, בטרם תקיים המדינה משא ומתן עם העותרת.

73. ביום 30.3.2015 ניתן פסק דין (ס"ק 3775-01-14 ההסתדרות הרפואית בישראל ואח' נ' מדינת ישראל ואח') בו נקבע שהאפשרות לעסוק בעבודות נוספות במערכת הרפואה הפרטית כמו גם פוטנציאל ההשתכרות של הרופאים מעבודות אלה, הם חלק מתנאי העבודה הייחודיים של הרופאים. בהתאמה נקבע, כי על מנת לצמצם את אפשרויות ההעסקה של הרופאים כאמור ואת פוטנציאל ההשתכרות מעבודות נוספות, על המעסיק לנהל משא ומתן עם ארגון העובדים.

74. ביום 21.10.2015 נדון בבית הדין הארצי לעבודה ערעור שהגישה המדינה על פסק הדין האזורי (עס"ק 12920-04-15 מדינת ישראל נ' ההסתדרות הרפואית בישראל ואח'). בדיון הביע בית הדין הארצי לעבודה עמדה חד משמעית לפיה הסדרי העבודות הנוספות הם חלק מתנאי העבודה הבסיסיים ביותר של הרופאים והם בגדר דין מיוחד לרופאים ולפיכך לא ניתן לשנותם אלא במשא ומתן עם הארגון היציג. בהחלטה מאותו היום קבע בית הדין הארצי לעבודה שככל שהממשלה תאשר (באופן מלא או חלקי) את המלצות הצוות הבינמשרדי שהוקם לצורך גיבוש כללים לעבודות נוספות, ינהלו הצדדים משא ומתן קיבוצי על ההמלצות המאושרות וזאת בחסות בית הדין הארצי לעבודה. כך, הלכה למעשה, התחייבה המדינה שלא לעגן כללים המגבילים את היקף העבודות הנוספות של הרופאים, אלא לאחר משא ומתן עם הר"י.

75. כפי שיובהר בהמשך, במסגרת פרק הבריאות בחוק מבקשת המדינה לפגוע בתנאי העבודה של הרופאים תוך עקיפת החובה לנהל משא ומתן עם הארגון היציג.

5.ג. החוק מושא העתירה

5.1.ג. כללי

76. ביום 19.11.2015 התקבל בכנסת חוק התכנית הכלכלית יחד עם חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנות התקציב 2015 ו-2016), התשע"ו-2015 (להלן יחד: "חוק ההסדרים") וחוק התקציב לשנות התקציב 2015 ו-2016, התשע"ו-2015.

77. כפי שיובהר, פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית משנה מהיסוד סדרי בראשית במערכת הרפואה הפרטית:

77.1. מעבר גורף לשיטת "הסדר" וביטול שיטת ה"החזר", בכפוף לחריגים (להלן: "ביטול שיטת ה'החזר'").

77.2. איסור על תשלום ישיר ממטופל לרופא, והכנסת בתי החולים הפרטיים כמתווכים בין הרופא למטופל (להלן: "איסור על תשלום ישיר לרופא עבור שירות הניתן במוסד רפואי פרטי").

78. יצוין שבנוסף לשינויים הללו, בנוסח הצעת החוק לקריאה ראשונה נכללה הצעה להסמיק את שר הבריאות לקבוע כללים לעניין איסור מתן טיפול רפואי פרטי על ידי רופא שטיפל במטופל במסגרת הציבורית אלא בחלופת תקופה שתקבע שלא תפתח מארבעה חודשים ולא תעלה על שמונה חודשים מיום מתן הטיפול האחרון במסגרת הציבורית (להלן: "תקופת צינון"). בהמשך פוצלה הצעה זו מחוק ההסדרים להליך חקיקה רגיל, ולאחרונה התקבלה במליאת הכנסת.

ג.2.5. הליך החקיקה: תמצית מועדים ופניות העותרת

79. ביום 30.7.2015 פרסם משרד האוצר את "הצעת תקציב המדינה לשנים 2015/16 שינויים מבניים" (להלן: "הצעת התקציב"). בעמודים 6-9 להצעה תחת נושא "הפחתת יוקר המחיה", מפורטות ההחלטות לעניין "אסדרת תחום ביטוחי הבריאות והתכניות לשירותי בריאות נוספים". העתק העמודים הרלבנטיים מהצעת התקציב מצ"ב כנספח 6/ע.

80. ביום 5.8.2015 התקבלה החלטת ממשלה מספר 408 המסמיכה ועדת שרים מיוחדת לאשר את נוסח הצעות חוק ההסדרים שיוגשו לכנסת יחד עם הצעת חוק התקציב. העתק החלטת ממשלה מספר 408 מיום 5.8.2015 מצ"ב כנספח 7/ע.

81. ביום 11.8.2015 פרסם משרד האוצר את תזכיר חוק ההתייעלות הכלכלית לשנים 2015 ו-2016 (תיקוני חקיקה), התשע"ה-2015 – פרק הבריאות (להלן: "תזכיר החוק"). המועד האחרון להעברת הערות נקבע ליום 18.8.2015, ולמחרת (19.8.2015) נקבע דיון בוועדת השרים המיוחדת. העתק נוסח תזכיר החוק מצ"ב כנספח 8/ע.

82. ביום 18.8.2015 שלחה הר"י מכתב לוועדת השרים המיוחדת ובו כתבה שיש להסיר את טיוטת פרק הבריאות מהחוק משזו משנה סדרי בראשית ויישום ההסדרים המוצעים בה יפגע באופן קיצוני וחמור בעוסקים ברפואה. העתק מכתב הר"י לוועדת השרים המיוחדת מיום 18.8.2015 מצ"ב כנספח 9/ע.

83. ביום 19.8.2015 התקיים דיון בוועדת השרים המיוחדת בסיומו אושר פרק הבריאות בנוסח המצורף לפרוטוקול הדיון כחלק מהצעת חוק התכנית הכלכלית לשנים 2015 ו-2016 (תיקוני חקיקה), התשע"ה-2015. העתק עמודים רלבנטיים מפרוטוקול דיון בוועדת השרים ופרק הבריאות שאושר במסגרתו מצ"ב כנספח 10/ע.

84. ביום 31.8.2015 פורסמה ברשומות הצעת חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2015 ו-2016), התשע"ה-2015 (להלן: "הצעת החוק") ובה פרק הבריאות (פרק י', סעיפים 342-351). באותו היום (31.8.2015) הונחה הצעת החוק על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה.

העתק העמודים הרלבנטיים מנוסח הצעת החוק לקריאה ראשונה מצ"ב כנספח 11/ע.

85. ביום 2.9.2015 עברה הצעת החוק קריאה ראשונה במליאת הכנסת.

86. באותו יום (2.9.2015) התכנסה ועדת הכנסת וקבעה ביחס לפרק הבריאות, שההוראות בדבר ביטול שיטת ה"חזור" ידונו בוועדת הכספים; ההוראה בדבר איסור על תשלום ישיר לרופא עבור שירות

הניתן במוסד רפואי פרטי תדון בוועדת העבודה הרווחה והבריאות; וההוראה בדבר תקופת צינון **תפוצל מהצעת החוק** ותועבר להמשך דיון בהליך חקיקה רגיל בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות.

העתק העמודים הרלבנטים מפרוטוקול הדיון בוועדת הכנסת מיום 2.9.2015 מציב **כנסת/ע/12**.

87. **ביום 7.9.2015** אישרה מליאת הכנסת את החלטות ועדת הכנסת הנ"ל.

88. **ביום 19.10.2015** שלחה הר"י מכתב ליו"ר ועדת הכספים, ח"כ משה גפני, לקראת הדיונים בהוראות החוק בוועדה, ובו הביעה עמדתה לפיה יש בהוראות החוק בדבר ביטול שיטת ה"חזר" כדי לצמצם את חופש הבחירה של המטופלים והטלת מגבלות משמעותיות על הרפואה כמשלח יד חופשי.

העתק מכתב הר"י ליו"ר ועדת הכספים מיום 19.10.2015 מציב **כנסת/ע/13**.

89. **ביום 21.10.2015** ולקראת הדיון בוועדות הכנסת, פרסם מרכז המחקר והמידע בכנסת מסמך בנושא פרק הבריאות בהצעת החוק. המסמך מציג נתונים על ההוצאה הלאומית והפרטית על בריאות בישראל, על תכניות השב"ן וביטוחי הבריאות המסחריים, סוקר את הוראות השינויים המוצעים בפרק הבריאות ומשמעויות השינויים הללו.

מהמסמך עולה **ביקורת רבה כלפי משרדי הבריאות והאוצר שלא סיפקו איזה מהנתונים הנדרשים לקראת הדיון בהצעת החוק**, כגון היקף התופעות עמן נועדו הוראות פרק הבריאות להתמודד וחומרתן, וההשלכות האפשריות מהשינויים המוצעים (ראה **פרק 1.3.ז. להלן**).

העתק המסמך שפרסם מרכז המחקר והמידע בכנסת מיום 21.10.2015 מציב **כנסת/ע/14**.

90. **ביום 22.10.2015** אישרה ועדת העבודה, הרווחה והבריאות את סעיף 350 להצעת החוק בדבר איסור תשלום ישיר לרופא עבור שירות הניתן במוסד רפואי פרטי.

את פרוטוקול הדיון בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות מיום 22.10.2015 ניתן לראות באתר האינטרנט: https://www.knesset.gov.il/protocols/heb/protocol_search.aspx (מפאת היקף העמודים לא צורף כנסת).

91. למען שלמות התמונה יצוין שבאותו יום (22.10.2015) אישרה ועדת העבודה, הרווחה והבריאות את סעיף 348 להצעת החוק בדבר תקופת צינון.

92. **בימים 22.10.2015, 1.11.2015 ו-5.11.2015** דנה ועדת הכספים במסגרת ארבעה דיונים בסעיפים 242-347 ו-349 להצעת החוק בדבר ביטול שיטת ה"חזר" (4 פרוטוקולים, שניים מהם מיום 5.11.2015), ובתום הדיונים אישרה את הסעיפים.

את הפרוטוקולים של דיוני ועדת הכספים מימים 22.10.2015, 1.11.2015 ו-5.11.2015 ניתן לראות באתר האינטרנט: https://www.knesset.gov.il/protocols/heb/protocol_search.aspx (מפאת היקף העמודים לא צורפו כנסת).

93. **ביום 16.11.2015** הונח נוסח הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית והועלה באותו היום לדיון במליאת הכנסת. הדיונים בהצעת החוק נמשכו מיום 16.11.2015 עד לבוקר יום 19.11.2015 אז אושרה הצעת החוק.

העתק העמודים הרלבנטים מפרוטוקולים של הדיונים במליאת הכנסת (קריאה שניה ושלישית) מציב **כנסת/ע/15**.

94. **ביום 30.11.2015** פורסם החוק ברשומות.

95. למען שלמות התמונה יצוין שההסדר בעניין תקופת צינון התגבש להצעת חוק עצמאית (הצעת חוק לתיקון פקודת בריאות העם (מס' 29), התשע"ו-2015), שביום 14.12.2015 אושרה על ידי מליאת הכנסת.

6.ג. הוראות פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית

96. פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית כולל את סעיפים 13-23 לחוק שכאמור מתחלקים לשני הסדרים: ביטול שיטת ה"החזר" בתכניות השב"ן ובפוליסות הביטוח המסחריות (סעיפים 13-21) ואיסור על תשלום ישיר לרופא עבור שירות הניתן במוסד רפואי פרטי (סעיפים 22-23).

6.1.ג. ביטול שיטת ה"החזר"

97. סעיף 15 לחוק התכנית הכלכלית, שכותרתו "תשלומים בשל ניתוח", קובע כך:

"(א) קופת חולים וחברת ביטוח ישלמו לפי תכנית ביטוח או לפי תכנית לשירותי בריאות נוספים, בשל ניתוח, לרופא או למוסד הרפואי שבו בוצע הניתוח ולפי הסדר ניתוח בלבד; קופת חולים וחברת ביטוח לא ייתנו למטופל החזר כספי או תשלום בשל הניתוח.

(ב) רופא או מוסד רפואי או מי מטעמם לא ידרשו ולא יקבלו מהמטופל כל תשלום, במישרין או בעקיפין, בשל הניתוח או בשל בחירת הרופא המנתח, אם הניתוח בוצע במסגרת הסדר ניתוח, למעט השתתפות עצמית ככל שנקבעה לפי התכנית לשירותי בריאות נוספים או לפי תכנית הביטוח."

98. בסעיף 13 לחוק התכנית הכלכלית מוגדר "הסדר ניתוח" כך:

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

99. בהתאם לסעיפים אלה, פוליסות הביטוח המסחרי ותכניות השב"ן שיחתמו לאחר מועד תחילת תוקפו של החוק (1.7.2016), לא יאפשרו למבוטח לקבל החזר כספי בגין ניתוח, אלא יהיה עליו לבצע את הניתוח באמצעות רופא שהתקשר בהסדר ניתוח עם חברת הביטוח או קופת החולים ובמוסד רפואי שהתקשר בהסדר ניתוח עם קופת החולים או חברת הביטוח.

100. יושם אל לב, שבהתאם לסעיף 13 לחוק התכנית הכלכלית, הגם ש"הסדר ניתוח" הוא הסכם בין רופא או מוסד רפואי לבין חברת ביטוח או קופת חולים, תוכנו מחייב כי למעט השתתפות עצמית, מלוא התשלומים בגין ניתוח, לרבות התשלומים לרופא ולמוסד הרפואי, ישולמו על ידי חברת הביטוח או קופת החולים.

101. משמעות הדברים היא, שאם מבוטח יבחר לבצע את הניתוח במוסד רפואי שלא התקשר בהסדר ניתוח עם קופת החולים או חברת הביטוח ועל ידי רופא מנתח שגם הוא לא התקשר בהסדר ניתוח עם קופת החולים או חברת הביטוח, יהיה עליו לממן את מלוא עלות הניתוח מכיסו.

בנוסף לכך, אם מבוטח יבחר לבצע את הניתוח במוסד רפואי שאכן התקשר בהסדר עם הגוף המבטח, אך הרופא המנתח שבחר לא התקשר בהסדר כאמור, חברת הביטוח לא תממן אף אחת מעלויות הניתוח ויהיה על המבוטח לשלם מכיסו את מלוא העלויות, קרי, הן את שכר המנתח והן את המחיר אותו גובה המוסד הרפואי בו מתבצע הניתוח, עבור שירותיו.

102. על פי סעיף 14 לחוק התכנית הכלכלית, שר הבריאות לא יאשר את החלק הכולל כיסוי ניתוחים בתכנית שב"ן, והמפקח על הביטוח לא יאשר פוליסת ביטוח מסחרית הכוללת כיסוי לניתוחים,

אלא אם כן ייווכחו שקופת החולים או חברת הביטוח התקשרה בהסדרי ניתוח שיש בהם כדי להבטיח לעמיתים או למבוטחים "היקף מספק של רופאים מנתחים וניתוחים הן מבחינת מגוון הרופאים המנתחים וסוגי הניתוחים והן מבחינת פריסתם הגיאוגרפית, לרבות פריסה בפרפריה".

103. **סעיף 16** לחוק התכנית הכלכלית, שכותרתו "הסדר התייעצות", קובע כך:

"לא יכלל רופא ברשימת הרופאים המנתחים שלקופת החולים או לחברת הביטוח יש עמם הסדר ניתוח, אלא אם כן יש לקופת החולים או לחברת הביטוח הסדר התייעצות עמו."

104. **בסעיף 13** לחוק התכנית הכלכלית מוגדר "הסדר התייעצות" כך:

"הסכם בין קופת חולים או חברת ביטוח ובין רופא או מוסד רפואי, ולפיו מלוא התשלום המגיע לרופא או למוסד הרפואי בעד התייעצות רפואית נקבע באותו הסכם, ימומן על ידי קופת החולים או חברת הביטוח, לפי העניין, למעט השתתפות עצמית ככל שנקבעה בתכנית לשירותי בריאות נוספים או בתכנית הביטוח, ויכול שישולם על ידי קופת החולים או חברת הביטוח או על ידי המטופל;"

105. כלומר, בהתאם לסעיפים 13 ו-16 לעיל לא זאת בלבד שרופא מנתח מחויב להתקשר ב"הסדר ניתוח" עם הגוף המבטח על מנת לתת שירותיו למבוטחים, עליו להתקשר גם ב"הסדר התייעצות" עם הגוף המבטח שיאפשר לו להעניק גם שירותי ייעוץ למבוטחים. החוק אינו מבחין בין ייעוץ הניתן אגב ניתוח, לבין ייעוץ בתחומים אחרים שאינם רלבנטיים לניתוח או לתחום בו הרופא מוסמך לבצע ניתוחים, וכך מחייב את הרופא המנתח להיכנס לשיטת ה"הסדר" בכל תחומי הייעוץ (להבדיל מרופאים אחרים שאינם "רופאים מנתחים").

106. **סעיף 17** לחוק התכנית הכלכלית קובע שכל קופת חולים וכל חברת ביטוח רשאית להגיש לאישור שר הבריאות או המפקח על הביטוח, לפי העניין, רשימה של עד 50 רופאים מומחים בתחומים ייחודיים או באזורים גיאוגרפים שבהם קיים מספר מצומצם של רופאים מומחים, אשר חברת הביטוח או קופת החולים לא תהיה מחויבת להתקשר בהסדר ניתוח עמם, ותהיה רשאית להציע החזר כספי בגין הניתוח (לעיל ולהלן: **"החריגים"**).

107. **סעיפים 18-19** לחוק התכנית הכלכלית קובעים חריגים נוספים שעניינם בהבטחת תחרות בין קופות החולים לבין עצמן ובין חברות הביטוח לבין עצמן: קופת חולים שחלקה בכלל העמיתים בקופות החולים נמוך מ-15% תוכל להגיש לאישור שר הבריאות רשימה נוספת של מומחים להם תציע החזר כספי (סעיף 18); הוראות סעיפים 14-17 לחוק לא יחולו על חברת ביטוח שנתח השוק שלה נמוך משיעור שהורה לגבי המפקח על הביטוח ובלבד ששיעור כאמור לא יעלה על 10% (סעיף 19).

108. על פי **סעיף 21** לחוק התכנית הכלכלית תחילת הסעיפים כמפורט לעיל ביום 1.7.2016, והם יחולו על תכניות שב"ן שיינתנו מאותו מועד ואילך, ועל פוליסות ביטוח שהוצאו או חודשו מאותו מועד ואילך.

109. מהמקובץ לעיל עולה, שעם היכנסו לתוקף של פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית, חירותו של מטופל לבחור את הרופא שינתח אותו ואת המוסד הרפואי שבו יתבצע הניתוח, תצטמצם אך ורק לרשימת הרופאים המנתחים והמוסדות הרפואיים שיתקשרו בהסדר ניתוח עם חברת הביטוח בה הם מבוטחים או עם תכנית השב"ן בה הם עמיתים (ולרשימת החריגים).

110. כך גם לא יוכל מבוטח להיוועץ ברופא מנתח שלא התקשר בהסדר עם הגוף המבטח, אף אם הוא מבקש להיוועץ עמו בנושא שאינו רלבנטי לתחום בו אותו רופא מוסמך לנתח.
111. ככל שמבוטח יבחר אחרת מהאמור לעיל, "ייקנס" וישלם את מלוא עלות הניתוח והייעוץ. כך נפגעת הנגישות של המבוטחים לקבלת טיפול רפואי פעמיים: באמצעות צמצום רשימת הרופאים והמוסדות הרפואיים בהם המבוטח יכול לבחור, ובאמצעות ה"קנס" הכספי שיוטל עליו אם יבחר אחרת.
112. לצד הפגיעה במטופלים ובהמשך ישיר לה, לביטול שיטת ה"החזר" השלכות מרחיקות לכת על ציבור הרופאים המנתחים: למעט מספר מצומצם של חריגים, לרופאים מנתחים שלא נקשרו בהסדר ניתוח והסדר ייעוץ עם הגוף המבטח לא יפנו עוד מבוטחים שברצונם לקבל את מימון הגוף המבטח.
113. חוק: החוק אינו מטיל על חברות הביטוח או קופות החולים כל חובה להתקשר עם רופא מנתח המעוניין להיכלל בהסדר ניתוח או בהסדר התייעצות, והדבר נתון לשיקול דעתן הבלעדי.
114. זאת ועוד, החוק לא קובע אמות מידה או מתווה קריטריונים ברורים לקביעת אותם רופאים חריגים שיוכלו להמשיך לעבוד ב"החזר", ומותיר את שיקול הדעת בידי קופות החולים / חברות הביטוח ובלבד שיקבלו את אישור שר הבריאות / שר האוצר.

ג. 6.2. איסור על תשלום ישיר לרופא עבור שירות הניתן במוסד רפואי פרטי

115. סעיף 22 לחוק התכנית הכלכלית, שעניינו בהוספת סעיף 24ג. לפקודת בריאות העם, 1940 קובע:

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

(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על השירותים המפורטים להלן, אלא אם כן קבע שר הבריאות אחרת לגבי כלל קופות החולים וחברות הביטוח כאחד:

(1) שירות רפואי שלגביו יש לרופא או לבעל המקצוע האחר זכויות לתשלום מחברת ביטוח או מקופת חולים, במסגרת התקשרות ביניהם;

(2) שירות התייעצות עם רופא או עם בעל מקצוע אחר.

(ג) 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 מוסד רפואי, והמוסד הרפואי לא יאפשר כל תשלום כאמור.

(ד) 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 קטן (ג).

116. סעיף 23 לחוק התכנית הכלכלית קובע שתחילתו של סעיף זה ביום 1.7.2016 והוא יחול על תשלומים שישולמו ועל התקשרויות שנעשו החל ביום האמור ואילך.
117. כלומר, החל מיום 1.7.2016 התקשרות בין רופא למטופל לצורך מתן שירות רפואי (שאינו שירות התייעצות רפואית והתמורה בעדו אינה משולמת על ידי חברת ביטוח או קופת חולים) במוסד רפואי פרטי תהיה מוגבלת, כשבתווך יעמוד המוסד הרפואי כ"צינור להעברת כספים".

118. ה"תפקיד" שנתן המחוקק למוסד הרפואי הפרטי יעניק לו כוח יתר שלא היה קיים לו קודם לכן ושעלול לפגוע בזכויות הרופאים כמו גם בחופש ההתקשרות בין הרופאים למטופלים. כך, המוסד עשוי להשפיע ולהתערב בענייני התשלום בין הרופא למטופל (גובה התשלום, מועדי התשלום וכיוצ"ב) ולעשות שימוש לא הוגן במידע שלא היה בידיו קודם לכן – גובה השכר אותו גובה הרופא עבור שירותיו הרפואיים כפי שמוסכם בין הרופא למטופל.

119. כך ובנוסף, בעוד שהיום אין גורם "מתווך" בין הרופא למטופל⁵ ולפיכך אין מי שצריך לשאת בעלויות ה"תיווך", עם כניסת ההוראה לתוקפה ובהיעדר כל מנגנון המסדיר את אופן ההתקשרות בין המוסד הרפואי לרופא, הרי שקיים חשש ממשי שמא המוסד הרפואי, הפועל למען השאת רווחיו, יגלגל את כל עלויות הגבייה והוצאות נוספות אל עבר הרופא ו/או המטופל.

120. למען שלמות התמונה יצוין שהסדר זהה להסדר זה ביקשה המדינה להעביר במסגרת הצעת חוק ההסדרים הקודמת (הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת התקציב 2015), (התשע"ה-2014), שכללה גם הטלת היטל על הכנסותיהם של בתי חולים פרטיים והעברת הכספים לטובת שיפור הזמינות של המשאבים הרפואיים במערכת הציבורית. הצעת החוק לא עברה לבסוף, ומאז לא קודמו הנושאים הנ"ל במסגרת הליך חקיקה רגיל.

העתק הצעת חוק התייעלות כלכלית 2014 מצ"ב כנסת 16/ע

ג.3.6. תכליות ההסדרים בפרק הבריאות

121. מטרת חוק התכנית הכלכלית הוגדרה בסעיף 1 כך:

"חוק זה בא לתקן חוקים שונים במטרה לחזק את הצמיחה במשק, להגדיל את הפריון במשק ואת רמת התחרות בו ולהוזיל את יוקר המחיה בישראל, ובכלל זה להוזיל את מחירי מוצרי המזון, מחירי הדיור ומחירי השירותים הפיננסיים, והכול בהתאם ליעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנים 2015 ו-2016."

122. הגם שתכליתו המרכזית של חוק התכנית הכלכלית היא הוזלת יוקר המחיה, כעולה מהוראות פרק הבריאות בחוק ומהדברים שיפורטו להלן, זה נועד לשרת תכלית ממוקדת יותר – צמצום הפעילות במערכת הרפואה הפרטית.

123. על מנת להתחקות אחר תכליתו של פרק הבריאות, נפנה תחילה לדברי ההסבר בהצעת התקציב:

"בשנים האחרונות נמצא כי בבתי החולים הפרטיים גדל מספר הפעולות הניתוחיות והיקף ההכנסות מאותן פעולות. מכאן עולה כי הפיקוח הקיים היום על מספר המיטות בבתי החולים הפרטיים אינו מספק. הגידול בהיקף הפעילות הרפואית הפרטית בישראל אף הביא למצב ששיעור המימון הפרטי מתוך ההוצאה הלאומית על בריאות עולה בהתמדה על פני שנים. בשנת 2013 עמד שיעור המימון הפרטי מההוצאה הלאומית על בריאות על 40% ... גידול בספקי הבריאות הפרטיים גורם להסטה של עובדים לעבודה במערכת הפרטית שאינה מוגבלת בהיקף המשאבים והתשלומים שאותם היא משלמת לעובדיה. הסטה זו של עובדים (בעיקר של רופאים) למערכת הפרטית מייצרת קושי של מערכת הבריאות הציבורית לעמוד בתפקידיה ולספק שירותים רפואיים לכלל הציבור. כתוצאה מכך, משכי ההמתנה במערכת הציבורית גדלים ואיכות השירות שמקבל הציבור פוחתת. ... גידול זה במערכת הבריאות הפרטית התאפשר הודות לגידול משמעותי של

⁵ למצער, כשיש "תיווך" הדבר מוסכם בין הרופא למוסד הרפואי וכך גם יש הסכמה על מי שיישא בעלויות ה"תיווך".

ביטוחי הבריאות הפרטיים אשר מספקים את עיקר המימון למערכת הפרטית ... לאור כל האמור לעיל מציעה הממשלה לבצע צעדים לאסדרת שוק ביטוחי הבריאות הפרטיים אשר יורידו את יוקר המחיה, יבלמו את עליית ההוצאה הפרטית על בריאות, ויבטיחו את חוסנה של מערכת הבריאות הציבורית".

124. ודוק: הגידול בהיקף הרפואה הפרטית נבע בעיקר מחולשתה של המערכת הציבורית, היעדר התקנים והתשתיות, והביקוש ההולך וגובר מצד המטופלים לבחירה של רופא מנתח ומייעץ ולקבלת שירותי רפואה בזמני המתנה קצרים. משכך, צמצום הפעילות במערכת הרפואה הפרטית לרבות את היצע נותני השירותים, מבלי לחזק ולפתח את שירותי הרפואה הציבוריים, יפגע בחירות הבחירה של המטופלים ובחופש העיסוק של הרופאים.

125. על פי דברי ההסבר להצעת החוק, תכלית ביטול שיטת ה"החזר" היא לטפל בכשלי השוק הכלכליים המאפיינים את מערכת הבריאות, אסימטריה במידע שבין החולה לרופא וביקוש קשיח מצד המטופלים, במטרה להוזיל את הוצאותיהם של משקי הבית על שירותי בריאות פרטיים.

126. אלא שבמסגרת הדיונים במליאת הכנסת בהצעת החוק לקראת קריאה שניה ושלישית, הציג יו"ר ועדת הכספים, ח"כ משה גפני, את תכלית ההסדר שעניינו ביטול שיטת ההחזר באופן שונה, כדלקמן:⁶

"לפי מה שהוסבר לוועדה על-ידי משרד האוצר, צעד זה אמור להפחית את הוצאות משקי הבית על ניתוחים פרטיים. ההנחה של משרד האוצר היא כי הירידה בשכר הרופאים בעד הניתוחים הפרטיים בעקבות ההסדר המוצע תוביל להקטנת התמריץ של הרופאים לעבוד במערכת הפרטית ולחזוק מערכת הרפואה הציבורית."

127. ביחס להסדר השני (איסור תשלום ישיר לרופא) נכתב בדברי ההסבר שתכליתו כפולה: (1) לאפשר פיקוח של הרגולטור על אופי ההתקשרות בין הרופא למקבל השירות; (2) למנוע ניצול של מקבל השירות. במסגרת הדיונים במליאת הכנסת בהצעת החוק לקראת קריאה שניה ושלישית, הציג יו"ר ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, ח"כ אלי אלאלוף, את תכלית ההסדר כדלקמן:⁷

"הנושא השני זה ההתמודדות מול הרפואה הפרטית במדינה. לצערי, הנושא הזה נהיה מערכת – אני מת להשתמש במילים קשות, אבל מפאת כבודם של חלק גדול מהרופאים, אני אגיד שהיום זאת לא מכונה קטנה, הרפואה הפרטית; היא מכונה משומנת, מתוכננת, עשירה, חזקה, ללא שליטה של המדינה כמעט, ובסיוע המערכות הציבוריות ..."

לפי סעיף 350, תשלום עבור שירותים ברפואה פרטית במוסד ציבורי – תקשיבו טוב למושגים – נאסר עכשיו לעשות את זה באופן פרטי, חולה מול רופא; זה יכול להיעשות אך ורק באמצעות המוסד ששם הרופא מקבל את החולה שלו, את המטופל שלו. וזו נקודה מאוד מאוד מרכזית, כי זה משנה את היחס בין המטופל לבין הרופא ומחזיר יותר אנושיות וגם שליטה אדמיניסטרטיבית טובה יותר, וגם, בלי בושה, ירידה בעלויות שהיום חלק מהרופאים מעזים לבקש על טיפול כזה או אחר."

128. הנה כי כן, תכלית ההסדרים היא בראש ובראשונה הוזלת יוקר המחיה באמצעות צמצום הפעילות והשימוש בשירותי רפואה פרטיים. זאת כפי שיובהר, חלף טיפול בשורש הבעיה

⁶ עמוד 154 לפרוטוקול הדיון במליאת הכנסת מיום 16.11.2015 עת/15.
⁷ שם, עמוד 175.

והזרמת תקציבים מ"כיסה" של המדינה לטובת חיזוק הרפואה הציבורית ובהתעלם מהפגיעה הנגרמת לחירות הבחירה של המטופל וחופש העיסוק של הרופא.

ג.4.6. סיכום ביניים

129. במסגרת ההסדרים בפרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית לראשונה מתערבת המדינה במערכת היחסים בין המטופל לרופא בשוק הפרטי באופן בוטה ופוגעני.
130. הגם שהיא מודעת לחלוטין למצב הרעוע (בלשון המעטה) של מערכת הבריאות בישראל, שהביא ליצירתה של מערכת בריאות פרטית, היא יצרה הסדרים שהלכה למעשה פוגעים בנגישות ובזמינות של שירותי רפואה לציבור, וכפי שיובהר – מבלי לחזק במידה הנדרשת את מערכת הבריאות הציבורית.
131. ההסדרים מצמצמים את הזמינות של שירותי הרפואה הפרטיים עבור המטופלים-המבוטחים בביטוחים פרטיים באמצעות הגבלת המימון שניתן על ידי הגופים המבטחים ובהתאם מצמצמים את אפשרויות התעסוקה של הרופאים המנתחים שלא נכנסו ל"הסדר" עם הגופים הללו.
- בד בבד, ההסדרים מעניקים כח לא מבוקר לבעלי הכח העודף ממילא – חברות הביטוח / קופות החולים והמוסדות הפרטיים – על מנת "לשלוט" במחירים אותם יגבו רופאים עבור שירותיהם הרפואיים במערכת הפרטית (בין אם בשל החובה להיכנס ל"הסדר" ובין אם בשל כניסת המוסד הרפואי כגורם מתווך). וכל זאת, בכסות של תכלית "זוהרת" בדבר הוזלת יוקר המחיה שאין כל ודאות שתושג (כפי שיפורט בהמשך).
132. כפי שיובהר להלן, שינוי סדרי בראשית כאמור לא זו בלבד שלא ייתכן שייעשה באמצעות ה"כלי" של חוק ההסדרים, לא ייתכן שייעשה כלל נוכח הפגיעה הבלתי מידתית בזכויות המטופלים ובזכויות הרופאים ובזכויותיהם של שניהם גם יחד.

ד. הטיעון המשפטי

133. העותרת תטען שדינו של פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית להתבטל בהסתמך על שני ראשים, לא כל שכן נוכח משקלם המצטבר:
134. האחד, האמצעי החקיקתי שנבחר – חוק ההסדרים, ואופי הליך החקיקה שננקט להעברת רפורמה בסדר גודל כזה – הליך מזורז, חפוז, ללא תשתית עובדתית רלבנטית מספקת, תוך פגיעה בעקרון היסוד של המשטר הדמוקרטי הוא עקרון ההשתתפות.
135. השני, תוכנו של פרק הבריאות בחוק, שפוגע בזכויות חוקתיות הן של מטופלים והן של רופאים שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה.
136. נתייחס לדברים כסדרם.

1.ד. דין פרק הבריאות בחוק להתבטל בשל אמצעי החקיקה שנבחר ואופיו של הליך החקיקה שננקט

1.1.ד. כללי: הבעייתיות הנעוצה בחוק ההסדרים ובהליך חקיקתו

137. הליך חקיקתו של חוק ההסדרים, כשלעצמו, טומן בחובו בעייתיות רבה וככזה ספג לאורך השנים ביקורת שיפוטית קשה. כך נקבע למשל בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.9.2004) (להלן: "בג"ץ מגדלי העופות") (סעיפים 7-9 לפסק דינה של כבוד השופטת (כתוארה אז) ביניש):

"עם השנים אף הלך והתרחב השימוש במנגנון החקיקה של חוק ההסדרים, והיו אף "חוקי הסדרים" שחוקקו שלא אגב תקציב המדינה, כי אם כחלק מתכנית כלכלית של הממשלה. חוק ההסדרים ודומיו, כגון חוק התכנית הכלכלית נושא העתירות שלפנינו, הפכו לדברי חקיקה מסיביים, העובדים במספר גדל והולך של נושאים ממגוון רחב של תחומים, ואף בנושאים אשר אינם בעלי זיקה ישירה והכרחית לתקציב. זאת ועוד, עם השנים גבר השימוש בחוקי ההסדרים לא רק לשם תיקוני חקיקה הנדרשים לשם התאמת החקיקה הקיימת לחוק התקציב, אלא כ"פלטפורמה" לחקיקה ולתיקוני חקיקה, לא פעם מהותיים ומרחיקי לכת, וכאמצעי לעריכת שינויים מבניים במשק ובחברה, לרבות בנושאים שנויים במחלוקת שהממשלה הייתה מתקשה להעבירם בהליך חקיקה רגיל.

השימוש במנגנון החקיקה של חוק ההסדרים ודומיו... מעורר בעייתיות רבה מבחינת ההליך הדמוקרטי התקין.

[...]

אכן, מדובר בהליך חקיקה שמקשה מאוד על קיומו של דיון מעמיק וממצה, ואשר פוגע ביכולתם של מקבלי ההחלטות בממשלה ובכנסת לגבש עמדה מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק. נזכיר כי אחת מהתכליות המצויות בבסיסן של הוראות תקנון הכנסת בדבר הליכי החקיקה היא לאפשר לחברי-הכנסת לגבש את עמדתם ביישוב הדעת לגבי כל דבר חקיקה המונח לפניהם... וקשה לראות כיצד מנגנון החקיקה המאפיין את חוק ההסדרים עולה בקנה אחד עם תכלית זו.

זאת ועוד, הליך חקיקה חפז שאינו מאפשר לקיים דיון ראוי בהצעת החוק עלול לפגום אף בתוצר של הליך החקיקה...

[...]

אכן, חוק ההסדרים הפך ל... מכשיר שלטוני ייחודי המסייע לממשלה לזרז הליכי חקיקה, להתגבר על מכשולים פרלמנטריים, לזוז ולהביא להשלמתן של פעולות חקיקה בלא דיון שיטתי, פיקוח ובקרה הולמים, תוך הסתמכות על הרוב הקואליציוני..."⁸

138. הבעייתיות הנעוצה בשימוש בחוק ההסדרים מתחדדת עת מדובר בחקיקה הנוגעת לבריאות, שמטבעה חייבת להיעשות תוך ראייה כוללת של מערכת הבריאות ובשקיפות מלאה. ראה לעניין זה ד"ר טוביה חורב וניר קידר, דו"ח של האגף לכלכלה וביטוח בריאות במשרד הבריאות, "אור וצל בהתפתחותו ויישמו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי" (פברואר 2010), עמודים 74-75:

⁸ וראה גם: דוח מבקר המדינה – דוח שנתי 2002 ולחשבונות שנת הכספים 2001, עמוד 38; בג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 7.2.2005), סעיף 10 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק; בג"ץ 4927/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 25.9.2007) (להלן: "בג"ץ ההסתדרות הרפואית"), פסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין.

"דווקא בגלל שכיווני חקיקה מושפעים מלחצם של בעלי עניין, חשוב שחקיקת בריאות תתנהל תוך שקיפות ובהבהרת השקפת העולם אשר עומדת בבסיס החקיקה. אם לא כן, עלולים להגיע למצב שתואר על ידי חוקרים אחרים כ- Legal Jungle שהוא תוצאה של חקיקה אקראית, המגיבה רק על אירועים ספציפיים, ללא יעדים ברורים. מצב שכזה מפריע יותר משהוא מהווה תרומה כלשהי לבריאות הציבור ועלול להוביל את המערכת כולה לכיוונים בלתי צפויים מראש".

139. בעייתיות זו עלתה באופן ספציפי גם במסגרת חוק ההסדרים מושא העתירה. בהצעת התקציב ציין שר האוצר שהתכנית הכלכלית היא "רחבה מהרגיל" (פסקה 8 למבוא), כי יש לפעול ב"יזמיניות ממלכתית כוללת, רחבה ובלתי מתפשרת" (פסקה 2 למבוא).

140. במכתבו של היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, ליו"ר הכנסת, יולי אדלשטיין, מיום 10.8.2015 כתב הראשון:

"הצעת חוק ההסדרים המסתמנת היא הצעה רחבת היקף הכוללת עשרות רבות של תיקוני חקיקה במגוון תחומים, רבים מהם נעזרי זיקה ישירה לתקציב המדינה, ואף מספר רפורמות משמעותיות... היקפה של ההצעה המסתמנת עומד בניגוד גמור למדיניות שהותוותה על-ידך ועל-ידי קודמך בתפקיד ולעקרונות שנמסרו בעבר מספר פעמים לנציגי הממשלה באשר להכללת נושאים בחוק ההסדרים, עקרונות שנועדו מחד לאפשר לממשלה להוביל בזמן קצר יחסית מהלכי חקיקה תומכי תקציב וצמיחה, ומאידך לאפשר לכנסת ולחבריה למלא באופן תקין את תפקידם... בנסיבות אלה, אני מבקש להתריע כי הצעת חוק ההסדרים במתכונת ובהיקף המסתמנים, תהווה פגיעה חמורה וממשית בתקינות הליכי החקיקה".

העתק הודעת הכנסת בנוגע למכתבו של יועמ"ש הכנסת מיום 10.8.2015 מצ"ב כנסת/ע/17.

ד.1.2. פרק הבריאות אינו עונה על המבחנים שנקבעו בהנחית היועצת המשפטית לכנסת בהתייחס לנושאים שמקומם בחוק ההסדרים

141. סעיף 84(ב) לתקנון הכנסת קובע שוועדה רשאית, באישור הכנסת, לפצל הצעת חוק שהועברה אליה אחרי הקריאה הראשונה, כך שיובאו כהצעות חוק נפרדות לקריאה השנייה ולקריאה השלישית:

"וועדה רשאית, באישור הכנסת, לפצל הצעת חוק שהועברה אליה אחרי הקריאה הראשונה לשתי הצעות חוק או יותר, כך שיובאו כהצעות חוק נפרדות לקריאה השנייה ולקריאה השלישית; הצעת הפיצול תונח על שולחן הכנסת עם דברי הסבר, ויפורטו בהם החלקים מנוסח הצעת החוק שאושר בקריאה הראשונה שייכללו בכל אחת מהצעות החוק הנפרדות, לפי סעיפים, נושאים או תקופות".

142. ביום 7.11.2006 פורסמה הנחית היועצת המשפטית לכנסת מס' 2/06 – חוק ההסדרים (להלן: "הנחית יועמ"ש הכנסת"). בהנחיה נקבע שעל ועדה הדנה בהצעת חוק ההסדרים להפעיל את סמכותה לפי סעיף 84(ב) לתקנון הכנסת ולפצל את הצעת החוק ככל שזו אינה עומדת במבחנים המהותיים שנקבעו בהנחיה. כן קבעה היועצת המשפטית כי:

"למעשה, עיון בהצעות חוק ההסדרים אשר הוגשו בעבר מגלה שקשה למצוא במרבית הנושאים שנכללו הצדקה לחקיקתם בהליך מזורז. לפיכך מתחזקת התחושה, שכל עוד חרב חוק התקציב מונחת על צוואר הכנסת, ההליך המזורז נועד להשיג מטרה שבקידום נושאים ללא דיון מעמיק, וכל זאת שבסיטואציה אחרת יקשו חברי הכנסת על משרד האוצר בקידום חקיקה באותם עניינים שאינם תקציביים כללי" (עמוד 9).

העתק הנחית היועצת המשפטית לכנסת מסי' 2/06 מיום 7.11.2006 מצ"ב כנספח עת/18.

כפי שיובהר להלן, יישום המבחנים המהותיים על פרק הבריאות מביא למסקנה הברורה כי היה על ועדת הכנסת להורות על פיצול מחוק ההסדרים, ועל חקיקתו בהליך חקיקה רגיל.

143. נוכח העובדה שההצדקה העיקרית למאפייניה המיוחדים של הצעת חוק ההסדרים היא היותה מרכיב משלים להצעת חוק התקציב, והיותה חיונית ליישומה של חוק התקציב, נקבע בהנחית יועמ"ש הכנסת שיש לבחון את כלל הנושאים הנכללים בהצעת חוק ההסדרים בהתאם למבחני המשנה הבאים, ורק נושא שצלח את כלל המבחנים האמורים הוא נושא שמקומו בחוק ההסדרים:

144. **מבחן המשנה הראשון** בוחן את השפעת הגריעה של הנושא האמור מחוק ההסדרים על התקציב של אותה שנה, ובמילים אחרות, אם מתקיימת בינה לבין הצעת התקציב לאותה שנה כספים זיקה ישירה והכרחית בכפוף לתכליתה של אותה הוראת חוק. מבחן זה אינו מתקיים בענייננו:

145. כפי שפורט לעיל, תכלית הוראות פרק הבריאות היא להזיל את הוצאותיהם של משקי הבית על שירותי בריאות פרטיים ובהתאמה צמצום הפעילות במערכת הרפואה הפרטית. לתכלית זו, ומכאן להוראות פרק הבריאות, אין זיקה לתקציב המדינה, משהן משפיעות על השוק הפרטי בלבד.

146. כך, הצעת התקציב מיום 30.7.2015 קובעת בהתייחס להשפעת הוראות פרק הבריאות על תקציב המדינה: "**להצעות האמורות לא צפויות השפעה על תקציב המדינה**".

גם תזכיר החוק מיום 11.8.2015 קובע ביחס לפרק הבריאות: "**אין השפעה תקציבית**".

147. יצוין שגם חברי ועדת הכספים העלו במהלך הדיון בביטול שיטת ה"החזר", במספר הזדמנויות, את התהייה לגבי הקשר בין משרד האוצר לרפורמה המוצעת, וכן העלו את האפשרות לפצל את הנושא מאחר ואינו מתאים לדיון במסגרת חוק ההסדרים.⁹ ברם, מעיון בפרוטוקולים המצויים בידי העותרת עולה שחורף התהיות שהועלו לא נערך כל דיון מהותי או דיון בכלל בשאלת הפיצול.

148. **מבחן המשנה השני** הוא מבחן המשמעות התקציבית אל מול תכלית החוק. תכליתו של חוק ההסדרים היא לתקן חוקים כדי לעמוד ביעדי חוק התקציב לאותה שנה, ולא להגשים את מדיניותה הכלכלית הכוללת של הממשלה. משהמבחן הראשון לא מתקיים, ממילא לא מתקיים המבחן השני.

149. **מבחן המשנה השלישי עוסק בדרישת מרכז הכובד**, על משקל "הולך הטפל אחר העיקר". יש לבחון אם מרכז הכובד של הנושא האמור מצוי מבחינת משמעותו התקציבית ומשכו בתוך שנת התקציב הרלבנטית, וזאת תוך שימת דגש על מרכז כובד יישומי, ולא על מועד תחילת היישום. ההסדר המוצע במסגרת פרק הבריאות מבקש לבצע רפורמה דרמטית במערכת הבריאות, ומשכך הוא הסדר ארוך טווח. בנוסף וכאמור אין המדובר בהסדר הנוגע לתקציב שנתי ככלל, ובוודאי שלא לתקציב השנתי של השנה הנוכחית. אין עוררין כי רפורמה שכזו מצריכה דיונים רבים ובחינה מדוקדקת של כלל הגורמים והנתונים השונים.

⁹ ראה דבריו של היו"ר, ח"כ משה גפני, בעמודים 4-3 לפרוטוקול ועדת הכספים מיום 22.10.2015 וחילופי הדברים בין ח"כ אורלי לוי-אבקסיס וח"כ משה גפני בעמודים 47-48 לפרוטוקול הדיון מיום 1.11.2015.

150. **מבחן המשנה הרביעי בוחן את יכולת יישומה בפועל של החקיקה המוצעת בשנת הכספים הרלבנטית.** פרק הבריאות עתיד להיכנס לתוקף רק ביום 1.7.2016 וזאת מתוך הבנה שגיבוש ההסדרים במסגרתו וגיבוש מתווה ליישומם עתידים לקחת זמן רב. משכך ממילא עיקר ביצועו של פרק הבריאות יחרוג למעשה משנת הכספים הנוכחית, ואין כל ערובה שהליכים אלו יסתיימו במהלך השנה הקרובה, ואך סביר הוא שימשכו מעבר לכך.
151. **מבחן המשנה החמישי בוחן את היסטוריית החקיקה של אותו נושא.** ככל שנושא הובא בעבר על ידי הממשלה כהצעת חוק נפרדת, או במסגרת חוק הסדרים קודם, ולא הגיע כדי חקיקה, כך תגבר הסברה שלנושא אין זיקה לתקציב שנתי ספציפי וכי הכללתו בהצעת חוק ההסדרים הנוכחי נועדה לשם העברתו ב"מחטף".
152. כפי שפורט לעיל, הצעת חוק ההסדרים הקודמת (עת/16, סעיף 22) כללה הסדר דומה להסדר השני בפרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית, אך זו לא עברה לבסוף וכך גם ההסדר. כלומר, כבר בשנת 2014 ביקשה הממשלה להעביר הוראות הנוגעות לאופן התשלום על שירותים פרטיים הניתנים במוסדות רפואיים פרטיים. עם זאת, משלא נחקקו הוראות אלו לבסוף, הביעו למעשה הן הממשלה והן המחוקק דעתם שההוראות המדוברות אינן דחופות דיין. משכך, תמוהה בחירתה של הממשלה שלא להביא את אותן הוראות בדיוק לכנסת במסגרת הליך חקיקה רגיל במהלך השנה שעברה מעת הוצעו לראשונה, ותחת זאת להעבירן במסגרת הליך חקיקה מזוהז בחוק ההסדרים 2015.
153. בנוסף למבחנים המנויים לעיל, נקבע **בהנחית יועמ"ש הכנסת** שיש לבחון את פוטנציאל הפגיעה בזכויות יסוד במסגרת חקיקתו של החוק. ככל שהסתברות הפגיעה ועוצמתה בזכויות היסוד גדולות יותר, ראוי שהוועדה תפצל את הנושא מהצעת חוק ההסדרים. כפי שיובהר בהמשך, פרק הבריאות פוגע קשות בזכויות יסוד, הן כאלה המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והן כאלה המעוגנות בחוק יסוד: חופש העיסוק.
154. לסיכום, יישום המבחנים שנקבעו בהנחית יועמ"ש הכנסת מוביל למסקנה ברורה שצריך היה לפצל את פרק הבריאות מחוק ההסדרים. פרק הבריאות נעדר זיקה כלשהי לתקציב המדינה ולא קיים כל צורך כלכלי דחוף בביצוע רפורמה מרחיקת לכת במסגרת חקיקת חירום. נוכח האמור, הרי שהשימוש בחוק ההסדרים במקרה זה פסול, וכל מטרתו היא ביצוע "מחטף" ועקיפת "מכשולים פרלמנטריים". אין אלו מטרות חוק ההסדרים.
- 1.3.ד. **פרק הבריאות בחוק מבקש לבצע שינויים מרחיקי לכת במערכת הבריאות הפרטית ומשכך מצריך דיון מושכל ומעמיק, שלא התקיים בענייננו**
155. בית המשפט הנכבד הביע בעבר ביקורת רבה על כך שחוק ההסדרים הפך פלטפורמה להעברת תיקוני חקיקה משמעותיים, רפורמות ושינויים מבניים במשק, שמקומם בהליך חקיקה רגיל (ראה למשל בג"ץ מגדלי העופות, סעיף 7; בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 9.12.2004), עמוד 331 לפסק הדין; בג"ץ 4302/09 לשכת עורכי הדין בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2009), סעיף 5).
156. כפי שפורט לעיל, הוראות פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית מהוות שינוי מהיסוד של מצב דברים קיים, בבחינת שינוי רגולטורי ראשון מסוגו במערכת הרפואה הפרטית. אין עוררין שעריכת

רפורמה כזו מצריכה ראייה מקיפה של כלל הגורמים, הנתונים וההשפעות ולפיכך לא ראוי שתתבצע במסגרת הליך חקיקה מואץ, ללא עבודת הכנה מספקת וללא דיון שיטתי ומעמיק (הן ציבורי והן פרלמנטרי), שאינו כפוף לאילוצים פוליטיים-קואליציוניים.

157. הדברים נכונים בפרט בשים לב לכך שמערכת הבריאות בישראל נמצאת במשבר זה שנים רבות, וכל שינוי מדיניות בנוגע לרפואה הפרטית המספקת שירותי רפואה לציבור לצד מערכת הרפואה הציבורית, צריך שיעשה בחשיבה מרובה לאחר עבודה מקיפה וממושכת. לדברים התייחס מבקר המדינה בדו"ח שנתי 65 לשנת 2014 ולחשבונות שנת הכספים 2013 עמוד 563: ¹⁰

"נוכת הממצאים החמורים שעלו בדוח והמשבר התקציבי העמוק והמתמשך בשנים האחרונות בכלל מערכת הבריאות, שהוביל אותה לסף קריסה, נדרש טיפול שורש לחיסול הגירעון המובנה בתקציב הבריאות... על המשרד לערוך עבודת מטה לצורך קביעת מדיניות תכנון ארוכת טווח, שתבטיח שכל ספקי השירות בתחום הבריאות יעניקו לציבור שירות איכותי, זמין ונגיש. ראוי גם שעבודת המטה תתחשב בהמלצות ועדת גרמן ושתוצאותיה יובאו לאישור הממשלה. על ראש הממשלה ועל שר הבריאות לעקוב באופן צמוד ועקבי אחר התקדמות הפעולות לשיקום תקציב הבריאות עד להיחלצות מהמשבר"

158. זאת ועוד. בית המשפט הנכבד קבע זה מכבר, שאחד מעקרונות היסוד של הליך החקיקה הוא **עקרון ההשתתפות**, המעגן את זכותו של כל חבר כנסת להשתתף בהליך החקיקה. פגיעה קשה בעקרון יסוד זה מהווה פגם היורד לשורשו של עניין בהליך החקיקה, ודין הוראת החוק להתבטל.

159. עקרון ההשתתפות אין משמעו אך השתתפות במובנה הפורמאלי, אלא גם **היכולת להבין את מהות דבר החקיקה ולגבש עמדה באופן תבוני ומושכל**. כך הובהר בבג"ץ 6133/14 גורביץ טניה ואחרים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 26.3.2015) (להלן: "עניין גורביץ"), פסקה לח לפסק דינו של כבוד המשנה לנשיאה רובינשטיין: ¹¹

"אכן, אחד מעקרונות היסוד של הליך החקיקה, כפי שכבר צוין, הוא עקרון ההשתתפות, המעגן את זכותו של כל חבר כנסת להשתתף בהליך החקיקה... עיקרון זה פותח בפסיקה כך שאינו מתמצה אך במתן אפשרות פיסית לחברי הכנסת להשתתף בהליך החקיקה, אלא כולל אף אחת האפשרויות המעשיות לגבש עמדה מושכלת ביחס להצעת החוק"

160. בענייננו וכפי שיפורט להלן, התשתית העובדתית כפי שהוצגה (או לא הוצגה) לחברי הכנסת קודם ובמהלך הדיונים בוועדות הכנסת היתה חלקית וחסרה בלשון המעטה.

161. לפיכך תטען העותרת, כי לחברי הכנסת לא ניתנה הזדמנות נאותה והוגנת לגבש עמדתם באופן מושכל ותבוני באשר להסדרים בפרק הבריאות, והדבר חמור בפרט בהינתן מהות ההסדרים והשלכותיהם הדרמטיות על ציבור המטופלים, ציבור הרופאים ומערכת הרפואה בישראל.

162. ובמה דברים אמורים:

היעדר תשתית עובדתית שיש בה כדי להצדיק את הוראות החוק

¹⁰ פורסם באתר www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_290/34d6735e-1591-497a-9c5e-a2be3108264e/65C-209-ver-3.pdf.

¹¹ תוך אזכור בג"ץ 5131/03 ח"כ ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת (פורסם בנבו, 17.8.2004), סעיף 13 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק, ובג"ץ מגדלי העופות, סעיף 24 לפסק דינה של כבוד השופטת (כתוארה אז) ביניש.

163. מן המפורסמות היא שעל דבר חקיקה המציע שינוי של המצב הקיים, בפרט שינוי מהותי בדמות רפורמה של ממש, להתבסס על נתונים המצדיקים את הצורך בשינוי (ובהתאם את הפגיעה בזכויות ככל שישנה).
164. כך למשל, נתונים המוכיחים את התופעה בה יש לטפל, את היקפה, את המידה בה יושגו תכליות החקיקה על ידי ההסדר המוצע ואת ההשלכות הנוספות שעשויות להיות להסדר בהיבטים שונים.
165. לקראת הדיונים בסעיפי הצעת חוק התכנית הכלכלית בוועדות הכנסת הכין מרכז המחקר והמידע של הכנסת, שתפקידו לספק לחברי הכנסת מסמכים ומחקרים מקצועיים אמינים ואובייקטיביים¹², מסמך המרכז את העובדות והנתונים הקיימים לעניין הוראות פרק הבריאות בהצעת החוק (להלן: "מסמך מרכז המחקר והמידע של הכנסת").
166. מקריאת המסמך עולה במפורש שבידי נציגי משרדי האוצר או הבריאות לא היו נתונים כלשהם ובודאי לא נתונים רלבנטיים המצדיקים את הצורך בשינוי מערכת הבריאות הפרטית מהיסוד. כפי שיובהר, נתונים מקיפים ומהימנים אף לא הוצגו במהלך הדיונים בוועדות הכנסת, ולכל היותר "נזרקו" לחלל חדר הדיונים נתונים חלקיים בלבד, לא מבוססים.
167. כך, כבר בראשית מסמך מרכז המחקר והמידע של הכנסת (עמוד 2 "רקע") נכתב:

"נדגיש כי פניותנו 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 הוועד הנתונים (או חלקם) יהיו זמינים ונוכל להציגם בוועדה במהלך הדיון' (ההדגשה במקור – הח"מ). 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."

168. ביחס לביטול שיטת ה"החזר", הרי הטעם לכך הוא שזו מובילה כביכול ובין היתר, לעליה בהוצאות משק הבית בישראל. משום כך, היה על המדינה להציג נתונים בדבר היקף השימוש בשיטה זו, ביחס לכך ששימוש בשיטה זו הוא אכן יקר יותר לאזרח, ביחס לכך שהשינוי יוביל לתכלית הרצויה (הוזלת יוקר המחיה) ולהשלכות נוספות הנובעות מביטול שיטת ה"החזר".

169. וכך נכתב במסמך מכון המחקר והמידע של הכנסת (עמוד 9):

"כדי לאמוד את היקף השימוש במסלול ההחזר לעומת היקף השימוש במסלול ההסדר פנה מרכז המחקר והמידע של הכנסת למשרד הבריאות בבקשה לקבל נתונים אלה. להלן תשובת המשרד: 'משרד הבריאות עוסק בימים אלה באיסוף הנתונים ועיבודם. אנו תקווה כי עד מועד כינוס הוועדה הנתונים (או חלקם) יהיו זמינים ונוכל להציגם בוועדה במהלך הדיון'. מרכז המחקר והמידע של הכנסת פנה בשאלה זו גם לאגף התקציבים במשרד האוצר. במשרד האוצר ציינו כי הנתונים שיש במשרד מתייחסים אך ורק למכבי. נציין כי הגורמים השונים עמם שוחחנו העריכו בפנינו כי רוב השירותים נרכשים במסגרת מסלול ההסדר ולא במסגרת מסלול ההחזר, אולם כאמור אין בידנו נתונים מקיפים ומהימנים בנושא זה."

¹² אודות תפקידי המרכז ראה באתר האינטרנט www.knesset.gov.il/mmm/heb/MMM_About.htm

170. תשובת משרד הבריאות היתה זהה גם ביחס לשאלת המרכז על **יההשלכות של התיקון המוצע על מספר הרופאים שיעמדו לרשות המבטחים במסגרת הביטוחים המשלימים והפרטיים בעיקר בתחומים מסוימים ועל אחת כמה וכמה באזורי הפריפריה** (עמוד 11).
171. במהלך הדיונים בהסדר בוועדת הכספים, טען נציג האוצר שכ-20% בלבד מהרופאים בקופת חולים "כללית" עובדים היום בשיטת "החזר" ושיטת "ההסדר" היא "דרך המלך" (עמודים 29, 34 לפרוטוקול הדיון מיום 22.10.2015). לא הוצגו נתונים ביחס לקופות חולים אחרות וביחס לחברות הביטוח.
172. כמו כן, במהלך הדיונים בוועדה נציגי משרד האוצר ומשרד הבריאות לא הציגו נתונים כלכליים קונקרטיים, שאינם ספקולטיביים, המאששים שהשינוי המוצע יוביל בהכרח לתכלית המבוקשת, ולא הציגו ראשית התמודדות עם חששות חברי הוועדה והנציגים המקצועיים שהשתתפו בדיונים בדבר השלכות ההסדר – על המטופלים שנפגעת אפשרות הבחירה שלהם בין רופאים, על הרופאים שהמבטחים יסרבו להתקשר איתם בהסדר¹³.
173. **ביחס לאיסור על תשלום ישיר לרופא עבור שירות הניתן במוסד פרטי**, הרי שבהינתן שהרצון הוא למנוע את הקשר הכלכלי בין הרופא למטופל באמצעות הצבת גורם "מתווך" שיגבה מהמטופל את הכספים ובאופן זה יביא לירידת מחירים, היה על המדינה להציג נתונים בדבר היקף ההתקשרויות לטיפול רפואי במוסד רפואי פרטי בהן התשלום מועבר ישירות לרופא; נתונים ביחס לכך שהליך הגבייה אכן יוביל לקביעת מחירים נמוכים יותר מצד הרופא ושאותה "הנחה" במחירים תגולגל למטופל; נתונים ביחס להשלכות נוספות העלולות להיווצר מההסדר.
174. וכך נכתב במסמך מכון המחקר והמידע של הכנסת (עמוד 17):
- "במענה על שאלתנו אם יש בידי משרד הבריאות נתונים על הסכומים שמשלמים מטופלים למנתח לפי הפרוצדורות השונות ונתונים על היקף ההתקשרויות שבמסגרתן משולם שכר מנתח בנפרד מהתשלום למוסד הרפואי השיב משרד הבריאות שוב כי 'משרד הבריאות עוסק בימים אלה באיסוף הנתונים ועיבודם. אנו תקווה כי עד מועד כינוס הוועדה הנתונים (או חלקם) יהיו זמינים ונוכל להציגם בוועדה במהלך הדיון'. נציין כי שאלתנו כיצד הוערך היקף התופעה אם אין נתונים כאמור לא נענתה על ידי משרד הבריאות."**
175. תשובה זהה נתן משרד הבריאות גם ביחס להשפעות הצפויות של ההסדר (עמוד 18).
176. **במהלך הדיון בהסדר בוועדת העבודה הרווחה והבריאות**, התבקשו נציגי משרד האוצר להציג נתונים בנוגע למספר האנשים החברים בקבוצה עליה ישפיע השינוי המוצע. מר שלמה פשקוס, רפרנט בריאות באגף התקציבים, משרד האוצר נמנע מלהתחייב על המספר המדויק אך טען שקבוצת הרופאים העובדים במסלול של החזר היא כ-20% מסך הרופאים העובדים במערכת הפרטית העומד על כ-6,000 רופאים (דהיינו כ-1,200 רופאים).
177. בהמשך דבריו הבהיר נציג האוצר שהמספרים **רלבנטיים רק לרופאים שעובדים במסגרת שב"ן**, כשבחברות הביטוח **"זה הרבה יותר"** כי רוב חברות הביטוח עובדות במסלול החזר ולא במסלול

¹³ ראו דבריהם של יו"ר הוועדה, ח"כ משה גפני, עמודים 3-8 לפרוטוקול הדיון בוועדת הכספים מיום 22.10.2015; יו"ר העותרת ד"ר אידלמן, עמוד 10 לפרוטוקול הני"ל; ד"ר עמיר סולד, חבר ועד איגוד הכירורגים בהר"י, עמוד 14 לפרוטוקול הני"ל; פרופ' אריה דורסט, מנתח בכיר, עמוד 11 לפרוטוקול הני"ל.

הסדר. ביחס לשאלת המשך של ד"ר אידלמן, הסכים מר פשקוס שהיה וההסדר בדבר ביטול שיטת ה"החזר" יעבור, תצומצם כמות הרופאים לגביהם יהיה רלבנטי ההסדר בדבר איסור על תשלום ישיר לרופא (עמודים 12-13 לפרוטוקול הדיון בוועדה מיום 22.10.2015).

178. כלומר, הנתון שהציג נציג האוצר מתייחס לרופאים בהחזר בלבד, ולא לרופאים שנותנים את השירות במסגרת מוסד רפואי פרטי שלא במסגרת החזר אלא באופן פרטי לגמרי, כשאף הנתון לעניין ההחזר הוא חלקי, לא ודאי, ולא מסונכרן עם ההשלכות של ההסדר בדבר ביטול שיטת ה"החזר". כמו כן יצוין, שנציגי משרד הבריאות בוועדה כלל לא התייחסו לעניין הנתונים בשום שלב של הדיון.

179. כך ובנוסף, במהלך הדיון בוועדה נמנעו נציגי משרד הבריאות והאוצר מלהתייחס לחששות שהועלו בוועדה בנוגע ליישום החוק ובכלל כך מתן כוח יתר לגופים פרטיים המונעים מאינטרסים כלכליים, לגלול עלויות ה"תיווך" על המטופל ועלייה בהוצאת הפרטית על בריאות כתוצאה מכך, גציעה בחופש העיסוק של הרופאים.¹⁴

180. לסיכום נכתב במסמך מרכז המחקר והמידע של הכנסת (עמוד 19):

"... שלוש ההצעות (הכוונה גם ל"תקופת הצינון" – הח"מ) מוצגות כצעדים שמטרתם להתמודד עם תופעות רווחות במערכת הבריאות, אולם משרד הבריאות והאוצר לא הציגו בפנינו נתונים על היקפן או את הערכותיהם בנוגע להשלכות השינויים המוצעים, וכן לא ברור אם ההשלכות ההדדיות והמצטברות של שלושת השינויים המוצעים הוערכו ונשקלו."

181. האמור לעיל בא ללמדך שבממשלה לא נערכה עבודת הכנה מספקת (בלשון המעטה) קודם שעברה הרפורמה לדיונים בכנסת, ואף לא לאחר מכן, דבר שהשליך על היכולת של חברי הכנסת להבין את מהות הרפורמה לאמיתה ואת הצורך (או העדרו) ברפורמה.

היעדר דיון בתקנות הביטוח

182. במהלך הדיונים בוועדות הכנסת ובמליאה לא הוצגו תקנות הביטוח לחברי הכנסת ולא נערך כל דיון בעניינם ובסמכות המוקנית למפקח על הביטוח מכוח חוק הפיקוח. בהתאמה, לא נערך דיון בשאלת היחס בין הוראות תקנות הביטוח והוראות פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית.

183. חברי הכנסת לא נחשפו לכך שהגם שכלל, באפשרותה של חברת ביטוח להציע למבוטח הן את שיטת ההסדר והן את שיטת ההחזר, בסמכותו של המפקח על הביטוח להורות שהליך מסוים יבוצע רק על ידי רופאים שהתקשרו בהסדר ניתוח עם המבטח (ראה פרק 2.2.ג, לעיל). כך, לא נערך דיון בשאלה אם הוראות פרק הבריאות מאיינות את שקובעות תקנות הביטוח באשר לסוגיית ההסדר-החזר, וככל שהתשובה חיובית – האם נכון לעשות כן ומה המשמעויות של הדבר.

184. משכך, חברי הכנסת לא שקלו אם נוכח מארג ההסדרים הנורמטיביים הקיימים, אכן מתעורר צורך בהסדר הראשון בפרק הבריאות, וככל שכן מה יהא היחס בין ההסדרים הללו.

¹⁴ ראה דבריהם של ד"ר ליאוניד אידלמן, יו"ר העותרת, עמודים 8-9 לפרוטוקול הדיון בוועדת העבודה הרווחה והבריאות מיום 22.10.2015; ד"ר עמיר סולד, בשם ועד איגוד הכירורגים בהר"י, עמודים 24-25 לפרוטוקול הני"ל; ד"ר זאב פלדמן, יו"ר האיגוד לנוירוכירורגיה בהר"י, עמוד 14 לפרוטוקול הני"ל; פרופ' אייל גור, יו"ר האיגוד לכירורגיה פלסטית ואסתטית בהר"י, עמודים 18 ו-19 לפרוטוקול הני"ל; ד"ר מאיר כהן, מנהל מרפאה כירורגית בשער העיר רמת גן, עמוד 24 לפרוטוקול הני"ל.

מצג חלקי וחסר בדבר "חיזוק הרפואה הציבורית"

185. זאת ועוד. הרפורמה במערכת הבריאות בישראל הוצגה לחברי הכנסת ככזו הכוללת 4 צעדים: ביטול שיטת ה"החזר" ואיסור תשלום ישיר לרופא, ההסדר בדבר "תקופת צינון" וחיזוק הרפואה הציבורית באמצעות העלאת התקציבים.

186. אלא שבפועל, ההסדר בדבר "תקופת צינון" פוצל להליך חקיקה רגיל, והסכומים שלכאורה הוזרמו לתקציב מערכת הבריאות הציבורית מותירים את המערכת בגרעונה ללא מענה אמיתי לסוגיות הבערות.

187. כך הציג מר יאיר פינס, סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר, את הרפורמה במערכת הבריאות במסגרת הדיונים בוועדות הכנסת השונות:¹⁵

"אני מבקש להכניס את הסעיף הזה לקונטקסט השלם של ארבעה צעדים שהממשלה הכניסה והם מופנמים בתוך התקציב שמונח על שולחן הכנסת.

החוט השני שעובר בארבעת הצעדים הללו הוא הניתוק של הקשר הכלכלי בין רופא לחולה. כך הגדיר לנו שר האוצר וכך עשינו.

הצעד הראשון הוא תוספת של מיליארד שקלים למערכת הציבורית כדי לחזק אותה. השימושים בתוספת הזאת הם תכנית לקיצור תורים, תוספת מכשירי MRI, תכנית זיהומים, פול טיימרים בבתי החולים ועוד כהנה וכהנה. אם הוועדה תבקש, אנחנו נרחיב ונציג את כלל השימושים.

הצעד השני הוא צעד שיידון בדיון הבא בשעה 10:30, בוועדת הכספים והוא בעצם מדבר על יצירת רשימה סגורה של הגורמים המבטחים, שאלה גם קופות החולים וגם חברות הביטוח, כך שהחולה יוכל לבחור את הרופא שממנו הוא רוצה לקבל שירותים מתוך רשימה סגורה. את הכסף הפרטי הוא בעצם ישלם במסגרת השתתפות עצמית. המחיר יהיה שקוף לו, ההשתתפות העצמית תהיה שקופה לו ושוב הוא לא ינהל עם הרופא שיג ושיח שיש בו מרכיבים כלכליים.

על הסעיף השני לא אחזור, הוא הסעיף שנדון כאן. המשמעות שלו היא שהחולה יעמוד בתור בבית החולים הפרטי בקבלה וישלם מחיר מלא גם על השירותים, אנחנו קוראים לזה, מלונאות של בית החולים וגם את שכר הרופא. שוב, הוא לא יצטרך לשאת ולתת עם הרופא על כסף.

הסעיף השלישי שיידון בוועדה בשעה 12:30 הוא סעיף שבא ואומר שאם רופא נתן טיפול לחולה במערכת הציבורית, בפרק זמן שייקבע בחקיקת משנה החולה לא יצרוך או הרופא לא ייתן שירותים לחולה במערכת הפרטית.

זאת התמונה המלאה. בכל ארבעת הצעדים, יש את המרכיב שמרחיק את היחסים הכלכליים בין הרופא לחולה. זה הרקע לדברים."

188. לדברים התייחס עוד קודם לכן מר אמיר לוי, הממונה על התקציבים במשרד האוצר, במסגרת דיון בוועדת הכנסת בו הוחלט אילו ועדות ידונו בסעיפי הצעת החוק:¹⁶

¹⁵ עמודים 10-11 לפרוטוקול הדיון בוועדת העבודה הרווחה והבריאות מיום 22.10.2015; וראה גם בעמוד 3 לפרוטוקול הדיון בוועדת הכספים מיום 22.10.2015.

¹⁶ עמוד 16 לפרוטוקול הדיון בוועדת הכנסת מיום 2.9.2015, עת/12.

"... אגב, כל שלוש הרפורמות שאתם רואים כאן בנושא הבריאות (מעבר לשיטת הסדר, תקופת צינון ואיסור תשלום ישיר לרופא – הח"מ), לכולן יש מטרה אחת מרכזית, להתמקד ברפואה הציבורית ופחות בפרטית, ולמנוע את החיכוך בין החולה לבין רופא בכל נושא ההתחשבות הכספית. זה נכון לשלושת הסעיפים כאן. והמטרה, כשתסתכלו על התקציב – יש תוספת משמעותית לחיזוק הרפואה הציבורית."

189. ברם, הלכה למעשה, ועדת הכנסת קבעה (והחלטתה אושרה על ידי מליאת הכנסת) שההסדר בדבר תקופת צינון אינו מתאים להליך החקיקה של חוק ההסדרים ופיצלה את הנושא להצעת חוק נפרדת שדנונה בהליך חקיקה רגיל. בכך גילתה המדינה דעתה שחלק אחד מהרפורמה אינו מתאים להידון במסגרת חוק ההסדרים, ומשכך לא ראוי היה ש"חצי" רפורמה כן תדון במסגרת הליך מזוהזז ללא דיון מקיף.
190. כמו כן, הכספים שהוזרמו למערכת הבריאות הציבורית במסגרת התקציב לשנים 2015 ו-2016 אינם עומדים בבחינת "חיזוק מערכת הרפואה הציבורית", כזה המאפשר את צמצום הזמינות של מערכת הרפואה הפרטית. לעניין זה ראה מסמך מפורט המצורף לעתירה זו, שנכתב על ידי חוקר מדיניות בריאות בהר"י, מר ברוך לוי, נספח עת/19.
191. כעולה מנספח זה, משרד האוצר ערך עדכון בלתי מספק של עלות סל שירותי הבריאות לשנים 2015-2016, כך שהפער בין העדכון ה"מצוי" לעדכון ה"רצוי" עומד על 1.297 מלש"ח. סכום זה משקף תקצוב בחסר של סל שירותי הבריאות.
192. כן עולה מנספח זה שמעבר לתקציב עבור "סל שירותי הבריאות", תוספת התקציב עבור קיצור תורים ועבור תכנית פילוט של רופאים "פול טיימרים" (רופאים המועסקים בבתי החולים הציבוריים במשרה מלאה תמורת תגמול הולם), שני כלים מרכזיים לחיזוק מערכת הרפואה הציבורית, קטנה פי 5.4 מהסכום שהובטח על ידי משרד האוצר במסגרת הדיונים בוועדת גרמן וחציו אף נכלל כבר במסגרת הצעת התקציב לשנת 2015 של הכנסת ה-19, שבסופו של יום לא אושר עקב פיזור הכנסת.
193. כך, הגם שהמצג של נציגי המדינה בוועדות הכנסת ובמליאה היה כזה שבמקביל ל"ריסון" מערכת הרפואה הפרטית יועבר סכום כסף משמעותי לחיזוק מערכת הרפואה הציבורית (מצג עליו נשענו חברי הכנסת בעודם מצביעים בעד ההסדרים בחוק), בפועל נעשה מהלך חלקי בלבד המגביל את זמינות הרפואה הפרטית ללא מתן מענה אמיתי ברפואה הציבורית.
194. על כך התריע שוב ושוב יו"ר העותרת, ד"ר אידלמן, במסגרת הדיונים בוועדות הכנסת:¹⁷
- "... לצערנו השנה התקציב לא עלה משמעותית ובמקום לטפל בפצע המדמם הזה באופן מקצועי ונכון, האוצר הציע שלושה פלסטרים. השנה יש שלושה פלסטרים. אנחנו לא יכולים להשלים עם זה שבמקום לתת תקציבים, ייתנו את שלושת הפלסטרים האלה. לא נכון ואי אפשר לחזק רפואה ציבורית על ידי פגיעה ברפואה הפרטית. הרפואה הפרטית נולדה כדי לתת מענה לתושבי מדינת ישראל היכן שהרפואה הציבורית נכשלה. זאת רפואה משלימה. זה סקטור משלים. אי אפשר על ידי פגיעה בזמינות של הסקטור המשלים הזה לשפר מצב ברפואה הציבורית. אי אפשר על ידי פגיעה בנגישות לרופאים לשפר את המצב של התושבים שכבר היום

¹⁷ עמודים 3-4 לפרוטוקול הדיון בוועדת העבודה הרווחה והבריאות מיום 22.10.2015; ראה גם עמוד 10 לפרוטוקול הדיון בוועדת הכספים מיום 22.10.2015.

מחכים שמונה חודשים לניתוח, כבר היום מחכים לתשובות של הבדיקות וכבר היום מחפשים תרופות לעיתים מתחת לכל מקום אפשרי.”

195. הנה כי כן, התשתית שהונחה בפני חברי הכנסת בעת הדיונים על פרק הבריאות בחוק לקתה בחסר של ממש בכל הנוגע לנתונים הרלבנטיים שיש בהם כדי להצדיק את הצורך בהוראות החוק, ובאשר למהלך בדבר חיזוק הרפואה הציבורית שלולא הוא ידעה המדינה שלא תהא הצדקה להגבלת זמינות הרפואה הפרטית.

כל אלה, לטענת העותרת, לא אפשרו לחברי הכנסת לגבש עמדה מושכלת ביחס להוראות פרק הבריאות ומצדיקים כשלעצמם את ביטול הוראות פרק הבריאות בחוק.

1.4.4. ראוי כי בית המשפט הנכבד יעשה שימוש בסמכותו ויקבע שחקיקתו של פרק הבריאות במסגרת חוק ההסדרים בטלה

196. במרוצת השנים הוגשו עתירות רבות כנגד חוק ההסדרים, במסגרתן נטענו טענות רבות כנגד הליך חקיקתו המזורז, הפוגע בהליך הדמוקרטי.¹⁸ אכן, הגם שבג”ץ שב וביקר בפסיקותיו את השימוש הבעייתי, בלשון המעטה, שעושה המחוקק בחוק ההסדרים, שוב ושוב לא מצא שקמה עילה להתערבותו. נדמה שלאור צבר הנסיבות במקרה דנן, כבר הגיעה השעה להבהיר למחוקק שלא לעולם חוסן.

197. ראו בהקשר זה דבריו של כבוד השופט (כתוארו אז) רובינשטיין לפני יותר מ- 8 שנים, בבג”ץ ההסתדרות הרפואית, פסקה ה לפסק דינו:

”בית משפט זה רואה בחובתו לגלות איפוק בהתערבות בחקיקה ובהליכה, מטעמים טובים של כיבוד הרשויות זו את זו ומכלול טעמים אחרים שתיארה חברתי בפרשת מגדלי העופות (ראו שם עמ’ 55-53). אבל חזות קשה אני חוזה, כי ככל שימשך הליך חוק ההסדרים ולא ישתנה מהותית, חרף פסיקתו של בית משפט זה וחזות הדעת של היועצים המשפטיים לממשלה ולכנסת, עלולות להישאל שאלות גוברות והולכות באשר למידת ההתערבות השיפוטית בסיטואציות של ”כאילו”; וזאת לא כדי לפגוע בכנסת – אלא כדי לחזקה ולהגן עליה מפני זילות עבודתה החיונית, החשובה וההכרחית במשטר הישראלי.”

ונדמה שהדברים מדברים בעד עצמם.

2.4. דין פרק הבריאות בחוק להתבטל בשל פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות אשר אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה

2.1.4. כללי

198. בחינה חוקתית של דבר חקיקה נערכת בשלושה שלבים. כך באו הדברים לידי ביטוי בבג”ץ 9333/03 קניאל נ’ ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 16.5.05) (להלן: ”בג”ץ קניאל”):

¹⁸ וראו לדוגמא (שאינה ממצה כלל ועיקר): בג”ץ מגדלי העופות; בג”ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ’ ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 10.5.2006) (להלן: ”בג”ץ עיריית באר שבע”); בג”ץ 4927/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ’ היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 25.9.2007); בג”ץ 6304/09 לה”ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ’ היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.9.2010); בג”ץ 7557/13 לשכת רואי חשבון בישראל נ’ כנסת (פורסם בנבו, 12.5.2014) ועוד.

"בשלב הראשון, נשאלת השאלה אם חוק ... פוגע בזכות יסוד חוקתית. אם התשובה היא בחיוב, יש לבחון, בשלב השני, אם החוק הפוגע עומד בתנאי פסקת ההגבלה (אשר בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). אם התשובה היא שלילית נבחנת בשלב השלישי שאלת הסעדים החוקתיים..."

199. להלן נבחן, אפוא, את חוקתיותם של ההסדרים שנקבעו בפרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית בהתאם לשלבים אלה שהותוו בהלכה הפסוקה.

200. תחילה נעמוד על כך שהוראות ביטול שיטת ה"החזר" ואיסור על תשלום ישיר לרופא במוסד רפואי פרטי פוגעות בזכויות יסוד חוקתיות המנויות ו/או הנגזרות מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובזכות החוקתית לחופש העיסוק. במסגרת זו נעמוד על כך שפגיעה כאמור אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה הקיימת הן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8) והן בחוק יסוד: חופש העיסוק (סעיף 4) ובהתאם נטען שעל פרק הבריאות בחוק ההסדרים להתבטל.

2.2.4. ביטול שיטת ה"החזר": פגיעה בזכויות חוקתיות המנויות והנגזרות מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק

פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

201. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אוסר על פגיעה במספר זכויות חוקתיות וביניהן הזכות לחיים ולשלמות הגוף, הזכות לקניין והזכות לחירות אישית ואוטונומיה¹⁹. על כולן נכתב רבות בפסיקת בתי המשפט בישראל.

202. לצד זכויות אלה המנויות במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכירה הפסיקה בזכויות-בת חוקתיות הנגזרות מחוק היסוד, ביניהן הזכות לחופש החוזים והיבטים מסוימים של הזכות לבריאות.

203. על הזכות לחופש החוזים נכתב, בין היתר (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה (2001), בעמוד 78):

"ביסוד החוזה מונחת האוטונומיה של הרצון הפרטי. אוטונומיה זו כוללת, בין השאר, את החופש להתקשר או שלא להתקשר בחוזה ואת החופש לעצב את תוכן החוזה. חופש זה, על היבטיו השונים, הוא זכות חוקתית. הוא זכות אדם המוכנת על-ידי חוקת המדינה. בישראל נגזר אופיו החוקתי של חופש החוזים מזכות היסוד בדבר כבוד האדם והקניין. כבוד האדם כזכות חוקתית משמעותו, בין השאר, חופש הבחירה שיש לאדם וחירותו לפתח את אישיותו ולהחליט על גורלו. כל אדם חופשי להחליט עם מי להתקשר ומה יהא תוכן התקשרותו זו. חופש הקניין, הוא החופש לקיים רכוש, בגדיו נכללת גם הזכות החוזית. ממילא כלול בה הכוח לערוך חוזה ולקבוע את תוכנו."²⁰

204. הזכות לבריאות לעומת זאת, טרם הוכרה כשלעצמה כזכות בת חוקתית, אבל גם בפסיקת בית המשפט העליון וגם בזו של בית הדין לעבודה, המוסמך לדון בסוגיות הקשורות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, קיימות קביעות למכביר לפיהן הזכות לבריאות נובעת מהזכות לכבוד האדם,

¹⁹ ראה לעניין זה אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א' (2014), בעמודים 250-254: "ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי".

²⁰ ראה גם לעניין חופש החוזים כזכות חוקתית, למשל, ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2), 464, בעמודים 534-535; ע"א 239/92 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' יצחק משיח, פ"ד מח(2), 66, בעמוד 72.

הזכות לשלמות הגוף, הזכות לחירות אישית ואוטונומיה של הפרט, לקיום בכבוד ולשוויון, וקשורה לזכויות אלה.²¹

205. בבג"ץ 3071/05 גילה לוזון נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2008) נקבע כי "אין לבחון את מעמדה החוקתי של הזכות האמורה (הזכות לבריאות – הח"מ) 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" (סעיף 9 לפסק דינה של כבוד הנשיאה ביניש).

206. מרבית פסקי הדין שדנו בזכות לבריאות בהקשר החוקתי עסקו בעיקרם בהיבט ה"חיובי" של הזכות, קרי, אם מוטלת על המדינה "חובת עשה" חוקתית לממן שירותי רפואה מסוימים, להכניס תרופה לסל הבריאות וכיוצא"ב שאלות הכרוכות בהיבטים תקציביים של חלוקת משאבים.²² מרבית העתירות הללו נדחו משנקבע שהחובה היחידה המוטלת על המדינה בהקשר זה היא לאספקת שירותי בריאות בסיסיים בלבד, כחלק מהזכות לשלמות הגוף.²³

207. כפי שיובהר, ענייננו אינו נוגע להיבט זה של הזכות לבריאות. עניינה של העתירה דנא בהיבט ה"שלילי" של הזכות לבריאות, לפיו אל למדינה להתערב ולפגוע בזכות הגישה של המטופלים לטיפול רפואי ספציפי הניתן להם במערכת הרפואה הפרטית.

208. פסק הדין היחיד שניתן בהקשר זה הדומה במידה מסוימת לנסיבות ענייננו הוא פסק הדין שניתן עוד קודם לחקיקת חוקי היסוד, ע"א 4/82 מדינת ישראל נ' אבריאל בן אריאל תמיר (פורסם בנבו, 29.5.1983) (להלן: "עניין תמיר"), במסגרתו נדונה עתירתו של אסיר להמשיך בטיפול הרפואי שניתן לו קודם שנכנס למאסר, בעוד ששלטונות בית הסוהר החליטו בהתבסס על דעת רופא בית הסוהר להעניק לו טיפול רפואי אחר.

209. בעניין תמיר קבע בית המשפט הנכבד (כבוד השופט אלון) שלאדם עומדת זכות היסוד לבחור ולהחליט בידי מי מבין הרופאים המוסמכים לכך להפקיד את הטיפול הרפואי שהוא זקוק לו, שהרי בחירה והחלטה אלה הן חלק מהותי הן מזכות היסודית לשלמותו ולשלומו הגופניים והנפשיים, ושלא להיות "נפגע" בהם אלא בהסכמתו

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

... ביטוי מאלף לכך מצאנו במשנתם של חכמים... בטיפול הרפואי ממלא תפקיד חשוב גם האמון האישי שבין החולה לרופא, אשר החולה בחר בו, ואשר על-כן - "אף על פי שיש לו מי שירפאהו, חייב הוא (הרופא שהוא

²¹ דניאל שפרלינג וניסים כהן השפעתם של חוק ההסדרים ופסיקות בג"ץ על מדיניות הבריאות ועל מעמדה של הזכות לבריאות בישראל – ניתוח נאו-מוסדי חוקים ד 153, 219-220 (2012).

²² ראה למשל בג"ץ 3071/05 גילה לוזון נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2008) שעניינו עתירה כנגד אי הכללתה של תרופה מסוימת בסל שירותי הבריאות; בג"ץ 11044/04 דימיטרי סולומטין נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 27.6.2011) שעניינו עתירה לחיוב המדינה באספקת שירותי בריאות לילדים השוהים בישראל שאביהם הנטען הוא ישראלי ואמם נתינה זרה; בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (פורסם בנבו, 22.6.2014) שעניינו עתירה לחיוב המדינה להתקין תקנות למען עובדים זרים שלהם זיקה חזקה לישראל, שיעניקו להם זכויות על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי ומכוח חוק הביטוח הלאומי.

²³ הלכה שנקבעה כבר בבג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 9.12.2004), סעיף 18 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק.

מודר הנאה הימנו - מ' א' לרפאותו אם הוא ראוי לכך, דפקוח נפש מילתא רבה (דבר גדול - מ' א')...

4. זכות יסוד זו לשלמותו ולשלומו הגופניים והנפשיים ולבחירת הטיפול הרפואי הנראה לו לשם קיומם שמורה לו לאדם, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר..."

210. בית המשפט הבהיר, שזכות זו אינה מחייבת את המדינה לממן לאסיר את הוצאות הטיפול הרפואי המבוקש, אלא רק להימנע מלהפריע לו לקבל את היעוץ והטיפול הרפואיים (סעיף 5):

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

211. נמצאנו למדים, שככל שהטיפול הרפואי ממומן מכיסו של המטופל, שמורה לו הזכות לבחור בטיפול הרפואי הנראה בעיניו, ואין הוא מחויב לבחור בטיפול שקובעת לו המדינה.

212. למעלה מעשור לאחר מכן, בבג"ץ 4253/02 מר בנימין קריתי – ראש עיריית טבריה נ' מר אליקים רובינשטיין – היועץ המשפטי (פורסם בנבו, 17.3.2009) (להלן: "עניין קריתי"), נדונו מספר עתירות נגד החלטת הממשלה למנוע הפעלת שירותי רפואה פרטיים (שר"פ), ובפרט שירותי בחירת מנתח בתשלום, בבתי החולים הממשלתיים.

213. בין יתר טענות העותרים, דן בית המשפט בשאלה 'האם בחירה חופשית של רופא, היא ביטוי לרצון האינדיבידואלי והאוטונומיה של הפרט, אותו אין למדינה סמכות להגביל - כתוצאה מבחירתה להנהיג מדיניות, בה שירותי רפואה מוענקים באופן מסובסד על ידי המדינה'.

214. בנוגע להיבט ה"חיובי" של הזכות לבריאות, קבע בית המשפט בעניין קריתי (סעיפים 52-58), כי במסגרת הזכות לכבוד, על המדינה לאפשר לאזרחיה קיום מינימאלי בכבוד ולספק להם שירותי בריאות בסיסיים, אולם הזכות לבחירת רופא מנתח אינה נמצאת בליבת שירותי ההכרח להם זקוק אדם.

215. בית המשפט בעניין קריתי התייחס גם להיבט ה"שלילי" של הזכות, קרי, חירותו של הפרט לצרוך שירותי בריאות בהם הוא חפץ, ללא התערבות המדינה.

216. בית המשפט בעניין קריתי קבע (סעיף 54), שהואיל ולצורך בחירת המנתח בבית החולים הממשלתי, נדרש המטופל לממן רק את ההפרש שבין עלות הטיפול ללא בחירת מנתח, לבין המימוש של אופציית הבחירה, בעוד שמתקני וכלי הניתוח, התרופות, מיטות האשפוז, סגל המעטפת וכיוצא באלה ממומנים מכיסה של המדינה – הרי שלא ניתן להתייחס לשר"פ כשירות הממומן במלואו מכיסו של המטופל. לפיכך, קבע בית המשפט, לא ניתן לחייב את הממשלה לאפשר שירותי שר"פ במסגרת בתי חולים ממשלתיים.

217. בית המשפט התייחס בהחלטתו לעניין תמיר והדגיש (סעיף 54), שלו היו העותרים מציעים לממן את מלוא העלות של הטיפול הרפואי בבית החולים הממשלתי – ולא רק את העלות כרוכה בבחירת רופא מנתח – אזי ניתן היה ללמוד גזירה שווה מעניין תמיר, ולאפשר למטופל לבחור את הרופא.
218. ודוק: עניינה של העתירה דגא בחירותו של הפרט לבחור רופא מנתח כראות עיניו, במסגרת שירותי בריאות שאינם מוענקים על ידי המדינה ואינם ממומנים על ידה כלל. התערבותה של המדינה במימוש הזכות לבריאות בספירה הפרטית – פוגעת, אפוא, בזכויות יסוד של המטופל.
219. יפים לעניין זה דברי בית המשפט בעניין קריתי, בנוגע להבדל בין אספקת שירותי רפואה בבתי החולים הממשלתיים – שיכולים להיות מוגבלים על פי אמות מידה ציבוריות, לבין אספקת שירותי רפואה פרטיים – שם יכול כל אדם לנצל כספו וקניינו כדי לרכוש שירותים כאוות נפשו (סעיף 57):

"בתי החולים הממשלתיים אינם קניינו הפרטי של איש ואינם ספקי שירותים פרטיים. העובדה שהפעלתם נעשית על פי אמות מידה ציבוריות, לרבות כללי המשפט המנהלי ..., אינה יכולה להיחשב כפגיעה בקניינו הפרטי של אי מי משום שאינו יכול לשעבד אותה לרצונותיו האינדיבידואליים. מה שיכול אדם לקנות בשוק הפרטי – אינו בהכרח גם מוצר העומד למכירה במוסדות ציבוריים. המרחב הציבורי אינו מנוהל על פי הכלל לפיו המרבה במחיר זוכה. אמנם, ביטוחי הבריאות המשלימים מאפשרים לאזרחי המדינה לקנות שירותים שמעבר לגינת בסל הבריאות תמורת תשלום חודשי קבוע. כמו כן, 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. קופות החולים מממנות מרווחיהן שלהן את היכולת להעניק שירותי רפואה שמחוץ לסל הבריאות. תוכניות הביטוח המשלימות מעניקות את הזכות לבחירת רופא מנתח בתשלום רק בבתי חולים פרטיים או בבתי החולים הציבוריים בירושלים שהם בתי חולים בבעלות פרטית ... תוכניות השב"ן ... מוסדרות מכח חוק ביטוח בריאות ממלכתי (קרי מכוח חקיקה ראשית ולא מכוח הסכם שביוזמת מנהל בית חולים זה או אחר). רופאים פרטיים מממנים את פעילותם בקליניקות הפרטיות שלהם ומתקניהם עומדים לרשותם, לאחר שקנו אותם במיטב כספם הפרטי. את כספו וקניינו - יכול כל אדם לנצל כדי לרכוש שירותים כאוות נפשו במקומות פרטיים."

220. הנה כי כן, הטעם לאיסור על בחירת רופא מנתח בבית חולים ממשלתי נעוץ בעירוב שבין שירותים ציבוריים לבין הוצאה פרטית²⁴. בשירותי הבריאות שמעניקה המדינה במסגרת מערכת הבריאות הציבורית אין למטופל זכות קנויה לבחור את הרופא המנתח והמוסד הרפואי בו ינותח, שכן זכותו האישית באה על חשבון כלל הציבור המממן את המערכת הציבורית ותוך הפרת השוויון

²⁴ נימוק זה עמד גם ביסוד פסק הדין בבג"ץ 7716/11 אסותא מרכזים רפואיים נ' שר הבריאות (17.3.2013), שקבע כי אין בהחזית משרד הבריאות לפיה המדינה תממן ביצוע בדיקת מי שפיר לנשים הזכאיות לבדיקה רק במוסדות שיתחייבו בכתיב לבצע את כל התהליך ללא גביית תשלום נוסף מהמטופלות, משום פגיעה חוקתית. עובר להנחיה זו יכלו המטופלות הזכאיות למימון ציבורי של בדיקת מי שפיר לבחור ברופא שיבצע את הבדיקה תמורת תשלום נוסף מעבר למימון הציבורי. משמעות ההנחיה היתה שכל שמטופלת תבקש לבחור ברופא שיערוך את הבדיקה, תאלץ לשלם את מלוא התשלום עבור הבדיקה מכספה הפרטי. בית המשפט בחן יאם משרד הבריאות מחויב לממן שירות ציבורי המצוי באחריותו, גם כאשר אותו שירות ניתן כנגד תוספת תשלום מכיסו של המטופל עבור רכיבים ימשדרגים, ובעיקר, בחירת הרופא בתשלום" (סעיף 8). בית המשפט ענה על שאלה זו בשלילה תוך שקבע שהשירות הניתן במימון המדינה הוא "מקיף ומלא" וכי בבסיס ההנחיה עומדים שיקולים של מדיניות חברתית-כלכלית שלא לאפשר עירוב בין מימון ציבורי ובין הוצאה פרטית. ברי שניסבות ענייננו שונות בתכלית.

(סעיף 58 לפסק הדין בעניין קרית). לעומת זאת, בספירה הפרטית, לאוטונומיה האישית מעמד בכורה (כל עוד אינה באה על חשבון הציבור). בפרט כך, בכל הנוגע לזכותו של הפרט על גופו.

221. מן הכלל אל הפרט –

222. העותרת תטען, שביטול שיטת ה"החזר" בפרק הבריאות בחוק מצמצם הלכה למעשה את הנגישות הקיימת היום למטופלים מבוטחים לגשת לכל רופא בו הם חפצים במערכת הרפואה הפרטית תוך מימון הטיפול על ידי הגוף המבטח, ובכך פוגע פגיעה אסורה בזכויות מוגנות.

223. באמצעות ביטול שיטת ה"החזר" "מתערבת" המדינה לראשונה בשוק הפרטי ה"טהור", שאינו ממומן על ידה. כך, המדינה מחייבת את הגוף המבטח להציע למטופלים רשימת רופאים שממנה בלבד יוכלו המבוטחים לבחור את הרופא המנתח והמייץ. עלותה של בחירת רופא מנתח שלא התקשר בהסדר ניתוח עם חברת הביטוח או תכנית השב"ן, גבוהה ביותר עד כדי מניעת האפשרות לבחור ברופא זה – מימון כל ההוצאות הקשורות לניתוח מכיסם הפרטי (השימוש במתקנים, בציוד, שכר המנתח וכיוצ"ב), ואף את הוצאות הייעוץ אצל אותו רופא מנתח. כל זאת, הגם שהם ממילא משלמים ממיטב כספם עבור ביטוח למתן שירותים רפואיים רחבים יותר משירותי הרפואה הציבוריים במסגרת של הבריאות, שם כידוע, לא ניתנת להם האפשרות לבחור ברופא המנתח.

224. כלומר, נגישות המטופלים-המבוטחים לטיפול רפואי פרטי לפי בחירתם נפגעת פעם אחת באמצעות חיוב הגוף המבטח לקבוע רשימה סגורה של רופאים שיתנו את שירותיהם, ופעם שניה מאחר ובגין אי-בחירה באחד מהרופאים שברשימה "נקנס" המבוטח בתשלום עבור מלוא הוצאות הניתוח והייעוץ אגב ניתוח החל מה"שקל הראשון".

225. כך נפגעת בראש ובראשונה ובאופן עמוק וקשה זכותם של המטופלים-המבוטחים לחירות אישית ואוטונומיה, לבחור את הרופא המטפל במערכת הרפואה הפרטית מבלי "להיקנס" על כך.

226. פגיעה זו היא גם פגיעה בזכות לשלמות הגוף ובזכות לבריאות. מעבר לטיפול הרפואי הבסיסי, ברי שטיפול רפואי משפיע במידה רבה על איכות חייו של אדם ולעתים על תוחלת חייו, ומטעם זה חלק גדול מהאוכלוסייה היום מבוטח בתכניות ביטוח רפואי פרטי המקנות לו את האפשרות לבחור ברופא המנתח, ללא הגבלה (תוך הגבלת המימון בלבד).

227. כך ובנוסף, השינוי המוצע עשוי להביא להארכת זמני ההמתנה לתורים במערכת הפרטית, מערכת שנוצרה על מנת לספק פתרון לבעיה זו ממש במערכת הציבורית. ביטול שיטת ה"החזר" יביא לצמצום היצע הרופאים שיוכל להעניק טיפול רפואי פרטי תוך שהגוף המבטח ישתתף במימון הטיפול. כל המטופלים שלא יוכלו לשלם את הטיפול כולו מכספם "יעמדו בתור" אצל אותם הרופאים המנויים ברשימת הגוף המבטח. צמצום ההיצע יביא לביקוש גבוה יותר לאותם הרופאים, דבר שככל הנראה יוביל להארכת משך ההמתנה לקבלת טיפול רפואי. זוהי פגיעה נוספת וקשה בזכות לבריאות של המטופלים.

228. פגיעה זו היא גם פגיעה בחופש החוזים ובזכות לקניין, בחופש של המטופל לעשות שימוש בכספו הפרטי על מנת להתקשר בחוזה עם גוף מבטח שיאפשר לו לקבל שירותים רפואיים אצל איזה רופא שיחפוץ בו, והגוף יממן עבורו את עלויות הניתוח (או את חלקן) בהתאם לבחירתו. ביטול

שיטת ה"החזר" בפרק הבריאות בחוק מהווה התערבות בוטה בקניין של הפרט ובחופש ההתקשרות המסחרית החופשית עם גורמים מבטחים.

229. כל שמבקשת העותרת, בשם המטופלים-המבוטחים, הוא למנוע מהמדינה לשלוח ידה אל עבר התחום הפרטי ולפגוע בנגישות של המטופלים-המבוטחים לכלל הרופאים, תוך שתשמר להם הזכות למימון (אף אם חלקי) של הגוף המבטח. מדובר ב**היבט ה"שלילי"** בלבד של כל הזכויות שמנינו לעיל, החובה הבטיחית **לכבד** את הזכויות, להבדיל מלסייע בהגשמתן. בהתאם, היבט זה אינו כורך בחובו שאלות תקציביות למיניהן, שאלות של מדיניות כלכלית אותה בחרה המדינה לעשות במתקניה שלה או בכספה שלה (כגון עירוב ציבורי ופרטי), שאלות "המשנות את פניה של מערכת הבריאות בישראל" או סוגיה של פגיעה בשוויון ציבור המטופלים בבתי החולים הציבוריים – כל שמבוקש הוא להותיר את הקיים על כנו.

230. מכלול הנסיבות דנן מלמד שביטול שיטת ה"החזר" פוגע פגיעה של ממש בשלל זכויות מוגנות מכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בקונטקסט של מערכת הרפואה הפרטית.

פגיעה בחוק יסוד: חופש העיסוק

231. הזכות לחופש העיסוק הוכרה מקדמת דנא כזכות יסוד במשפט הישראלי. בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה (פורסם בנבו, 26.2.2006) עמד בית המשפט על מעמדה הרם של הזכות וקבע:

"כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד, אינה אסורה מטעם החוק... זוהי זכותם. זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכות הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה".

232. חוק יסוד: חופש העיסוק, אשר חוקק בשנת 1994 עיגן את מעמדה של זכות היסוד לחופש העיסוק כזכות חוקתית על-חוקית, ומאז למעשה חייב כל אדם, בכלל, ורשויות המדינה, בפרט – לכבד את זכות היסוד לחופש העיסוק ולהימנע מפגיעה בזכות יסוד זו.

233. כך הבהיר בית המשפט את התכלית המונחת ביסודו של חוק יסוד: חופש העיסוק בבג"ץ 5026/04 דיזיין 22- שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רוזנצוויג צביקה (פורסם בנבו, 4.4.2005):

"חופש העיסוק כזכות חוקתית נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי. הוא ביטוי להגדרתו העצמית של האדם. באמצעות חופש העיסוק מעצב האדם את אישיותו ואת מעמדו ותורם למרקם החברתי. כך על פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כך על פי ערכיה כמדינה יהודית. המלאכה מייחדת את האדם ... אכן, חופש העיסוק הוא החופש של הפרט לעסוק (או שלא לעסוק) בעיסוק, במשלח-יד או במקצוע בכל הנראה לו כראוי. זו בעיקרה זכות "הגנתית" הפועלת כרגיל כנגד פגיעה בה על ידי רשות שלטונית".

234. כמו כן, הלכה פסוקה היא, כי "חופש העיסוק הוא ביסודו חופש הנתון לאדם לפעול בעסקיו בלא הפרעה, בין מצד פרטים אחרים ובין מצד השלטון... חירות העיסוק משמעה כי הרשות השלטונית מנועה מלהפריע לפרט לממש את עיסוקו על פי בחירתו" (בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, (פורסם בנבו, 7.12.2006) בפסקה 21 לפסק הדין).

235. זכות היסוד לחופש העיסוק כוללת, אפוא, הן את החופש לעסוק בעיסוק מסוים והן את אופן מימוש העיסוק. בהתאם לכך, קביעת תנאי כניסה לעיסוק, כמו גם הטלת מגבלות על אופן מימוש העיסוק, מהווה פגיעה בזכות היסוד לחופש עיסוק.

236. כך עמדה כבוד הנשיאה נאור על היקפו של חופש העיסוק בבג"ץ ההסתדרות הרפואית (המביאה בהסכמה מדבריו של כבוד הנשיא ברק בבג"ץ 5936/97 לס' נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט (פורסם בנבו, 2.9.1999) (להלן: "בג"ץ לס'"), פסקה 16 לפסק דינה:

"פגיעה עקיפה בחופש העיסוק תיחשב אף היא לפגיעה בזכות לחופש העיסוק. פגיעה עקיפה היא, למשל, פגיעה ביכולת האדם לממש את העיסוק ביחסים עם זולתו: "עקרונית, חופש העיסוק נפגע לא רק בפגיעה ישירה (כגון איסור על אדם לשמש כעורך דין או רופא בלא לקיים נתונים מסויימים) אלא גם בפגיעה עקיפה. חופש העיסוק נפגע כאשר החלטה שלטונית פוגעת בעקיפין במימוש חופש העיסוק הלכה למעשה. הפגיעה העקיפה בחופש העיסוק של פלוני עשויה להתבטא בכך, שההחלטה השלטונית תשפיע על רצונם של פרטים להתקשר עם פלוני" (פרשת לס, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא ברק). היקף הזכות לחופש העיסוק משתרע הן על כניסה חופשית לתוך עיסוק והן על ביצוע חופשי של עיסוק ... הוא חל על גם על אופן מימוש העיסוק (בג"ץ לס, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא ברק). אכן, הגבלה על אופן המימוש של העיסוק היא פגיעה בהיקף חופש העיסוק, גם אם נראה בה פגיעה עקיפה ובדרגה קלה יותר."

237. ודוק: הגם שבאופן עקרוני, פסיקת בית המשפט מבחינה בין פגיעה ישירה בזכות לחופש עיסוק לבין פגיעה עקיפה, לעיתים פגיעה עקיפה בזכות היסוד לחופש עיסוק עלולה להערים מגבלות העשויות להגיע לכדי שלילת עיסוק של ממש. כך, הבהירה כבוד השופטת (כתוארה אז) ביניש בבג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה (פורסם בנבו, 4.12.2002), סעיף 11:

"על אף קיומה הלכאורי של הבחנה עיונית בין סוגי הפגיעה בחופש העיסוק הרי שבחיי המעשה ההבחנה בין שלילת עיסוק או פגיעה בכניסה לעיסוק לבין פגיעה באופן מימוש העיסוק אינה תמיד חדה וברורה. כך, למשל ייתכן כי בנסיבותיו של מקרה קונקרטי הגבלת מימוש של עיסוק תהא כה מקיפה ועמוקה, עד שחומרתה תגיע כדי שלילת עיסוק או מניעת כניסה אליו."

238. עוד נציין, שהפגיעה בזכות לחופש עיסוק עשויה להתרחש גם מקום שהיא עצמה אינה מטרתו של דבר החקיקה הפוגע, אלא היא בגדר תוצאה מסתברת שלו. עמד על כך כבוד הנשיא ברק בבג"ץ לס, סעיף 4:

"ודוק: מטרת ההחלטה לא הייתה לפגוע בחופש העיסוק. מטרת ההחלטה היא שונה (כגון, צמצום התחרות בתחום פלוני או מתן סובסידיות לתחום אלמוני). עם זאת, האפקט על ההחלטה עשוי להיות כזה שהוא פוגע בחופש העיסוק. אכן, חופש העיסוק הוא החירות של הפרט להגשים את אישיותו ולתרום את תרומתו לחברה על ידי השקעת מאמציו בעיסוק, במלאכה או במשלח יד. חירות זו נפגעת אם הסדרים (נורמטיביים או פיזיים) מונעים ממנו - במישרין או בעקיפין - מלפעול לפי רצונו ויכולותיו."

239. הנה כי כן, פגיעה בחופש העיסוק אינה בהכרח פגיעה ישירה בדמות הוראת חוק האוסרת או מגבילה אדם מלעסוק במקצוע או משלח-יד מסוים. יכולה זו להיות פגיעה עקיפה, המטילה מגבלות על אופן מימוש העיסוק בפועל או משפיעה על רצונם של פרטים להתקשר עם אדם העוסק במקצוע או משלח יד מסוים. בין אם הייתה זו מטרת החקיקה ובין אם הפגיעה היא בגדר אפקט של יישום דבר חקיקה שנועד לתכלית אחרת – הגבלת עיסוק או אופן העיסוק פוגעת בזכות היסוד לחופש העיסוק.

240. יישום דברים אלה על ענייננו יעלה על נקלה, שהגם שביטול שיטת ה"החזר" בפרק הבריאות אינו כולל איסור מפורש על עיסוק או מתנה את העיסוק ברפואה, יש בו כדי להגביל את אופן מימוש עיסוקם של רופאים מנתחים ולהשפיע על רצונם ויכולתם של מטופלים להתקשר עמם.

241. הפגיעה בחופש העיסוק מתעצמת עת מצטרפים זה לזה מספר אלמנטים, כדלקמן:
242. על פי הוראות פרק הבריאות, על מנת שתהיה לרופא מנתח נגישות למטופלים במסגרת פרקטיקה פרטית, יהיה עליו להתקשר בהסכם עם חברות הביטוח וקופות החולים. אם לא יעשה כן, מטופלים שיהיו מעוניינים בשירותיו יאלצו לשלם מכיסם את מלוא עלות שכר הרופא בעד הניתוח וכן את מלוא העלות עבור שירותי האשפוז, ללא השתתפות הגוף המבטח.
- בכך, פוגע, אפוא, פרק הבריאות בנגישות הרופא המנתח למטופלים במגזר הפרטי.**
243. כמו כן, על פי סעיף 16 לחוק התכנית הכלכלית, רופא המעוניין להתקשר עם חברת ביטוח או קופת חולים בהסדר ניתוח מחויב להתקשר עמה גם בהסדר התייעצות, בו ייקבע מלוא התשלום שישולם לו על ידי חברת הביטוח או קופת החולים, בעד התייעצות רפואית.
244. להמחשת הפגיעה, טול לדוגמא רופא מומחה בתחום האורטופדיה המעוניין לנתח אך ורק ניתוחי גב. אותו רופא מחויב להתקשר בהסדר התייעצות המקיף את כל תחומי מומחיותו, אף אם אינם נוגעים דווקא לניתוחי גב. כך גם רופא אף-אוזן-גרון המעוניין לנתח אך ורק ניתוחי אוזניים ומחויב להתקשר גם בהסדר התייעצות המקיף את כל תחומי עיסוקו – אף אם אין להם קשר לניתוחי אוזניים.
- נמצא אפוא, שעל מנת שתתאפשר לרופא מנתח נגישות לקהל מטופלים, עליו להתקשר עם חברות הביטוח או קופות החולים גם בהסדרי התייעצות, העשויים לחרוג מהתחומים הספציפיים לגביהם התקשר הרופא בהסדר ניתוח.**
245. ועוד. פרק הבריאות מעניק לקופות החולים ולחברות הביטוח אפשרות להתקשר עם רופאים מסוימים ולדחוק רופאים אחרים בטענה שרשימתם מקיפה מספר מספק של רופאים מנתחים לפי תחומי התמחות.
246. על פי סעיף 14 לחוק התכנית הכלכלית, על קופות החולים וחברות הביטוח להציג לשר הבריאות או למפקח על הביטוח, לפי העניין, הסדרי ניתוח שיש בהם להבטיח לעמיתים או למבוטחים היקף מספק של רופאים מנתחים וניתוחים. אולם, משעה ששר הבריאות או המפקח על הביטוח יאשרו את פוליסות הביטוח או תכנית השב"ן שיוצגו להם, לא תהיה לקופות החולים ולחברות הביטוח חובה להתקשר בהסדרי ניתוח נוספים ולאפשר לכמה שיותר רופאים מומחים, לממש את עיסוקם.
247. לשון אחר, מעבר למספר המינימאלי של מנתחים הנדרש כדי להציע היקף מספק של רופאים מנתחים וניתוחים, אין לחברות הביטוח וקופות החולים תמריץ להתקשר עם מנתחים נוספים בהסדר ניתוח, אלא במחירים נמוכים ביותר וייתכן שבכפוף לתנאים נוספים, הכל בהתאם למדיניות ולפרקטיקה הנוהגת של חברות הביטוח וקופות החולים שספק אם יאפשרו לרופא להמשיך ולקיים פרקטיקה פרטית, ולמצער יפגעו בהיקפה.
248. כמו כן, לשון החוק אינה מחייבת את קופות החולים וחברות הביטוח באמות מידה ותבחינים כלשהם, על פיהם יחליטו אם להתקשר עם רופא בהסדר ניתוח אם לאו. כך, רופא מנתח שישד פרקטיקה פרטית מחויב להתקשר בהסדר ניתוח עם קופת חולים וחברות ביטוח על מנת להבטיח לעצמו נגישות למטופלים, ואילו הן, מצידן, יכולות לסרב באופן שרירותי. די להן בטענה שרשימת הרופאים שבאמתחתן מניחה את דעתו של שר הבריאות או המפקח על הביטוח כי "יש בה כדי

להבטיח לעמיתים או מבוטחים היקף מספר של רופאים מנתחים וניתוחים", כדי למנוע מרופא מנתח נגישות לקהל המטופלים.

249. הנה כי כן, הפגיעה בחופש העיסוק מתעצמת נוכח כוחן של חברות הביטוח וקופות החולים להשאיר רופא מנתח מחוץ לתכניות השב"ן ופוליסות הביטוח, ובכך למנוע ממנו, הלכה למעשה, כל נגישות למטופלים.

250. הפגיעה בחופש העיסוק קשה במיוחד נוכח המבנה הריכוזי של שוק חברות הביטוח ומספרן המצומצם של קופות החולים. הלכה למעשה, המדינה מפקידה בידי מספר מצומצם של חברות מסחריות את הכח לשמש כשער הכניסה של הרופא למטופלים פוטנציאליים וזאת מבלי להטיל מגבלות או אמות מידה כלשהן על חברות הביטוח וקופות החולים במשא ומתן מול הרופאים המעוניינים להתקשר איתן בהסדר ניתוח. כך למשל, נתון בידי חברות הביטוח הכח להתקשר עם רופא בתנאי שהאחרון לא התקשר עם אף חברת ביטוח אחרת.

251. סעיפי החוק שעניינם ביטול שיטת ה"החזר", פוגעים אפוא, בגרעין חופש העיסוק של הרופאים המנתחים במערכת הרפואה הפרטית.

ד.2.3. ביטול שיטת ה"החזר": פגיעה שאינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה

252. זכויות היסוד לכבוד האדם וחירותו ולחופש העיסוק, אינן מוגנות מלוא היקפן. פגיעה בהן תיתכן רק במקום שזו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה (סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק):

"אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

וראה בהתאמה סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל

253. אין חולק שהפגיעה בזכויות היסוד שנסקרו לעיל באמצעות ביטול שיטת ה"החזר", נעשתה בחוק, אך ספק אם חוק זה הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. שהרי, הסדר זה מונע מהמטופלים את חופש הבחירה ברופא הקיימת להם היום במערכת הרפואה הפרטית, בין אם הרופא התקשר בהסדר עם חברת הביטוח / קופת החולים ובין אם לאו.

254. אף אם נניח שההסדר הולם את ערכי הדמוקרטיה, ממילא אינו עומד בתנאי התכלית הראויה ובתנאי המידתיות, כפי שיובהר להלן.

תכלית ראויה

255. בבג"ץ 1661/05 מועצה איזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל פ"ד נט (2) 481 קבע כבוד השופט (כתוארו אז) ברק, שתכלית היא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה כדי לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדם.

256. שאלת התכלית הראויה נחלקת לשתי שאלות משנה. האחת, אם תכלית החוק נועדה לשרת אינטרס חברתי ראוי והשניה, אם הגשמת אינטרס חברתי זה היא חיונית וחשובה (בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 9.9.2004).

257. כפי שפירטנו לעיל (פרק 6.3.ג), תכליתו של חוק התכנית הכלכלית היא הוזלת יוקר המחיה על דרך צמצום היקף הפעילות במערכת הרפואה הפרטית ובכלל זאת היצע נותני השירותים במערכת זו.

258. על כך שהוזלת יוקר המחיה היא תכלית ראויה ונחוצה בעת זו, אין חולק. אשר לצמצום הרפואה הפרטית לצורך חיזוקה של המערכת הציבורית – תטען העותרת כי אין זו תכלית ראויה כלל ועיקר ובודאי שהגשמתה אינה חיונית.

259. ראשית, מנקודת מבטם של המטופלים. הביקוש ההולך וגובר לשירותי רפואה פרטיים נובע בראש ובראשונה מהקושי של מערכת הבריאות הציבורית לקצר את זמני ההמתנה. מערכת הבריאות הפרטית מאפשרת למטופל לבצע ניתוח לו הוא נזקק בתוך פרק זמן קצר ולהימנע מפגיעה מיותרת באיכות החיים. כמו כן, המערכת הפרטית מספקת מענה לרצונם של מטופלים לבחור את הרופא המנתח והמוסד הרפואי בו ינותחו. התפתחותה של המערכת הפרטית היא ביטוי לרצון המטופלים, על רקע חולשותיה של המערכת הציבורית. הביקוש – הוא שיצר את ההיצע.

260. שנית, מנקודת מבטם של הרופאים. נוכח הביקוש הגובר לשירותי רפואה פרטיים, רופאים מנתחים ייסדו פרקטיקות פרטיות ומימשו את מלוא פוטנציאל העיסוק שלהם, תוך נגישות לקהל המטופלים. צמצום הרפואה הפרטית, על דרך צמצום נגישות הרופאים לקהל מטופלים, משמעותה צמצום יכולתם לעסוק במקצוע אותו רכשו בעמל רב.

261. הנה כי כן, תכלית ה"על" של הסדרי פרק הבריאות – צמצום הרפואה הפרטית, חלף טיפול בשורש הבעיות במערכת הציבורית והזרמת תקציבים לחיזוקה, היא תכלית פסולה מהיסוד, לבטח ולבטח אינה אינטרס חברתי ראוי שהגשמתו חיונית.

מידתיות הפגיעה

262. בחינת דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה דורשת, שהפגיעה בזכויות היסוד תהא "במידה שאינה עולה על הנדרש". על למנת לבחון את עוצמת הפגיעה ואת מידתיותה גובשו בהלכה הפסוקה²⁵ שלושה מבחני משנה: מבחן ההתאמה (או מבחן הקשר הרציונאלי); מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; מבחן המידתיות במובן הצר (או מבחן היחס הראוי).

מבחן המשנה הראשון: מבחן ההתאמה

263. לפי מבחן ההתאמה, "על האמצעי הפוגע שנקט בחוק, להתאים רציונאלית להשגת התכלית שנועד לה".²⁶ נבחן, אפוא, האם מתקיימת התאמה רציונאלית, בין האמצעי הננקט של ביטול שיטת ה"החזר" לבין תכליות פרק הבריאות בחוק עליהן עמדנו לעיל.

264. אין כל אינדיקציה לכך שביטול שיטת החזר (תוך קביעת חריגים) ומעבר לשיטת ההסדר, הוא מהלך שיוביל להפחתת ההוצאה הפרטית על בריאות. אף אם החוק יביא להוזלת מחיריהם של הניתוחים במגזר הפרטי, אין משמעות הדבר שההוזלה תגיע לכיסו של המטופל. זאת, ממספר טעמים:

²⁵ ראה למשל בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 24.9.1997), סעיף 17 לפסק הדין.
²⁶ בג"ץ 3477/95 ישראל בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות (פורסם בנבו, 23.7.1995).

265. בעקבות יישום פרק הבריאות, אפשר אמנם שמחיר השירותים הרפואיים של הרופאים המנתחים (שאינם נמנים על החריגים) ירד, אולם החוק אינו מסדיר את תמחור פרמיות הביטוח וסך ההשתתפות העצמית שיידרש המטופל לשלם לחברות הביטוח.
- פרק הבריאות אינו עוסק בפיקוח על חברות הביטוח בהקשרים אלה ואין בו כדי להבטיח כי הוזלת שירותי הבריאות תגולגל לצרכן ואכן תביא להפחתת יוקר המחיה.
266. כאמור, חברות הביטוח פועלות בשווקים ריכוזיים ביותר עם מספר שחקנים מועט. כך, בענף הביטוחים המסחריים פועלות חמש חברות מרכזיות בלבד, משיבות פורמאליות 11-15. שתיים מהן – הראל והפניקס – מחזיקות יחד בכמעט שני שלישים מהשוק ונכללות ברשימת הגופים הריכוזיים על פי סעיף החוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות התשע"ד-2013.
267. בנסיבות אלה, תוצאתו של ביטול שיטת ההסדר יוביל לכך, שחברות ביטוח וקופות חולים הן שיגרפו את הרווח מהפחתת שכר המנתחים.
268. תוצאה זו תסיג לאחר את שירותי הבריאות במדינת ישראל: **אשר למטופלים** – הוצאותיהם על בריאות לא יפחתו אך היצע השירותים הרפואיים (ובמיוחד היצע הרופאים המנתחים) יצטמצם עקב ביטול שיטת ה"החזר"; **אשר לרופאים** – חלקם לא יצליחו להתקשר בהסדר ניתוח עם חברת ביטוח או קופת חולים ונגישותם למטופלים תצטמצם. חלקם אף יאלץ להפסיק את פעילותו במגזר הפרטי. **אשר למערכת הרפואה הציבורית** – התורים לניתוחים לא יתקצרו (ואף יתארכו בשל צמצום ההיצע במערכת הפרטית) כל עוד לא יוספו תקנים ותשתיות שיאפשרו לספק את הביקוש לשירותי רפואה זמינים.
- מבחן המשנה השני: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה
269. על פי מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה", האמצעי שנבחר ייחשב כלא ראוי **י אם ניתן להשיג את התכלית הראויה על ידי אמצעים אחרים, מתאימים גם הם, אשר פגיעתם בערכים ובעקרונות הראויים להגנה, היא קטנה יותר**.²⁷ על פי מבחן זה, מבין כל האמצעים האפשריים המגשימים את תכלית החקיקה ייבחר האמצעי שפגיעתו בזכות חוקתית היא הפחותה ביותר.²⁸
270. **ראשית**, זה מכבר השתרש בפסיקה הכלל לפיו מימושה של זכות יסוד נפגע **פחות** אם הוא מתאפיין בבדיקה פרטנית ולא בשלילה גורפת.
271. כך למשל, בבג"ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים** נקבע כי קבלה לשירות בכוחות הביטחון על בסיס בדיקת התאמה פרטנית פוגעת בחופש העיסוק במידה פחותה מאיסור גורף על קבלת מי שגילם עובר סף כניסה מסוים; בבג"ץ 5627/02 **סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית** (פורסם בנבו, 25.4.2004) קבעה כבוד השופטת דורנר כי סירוב ללא כל בדיקה פרטנית להעניק תעודת עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור – לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה – הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי.

²⁷ בג"ץ 4330/93 **פריד גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין**, פ"ד (4) 221 (1996).

²⁸ ראה בעניין זה גם: בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם ואח' נ' שר האוצר**, תק-על 2405, (4)2009.

272. בענייננו, ההסדר הראשון קובע כלל גורף החל על כל הניתוחים המבוצעים במערכת הרפואה הפרטית בישראל מבלי לבחון באופן קונקרטי האם ישנם הליכים רפואיים מסוימים אשר לגביהם לא ראוי ומוצדק להחיל את הכלל האמור.
273. דוגמא לכך היא החלתו הגורפת של הכלל המבטל את שיטת ה"החזר" גם בתחומי רפואה שהמערכת הציבורית לא מספקת, כמו למשל, ניתוחים אסתטיים. ניתוחים אלה לרוב אינם מתבצעים במערכת הציבורית ולמטופל אין ברירה אלא לבצעם במערכת הפרטית. בהתאם, ככלל הרפואיים העוסקים בתחומי הניתוחים האסתטיים פועלים במסגרת המערכת הפרטית בלבד. ברי כי הגבלת נגישותם למטופלים לא תסייע, ולו במעט, לחיזוקה של מערכת הבריאות הציבורית.
274. שנית, במסגרת ההסדר הראשון המחוקק כורך את מימון התשלום לרופא במימון התשלום למוסד הרפואי באופן שאינו מידתי:
275. סעיף 13 לחוק התכנית הכלכלית קובע שהסדר ניתוח יכלול את "מלוא התשלומים הקשורים לניתוח". כך למעשה, כרך המחוקק יחד את כל ההוצאות בגין הניתוח, כך שיש לממן את כולן באותו האופן. כלומר, אפשרות אחת היא לממן את כל ההוצאות בגין הניתוח באמצעות פוליסת הביטוח או תכנית שב"ן. במקרה כזה, על המטופל לבחור רופא מנתח ומוסד רפואי שהתקשרו בהסדר ניתוח עם קופת החולים או חברת הביטוח. האפשרות השניה העומדת בפני המטופל, היא לממן את **מלוא** ההוצאות מכיסו – הן את התשלום לרופא המנתח והן את התשלום למוסד הרפואי. **אפשרות הביניים – מימון שכר הרופא המנתח באמצעות חברת הביטוח או תכנית השב"ן ותשלום למוסד הרפואי הפרטי מכיסו של המטופל – אינה אפשרית עוד לאחר כניסת החוק לתוקף.**
276. ברי, כי ביטול האפשרות לממן רכיבים מסוימים בלבד של עלויות הניתוח באמצעות פוליסת ביטוח, מצמצמת מאוד את נגישותם של מטופלים לרופאים שלא התקשרו בהסדר עם חברות הביטוח וקופות החולים, באופן שאינה עולה כדי "האמצעי שפגיעתו פחותה".
277. שלישית, במסגרת ההסדר הראשון כורך המחוקק בין הסדר התייעצות להסדר ניתוח באופן שאינו מידתי:
278. על פי הוראת סעיף 16 לחוק התכנית הכלכלית, רופא מנתח מחויב להתקשר גם ב"הסדר התייעצות" עם הגוף המבטח על מנת שיוכל להעניק שירותי ייעוץ למבוטחים אשר יזכו למימון הגוף האמור.
279. תכליתה של הוראת סעיף 16 לחוק התכנית הכלכלית היא למנוע מהרופא המנתח לגבות עבור הייעוץ מחיר המפצה על ירידת המחיר של הניתוח (כתוצאה מהתקשרות ב"הסדר ניתוח"). משכך, החובה להתקשר בהסדר התייעצות חלה אך ורק על רופאים המתקשרים עם חברות הביטוח וקופות החולים בהסדר ניתוח. כך, הסבירה גב' רויטל טופר-חבר טוב, סמנכ"לית פיקוח על קופות" ושב"ן, משרד הבריאות, בישיבת ועדת הכספים מיום 22.10.2015:
- "אנחנו מדברים על ניתוחים ולא על ייעוצים, כי ייעוצים עדיין אפשר יהיה ללכת להחזר למי שלא נמצא בהסדר. כל מי שיהיה מנתח בהסדר, המטרה שיהיה גם יועץ בהסדר כי אם הוא לא יהיה יועץ בהסדר יש לנו פה בעיה גדולה מאוד, לא נאפשר את זה... אין הגבלה לגבי ייעוץ. ייעוץ תוכלי לקבל באופן פרטי ולקבל החזר."

280. אלא שכפי שהוזכר לעיל, הרבה מהרופאים המנתחים מעניקים ייעוץ רפואי המקיף מגוון של נושאים רפואיים בתחומי מומחיותם, באופן שאינו מצטמצם אך ורק לייעוץ רפואי הנוגע לניתוח המסוים אותו הם מבצעים.
281. פשיטא שהוראה המחייבת את הרופא האורטופד המעוניין לנתח ניתוחי גב, להתקשר עם חברת הביטוח גם בהסדר ייעוץ המקיף תחומים נוספים מעבר לייעוץ לקראת ניתוח גב, היא הוראה מרחיבה, מכבידה ומגבילה את חופש העיסוק של הרופא שלא לצורך. גם מטעם זה, האמצעי שנקבע בפרק הבריאות בחוק אינו יכול להיתפס בבחינת ב"אמצעי שפגיעתו פחותה".
282. **רביעית**, ברי ש"דרך המלך" להפחתת ההוצאה הפרטית על בריאות עוברת בחיזוק ושיפור הרפואה הציבורית הניתנת במסגרת סל שירותי הבריאות ולא בהגבלת הנגישות של מטופלים לכלל הרופאים, ובהתאם הטלת מגבלות על רופאים המקיימים פרקטיקה פרטית.
283. אלא שמזה שנים ארוכות מערכת הבריאות הציבורית נאלצת לתפקד בתנאים של תת-תקצוב. המחסור בתקציב מונע את האפשרות שמערכת הבריאות הציבורית תעניק לבדה לתושבי המדינה שירותים רפואיים נגישים – הן מבחינת זמינות התורים והן מבחינת נגישות גיאוגרפית.
284. מערכת הבריאות הפרטית בישראל עונה על הצורך של תושבים רבים ברפואה זמינה. מערכת הבריאות הפרטית היא שמסלימה את הפער בין הצורך הגובר בשירותי רפואה חיוניים, להיצע המצומצם שמציעה המערכת הציבורית.
285. חיזוק יכולתה של הרפואה הציבורית לספק את סל שירותי הבריאות הבסיסי, המובטח לכל תושב מכח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, בזמינות ונגישות גיאוגרפית ראויה, תקטין את הביקוש למערכת הרפואה הפרטית ותפחית את ההוצאה הפרטית על בריאות.
286. אולם, ההוצאה הציבורית על בריאות הולכת ופוחתת במהלך השנים האחרונות וגם בחוק התקציב הנוכחי מסתמן "ייבוש" של מערכת הרפואה הציבורית (ראה נספח **עת/19**). ברי שחיזוק מערכת הרפואה הציבורית חלף יצירת רפורמה הפוגעת בזכויות יסוד חוקתיות, הוא המענה הנכון והראוי למצב הקיים היום.
287. נוכח כל האמור, שומה היה על המחוקק לבחור בהסדר חוקי אחר תחת זה שנקבע בפרק הבריאות בחוק בדבר ביטול שיטת ה"החזר", אשר מידת פגיעתו בזכויות יסוד היא פחותה.

מבחן המשנה שלישי: מבחן המידתיות במובן הצר

288. הלכה פסוקה היא, כי יש לבחון את ההסדר החקיקתי בראי מבחן המשנה השלישי רק מקום בו הפגיעה החוקתית הנדונה עמדה בשני מבחני המשנה האחרים, כלומר: רק במקום בו הוברר, כי האמצעי שנבחר תואם את המטרה (מבחן המשנה הראשון), וכי המדובר באמצעי שמידת פגיעתו היא הפחותה ביותר (מבחן המשנה השני), נדרש לבחון את מידת הפגיעה בזכויות לאורו של מבחן המשנה השלישי.
289. הראינו לעיל, כי ההסדר בדבר ביטול שיטת ה"החזר" אינו צולח את שני מבחני המידתיות הראשונים. אשר על כן, כבר בשלב זה מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, כי פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית פוגע בזכויות היסוד לכבוד האדם ולחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש.

290. להשלמת התמונה ולמען הזהירות בלבד, להלן נראה כי ההסדר בדבר ביטול שיטת ה"החזר" גם אינו מקיים את תנאי מבחן המשנה השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר.
291. מבחן המידתיות במובן הצר – או מבחן היחס הראוי – בוחן אם האמצעי שננקט, מקיים יחס ראוי בין הפגיעה החוקתית לבין התועלת הצומחת מן החקיקה: **"מבחן משנה זה מבוסס על תורת האיזון. ובוחן את היחס בין הנזק לתועלת. ובוחן את האיזון בין אמצעי הפוגע לתכלית הראויה"**²⁹.
292. על פי מבחן המידתיות במובן הצר, כדי להצדיק פגיעה בזכות חוקתית נדרש יחס ראוי בין התועלת הציבורית הצומחת מדבר החקיקה, לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכויות היסוד החוקתיות. בבג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בארץ ישראל בע"מ נ' Shimon Wiesenthal Center Museum Corp. (פורסם בנבו, 29.10.2008), נקבע כי:
- "מבחן זה הוא מבחן ערכי; זהו מבחן של איזון בין ערכים ואינטרסים מתנגשים על-פי משקלם. הוא נותן ביטוי לעקרון הסבירות. הוא מחייב איזון סביר בין צרכי הכלל לבין הפגיעה בפרט ... נדרש איזון ערכי בין הפגיעה לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה"**.
293. הוראות פרק הבריאות בחוק בדבר ביטול שיטת ה"החזר" הן בגדר פגיעה מופרזת בזכויות הנמנות והנגזרות מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובזכות הרופאים לחופש העיסוק. ודוק: גם אם נניח, כי ביסודו של פרק הבריאות ניצבות מטרות ראויות, עדיין – המטרה, ראויה ככל שתהא, אינה מקדשת את האמצעים ואינה מאפשרת פגיעה כה חריפה בזכויות יסוד חוקתיות.
294. כך במיוחד, מקום בו קיים ספק רב באשר להסתברות התממשותה של תכלית החוק. כאמור לעיל, חשיבותו של איסור גורף על מתן שירותים רפואיים בשיטת ה"החזר", תלוי במידה רבה בהסתברות כי יהיה בכך כדי להוזיל את עלות הניתוח למטופל. אולם בפני המחוקק לא הונחה התשתית העובדתית הנדרשת, המצביעה על כך שקיימת הסתברות גבוהה כי ביטול שיטת ההחזר אכן תשיג את מטרתה ותסייע להפחתת יוקר המחיה.
295. ברי כי ללא השקעה משמעותית במערכת הבריאות הציבורית, אשר מצבה הקשה הביא לגידול הניכר בביקוש לשירותי הבריאות הניתנים במערכת הפרטית – הביקוש לרפואה פרטית יוסיף לגדול והחוק לא ישיג את מטרתו. את הרווחים, יגרפו לקופתם גופים ריכוזיים במשק – חברות הביטוח הגדולות, בתי החולים הפרטיים.
296. ודוק: אף ועדת גרמן סברה כי נקיטה באמצעים המצמצמים את היקף הפעילות בשירותי הרפואה הפרטית בלבד, ללא חיזוק הרפואה הציבורית, עשויה להביא לפגיעה במטופלים ובמערכת הבריאות. ראה בהקשר זה את שנכתב בעמוד 7 לדו"ח:

"...הוועדה מצאה כי רבות מהמגמות המדאיות במערכת נובעות מהיחלשותה של מערכת הבריאות הציבורית בישראל, ומהתחזקותה המקבילה של מערכת הבריאות הפרטית. על כן המלצות הוועדה עוסקות במקביל בשתי המערכות, ויש להתייחס אליהן כמקשה אחת. ניסיון לרסן את המערכת הפרטית בלי לחזק את המערכת הציבורית לא יצלח ולא יעמוד במבחן הזמן, ועלול לפגוע בציבור. מנגד, 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".

297. כך למשל, זמני ההמתנה הארוכים במערכת הציבורית הם אחד הגורמים לגידול בהיקף הרכישה של ביטוחי בריאות מסחריים והצטרפות לתכניות שב"ן. ברי כי צמצום אפשרויות התעסוקה של רופאים במגזר הפרטי, מבלי לטפל בבעיות השורש של המערכת הציבורית, רק יגדילו את הביקוש לשירותי הרפואה במערכת הציבורית ויחריפו את בעיית זמני ההמתנה.
298. כל זמן שלא מועברים למערכת הבריאות התקציבים הנדרשים, לא יהיה בהוראות פרק הבריאות בחוק בכללותן כדי לשפר את מצבה הקשה של מערכת הבריאות ולהשיב מטופלים למערכת הציבורית. לעומת זאת, כפי שהראינו וכפי שנראה להלן, הפגיעה של הוראות פרק הבריאות בזכויות יסוד חוקתיות הן של המטופלים והם של הרופאים היא מיידית וקשה.
299. נוכח כל האמור לעיל, דין ההסדר בפרק הבריאות בחוק בדבר ביטול שיטת ה"חזור" – להתבטל.
- ד.4.2. איסור על תשלום ישיר לרופא עבור שירות הניתן במוסד רפואי פרטי: פגיעה בזכויות היסוד לחופש העיסוק ולחופש החוזים**
300. על חופש העיסוק כזכות יסוד חוקתית נכתב בהרחבה לעיל, כמו גם על חופש החוזים. נעמוד להלן על הפגיעה בזכויות אלה העולה מהוראות ההסדר השני בפרק הבריאות בחוק.
301. בשל האיסור על תשלום ישיר לרופא עבור שירות הניתן במוסד פרטי, על מנת שרופא שאינו מקבל את שכר עבודתו מחברת ביטוח או קופת חולים אלא מהמטופל יוכל להעניק שירות רפואי (שאינו התייעצות רפואית) במוסד רפואי פרטי, יהיה עליו לקבל את שכר עבודתו מהמוסד הרפואי בלבד.
302. מובן, שהתערבות המחוקק באופן קבלת התשלום בעבור השירותים הרפואיים שמעניק הרופא, פוגעת בחופש של הרופא לממש את עיסוקו ולעצב את מערכת היחסים המסחרית בינו לבין המטופל על פי בחירתו.
303. יתרה מזאת, החובה המוטלת על הרופא לקבל את השכר בגין השירות הרפואי מהמוסד הרפואי בלבד, מקנה בידי המוסד הרפואי כח משמעותי ביותר, שיאפשר לו להתערב ולהשפיע על האופן בו מממש הרופא את עיסוקו, המחיר אותו הוא גובה בעד עיסוקו, תנאי התשלום ומועדי התשלום. כך גם, יהיה בכוחו של המוסד הרפואי, תאגיד פרטי למטרות רווח, לעשות שימוש לא הוגן בעצם הידיעה על הסכומים אותם גובה הרופא.
304. בנוסף, איסור תשלום ישיר ממטופל לרופא שהעניק שירות רפואי במוסד רפואי ויצירת "מתווך" בדמות בית החולים הפרטי, תביא להעמסת עלויות "התיווך" על הרופא או על המטופל, ובהתאמה עלולה לפגוע בשכר הרופאים.
305. הפגיעה בחופש העיסוק מתעצמת, בשל המבנה הריכוזי של שוק המוסדות הרפואיים הפרטיים. כך למשל, רשת בתי החולים אסותא מספקת כ-70% משירותי חדרי הניתוח במגזר הפרטי³⁰, ובתחומים מסוימים מספקת אסותא כ-90% משירותי חדרי הניתוח במגזר הפרטי. למותר לציין שמעטים התחומים במשק, בהם שולטים גורמים פרטיים באופן כה משמעותי.

³⁰ להגדרת השוק וחישוב נתחי השוק ראו ת.א. (ת"א) 1921-12-09 פרופ' יונה תדיר נ' אסותא מרכזים רפואיים בע"מ (פורסם בנבו, 6.1.15) בעמוד 20 לפסק הדין.

306. בשל היעדר חלופות של ממש, מרבית הרופאים המעוניינים לנתח במסגרת הפרקטיקה הפרטית שלהם, נאלצים לקבל, כבר כיום, את תכתיביהם של בתי החולים הפרטיים. חובת קבלת שכר המנתח מהמוסד הפרטי בלבד, מעצימה עוד יותר את כוחם של המוסדות הפרטיים מול ציבור הרופאים המנתחים.

307. חשיפת כלל הפרטים המסחריים בעבודתו של הרופא ובכלל כך תעריפי הניתוחים, מתכונת התשלום ועוד, מקנה יתרון מסחרי עצום המעוות את מערכת היחסים המסחרית בין המוסד הרפואי הפרטי לבין הרופא ומקנה לבית החולים הפרטי כוח עודף בקביעת כלל תנאי ההתקשרות בין הצדדים.

308. כל אחד מהגורמים הנזכרים לעיל, ובמיוחד הצטברותם יחד, יוצרים, אפוא, הסדר חוקי הפוגע פגיעה של ממש הן בחופש העיסוק של הרופאים והן בחופש ההתקשרות בין הרופאים למטופלים.

ד.2.5. איסור על תשלום ישיר לרופא עבור שירות הניתן במוסד רפואי פרטי: פגיעה שאינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה

חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל

309. אין חולק שהפגיעה בזכויות היסוד שנסקרו לעיל באמצעות איסור על תשלום ישיר של רופא למטופל במוסד רפואי פרטי נעשתה בחוק, אך ספק אם חוק זה הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. שהרי, הסדר זה מונע את חופש ההתקשרות בין הצדדים.

תכלית ראויה

310. כמפורט בהרחבה לעיל, התכליות העומדות בבסיס פרק הבריאות בכללותו אינן בבחינת "אינטרס חברתי ראוי שהגשמתו חיונית".

311. מעבר לכך וביחס להסדר השני, קיימת תכלית ספציפית, לאפשר פיקוח של הרגולטור על אופי ההתקשרות בין הרופא למקבל השירות, וזאת במערכת הפרטית (ראה פרק 6.3.ג. לעיל). תכלית זו, כמו תכלית צמצום הוצאות הפרט על רפואה פרטית, אינה בבחינת "אינטרס חברתי ראוי שהגשמתו חיונית", וממילא, כפי שיובהר להלן, תכלית זו אינה מושגת באמצעי שנבחר.

מידתיות הפגיעה

מבחן המשנה הראשון: מבחן ההתאמה

312. האמצעי שנקבע בסעיף 22 לחוק התכנית הכלכלית – העברת שכרו של הרופא דרך המוסד הרפואי בו התבצע הטיפול – אינו מסייע כלל ועיקר להגשמת תכליתו: האמצעי אינו מאפשר לרגולטור לפקח על אופי ההתקשרות בין הרופא למטופל ובדרך זו לסייע ב"מניעת ניצולו של המטופל".

313. ביחס לתכלית הפיקוח נכתב בתזכיר החוק: "מוסדות רפואיים פועלים מתוקף רישיון הקמה שניתן להפעלתם לפי הוראות פקודת בריאות העם, 1940. רישיון ההקמה מוגבל ואינו ניתן לכל אדם שרוצה לבצע פעולות רפואיות, בין אם בתשלום ובין אם לאו. כיום ניתנים שירותים רפואיים רבים במוסדות רפואיים פרטיים במודל של השכרת חדר לרופא המטפל ותשלום ישיר של מקבל

השירות לרופא. מתן השירותים באופן זה אינו מאפשר פיקוח של הרגולטור על אופי ההתקשרות בין הרופא למקבל השירות ופותר פתח לניצול מקבל השירות."

314. ברם, הוראות פקודת בריאות העם ומכלול התקנות שהוצאו מכוחה ביחס לבתי חולים פרטיים ומרפאות פרטיות אינן כוללות מתן סמכות לרגולטור לפקח על "אופי ההתקשרות בין הרופא למטופל" במוסד הרפואי הפרטי, ובכלל זאת על השכר אותו גובה הרופא מהמטופל.

315. עניינה של הרגולציה כאמור בטיב ואיכות הטיפול הרפואי המוענק במסגרת מוסדות אלה. לאסדרה זו אין דבר וחצי דבר עם יכולתו של הרגולטור לפקח על המחירים הנגבים על ידי רופאים עצמאיים המעניקים שירותים למטופלים במסגרת מוסדות אלה.

316. כמו כן, להבדיל ממחירי הטיפולים בבתי החולים הציבוריים, המחירים הנגבים בעבור טיפולים רפואיים במגזר הפרטי אינם מפוקחים ואין חובה לדווח עליהם למשרד הבריאות או משרד האוצר. כדי לבסס אמצעי מתאים על מנת לאפשר פיקוח של הרגולטור על ההתקשרות בין רופא למטופל, היה על המחוקק ליצור מארג הוראות רגולטוריות שלם, שיסדיר את אופן הפיקוח ויקנה סמכויות למימושו. אלא שדבר מכך אינו מופיע בחוק.

317. הפוך והפוך בפרוטוקול ישיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות שדנה בהסדר ולא תמצא כל התייחסות לאופן בו זה יאפשר לרגולטור לפקח על אופי ההתקשרות בין הרופא למטופל ולמנוע את ניצולו.

318. במקום זאת, החוק מעמיד בין הרופא למטופל את המוסד הרפואי הפרטי – גורם פרטי, שמארג האינטרסים המכווין את פעולתו שונה מזה העומד בבסיס פעולתה של רשות שלטונית מקום שזו אוחדת בסמכות פיקוח.

319. נמצא, שההסדר בדבר איסור תשלום ישיר לרופא במוסד רפואי פרטי אינו מקיים את מבחן המשנה הראשון – מבחן ההתאמה. ההסדר מטיל מגבלה משמעותית ביותר על עיסוקם של רופאים במגזר הפרטי ועל חופש ההתקשרות בינם לבין המטופלים, מבלי שיהיה בכך לסייע להשגת תכלית כלשהי ולפיכך דינו להתבטל אך מטעם זה בלבד.

מבחן המשנה השני (האמצעי שפגיעתו פחותה) ומבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר)

320. הגם שדי באמור לעיל ולמען הזהירות, לעניין מבחני המידתיות השני והשלישי נפנה לאמור ביחס לביטול שיטת ה"החזר", ש"דרך המלך" לצמצום ההוצאות הפרטיות על רפואה פרטית היא חיזוק הרפואה הציבורית ושמטרת ההסדר אינן "מקדשות את האמצעי" של פגיעה בזכויות יסוד. כך בפרט, כשאין ודאות שהתכלית תוגשם, ואף קיים סיכוי סביר להניח שיקרה ההיפך הגמור מכך – כי עלויות ה"תיווך" יוגלגלו לעבר המטופלים.

321. נוכח כל האמור לעיל, דין ההסדר בפרק הבריאות בחוק בדבר איסור על תשלום ישיר לרופא במוסד רפואי פרטי – להתבטל.

2.6.4. פרק הבריאות בכללותו: פגיעה בזכות ההתארגנות של הרופאים שאינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה

322. זכות ההתארגנות הוכרה זה מכבר בפסיקה הישראלית כזכות יסוד וכנגזרת של הזכות לכבוד האדם, ומשכך זכתה למעמד של זכות חוקתית הנהנית מהגנה מיוחדת (בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 28.4.2011), סעיף 40):³¹

"חופש ההתארגנות במסגרת ארגון עובדים, מלבד היותו זכות יסוד עצמאית, מגשים את זכות האדם לכבוד: "לארגוני עובדים תפקיד חיוני בהסדרת יחסי העבודה ובקידום זכויות העובדים. באמצעותם מושג איזון בין חולשתו האינדיווידואלית של העובד, לבין עוצמתו הכלכלית של המעביד, וכך נמנע ניצולו לרעה של העובד המוחלש עד כדי פגיעה בכבודו" (חני אופק-גנדלר "ההתארגנות חיילים – האם בשלה העת לתמורה בישראל" משפט וצבא יט 117 (2007)). במישור הבינלאומי נתפסת הזכות להתארגנות כזכות מסגרת המורכבת משלוש זכויות משלימות: הזכות להתארגן; הזכות לנהל משא-ומתן קיבוצי; והזכות לשבות."

323. בנוסף הוכרה זכות ההתארגנות כזכות בת חוקתית של חופש העיסוק (בג"ץ 4179/13 לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 7.7.2014); אהרן ברק כבוד האדם הזכות החוקתית ובנותיה, כרך ב', 852-854 (2014)).

324. בפסק הדין שניתן על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ (עניין גורביץ), עמד כבוד המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין בהרחבה על אופיה של הזכות החוקתית להתארגנות ועל מרכיביה, ביניהם הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי:

"כידוע, זכות ההתארגנות, ובאופן ספציפי זכות ההתארגנות בארגון עובדים, הוכרה זה מכבר בפסיקה כאחת מחירויות הפרט, המהווה הן זכות יסוד עצמאית, הן זכות יסוד המגשימה את הזכות לכבוד האדם. מההוכרה זכות זו כנגזרת של הזכות לכבוד האדם, זכתה למעמד של זכות חוקתית הנהנית מהגנה ... בנוסף, יש שביקשו לראות בזכות ההתארגנות זכות-בת חוקתית של חופש העיסוק – עיגון אפשרי נוסף למעמדה החוקתי ... הזכות החוקתית להתארגנות בארגון עובדים מורכבת מרכיבים שונים, שהוכרו בעיקר בפסיקות בתי הדין לעבודה, וביניהם, הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי והזכות לנהל מאבק ארגוני, ולשם כך אף לנקוט, אם הדבר נדרש, באמצעים ארגוניים ... זכויות אלה לניהול משא ומתן קיבוצי ולמאבק ארגוני, הוכרו בפסיקה כבעלות מעמד נורמטיבי מיוחד, נוכח ההבנה בדבר הכרחיותו של כוח המיקוח הארגוני למימושה המלא של זכות ההתארגנות."

325. כפי שפורט בהרחבה לעיל (פרק ג.4), אפשרות הרופאים לעבוד במסגרת מערכת הרפואה הפרטית במקביל לעבודתם במערכת הרפואה הציבורית, על פוטנציאל ההשתכרות הטמון בכך, הוכרה על ידי בית משפט נכבד זה ועל ידי בתי הדין לעבודה, כחלק בלתי נפרד מתנאי עבודתם בתוך מערכת הרפואה הציבורית. בהתאמה נקבע, שלא ניתן לפגוע בפוטנציאל ההשתכרות של הרופאים בעבודות נוספות ללא ניהול משא ומתן עם הארגון היציג. במסגרת הדיון בבית הדין הארצי המדינה הכירה בחובתה לנהל משא ומתן קיבוצי עם הר"י קודם לאשרור כללים המגבילים את היקף העבודות הנוספות של הרופאים עובדי המדינה.

³¹ ראה גם: תב"ע (ארצי) נה/30-4 "עמית" - הסתדרות עובדים מכבי נ' ההסתדרות הכללית החדשה (פורסם בנבו, 3.9.1995); בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית-הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 27.2.1997); אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך ג', פרשנות חוקתית, עמודים 431-430.

326. והנה בענייננו, מחוקקת המדינה חוק שיש בו כדי לפגוע באופן ישיר ומכוון בתנאי העבודה של הרופאים תוך צמצום הפרקטיקה הפרטית שלהם. לטובת "הוזלת יוקר המחיה", מעניקה המדינה כח יתר לגופים פרטיים חזקים (בין אם זה המוסד הרפואי הפרטי או קופות החולים / חברות הביטוח), על מנת שאלה יובילו לגביית מחירי שירותים נמוכים יותר מצד הרופאים.
327. כך, אחת המטרות של ביטול שיטת ה"החזר" היא להציב גוף מומחה וחזק אל מול הרופאים כדי ליצור "לחץ מחירים כלפי מטה" במילותיו של נציג האוצר, מר יאיר פינס.³² על פי הסדר זה, לגופים המבטחים ניתן שיקול דעת מוחלט אם לכלול ברשימות ההסדר רופא כזה או אחר, מבלי שהוטלה עליהם החובה לשקול שיקולים ענייניים בלבד. כך, רופא עלול למצוא עצמו עם מספר מטופלים נמוך יותר (ככל שלא יכנס להסדר) או בהסדר עם הכנסות שלשיטת האוצר תהיינה נמוכות יותר.
328. כך גם באמצעות איסור תשלום ישיר לרופא מבקש המחוקק להביא לגביית מחירים נמוכים יותר על ידי הרופאים במערכת הרפואה הפרטית, ולשם כך מעניק הוא את כל הכת למוסד הרפואי – לדעת על גובה ההשתכרות של הרופא, להשפיע ולהפעיל לחץ. כך למשל, המוסד הרפואי עשוי להציב תנאים לאפשרויות השימוש של רופא במתקניו, לעניין המחירים אותם הרופא יוכל לגבות עבור שירותיו (יסרב לאפשר לרופא לשכור חדר ניתוח, יאלץ אותו לגבות מחיר אחר מהמטופל תמורת האפשרות לשכור חדר, הכל תוך ניצול כוח היתר שניתן לו על ידי המחוקק).
329. כל זאת לא ניתן לעשות ללא ניהול משא ומתן עם הארגון היציג של הרופאים, העותרת.
330. דו"ק: החובה לנהל משא ומתן קיימת גם מקום בו המדינה פועלת בכובעה כרגולטור. ראה דבריה של כבוד השופטת גליקסמן בסק"כ (ארצי) 40815-07-13 לשכת המסחר תל אביב והמרכז-איגוד לשכות המסחר – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 23.9.2013) (סעיף 6):
- "אין חולק, כי למדינה בכובעה כריבון סמכות לקבוע מדיניות כלכלית, לרבות פתיחת ענף זה או אחר לתחרות או הפרטה. אף אין חולק כי למעסיק הסמכות לקבל החלטות ניהוליות במפעלו, לרבות עריכת שינויים מבניים במקום העבודה. החלטות ממין אלה הן בסמכות המדינה או המעסיק, ולא נדרשת להן הסכמת נציגות העובדים.**
- יחד עם זאת, הלכה היא מימים ימימה, כי ככל שלהחלטות המעסיק, או המדינה, השלכות במישורין או בעקיפים על זכויות העובדים, על תנאי עבודתם וביטחונם התעסוקתי, מוטלת על המדינה או המעסיק, בהתאם לנסיבות ולפי העניין, חובת הידברות עם נציגות העובדים בתום לב, ובהגיונות, כחובות מוגברות ביחסי עבודה בכלל וביחסי עבודה קיבוציים בפרט."**
331. בענייננו פעלה המדינה אמנם בכובעה כרגולטור, אך ביחס לרופאי המדינה היא מחזיקה גם בכובע המעסיק. כך או כך, מוטלת עליה החובה לנהל משא ומתן עם הר"י טרם שינוי ופגיעה בתנאי העבודה של הרופאים.
332. עקיפת חובת ניהול משא ומתן עם הארגון היציג עולה כדי פגיעה ברורה ועמוקה בלב זכות ההתארגנות החוקתית של הרופאים.

³² עמודים 3-4 לפרוטוקול הדיון בוועדת הכספים מיום 22.10.2015.

333. על שימושו של המחוקק באמצעי החקיקה על מנת "לעקוף" את חובת ניהול משא ומתן עם העובדים מקום בו קיימת פגיעה בתנאי עבודה, הושמעה ביקורת רבה הן בפסיקה והן בספרות,³³ ואף לאחרונה על ידי בית המשפט זה בעניין גורביץ (פסקאות מג-מד):

"השאלה המתחדדת מטענות העותרים היא האם במקרים בהם המדינה חובשת כובע כפול, הן של ריבון, הקובע נורמות, הן של מעסיק, והיא משתמשת בכוחה הייחודי כריבון, באמצעות הממשלה והכנסת, לשם יצירת נורמות, שבדרך קבע כמעסיקה היה עליה לשאת ולתת עליהן עם ארגון העובדים היציג, יש משום פגיעה בזכות ההתארגנות. לדידנו התשובה על שאלה זו היא להלכה בחיוב על דרך העיקרון.

*...
הסכנה שבשימוש בחקיקה לשם שינוי תנאי העסקה במקום עבודה מאורגן, היא בהפרת אותו מאזן כוחות שזכות ההתארגנות מבקשת ליצור: בכך נפגע כוח המיקוח של ארגוני העובדים, ובידי המדינה לעקוף את הצורך להגיע עמם להסכמה."*

334. ודוק: בעניין גורביץ נהל משא ומתן בין הממשלה לארגוני העובדים היציגים, והצדדים אף הגיעו להסכמות. הגם שכך קבע בית המשפט כי משא ומתן שנערך כש"חרב החקיקה" על צווארם של העובדים, אינו מרפא כשלעצמו את עצם הפגיעה בזכות ההתארגנות. זאת, הואיל ומשא ומתן מעין זה נעשה תוך שלילת כוחו האפקטיבי של ארגון העובדים (פסקה מד). הדברים נכונים מקל וחומר בענייננו, שעה שלא נהל כל משא ומתן.

335. הנה כי כן, חוק התכנית הכללית פגם ביכולתם של הרופאים להפעיל את הכוח הקיבוצי הנתון להם ולדרוש את חלקם בעיצובה של רפורמה, שיש בה כדי לשנות ולפגוע בתנאי עבודתם. נעבור לבחינת מבחני פסקת ההגבלה.

מבחני פסקת ההגבלה

336. נבחן להלן את עמידתה של הפגיעה בזכות להתארגנות בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה הן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והן בחוק יסוד: חופש העיסוק, שעה שכאמור, זכות ההתארגנות הוכרה כנגזרת/זכות בת חוקתית של חוקי יסוד אלה.

337. על תנאי פסקת ההגבלה הראשון (בחוק), השני (ערכיה של מדינת ישראל) והשלישי (תכלית ראויה) עמדנו בהרחבה לעיל. להלן נטען שהפגיעה בזכות ההתארגנות אינה עומדת במבחן המידתיות, על שלושת מבחניו, ובכלל זאת כי קיים אמצעי מידתי יותר.

מבחן המשנה הראשון: מבחן ההתאמה

338. כפי שפורט בהרחבה לעיל, אין שום בטחון שהאמצעי שנבחר הן בביטול שיטת ה"החזר" והן באיסור על תשלום ישיר לרופא, ישיג את התכלית של הוזלת יוקר המחיה, ומנגד מובטח שתיפגענה אפשרויות התעסוקה של רופאים במערכת הרפואה הפרטית.

³³ ראה למשל פרשת חוק הנמלים (ס"ק (ארצי) 12/03 רשות הנמלים נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 10.10.2003)) במסגרתה אף ניתן לצו הקפאת הליכי חקיקה המשנים את תנאי העבודה; ליאור אבו ונורית ענבל המדינה כמעסיק וכריבון – מקרה מבחן ראשון בעקבות חוק הנמלים הארת דין א(3) 188 (תשס"ה); מרדכי (מוטי) מירוני השימוש בחקיקה לפגיעה בזכויות הסכמיות ולהשגת שינויים מבניים – היבטים של דיני עבודה ויחסי עבודה, עבודה, חברה ומשפט י(269 (תשס"ד)).

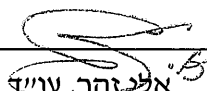
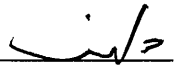
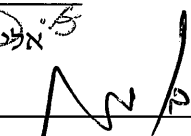
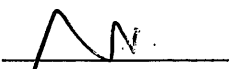
מבחן המשנה השני: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

339. לעניין הפגיעה בזכות ההתארגנות, אכן קיים אמצעי שפגיעתו פחותה: בד בבד עם קידום הליך החקיקה, ניהול משא ומתן עם הר"י בדבר השלכות החקיקה על תנאי העבודה של הרופאים.
340. ודוק: בהחלטת ממשלה 408 מיום 5.8.2015 (עמ' 7), שעניינה ביישום החלטות הממשלה כפי שנקבעו בהצעת התקציב, נקבע בסעיף 3 כי ייהחלטות הנוגעות לעובדים יתבצעו בהתאם לכללי משפט העבודה ולהסכמים קיבוציים, אם ישנם.
341. כך היה נכון שיעשה בעניינו, עת ברור שלפרק הבריאות בחוק השלכה ישירה על פוטנציאל ההשתכרות של הרופאים (ונציגי המדינה אומרים זאת בפה מלא בדיונים בוועדות) ובהינתן שאך כמה חודשים קודם לכן התחייבה המדינה בהליך אחר לנהל משא ומתן קיבוצי בכל הנוגע לכללים המצמצמים את אפשרויות ההעסקה של הרופאים עובדי המדינה במערכת הבריאות הפרטית.
342. זאת ועוד. לו היה פרק הבריאות נחקק בהליך חקיקה רגיל, שאינו "חפז" "מזורז" "מואץ" כהליך חקיקה המאפיין את חוק ההסדרים, או אז היה גם פרק זמן מספק לקיים הידברות אמיתית עם הר"י ולעמוד על הפגיעה שטומן בחובו החוק ביחס לרופאים. כפי שהוחלט לפצל את הוראת החוק בעניין "תקופת הצינון", ראוי היה שייקבע כך ביחס להוראות האחרות מושא עתירה זו, אשר מהוות יחד עם ההוראה שפוצלה חלק מרפורמה כוללת המחייבת הידברות עם הארגון היציג של הרופאים.
- מבחן המידתיות במובן הצר
343. אשר לספק הרב בדבר התועלת שתצמח מהשינויים המעוגנים בפרק הבריאות בחוק, ראה המפורט לעיל. אשר לנזק שעלול להיגרם לזכות ההתארגנות של הרופאים, הרי שהנזק הוא מוחלט, משלא התקיים ראשית משא ומתן עם הר"י, הכח הארגוני אוין לגמרי וכך התקבלה רפורמה המשנה מהיסוד את אפשרויות ההעסקה של הרופאים מבלי שהיתה להם זכות אמיתית להשפיע ולעצב אותה אחרת.
344. למען הסר ספק ייאמר, כי השתתפותם של נציגי הר"י בדיונים בוועדות הכנסת ודאי אינה בבחינת מימוש וראשית מימוש של הזכות למשא ומתן קיבוצי כחלק מזכות ההתארגנות. כח המיקוח של הארגון אינו בא לידי ביטוי באופן זה כלל ועיקר, והדברים ברורים.
345. אשר על כל האמור בפרק זה, פרק הבריאות בחוק התכנית הכלכלית פוגע בזכות ההתארגנות של הרופאים פגיעה שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ולפיכך דינו להתבטל.

ה. סוף דבר

346. אשר על כל האמור לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש ברישא לעתירה זו, ולהפוך את הצו על תנאי למוחלט כפי שימצא לנכון.
347. כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות הליך זה, לרבות שכ"ט עו"ד ומע"מ כחוק.

348. עתירה זו נתמכת בתצהירו של ד"ר ליאוניד אידלמן, יו"ר העותרת.

 ארנה לין, עו"ד	 אלעד כהן, עו"ד
 תמר וינטר-קמר, עו"ד	 נגה רובינשטיין, עו"ד
 אורטל מנדלאוי, עו"ד	 גולדפרב זליגמן, עו"ד
ארנה לין ושות', משרד עורכות דין	
אלעד כהן, עו"ד	
נגה רובינשטיין, עו"ד	
גולדפרב זליגמן ושות', משרד עורכי דין	
ב"כ העותרת	

118\187\157