

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 9198/02

בפני :

כבוד השופט מ' נאור
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט י' אלון

העותרים :

1. ההסתדרות הרפואית בישראל
2. ארגון רופאי המדינה
3. ד"ר נחום ורבין
4. לשכת עורכי הדין

נ ג ד

המשיבים :

1. היועץ המשפטי לממשלה
2. נציב שירות המדינה
3. שר הבריאות

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה :

א' באב התשס"ז (16.07.07)

בשם העותרים 3-1 :

עו"ד אלי זהר ועו"ד ענבל זוהר
עו"ד דורון דינאי
עו"ד אופירה דגן

בשם העותר 4 :

בשם המשיבים :

פסק-דין

השופט י' אלון:

1. בסעיף 42.434(א) לתקשי"ר קבועה ההוראה דלהלן :

"לרופא עובד המדינה אסור לתת חוות דעת רפואית שעשויה לשמש ראיה נגד המדינה או אחד ממוסדותיה, בהליך שהמדינה או אחד ממוסדותיה צד לו. איסור זה חל גם אם חוות הדעת תינתן במסגרת עיסוקו בעבודה פרטית או בפרקטיקה פרטית שאושרה לו" (להלן: הוראת האיטור).

העותרים 3-1 (ההסתדרות הרפואית לישראל, ארגון רופאי המדינה וד"ר נ'

ורבין), טוענים בעתירתם כי הוראת האיטור הנ"ל :

"פוגעת בזכות הגישה לערכאות של אזרחי המדינה, פוגעת בחופש העיסוק של הרופאים עובדי המדינה, והיא בלתי סבירה באופן קיצוני ונגועה בשיקולים זרים ובמטרות זרות והיא מנוגדת לחוק יסוד: חופש העיסוק".

לאור כל זאת, טוענים העותרים כי דין הוראת האיסור להתבטל.

לימים הצטרפה לשכת עורכי הדין כעותרת נוספת לעתירה, ואף היא מצטרפת לעיקר טענות העותרים 1-3, ובעיקר לטענה בדבר הפגיעה הנטענת של הוראת האיסור בזכות הגישה לערכאות.

ביום 4.9.03 הוצא צו על תנאי. בדיונים שקדמו להוצאת הצו על תנאי, בישיבות נוספות לאחר מכן ובין לבין, ניסו הצדדים להגיע להסדר מוסכם שייתר את הצורך בהכרעה שיפוטית בעתירה. משלא עלה הדבר בידם נדונה העתירה לגופה, ומכאן פסק דין זה.

2. טענותיהם הרבות והסדורות של העותרים מתכנסות בסופם של דברים לשני ראשי טענה.

הראש הראשון – פגיעתה הנטענת של הוראת האיסור בחופש העיסוק של הרופאים עובדי המדינה על כל המשתמע מפגיעה שכזו. הזכות הנפגעת היא זכות היסוד הנטענת של אותם הרופאים לעסוק במקצועם ללא מגבלות.

הראש השני – פגיעתה הנטענת של הוראת האיסור בכל מי מבני הציבור הנדרש לחוות דעת רפואית בהליכים משפטיים שהמדינה צד להם.

על פי הטענה, מונעת הוראת האיסור בעד כל אותם מתדיינים – בפועל או בכוח – מלקבל חוות דעת ממומחים רפואיים, שהינם עובדי מדינה. בכך נפגעת זכותם של המתדיינים ליומם הראוי בדין, ונחסמת בעדם האפשרות למצות את דינם וריבם תוך הסתייעות בחלק נכבד ומשמעותי מהרופאים המומחים בישראל.

המשיבים טוענים כנגדם, כי הוראת האיסור נועדה למניעת פגיעה באינטרס המדינה כמעבידתם של הרופאים העובדים בשירותה ולמניעת ניגוד אינטרסים בלתי מנע בין היותו של הרופא – נותן חוות הדעת – עובד המדינה, מחד גיסא, ומומחה רפואי בשירות התובע אותה, מאידך גיסא.

הוראת האיסור מצמצמת אמנם את מאגר המומחים הרפואיים העומד לשירותם של בעלי הדין התובעים את המדינה, אולם מאגר זה כולל מומחים רפואיים רבים שאינם עובדי מדינה, לרבות רופאים עובדי מדינה שפרשו לגימלאות.

המשיבים מוסיפים ומבהירים, כי לצד הוראת האיסור נקבעה ועדת חריגים שהוסמכה לאשר פניות פרטניות במקרים המצדיקים זאת, כמפורט בסעיף 42.434(ג) לתקשי"ר, כדלהלן:

"(ג) מנהל המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה והמנהל הכללי של משרד הבריאות, או מי שהוסמך לכך על ידו, ישמשו ועדת חריגים לעניין זה. רופא מומחה המבקש לתת חוות דעת רפואית יפנה לוועדה ויבקש את אישורה. הוועדה תברר את נסיבות העניין, את מומחיות המבקש ואת קיומם של מומחים נוספים בתחום הנדון. הוועדה תבדוק אם ניתן להגיש את חוות דעתו של המומחה בהסכמה בין הצדדים.

כמו כן תיבדק האפשרות שהרופא יתן את חוות דעתו כחלק מעבודתו בשירות המדינה, והתמורה עבור חוות דעתו תועבר לאוצר המדינה. הוועדה תאשר מתן חוות דעת כמבוקש, אם שוכנעה:

1. שהרופא המבקש הוא מומחה יחיד או מומחה יחיד הניתן להשגה שהוא עובד המדינה;
2. במקרים מיוחדים – אם אין הרופא המבקש מומחה יחיד – מנימוקים שיירשמו."

לטענת המשיבים, ועדת החריגים מקימה את האיזון הפרטני הנדרש באותם המקרים, נקובי השם, בהם עלולה הוראת האיסור לפגוע פגיעה של ממש בבעל דין המבקש למצות את יומו בערכאות המשפט, ואשר ייקשה עליו לעשות זאת מבלי חוות דעת רפואית של רופא בשרות המדינה.

ב. האמנם פגיעה בחופש העיסוק

3. הוראת האיסור, מעצם היותה כזאת, מגבילה את חופש העיסוק של כל מי מרופאי המדינה המעוניין לערוך חוות דעת רפואית העשויה לשמש ראיה נגד המדינה

עבור בעל דין במשפט שהמדינה צד לו. זו היא תוצאתה הבלתי נמנעת של הוראת איסור.

עם זאת, הזכות לחופש העיסוק, כזכויות יסוד אחרות, אינה מוחלטת והיא ניתנת להגבלה או לצמצום בהתנגשה בזכויות ובאינטרסים נוגדים או בערכי יסוד אחרים.

ככל שהדברים אמורים בכלל עובדי המדינה, הגבלת חופש העיסוק בעניינם גורפת הרבה יותר, כפי שהדברים נקבעו בתקנה 42.401 לתקשי"ר:

"איסור לעבוד עבודה פרטית"

עובד מדינה הממלא תפקיד מטעם המדינה ומקבל את שכרו מאוצר המדינה, חייב להקדיש את כל תשומת ליבו למילוי התפקיד שנתמנה לו. לכן, אין עובד רשאי לעסוק בכל עבודה פרטית מחוץ לתפקידו, אלא אם קיבל היתר לכך, כמפורט להלן בפרק משנה זה."

לעניין זה נפסק ע"י השופט (כתוארו אז) מ' שמגר:

"מי שמבקש לשרת בשירות המדינה, חייב לקבל על עצמו את המגבלות והסייגים הנובעים מכך, ואין לקבל בשום פנים ואופן את הגישה לפיה יכול עובד מדינה ששכרו משולם מקופת הציבור, לדחוק חובתו כלפי שירות המדינה לקרן זוית ולחפש עיסוקים נוספים כאוות נפשו" (עש"מ 4/80 חנוכי נ' נציב שירות המדינה, פ"ד לו(2) 81, 84 (1980)).

ובהמשך הדברים:

"המחוקק ביקש להנהיג פיקוח כללי על העבודות אותן מבצע עובד הרשות, נוסף לעבודתו בעיריה. על כן ביקש למנוע לא רק ניגוד אינטרסים מהותי אלא גם תחרות אינטרסים. היינו, מצב בו מוסר העובד את מירב תשומת הלב והמסירות לעיסוק אחר הדורש לפי מהותו וטיבו זמן ומאמץ, במקום לשקוד על התפקיד עבורו הוא מקבל שכר מלא מקופת הציבור ...

במציאות כגון זו מוכרח העובד להיקלע להתנגשות של נאמנויות. זאת, לאו דווקא עקב אינטרסים מנוגדים כפשוטו, אלא בשל הצורך להכריע מעת לעת בשאלה למה יקדיש את זמנו ואת מחשבתו."

בעניינם של רופאים עובדי מדינה נקבעו בתקשי"ר מספר הוראות המתירות עבודה או עיסוק מחוץ ובנוסף לעבודתם בשרות המדינה.

בסעיף 42.43 הותר לרופא בשירות המדינה לעסוק גם בפרקטיקה פרטית, כפוף לאישור מנכ"ל משרד הבריאות, ובלבד ש:
 א. ההיתר לא יהיה לשעות העבודה הנהוגות במקום עבודתו של הרופא;
 ב. בעיסוק בפרקטיקה הפרטית לא ישתמש הרופא בציוד או ברכוש שהועמדו לרשותו מטעם עבודתו כרופא בשירות המדינה.

והתנאי הנוסף והחשוב לענייננו:

"ג. רופא אינו רשאי לעסוק בפרקטיקה פרטית אם יש בכך משום התנגשות אינטרסים עם תפקידו או עם עבודתו בשירות או אם עלול להיווצר מצב כזה" (סעי' 42.431(ה)(1)).

4. הוראת האיסור דנן (סעי' 42.434) עניינה כאמור באיסור החל על רופא בשרות המדינה לערוך חוות דעת רפואית "העשויה לשמש ראיה נגד המדינה או אחד ממוסדותיה בהליך שהמדינה או אחד ממוסדותיה צד לו", וזאת "גם אם חוות הדעת תינתן במסגרת עיסוקו בעבודה פרטית או בפרקטיקה פרטית שאושרה לו".

עמדת המשיבים בתגובתם הינה, כי תכליתה של הוראת איסור זו הינה במניעת התנגשות אינטרסים העשויה לנבוע ממתן חוות דעת שכזו.

ואמנם בהוראת סעיף 42.431(ה)(1) לתקשי"ר, שצוטטה לעיל, מצאנו סייג מפורש האוסר עבודה פרטית של רופא בשרות המדינה כל אימת ש"יש בכך משום התנגשות אינטרסים עם תפקידו או עם עבודתו בשירות, או אם עלול להיווצר מצב כזה".

אין חולק כי מניעת מצב של ניגוד אינטרסים מהווה תכלית ראויה המצדיקה הגבלת עיסוק פרטי נוסף של עובד מדינה באשר הוא, לרבות רופאים בשירות המדינה. אלא שטוענים העותרים, כי במתן חוות דעת רפואית בגדרו של הליך משפטי אין חשש להיווצרות ניגוד אינטרסים, זאת הואיל וחוות דעת שכזו ניתנת מכוח יכולתו וסמכותו הרפואית והמקצועית של הרופא, ועל כן מעצם טיבה היא מבטאת הבעת עמדה מקצועית ואובייקטיבית.

טענה זו מניחה ביסודה כי חוות דעת של מומחה רפואי המוגשת מטעם צד מהצדדים להליך שיפוטי אינה כרוכה בנקיטת עמדה או בהטיית לב למי מהצדדים. ומכיוון שכך, אין חשש לניגוד אינטרסים ברופא בשרות המדינה הנותן חוות דעת רפואית לבעל דין כשהצד שכנגד היא המדינה.

ברם, הדברים אינם כך. בשיטת משפטנו האדברסרית בה נושא כל אחד מבעלי הדין בנטל ההוכחה לצדקת טענותיו, חוות דעת של מומחה המוגשת מטעמו מהווה חלק מראיותיו של אותו הצד. לדוגמה, פלוני התובע בית חולים ברשלנות רפואית, יתמוך תביעתו בחוות דעת מומחה רפואי מטעמו התומכת בטענותיו. בית החולים הנתבע ינסה בדרך כלל להדוף התביעה בחוות דעת רפואית מטעמו, שתבקש להפריך את חוות הדעת מטעם התובע או להחליף ממסקנותיה.

גם אם נצא מתוך הנחה אוטופית כי חוות הדעת המנוגדות נערכו על ידי עורכיהן מתוך אובייקטיביות צרופה וטהורה וללא נטית הלב או הדעת לאינטרסים של מזמיני (ומשלמי) חוות הדעת – עדיין לא יוסר בכך החשש למראית עין של ניגוד אינטרסים.

דא עקא, ראייה מפוכחת של הדברים וניסיון החיים השיפוטי מלמדים כי הנטייה, במקרה הטוב, וההטיה, במקרה הפחות טוב, טבועות בדרך כלל בגופן של חוות דעת שכאלה.

5. על טיבן ה"סובייקטיבי" והמוטה של חוות דעת רפואיות המוגשות מטעמו של אחד מבעלי הדין, עמדה השופטת ט' שטרסברג-כהן בדבריה ברע"א 6401/00 לה נסיונל, חברה לביטוח נ' סאלח (פ"ד נה(3) 97, 99 (2001)):

"בתביעה המובאת על פי חוק הפיצויים (לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975), אין החוק מתיר להציג בפני מומחה הממונה מטעם בית המשפט חוות דעת של מומחה מטעם אחד הצדדים ...

שני טעמים מרכזיים לכלל זה. האחד, תכלית ההסדר שבחוק, שלפיו בהעדר קביעה על פי דין ימונו מומחים רפואיים על ידי בית המשפט. הסדר זה נועד להפסיק את המירוץ להשגת חוות דעת 'פרטיות' ולהגשתן 'מטעם', דבר המביא לבזבוז משאבים ולבזבוז זמן.

לעתים יש פערים משמעותיים ובלתי מוסברים בין חוות הדעת השונות ולהכבדה על עשיית צדק ועל בירור הדברים לאשורם. ניסיון להכניס 'חוות דעת מטעם' בתביעות כאלה, הוא ניסיון להכניס בדלת האחורית אל תוך מסגרת ההתדינות בבית המשפט את 'חוות הדעת מטעם' שאותן ביקש ההסדר להוציא מן הדלת הקדמית. הטעם השני הוא, כי יש לאפשר למומחה להגיע למסקנות באופן עצמאי, נייטרלי, ובלי להיות מולעט בחומר חד צדדי ומושפע מחוות דעת חד צדדיות".

רופא מומחה המגיש חוות דעת רפואית מטעם אחד הצדדים להתדיינות, ותמורת תשלום מאותו הצד, מזוהה בכך – לפחות למראית עין הרואים והמעורבים – כנוקט בעמדה המוטה סובייקטיבית לטובת מזמין חוות הדעת.

בעניין שונה – אם כי בעל מכנה משותף – נפסק כי רופא מומחה הנוהג לתת חוות דעת בשכר לקצין התגמולים, נפסל מעצם כך מלשמש כחבר בועדות רפואיות על פי חוק הנכים. והדברים בוארו על ידי הנשיא מ' שמגר בטעמים הבאים:

"פסלותו של חבר ועדה כנ"ל אינה נובעת מכך שיש מקום להסקת מסקנה אישית קונקרטית לפיה אכן הושפע חבר הועדה מעובדת קיומם של קשרים כמתואר לעיל עם קצין התגמולים. הטעם לפסילה נובע מן האפשרות בדבר קיומה של דעה קדומה, העלולה להשפיע מדעת או שלא מדעת על עמדתו של האדם כלפי אחד מן הצדדים המופיעים לפניו ...

... מן ההכרח להסיק, כי אדם סביר, שהיה יודע שחבר הועדה הנקרא להחליט בעניינו הוא גם מי שמחוה דעתו, מידי פעם, תמורת כסף לצד שכנגד, היה רשאי להעלות חשש סביר שמא ייטה חבר ועדה כנ"ל בהחלטתו, ביודעין או שלא ביודעין, לכיוונו של מי שמבקש ממנו מידי פעם שירותים מקצועיים תמורת תשלום" (רע"א 5258/90 קצין התגמולים נ' אינגבר, פ"ד מה(3) 591, 595 (1991)).

בדברים האמורים לעיל לא באנו לגרוע חלילה ממקצועיותם ומכישוריהם של מומחי הרפואה המחווים דעתם מטעמו של בעל דין. גם לא באנו כמובן להטיל דופי חלילה ביושרתם ובהגינותם. כל שבאנו לאמר הוא, כי לא ניתן להתייחס לחוות דעת המוגשת "מטעם" – ותמורת תשלום – כאל חוות דעת אובייקטיבית חסרת נטיה, מדעת או שלא מדעת, לטובת האינטרס של מזמין חוות הדעת והמשלם בעד עריכתה.

צידו השני של המטבע הינו, כי מומחה רפואי הנותן חוות דעת מטעמו של אחד מבעלי הדין, ימצא עצמו, מטבע הדברים, בהתנגשות אינטרסים או באפשרות של התנגשות אינטרסים עם הצד השני. התנגשות אינטרסים שכזו תתרחש שעה שקיימת מערכת של יחסי אמון או תלות בין המומחה לבין הצד השני, כאשר דוגמה מובהקת לכך תהיה שעה שהרופא המומחה הינו עובדו של הצד השני.

רופא בשרות המדינה הנותן חוות דעת של מומחה לבעל הדין התובע את המדינה (או הנתבע על ידה) מעמיד בכך את עצמו מניה וביה בהתנגשות אינטרסים עם מעבידתו, המדינה, ולמצער עלול הוא להיקלע למצב שכזה.

התנגשות אינטרסים זו, או האפשרות להתרחשותה, יכולה להתבטא במספר מישורים. ראשית, בלעומתיות שבה ימצא את עצמו נותן חוות הדעת עם בעל הדין שכנגד, המדינה, שהינה מעבידתו, אשר לה חב הוא אמונים. לעומתיות זו יכול ותתבטא בנקיטת עמדה המנוגדת לנוהלי עבודה והנחיות מקצועיות המחייבות את נותן חוות הדעת. היא גם יכולה לבוא לידי ביטוי בהתעמתות עם חבריו למקום העבודה, עם נושאי תפקידים הממונים עליו או עם נושאי תפקידים הכפופים לו.

התנגשות אינטרסים זו, או האפשרות להתרחשותה, מהווה תכלית ראויה להגבלת חופש העיסוק שבהוראת האיסור דנן.

היא גם תחומה במידתיות הראויה. ככל שהדברים אמורים ברופאים בשרות המדינה, מצאנו כי על פי התקשי"ר צומצמה בעניינם הוראת האיסור הכללי החלה על עובדי מדינה לעסוק בעיסוקים נוספים. הוראת האיסור דנן הינה אחת מהגבלות חופש העיסוק, וזאת כאמור מתוך התכלית האמורה ובהיקף הדברים שפורט לעיל.

גם אילו אמרנו לבחון את הוראת האיסוק שבתקשי"ר באספקלריה של הוראת חיקוק – להבדיל מהיבטו ההסכמי של התקשי"ר – מסקנתנו היתה כי בהינתן איזון האינטרסים המפורט לעיל – על תכליותיו ועל מידתיותו – עומדת היתה הוראת האיסור גם בתנאי סעיף ההגבלה שבסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק (לאופיו הרב-מהותי של התקשי"ר, ראו ע"א 376/67 נ' מדינת ישראל, פ"ד כא(2) 689, 653 (1967); וכן פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בע"ע (ארצי) 105/05 אורון – מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם, 14.5.06)).

ג. האמנם פגיעה בזכות הגישה לערכאות

7. הוראת האיסור מצמצמת בהכרח את מאגר המומחים הרפואיים הרשאים לערוך חוות דעת רפואיות מטעם צדדים להליכים משפטיים שהמדינה הינה בעלת דין בהם. העותרים המקוריים – וביתר שאת העותרת הנוספת – לשכת עורכי הדין, מוצאים בכך נימוק שמכוחו דין הוראת האיסור להתבטל.

נבהיר בפתח הדברים, כי בבחינה המושגית אין המדובר בפגיעה ב"זכות הגישה לערכאות", שכן הזכות הנפגעת איננה זכות הגישה לערכאות – אם כתובע ואם כנתבע – אלא צמצום מאגר המומחים הרפואיים הפוטנציאלי מתוכו יכול בעל הדין לבור לו את המומחה הרפואי מטעמו.

מכוח הבחנה מושגית זאת, נשמט מאליו טיעונם של העותרים לעניין הפגיעה כביכול שפוגעת הוראת האיסור בזכות הגישה לבית המשפט או לטריבונלים אחרים בהליכים בהם ניצבת כנגדם המדינה. זכות הגישה של אותם בעלי הדין אינה נפגעת בכי הוא זה. טיבה של הפגיעה הפוטנציאלית הנובעת מהוראת האיסור לאותם בעלי דין אינה בזכות הגישה שלהם לערכאות אלא בצמצום מאגר המומחים הרפואיים מתוכם יוכלו לבחור את המומחה שיגיש חוות דעת מטעמם.

בבחינה המושגית של הדברים איננו עוסקים איפוא בבחינת סיווגה של זכות הגישה לערכאות כזכות יסוד חוקתית או כזכות יסוד במדרג נמוך יותר, ועל כן ההפניות לעניין זה שבכתבי העתירה אינן ממין העניין. עם זאת, מוכנים אנו לצאת מן ההנחה כי הוראת האיסור טומנת בחובה מגבלה מסויימת על יכולות מיצוי ההליך המשפטי של אותם בעלי הדין.

מגבלה שכזו מהווה גם היא פגיעה בזכויותיהם של בעלי דין שאינה יכולה להעשות בשרירותיות, מבלי טעם ותכלית ראויים וגם זאת באיזון ובמידתיות הנדרשים.

8. בפרק הקודם מצאנו כי הוראת האיסור נועדה לתכלית ראויה. לאמור, מניעת התנגשות אינטרסים אצל הרופאים בשרות המדינה או האפשרות להתנגשות שכזו. תכלית זו עומדת גם במשוואה הנוכחית שבינה לבין פגיעת הוראת האיסור בפוטנציאל היכולת של בעלי הדין למיצוי ריבם המשפטי מול המדינה. וגם כאן השאלה הדורשת את התשובה הינה בבחינת המידתיות והאיזון שבין שתי התכליות המנוגדות.

מבחן המידתיות לעניין זה הינו בראש וראשונה במאטריה העובדתית של היקף מאגר המומחים הרפואיים בכללו ואחוז המומחים מתוכו שהינם רופאים בשרות המדינה.

הצדדים לעתירה דנן לא הביאו בפנינו נתונים ומסמכים לעניין זה, לא לעניין כלל "המומחים הרפואיים" בישראל ולא לעניין הפילוח וההתפלגות בתחומי המומחיות הרפואיים השונים. מן המוסכמות הוא, כי חלק לא מבוטל מהמערך הרפואי בישראל מצוי במסגרת בתי החולים הממשלתיים או במסגרות רפואיות אחרות שבשליטת או בניהול המדינה. הרופאים המומחים העובדים באותן המסגרות נמנים כמובן על הרופאים בשרות המדינה שהוראת האיסור חלה עליהם. אולם גם זאת מן המפורסמות, כי לצד בתי החולים ומוסדות הרפואה הממשלתיים פועלות במדינה מסגרות רפואיות שאינן בשליטת או בבעלות המדינה, ובעיקר כאלה השייכים לקופות החולים השונות ולמסגרות רפואה אחרות.

המומחים הרפואיים שבכל אלה – ומן הסתם רבים הם – אינם רופאים בשרות המדינה, והוראת האיסור לא חלה עליהם. זאת ועוד, לא מעטים הם המומחים הרפואיים – ומהשורה הראשונה – שפרשו לגימלאות מעבודתם בשרות המדינה ואשר גם עליהם לא חלה הוראת האיסור. לאמור, על אף צמצום מאגר המומחים הפוטנציאליים עקב הוראת האיסור, סביר יהיה להניח כי יתרת מאגר המומחים מאפשרת לבעלי הדין מציאת מומחה רפואי לעריכת חוות דעת מטעמם אשר הוראת האיסור אינה חלה עליו.

ברמת הבחינה הכללית – מצב דברים זה יוצר את האיזון הראוי בין תכליתה של הוראת האיסור מחד גיסא, לבין הותרת מערך נגיש של מומחים רפואיים לעריכת חוות הדעת, מאידך גיסא.

9. אכן, יתכן ובתחומי מומחיות רפואיים מסוימים יימצא אותו האיזון רעוע. זאת, היה ובתחום מומחיות רפואי מסוים חלק משמעותי או אפילו מכריע מהמומחים נמנה דווקא על רופאים שבשירות המדינה. פתרון למצב דברים זה נקבע בתקשי"ר בדמות ועדת החריגים הפועלת מכוח סעיף 42.434 (ג) אשר צוטט בפתח הדברים לעיל.

ועדת החריגים הוסמכה ליתן אישור לרופא בשרות המדינה לערוך חוות דעת רפואית, בנסיבות הנדונות בהוראת האיסור, אם יימצא כי במקרה הנדון אותו הרופא

הינו "מומחה יחיד" או "מומחה יחיד הניתן להשגה שהוא עובד מדינה" או "במקרים מיוחדים – אם אין הרופא מומחה יחיד – מהנימוקים שיירשמו".

הסדר זה של ועדת החריגים מבטא איזון פרטני ואינדבידואלי סביר וראוי לאותם המקרים בהם הוראת האיסור מצמצמת באופן משמעותי את מאגר המומחים הרפואיים הפוטנציאלי העומד לרשות בעלי הדין.

מינוי מומחים מטעם בית המשפט וזימון רופאים לעדות

10. המשיבים בתגובתם ובכתב התשובה מבהירים כי הוראת האיסור מתייחסת, כמפורט בה, לחוות דעת רפואית הנערכת מטעם בעל דין בהליך שהמדינה צד לו. אין הוראת האיסור חלה שעה שהמומחה הרפואי מתמנה על ידי בית המשפט כמומחה מטעמו. היא גם אינה חלה שעה שמומחה רפואי בשרות המדינה מוזמן למתן עדות, להבדיל מעריכת חוות דעת של מומחה מטעם בעל הדין.

הבחנות אלה מתבקשות מתוך מהותן השונה והנפרדת של חוות דעת של מומחה הנערכת מטעם בעל דין לבין חוות דעת של מומחה המתמנה על ידי בית המשפט ומטעמו. הן גם מתבקשות מתוך ההבחנה הבסיסית שבין הסיטואציה בה רופא בשרות המדינה מגיש חוות דעת של מומחה מטעם בעל הדין לבין הסיטואציה בה הוא מוזמן להעיד, שלא כמומחה כאמור, אלא על דברים שראה או שמע או ידע.

סיכום

11. לאור האמור והמפורט לעיל, מסקנתנו הינה כי הוראת האיסור נושא עתירה זו נועדה לתכלית ראויה, ומידת פגיעתה בחופש העיסוק של הרופאים בשרות המדינה וביכולת מיצוי ההליך המשפטי של בעלי הדין הינה מידתית ומאוזנת. למקרי הקצה נמצא לנו האיזון הראוי בועדת החריגים.

לאור זאת, אציע לחברי למותב כי נדחה את העתירה.

השופטת מ' נאור:

1. הוראת תקנון שירות המדינה (להלן: התקשיר) העומדת למבחן לפנינו אוסרת על רופאים עובדי מדינה לתת חוות דעת רפואית שעלולה לשמש ראיה נגד המדינה בהליך שהמדינה היא צד לו. הוראה זו היא חלק מהסדר מיוחד ושלם שחל על רופאים עובדי המדינה הקבוע בתקשיר.

2. פרק 42.4 לתקשיר קובע כי על רופאים עובדי מדינה אסור לעבוד בעבודה פרטית (להלן: הכלל). פרק משנה 42.41 לתקשיר קובע כי רופאים עובדי מדינה יהיו רשאים לקבל היתר לעבודה פרטית בתנאים מסויימים (להלן: חריג עבודה פרטית). פרק משנה 42.43 קובע את הנהלים החלים בחריג העבודה הפרטית, כאשר סעיף 42.434 מבחין בין פרקטיקה פרטית (שהיא עבודה הנעשית על ידי הרופא בקליניקה פרטית משלו) לבין עבודה פרטית (שהיא עבודה הנעשית על ידי הרופא כשכיר במוסד רפואי או בגוף חיצוני). סעיף 42.433 שהוא הסעיף נשוא עתירה זו קובע כי על רופא עובד מדינה, שקיבל היתר לעבודה פרטית, חל איסור לתת חוות דעת רפואית העלולה לשמש ראיה נגד המדינה בהליך שהמדינה היא צד לו, וזאת בין אם בפרקטיקה פרטית ובין אם בעבודה פרטית (להלן: ההוראה).

3. ההסתדרות הרפואית בישראל (להלן: העותרת) טענה כי יש לבטל את ההוראה כיוון שהיא פוגעת בחופש העיסוק. להליך הצטרפה בשלב מאוחר יותר לשכת עורכי הדין (להלן: הלשכה), שטענה כי יש לבטל את ההוראה מטעם אחר – פגיעה בזכות הגישה לערכאות (טענה זו הופיעה גם בעתירת ההסתדרות הרפואית). ביום 4.9.2003 ניתן צו על תנאי (כב' השופטים דורנר, גרוניס וחיות). משכשלו נסיונות הפשרה נדרשנו להכרעה עקרונית בעתירה.

4. כדעת חברי השופט אלון גם לדעתי יש לדחות את העתירה בכל הנוגע לטענה המתבססת על פגיעה בחופש העיסוק. ואולם, לדעתי יש לקבל את העתירה באופן חלקי באותם עניינים בהם קיימת פגיעה בלתי-מידתית בזכות הגישה לערכאות. במישור המעשי קבלת העתירה היא בתחום מצומצם בלבד משום שהפגיעה בזכות הגישה לערכאות קיימת בהקשר מצומצם בלבד. הפער, הלכה למעשה, ביני לבין חברי הוא קטן. דרכי המשפטית לבחינת תקפות ההוראה שונה מדרכו של חברי, ובמקרים מסוימים, הכל כפי שיפורט, יש מקום לדעתי לתוצאה שונה מזו שאליה הגיע חברי. אעמוד אפוא על פרטי הדברים.

חופש העיסוק – האם ההוראה נוגדת את תקנת הציבור?

5. לטענת ההסתדרות הרפואית בישראל חופש העיסוק של הרופאים נפגע, כיוון שהאיסור על מתן חוות דעת הוא הגבלה על עיסוק חופשי ברפואה הכולל גם מתן חוות דעת רפואיות. לטענה כי מדובר בהגבלה הקבועה בתנאי עבודה שהרופא הסכים להם, משיבה העותרת כי ההגבלה חלה על הרופא בעבודה הפרטית שלו, בשעות העבודה מחוץ לעבודתו בשירות המדינה, ולפיכך מהווה התערבות של המדינה בעיסוקו הפרטי. לטענת העותרת דין ההוראה להתבטל מחמת היותה "גורפת" והיא אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד: חופש העיסוק. לטענתה ניתן להשיג את תכלית האיסור באמצעי שפגיעתו פחותה, כגון איסור על רופאים עובדי מדינה לתת חוות דעת רפואית בתביעות הקשורות במחלקה בבית החולים בו עובד הרופא נותן חוות הדעת.

6. לדעתי המסגרת המשפטית לבחינת תקפות ההוראה, בהקשר של פגיעה בחופש העיסוק של הרופאים, איננה פסקת ההגבלה החוקתית אלא תקנת הציבור כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). לעניין הפגיעה בחופש העיסוק של הרופאים עובדי המדינה, המעמד המשפטי של ההוראה בתקשיר הוא של הוראה אישית בהסכם עבודה בין המדינה כמעביד לרופא כעובד. מדובר בבחינה של הוראה בחוזה על פי המבחנים המקובלים במשפט הפרטי:

"חוזה עשוי להגביל את חופש העיסוק... ההתנגשות בין חופש העיסוק לבין חופש החוזים נפתרת על ידי 'איזון פנימי' בין שני הערכים. איזון זה אינו נשלט על ידי פסקת ההגבלה" (אהרן ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 195, 199 (1994) (להלן: ברק חופש העיסוק)).

אבאר.

המעמד המשפטי של התקשי"ר

7. התקשיר הותקן על-ידי נציב שירות המדינה תוך שימוש בסמכויות שהוענקו לו בהחלטה קנ"ד של ממשלת ישראל שנתקבלה ביום 27.12.1950 (רות בן-ישראל "מהותן ותוקפן של הוראות התקשי"ר בעניין הטיפול בסכסוכי עבודה בשירות המדינה הפרקליט לד 456, 457 ה"ש 7 (1982) (להלן: בן-ישראל)). המדינה הצהירה, בהסתמך על סעיף 01.013 לתקשיר, כי "התקשי"ר מהווה אוסף של הוראות ממקורות

נורמטיביים שונים (חקיקה, הסכמים קיבוציים, והוראות חד צדדיות שמוציא המעביד) החלות על עובדי המדינה". הצהרה זו אינה מבססת מסלול משפטי אחד ויחיד לביקורת שיפוטית על תקפות הוראות בתקשיר. לעניין זה נפסק כי "כדי לקבוע מה המעמד והתוקף של הוראה מסוימת בתקשיר, יש צורך לקבוע, תחילה, מה המקור של אותה הוראה" (בג"ץ 1086/94 צוקר נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מט(1) 139, פס' 8 לפסק דינו של השופט זמיר (1995) (להלן: פרשת צוקר); יצחק אליאסוף "התקשיר" – הסכם עבודה? הפרקליט כד 345, 351 (1968)).

8. לכאורה, מקורה של ההוראה הנדונה הוא במכתב שכתב היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר יצחק זמיר, ליו"ר ארגון הרופאים עובדי המדינה בשנות השמונים. אולם השוואת נוסח מכתבו של היועץ המשפטי להוראת התקשיר מלמדת שהוראת התקשיר רחבה יותר ממכתב היועץ המשפטי והיא מהווה למעשה "שיכתוב" והשלמה של מכתב היועץ המשפטי ולא עיגונו בלבד. וכך כתב היועץ המשפטי לממשלה:

"גם רופא שהינו עובד המדינה אינו מנוע בשום מקרה מלהיקרא כעד לבית המשפט ולהעיד על פי ידיעתו ונסיונו גם אם העדות מכוונת נגד המדינה. המגבלה היחידה היא שאסור לרופא בשירות המדינה לקבל במקרה כזה שכר טרחה או שכר אחר. כלומר, אין מחלוקת בשאלה אם רופא בשירות המדינה רשאי לתת עדות רפואית נגד המדינה בבית המשפט, אלא רק בשאלה אם הוא רשאי לקבל על כך שכר טרחה או שכר אחר כתמורה לעבודה פרטית".

לעומת זאת, בתקשיר נקבע בהוראה הנדונה (42.434):

מתן חוות-דעת רפואית

(א) לרופא עובד המדינה אסור לתת חוות-דעת רפואית שעשויה לשמש ראיה נגד המדינה או אחד ממוסדותיה, בהליך שהמדינה או אחד ממוסדותיה צד לו. איסור זה חל גם אם חוות-הדעת תינתן במסגרת עיסוקו בעבודה פרטית או בפרקטיקה פרטית שאושרה לו;

(ב) רופא יכול להעיד על עובדות הידועות לו אישית בנוגע לטיפול בחולה. עדות זו על מצב בריאותו של החולה, אפשר שתיתן בעל-פה או בתעודה רפואית לפי פקודת הראיות, שתכלול ממצאים של בדיקה ולעיתים גם המלצה או הוראות בדבר טיפול;

(ג) מנהל המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה והמנהל הכללי של משרד הבריאות, או מי שהוסמך לכך על ידו, ישמשו ועדת חריגים לעניין זה. רופא מומחה המבקש לתת חוות-דעת רפואית, יפנה לוועדה ויבקש את אישורה.

הוועדה תברר את נסיבות העניין, את מומחיות המבקש ואת קיומם של מומחים נוספים בתחום הנדון. הוועדה תבדוק אם ניתן להגיש את חוות-דעתו של המומחה בהסכמה בין הצדדים. כמו כן, תיבדק האפשרות שהרופא ייתן את חוות-דעתו כחלק מעבודתו בשירות המדינה, והתמורה עבור חוות-דעתו תועבר לאוצר המדינה.

- הוועדה תאשר מתן חוות-דעת כמבוקש, אם שוכנעה:
1. שהרופא המבקש הוא מומחה יחיד, או מומחה יחיד הניתן להשגה שהוא עובד המדינה;
 2. במקרים מיוחדים - אם אין הרופא המבקש מומחה יחיד - מנימוקים שיירשמו.

נוכח השוני בין הנחיית היועץ המשפטי לממשלה לבין הוראת התקשיר, אין לומר כי ההוראה היא במעמד של "הנחיה מינהלית" של היועץ המשפטי לממשלה. לדעתי ההוראה בתקשיר – ככל שהיא פוגעת באפשרות של הרופאים עובדי המדינה ליתן חוות דעת רפואית – היא במעמד של הוראה אישית בהסכם העבודה של הרופאים עובדי המדינה. לעמדה זו יש עיגון בפסיקת בית משפט זה ובפסיקת בית הדין הארצי לעבודה.

9. כידוע הפרת הוראה בתקשיר היא עבירת משמעת (סעיף 17(2) לחוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 498 (1996) (להלן: זמיר הסמכות המינהלית)). השופטת ביניש קבעה, בדין יחיד, בערעור על החלטת בית הדין למשמעת של עובדי המדינה, כי הוראות התקשיר המתייחסות להסדרי העבודה הפרטית של הרופאים עובדי המדינה שהם כמובן צד לתקשיר – ובכללן ההוראה הנדונה – הן הסדר כולל המהווה חלק מתנאי העבודה בחוזה עבודתם של הרופאים עובדי המדינה. השופטת ביניש הדגישה כי הוראת התקשיר היא חלק מתנאי העבודה המוסכמים עם ארגוני הרופאים:

"ההוראות הנוגעות לפרקטיקה הפרטית הן בבחינת דין מיוחד הנוגע לרופאים, דין שאינו כולל בתוכו את כלל ההסדרים הנוגעים לעבודה פרטית בשירות המדינה. הוראות התקשיר המתייחסות להסדרי העבודה הפרטית של רופאי המדינה הן חלק מתנאי העבודה המוסכמים עם ארגוני הרופאים, והן יצרו עבור הרופאים הסדר מיוחד המעניק להם לענין זה הטבות על פני עובדי מדינה אחרים... כעולה ממכלול הוראות הרלוונטיות בתקשיר, ההוראות המסדירות את התנאים למתן היתר לעיסוק בפרקטיקה פרטית ובעבודה פרטית על ידי הרופאים בשירות המדינה הן הוראות ממצות הקובעות הסדר כולל" (עש"ם 1062/01 הורן נ' נציבות שירות המדינה,

פ"ד נה(4) 1, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ביניש
((2001)).

10. לשיטתו של הנשיא שמגר "הוראותיו של התקשי"ר הן בגדר תנאים בחוזה העבודה של כל עובד מדינה" וכי "לעניין זה אין נפקא מינה אם מגדירים את התקשי"ר כהסדר קיבוצי שהוראותיו מהוות תנאי מכללא בחוזה העבודה או כהסכם מפורש" (בג"ץ 826/89 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מג(4) 745, 748 (1989); ראו גם בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, פס' 5 לפסק דינו של השופט ברק (1979)).

11. גישה זו מעוגנת גם בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה. השופט צור החיל אף הוא את הגישה על כל הוראות התקשי"ר:

"יש לזכור כי התקשי"ר אינו מקור משפטי לזכויות מכח עצמו בלבד. התקשי"ר אינו אלא אוסף של הוראות בעניין תנאי שירותם של עובדי מדינה אשר מקורן בהוראות חוק, בחקיקת משנה, בהסכמים קיבוציים או הסדרים קיבוציים למיניהם, בהוראת מינהל ועוד. התקשי"ר הוא מסמך רשמי המוצא על ידי נציבות שירות המדינה. מכלול הוראותיו - על אף הרבדים השונים של הנורמות המשפטיות העומדות בבסיסו - משקף את תנאי השירות והשכר של עובדי המדינה לתפקידיהם ולדירוגם ומהווה אגד של זכויות וחובות ביחסי העבודה החוזיים שבין עובדי המדינה למעסיקתם. כמסמך רשמי המוצא על ידי המינהל הממשלתי, חזקה על התקשי"ר שהוראותיו משקפות נאמנה את הסדרי המקור העומדים בבסיסו. עם זאת, במקרה של ספק או אי בהירות, ניתן לפנות אל הוראות המקור ולבחון אותן, לעמוד על טיבן וללמוד מהן על תוכנה המדויק של הוראת תקשי"ר. אין צורך לאמר כי המבקש לטעון למשמעות מסוימת של הוראת תקשי"ר על יסוד מסמך המקור - עליו עול ההוכחה" (ע"ע 105/05 אורון נ' מדינת ישראל - מינהל מקרקעי ישראל, פס' 10 לפסק הדין של השופט צור (לא פורסם, 14.5.2006); ראו גם דב"ע נו/3-182 המדכו הרפואי שערי צדק נ' ד"ר פרט, פס' 21 לפסק דינו של השופט אליאסוף (לא פורסם, 24.10.1996)).

דברים אלה מקובלים עלי ולו לצורך קביעת המסלול המשפטי לבחינת טענת הרופאים עובדי המדינה לפגיעה בחופש העיסוק. המדינה לא שללה זאת ובעצמה ציינה כי הוראות התקשי"ר הן בגדר תנאים בחוזה העבודה של כל עובד מדינה אשר התקשי"ר חל עליו" (סעיף 69 לכתב התשובה של המדינה מיום 15.3.2004).

12. לסיכום: הוראה בתקשיר הקובעת את תנאי העבודה של הרופאים עובדי המדינה היא אפוא הוראה אישית בהסכם העבודה של כל רופא ורופא עובד מדינה (שהוא צד להסכם העבודה). מדובר בהסדר כולל על יתרונותיו וחסרונותיו שהרופאים עובדי המדינה הסכימו לו עם מינויים כעובדי מדינה. מקום בו טוען עובד מדינה כי הוראה בתקשיר פוגעת בזכות יסוד שלו, יש לראות בהוראה תנאי בחוזה העבודה בין המדינה לעובד המדינה. אשר על כן, המסלול המשפטי לבחינת תוקפה וחוקיותה של הוראת התקשיר שלענייננו יהיה בדיני החוזים, על פי אמת המידה המקובלת לבחינת הסדר חוזי המגביל זכות יסוד, ובענייננו, הסדר המגביל את חופש העיסוק במהלך יחסי העבודה.

13. איני נדרשת בעתירה הנוכחית להכריע בשאלת המעמד המשפטי של כל הוראות התקשיר. ענייננו בשאלת המעמד של ההוראות בתקשיר הקובעות הסדר כאמור לרופאים עובדי המדינה. אעיר, כי ניתן לראות בתקשיר חוזה עבודה לעניינים מסוימים והנחייה מינהלית או מעין תקנה לעניינים אחרים. לעיתים יש לראות בתקשיר אקט הסכמי (ראו יצחק אליאסוף "עובדי הציבור בישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 59, 77 (2005)). בהקשר ההסכמי יש הרואים בתקשיר הסדר קיבוצי (ראו דפנה ברק, 372 בה"ש 6) חד-צדדי (ראו גולדברג חופש העיסוק, 242) או דו-צדדי (בן-ישראל, 472, 474-475). לעיתים יש לראות בתקשיר אקט שלטוני (ראו יואב דותן הנחיות מינהליות 47, 104-105 (1996) והאסמכתאות שם; ראו גם זמיר הסמכות המינהלית 773).

על מבנה זה של התקשיר עמד השופט לנדוי עוד בשנות החמישים, בבג"ץ 13/57 צמוקין נ' בית הדין המשמעתי לעובדי המדינה, פ"ד יא 856, 866 (1957) (להלן: פרשת צמוקין)). השופט לנדוי קבע כי התקשיר "מהווה חוזה עבודה בין הממשלה ובין עובדיה" וכי ישנן הוראות בתקשיר המחייבות "מחמת היותן חלק מחוזה העבודה" (שם, 864). בהמשך דבריו הוסיף כי "עם זאת אני רואה בהוראות התקשיר גם הודעה מטעם הממשלה ומטעם השרים המוסמכים, בה הם מודיעים על קו הפעולה שינחה אותם, בבואם להשתמש בסמכויותיהם המשמעתיות הנתונות להם בחוק" (שם, 866).

לענייננו כאמור תקנת הציבור היא המסלול המשפטי לבחינת תקפות הוראה בתקשיר הפוגעת בחופש העיסוק של הרופאים עובדי המדינה.

14. ודוק: כאשר הוראה בתקשיר פוגעת בצד שלישי לתקשיר, ניטל מרכיב ההסכמה והמסלול המשפטי לבחינת תקפות ההוראה – ככל שהיא נוגעת לצד השלישי לתקשיר – איננו עוד בתקנת הציבור. אם ההוראה הפוגעת קרובה למעמד של חקיקה והזכות

הנפגעת היא זכות חוקתית, תיעשה הבחינה במישור המשפט החוקתי. אם ההוראה הפוגעת קרובה למעמד של החלטה של רשות מבצעת, תיעשה הבחינה במישור המשפט המינהלי והמשפט החוקתי. כפי שאראה להלן, לענייננו דרישת המידתיות משותפת לבחינה במישור המשפט המינהלי ובמישור המשפט החוקתי. לכך יוקדש החלק השני של פסק דיני, שעניינו בטענה שנפגעת זכות הגישה לערכאות של הציבור הנזקק לחוות דעת רפואית.

תקנת הציבור

15. נקודת המוצא העקרונית לבחינת תוקפה של התחייבות או תניה בהסכם המגבילה את חופש העיסוק הינה הוראת סעיף 30 לחוק החוזים הקובעת כי הסכם הנוגד את תקנת הציבור הוא בטל (ע"א 6601/96 AES SYSTEM INC נ' סער, פ"ד נד(3) 850, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000) (להלן: פרשת סער); ע"א 6378/03 "אגד" - אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' מורון, פ"ד נט(5) 920, פס' 7 לפסק דיני (2005) (להלן: פרשת מורון)). עמדה על כך פרופ' שלו:

"סעיף 30 [לחוק החוזים], הקובע פסלותו של חוזה הנוגד את תקנת הציבור, הוא הבסיס הסטטוטורי לבחינתו – ולעיתים גם להצהרת בטלותו – של חוזה המגביל את חופש העיסוק" (גבריאלה שלו "חופש העיסוק וחופש החוזים" ספר מנחם גולדברג 486, 497 (2001) (להלן: שלו חופש העיסוק וחופש החוזים; ראו גם מנחם גולדברג חופש העיסוק והגבלתו 174 (1999) (להלן: גולדברג חופש העיסוק)).

תקנת הציבור משקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית באשר לרמה הראויה של התנהגות ביחסים חוזיים. היקפה הוא תוצר של האיזון הראוי בין ערכיה של שיטת המשפט, תפיסותיה היסודיות והמטרות והאינטרסים שלה בגדרי המשפט הפרטי (שם, פס' 8). בעניין זה נפסק כי "ההכרעה בשאלה, אם הגבלה על חופש העיסוק, שהוטלה בחוזה פלוני, עומדת במבחנה של תקנת הציבור, חייבת להתבסס על האיזון בין שני ערכים מרכזיים: חופש העיסוק מזה, וחופש ההתקשרות בחוזה מזה" (ע"א 672/96 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' רכטמן, פ"ד נג(5) 25, פס' 14 לפסק דינו של השופט מצא (1999); שלו חופש העיסוק וחופש החוזים, 497). העובדה כי מדובר בתקשיר ולא בחוזה רגיל אינה משנה את שיקולי ההכרעה העקרוניים (שם, פס' 15), מה גם שבענייננו ניתן לראות, כאמור, את ההוראה כהוראה אישית בחוזה העבודה של הרופא עובד המדינה.

נדון אפוא באיזון בין חופש העיסוק ובין חופש החוזים.

חופש העיסוק – היקף

16. העותרת טענה כי ההוראה פוגעת בחופש העיסוק של הרופאים עובדי המדינה. בכדי לבחון טענה זו יש להגדיר את היקף הזכות לחופש העיסוק. נפסק כי חופש העיסוק נפגע "אם נקבעים תנאים (סובייקטיביים או אובייקטיביים) לכניסה לעיסוק, מקצוע או משלח יד או תנאים הקובעים את חופש המימוש של העיסוק, המקצוע או משלח היד" (בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999) (להלן: פרשת לם); ראו גם בג"ץ 5026/04 דיזין 22 - שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רע"נ היתרי עבודה בשבת - אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 4.4.2005) (להלן: פרשת שארק דלוקס); על ההצדקות שביסוד חופש העיסוק ראו גולדברג חופש העיסוק (201).

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, שהחלטה שלטונית תשפיע על רצונם של פרטים להתקשר עם פלוני" (פרשת לם, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא ברק).

היקף הזכות לחופש העיסוק משתרע הן על כניסה חופשית לתוך עיסוק והן על ביצוע חופשי של עיסוק (בג"ץ 4264/02 שותפות המגדלים אעבלין נ' המועצה המקומית אעבלין, פס' 15 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (לא פורסם, 12.12.2006) (להלן: פרשת אעבלין); ברק חופש העיסוק (200). הוא חל על גם על אופן מימוש העיסוק (פרשת לם, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא ברק); בג"ץ 4330/93 גאנן נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996) (להלן: פרשת גאנן)). אכן, הגבלה על אופן המימוש של העיסוק היא פגיעה בהיקף חופש העיסוק, גם אם נראה בה פגיעה עקיפה ובדרגה קלה יותר. עמד על כך פרופ' ברק:

"כל הסדר המטיל הגבלות על חופש המימוש או הביצוע של עיסוק, מקצוע או משלח יד, מהווה הסדר המגביל את חופש העיסוק... הוא הדין באשר להגבלות על שעות עבודה ותנאי העסקה" (ברק חופש העיסוק 203).

עמדה על כך גם השופטת ביניש:

"נראה כי ראוי לאמץ את הגישה שלפיה ככל שהפגיעה נוגעת לשלילת עיסוק או למניעת כניסה לעיסוק, כך עשויה היא להיחשב קשה וחריפה יותר מפגיעה באופן מימוש העיסוק, וזאת נוכח הפגיעה החמורה יותר בחופש הבחירה של האדם ובזכותו לאוטונומיה אישית... נדגיש כי 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" (בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ביניש (2002); השוו ברק חופש העיסוק 209-208).

והשופטת פרוקצ'יה:

"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, פס' 21 לפסק הדין (לא פורסם, 7.12.2006)).

17. על רקע זה יש לראות בהגבלה על היקף המימוש של העיסוק, במהלך יחסי העבודה, גם אם היא מתייחסת לעיסוק לאחר שעות העבודה אצל המעביד, פגיעה עקיפה בחופש העיסוק (ראו יצחק לובוצקי "הדילמה הניהולית בעת אימוץ הזכות החוקתית לחופש העיסוק" מאזני משפט ג' 235, 237-239 (2004) (להלן: לובוצקי הדילמה הניהולית), ובמיוחד בעמ' 243 ביחס להוראות התקשיר החלות על הרופאים עובדי המדינה; יצחק לובוצקי חוזה עבודה וחכיות העובד פרק 11 עמ' 5-7 (2006) ובמיוחד בעמ' 8 ביחס להוראות התקשיר החלות על עבודה נוספת; א"ד חרמון "תקנת הציבור והגבלות על חופש העיסוק באספקלריה של הפסיקה הישראלית והאנגלית" ספר יצחק כהן 393, 411 (מ' אלון, מ' בן זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ ומ' לנדוי עורכים,

1989); וכן באופן כללי גולדברג חופש העיסוק 248; וביחס לרופאים עובדי המדינה מילר מעמדו המשפטי של הרופא (516-517) אך השוו לפסיקה קודמת של בית הדין הארצי לעבודה בדב"ע לה/ 9-52 גבע נ' ועדת הביקורת המרכזית של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פד"ע ז 253, פס' 15 ו-17 לפסק הדין (1975)).

גבולות היקף הזכות לחופש העיסוק שורטטו בין הקצוות הללו: מחד, כדי שחופש העיסוק ייפגע אין זה מן ההכרח שהזכות עצמה תישלל (בג"ץ 9596/02 פיצוי נמרץ המומחים למימוש זכויות רפואיות וביטוחים נ' שר המשפטים, פ"ד נח(5) 792, פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיא אור (2004) (להלן: פרשת פיצוי נמרץ)). מאידך, לא כל פגיעה באינטרס עסקי עולה כדי פגיעה בחופש העיסוק (בג"ץ 5064/03 לשכת סוכני ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נח(3) 217, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ביניש (2004); ראו גם בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, פס' 7 לפסק דינה של השופטת חיות (לא פורסם, 25.3.2007)) אף שבאחרונה הובעה הדעה כי "זכות זו, מקום שעניינה בעיסוק מסחרי שמבקש לעצמו אדם, מתייחסת גם ליכולת לשלוח בו יד בתנאים של כדאיות כלכלית" (בג"ץ 8035/07 אליהו נ' ממשלת ישראל, פס' 4 לפסק דינו של השופט לוי (טרם פורסם, 21.5.2008) (להלן: פרשת אליהו)). לעניין היקף הזכות לחופש העיסוק במשפט העברי ראו פרשת מורון, פס' (5) לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

18. חוק יסוד: חופש העיסוק, הקובע את חופש העיסוק כזכות חוקתית, אינו מגדיר מהו "עיסוק". פרופ' אהרן ברק הציע להגדיר עיסוק כ"פעילות מתמשכת העשויה לשמש בסיס לחיים... לא נדרשת לשם כך תכלית כלכלית, ואף לא נדרש שהדבר יביא תועלת חברתית. לא נדרש גם שיהא זה הבסיס היחיד או העיקרי לחיים" (ברק חופש העיסוק 201). בענייננו מתעוררת השאלה מהו עיסוק ברפואה. האם מתן חוות דעת רפואיות הוא עיסוק ברפואה? לדעתי התשובה חיובית. סעיף 1 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז-1976 מגדיר "עיסוק ברפואה" כ" בדיקת חולים ופצועים, אבחונם, ריפויים, מתן מרשם להם, פיקוח על נשים בזיקה להיריון וללידה, או שירותים אחרים הניתנים בדרך כלל מידי רופא". מתן חוות דעת רפואיות הוא שירות הניתן בדרך כלל מידי רופא. אכן, הגדרת עיסוק ברפואה היא הגדרה מתפתחת בהתאם לזמן ולמקום. הגדרת העיסוק ברפואה איננה צמודה לדימוי המסורתי של רופא: "הדימויים המסורתיים של מקצוע אינם קובעים את היקפו. מקצוע מסורתי עשוי לשנות את אופיו. חופש העיסוק תואם קדמה והתפתחות בתחום העיסוק" (ברק חופש העיסוק 202). הדימוי המסורתי של הרופא, בעצמו, הוא דימוי מתפתח מתוך מגמה המרחיבה את תחומי הרפואה כמקצוע חופשי, הן ביחס לתחומי העיסוק והן ביחס לתבנית ההעסקה

(ראו אריה מילר "מעמדו המשפטי של הרופא: המצוי והרצוי משפטים טז 510, 512-513 (1987) (להלן: מילר מעמדו המשפטי של הרופא). בעת המודרנית גם הקשר בין רפואה ומשפט מתהדק, ועמו הצורך בחוות דעת רפואיות מידי רופאים מומחים (ראו סעיף 8 לפקודת הרופאים; אמנון כרמי בריאות ומשפט 701, 711 (2003) (להלן: כרמי)).

19. ההוראה הנדונה פוגעת פגיעה עקיפה בחופש העיסוק ברפואה של הרופא עובד המדינה. הפגיעה איננה בהגבלת עצם הכניסה לעיסוק – הרופא עובד המדינה עוסק ברפואה. הפגיעה היא בצמצום מרכיב מסוים במימוש, ביצוע והגשמת העיסוק ברפואה, והכוונה למרכיב של מתן חוות דעת רפואיות נגד המדינה. הגבלה היא על חופש העיסוק כיוון שההסדר הקבוע בהוראה מונע מהרופא עובד המדינה לעסוק במסגרת העבודה הפרטית שלו במתן חוות דעת רפואיות, ובכך מגבילה את פעילותו בתחום עיסוקו במרכיב של חוות הדעת הרפואיות. עם זאת, פגיעה עקיפה זו היא פגיעה בעוצמה חלשה, אם תרצו – De Minimis – כיוון שהיא אינה מגבילה מרכיב מהותי ונכבד מעיסוקו של הרופא עובד המדינה, הגם שזהו מרכיב ששיעור התגמול עבורו הוא גבוה (השוו פרשת לם, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק; והשוו להערתה של השופטת ביניש באותה פרשה). בנוסף, מרכיב מתן חוות הדעת הרפואיות לא נפגע מלוא היקפו, כיוון שהרופא עובד המדינה רשאי ליתן חוות דעת בין מטעם המדינה בין כמומחה מוסכם ובין כמומחה מטעם בית המשפט בתיקים להם המדינה היא צד, וכמובן רשאי הוא ליתן חוות דעת כרצונו בתיקים שהמדינה אינה צד להם (ראו סעיף 66 לכתב התשובה של המדינה מיום 15.3.2004). לעוצמת הפגיעה בחופש העיסוק – ובמקרה זה לחולשתה – יש חשיבות בקביעת עוצמת ההגנה על הזכות במסגרת תקנת הציבור.

חופש העיסוק – מידת ההגנה

20. קביעת מידת ההגנה הניתנת לזכות לחופש העיסוק (להבדיל מקביעת היקף הזכות), תיקבע על פי תוצאת האיזון בין הזכויות והערכים המתנגשים. האיזון האופקי בין זכויות במשפט הפרטי שונה מזה הנערך במשפט הציבורי, שכן הוא מביא בחשבון גם את חופש החוזים. עמד על כך פרופ' אהרן ברק:

"השוני הבסיסי נובע, בין השאר, מתוך כך שבתחום המשפט הפרטי יש להתחשב בערך בדבר חופש החוזים וליתן לו משקל נכבד. אכן, אנו מאפשרים לפרטים - בתחומים ידועים ומוגדרים - לוותר במידת מה (אך לא באופן מלא או מהותי) על זכויות היסוד שלהם. ויתור זה - המוצא ביטוי בחוזה - משפיע, מטבע הדברים, על

'נוסחת האיזון' הראויה בין הערכים השונים. איזון זה שונה הוא מהמקובל במשפט הציבורי, שכן הפגיעה בזכות האדם במסגרתו אינה מבוססת על רצונו של הנפגע, אלא על כוח שלטוני" (אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163, 196 (1993) (להלן: ברק זכויות אדם מוגנות)).

חופש החוזים – היקף

21. עקרון חופש החוזים, ולצידו ערך האוטונומיה של הרצון הפרטי, מחייבים ליתן משקל לרצון ולהסכמה של הרופא עובד המדינה, בקבלו את מינויו, לתנאי העבודה הקבועים בתקשיר. הוראות התקשיר מעניקות הטבות לצד הגבלות, והעובד שהסכים לחוזה העבודה בכללותו והצטרף לשירות המדינה אינו רשאי ליהנות אך מההטבות ולזנוח את ההגבלות (ניתן לראות בצד זה של המתרס גם את חופש העיסוק של המעסיק, שאינו חייב להעסיק את העובד רופא המדינה בכל מחיר וללא תנאי, ואת הפרוגטיבה הניהולית שלו בניהול עסקו). על חשיבות ההסכמה לתקשיר כחוזה עבודה עמד השופט ברנזון:

"ישנו יסוד מספיק לקבוע כי הוראות התקשיר הן בגדר תנאים בחוזה העבודה של כל עובד מדינה, במידה שהן מתייחסות אליו. מן המפורסמות כי המדינה והעובדים גם יחד נוהגים על-פי הוראות התקשיר ומקבלים עליהם את דינן. הוראות אלה מעניקות שורה שלמה של טובות הנאה לעובדי המדינה. חזקה על המערער כי נהנה מהן בתקופת שירותו, ועל כן גם אינו יכול להתנער מן ההגבלות שבאותן הוראות לגבי הנאות אלה" (ע"א 376/97 נוריאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד כא(2) 689, 693 (1967); ראו גם דיון נא/ 148-3 (ארצי) צור גיסלר בע"מ נ' כהן, פד"ע כג 115, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא גולדברג (1991)).

חופש החוזים נזכר כעקרון יסודי וזכות יסודי והדברים ידועים (ראו גולדברג

חופש העיסוק 189-188, 193-192).

חופש החוזים – מידת ההגנה

22. חברי השופט אלון הביא בהקשר זה (פס' 3 לפסק דינו) מדבריו של השופט שמגר, לפיהם "מי שמבקש לשרת בשירות המדינה חייב לקבל על עצמו את המגבלות והסייגים, הנובעים מכך" (עש"מ 1/82 חנוכי נ' נציב שירות המדינה, פ"ד לו(2) 81, פס' 7 לפסק דינו של השופט שמגר (1982) (להלן: פרשת חנוכי)).

23. עם זאת, דברים אלה אינם סותמים את הגולל על טענת העותרת לפגיעה בחופש העיסוק. ראשית, דברי השופט שמגר נאמרו ביחס לעובד שעבד בעבודה פרטית מבלי שהוענק לו היתר לכך, וזאת בשונה מענייננו, בו כבר ניתן היתר לעבודה פרטית אך נקבע לו סייג. שנית, הדברים נכתבו בטרם עוגן חופש העיסוק בזכות יסוד חוקתית. הזכות החוקתית לחופש העיסוק (במשפט הציבורי) מחלחלת למשפט הפרטי ומגבירה את משקלה באיזון האופקי שהיה מקובל בעבר:

”באין תחולה ישירה במשפט הפרטי לזכות החוקתית של חופש העיסוק, אין הפגיעה בה, כשלעצמה, הופכת את החוזה הפרטי לחוזה שתוכנו ”בלתי-חוקי“ כמשמעות הדיבור הזה בסעיף 30 לחוק החוזים. מן הצד האחר, השפעתה, האמצעית אמנם, של הזכות אשר שוריינה בחוקי היסוד, מוצאת לה ביטוי בעת שבאים לבחון תניה חוזית באמת המידה של תקנת הציבור” (ע”א 3156/98 בן ישי נ’ ויינגרטן, פ”ד נה(1) 939, פס’ 12 לפסק דינו של השופט ריבלין (1999) (להלן: פרשת בן-ישי); ראו גם ברק חופש העיסוק (199); גולדברג חופש העיסוק 175, (194).

על החלת ערכי יסוד מן המשפט הציבורי למשפט הפרטי ראו: אהרן ברק ”זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי“ ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (1993); דנג”ץ 4191/97 רקנט נ’ בית הדין הארצי לעבודה, נד(5) 330, פס’ 35 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000); ובאחרונה בג”ץ 4948/03 אלחנתי נ’ שר האוצר, פס’ 17 לפסק דינה של השופטת חיות (טרם פורסם, 15.6.2008).

מידת ההגנה שתינתן לחופש החוזים אינה עולה כדי מלוא היקפו של חופש החוזים. חופש החוזים הוא מרכיב באיזון בין הערכים המתנגשים. זהו מרכיב משמעותי באיזון אך לא תוצאת האיזון. תוצאת האיזון תיקבע לפי אמות המידה של תקנת הציבור ולפיה ניתן יהיה לשרטט את מידת ההגנה שתינתן לחופש החוזים.

תקנת הציבור - איזון אופקי בין חופש העיסוק לחופש החוזים

24. האם ההוראה מגשימה איזון ראוי בין הזכויות המתנגשות? אמת המידה לאיזון האופקי בין חופש העיסוק לחופש החוזים כזכויות יסוד חוקתיות, בגדרי תקנת הציבור במשפט הפרטי, היא אמת מידה של סבירות: ”הגבלה חוזית על חופש העיסוק של העובד לא תפגע ב’תקנת הציבור’ אם ההגבלה היא סבירה מבחינת האינטרסים של הצדדים ומבחינת אינטרס הציבור” (פרשת סער, פס’ 14; שלו חופש העיסוק וחופש

החוזים 497). נפסק כי הגבלה של חופש העיסוק של העובד תהיה תקפה רק אם היא מגינה על אינטרסים לגיטימיים של המעביד: "השאלה הרלבנטית הינה, מהם האינטרסים ששיטת המשפט רואה אותם כלגיטימיים - מבחינת הצדדים והציבור - אשר תניות להגבלת חופש העיסוק מגינות עליהם כדין" (פרשת סער, פס' 15, ופס' 31; עוד על מבחן האינטרס הלגיטימי של המעביד ראו: מנחם גולדברג "הגבלת חופש העיסוק של עובד מכח חוזה" מחקרי משפט ה', 7, 27 (1987); גולדברג חופש העיסוק 194); גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5, 24-26 (2008)).

25. אמת המידה בדבר "אינטרסים לגיטימיים של המעביד" נקבעה ביחס לתניה המגבילה את חופש העיסוק של העובד לאחר סיום עבודתו. לדעתי ראוי להחילה גם לבחינת תקפות תניה המגבילה את חופש העיסוק של העובד במהלך עבודתו אצל המעביד. אינטרסים לגיטימיים של מעביד קיימים לאחר סיום העבודה, ובוודאי גם במהלך העבודה. השוני בתקופת ההתייחסות – סיום יחסי העבודה לעומת מהלכם – מחייב שוני ביישום העקרון אך לא בעצם העקרון: ראשית, הדבר מאפשר להכיר באינטרסים לגיטימיים אחרים של המעביד המתאימים (ואף ייחודיים) לתקופת מהלך יחסי העבודה. שנית, כאשר מדובר בתניה המגבילה את חופש העיסוק במהלך העבודה "הנטייה לכבד את ההגבלות שמטיל המעביד על חופש העיסוק תגבר" (פרשת פרנס, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ביניש). זאת משני טעמים: הראשון הוא עוצמתו של חופש החוזים, שהרי הצדדים נמצאים בעיצומה של מערכת יחסים חוזית (ראו והשוו גולדברג חופש העיסוק 245). השני הוא חולשתו של השיקול לפיו העיסוק הנוסף הוא מקור מחייתו של האדם, שהרי העובד נמצא בחוג העבודה והוא ממשיך להתפרנס מעבודתו הראשית. הסכנה לפרנסתו היא פחותה בהשוואה להגבלת עיסוק לאחר יחסי העבודה, שאז ההגבלה היא על יכולת העובד להשיג מקור פרנסה חלופי. בענייננו ההגבלה איננה מוציאה את מי שחייב לקיימה ממעגל המשתכרים לפרנסתם, אלא מגבילה את חופש העיסוק במתחם מצומצם של מימוש העיסוק (ראו והשוו גולדברג חופש העיסוק 196, 226).

אינטרס לגיטימי – יחסי אמון וחובת נאמנות למדינה כמעביד

26. המדינה הצביעה על אינטרס לגיטימי המצדיק את ההגבלה הקבועה בהוראה לתקופת מהלך עבודתו של הרופא כעובד מדינה, והוא רצונה שהרופא עובד המדינה לא יפר את יחסי האמון הקיימים בין הצדדים (המדינה ורופא המדינה). חובת הנאמנות של העובד למעבידו היא אינטרס לגיטימי של המעביד. זהו אינטרס לגיטימי במיוחד תוך כדי יחסי העבודה. זוהי חובה ראשונית ויסודית של העובד:

"חובתו הראשונית והיסודית של עובד היא לשרת את מעבידו באמונה. מהותה המלאה של חובה זו אינה ניתנת להגדרה, אולם ברור כי כל מעשה שאינו מתיישב עם התנאים המפורשים או המשתמעים של חוזה העבודה, הפוגע במעביד או באינטרסים שלו, ייחשב כהפרת החובה של שירות נאמן" (ע"א 502/63 הוורדי נ' ראש העיר כפר סבא, פ"ד יח(2) 345, 350 (1964) (השופט ברנזון)).

על חובת הנאמנות של העובד עמד גם הנשיא שמגר, בהדגישו כי האינטרס הלגיטימי (חובת הנאמנות של העובד) אינו עומד לבדו ויש לאזן בינו לבין זכויות היסוד של האדם (שם דובר בחופש הביטוי):

"הזיקה שבין עובד למעביד יוצרת מערכת יחסים ייחודית ורבת פנים, הבנויה על החובה לבצע את העיסוק עבור המעביד אשר אותו נטל על עצמו העובד, להתמיד בו בהתאם לחובות השירות ולקיימו תוך נאמנות למעביד, כל עוד ההעסקה נמשכת... לצד מערכת היחסים בין העובד למעביד מוסיף העובד לקיים את הזכויות והחובות של כל אזרח. הנושא שלפנינו מעורר את השאלה, מה ההשלכות ההדדיות, זה על זה, של שני המישורים, היינו זה הנוצר עקב ההעסקה וזה הנובע ממעמדו של העובד כנושא בזכויות ובחובות בחברה חופשית" (פרשת ספירו, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא שמגר; על פסק הדין ראו גם דפנה ברק "חופש הביטוי של עובדי ציבור" עיוני משפט טז 369, 376 (1991) (להלן: דפנה ברק)).

על חובת הנאמנות של העובד עמד גם בית הדין הארצי לעבודה, בהזכירו את החובה הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים, לקיים חיוב הנובע מחוזה בתום לב:

"יחסי עובד-מעביד מחייבים את העובד לנהוג בדרך המתיישרת עם האמון המתחייב מתפקידו, ואת המעביד - בדרך העולה מחובת הדאגה לרווחת העובד ("FURSORGE") וחובת ההגנות ("FAIRNESS"). שני אלה הם אף מעבר לחובת 'קיום בתום לב' שמסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973" (דב"ע מב/ 74 - 3 ורדי נ' עיריית נתניה, פד"ע יד 59, 65-66 (1982)).

27. דברים אלה יפים גם לעובד שמעבידתו היא המדינה, דהיינו עובד המדינה. "אדם נעשה עובד המדינה כאשר הוא מקבל כתב מינוי מאת נציב שירות המדינה, לפי סעיף 17 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, וכך נכרת גם חוזה העבודה

בינו לבין המדינה. בדרך זאת מוקנה לו, מאותה שעה, מעמד של עובד ציבור (זמיר הסמכות המינהלית, 493). לעובד המדינה יש אפוא מעמד של עובד ציבור. מעמד זה מחיל עליו מערכת דינים המיוחדת למעמדו:

”החוקים הקובעים את תנאי השירות של עובדי הציבור מקנים לעובדים אלה מעמד במוכן המשפטי, כלומר, סטטוס... היחסים המשפטיים הנובעים ממעמד נבדלים מן היחסים המשפטיים הנובעים מחוזה. די בכך שאדם נכנס למעמד מסוים, מרצון או שלא מרצון, כדי שתחול עליו מערכת דינים המיוחדת לאותו מעמד” (זמיר הסמכות המינהלית 491; ראו גם יצחק זמיר ”המשפטן בשירות הציבורי” ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 53, 56 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005)).

מערכת דינים מיוחדת זו החלה על עובד המדינה כעובד ציבור כוללת בחובה חובת נאמנות לציבור בכלל וחובת נאמנות למדינה המעבידה בפרט. מערכת הדינים המיוחדת מכפיפה את עובד המדינה למערכת היררכית בתוך מקום העבודה. עובד המדינה משרת את הציבור, אך הוא חייב לבצע את תפקידו בהתאם להוראות המדינה, שניתנו לו כדין והוא כפוף בעניין זה לשיפוט משמעת: ”על יסוד העקרון ההיררכי נקבע בסעיף 17(2) לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ”ג-1963, כי עובד המדינה עובר עבירת משמעת אם אינו מקיים את המוטל עליו, בין היתר, על-פי ‘הוראה כללית או מיוחדת שניתנו לו כדין’” (זמיר הסמכות המינהלית 599; ראו גם כרמי 709). אכן, גם הרופא עובד המדינה כפוף למשמעת כעובד והוא תלוי במעבידו ובממונים עליו (ראו מילר מעמדו המשפטי של הרופא, 514).

28. בכל הנוגע לחובת הנאמנות למדינה כמעבידה, להבדיל מהמדינה כרשות ציבורית, ניתן להצביע על שתי תכליות העומדות בבסיס חובת הנאמנות של הרופא, עובד המדינה, למדינה מעבידתו:

ראשית, למנוע כניסה למצב של ניגוד עניינים בין עבודתו הראשית של העובד, לבין העבודה הנוספת – הפרטית – שבה הוא מעוניין לעסוק. מניעת כניסה לניגוד עניינים חשובה במיוחד כאשר מדובר בעובד השירות הציבורי האמור לשמש נאמן של הציבור (ראו עש”מ 5205/01 פרנס נ’ יו”ר רשות השידור, פ”ד נו(2) 9, פס’ 4 לפסק דינה של השופטת ביניש (2001) (להלן: פרשת פרנס); ראו גם גולדברג חופש העיסוק -249-250). יש קשר הדוק בין האיסור על ניגוד עניינים לבין חובת האמון המוטלת על אדם כלפי מעבידו או שולחו בהתקיים יחסים של חובת נאמנות (ראו עש”מ 6529/03 קליגר

נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד נח(1) 734, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ביניש (2003) (להלן: פרשת קליגר)).

שנית, למנוע כניסה למצב של תחרות אינטרסים בין העובד למעביד ולמנוע מצב שבו העובד יקדיש את מירב תשומת הלב והמסירות לעיסוק האחר (פרשת חנוכי הנזכרת לעיל; עש"ם 4/80 שנון נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד לד(4) 298, 301 (1980); ראו והשוו גם לפסיקת בית הדין הארצי לעבודה לעניין עבודה פרטית של מורים ב-ע"ע 1158/02 משיח נ' מדינת ישראל-משרד החינוך, פס' 6 (לא פורסם, 8.10.2002); בג"ץ 2256/03 משיח נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.3.2003)).

29. לסיכום: אינטרס לגיטימי של המעביד במהלך יחסי העבודה הוא שהעובד ינהג בנאמנות למעביד המשלם את משכורתו. זהו אינטרס לגיטימי חזק דיו כדי להצדיק את הפגיעה העקיפה בחופש העיסוק, שכן לעניין זה די ברמה נמוכה יותר של עניין חברתי (ראו ברק חופש העיסוק 209).

30. מקובלת עלי טענת המדינה כי במתן חוות דעת רפואית נגד המדינה יש משום הפרה של חובת הנאמנות של הרופא עובד המדינה למדינה. הטעם לכך הוא כפול.

ראשית, מתן חוות דעת רפואית נגד המדינה הוא מצב מובנה של ניגוד עניינים. רופא בשירות המדינה, הנותן חוות דעת לחולה במסגרת עבודה פרטית, עלול להימצא במצב של ניגוד עניינים כיוון שמצד אחד הוא חב נאמנות למדינה כמעבידה ומצד שני הוא חב נאמנות לחולה, אשר מצפה לקבל, תמורת תשלום, חוות דעת נגד מעבידה זו (על ציפייה תמורה לתשלום כמקימה חשש סביר להטיה ראו והשוו רע"א 5258/90 קצין התגמולים נ' אינגבר, פ"ד מה(3) 593, פס' 4 להחלטתו של הנשיא שמגר (1991)). אפילו חוות הדעת היא מקצועית ומהימנה, ואיש אינו מפקפק ביושרם של הרופאים הכותבים את חוות הדעת, עדיין היא חוות דעת בתשלום "מטעם" אחד הצדדים ועלולה להיות חד-צדדית (ראו רע"א 6401/00 לה נסיונל חברה לביטוח נ' סאלח, פ"ד נה(3) 97, פס' 2 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן). כפי שעולה ממכתבו של היועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר, עיקר ההתנגדות למתן חוות הדעת הוא בשל התמורה הכלכלית שאמור הרופא לקבל בגין חוות הדעת. הנסיון השיפוטי מלמד כי התשלום מקים חשש סביר להטיה וכידוע לצורך זה די בהימצאות במצב בו עלול להיווצר ניגוד עניינים, ולא נדרש להוכיח כי הדבר יוצר ניגוד עניינים בפועל (בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2) 566, פס' 4 לפסק דינו של השופט ברק (1980)).

שנית, מתן חוות דעת רפואית נגד המדינה, היא לעתים חוות דעת רפואית נגד מדיניות שנקבעה בדרגים בכירים בבית החולים הממשלתי, למשל, מדיניות המהווה פרקטיקה מקובלת בבית החולים בו הוא עובד וממנה נשאב עיקר נסיונו המקצועי. אין זה ראוי שהרופא עובד המדינה יצא בפומבי בביקורת נגד מדיניות זו (להבדיל מתיעול הביקורת לערוצים פנימיים). עמד על כך, בהקשר אחר, הנשיא שמגר בקבעו כי אין זה מקובל שעובד ציבור יתבטא באופן פומבי נגד מדיניות הרשות הציבורית שעל יישומה הוא אחראי:

"[העובד] נושא על גבו את האינטרס של המעביד, הפרטי או הציבורי... [ו]מזדהה עמו ועם מטרותיו העקרוניות. ככל שמדובר במעביד ציבורי, 'מטרה', לעניין זה, פירושה, בין היתר, גם המדיניות, אשר עליה החליטו אלו שהוסמכו לכך כדין, כמקובל במשטר דמוקרטי. כדי להדגים זאת על-ידי דוגמה מן המישור של ההעסקה הפרטית ניתן להזכיר, שדומה כי מקובל עלינו, שאין זה בגדר המותר, אם עובד פלוני של מעביד פרטי פלמוני יפעל נגד האינטרסים העסקיים של מעבידו הפרטי ויכריז, למשל, ברבים, כי אין לקנות את מרכולתו של המעביד או כי הסחורה המשווקת על-ידיו היא פגומה. בנסיבות כמתואר נגיב מניה וביה, כי יש בתופעה כגון זו כדי לפגוע בנאמנות הבסיסית, אשר אותה חב העובד כלפי ענייני העבודה בהם הוא מועסק וכלפי המעביד אשר מעסיק אותו. אם ניישם את המתואר כאן לתחום הציבורי, ניתן להוסיף ולהדגים את האמור לעיל באמרנו, שאין זה מקובל, אם עובד הציבור יטיף ברבים נגד המדיניות הננקטת על-ידי הרשות הציבורית המוסמכת, הפועלת מכוח המנדט שציבור הבוחרים העניק לה, ואשר הוא מופקד, יחד עם אחרים, על ביצועה" (פרשת ספירו, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא שמגר).

לדעתי מדובר באינטרס לגיטימי של המדינה כמעביד, וזאת גם אם לא נראה בבית החולים הממשלתי רשות שלטונית "קלאסית" ואף אם לא נראה ברופא עובד המדינה עובד ציבור "קלאסי" המפעיל סמכות שלטונית ובעל זיקה מיוחדת למדינה (מלבד זיקת יחסי העבודה). חוות הדעת שניתנת על ידי רופא המדינה נגד המדינה, גם אם היא ניתנת ב"כובעו" בעבודה הפרטית שלו, עדיין פוגעת באינטרס לגיטימי של המדינה, וזאת בשים לב למעמדו בשירות המדינה. ככל שחוות הדעת ניתנת ביחס לפרקטיקה המקובלת בבית החולים בו הוא עובד, ממילא אין לראות בחוות דעת ככזו הקשורה לעבודתו בקליניקה הפרטית.

די בשיקול זה כדי לבסס אינטרס לגיטימי של המדינה כמעביד, ואיני נדרשת לאינטרסים נוספים שפירטה המדינה בתגובתה כגון פגיעה בתיפקוד בית החולים הממשלתי ויחסי העבודה בו (לגבי אינטרס זה ממילא ספק בעיני אם ההוראה היא האמצעי האפקטיבי למנוע זאת, שהרי בהליכים שהמדינה אינה צד להם ממילא עלולים למצוא את עצמם הרופאים עובדי המדינה משני צידי המתרס) ופגיעה בתדמית שירות המדינה ואמון הציבור במערכת הבריאות (לגבי אינטרס זה ממילא ספק בעיני אם החולים מזהים את הרופא עובד המדינה דווקא כנציג "מערכת הבריאות" ושיש ביכולתם לזהות איזהו רופא העובד בשירות המדינה ואיזהו רופא העובד אצל מעסיק פרטי).

31. ודוק: האינטרס הלגיטימי הנזכר נפגע ממתן חוות דעת רפואית נגד המדינה. בהליך שלפנינו ההיתר שניתן לרופאים לעבודה פרטית (חריג העבודה הפרטית) אינו במחלוקת. נקודת המוצא היא כי היתר כזה ניתן. מעמדת המדינה עולה כי לגישתה העבודה הפרטית של הרופא עובד המדינה איננה, כשלעצמה, הפרה של חובת הנאמנות, שהרי המדינה ראתה לנכון להתיר לרופאים עובדי המדינה עבודה פרטית כחלק מההסדר הייחודי שחל על הרופאים עובדי המדינה.

מידת ההגנה לאינטרס הלגיטימי

32. עדיין נשאלת השאלה, מהי מידת ההגנה שראוי לתת לאינטרס הלגיטימי? נוכח חשיבותה של זכות האדם שמנגד – חופש העיסוק – ההגנה על האינטרס הלגיטימי היא הגנה יחסית, דהיינו, המעביד זכאי להגנה על האינטרסים הלגיטימיים שלו רק עד המידה הראויה ולא מעבר לכך. בעידן זכויות האדם החוקתיות זהו מבחן של מידתיות ויש לבחון את היקפה של ההגבלה מבחינת הזמן, המקום וסוג הפעילות (פרשת סער, פס' 25-26; גולדברג חופש העיסוק 225-226; לחיזוק מעמד חופש העיסוק בעידן זכויות האדם החוקתיות ראו ברק חופש העיסוק, 197). במסגרת המסלול החוזי בית המשפט רשאי לצמצם את היקפה של הגבלה על חופש העיסוק, כדי להעמידה בדרישת המידתיות, וזאת בראש ובראשונה בדרך של שימוש בכללי הפרשנות, ובמידת הצורך, בדרך של "הפרדה" בין החלק הבטל לחלק התקף, ובהיעדר אפשרות להפריד, וכתנאי לאכיפה, גם להגביל את היקפה של ההגבלה כדי מידתה הראויה (פרשת סער, פס' 29).

מן הכלל אל הפרט

33. ביטול תניה חוזית על יסוד היותה נוגדת לתקנת הציבור הוא צעד חריג (ראו ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פס' 20 לפסק דינה של השופטת

פרוקצ'יה (לא פורסם, 25.6.2007)). בענייננו גם לדעתי, כדעת חברי השופט אלון, אין הצדקה לנקוט בצעד זה.

34. הפגיעה בחופש העיסוק של הרופאים עובדי המדינה היא כמבואר פגיעה עקיפה שעוצמתה חלשה. ההוראה היא חלק מהסדר כולל הקבוע בתקשיר לו הסכימו הרופאים עובדי המדינה בעת מינויים, על יתרונותיו ועל חסרונותיו. ההגבלה מתייחסת למהלך עבודתו של הרופא אצל המדינה מעבידתו (בשונה מהתקופה שלאחר עבודתו) - היבט המחזק את האינטרס הלגיטימי של המעביד בדבר יחסי אמון. לרופא עובד המדינה אין ממילא זכות קנויה לעבודה פרטית אלא לאחר שניתן לו היתר לכך, וזהו החריג לכלל לפיו על עובד המדינה להקדיש את מלוא זמנו לעבודה בשירות המדינה. בהתחשב בכל אלה - ההוראה הנדונה היא סבירה והפגיעה בחופש העיסוק של הרופאים עובדי המדינה אינה מצדיקה את פסילת ההוראה מכוח אמות המידה הקבועות בתקנת הציבור בגדרי המשפט הפרטי (ראו והשוו פרשת פרנס, פס' 4 סיפא לפסק דינה של השופטת ביניש; בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, פס' 8 סיפא לפסק דינו של השופט גולדברג (1996)). ההוראה בתקשיר מגינה על האינטרס הלגיטימי של המדינה כמעביד - יחסי אמון וחובת הנאמנות של עובד המדינה - במידה הראויה. ממילא, כפי שהראיתי, מידת הפגיעה בחופש העיסוק היא חלשה באופן יחסי ואינה מצדיקה התערבות במערכת היחסים החוזית שבין הצדדים. ושוב נזכור, לרופאים עובדי המדינה ניתן היתר לעבודה פרטית. זהו חריג לכלל האוסר על עובדי המדינה לעסוק בעיסוקים פרטיים. בצד ההיתר שניתן לרופאים נקבע גם האיסור על מתן חוות דעת נגד המדינה. לדעתי, אין לרופאים על מה להלין מבחינת הפגיעה בחופש העיסוק שלהם. די בכך שהם קיבלו, כחריג, היתר לעבודה פרטית. לפיכך לדעתי, כדעת חברי השופט אלון, יש לדחות את העתירה ככל שהיא מבוססת על הפגיעה בחופש העיסוק.

זכות הגישה לערכאות - האם ההוראה בתקשיר מידתית?

35. מרכז הכובד של העתירה הוא בעיני בסוגיית זכות הגישה לערכאות. מסקנתי היא כי במקרים מסוימים זכות זו עלולה להיפגע. היקפם של המקרים לאור הנתונים שבפנינו הוא מצומצם, אולי אפילו מצומצם מאוד, אך סברתי שיש מקום להתוות את העקרונות בעניין, הן לצורך פתרון בעיות מסוימות העשויות להתעורר כיום, והן כדי להתוות קווים לפתרון בעתיד במקרים המתאימים.

הפגיעה בזכות הגישה לערכאות קיימת רק בתחומים בהם יש למדינה השפעה מכרעת על "שוק" חוות הדעת הרפואיות. במקרים אלה זכות הגישה לערכאות ראויה להגנה. כל שייאמר להלן לגבי הפגיעה בזכות הגישה לערכאות אמור רק באותם תחומים בהם למדינה יש השפעה מכרעת כאמור.

זכות הגישה לערכאות – היקף

36. אין צורך להכביר מילים על חשיבותה של זכות הגישה לערכאות. כפי שציין השופט גרוניס:

"זכות הגישה לערכאות שיפוטיות הינה זכות בסיסית ויסודית. חשיבותה הרבה של זכות זו נגזרת מן הצורך להבטיח, כי מי שסבור שזכאי הוא לסעד משפטי יוכל להביא את עניינו בפני ערכאות שיפוטיות, על מנת שאלו תכרענה בדבר. בהיעדר אפשרות לפנות לבית המשפט, לא יוכל אדם לזכות בסעד בגין פגיעה באיזו מזכויותיו המהותיות, וממילא לא תהא משמעות אפקטיבית לזכויות אלו" (ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון, פס' 16 לפסק דינו של השופט גרוניס (לא פורסם, 21.5.2007) (להלן: פרשת מליבו); בקשה לדיון נוסף נדחתה: דנ"א 8045/06 מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון נ' מליבו ישראל בע"מ (לא פורסם, 21.5.2007))

זכות הגישה לערכאות היא אי נעילת דלת "בפני מי שמבקש סעד מרשות שיפוטית" (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 590 (1997) (השופט גולדברג)). ד"ר שלמה לויין הגדיר בספרו את זכות הגישה לערכאות כ"גישה ראויה ומלאה אל המערכת השיפוטית, כדי לאפשר [לאזרח] לממש מכלול זכויותיו בכל תחום ותחום – ללא יוצא מן הכלל" (שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית, מבוא ועקרונות יסוד 23 (1999) (להלן: לויין תורת הפרוצדורה)). משה קשת הבהיר כי "אין מדובר רק בזכות להגשת עתירה או תובענה לבית המשפט, אלא מקופלת בו גם הזכות לקבלת סעד, לאכיפת הסעד, לבירור הולם והוגן של התובענה, למתן הזדמנות נאותה לעשות שימוש בזכויות הדיוניות העומדות לרשות בעלי הדין, ליחס ראוי ושווה כלפיהם ועוד כיוצא באלה" (משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי הלכה למעשה כרך ב 1371 (מהדורה חמש עשרה, 2007) (להלן קשת הזכויות הדיוניות)). היקף הזכות כולל גם את "זכותו של הנפגע כי לא יעמידו בדרכו מכשולים, אשר ימנעו ממנו את מימוש הזכות" (שם, 1374) שכן בפרשנות חקיקה "יש לבחור באותה פרשנות המקיימת את זכותו הבסיסית של אדם לפנות לערכאות. יש

לאמץ את אותה פרשנות, אשר אין בה כדי להציב מכשול של ממש בפני מי שמבקש להשיג על החלטת הרשות בעניינו" (ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, פס' 10 לפסק דינו של השופט אור (1997)).

זכות הגישה לערכאות כוללת גם את זכותו של הנאשם בהליך פלילי וגם את זכותו של נתבע בהליך אזרחי. הנאשם (בהליך פלילי) או הנתבע (בהליך אזרחי) מובלים אל הערכאות ולא הם המבקשים "לגשת" אליהן. לכאורה אין המדובר בזכות הגישה לערכאות, ואולם, זוהי ראייה צרה מידי של הזכות. זכות הגישה לערכאות איננה רק זכותו של התובע במשפט אזרחי, אלא זכותו של כל מתדיין במערכת המשפט: "זכות הגישה של האזרח לערכאות... משקפת הכרה חוקתית בזכות הפרט לדיון אמיתי, מלא והוגן בבית המשפט" (רע"א 3454/04 ורקר נ' הראל, פס' 4 להחלטת השופטת פרוקצ'יה (לא פורסם, 5.6.2005)).

זכות הגישה לערכאות קיימת גם במשפט הפלילי: "ניתן לדבר על זכות הגישה לערכאות בהקשר להליכים פליליים... [וזאת] על אף היותו של הנאשם בחזקת נגרר אל הערכאות שלא ברצונו, ולמרות שאין הוא יוזם את הפנייה אל בית המשפט" (יורם רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית 30 (1998) (להלן: רבין)). בדומה לזכותו של הנתבע האזרחי שלא יעמידו בדרכו מחסומים להוכיח את עילתו ולקבל סעד, זכותו של הנאשם בפלילים שלא יעמידו בדרכו מחסומים להוכיח את חפותו או את הגנתו. חוות דעת רפואית היא כלי מרכזי, ולעיתים גם הכרחי, להתדיינות הוגנת בהליך הפלילי. זכות דומה קיימת בידי נתבע בהליך אזרחי. אכן, זכות הגישה לערכאות והזכות להליך הוגן כרוכות זו בזו (רע"פ 6016/06 קובן נ' מדינת ישראל מע"מ תל-אביב, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ארבל (לא פורסם, מיום 17.7.2007)). כך גם במשפט האמריקאי (ראו Ake v. Oklahoma, 470 U.S. 68, 77, 80 (1985) (להלן: פרשת Ake); ובעקבותיו המאמרים: S. Kothari, *And Justice for All: The Role Equal Protection and Due Process Principles Have Played in Providing Indigents with Meaningful Access to the Courts*, 72 Tul. L. Rev. 2159 (1998); A.J. McGraw, *Life But Not Liberty? An Assessment of Noncapital Indigent Defendant's Rights to Expert Assistance Under the Ake v. Oklahoma Doctrine*, 79 Wash. U.L.Q. 951 (2001)). כדברי השופט מרשל בפרשת Ake:

"We recognized long ago that mere access to the courthouse doors does not by itself assure a proper functioning of the adversary process, and that a criminal trial is fundamentally unfair if the State proceeds against an indigent defendant

without making certain that he has access to the raw materials integral to the building of an effective defense".

37. היקף הזכות לגישה לערכאות הוא אפוא רחב. אך מידת ההגנה על הזכות אינה עולה בהכרח כדי מלוא היקפה (ראו בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 19 ו-28 לפסק דיני (טרם פורסם, 20.8.2008) (להלן: פרשת המפקד הלאומי)). לצערי התשתית העובדתית שהניחו הצדדים בפנינו אינה מלאה והיא גם אינה עדכנית די הצורך. נעמוד על טענות הצדדים.

הוכחת הפגיעה בזכות הגישה לערכאות: טענות הצדדים

38. במישור המשפט הפלילי טענה העותרת (סעיף 88.2 לעתירה) כי הוראת התקשיר הנדונה גורמת לפגיעה בזכות הגישה לערכאות של הנאשמים המיוצגים על ידי הסניגוריה הציבורית, משום שהיא מצמצמת במידה רבה את מבחר הרופאים היכולים לתת חוות דעת בעניינם. העותרת התבססה על מכתבו של עו"ד דורי פינטו, סגן הסניגור הציבורי הארצי (מיום 7.2.1999) לנציב שירות המדינה, מנכ"ל משרד הבריאות, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה ולמנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה. עו"ד פינטו כתב:

"5. במספר רב של תיקים, בהם מצאה הסניגוריה הציבורית שהגנתו הראויה של האדם המיוצג על ידה מחייבת מתן חוות דעת רפואית, התקשו הסניגורים הציבוריים למצוא רופא מומחה מתאים וזאת בשל הוראת התקשיר שבנדון.

6. המומחים אליהם פנתה הסניגוריה הציבורית במקרים אלה הודיעו כי הם מנועים מלתת חוות דעת מטעם ההגנה בתיקים פליליים, ובכלל זה בתיקים המטופלים על ידי הסניגוריה הציבורית, בשל כך שהם עובדי מדינה, במשרה מלאה או חלקית. לדברי אותם רופאים הובהר להם על ידי הממונים עליהם שהוראת התקשיר האמורה חלה גם על מתן חוות דעת מטעם ההגנה בתיקים פליליים.

7. לדעת הסניגוריה הציבורית הפרשנות הקובעת כי הוראות התקשיר מונעות באופן גורף מרופא העובד בשירות המדינה מלתת חוות דעת מטעם הגנה בכל משפט פלילי היא פרשנות מרחיבה מידי ואינה נחוצה לשם מימוש המטרה שלשמה נקבעה ההוראה. כך לגבי תיקים פליליים בכלל וכך לעניין תיקי הסניגוריה הציבורית במיוחד.

8. גם אם לשון הוראת התקשיר מחייבת פרשנות מרחיבה שכזאת, כי אז נראה לנו שיש לתקן את

ההוראה, או לקבוע לה חריג כללי, באופן שיאפשר לרופאים בשירות המדינה לתת חוות דעת מטעם ההגנה בתיקים פליליים.

9. ...

ג. הנימוקים להוראת התקשי"ר... הינם למנוע ניגוד עניינים ופגיעה בתדמית שירות המדינה. לדעתנו אין במתן ההיתר המבוקש לא כדי לפגוע בתדמית שירות המדינה ולא כדי להביא לניגוד עניינים. תפקידו של מומחה רפואי הוא לתת חוות דעת אובייקטיבית, לפי מיטב הבנתו ולפי חובותיו המקצועיות. חוות דעת כזו יכולה לתרום לברור האמת, או להבהיר את הנסיבות האישיות הרפואיות של מי בעניינו מתנהל ההליך הפלילי. מתן חוות דעתו כזו על ידי רופא עובד מדינה, ואפילו היא מנוגדת לחוות דעת רפואית אחרת, לא רק שלא יכולה לפגוע בתדמית שירות המדינה אלא יכולה אולי אף לתרום לתדמית זו. בעצם העובדה שהתביעה בעניינים פליליים מנוהלת על ידי רשות מרשויות המדינה אין כדי ליצור, כשלעצמה, ניגוד עניינים.

ד. אנו מכירים בכך שייתכנו מקרים חריגים, בהם רצוי למנוע אי נוחות העלולה להיגרם אם שני רופאים העובדים באותה יחידה ממשלתית ממש יתנו חוות דעת מנוגדות. אולם, אלו הם מקרים מיוחדים ונדירים יחסית, שניתן למנעם על ידי הוראות מיוחדות ומצומצמות בהיקפן.

ה. הוראת התקשי"ר יוצרת מצב מוזר בו מחד חוקק במדינה חוק הסניגוריה הציבורית, אשר בו הביע המחוקק מטרתו לדאוג לכך שיהא יצוג ציבורי הולם לעצורים ונאשמים חסרי אמצעים, אך מאידך, בה בעת, מסוכל בהוראת התקשי"ר רעיון זה, באופן הפוגע בצורה משמעותית ביותר באיכות הייצוג אותו מקבל מי שנוקד לשירות הסניגוריה הציבורית, ובכך נפגע מנגנון עשיית הצדק כולו.

...

10. לאור כל האמור לעיל, נבקשכם לבחון את הדרך הראויה להביא לכך שהכלל יהיה שמותר לרופא עובד מדינה המנהל גם פרקטיקה פרטית, ליתן חוות דעת מטעם ההגנה בתיקים פליליים."

לשכת עורכי הדין חידדה טענה זו בבקשה להצטרף לעתירה והוסיפה לה גם היבט כלכלי:

"[הסניגוריה הציבורית] מוגבלת בתקציבה מכוח החוק, וסכום ההוצאה המירבי המותר לסניגור ציבורי בניהול הליך פלילי לצורך השגת חוות דעת רפואית הינו 1,000 ש"ח (או 1,500 ש"ח כולל מתן העדות) – תקנה 7(2) לתקנות הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1996 [זהו גם הנוסח העדכני של התקנות – מ"נ]. זהו סכום מגוחך ביחס למה שדורשים היום רופאים מומחים בסקטור הפרטי הלא-ממשלתי. הללו עפ"י דורשים ומקבלים סכום בסדר גודל של אלפי דולרים למתן חוות דעת

ועדות בהליכים משפטיים. סכומים אלה גבוהים במיוחד בתחום הפסיכיאטרי... חסימת דרכו של הסניגור הציבורי מפני 'פול' המומחים הממשלתי תמנע ממנו מלכתחילה אפשרות להשיג חוות דעת בעלויות שתעמודנה במגבלת התקנות" (סע' 78 לבקשה להצטרף לעתירה).

39. במישור המשפט האזרחי פירטה ההסתדרות הרפואית נתונים חלקיים בלבד, וכך עשתה גם לשכת עורכי הדין. בבואנו לבודד נתונים ברורים נתקלנו בקושי.

מהנתונים שפירטה ההסתדרות הרפואית מצטיירת תמונה כי בתחומים מסוימים שיעור הרופאים המומחים עובדי המדינה נע סביב מחצית מכלל הרופאים המומחים בישראל. כך הוצגו נתונים – המעודכנים למועד הגשת העתירה בשנת 2002 – כי בתחום קרדיולוגית ילדים מספר הרופאים המומחים עובדי המדינה הוא 3 מתוך 7 מומחים בכלל במדינה, בתחום הימטו-אונקולוגית מדובר ב-10 מתוך 27, בתחום טיפול נמרץ ב-14 מתוך 31, ובתחום הגנטיקה הרפואית ב-10 מתוך 17 (פס' 66 לעתירה).

לשכת עורכי הדין הוסיפה נתונים משלה. לשיטתה יש בעייתיות בהשגת חוות דעת רפואיות במישור המשפט האזרחי בתחומי הנזיקות הרפואיות והאולטרסאונד (סע' 36 לבקשה להצטרף כעותרת (להלן: הבקשה)), במישור המשפט הפלילי קיימת בעייתיות בתחומי הפסיכיאטריה האשפוזית והפתולוגיה המשפטית (סע' 33 לבקשה), כמו גם בתחומי הגניקולוגיה, האורתופדיה והכירורגיה העשויים להידרש גם בהליכים לפי חוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958 (סע' 72 לבקשה), ובהליכים מינהליים לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 [נוסח משולב] והליכי אשפוז וטיפול לפי חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (סע' 62 לבקשה). בהסתמך על דו"ח של משרד הבריאות הדגישה לשכת עורכי הדין כי חמישים אחוז מכלל מיטות האשפוז בישראל הינן במוסדות בבעלות ממשלתית (סע' 29 לבקשה) וכי תשעים אחוז מכלל מיטות האשפוז הפסיכיאטריות בסקטור הציבורי הן בבעלות המדינה, נכון לשנת 2002 (סע' 74 לבקשה).

בכדי לחזק נתונים אלה צירפה ההסתדרות הרפואית גם מסמכים המעידים על כך ש"בשטח" יש בעיה באיתור רופאים מתאימים ויש הכבדה על נפגעים המבקשים לקבל סעד בבית המשפט: ראשית, העותרת צירפה לעתירה את פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן ב-ת"א 2133/85 (מחוזי חיפה) איראני נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (מיום 30.11.1993) בו העירה כי ראוי שהוראת התקשיר הנדונה תיבדק "על כל היבטיה

והשלכותיה", כיוון ש"ייתכן מצב שדווקא רופא עובד מדינה הוא המומחה הטוב ביותר בתחום רפואי מסוים ושבצעדי חוות דעת מטעמו, לא תהיה לתובע-הנפגע, תקומה. האם אין באיסור כזה משום גוון של השתקה בלתי רצויה?". שנית, העותרת צירפה לעתירה סיכום דיון בנושא חוות דעת רופאים עובדי מדינה, שנערך בלשכת היועץ המשפטי לממשלה ביום 22.11.1995, שם ציינה היועצת המשפטית דאז למשרד הבריאות, ד"ר כרמל שלו, כי "יש בעיה להשיג חוו"ד". גם הממונה על המשמעת, התביעה והחקיקה בנציבות שירות המדינה, מר י' חיות, ציין כי "יש אי נחת מהמצב הזה בערכאות השונות. יש ביקורת על כך". נתונים אלה מראים כי לדעת גורמים ברשות המבצעת, כמו גם ברשות השופטת, אשר בקיאים "בשטח" במשפט האזרחי, מעוררת לעתים ההוראה בתקשיר בעייתיות בהשגת חוות דעת רפואיות גם במישור המשפט האזרחי.

על רקע זה טענה לשכת עורכי הדין כי ב"שוק" מתן חוות הדעת הרפואיות, הרופאים עובדי המדינה עלולים להיחשב כבעלי מונופולין ביחס לתחומים רפואיים מסויימים, בהפנותה – בהיקש – לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 הקובע:

26. מונופולין ובעל מונופולין
(א) לענין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידי של אדם אחד (להלן - בעל המונופולין). על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה ברשומות; על הכרזה כאמור יחולו הוראות סעיף 43(ב) עד (ה), כאילו היתה קביעה לפי סעיף 43(א).
(ב) המונופולין יכול שיהיה באזור מסויים.
(ג) השר רשאי, לפי המלצת הממונה, לקבוע כי לגבי נכסים מסויימים או שירות מסויים, יראו כמונופולין ריכוז בשיעור נמוך ממחצית אם ראה כי למי שבידו ריכוז כאמור יש השפעה מכרעת בשוק לגבי אותם נכסים או אותם שירותים.

40. המדינה ציינה בתגובה כי "ישנם רופאים רבים העובדים בקופות החולים או בבתי חולים או במוסדות רפואיים בעלי שם אשר אינם ממשלתיים... אשר יוכלו ליתן חוות דעת רפואית לכל דורש" (סעיף 53 לעיקרי הטיעון). תשובה זו היא כללית ואין בה תגובה ישירה לנתונים שהציגו העותרת ולשכת עורכי הדין. המדינה לא פירטה נתונים עובדתיים מלאים ומסודרים מצידה בכדי לבסס את עמדתה ולהבהיר בכמה "רופאים רבים" מדובר ומה ההתייחסות לטענות הספציפיות שעלו בעתירה בדבר תחומים בהם הרופאים עובדי המדינה הם חלק ניכר מהמומחים בתחום מסויים.

למעשה המדינה קיבלה, ולו באופן חלקי, את הטענה כי קיימת לעתים פגיעה בזכות הגישה לערכאות. כך בהודעה מיום 10.8.2005 ציינה המדינה כי ללא וועדת החריגים אכן היתה פגיעה בזכות הגישה לערכאות: "משהתברר במהלך שנות ה-90 כי בעניינים מסוימים קיומו של האיסור פוגע בזכות הגישה לערכאות הוקמה ועדת חריגים במתכונתה הנוכחית". המדינה ציינה עוד כי נוכח קיומה של ועדת החריגים מדובר רק ב"איסור שיוצר מגבלה במישור הנוחות" (סעיפים 31 ו-13 להודעה בהתאמה). עמדת המדינה היא אפוא כי "ההוראה אינה פוגעת באופן מהותי בזכות הגישה לערכאות". טענה זו אינה סותרת את האפשרות שלעתים קיימת פגיעה בזכות הגישה לערכאות, אלא רק מייחסת לה עוצמה פחותה, תוך טענה שפתרונה הנאות הוא בועדת החריגים.

הוכחת הפגיעה בזכות הגישה לערכאות: הכרעה

41. המסקנה העולה ממכלול הנתונים היא כי העותרת הוכיחה כי לעתים קיימת פגיעה לכאורית שאינה מזערית בזכות הגישה לערכאות. חברי השופט אלון סבור כי אין כלל פגיעה בזכות הגישה לערכאות. עמדתי שונה. דעתי היא כי במקרים מסוימים ישנה סכנה של פגיעה בזכות הגישה לערכאות. השוני בין עמדתי ועמדת חברי הוא בתחום צר ותלוי נסיבות קונקרטיים, העשויות להשתנות על פי הנתונים העובדתיים. כך, הראתה העותרת כי בתחום הגנטיקה הרפואית מספר הרופאים המומחים עובדי המדינה עולה על מחצית מכלל המומחים בתחום (17 מתוך 30). בתחום זה לפחות, ובהיקש מדיני ההגבלים העסקיים, ניתן לומר שהמדינה היא בעלת השפעה מכרעת על "שוק" המומחים הרפואיים בתחום זה. נתון זה לא נסתר על ידי המדינה ולכן לכאורה בתחום רפואי צר יחסית זה, ובהנחה שהנתונים שהובאו עדיין נכונים, קיימת פגיעה שאינה מזערית בזכות הגישה לערכאות.

42. לא הרי פגיעה שהיא בגרעינה של הזכות כהרי פגיעה בשוליה (פרשת המפקד הלאומי, פס' 22 לפסק דיני) ובית המשפט אינו נוטה לעסוק בפגיעה מזערית בזכות (ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3), 57, 69-70 (1996) (השופט זמיר) (להלן: פרשת הופנונג) והאסמכתאות שם) אלא שבתחום (הצר אמנם) של גנטיקה רפואית מדובר בפגיעה שאינה מזערית. כאשר למדינה יש השפעה מכרעת על שוק המומחים הרפואיים בתחום מסויים הפגיעה בזכות הגישה לערכאות עלולה להיות משמעותית. לדעתי באותם תחומים בהם למדינה יש מעין-מונופול ב"שוק" המומחים הרפואיים מדובר בפגיעה שאינה מזערית בזכות הגישה לערכאות. במשפטים בהם נדרש התובע להוכיח תביעתו, או כאשר נתבע או נאשם נדרשים להוכיח את הגנתם בהסתמך על חוות דעת רפואית, שקולה חשיבות חוות הדעת הרפואית לחשיבות הייצוג

על ידי עורך דין (ראו: D. Medine, *The Constitutional Right to Expert Assistance* for Indigents in Civil Cases, 41 Hastings L.J. 281 (1989) (להלן: מאמר Medine)). לכן כאשר למדינה יש השפעה מכרעת על "שוק" המומחים הרפואיים ההוראה עלולה לפגוע בעצם האפשרות להשיג חוות דעת רפואית. חוסר האיזון בין הצדדים עלול לפגוע בתיפקוד השיטה האדברסרית ואין זו פגיעה "במישור הנוחות" בלבד אלא פגיעה משמעותית בזכות הגישה לערכאות (ראו והשוו פרשת גאננס, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק, דברים שנאמרו ביחס לפגיעה בזכות לייצוג, וכן פרשת Ake הנזכרת). לדעתי יש בנתון שהוצג לעניין תחום הגנטיקה הרפואית כדי לבסס למשל לגבי תחום זה, שהוא תחום צר, פגיעה שאינה מזערית בזכות הגישה לערכאות.

43. הנתונים שהוצגו בעתירה אינם סטטיים אלא דינאמיים. רופאים עשויים להצטרף לשירות המדינה או לצאת ממנו. ההכרעה המתבקשת בעתירה היא עקרונית, אך כפי שאראה להלן, ההכרעה העקרונית תהא כפופה לבדיקת הנתונים העדכניים. העתירה תלויה ועומדת תקופה ארוכה, ונדרשת הכרעה עקרונית וקביעת מנגנון להכרעה בשאלה מתי ישנה סכנה של פגיעה בזכות הגישה לערכאות. משהציגו ההסתדרות הרפואית ולשכת עורכי הדין מקבץ נתונים ומסמכים המתפרסים על כמה תחומי רפואה ומתייחסים הן למישור המשפט הפלילי והן למישור המשפט האזרחי, היה על המדינה להביא נתונים מפורטים וברורים מטעמה. זאת לא עשתה המדינה. הדעת נותנת כי מלוא הנתונים נמצאים בידי המדינה, שהיא גם המעבדה של הרופאים עובדי המדינה וגם הרשות המינהלית – באמצעות משרד הבריאות – האחראית על מערכת הבריאות הציבורית בישראל. מוטב היה אילו הציגה המדינה בתגובה לטענות הספציפיות את הנתונים הקונקרטיים שבידה, במיוחד לאחר שכבר הוצא צו על תנאי. בשל העדר תשתית עובדתית ברורה ועדכנית אסתפק, להלן, בקביעת מנגנון בדיקה.

הפגיעה בזכות הגישה לערכאות – ההיבט הכלכלי

44. כזכור נכרכה הטענה בדבר הפגיעה בזכות הגישה לערכאות גם באספקט כלכלי: הקטנת היצע המומחים הרפואיים הנגישים לצורך מתן חוות דעת רפואית במשפט מעלה, על פי הטענה, את מחיר השוק של חוות הדעת הרפואיות; האמצעים המוקצים לסנגוריה הציבורית אינם מספיקים לתשלום עבור חוות הדעת. המדינה התנגדה לטענה כי המימון הכלכלי הוא פגיעה בזכות הגישה לערכאות: "בדרך כלל אין קושי בהשגת חוות דעת, אולם, הדבר כרוך כמובן בתשלום וככל שבעל הדין מבקש לקבל חוות דעת מרופא בעל מעמד בכיר, יהיה העניין כרוך בתשלום בשיעור גבוה... הטענה של העותרים לפיה ביטול האיסור החל על עובדי המדינה יביא להפחתת עלויות

בהשגת חוות דעת... גם אילו היתה מוכחת, לטעמנו, שיקול זה אין בו כדי להביא לפגיעה באינטרס הציבור" (פס' 68 לכתב התשובה המתוקן מיום 28.9.2004).

לדעתי אספקטים כלכליים אלה של הקטנת היצע המומחים והגדלת העלויות כשלעצמם אינם צריכים להביא לביטול ההוראה בתקשיר.

45. הוראה המביאה להעלאה מסויימת של "מחיר השוק" של מוצר משפטי אינה בהכרח בגדר פגיעה בזכות הגישה לערכאות. אמנם זכות הגישה לערכאות נפגעת "לא רק מכוח חסימה מוחלטת של יכולת הגישה, אלא גם כאשר מוטלות מיגבלות מסוימות הפוגעות בזכות באופן עקיף" (רבי'ן, 31 וראו גם בעמ' 28). לפיכך גם מחסומים כלכליים עשויים להיחשב, לעתים, לפגיעה בזכות הגישה לערכאות. זכות הגישה לערכאות איננה כוללת רק את האפשרות לגישה פיזית להיכנס בשערי בית המשפט, אלא גם את האפשרות שיהיה לבעל דין יומו. על רקע זה נבחנה חוקתיות הפגיעה בזכות הגישה לערכאות של מחסומים כלכליים כגון אגרות (רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עזבון המנוח באסל נעים איברהים, פ"ד נח(5), 865, פס' 3 ו-5 לפסק דינו של השופט גרוניס (2004); בה"ן 6857/00 רוטה נ' נצבטייב (לא פורסם, 19.10.2000)) וכגון תניות חוזיות הקובעות "קנס" בגין הגשת תביעה (פרשת מליבו, פס' 17-18 לפסק דינו של השופט גרוניס). ניתן לכאורה להקיש מכך גם לעניין חוות דעת רפואיות, כיוון שכידוע "ישנה חשיבות לגובה שכרו של המומחה בשיקוליו לקבלת המנוי ועצם ביצוע התפקיד. דבר זה מתבטא בסופו של ענין באיכות, רמת המומחה וחוות הדעת הניתנת על ידו" (ראו אסנת וולף ורוני וולף "מעמדו המשפטי של המומחה הרפואי הממונה על ידי בית המשפט" רפואה ומשפט 19, 66 (1998)).

46. לא ניתן לומר שהוכחה בענייננו פגיעה בזכות הגישה לערכאות בהיבט הכלכלי. אין נתונים עובדתיים להוכחת קיומה של עלייה במחיר של חוות הדעת הרפואיות ואת שיעורה. אף אם היו נתונים כאלה, היתה מתעוררת שאלת הקשר הסיבתי: האם ניתן לייחס את העלייה במחיר של חוות הדעת הרפואיות להוראת התקשיר דווקא, ואם כן, מדוע ובאיזה שיעור. ייתכן שישנם מחסומים נוספים לצד הוראת התקשיר שעשויים להביא להפחתת היצע הרופאים ולעליית המחיר של חוות דעת רפואיות (ראו למשל כרמי, 638). הקושי להשיג חוות דעת רפואית עשוי לנבוע מכך שאמינות הרופא וכבודו המקצועי מחייבים אותו שלא לתמוך בכל מה שצד להליך מבקש לטעון, וזאת לאו דווקא מהשיקולים הכלכליים הנטענים. לא לכל טענה ניתן להשיג חוות דעת של מומחה המכבד את עצמו. סוגיות אלה לא נדונו לפנינו ואין יסוד מספיק לקביעה כי נפגעה זכות הגישה לערכאות בהיבט הכלכלי שלה.

אשר לתקציבים הזעומים העומדים לרשות הסנגוריה הציבורית לקבלת חוות דעת רפואיות – הפתרון הראוי לכך איננו בשינוי ההוראה בתקשיר, שטעמיה כאמור בצידה. אין גם מקום להפליה לטובה של נאשמים המיוצגים על ידי הסנגוריה הציבורית לעומת נאשמים אחרים. יש לאחוז בשור בקרניו. אם יש צורך בהגדלת התקציב המוקצב לסנגוריה הציבורית להשגת חוות דעת, יש לפעול להגדלתו (ראו מאמר Medine בעמ' 314). אין מקום לפתרון הבעיה בדרכי עקיפין של ביטול ההוראה שבמחלוקת.

47. לסיכום: הנימוק הכלכלי איננו, לדעתי, סיבה לבטל את ההוראה שבמחלוקת או לצמצמה. שונים פני הדברים לגבי אותם מקרים, כנראה ספורים, בהם למדינה יש מעין-מונופולין ב"שוק" חוות הדעת הרפואיות בתחום הרפואי הרלבנטי. כאן עלינו לבחון את מידת ההגנה שיש לפרוס על זכות הגישה לערכאות.

זכות הגישה לערכאות – מידת ההגנה

48. הראיתי כי בתחומים מסוימים קיימת סכנה לפגיעה בזכות הגישה לערכאות. השלב הבא בבדיקה הוא מידת ההגנה על הזכות, שכאמור, אינה עולה בהכרח כדי מלוא היקפה של הזכות. לעניין מידת ההגנה על זכות הגישה לערכאות הטענה המרכזית של המדינה היא כי ועדת החריגים מביאה לכך שהפגיעה בזכות הגישה לערכאות היא במידה שאינה עולה על הנדרש, דהיינו, היא מידתית. טענת המידתיות רלוונטית לשלב השני של הבחינה המשפטית שהרי "בדרך כלל פסקת הגבלה אינה מגדירה את היקפה של הזכות הנפגעת, אלא את היקף ההגנה הניתנת לזכות החוקתית" (פרשת הופנונג, 76 (הנשיא ברק)).

המסלול המשפטי הוא פסקת ההגבלה

49. להוראה הנדונה בתקשיר יש כאמור השפעה עקיפה על זכויות של צדדים שלישיים שהתקשיר אינו חל עליהם. הזכות העלולה להיפגע – זכות הגישה לערכאות – היא זכות של צד שלישי שאינו צד להסכם העבודה ובעניינו זכותו של הציבור הרחב. לפיכך בחינת מידת ההגנה על זכות הגישה לערכאות של הציבור הרחב איננה בגדרי המשפט הפרטי אלא בגדרי המשפט הציבורי. הפגיעה אינה מבוססת על הסכמתו של הנפגע, כפי שבא לידי ביטוי בהסכם העבודה, אלא על כוח שלטוני (השוו: ברק זכויות אדם מוגנות, 196). ההגנה איננה על זכות הרופאים עובדי המדינה שנתנו את הסכמתם

לפגיעה בחופש העיסוק שלהם, כחלק מתנאי עבודתם, אלא על זכות הגישה לערכאות של צד שלישי לתקשיר, הציבור הרחב, שלא נתן את הסכמתו לפגיעה בזכות הגישה שלו. המעבר ממסגרת של פגיעה בגדרי המשפט הפרטי למסגרת של פגיעה בגדרי המשפט הציבורי מחייב שינוי באמת-המידה לבחינת תקפות ההוראה. המעבר הנדרש הוא מן המסלול של תקנת הציבור (במשפט הפרטי) למסלול של פסקת ההגבלה (במשפט הציבורי).

50. ניתוח מידת ההגנה על זכות הגישה לערכאות אינו נגזר מתקנת הציבור. ניתוח מידת ההגנה נעשה במסגרת המשפט הציבורי ואמות המידה המקובלות במשפט החוקתי לבחינת הוראה הפוגעת בזכויות אדם.

51. זכות הגישה לערכאות היא זכות חוקתית (ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 590-591, 628-630 (1997); רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5) 156, 163 (2002); רבין, 145-147). בבחינת חוקתיות פגיעה בזכות חוקתית, אמת המידה לקביעת מידת ההגנה על הזכות החוקתית במשפט הציבורי היא פסקת ההגבלה. הערך הנוגד לזכות – ובענייננו האינטרס הלגיטימי של המעביד לנאמנות העובד – אינו מעוגן בחוק יסוד ולכן זוהי נוסחת איזון אנכי ולא איזון אופקי (ראו בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 20.9.2006)).

פגיעה בחוק או לפי חוק: מעמדו המשפטי של התקשי"ר בבחינה חוקתית

52. ניתן להשאיר בצריך עיון את השאלה האם הוראת התקשיר הנדונה מקיימת (באותם מקרים בהם יש פגיעה בזכות הגישה לערכאות) את התנאי הראשון של פסקת ההגבלה, דהיינו שהפגיעה תהיה בחוק או על-פי חוק (ראו והשוו בג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל-משרד הבריאות, פס' יא-יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 16.9.2007); כן השוו פרשת המפקד הלאומי, פס' 33 ו-34 לפסק דיני). לדעתי ההוראה הנדונה אינה מקיימת (באותם מקרים) את התנאי הרביעי של פסקת ההגבלה, הוא תנאי המידתיות, בדגש על תנאי המשנה השני, הוא תנאי האמצעי שפגיעתו פחותה (לסקירת שלושת מבחני-המשנה של המידתיות, שעניינם קיומו של קשר ראציונלי בין האמצעי לבין התכלית; היעדר אמצעי פוגע פחות המגשים את אותה התכלית; וקיומו של יחס ראוי בין התועלת שבפגיעה ובין הנזק הנגרם בעקבותיה, ראו

פרשת המפקד הלאומי, פס' 49-58 לפסק דיני). אין צורך אפוא לבחון את קיומם של שאר התנאים של פסקת ההגבלה.

מידתיות: טענות הצדדים ביחס לוועדת החריגים

53. המדינה טענה כאמור כי תכלית ההוראה הנדונה היא שמירה על האינטרס הלגיטימי שלה כמעביד לנאמנות הרופא עובד המדינה למדינה. האינטרס הלגיטימי נועד למנוע מהרופא עובד המדינה להציב את עצמו במצב של ניגוד עניינים. על תכלית זו עמדתי לעיל. זוהי אכן תכלית ראויה שכן היא משקפת אינטרס לגיטימי של המדינה כמעביד.

54. המדינה טענה כאמור כי האיסור בתקשיר משיג את התכלית האמורה באמצעי שפגיעתו פחותה, נוכח קיומה של ועדת חריגים ה"מרככת" את האיסור. אין המדובר, לטענתה, באיסור גורף אלא באיסור הנתון לשיקול דעתה של ועדת החריגים, שחבריה הם מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה ומנכ"ל משרד הבריאות, ובסמכותה לאשר לרופא עובד המדינה ליתן חוות דעת נגד המדינה בתיק שהמדינה צד לו. בהקשר זה הפנתה המדינה ל"סיכום ישיבה מיום 26.1.2004 בענין סדרי עבודת ועדת החריגים לענין מתן היתרים לרופאים בשירות המדינה לתת חוות דעת בהליכים שהמדינה צד להם". הישיבה נערכה במשרד הבריאות ובה גובש נוהל מסודר לטיפול בהגשת בקשות לקבלת היתר (מש/4 לכתב התשובה המתוקן מיום 28.9.2004). על פי נוהל זה הבקשה תוגש הן על ידי הרופא המבקש והן על ידי עורך הדין המעוניין בשירותיו, כאשר באחריות עורך הדין לפרט מדוע לא ניתן יהיה לאתר מומחה מתאים שאינו בשירות המדינה. אשר לתיקים פליליים נקבע כי עורך הדין יתייחס לשאלה האם בתיק קיים חומר חקירה שקשור ברופא שחוות הדעת מתבקשת ממנו, והאם ניתנה חוות דעת מטעם הפסיכיאטר המחוזי. עוד נקבע, כי בבקשת הרופא – הן בתחום האזרחי והן בתחום הפלילי – תהיה התייחסות לשורה של נושאים, ובהם בין היתר לשאלה, האם תיתכן מתן חוות דעת במסגרת עבודתו של הרופא כך שהשכר עליה יועבר לאוצר המדינה (משרד הבריאות). המדינה ציינה כי "ככלל, ככל שהמדובר בתחום מומחיות ייחודי, בו יש קושי להשיג חוות דעת מרופא מחוץ לשירות המדינה, תטה ועדת החריגים לאשר מתן חוות דעת, גם במחיר של פגיעה באינטרס של הציבור... החלטת ועדת החריגים נתונה לביקורת של בית המשפט הנכבד" (פס' 71-72 לכתב התשובה המתוקן). המדינה הדגישה כי "מקום שאכן יש חשש שהאיסור יפגע בזכות הגישה לערכאות, בין מטעם שאין פרט לעובד המדינה רופא אחר הבקיא בתחום המומחיות הנדרש, ובין מטעמים אחרים, ניתן לפנות לוועדת חריגים, אשר מוסמכת לאשר לרופא

עובד המדינה להופיע בהליך נגד המדינה... ככל שישנה טענה לפיה סירובה של הועדה ליתן היתר במקרה ספציפי עולה כדי פגיעה ביכולת הגישה לערכאות, יש להביא את עובדות המקרה הספציפי להכרעת בית המשפט הנכבד" (פס' 81 ו-83, שם).

עוד הודיעה המדינה, במסגרת עיון מחדש בתחולתו של האיסור, כי אין מקום להחיל את האיסור על מתן חוות דעת של רופא עובד המדינה כמומחה מטעם בית המשפט (פס' 10 להודעה מיום 31.8.2003, בעקבות החלטת ההרכב מיום 1.6.2003). כן הודיעה כי אין כל איסור על רופא עובד מדינה למסור עדות על עובדות שהיה עד להן גם אם העדות תומכת בעניינו של צד בהליך משפטי כנגד המדינה (פס' 23 לכתב התשובה מיום 15.3.2004).

55. העותרת טענה כי אין בועדת החריגים כדי לקיים את דרישת המידתיות. ודוק: אין מקום בעתירה זו לטענות העותרים כנגד מדיניות ועדת החריגים, דרך פעילותה ואופן יישום הנוהל הנזכר. טענות אלה הן טענות במישור המשפט המינהלי. העותרת לא ביססה טענות אלה על יסוד החלטות קונקרטיות או מקרים קונקרטיים, אלא העלתה רק טענות כלליות ביחס למדיניות המחמירה לכאורה של הועדה. משלא הוצגה תשתית עובדתית בעניין, אתמקד רק בטענות ה"מבניות" שהועלו, ביחס להוראות הכלליות לפיהן פועלת ועדת החריגים.

לטענת העותרת ועדת החריגים אינה "מרככת" את האיסור ועדיין מדובר באיסור גורף. הטעם לכך הוא שהפניה לועדת החריגים צריכה להיעשות על ידי הרופא עצמו (ועל ידי עורך הדין), ולאחר שניתן ההיתר, מותנה האישור בכך שהשכר בגין חוות הדעת יועבר למדינה. הטענה היא שועדת החריגים כלל אינה נכנסת לפעולה, כיוון שעוד בשלב המקדמי אין שום אינטרס לרופא לפנות, לעבור את ההליך, ליתן חוות דעת ולהופיע בבית משפט, וכל זאת מבלי לקבל שכר על כך, כיוון ששכרו מועבר למדינה. לפיכך הטענה היא כי ועדת החריגים היא בעלת מחסום מובנה כך שלמעשה כמעט ולא קיימים חריגים לאיסור. וכדברי העותרת: "מתוך מעט המומחים המוכנים ליתן חוות דעת רפואיות, הערמת מכשול נוסף של פנייה לועדת החריגים (במיוחד לאור דרישת המשיבים שפניה זו תעשה לא פעם על ידי המומחה בעצמו), מנטרלת רבים מתוך אותו קומץ מומחים שמוכן מלכתחילה להירתם למשימה, שהרי עצם הפניה מרתיעה מומחים רבים, גם אם יש לפניה הצדקה עניינית" (סע' 50 לעיקרי הטיעון). מכאן שהאיסור נותר לטענת העותרת איסור גורף.

לטענת העותרת ניתן להשיג את תכלית ההוראה באמצעי שפגיעתו בזכות הגישה לערכאות היא פחותה והוא אינו גורף. האמצעי שהציעה העותרת הוא הטלת איסור על רופאים עובדי המדינה לתת חוות דעת בתביעות נגד המדינה הקשורות בבית החולים בו עובד הרופא נותן חוות הדעת. העותרת הציגה בעניין זה הסדר מפורט בעבר (ראו מכתבה של עו"ד לאה ופנר מטעם ההסתדרות הרפואית בישראל מיום 2.8.1999) והיא עדכנה אותו בהודעה מיום 16.8.2005 בה הציעה להגמיש את האיסור הקבוע בתקשיר בדרכים הבאות: הגמשת האיסור בנוגע לבתי החולים העירוניים-ממשלתיים, בהם הזיקה למדינה רופפת או נמוכה יותר; הרשאה לרופאים עובדי מדינה ליתן חוות דעת רפואיות ובלבד שהרופא לא ייתן חוות דעת נגד המוסד בו הוא מועסק או הועסק במשך חמש השנים האחרונות שקדמו למתן חוות הדעת; היתר למתן חוות דעת, ללא צורך בועדת חריגים, בהליכים בהם לא קיימת זיקה ישירה בין עבודתו של הרופא במדינה לבין חוות הדעת.

מידתיות: הכרעה

56. המדינה אחראית על מערכת הבריאות הציבורית בישראל. המדינה היא גם מעביד בעל היקף מועסקים גדול. מכאן שהמדינה בעלת השפעה על הציבור בכללותו. כאשר נפגעת זכות יסוד של צדדים שלישיים לתקשיר, כמו הציבור הרחב, בחינת תוקף ההוראה בתקשיר איננה רק בזוית הראיה של יחסי עבודה ואינטרסים לגיטימיים של המדינה כמעביד, אלא בזוית ראייה רחבה יותר. בכל הנוגע לפגיעה בצדדים שלישיים לתקשיר, על המדינה, כרשות שלטונית, להשיג את תכלית ההגנה על האינטרס הלגיטימי שלה כמעביד תוך מתן משקל ראוי לאינטרסים ציבוריים נוספים (השוו פרשת גאנס, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק) כגון האינטרס הציבורי בגילוי האמת והפרקטיקה הרפואית (ראו רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995)) והכל תוך פגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש בזכות הגישה לערכאות. ועדת החריגים אינה "מרככת" את הוראת התקשיר במידה מספקת כדי לקיים את דרישת המידתיות, והכל באותם מקרים בהם קיימת פגיעה בזכות הגישה לערכאות.

ועדת החריגים אינה מרככת את הוראת התקשיר במידה מספקת

57. סקירת טענות הצדדים ביחס להיבט המוסדי והקושי המבני בפעילות ועדת החריגים מביאה למסקנה כי ועדת החריגים אינה מרככת, הלכה למעשה, את הוראות התקשיר במידה מספקת באותם מקרים בהם קיימת פגיעה בזכות הגישה לערכאות.

ההוראה בתקשיר קובעת כזכור כי "הוועדה תאשר מתן חוות-דעת כמבוקש, אם שוכנעה: 1. שהרופא המבקש הוא מומחה יחיד, או מומחה יחיד הניתן להשגה שהוא עובד המדינה; 2. במקרים מיוחדים - אם אין הרופא המבקש מומחה יחיד - מנימוקים שיירשמו".

הדרישה העיקרית לכך שהרופא יהיה מומחה יחיד היא דרישה מחמירה ביותר ובלתי מידתית. זכות הגישה לערכאות עלולה להיפגע גם כאשר אין המדובר במצב של מומחה יחיד, אך המדינה היא בעלת השפעה מכרעת על "שוק" המומחים הרפואיים בתחום הרפואי המסוים. דרישה הקובעת קריטריון צר של מומחה יחיד היא קיצונית ואינה יכולה להיחשב כאמצעי ממתן במידה הראויה. זוהי דרישה שאינה עולה כדי "הפחתת" האמצעי שבאיסור הכללי במידה הראויה.

ועוד: הדרישה החלופית לנימוקים שיירשמו קיבלה תוכן קונקרטי בנוהל המנחה את פעילות הוועדה אותו ציטטתי לעיל. ההתניה של מתן היתר בפניה של הרופא עצמו ובהסכמתו להורות על העברת השכר או חלקו לקופת המדינה, מעקרת במידה רבה את האפקט המרכזי של ועדת החריגים.

נראה כי באותם מקרים, שכנראה אינם רבים, בהם קיימת היום או עלולה להתקיים בעתיד פגיעה בזכות הגישה לערכאות ניתן למצוא אמצעים אחרים שיקיימו את דרישת המידתיות.

ניתן להשיג את תכלית הוראת התקשיר באמצעי שפגיעתו בזכות היסוד פחותה

58. המדינה ציינה כי בחנה את האפשרות לצמצם את האיסור הכללי בהוראת התקשיר באופן שהאיסור יוגבל למתן חוות דעת בתביעת רשלנות נגד בית חולים ממשלתי בו עובד הרופא, ולא יחול על מתן חוות דעת רפואית לתמיכה בטענת רשלנות רפואית שאירעה על פי הנטען בבית חולים ממשלתי אחר. כך למשל שקלה המדינה לאפיין קבוצה של עניינים בהם אין חשש כי חוות הדעת הרפואית תחשב כהודעת בעל דין, ואשר בהם החשש מפני ניגוד עניינים הוא בעל עצמה נמוכה יותר, ובעניינים אלה ליצור "מסלול מקוצר" בוועדת החריגים. אפשרות זו נשקלה באשר לחוות דעת בתיקים נזיקיים לעניין גובה הנזק בלבד, וזאת לתקופת נסיון שתמשך שלוש שנים. אלא שהצעה נדחתה בדיונים עקב חשש מ"מדרון חלקלק" וכן מן ההנחה כי אין כל קושי

להשיג חוות דעת כזו מרופא שאיננו עובד המדינה (ראו סע' 27-28 להודעת המדינה מיום 10.8.2005).

הודעת עדכון זו מלמדת שהמדינה ערה לפגיעה אפשרית בזכות הגישה לערכאות ולכך שהאיסור הכללי הקבוע בתקשיר טעון, לעתים, הגמשה נוספת, לצד ועדת החריגים, בכדי לעמוד בתנאי המידתיות.

59. האיסור הכללי בתקשיר כפי שהוא כיום, באותם תחומים בהם יש למדינה השפעה מכרעת על ה"שוק", הוא איסור בלתי גמיש, העלול לפגוע בזכות הגישה לערכאות במידה העולה על הנדרש כדי להשיג את התכלית הראויה, שהיא שמירה על אינטרס לגיטימי של המדינה כמעביד ומניעת ניגוד עניינים.

לגישתי כדי להשיג את התכלית הראויה יש צורך בהגמשה של האיסור הקיים היום. לדעתי כאשר בתחום הרפואי הספציפי יש למדינה השפעה מכרעת על "שוק" חוות הדעת הרפואיות, כך שקיימת פגיעה בזכות הגישה לערכאות, יש להגמיש את ההוראה כך שהאיסור על הרופא עובד המדינה ליתן חוות דעת רפואית נגד המדינה יתייחס למוסד הספציפי בו עובד הרופא. האמצעי הנוכחי המחיל את האיסור על כל הרופאים עובדי המדינה בכל מוסדותיה – להבדיל מהמוסד הספציפי בו עובד הרופא – הוא במקרים אלה אמצעי הפוגע בזכות הגישה לערכאות במידה העולה על הנדרש כדי להשיג את התכלית הראויה.

60. האינטרס הלגיטימי של המעביד, בדבר נאמנות העובד, הוא בעל משקל רב יותר בהקשר של יחסי העבודה בין המעביד לעובד, אך משקלו פוחת ככל שמדובר בפגיעה בצדדים שלישיים ובציבור הרחב. יש לצמצם את ההגנה על האינטרס הלגיטימי של המדינה כמעביד עד כדי פגיעה מידתית בלבד בזכות הגישה לערכאות. צמצום זה מחייב את מיקוד ההגנה על האינטרס הלגיטימי של המדינה לתחום בו קיימת זיקה ישירה בין הרופא עובד המדינה לבין המדינה (והכל כאמור באותם מקרים בהם עלולה זכות הגישה לערכאות להיפגע). אמנם המדינה היא המעבידה-המעסיקה של כל רופאי המדינה הכפופים לה, אך האינטרס הלגיטימי שלה כמעביד הוא בעל משקל רב יותר ככל שמדובר במוסד הספציפי בו עובד הרופא עובד המדינה, ולא כל מוסד שבאחריות המדינה כמעבידה.

61. באותם מקרים בהם קיימת סכנה של פגיעה בזכות הגישה לערכאות, החלופה המצמצמת את האיסור הכללי לאיסור על חוות דעת באשר למוסד הספציפי בו עובד

הרופא היא חלופה מידתית. היא פוגעת במידה פחותה בזכות הגישה לערכאות של הציבור הרחב, כיוון שהיא מגדילה את מאגר הרופאים עובדי המדינה הנגישים לצורך מתן חוות דעת רפואית נגד המדינה. בד בבד, היא נותנת הגנה לאינטרס הלגיטימי של המדינה לנאמנות של הרופא ולמניעת ניגוד עניינים, במקום בו יש זיקה ישירה בין הרופא עובד המדינה לבין המדינה. בכך נשמר האיזון בין התכלית הראויה של ההוראה לבין ההגנה על זכות הגישה לערכאות. "כגודל הסכנה הצפויה לערך יסוד או לאינטרס ציבורי, כך צריכה להיות גם עוצמת ההגנה על אותו ערך או אינטרס" (בג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(1) 573, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996)).

כשאין מדובר בחוות דעת שעניינה במוסד הספציפי בו עובד הרופא, נחלשת עוצמת החשש לניגוד עניינים מול המדינה כמעבדה. כידוע ניגוד העניינים "יכול שיהא רחוק ויכול שיהא קרוב" (בג"ץ 595/89 שמעון נ' דנינו, פ"ד מד(1) 409, 417 (1990)) והתרופה לו תלויה במידת האינטנסיביות של ניגוד העניינים ושטח התפרסותו, כאשר יש לשקול תחילה יישומם של אמצעים מתונים יותר להסרת ניגוד העניינים (בג"ץ 7279/98 שריד נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(1) 740, פס' 19 לפסק דינו של השופט אור (1999)). הדבר תלוי בעוצמת הניגוד, מצד אחד, וקיומן של דרכים חלופיות להסרת החששות הנובעות מן הניגוד, מצד שני (ע"א 6763/98 כרמי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 418, פס' 8 לפסק דינו של השופט ריבלין (1999)).

"כובע הנאמנות" שחובש הרופא עובד המדינה בתפקידו בשירות המדינה הוא בעל זיקה חזקה יותר ככל שמדובר בפגיעה במוסד הספציפי בו הוא עובד. זיקה זו, כמו גם הקשר המקצועי שלו והנגישות להחלטות בתחום מומחיותו, נחלשים ככל שמדובר במוסד אחר בשירות המדינה. כשמדובר במוסדות שאינם מקום עבודתו של הרופא עובד המדינה, פוטנציאל "החיכוך" הוא נמוך יותר, ניגוד העניינים אינו בא בתכיפות של יום-יום ו"ניתן למצוא דרך-ביניים לחיים-יחדיו" (בג"ץ 4360/94 טאטור נ' שר המשטרה, פ"ד נ(2) 560, פס' 13 לפסק דינו של השופט חשין (1996) ופתרון דומה שהוצע שם והתבסס על מרחק גיאוגרפי (להלן: פרשת טאטור); ראו גם פרשת קליגר, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ביניש).

סיכום מבחן המידתיות

62. אשר על כן, עמדתי היא שהאמצעי שננקט בהוראת התקשיר – הטלת איסור כללי על מתן חוות דעת רפואיות בהליכים נגד המדינה – אינו אמצעי הפוגע במידה הפחותה ביותר בזכות הגישה לערכאות, והוא אינו האמצעי המידתי הנדרש לצורך

השגת מטרותיה המוצהרות של המדינה, והכל באותם מקרים בהם יש למדינה השפעה מכרעת על השוק הרלבנטי. כדי להגשים את תכלית האינטרס הלגיטימי של המדינה כמעביד ניתן לקבוע, באותם מקרים בהם יש חשש לפגיעה בזכות הגישה לערכאות, איסור גמיש יותר. המסקנה היא כי הוראת התקשיר בטלה ביחס לכל תחום רפואי בו מוכח כי יש פגיעה בזכות הגישה לערכאות, בהיותה הוראה הקובעת איסור לא מידתי.

63. לדעתי ההסדר המידתי עשוי להיות מורכב משני מבחנים מצטברים (להלן: ההסדר).

המבחן הראשון שעל המדינה לבחון, על-פי פנייה של ההסתדרות הרפואית או לשכת עורכי הדין, הוא מהם התחומים הרפואיים הספציפיים בהם יש ביקוש לחוות דעת רפואיות ואשר בהם יש למדינה השפעה מכרעת על "שוק" חוות דעת של המומחים הרפואיים. הקריטריון של "מומחה יחיד" איננו הקריטריון הראוי לבחינת עוצמת ההשפעה ונדרש קריטריון גמיש יותר. הבחינה יכול שתיעשה בהיקש מדיני ההגבלים העסקיים, אף שאין קדושה בקריטריון של 50 אחוז דווקא. עם זאת, נדרש לקבוע קו גבול המתחשב בשיעור ובמספר המוחלט של הרופאים עובדי המדינה, מתוך כלל הרופאים בתחום. כך למשל, אף אם השיעור מעל 50 אחוז, אך המספר המוחלט של הרופאים הנגישים שאינם עובדי המדינה הוא גבוה ביותר, ניתן להגיע למסקנה שאין השפעה מכרעת. בהתאם, אם השיעור הוא מתחת לחמישים אחוז, אך המספר המוחלט של הרופאים הנגישים שאינם עובדי המדינה הוא קטן ביותר (ולאו דווקא אחד בלבד), ניתן להגיע למסקנה שיש השפעה מכרעת. כל תחום רפואי יידון לגופו. לכן, אין המדובר בהכרח רק בתחום הגנטיקה הרפואית. על בסיס בחינה זו על המדינה לגבש מאגר נתונים עדכני, שיעודכן מעת לעת (פעם בשנתיים או על פי פניה מפורטת) ביחס לכל תחום רפואי בו יש חשש לפגיעה בזכות הגישה לערכאות על פי הקריטריון שיאומץ. יש לשאוף לכך שהגדרת התחומים הרפואיים הספציפיים תיעשה בפרטנות ולא ברמת הפשטה גבוהה. הגדרת התחומים הרפואיים לא תיעשה על פי סוגי ההליכים המשפטיים (תביעות נזיקין, הליכים פליליים וכדומה) אלא על פי סוגי המומחיות הרפואית.

המבחן השני יחול ביחס לתחומים הרפואיים לגביהם ייקבע שיש חשש לפגיעה בזכות הגישה לערכאות. לפי המבחן השני בכל תחום כזה בטלה הוראת התקשיר. תוצאת הבטלות היא שכנקודת מוצא, יש ליתן היתר לחוות דעת רפואית וזאת ללא צורך בפרוצדורה של ועדת החריגים.

המדינה רשאית כמובן לקבוע הוראה חדשה בתקשיר ובה איסור מידתי. אין להסיק מפסק דין זה כי החלופה שהוצעה לעניין החלת האיסור על המוסד הספציפי בו עובד הרופא בלבד היא האמצעי המידתי היחיד האפשרי. המדינה עשויה להעלות אמצעים ראויים אחרים שכן לרשותה עומד מתחם מידתיות: "ייתכן וישנם אמצעים אחרים להגשמת התכלית הראויה, שגם פגיעתם שלהם בערכים המוגנים היא במידה הקטנה ביותר. לעתים קרובות ישנם מספר אמצעים הראויים כולם להגשמת התכלית. קיים לרוב 'מתחם' של אמצעים אשר ביניהם יש לבחור באמצעי הראוי. בחירה זו נתונה בידי הרשות השלטונית אשר לה הסמכות לנקוט באמצעים להבטחת המטרה. לרשות השלטונית מרחב תמרון בבחירת האמצעי הראוי... בית המשפט אינו עורך את הבחירה בין האמצעים השונים. בית המשפט בוחן אם הבחירה שנערכה על ידי הרשות השלטונית היא כדין" (פרשת גאנס, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק).

ההסדר אינו מייתר את ועדת החריגים, שיכולה לפעול לצידו: בתקופת הביניים עד לגיבוש מאגר הנתונים ובחינתו, תפעל ועדת החריגים במדיניות מקלה במתן היתרים לחוות דעת רפואיות מטעם רופאים עובדי המדינה ביחס למוסד עבודה אחר מלבד המוסד הרפואי הספציפי בו עובד הרופא עובד המדינה, והכל באותם מקרים בהם היא סבורה כי למדינה יש השפעה מכרעת על "שוק" חוות הדעת הרפואיות בתחום הרפואי הספציפי.

64. החלופה שהוצעה לעניין החלת האיסור על המוסד הספציפי בו עובד הרופא בלבד, במקרים בהם יש למדינה השפעה מכרעת על "שוק" חוות הדעת בתחום רפואי מסוים, היא חלופה החוסה תחת כנפי מתחם המידתיות. נראה כי יש מקום לבחון את החלופה שהוצעה באופן מעשי, ולו לתקופת נסיון, בכדי שתתגבש תשתית עובדתית מתאימה לבדיקת יתרונותיו וחסרונותיו. מכל מקום לעת הזו אין הצדקה לשלול אותו מראש מבלי שנעשה נסיון כן ורציני לכך ומבלי שהוכיחה המדינה כי אין לכך אפשרות מעשית (השוו: בג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 20 לפסק דיני (לא פורסם, 14.5.2006); כן השוו פרשת טאטור, פס' 14 לפסק דינו של השופט חשין). המדינה לא טענה כי החלופה שהוצעה אינה ישימה או אינה מעשית (על הצורך שהאמצעי המידתי יהיה אמצעי ישים, ראו פרשת פיצוי נמורק, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא אור).

המדינה טענה, אמנם, כי היא שקלה את החלופה שהוצעה ודחתה אותה, אלא שטעמי הדחיה אינם מצדיקים את הפגיעה בזכות הגישה לערכאות.

הטעם הראשון לדחייה, הטעם המתבסס על המדרון החלקלק, הוא ספקולטיבי, ולא הוכח. "הטיעון בדבר 'המדרון החלקלק' (ה-Slippery slope) טיעון קשה הוא. עלינו לגלות תמיד סקפטיות באשר אליו... יתכן כי המדרון החלקלק הוא מסוכן. אך הטיעון בדבר המדרון החלקלק מסוכן ממנו" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4) 1, פס' 94 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997)).

הטעם השני לדחייה, בדבר היעדר קושי להשיג חוות דעת, חותר תחת הקביעה לעיל, כי במישור העובדתי לא נסתרה טענת העותרים לפגיעה בזכות הגישה לערכאות בתחומים מסוימים.

מידתיות והמשפט המינהלי

65. גם אם נבחן את הוראת התקשיר בראי המשפט המינהלי (להבדיל מהמשפט החוקתי), על-פי אמות המידה המקובלות לבחינת החלטה של רשות מינהלית, אין הדבר משנה את התוצאה כיוון שדרישת המידתיות עליה עמדתי קיימת גם במשפט המינהלי: "על הרשויות המינהליות להפעיל סמכויות המאפשרות להן לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות - לרבות סמכויות שיסודן בדינים שקדמו לחוק-היסוד - על-פי אמות-המידה הקבועות בפסקת ההגבלה" (בג"ץ 951/06 שטיין נ' המפקח הכללי משטרת ישראל, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 30.4.2006)) ובכלל זה דרישת המידתיות (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח (5) 412, פס' 23 לפסק דינו של השופט זמיר (1994) (להלן: פרשת יורונט); פרשת גאנס, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק). הדבר נכון גם אם נראה בהוראה בתקשיר תנאי בהיתר לפרקטיקה פרטית, שהרי "המידתיות צריכה לשמש אמת מידה לרשות המינהלית גם כאשר היא באה להחליט אם לתת רשיון או אם לקבוע תנאים ברשיון" (פרשת יורונט, פס' 24 לפסק דינו של השופט זמיר). מכאן שההוראה בתקשיר נגועה בפגם, בין אם נראה בו פגם במידתיות ובין אם פגם בסבירות (השוו פרשת גאנס, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק).

על היחס בין הפגיעה (החוקית) בחופש העיסוק לבין הפגיעה (הלא-מידתית) בזכות הגישה לערכאות

66. ציינתי כי מרכז הכובד של העתירה הוא בפגיעה בזכות הגישה לערכאות. קבלת הטענה של לשכת עורכי הדין (בעניין הפגיעה הקיימת לעתים בזכות הגישה לערכאות) אינה גורעת מדחיית הטענה של ההסתדרות הרפואית (בעניין חופש העיסוק). ההכרעה

בכל טענה נובעת מהמסלול המשפטי לבחינת הטענה והיא עומדת על רגליה שלה. אמנם מתן צו החלטי בעתירה בכללותה ביחס להוראת התקשיר, בשורה התחתונה, באותם מקרים בהם יש פגיעה בזכות הגישה לערכאות, חל גם על הוראת התקשיר שהוכשרה במישור יחסי העבודה בין המדינה לרופאים עובדי המדינה. אך השורה התחתונה מתבקשת מראיית מרכז הכובד של העתירה בזכות הגישה לערכאות (ראו והשוו בג"ץ 4676/94 מיטדאל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996)). מכל מקום, הדגשתי כי למדינה יש מתחם של מידתיות בהתאמת ההוראה הקיימת לזכות הגישה לערכאות. במלאכת ההתאמה יהיה צורך ליתן משקל לכך שבמישור יחסי העבודה מקיימת ההוראה איזון ראוי בין חופש העיסוק לחופש החוזים, כך שעל עיקר ההתאמה להיעשות באספקלריה של זכות הגישה לערכאות.

67. פתחתי וצינתי: נראה כי המחלוקת ביני לבין חברי השופט אלון – מחלוקת צרה היא. גם אני איני סבורה שכלל קיימת פגיעה בזכות הגישה לערכאות בכל התחומים והמצב אינו "כצעקתם" של העותרת או לשכת עורכי הדין. עם זאת בתחומים מסוימים, בהם יש למדינה השפעה מכרעת על "שוק" חוות הדעת בתחום רפואי זה או אחר, עלולה זכות הגישה לערכאות להיפגע. ועדת החריגים אינה אמצעי מספק לפתרון מקרים חריגים אלה, ונדרש לשם כך מנגנון אחר או משלים, מרוכך יותר.

סוף דבר

68. התוצאה היא שבאותם תחומים רפואיים בהם למדינה יש השפעה מכרעת על "שוק" חוות הדעת הרפואיות, ההוראה בתקשיר נגועה בחוסר מידתיות. הייתי מציעה לחבריי לעשות את הצו על תנאי למוחלט באופן הבא: על המדינה לבחון, על פי פנייה של ההסתדרות הרפואית, או של לשכת עורכי הדין או בעל עניין אחר, מהם התחומים הרפואיים בהם יש לה השפעה מכרעת על שוק חוות דעת של המומחים הרפואיים. הבחינה יכול שתיעשה בהיקש מדיני ההגבלים העסקיים. על בסיס מאגר הנתונים העדכני תגבש המדינה רשימה של תחומים רפואיים שיש לגביהם חשש לפגיעה בזכות הגישה לערכאות. הרשימה תפורסם באינטרנט בכדי שתהיה נגישה לציבור הרחב. רק ביחס לתחומים המופיעים ברשימה זו בטלה הוראת התקשיר ויש לאפשר מתן חוות הדעת הרפואית בלא צורך בפרוצדורה של ועדת החריגים. המדינה רשאית, אם רצונה בכך, לקבוע הוראה חדשה ביחס לתחומים המופיעים ברשימה זו ובה איסור מידתי אחר. על המדינה לגבש רשימת תחומים כאמור ואם רצונה בכך הוראה חלופית חדשה בתוך שנה מיום מתן פסק הדין. תוצאת בטלות הוראת התקשיר תפעל מיום גיבוש

הרשימה ואילך. במהלך תקופת המעבר, מיום מתן פסק הדין ועד מועד גיבוש הרשימה, תפעל ועדת החריגים במדיניות מקלה במתן היתרים לחוות דעת רפואיות מטעם רופאים עובדי המדינה ביחס למוסד עבודה אחר מלבד המוסד הרפואי הספציפי בו עובד הרופא עובד המדינה. נוכח התוצאה אליה הגעתי, הייתי מציעה לחבריי כי לא נקבע צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט ט' ג'ובראן:

מצטרף אני לדעתם של חבריי בכל הנוגע לדחיית העתירה ביחס לפגיעתה של ההוראה הנדונה בתקשי"ר בחופש העיסוק של הרופאים עובדי שירות המדינה. בכל הנוגע לסוגיית הפגיעה בזכות הגישה לערכאות של הציבור הרחב, דעתי כדעתה של חברתי השופטת מ' נאור, לפיה דין העתירה להתקבל, באופן המוצע על ידה.

דעתי כדעתה של חברתי השופטת נאור, כי העותרים הצליחו להניח בפנינו תשתית ראייתית שיש בה כדי להצביע על קיומם של מקרים בהם עשויה ההוראה האמורה בתקשי"ר להביא לפגיעה בלתי מידתית בזכותם של צדדים שלישיים – הציבור הרחב – לפנייה לערכאות. הגם שכאמור בחוות דעתה של חברתי ייתכן ומדובר אך במספר מצומצם של מקרים, הרי שלא ניתן להשלים אף עם מצב זה, ועל המשיבים מוטלת החובה למנוע אף את התקיימותם של מקרים אלו. חזקה על רשויות המדינה ואורגניה כי הם שואפים לקיומן המרבי של זכויות הפרט, ובהן הזכות לגישה לערכאות. ואכן, גם בפרשה שבפנינו הצהירה המשיבה כי בחנה את הדרכים שיש בהן כדי להקל את הפגיעה הגלומה באיסור האמור, בין היתר באמצעות שימוש בוועדת החריגים. אלא שכפי שהראתה חברתי, אין בפתרון זה כדי לתת מענה אמיתי לפגיעה הנגרמת כתוצאה מהאיסור. למרבה הצער, המסקנה אליה הגיעו המשיבים – לפיה אין כל מקום ליישומן של פתרון מקל יותר, אינה מניחה את הדעת ואינה מידתית. ממשקלה של זכות הגישה לערכאות – זכותו של כל אדם ואדם בציבור – נדרשת המסקנה, כי אין לאפשר קיומם של מקרים, אף אם מעטים, בהם תיפגע באופן ממשי אפשרותו של אדם למצות את ההליכים המשפטיים העומדים לרשותו, בשל היעדר אפשרות ברת קיימא לקבל חוות דעת רפואית בעניינו.

משכך, מקובלת עליי התוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת מ' נאור. בדומה לחברתי, אבקש להדגיש כי אין מדובר כמובן אלא בהסדר מוצע, וככל שיגבשו המשיבים הסדר מידתי אחר, ניתן יהיה לשוב ולבחנו לגופו.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, ג' בתשרי תשס"ט (2.10.2008).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט