

ד"ר ישעיהו הומברגר

ע"י עו"ד אריאל ארליך או עו"ד נעם שרייבר
או עו"ד מאיר רובין
כולם מפורום קהלת (ע"ר)
מרח' עם ועולמו 8 בירושלים
טל' 02-6312720 ; פקס 02-6312724
נייד : 054-6891319 ; דוא"ל : aerlich@kohelet.org.il

העותר

נ - ג - ד

1. מנכ"ל משרד הבריאות, פרופ' רוני גמזו
 2. מנהל האגף לרישוי מקצועות רפואיים במשרד הבריאות, ד"ר אמיר שנון
- ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
רח' מח"ל 6, ירושלים

המשיבים

עתירה מנהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים ליתן לעותר היתר לעסוק במקצועו כרופא בהתאם לבקשת בית החולים שערי צדק בירושלים.

בשל הפגיעה הקשה והמתמשכת בפרנסתו של העותר, שנגדעה בשל החלטתם של המשיבים, מתבקש בית המשפט להוציא מלפניו צו ביניים המורה על מתן היתר זמני או מוגבל לעסוק ברפואה באופן מיידי.

כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על תשלום הוצאות עתירה זו בתוספת שכ"ט עו"ד ומע"מ כדין.

בתמצית:

ד"ר הומברגר, רופא שעלה לישראל מאל-סלבדור, עבד כרופא במשך כארבע שנים וחצי בבתי חולים בישראל לפי היתר מוגבל כחוק. ד"ר הומברגר התגייס במהלך שנות עבודתו בישראל, ולפני חודשים אחדים קיבל תעודת זהות ישראלית. כתוצאה מהתאזרחותו וקבלת תעודת זהות ישראלית מסרבים המשיבים להעניק לו היתר כלשהו להמשיך לעסוק ברפואה, גם לא לפרק זמן קצר, אף שבית החולים שערי צדק מעוניין להמשיך להעסיקו.

ד"ר הומברגר עתיד לגשת לבחינות הרישוי הממשלתיות בחודש פברואר. בעקבות הסיורב ליתן לו היתר לעסוק ברפואה הוא נותר ללא פרנסה מאז חודש ספטמבר. כתוצאה מכך נגרמת לו ולמשפחתו פגיעה כלכלית אנושה.

כפי שיפורט להלן, אין כל מניעה חוקית להעניק לו היתר מוגבל או היתר זמני ולאפשר לו לעבוד כרופא, ובכך לפתור את המצב האבסורדי הזה, אולם המשיבים מסרבים לעשות זאת תוך התעקשות על פרשנות משפטית מצמצמת שכביכול מונעת מהם ליתן לו היתר זמני או מוגבל. סעד זה מבוקש מבית המשפט.

בהעדר מניעה חוקית שומה על המשיבים לאפשר לו לעבוד ולהתפרנס, ולא לפגוע בזכותו החוקתית לעסוק במקצועו. חובה זו של המשיבים מקבלת משנה תוקף על רקע העובדה שמאות רופאים זרים מועסקים בבתי חולים בישראל באמצעות היתר מוגבל, שכל "יתרונם" על העותר הוא שהם אינם אזרחים ישראלים.

רקע וההליכים המקדמיים

1. העותר, נשוי ואב לארבעה ילדים קטנים, הוא ד"ר לרפואה. הוא נולד במדינת אל-סלבדור בשנת 1974. בשנת 1998 קיבל תואר דוקטור לרפואה מאוניברסיטת אלברטו מספרר שבאל-סלבדור. בשנת 2001 קיבל תעודת כירורג כללי באל-סלבדור, ובשלהי 2004 הוסמך כנוירוכירורג במדינה זו. הוא מאושר באל-סלבדור כד"ר לרפואה, ככירורג כללי ונוירוכירורג. מראשית 2005 ועד סוף שנת 2008 עבד כרופא מומחה בכיר במחלקה נוירוכירורגית בבית חולים בעיר סאן-סלוודור, בירת אל-סלבדור.
 2. העותר הגיע לישראל במסגרת תכנית fellowship בראשית שנת 2009. ביום 25.1.2009 החל העותר לעבוד בבית החולים הדסה עין כרם בירושלים במחלקה נוירוכירורגית, כעמית אקדמי, לפי היתר מוגבל שקיבל מן המשיבים, ועבד שם עד ליום 31.6.2011. על אודות טיבו של היתר מוגבל זה עוד נדבר בהמשך בהרחבה, ובינתיים רק נאמר כי הוא מאפשר לעסוק ברפואה בישראל ללא רישיון קבע, תחת מגבלות מסוימות. ההיתר המוגבל נחשב לרישיון כפוף למגבלות שהוטלו על בעליו.
 3. ביום 21.10.12 החל העותר לעבוד במסגרת תכנית fellowship, לפי היתר מוגבל שניתן מטעם המשיב 2, בבית החולים שערי-צדק בירושלים. ההיתר המוגבל שב וחודש ביום 12.7.12 עד לתאריך 30.6.13. **סיכומו של דבר, במשך ארבע שנים וחצי עבד העותר כרופא בבתי חולים בישראל לפי רישיון מטעם המשיבים.**
ההיתר המוגבל מיום 12.7.12 מצורף לעתירה **כנספח א'**
 4. במהלך שהותם בישראל העותר ומשפחתו עברו תהליך גיור. ביום 7.5.13 קיבל העותר תעודת זהות ישראלית.
 5. בתחילה סבר העותר כי מעת שהתאזרח יוכל לקבל רישיון לעסוק ברפואה ללא בחינת הרישוי, בשל התקופה הארוכה שהוא עוסק ברפואה בישראל ובחוו"ל. משהודיע לו המשיב 2 כי עליו לגשת לבחינה, ביקש בית החולים שערי צדק, ביום 15.8.13, כי **תוארך פעם נוספת תקופת ההיתר המוגבל של העותר** לצורך ביצוע תורנויות במחלקת טיפול נמרץ כללי, כדי שיוכל להוסיף לעבוד עד שיקבל את הרישיון.
בקשה להיתר מוגבל לעסוק במקצוע רפואה מצורפת לעתירה **כנספח ב'**
 6. ביום 25 באוגוסט התקבלה אצל נילי שפירא-דגני, המתאמת הרפואית של בית החולים שערי צדק, תשובה מטעם המשיב 2 בדוא"ל, בזו הלשון: **"הוא לא יכול לקבל היתר מוגבל הוא הגיש בקשה להיבחן"**.
תדפיס מהודעת הדוא"ל מצורף לעתירה **כנספח ג'**
בירור שנעשה על-ידי בית החולים העלה, להפתעתו הרבה של בית החולים, כי המשיבים סבורים שאין ביכולתם להעניק היתר מוגבל לעותר משום שהוא נעשה אזרח ישראלי.
- תצהיר מטעם נילי שפירא-דגני, מתאמת רפואית בבית חולים שערי צדק, מצורף לעתירה זו.**

7. בינתיים, המשיך העותר בתהליך ההכרה בתואר המומחה שלו, ולשם כך טרח להמציא מסמכים ממסמכים שונים למועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית. ביום 3.10.13 הופיע לפני המועצה המדעית, וזו החליטה בהתאם לסמכויותיה לפטור אותו מבחינות שלב א' של ההתמחות; ברם, בכך לא היה כדי לפוטרו מבחינת ההסמכה הממשלתית ברפואה.

כעבור ימים מעטים, ביום 7.10.13, ניגש העותר לבחינת ההסמכה ברפואה, לאחר שהתכונן אליה בחופזה מחמת קוצר הזמן, ואף שהיה קרוב לעבור את הבחינה הוא לא עבר את הסף הנדרש. מועד הבחינה הבא הוא בחודש פברואר.

8. התוצאה של החלטת המשיבים שלא ליתן לעותר היתר לעסוק ברפואה היא שבירת מטה לחמה היחיד של משפחה זו, משפחת גרים המטופלת בארבעה ילדים ובהם תינוק בן כחצי שנה, המתמודדת ממילא עם קשיי שפה וקליטה. העותר ומשפחתו נותרו ללא פרנסה מזה חודשים אחדים, ומצב זה עלול להימשך עוד לכל הפחות ארבעה חודשים נוספים.

האבסורד והעיוות שבתוצאה זו הם יוצאי דופן. העותר הרי עבד ארבע שנים וחצי ברפואה בבתי חולים בישראל וטיפול באינספור חולים, לשביעות רצון הממונים עליו ולפי אישור שנתנו המשיבים עצמם. יתר על כן, מאות רופאים זרים, רובם ככולם אינם יהודים, מועסקים כיום לפי היתרים מוגבלים בבתי חולים בכל רחבי הארץ, מטפלים בחולים, מתפרנסים ומתקדמים מבחינה מקצועית, בלי שעברו כל בחינה.¹ החלטת המשיבים כי העותר מנוע מלעבוד כרופא רק משום שהתאזרח או "עשה עלייה", וכפייתו לשבת בטל בביתו, משוללת כל היגיון, מהווה אפליה חמורה, רומסת את חופש העיסוק של העותר, ונעדרת כל הצדקה חוקית.

9. העותר כאמור הוא גר צדק, עולה חדש. לפיכך, אף שהוא נתמך ונעזר בגורמים בקהילתו, נגישותו אל מוסדות המדינה בכלל ואל בתי המשפט בפרט מוגבלת ביותר.

העותר, שלא חפץ להתעמת עם המשיבים, ביקש בתחילה למצות את הסיכוי לקבל רישיון קבע על ידי עשיית הבחינה הממשלתית. לאחר שנודע לו כי לא עבר את הבחינה, ניסה להגיש ערעור על כך. משהתברר לו כי אין הוא רשאי להגיש ערעור, פנה לפורום קהלת, העוסק בין היתר בקידום חופש העיסוק בישראל בכלל ובעניינם של עולים חדשים בפרט, וביקש סיוע. מחלקת ליטיגציה בפורום קהלת קיבלה על עצמה לסייע לעותר, כמובן ללא תמורה.

הח"מ פנה באופן מיידי, ביום 14 בנובמבר 2013, במכתב דחוף אל המשיבים, בבקשה ליתן לעותר היתר זמני או היתר מוגבל. בשל דחיפות העניין ומצוקתה של המשפחה נתבקשה תגובת המשיבים בתוך שבועה ימים, עד ליום 20 בנובמבר 2013.

העתק מכתבו של הח"מ אל המשיב 1 מצורף לעתירה זו כנספח ד'

¹ מספרם המדויק של רופאים העובדים לפי היתר מוגבל מצוי בידעת המשיבים. עד כה נמנעו המשיבים למוסרו לידי הח"מ, אף שהוגשה בקשה לפי חוק חופש המידע. הח"מ ימסור מידע זה לבית המשפט לאחר שיימסר לידי, בין אם במסגרת בקשת חופש המידע ובין אם במסגרת בקשת פרטים נוספים בגדרי הליך זה.

מועד זה חלף-עבר ותשובת המשיבים מבוששת לבא. לפיכך מוגשת עתירה זו, בד-בבד עם בקשה דחופה למתן צו ביניים שיורה למשיבים לאפשר לעותר לשוב ולעסוק במקצועו באופן מיידי עד להכרעה בעתירה.

להלן נבהיר מדוע אין הצדקה חוקית לעמדתם המוזרה של המשיבים.

המסגרת המשפטית – רישיון, היתר זמני והיתר מוגבל

10. פקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ו-1976, קובעת את הדרך החוקית לעסוק ברפואה בישראל ואת התנאים לכך. תכליתה של הפקודה והתנאים הללו, כפי שנפסק לאחרונה בבית המשפט העליון, היא **"להבטיח כי בשערי המקצוע יבואו אך ורק רופאים שרמתם המקצועית נאותה"** (ע"מ 2814/12 **רודריגז נ' משרד הבריאות האגף לרישוי מקצועות רפואיים** (פיסקה 11; ניתן ביום 9.7.13), כדי לשמור על שלומם ובריאותם של ציבור החולים ולוודא שיזכו לטיפול רפואי ראוי. לשם כך הפקודה קובעת כי העיסוק ברפואה מותר אך ורק למי שבידיו רישיון לעסוק ברפואה (סעיף 3). דרך המלך לקבל רישיון קבועה בסעיף 4 לפקודה, המונה חמישה תנאים לקבלת רישיון:

(א) היות המבקש אדם הגון;

(ב) בעל השכלה רפואית;

(ג) עמידה בבחינה הממשלתית (למעט מי שפטור ממנה);

(ד) היותו אזרח ישראלי או בעל רישיון לישיבת קבע בישראל;

(ה) ידע בסיסי בשפה העברית.

11. עם זאת, מחוקקי הפקודה היו ערים לצורך המתעורר במצבים מסויימים לאפשר לאדם לעסוק ברפואה גם בלי שיתמלאו לגביו כל התנאים הללו. כך, למשל, לגבי רופאים הבאים מחו"ל לצורך התמחות, השתלמות מקצועית או לצורך פעולה רפואית ייחודית ספציפית; כך, למשל, לגבי רופאים שטרם השלימו את כל התנאים המנויים לעיל, אולם יש צורך לאפשר להם לעסוק במקצועם; וכך גם לגבי מי שמסיבות בריאותיות או אחרות יש צורך להתלות או להגביל את רישיונו.

12. לפיכך מגדירה הפקודה כי "רישיון", העושה את המחזיק בו לרופא מורשה הרשאי לעסוק ברפואה, כולל גם היתר זמני, היתר מוגבל ורישיון מיוחד (האחרון אינו עניין לעתירתנו ולא נרחיב לגביו):

"מי שיש לו רישיון לפי פקודה זו, הוא רופא מורשה הרשאי לעסוק ברפואה" (סעיף 2).

"רישיון" - לרבות היתר זמני, היתר מוגבל ורישיון מיוחד" (סעיף 1)

היתר זמני

13. סעיף 19 לפקודה קובע את סמכותו של "המנהל" (המשיב 1 או המשיב 2) לתת היתר זמני, לתקופה מתחדשת של שנה לכל היותר, לפי שיקול דעתו בהתאם לצורך. כך קובע הסעיף:

א. עד להשלמת הנוהל למתן רישיון רשאי המנהל לתת היתר זמני לעסוק ברפואה לתקופה שאינה

עולה על שנה, ורשאי הוא לעשות כן אף בכל מקרה שהוא רואה צורך בכך.

ב. המנהל רשאי, לפי שיקול דעתו, לחדש היתר זמני.

- ג. מי שיש לו היתר זמני יחזירנו למנהל ביום פקיעת תקפו.
- ד. הוראות סעיפים 24 עד 29 ו-31 עד 38 לענין רשיונות יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על היתרים זמניים.
- ה. לענין סעיפים 9, 41, 45 עד 47, 49, 50 ו-55 דין היתר זמני כדין רשיון.

כפי שניתן לראות, המחוקק חזה מראש מצבים שבהם רופאים הכשירים לעסוק ברפואה וראויים לקבל רישיון לפי סעיף 4 לפקודה ייתקלו בעיכובים או קשיים עד לקבלת הרישיון והשלמת ההליך שקובע סעיף 4. לשם כך נחקק הסעיף הזה, כדי ליתן למשיבים סמכות שבשיקול דעת לאפשר את העיסוק ברפואה, במקרים הראויים והמתאימים, ולא לפגוע בחופש העיסוק באופן שאינו נדרש להגשמת תכלית החוק. כאמור, הפקודה קובעת בסעיף 1 כי היתר כזה ייחשב "רישיון" לצורך החוק, והאוחז בו יוכל לעסוק ברפואה.

14. כמובן, המנהל חייב להפעיל את שיקול הדעת בזהירות, בשקיפות ובסבירות, לאור תכליתו של החוק, ככל הפעלת סמכות על-ידי רשות מנהלית. אין ספק שהוא רשאי לקבוע תנאי סף, כגון מתן היתר זמני רק לאחר הוכחת קיומו של התנאי הנקוב בסעיף 4(א)(1), ו-4(א)(2) (השכלה רפואית והגינות), כפי שקובעת הפקודה בעניינו של היתר מוגבל (בסעיף 19א, שיידון להלן).

בדומה לכך, ברור גם שנתונה למנהל סמכות להתנות את ההיתר הזמני במגבלות ובתנאים, בהתאם לצורך ולאור תכליתה הנ"ל של הפקודה – "להבטיח כי בשערי המקצוע יבואו אך ורק רופאים שרמתם המקצועית נאותה". קיומה של סמכות להתנות היתר בתנאים כדי להגשים את תכלית החוק היא הלכה נודעת משכבר הימים: **"רשות מנהלית המוסמכת להעניק רישיון, מוסמכת מכללא להתנות בו כל תנאי שהינו בעל זיקה למטרות החוק"** (דברי נשיא בית המשפט העליון א' ברק בדנג"ץ 6127/00 **המפקחת על הביטוח נ' ציון חברה לביטוח בע"מ** (ניתן ביום י" 30.5.04), פסקה 6; וראו גם את שלל האסמכתאות המצוינות שם).

15. **מנגנון ההיתר הזמני הקבוע בסעיף 19 כאילו נחקק עבור עניינו של העותר.** העותר מצוי כעת בתוככי מסלול הנוהל למתן רישיון: לאחר שנים רבות של עבודה כרופא הוא הגיש בקשה לקבל רישיון, וכעת הוא מתכוון לבחינה. הוא עבד כבר שנים רבות בישראל, לשביעות רצונם של בתי החולים, שאף מבקשים בעת באופן מפורש כי ימשיך לעבוד אצלם. הוא מצוי בתקופת ביניים, עד שיוכל לקבל את רישיון הרפואה ה"מלא". הוא זקוק נואשות לפרנסה. איזה "צורך" גדול יותר ניתן להעלות על הדעת למתן היתר זמני?

היתר מוגבל

16. כעשר שנים לאחר שנחקקה הפקודה נחקק תיקון מס' 1, ובמסגרתו התווסף לה סעיף 19א, הקובע את האפשרות להעניק היתר מוגבל לעסוק ברפואה. מנגנון זה נחקק בבסיסו כדי ליתן מענה לרופאים הבאים לישראל להשתלמות והתמחות.

כך נכתב בדברי ההסבר להצעת החוק: **"לפי סעיף 4(א)(3) לפקודה, רשאי המנהל להעניק רישיון למי שהוא אזרח ישראלי או בעל רישיון לישיבת קבע בישראל, ואילו סעיף 59 לפקודה מאפשר למנהל לפטור מהוראות הפקודה רופא ממדינת חוץ שבא לישראל כדי לבצע ניתוח מסויים או לשם התייעצות רפואית מסויימת. מוצע לאפשר למנהל להעניק היתר מוגבל לרופא הבא לישראל לצורך השתלמות או**

התמחות. היתר כזה יוכל המנהל להגבילו בזמן, במקום ולתחום רפואי מוגדר" (ה"ח 1662, י"ג בשבט התשמ"ד, 17 בינואר 1984, עמוד 145).

לשון הסעיף שנחקק בפקודה, סעיף 19א, היא זו:

- (א) המנהל רשאי, לפי שיקול דעתו, לתת היתר מוגבל לעסוק ברפואה למי שאינו בעל רשיון לישיבת קבע בישראל, בתנאי שנתקיימו בו התנאים שבסעיף 4(א) ו- (2) ובנוסף לכך נתקיים בו אחד מאלה:
- (1) בית חולים הזמין אותו, באישור המנהל, לעבוד בו לתקופה קצובה;
- (2) הוא משתלם ברפואה או הוא מתמחה כדי לקבל תואר מומחה, והכל באישור מוקדם מאת המנהל.
- (ב) המנהל רשאי לפי שיקול דעתו, להתנות את מתן ההיתר המוגבל בסט' או בעמידה בבחינות או בשניהם.
- (ג) המנהל רשאי להגביל את תוקפו של היתר מוגבל לזמן, לענף רפואי או למקום, וכן רשאי הוא לקבוע תנאים והגבלות אחרים ככל שייראה לו.

היתר זה מאפשר למנהל לתת רישיון לעיסוק ברפואה גם למי שאינו אזרח או תושב ישראל, לפי שיקול דעתו של המנהל, ובכפוף לכך שהמבקש יהיה אדם הגון ובעל השכלה רפואית. הסעיף קובע מגבלות על רישיון זה: הוא מותנה גם בכך שבית חולים הזמין את המבקש לעבוד אצלו, או שמדובר במשתלם או מתמחה.

17. הסעיף קובע כי היתר מוגבל יינתן "למי שאינו בעל רישיון לישיבת קבע בישראל". לכאורה, לפי לשון הסעיף, לא יינתן היתר מוגבל לאזרח או תושב. **אלא שברור כי סעיף זה בא לרבות ולא למעט.** סעיף 4(א) לפקודה קובע כי רישיון יינתן רק לאזרח ישראלי או בעל רישיון לישיבת קבע בישראל, ובא סעיף 19א לרבות כי גם לתושבים עראיים, בנסיבות ובפרוצדורה מסויימת, ישנה אפשרות לעבוד כרופאים בישראל בהיתר מוגבל. תכליתו היא לאפשר העסקה ולא להגבילה. פרשנות ולפיה הסעיף שולל את האפשרות להאריך היתר מוגבל למי שעלה לארץ והתאזרח בישראל לפי דין היא אפוא פרשנות מוטעית, שאינה עולה בקנה אחד עם תכלית הסעיף ועם תכלית הפקודה כולה. לפיכך יש לקרוא את הסעיף כאילו נאמר בו "המנהל רשאי, לפי שיקול דעתו, לתת היתר מוגבל לעסוק ברפואה גם למי שאינו בעל רישיון קבע לישיבה בישראל...", וכי ניתן בהסתמך על הסעיף להאריך את ההיתר המוגבל לתקופה קצרה נוספת גם למי שקיבל – לרוע מזלו – אזרחות ישראלית.

הטיעון המשפטי

א. חופש העיסוק

18. החלטת המשיבים שלא ליתן לעותר אפשרות להוסיף ולעסוק במקצועו בתקופת הביניים, עד אשר ישלים את הנוהל ויעבור את הבחינה, פוגעת פגיעה אנושה בחופש העיסוק של העותר.

הרי כך קובע חוק-יסוד: חופש העיסוק –

"כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד" (סעיף 3);

"כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב" (סעיף 5);

וכן כי "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (סעיף 4).

המשיבים נדרשים אפוא, מכוחו של חוק יסוד, לכבד את זכותו של העותר לעיסוק. הם מחויבים להימנע מלפגוע בזכותו לעסוק במקצועו. אמת, פקודת הרופאים מטילה מגבלות על העיסוק החופשי,

ומחייבת רישיון כדי לעסוק במקצוע זה. אולם מכוחו של חוק היסוד שומה על רשויות המדינה – והמשיבים בכלל – ליישם את החוק באופן שהפגיעה תהיה מידתית ומוגבלת להגשמת תכליתו של החוק בלבד, תוך כיבוד חופש העיסוק ככל הניתן; והכל כפי שיפורט להלן.

ב. פרשנות הפקודה וחופש העיסוק

19. הואיל ומדובר בזכות חוקתית של העותר לעיסוק במקצועו, הלכה היא כי שומה על המשיבים ליתן לפקודה פרשנות שמצמצמת את ההגבלה על חופש העיסוק, כל עוד היא עולה בקנה אחד עם תכליתה של הפקודה.

בית המשפט העליון הזכיר זאת למשיבים אך לאחרונה, בעניין רודריגז הנ"ל:

"סעיף 5 לחוק היסוד מורה כי 'כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב'. מכוח חובה זו נדרש בית המשפט להעדיף פרשנות הפוגעת במידה פחותה בחופש העיסוק [...] מן הראוי לפרש הגבלה על חופש העיסוק בצמצום ובאופן שיש בו כדי לשמור על הזכות ולא לסייגה מעבר למתחייב מדבר המחוקק ומתכלית החקיקה".

(וראו גם בג"ץ 2740/96 שניסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481, 491 (1997);

דנ"א 6407/01 ערוצי זהב נ' Tele Event Ltd., פ"ד נח(6) 54, 6 (2004)).

תכליתה של הפקודה, כזכור, היא "להבטיח כי בשערי המקצוע יבואו אך ורק רופאים שרמת המקצועית נאותה". ברם, הפקודה כזכור מאפשרת נתינת היתר מוגבל לרופאים מחו"ל, ללא כל בחינה אלא בהסתמך על השכלה רפואית בלבד. המשיבים מעניקים היתרים מוגבלים כאלה למאות רופאים בשנה. העותר עצמו קיבל היתר מוגבל כזה במשך ארבע שנים וחצי, והוא עבד לפיו לשביעות רצונם של בתי החולים שהעסיקוהו. לאור זאת, המשיבים מנועים מלטעון כי פרשנות סעיפי הפקודה באופן שיאפשר לעותר להמשיך ולעבוד – כפי שעבד עד לפני חודשים אחדים – סותרת את תכלית הפקודה.

20. לפיכך, ככל שיש בידי המשיבים בחירה בין שתי פרשנויות אפשריות של הפקודה, שומה עליהם לאמץ פרשנות המאפשרת לעותר להוסיף ולעסוק במקצועו, על-ידי היתר זמני או על-ידי היתר מוגבל.

ג. סמכות רשות וסמכות חובה

21. בידי המשיבים נתונות אפוא שתי דרכים חלופיות ליתן לעותר רישיון לעיסוק ברפואה – היתר זמני או היתר מוגבל. לכאורה, לפי לשון הפקודה, שתי הסמכויות הללו הן סמכויות שברשות. אלא שעסקינן במתן רישיון לאדם לעסוק במקצועו, וכבר נפסק כי "לא יכול להיות ספק כי משטר של רישוי פוגע בזכות לחופש העיסוק... מדיניותה של רשות מינהלית, השוללת עיסוק מסוים או המגבילה אותו באופן חמור, תיחשב לפגיעה בחופש העיסוק" (בג"ץ 2921/03 קאופמן נ' שנון (ניתן ביום 29.4.04)). הימנעות ממתן רישיון לאדם לעסוק במקצועו היא אפוא פגיעה קשה בחופש העיסוק שלו. לפיכך, הגם שהחוק נוקט לשון 'רשאי', מרחב שיקול הדעת של המשיבים להימנע מלהעניק לעותר רישיון הוא מצומצם ביותר. רכיבי ה'חובה' להעניק את הרישיון הם בוודאי דומיננטיים ביותר לעומת רכיבי ה'רשות' (ראו בג"ץ 939/05 ברבי נ' שר התמ"ת (ניתן ביום 18.6.07)).

במילים אחרות, מעת שהחוק מאפשר למשיבים להעניק לעותר רישיון לעסוק במקצועו, ועל רקע העובדה שהמשיבים נתנו לעותר רישיון כזה במשך ארבע שנים וחצי, נחוצות סיבות חזקות ויוצאות דופן כדי להצדיק הימנעות מהענקת רישיון זה לתקופה נוספת.

ד. שיקול הדעת – סבירות

22. שיקול הדעת של המשיבים בבואם להכריע אם ליתן לעותר רישיון לעסוק במקצועו חייב להתבסס על הנקודות הבאות:

- א. מדובר, כאמור, בחופש העיסוק של העותר; ובמקור הפרנסה היחיד שלו ושל משפחתו.
 - ב. העותר עסק במשך ארבע שנים וחצי, לפי היתר מוגבל, ברפואה בבתי חולים בישראל וטיפל באינספור חולים.
 - ג. מאות רופאים זרים מועסקים בבתי חולים בישראל לפי היתר מוגבל, ללא שעברו בחינה מקצועית או בחינה בעברית, אך ורק על סמך הצגת מסמכים. כך גם הועסק העותר עד שהתאזרח. העותר אינו נופל מהם במאומה, אלא אם סבורים המשיבים כי התאזרחותו פגמה בהתאמתו המקצועית. על רקע זה, רק אילו היו סיבות חריגות שיצדיקו למנוע מהעותר להמשיך לעסוק במקצועו כרופא, כגון אם חלילה היה עובר עבירה, מתרשל או פושע בעבודתו, או שהיתה ניתנת חוות דעת של הממונים כי אינו ראוי לעסוק ברפואה, רק אלו יכולים היו להצדיק הימנעות ממתן רישיון כלשהו לעותר לעסוק במקצועו ולהתפרנס.
- בהעדר סיבה כזו, החלטתם של המשיבים היא החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני.**

ד. שיקול הדעת – תכלית ראויה

23. כאמור, המשיבים כפופים להוראותיו של חוק יסוד: חופש העיסוק. את הסמכות הנתונה להם לפי הפקודה להעניק או להימנע מלהעניק רישיון, הם חייבים להפעיל באופן שבו ככל שתהיה פגיעה בעותר היא תהיה לאור תכליתה של הפקודה בלבד.
- כאמור לעיל, תכליתה של הפקודה היא "להבטיח כי בשערי המקצוע יבואו אך ורק רופאים שרמתם המקצועית נאותה". זו בוודאי תכלית ראויה. אולם לאור העובדה שהיתרים מוגבלים ניתנים למאות רופאים, ואף ניתן היתר כזה בעבר לעותר, הימנעות ממתן היתר מוגבל או היתר דומה לעותר כעת איננה משרתת בדרך כלשהי את התכלית הזו, ולפיכך אסורה על פי חוק-היסוד.

ה. שיקול הדעת – מידתיות

24. בדומה לכך, כפיפותם של המשיבים לחוק-יסוד: חופש העיסוק מחייבת גם כי פגיעה בחופש העיסוק תהיה מידתית. מניעת רישיון כלשהו מן העותר, על רקע העובדה שעסק תקופה ארוכה לפי היתר מוגבל והיתר מוגבל ממשיך להינתן למאות רופאים זרים, איננה מידתית: היא איננה מקיימת קשר רציונאלי לתכלית הנ"ל של הפקודה, היא איננה האמצעי שפגיעתו פחותה, ובוודאי שנוקה עולה על תועלתה. למעשה, לא ניתן כלל לדבר על תועלת שתופק ממניעת הרישיון, אולם הנזק שייגרם לעותר – גר, מפרנס יחיד שתלויים בו ארבעה ילדים קטנים – הוא ללא שיעור.

ו. שיקול הדעת – שיקול זר

25. הואיל ובידי המשיבים אפשרויות חוקיות ליתן לעותר רישיון לעסוק במקצועו בישראל, ההסתמכות על עובדת היותו אזרח ישראלי כהצדקה להחלטתם היא ללא ספק שקילת שיקול זר. אזרחותו הישראלית בוודאי אינה גורעת מיכולתו לתפקד כרופא, ולא ניתן לשקול אותה במסגרת השיקולים הרלוונטיים להגשמת מטרת החוק הנ"ל.

ז. אפליה פסולה

26. העותר הועסק כאמור במשך ארבע שנים וחצי כרופא בבתי חולים בישראל לפי היתר מוגבל. ברגע זה ממש עובדים מאות רופאים זרים, רובם ככולם אינם יהודים ואינם צפויים להפוך לתושבי ישראל, בבתי חולים בישראל לפי היתר מוגבל. ההבדל היחיד בין העותר לבין רופאים אלו נעוץ בעובדה שהעותר, כיהודי, התאזרח בישראל. **רק משום שהתאזרח מסרבים המשיבים ליתן לו כל אפשרות לעסוק במקצועו.** מצב דברים זה מהווה אפליה פסולה ומקוממת בין שתי קבוצות ללא שונות רלוונטיות. הרי איש לא יטען כי העובדה שהעותר התאזרח, ולפיכך התחיל בהליך לקבלת רישיון קבוע לפי סעיף 4 לפקודה, עושה אותו לרופא פחות כשיר לעומת רופאים אחרים, זרים. אפליה זו חמורה במיוחד על רקע היותה עומדת בניגוד למדיניות ממשלת ישראל לעודד עלייה יהודית מארצות העולם, ובייחוד עלייה של אוכלוסייה משכילה ובעלת מקצועות החשובים למשק הישראלי. עמדתם של המשיבים מהווה, למרבה האבסורד, חסם עלייה בפני יהודים המבקשים לעלות לישראל ולעסוק בה במקצועם.

סיכום

27. העותר עבד ארבע שנים וחצי כרופא בבתי חולים בישראל לפי היתר מוגבל שניתן מטעם המשיבים. בית החולים שערי צדק מבקש להוסיף ולהעסיקו בתקופת הביניים עד שיעבור את בחינות ההסמכה. מאות רופאים זרים מועסקים בבתי חולים בישראל לפי היתר מוגבל, על סמך היותם בעלי השכלה רפואית בלבד ובלי לעבור כל בחינה. על רקע זה, החלטתם של המשיבים שלא להעניק לעותר היתר כלשהו להוסיף ולעסוק במקצועו ולהתפרנס עד שישלים את כל תנאי הנוהל לקבלת רישיון קבוע, היא **החלטה בלתי חוקית העומדת בסתירה לחובותיהם לפי חוק יסוד: חופש העיסוק.**

28. הפקודה מעניקה למשיבים שיקול דעת להעניק לעותר הן היתר זמני והן היתר מוגבל. ככל שיש בידם פרשנות משפטית אחרת, מכוחו של חוק היסוד שומה עליהם לאמץ פרשנות משפטית המצמצמת את הפגיעה בחופש העיסוק. מעת שיש בסמכותם להעניק לעותר רישיון – היתר זמני או היתר מוגבל – ונוכח העובדה שהיתר כזה ניתן לו עד לאחרונה, חובה עליהם לעשות כן, שהרי מדובר בזכות יסוד שלו לעיסוק. שיקול הדעת שלהם להימנע מלהעניקו קיים רק במצבים חריגים שבהם הענקת הרישיון תסתור את תכלית הפקודה. **הימנעותם מהענקת הרישיון בנסיבות הללו אינה סבירה, אינה מידתית, איננה משרתת את תכליתו של החוק ומהווה אפליה פסולה; ולפיכך יש להורות להם לאפשר לעותר לעסוק במקצועו באופן מיידי.**

29. **מאות רופאים זרים מועסקים בישראל בהיתר מוגבל.** רופאים אלו לא עברו כל בחינה, והתקבלו על סמך הצגת מסמכים בלבד. מצב שבו רופאים שאינם אזרחים – ממדינות שונות – יכולים לעבוד, להתפרנס ולהתקדם מבחינה מקצועית, בעוד רופאים שהם אזרחים ישראלים, בעלי כישורים מקבילים אם לא גבוהים יותר, **מנועים לחלוטין מלעבוד**, הוא מצב מעוות בכל קנה מידה. הוא פוגע בחופש העיסוק; הוא מהווה אפליה חמורה בין שתי קבוצות; הוא פוגע באינטרס של ממשלת ישראל להביא ארצה עולים יהודים, ועולים בעלי השכלה ומקצוע בפרט. הוא פוגע בעותר, בזכותו לעבוד ולהתפרנס, ומביא אותו ואת בני משפחתו למצוקה כלכלית בלתי אפשרית. המצב הזה מחייב לאמץ את פרשנות הפקודה המוצגת לעיל, לבטל את החלטת המשיבים ולהורות להעניק לעותר היתר זמני או היתר מוגבל.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות כן; כמו כן מתבקש בית המשפט להורות על תשלום הוצאות משפט זה ושכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כדין.

העובדות שבעתירה זו נתמכות בתצהיריהם של העותר ושל גב' שפירא-דגני מבית החולים שערי צדק.

אריאל ארליך, עו"ד
ב"כ העותרים

ירושלים
כ"ג בכסלו תשע"ד
26 בנובמבר 2013