בבית המשפט העליון;

דנג"ץ 5120/18

לפני:	כבוד הנשיאה א' חיות כבוד השופט נ' הנדל כבוד השופט י' עמית כבוד השופט נ' סולברג כבוד השופטת ד' ברק-ארז כבוד השופט י' אלרון כבוד השופט ע' גרוסקופף
העותרות:	1. נשים קוראות ללדת – למען חופש בחירה בלידה 2. תמר טסלר 3. עפרית פק
	נ ג ד
המשיבים:	1. מדינת ישראל 2. משרד הבריאות 3. מנכ"ל משרד הבריאות 4. ראש מינהל רפואה במשרד הבריאות
	דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון מיום 18.6.2018 בבג"ץ 1754/18 שניתן על ידי כבוד השופטים: נ' סולברג, י' אלרון ו-ע' גרוסקופף
תאריך הישיבה:	כ"ז בשבט התשפ"א (9.2.2021)
בשם העותרות:	עו"ד גרי קופלוביץ, עו"ד גלי אופינסקי, עו"ד יצחק אנידג'ר
בשם המשיבים:	עו"ד רנאד עיד, עו"ד סיון דגן

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם משרד הבריאות מוסמך לאסור על פעילותם של המקומות המכונים "מרכזי לידה טבעית" בתוקף הסמכות שהוענקה לו בתחום של רישוי בתי חולים? במלים אחרות, האם מרכז לידה טבעית הוא "בית חולים" ולכן חייב לקבל רישיון ממשרד הבריאות על מנת לפעול? זו השאלה שבה נדרשנו להכריע במסגרת דיון נוסף זה.

2. חשוב לומר כבר בפתח הדברים: אין ספק שמשרד הבריאות מוסמך לפקח על פעילות מיילדותית. לא על כך המחלוקת. השאלה היא האם החקיקה הקיימת בישראל מקנה למשרד הבריאות סמכות למנוע כליל את הפעלתם של מרכזי לידה טבעית, כלומר מקומות שבהם מוצעים שירותי מיילדות לנשים הרות ואינם מחזיקים ברישיון לפעול כבתי חולים, על כל המשתמע מכך.

3. השאלה שבפנינו היא פרשנית. עם זאת, הדיון הפרשני שלוב, עד בלי הפרד, בעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, ובהם ההגנה על זכויות יסוד של נשים יולדות, מחד גיסא, והשמירה על האינטרס הציבורי בבריאות הציבור, לרבות בריאותם של יילודים, מאידך גיסא. הדיון הופך להיות מורכב אף יותר בהתחשב בכך שתמונת הזכויות הנוגעות לעניין היא רב-ממדית, וכוללת לצד הזכויות לאוטונומיה ולכבוד, גם את הזכות לחיים והזכות לבריאות.

רקע כללי: לידת בית, לידה בבית חולים ומה שביניהן

4. עוד קודם שנצלול אל עומקה של המחלוקת המשפטית, ראוי לפתוח בהצגת הנושא שבפנינו במישור העובדתי, ולסקור את אפשרויות הלידה הקיימות בישראל כיום, לצד ההנחיות המינהליות הרלוונטיות החלות על הסדרתן.

5. בקליפת אגוז, יש לומר כי מרכז לידה טבעית הוא מונח לא-משפטי המתאר באופן כללי מתן שירות של ליווי מיילדותי לאשה הרה במתקן שהוכשר לכך. הלכה למעשה, מדובר ב"תחנה" על פני תנועת המטוטלת בין לידת בית לבין לידה בבית חולים.

6. בעבר, נשים "כרעו" ללדת, וביטוי זה, שהיום משמש בעיקר כמטפורה, שיקף מציאות פיזית, של תהליך לידה טבעי. לצד היותו טבעי, סייעו בו גם נשים אחרות. בתנ"ך נשים אלה מתוארות לעתים כ"נצבות" לצד היולדת (שמואל א ד 20), ולעתים, כמיילדות ממש – כמו בלידת רחל את בנימין (בראשית ל"ה 16-17), בלידת תמר את פרץ וזרח (בראשית ל"ח 29), ובסיפורן של המיילדות העבריות במצרים (שמות א 15-21). בלשון חכמים כונתה המיילדת "חיה" (חולין ע"א, א) או "חכמה" (שבת קכ"ח, ב). פעילותן של המיילדות זוכה לתיעוד מתמיד כחלק מחקר ההיסטוריה של הרפואה המערבית (ראו למשל: Monica Green, *Women's Medical Practice and Health Care in Medieval*

(*Europe*, 14(2) SIGNS 434 (1989)). כך, לידה בביתה של היולדת הייתה לאורך שנים רבות תופעה שכיחה, למעשה המצב הטיפוסי.

7. עם השנים, התפתחות הרפואה המודרנית הובילה בהדרגה למעבר של מרבית הפעילות המיילדותית לבתי החולים (ראו: צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריון בישראל" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 269, 290 (משפט, חברה ותרבות, ישי בלנק ואח' עורכים, 2016)). מעבר זה ביטא עלייה של סטנדרטים רפואיים ושל רמת החיים, אך גם מאבקים פרופסיונליים (ראו למשל: אומי לייסנר "לידה וחוק, הביצה והתרנגולת" האם המשפט חשוב? 305 (משפט, חברה ותרבות, דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010)). בבתי החולים לידות נערכות, כידוע, במחלקות יולדות שמנוהלות על-ידי רופאים. בהתאם לכך, אקדים ואציין כי המשך הדיון ייעשה, בהכרח, גם תוך התייחסות לפעילות של "רופאים" ו"מיילדות". המונח רופאים מתייחס מטבע הדברים לרופאים ורופאות גם יחד, בהתאם לכללי השפה העברית. לעומת זאת, רוב העוסקות בתחום המיילדות הן נשים, וכך המונח שבו אעשה שימוש הוא "מיילדת".

8. כיום, משרד הבריאות עצמו תומך באופן מוצהר בכך שלידות יתקיימו בבתי חולים בלבד. כחלק ממדיניות זו, עד לפני מספר שנים קבע חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 כי נשים שילדו בביתן לא יהיו זכאיות למענק לידה (ראו: עב"ל 1245/00 דיוויס נ' המוסד לביטוח לאומי (3.11.2005)). הוראה זו שונתה רק בשנת 2017 בתיקון לחוק שקבע כי גם נשים שילדו בלידת בית – בהתאם להוראות החוזרים הרלוונטיים של משרד הבריאות – יהיו זכאיות למענק לידה (חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 191), התשע"ז-2017).

9. נקודת המוצא להמשך הדיון היא שלידה בבית חולים אינה בגדר חובה. הדין במדינת ישראל, כמפורט להלן, אינו אוסר על לידה בבית. ניתן לתהות: מהו הרקע לבחירה של יולדת בחלופה של לידה בבית שאינה מלווה בכל הביטחונות הרפואיים שיש בסביבת בית החולים על המכשור הרפואי הקיים בו והצוות הרפואי המקצועי שעומד בו לרשות היולדת? זהו כמובן עניין של השקפה. רוב הנשים בישראל אכן הולכות בדרך הסלולה של לידה בבית חולים. אולם, יש המעדיפות ללדת בביתן – זאת, בין היתר, על בסיס העדפה של הסביבה הביתית והסתייגות מעודף מדיקליזציה של תהליך הלידה.

10. חוזר מינהל רפואה מס' 17/2012 של משרד הבריאות בעניין לידות בית (להלן: חוזר לידות בית) כולל הוראות המגדירות את הסטנדרטים המקצועיים שלידות בית

נדרשות לעמוד בהם. בחוזר זה, שהחליף חוזר קודם בנדון משנת 2008, מוגדרת לידת בית כך:

> "לידה בבית היולדת, לאחר תכנון והכנה מראש ומתוך בחירה של היולדת".

ככלל, בפתח החוזר מצוין כי "משרד הבריאות מכבד את הזכות והחופש של כל אשה לבחור היכן ללדת", תוך הדגשה כי לשיטתו לידות בחדרי לידה מוכרים ומורשים הן בטוחות יותר ליולדת וליילוד. בהמשך לכך, החוזר קובע כי בהתבסס על פקודת המילדות, 1929 (להלן: פקודת המילדות) ופקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976 (להלן: פקודת הרופאים), "רשאים מיילדת מוסמכת או רופא לקבל לידות בית בבית היולדת", ומפרט אף את התנאים הקונקרטיים לפיהם רופאים או מיילדות רשאים לעסוק בקבלת לידות בית. מעבר לכך, קובע החוזר הוראות שונות וכן תנאים הכרחיים לליווי של לידות הבית על מנת שייערכו באופן בטיחותי – כגון היריון עם עובר יחיד במצג ראש, משקל מוערך של העובר שנע בין 2.5 ל-4 ק"ג, עריכתה של סקירת מערכות במהלך ההיריון, שלילה של סכרת היריון ועוד. עוד קובע החוזר התוויות נגד ללידת בית (דהיינו, מקרים שבהם חל איסור על רופא או מיילדת לקבל לידת בית). אלה כוללים התוויות הנוגעות להריונות קודמים, כדוגמת סיבוכים בלידה קודמת לרבות היפרדות שליה, דימום חריג לאחר לידה או קרעים בפרינאום בדרגה 3 או 4, תמותת עובר ברחם או בלידה וסיבוכים נוספים. הם כוללים גם שורה ארוכה של התוויות נגד ביחס להיריון הנוכחי – בין היתר, היריון של יותר מעובר אחד, כל מצג שאיננו מצג ראש, מחלות מערכתיות כרוניות או חריפות שאובחנו בהיריון, יתר לחץ דם, חשד למום בעובר, שליית פתח או שלייה נמוכה, אנמיה אימהית או היריון שלא בוצעה בו סקירת מערכות או שלא נשללה ביחס אליו סכרת היריון. בנוסף, קובע החוזר כללים לטיפול ביולדת וביילוד במהלך ולאחר הלידה וכללים להעברת היולדת והיילוד מלידת בית לבית חולים במקרה הצורך. כל זאת, על-פי האמור בו, "תוך קביעת איזון בין חופש הבחירה של היולדת לבין הצורך לשמור על בטיחות היולדת והיילוד (שאינו נהנה מחופש בחירה)". כמו כן, החוזר מציין כי "חל איסור על הפעלת מקום המיועד לקבל לידות, שאינו מוסד רפואי מורשה". איסור זה הוא שעומד במרכז המחלוקת שבפנינו.

11. התפתחותם של מרכזי הלידה הטבעית חותרת להנהיג מעין "שדרוג" של חלופת הלידה בבית. מדובר בלידה שהיא טבעית במובן זה שהיא נעשית ללא התערבות רפואית (כגון משככי כאבים, חומרים מאלחשים או "מזרזי לידה"). הדבר נעשה במתקן שהוכשר לכך וצפוי להיות נוח יותר מביתה של היולדת – מבחינת החלל שבו מתקיימת הלידה,

קיומם של אביזרים תומכים ומסייעים (כגון בריכה המיועדת ללידה במים) והיותו של הצוות המיילדותי מורגל לפעול במקום.

12. להשלמת התמונה יצוין כי משרד הבריאות מכיר באפשרות של לידה טבעית שכרוכה ב"התערבות רפואית מזערית" כאשר זו נעשית ב"חדר לידה טבעית" שמוצע על-ידי בית חולים ובמסגרתו. חלופה זו מעוגנת בהוראות חוזר מינהל רפואה 15/2017 בדבר "לידה טבעית (Natural Childbirth) בבית חולים" (להלן: חוזר לידה טבעית בבית חולים). בחוזר זה מפורטים התנאים שבהתקיימם ניתן לבחור בלידה טבעית בהתערבות רפואית מינימלית בבית חולים, כשלכך נלווית החלופה של מעבר למסלול לידה "רגיל" במהלך הלידה, כמו גם האפשרות להעניק ליולדת ולעובר טיפול רפואי בהתאם למתחייב ממצבם הרפואי העדכני בכל עת. יצוין כי החלופה של מסלול ייעודי ללידה טבעית בבית חולים אינה קיימת בפועל בכל בתי החולים בישראל, וממילא קיומה אינו מובטח (בהיותה כפופה, בין השאר, לזמינותו של חדר לידה מסוים לצורך זה בזמן נתון).

13. אם כן, עמדתו המקצועית של משרד הבריאות מצדדת בכך שלידות יתקיימו בבתי חולים בלבד, כל עוד לא מדובר בביתה של היולדת עצמה. זוהי עמדה שטעמיה עמה מההיבט של לקיחת "מרווח ביטחון" מרבי בכל הנוגע לשלומם של היולדת והיילוד. מנגד, יש גם טעמים השוקלים נגדה, כאשר תשומת הלב ניתנת לרווחת היולדת ולחופש הבחירה שלה. הסוגיה היא מעניינת וחשובה, כפי שניתן ללמוד אף מהספרות הרפואית והביו-אתית בתחום. אולם, לא בכך ממוקד ענייננו. השאלה שהוצבה להכרעתנו היא שאלה מקדמית: האם משרד הבריאות בכלל הוסמך לאסור כליל על פעילות התומכת בלידה מחוץ לבית חולים כאשר היא אינה מתבצעת בבית היולדת (אלא במקום אחר כדוגמת מרכז לידה).

התשתית הנורמטיבית: פקודת בריאות העם והגדרתו של "בית חולים"

14. התשובה לסוגיית הסמכות מצויה במענה לשאלה האם מרכז לידה טבעית – מקום שבו מקבלות נשים סיוע בתהליך הלידה – הוא "בית חולים". זאת, על רקע סמכותו הבלתי שנויה במחלוקת של משרד הבריאות לאשר את הקמתם של בתי חולים בישראל. כך מורה דבר החקיקה התשתיתי שחל בתחום של בריאות הציבור, עוד מהתקופה המנדטורית – פקודת בריאות העם, 1940 (להלן: פקודת בריאות העם או הפקודה). בהקשר זה, סעיף 24(ב) לפקודה מגדיר את המונח "בית חולים" כך:

> "לצרכי חלק זה יכלול המונח 'בית חולים' כל בית חולים, מבראה בית מרפא וכל בנין המשמש, או מכוון לשמש, לקבל אנשים הסובלים מכל חולי, פצע, ליקוי גופני או רוחני ולקבלת נשים יולדות, כדי לטפל באנשים טיפול רפואי...".

15. הסעיף מונה אפוא שני תנאים מצטברים העומדים ביסוד הגדרתו של מוסד כ"בית חולים". ראשית, זה אמור להיות מוסד שבפעילותו השוטפת מקבל אנשים חולים או נשים יולדות. שנית, אלה אמורים להגיע אליו על מנת לקבל טיפול רפואי. בהמשך לכך, מוסיף ומורה סעיף 24א לפקודה כי אין להקים בית חולים ללא אישור של "המנהל", שהוא "מנהל שירותי הרפואה" או בא כוחו (בהתאם לסעיף 2 לפקודה).

16. אין ספק שמרכז לידה טבעית הוא "מקום" שמיועד "לקבלת נשים יולדות", ולפיכך הוא מקיים את התנאי הראשון להגדרה הקבועה בסעיף 24(ב) לפקודה. אולם, האם הוא מקיים את התנאי השני במובן זה שהוא פועל "כדי לטפל באנשים טיפול רפואי"? המיקוד המתבקש הוא אפוא בהגדרת המונח "טיפול רפואי". לשיטת העותרות, הסיוע שמקבלות נשים יולדות במרכזי הלידה הטבעית אינו עולה כדי "טיפול רפואי", וזאת בשונה מעמדתו של משרד הבריאות.

17. בטרם אפנה לדיון בשאלה זו לכל עומקה, אציג בקצרה את הרקע העובדתי שהוליד את ההתדיינות.

רקע עובדתי קצר

18. העותרת 1 היא עמותה הפועלת, לפי הגדרתה, לקידום והגנה על זכויות נשים בלידה. העותרות 2-3 הן אחיות במקצוען ומיילדות מוסמכות בעלות רישיון יילוד לפי פקודת המילדות, שעבדו בעבר כמיילדות בבתי חולים. בשנת 2011 הקימו העותרות 2-3 מרכז לידה טבעית בשם "בית יולדות" הנועד לשמש מסגרת תומכת ללידות טבעיות בתנאי לידת בית, ללא מעורבות רפואית (להלן: המרכז).

19. בשנת 2014 פנו גורמים במשרד הבריאות אל העותרות 2-3 בדרישה לסגור לאלתר את המרכז שהן מפעילות. בהמשך לכך, בחודש יוני 2015 שלחה התובעת הראשית ביחידת הדין המשמעתי של משרד הבריאות מכתב התראה אל העותרות 2-3 שבו הן נדרשו לחדול לאלתר מהפעלת המרכז, ואם לא יעשו כן – ישקול המנהל להורות

בצו על סגירתו, ואף לנקוט הליכים משפטיים כנגדן. בעקבות זאת, ניהלו העותרות 3-2 וגורמים במשרד הבריאות תכתובת ממושכת בעניין הפעילות במרכז.

20. ביום 23.3.2017 נערכה במרכז ביקורת פתע מטעם משרד הבריאות. בעקבות ממצאי הביקורת זומנו העותרות 3-2 לשימוע במשרדה של רופאת המחוז, שנערך ביום 26.3.2017. בשימוע התבקשו העותרות 3-2 ליתן מענה לשאלות שהתעוררו בביקורת ולליקויים שנמצאו במהלכה על-פי הנטען מטעם משרד הבריאות. העותרות 3-2 טענו מצדן כי פעילותו של המרכז אינה כפופה להוראות פקודת בריאות העם – ומשכך הביקורת נערכה בהיעדר סמכות. לצד זאת, הן סיפקו תשובות לגופן של השאלות שהוצגו להן בנוגע ללידות המתקיימות במרכז. בתום השימוע הוסכם כי העותרות 3-2 ידאגו לתיקון הליקויים שנמצאו בתוך שלושה ימים, וכי החלטת משרד הבריאות באשר להמשך פעילות המרכז תינתן להן במהלך פרק זמן זה.

21. למחרת, ביום 27.3.2017 ניתנה החלטתה של היועצת המשפטית של משרד הבריאות לפיה על העותרות 3-2 לחדול לאלתר מפעילות מיילדותית במרכז. בהחלטה נמסר כי לצורך הפעלת בית יולדות יש צורך ברישוי כבית חולים כהגדרתו בסעיף 24 לפקודת בריאות העם, וכי לידת בית (המורשית בהתאם לחוזר לידת בית) אינה כוללת לידה במקום ייעודי המופעל כעסק לצורך כך.

22. העותרות 3-2 הגישו ערר על ההחלטה לשר הבריאות, אולם זה נדחה. בעקבות זאת, הגישו העותרות עתירה לבית משפט זה (בג"ץ 1754/18), כנגד משרד הבריאות (המשיב 2) וגורמים בכירים בו – מנכ"ל משרד הבריאות (המשיב 3) וראש מינהל רפואה במשרד הבריאות (המשיב 4). הדיון בעתירה אוחד עם עתירה נוספת (בג"ץ 5428/17), שהוגשה על-ידי מספר נשים שביקשו ללדת במרכזי לידה טבעית אולם עקב החלטתו של משרד הבריאות נאלצו ללדת בבתי חולים. העותרות בעתירה הנוספת – שאינן צד להליך הדיון הנוסף שבפנינו – הדגישו כי אינן רוצות או אינן יכולות ללדת בביתן, בשל המרחק מבית החולים או בשל היעדר תנאים מתאימים. פסק הדין שניתן בשתי העתירות ביום 18.6.2018 הוא שעומד ביסוד הדיון הנוסף, וכאמור הדיון בו התמקד בשאלה האם ההחלטה להורות על סגירתו של המרכז – כמו מרכזי לידה טבעית אחרים – התקבלה כדין, אם לאו. הטענות בעניין זה נדונו בפסק הדין בשני מישורים – מישור הסמכות ומישור שיקול הדעת. אולם, רק שאלת הסמכות היא שעומדת להכרעתנו במסגרת הדיון הנוסף, כמפורט בהמשך. אפנה כעת לסקירה של פסק הדין והעמדות השונות שהובעו בו.

23. דעת הרוב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף (מפי חברי השופט י' אלרון, בהסכמתו של חברי השופט נ' סולברג) דחתה את העתירות וקבעה כי החלטת משרד הבריאות שלא לאפשר את פעילותם של מרכזי לידה טבעית ניתנה בסמכות. לעומת זאת, דעת המיעוט (מפי חברי השופט ע' גרוסקופף) סברה כי פקודת בריאות העם אינה מחייבת מרכזי לידה טבעית בהליכי רישוי כבית חולים, ועל כן אין למשרד הבריאות סמכות לדרוש זאת מהם.

24. השופט אלרון סבר כי מתקיימים שני התנאים המצטברים המנויים בסעיף 24(ב) לפקודת בריאות לצורך הגדרתם של מרכזי הלידה הטבעית כ"בית חולים" החייב ברישיון. אשר לתנאי הראשון, קבע השופט אלרון כי אין ספק שהוא מתקיים, שהרי אין מחלוקת על כך שהמרכזים נועדו בין היתר לקבלת נשים יולדות. באשר לתנאי השני, קבע השופט אלרון כי אמנם מקובלת עליו העמדה לפיה לידה היא במהותה הליך טבעי – אולם הוסיף כי לא ניתן לומר שגורם רפואי מקצועי המלווה את הלידה, תוך עריכת בדיקות שגרתיות ליולדת (כגון מדידת לחץ דם, בדיקת דופק העובר והמנח שלו, ביצוע הערכת משקל), אינו נותן "טיפול רפואי" משום סוג שהוא ליולדת. השופט אלרון הוסיף וציין כי הגורמים המפעילים את מרכזי הלידה הטבעית עושים זאת בהתאם להסמכתם הרפואית בתחום המיילדות, והנשים הבוחרות ללדת במרכזים עושות כן על סמך מומחיותם הרפואית של גורמים אלה. עוד צוין, כי המיילדות מתעדות את מהלך הלידה ברשומות רפואיות, וכן עושות שימוש בציוד רפואי, כגון מד חום, מכשיר דופלר, ערכה לניתוק חבל הטבור, בלוני חמצן ומקרר תרופות.

25. השופט אלרון הוסיף והתייחס להגדרה נוספת המופיעה בפקודת בריאות העם – "מרפאה", המתייחסת בין היתר למוסד המגיש "שירותי רפואה" עבור "נשים בזיקה להריון". השופט אלרון ציין כי עיון בהגדרה זו מלמד כי המחוקק ערך הבחנה ברורה בין הגשת שירותי רפואה "לנשים בזיקה להיריון" לבין מתן טיפול רפואי עבור "נשים יולדות". לשיטתו, כל עוד מצויה האשה ההרה בשלבי הריונה וזקוקה לבדיקה רפואית או להשגחה בקשר להריונה, יכול הדבר להתבצע גם ב"מרפאה" כהגדרתה בסעיף 34(ג) לפקודה. לעומת זאת, הוא קבע כי כאשר מדובר באשה יולדת, הבוחרת ללדת מחוץ לביתה, מורה הפקודה באופן מפורש כי המוסד שבו תבוצענה הפעולות הרפואיות הכרוכות בטיפול בה נדרש לאישור הקמה ולרישוי כ"בית חולים".

26. משהכריע בשאלת הסמכות, פנה השופט אלרון לבחינת הטענות במישור שיקול הדעת. בהקשר זה הוא סבר כי החלטתו של משרד הבריאות לא חרגה ממתחם הסבירות,

בשים לב לשיקולים שונים: הרצון לאפשר טיפול רפואי מיידי מציל חיים לאם וליילוד בעת הצורך, היעדרה של יכולת פיקוח על המתרחש במרכזי הלידה הממוקמים מחוץ לכתלי בית החולים, היעדרו של כיסוי ביטוחי מתאים ללידות שמתבצעות במרכזי הלידה הטבעית, האינטרס הכלכלי של מפעילי מרכזי הלידה הטבעית, וההתמודדות של מערכת הרפואה הציבורית עם מקרים שבהם הלידה מסתבכת והיולדת מועברת לבית החולים.

27. השופט אלרון הוסיף וציין כי אמנם, ההחלטה בעניין איסור הפעלת מרכזי הלידה הטבעית פוגעת בזכותן של יולדות לאוטונומיה ולפרטיות, וכן הוסיף כי הוא מוכן להניח שההחלטה אף פוגעת "פגיעה מצומצמת יותר" בזכותן של העותרות 2-3 לחופש העיסוק. אולם, בנסיבות העניין, סבר השופט אלרון כי מדובר בפגיעה מידתית. זאת, בהתחשב בכך שהיא מקיימת קשר רציונלי למטרה שמבקשת פקודת בריאות העם להגשים (הגנה על חייהם ושלמות גופם של חולים המתאשפזים בבתי חולים), וכן מאחר שהתועלת המובטחת כתוצאה מההחלטה – מניעת סיכונים לחייהם ושלומם של יולדות ויילודים – עולה, לשיטתו, על הפגיעה "המסוימת" בזכותן של היולדות לפרטיות ולאוטונומיה. הוא הוסיף, בכל הנוגע לטענה בדבר חלופה שפגיעתה פחותה – שהתייחסה לאפשרות של קביעת תנאים ואמות מידה ללידות במרכזי לידה טבעית תוך הסדרת פעילותם בחוק – כי זו נטענה בשפה רפה, ומבלי שהובאה תשתית עובדתית מפורטת דיה המאפשרת לבחון את החלופה המוצעת כנדרש.

28. כאמור, השופט גרוסקופף הגיע למסקנה אחרת. לשיטתו, לא ניתן לקבל את העמדה הפרשנית לפיה מקום בו מושיטים על בסיס קבוע סיוע טבעי ללידה מחויב ברישוי כבית חולים – וזאת הן לאור לשונה של פקודת בריאות העם, והן בהתחשב בהיסטוריה החקיקתית שלה ובתכליתה. כך, השופט גרוסקופף ציין כי המונח "טיפול רפואי" אינו מוגדר בפקודת בריאות העם, והוא בעל "רקמה פתוחה". עוד הוא ציין כי ספק בעיניו אם ביצוע בדיקה, רישום תרופה או מתן ייעוץ רפואי עולים כדי מתן "טיפול רפואי" דווקא, ואינם נופלים לגדר המונח "שירותי בריאות" – מונח עמום הנזכר אף הוא בפקודת בריאות העם, והרחב מהמונח "טיפול רפואי". השופט גרוסקופף ציין כי לידה כשלעצמה היא תהליך טבעי, שאינו עולה כדי טיפול רפואי, וכי בתרחיש שבו מוענקת ליולדת עזרה במהלך הלידה – הרי שיש להבחין בין פעולת סיוע שאינה טיפול רפואי, כגון מדידת לחץ דם, לבין טיפול רפואי – כגון מתן זריקת אפידורל או ביצוע ניתוח קיסרי. על רקע זה, קבע השופט גרוסקופף כי השירות אותו מעניקות המיילדות במרכזי לידה טבעית הוא בגדר פעולת סיוע, ולא בגדר טיפול רפואי. בהקשר זה צוין כי מקצוע המיילדות נתפס כאחד ממקצועות הסיעוד, והעוסקות בו יכולות – כמו בעלות הכשרה אחרות במקצועות הסיעוד – לתת את שירותיהן בבתי חולים או מחוץ להם.

29. השופט גרוסקופף הוסיף וציין, בהתייחס להיסטוריה החקיקתית של פקודת בריאות העם, כי עמדת משרד הבריאות, הגורסת כי פקודת בריאות העם מחייבת לבצע לידות בבתי חולים, היא עמדה אנכרוניסטית המייחסת למחוקק המנדטורי תפיסות עולם שהתגבשו רק שנים לאחר מכן. עוד צוין, כי נראה שכוונתו האמיתית של המחוקק המנדטורי הייתה לאפשר לידה בבתי חולים (שכן באותה העת רוב הלידות התבצעו בבית), ולחייב לידה בבית חולים רק כאשר נוצר סיבוך המצריך טיפול רפואי. מכל מקום, הוער בחוות דעתו של השופט גרוסקופף כי מאחר שמדובר בדבר חקיקה מנדטורי, שנחקק לפני כשמונים שנים, אין לייחס לכוונת המחוקק משמעות מכרעת בהליך הפרשני.

30. באשר לתכליתה של פקודת בריאות העם, השופט גרוסקופף ציין כי זו נועדה להביא לכך ששירותים רפואיים, אשר קיימת הצדקה רפואית לכך שיינתנו אך ורק במסגרת בית חולים, לא יינתנו במסגרות אחרות. מכאן, ששירות רפואי שיכול להינתן מחוץ לתחומי בית החולים (כגון לקיחת בדיקת דם או מדידת לחץ דם), יש לראותו כחלק מ"שירותי בריאות", אך לא כ"טיפול רפואי". השופט גרוסקופף אף הצביע על כך שפעולות הסיוע המבוצעות במסגרת מרכזי לידה טבעית הן כאלה שחלקן הגדול – אם לא כולן – מבוצע גם במרפאות פרטיות כעניין שבשגרה, בכל עת שהאשה אינה מצויה בלידה.

31. השופט גרוסקופף העיר בחוות דעתו כי משרד הבריאות רשאי לקדם מדיניות של עידוד לידות בבתי חולים בהתאם לעמדתו בכל דרך חוקית שימצא לנכון, אולם הוסיף כי הרושם המצטייר מהדיון בעתירות הוא שמשרד הבריאות נוקט כלפי מרכזי הלידה הטבעית בקו של "הכבדה לשם הכבדה" – אוסר על הפעלתם לא מאחר שלידה בהם היא מסוכנת יותר מלידת בית, אלא מאחר שהדבר מקשה על יולדות לבחור באפשרות של לידה מחוץ לבית החולים. השופט גרוסקופף העיר כי ספק בעיניו אם מדיניות זו היא לגיטימית לנוכח הפגיעה בזכות הבחירה של הנשים היולדות בסוגיה המצויה בליבת הזכות לאוטונומיה, אולם ציין כי ממילא, משהגיע למסקנה לפיה משרד הבריאות אינו מוסמך לפעול כפי שפעל, דברים אלו הם בגדר "הערת אזהרה" בלבד.

32. במחלוקת זו הצטרף כאמור השופט סולברג לדעתו של השופט אלרון. השופט סולברג הדגיש בחוות דעתו כי סעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם אינו מתייחס באופן כללי בלבד לכך שכל מוסד המעניק טיפול רפואי טעון רישיון, אלא נדרש במפורש לקביעה שבית חולים הוא מוסד המשמש בין היתר "לקבלת נשים יולדות", ומכאן ביקש ללמוד את כוונת המחוקק. השופט סולברג אף ציין כי לשיטתו, ברי כי כוונת המחוקק

הייתה לחייב כל "בית יולדות" המספק מעטפת של פיקוח רפואי – בוודאי ברמה שסופקה על-ידי מרכזי הלידה הטבעית שבמוקד ההליך דנן – לעמוד בתנאי הרישום שבדין. השופט סולברג ציין כי לשיטתו, קבלת עמדתו של השופט גרוסקופף תוביל למסקנה לפיה המחוקק הגדיר כ"בית חולים" רק מוסד המיועד לקבלת נשים יולדות שלידתן הסתבכה או שבשל צורך אחר יש להעניק להן "טיפול רפואי". לפיכך סבר השופט סולברג, כי עמדתו של השופט גרוסקופף מרוקנת מתוכן, הלכה למעשה, מילים מפורשות המופיעות בפקודה. עוד הוא הוסיף, כי לגישתו אין צורך להידרש במסגרת ההליך הפרשני למשמעו של המונח "טיפול רפואי" באופן רחב, או לתפיסות ערכיות ורפואיות בדבר מהות הליך הלידה. בסיכומו של דבר, השופט סולברג סבר כי שיקוליו של משרד הבריאות הם ענייניים ועמדתו מקצועית, וכי לא נמצאה עילה להתערבות באיזון שערך בין שיקולי אוטונומיה לבין "שיקולים פטרנליסטיים בדבר שמירת שלום הציבור ובריאותו".

הדיון הנוסף

33. ביום 27.1.2019 הורתה חברתי הנשיאה א' חיות על קיום דיון נוסף בפסק הדין שניתן, וזאת בשאלה אחת בלבד: האם מרכזי לידה טבעית מחויבים ברישוי כ"בתי חולים" בהתאם לסעיף 24 לפקודת בריאות העם.

34. בהתאם לכך, וכפי שכבר צוין, השאלה שביחס אליה טענו הצדדים ושבעניינה נכריע היא שאלת הסמכות. ככל שהמסקנה תהא שמשרד הבריאות מוסמך לאסור על פעילותם של מרכזי לידה טבעית, יישאר פסק הדין שניתן על מכונו. ככל שהתשובה תהא שלילית, ממילא יוכלו מרכזים אלה לפעול (מבלי שאנו נדרשים לשאלת הרגולציה שלה יוכפפו).

טענות הצדדים

35. לטענת העותרות, יש לקבוע כי משרד הבריאות אינו מוסמך לאסור על פעילותם של מרכזי לידה טבעית מאחר שאין לראות בהם בתי חולים. העותרות מציינות כי בבסיס עמדתן ניצבות שתי הנחות יסוד: האחת – כי לידה היא תהליך פיזיולוגי טבעי שאינו מחייב התערבות רפואית; השנייה – כי לכל אשה עומדת זכות היסוד לאוטונומיה ולחופש בחירה ללדת בסביבה בטוחה ותומכת המותאמת לרצונותיה ולצרכיה. על רקע זה, העותרות מדגישות כי מרכזי הלידה הטבעית נועדו לאפשר לנשים שמעוניינות בכך ללדת לידה המתנהלת כלידת בית במתקן שאינו מצוי בבית החולים. זאת, ללא מעורבות רפואית, תוך סיוע של מיילדות מוסמכות המבצעות פעולות שנועדו להביא להתרחשות

הלידה, על בסיס של הכוונה, תמיכה, עידוד רגשי ובקרה על תהליך הלידה – להבדיל מפעולות רפואיות. העותרות מציינות בהקשר זה את ההבדלים בין המודל הרפואי ללידה – הרואה בלידה אירוע פתולוגי המחייב התערבות רפואית רצופה וניהולה על-ידי רופא – לבין המודל המיילדותי ללידה, הרואה באשה היולדת את מקור הידע והסמכות לתהליך הלידה.

36. באופן יותר ספציפי, העותרות טוענות כי לשונו של סעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם מצביעה על כך שחובת הרישוי חלה על מקום שתכליתו היא הענקת "טיפול רפואי". העותרות מציינות כי מסעיפים אחרים בפקודת בריאות העם עולה תמונה ברורה של מהותו של בית חולים – מוסד שבו יש רופא ממונה, מספר מספק של אחיות, ציוד מתאים ומספר מינימלי של מיטות אשפוז לחולים. כל אלה, מציינות העותרות, אינם רלוונטיים כלל למרכזי לידה טבעית, שהם מסגרות קטנות ואינטימיות ללא כל מיטות אשפוז או ציוד רפואי כנדרש מבית חולים. למעשה, באופן ספציפי, המרכז שבמוקד ההליך דנן ממוקם בביתה של העותרת 3.

37. באשר למונח "טיפול רפואי" בהקשרו של סעיף 24(ב) לפקודה, טוענות העותרות כי מונח זה מתייחס אך ורק לפעולות והתערבויות רפואיות שחייבות להינתן במסגרת של בית חולים. לשיטת העותרות, הפעולות המבוצעות בלידות טבעיות המתקיימות במרכזי לידה אינן עולות כדי פעולות כאלה. העותרות מציינות כי במרכזי הלידה הטבעית לא קיימות מיטות אשפוז, ולרוב היולדות חוזרות לביתן מספר שעות לאחר הלידה. הציוד הקיים במרכזי הלידה כולל בעיקרו של דבר כדורי "פילאטיס", בריכות, שרפרפים וכדומה. העותרות משוות את מרכזי הלידה, להבדיל, למרכזי הוספיס – שאינם קיימים רק בבתי חולים – אשר תפקידם הוא בעיקר להקל, לתמוך ולסייע לחולים חשוכי מרפא.

38. העותרות מוסיפות וטוענות כי אם תתקבל עמדת משרד הבריאות, לפיה המונח "טיפול רפואי" כולל בתוכו גם פעולות סיוע ותמיכה המבוצעות על-ידי מיילדות במרכזי לידה טבעית, הדבר יוביל לתוצאה בלתי סבירה, לפיה כל שירות שיש לו זיקה לתחום רפואי כלשהו – למשל, טיפולי פיזיותרפיה, קלינאות תקשורת או ריפוי בעיסוק – יוכל להינתן בבית חולים בלבד. בהקשר זה מציינות העותרות כי גם מטפלים בתחומים אלה מחזיקים ברשותם אביזרים ומכשירים רפואיים מובהקים, אך אין בכך כדי לחייב כי השירות במכונים אלה יינתן בבית חולים בלבד.

39. העותרות אף מדגישות כי העובדה שמשרד הבריאות מתיר לקיים לידת בית באמצעות מיילדת מוסמכת מלמדת כי השירותים הניתנים על-ידי מיילדות בלידה הם בגדר סיוע ותמיכה, להבדיל מטיפול רפואי החייב להינתן בבית חולים בלבד. יתר על כן, העותרות מדגישות כי הן החילו על עצמן את תנאיו של חוזר לידת בית הקובע כללים שונים לליווי של לידות בית, לרבות ציוד נלווה כגון מד לחץ דם ומד חום. עם זאת, לטענתן אין בהימצאותו של ציוד זה כדי להפוך את הסיוע שניתן על-ידי מיילדות בלידות טבעיות ל"טיפול רפואי". העותרות מוסיפות ומבהירות כי בהתאם להגבלות הקבועות בחוזר לידות בית, אף במרכז הלידה הטבעית שלהן התקיימו לידות רק כאשר היה מדובר בהיריון בסיכון נמוך של אשה בריאה הנושאת עובר יחיד (לצד מאפיינים רבים נוספים, כמפורט בפסקה 10 לעיל).

40. באופן כללי יותר, העותרות טוענות כי מרכזי הלידה הטבעית מרחיבים את מנעד האפשרויות הפתוחות בפני כל אשה למימוש זכותה לפרטיות ולאוטונומיה אישית בלידה, ואף מבטיחים שוויון הזדמנויות לכל אשה להגשים זכויות אלה. אם כן, טענת העותרות היא כי פרשנותו של סעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם באופן שכל סיוע ללידה טבעית עולה כדי "טיפול רפואי" תוביל לתוצאה קשה של פגיעה בזכויות הפרט של נשים יולדות. בהקשר זה מדגישות העותרות את ההלכה לפיה אין לפרש דבר חקיקה כמסמיך לפגיעה בזכויות יסוד אלא אם כן ההסמכה לכך היא ברורה, חד משמעית ומפורשת.

41. העותרות מוסיפות וטוענות כי יש לקבל את עמדתן הפרשנית בשים לב למארג החקיקה הכולל בתחום בריאות הציבור. כך, הן מדגישות כי עיון בפקודת המילדות – שנחקקה אף היא בתקופת המנדט הבריטי – מלמד כי המחוקק המנדטורי לא אסר על מיילדות לספק שירותי יילוד מחוץ לבית החולים ואף הכיר באפשרות של לידה מחוץ לביתה של היולדת – בבית המיילדת או במבנה שבבעלותה (בהפניה לסעיפים 12(ג), 16 ו-18(4) לפקודת המילדות). זאת ועוד, העותרות טוענות כי פקודת המילדות מבחינה באופן ברור בין סיוע מיילדותי לבין טיפול רפואי המצוי באחריות רופא בלבד (בהפניה לסעיף 15 לפקודה זו, המורה כי מיילדת מוסמכת חייבת להזדקק לשירותים של רופא כאשר נוצרו תנאים המצדיקים זאת).

42. לבסוף, מפנות העותרות להסדרים המשפטיים הנוהגים במדינות אחרות. כך, הן מציינות כי בארצות הברית כל אשה רשאית ללדת במרכז לידה טבעית המנוהל על-ידי מיילדות מוסמכות. עוד מפנות העותרות להנחיות מינהליות של גופי הבריאות במדינות בריטניה, אוסטרליה, הולנד וקנדה המאפשרות לקיים לידות במרכזי לידה טבעית שאינם נמצאים בבתי חולים ואף אינם מסונפים אליהם.

43. מנגד, המשיבים סבורים כי יש להותיר את דעת הרוב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף על כנה. המשיבים טוענים כי עמדתם מותירה מרחב גדול לחופש הבחירה של היולדת שיכולה לבחור בין החלופות הבאות: לידה בחדר לידה רגיל בבית חולים, לידת בית לפי חוזר לידות בית או לידה בחדר לידה טבעית בבית חולים מוכר ומורשה בהתאם לחוזר לידה טבעית בבית חולים.

44. לטענת המשיבים, דעת הרוב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף עולה בקנה אחד עם לשון סעיף 24 לפקודת בריאות העם ועם תכליתו, ואילו הפרשנות המוצעת על-ידי העותרות מאיימת לרוקן מתוכן את ההתייחסות המפורשת של המחוקק לבית חולים כמקום המקבל אליו, בין היתר, "נשים יולדות". במישור הלשון, המשיבים מדגישים כי בלשונה המקורי של פקודת בריאות העם מופיע המונח Nursing – שמשמעותו סיעוד, טיפול או תמיכה, ולא המונח Medical care, המתייחס במפורש לטיפול רפואי במובן מצומצם יותר. במישור התכלית, המשיבים טוענים כי תכליתו של סעיף 24 לפקודה היא לאפשר למשרד הבריאות להתוות מערכת בריאות בהתאם לצרכים המשתנים של האוכלוסייה ולבקר את היצע השירותים הרפואיים. לגישת המשיבים, תכליות אלה רלוונטיות למלוא מארג מוסדות הבריאות בישראל, ובכלל זה גם למרכזי לידה טבעית.

45. בהתייחס להגדרתן של מרפאות, המשיבים טוענים כי לשונו של סעיף 34 לפקודה, המתייחסת לשירותי רפואה הניתנים ל"נשים בזיקה להריון", מלמדת כי הוראות הפקודה מתירות מתן טיפול רפואי לנשים במהלך הריונן במרפאות (שאינן בתי חולים שקיבלו רישיון לפי סעיף 24 לפקודה), אולם טיפול רפואי הניתן לנשים במהלך הלידה יכול שיינתן במסגרת בית חולים בלבד.

46. במישור העובדתי, המשיבים טוענים כי במרכז הלידה הטבעית שאותו הפעילו העותרות אכן בוצעו ביולדות פעולות שהן בגדר טיפול רפואי, וזה ניתן להן על-ידי אחיות ומיילדות מוסמכות שהן בעלות הכשרה רפואית ברישיון. המשיבים טוענים כי על אף טבעיותו של תהליך הלידה, יש בו אספקטים רפואיים מובהקים, ובראשם הסיכון הבריאותי ליולדת ולייולוד והאפשרות להגעה למצב מסכן חיים בכל שלב משלבי הלידה המצריך התערבות רפואית מיידית. עוד נטען, כי העותרות החזיקו במקום ציוד רפואי ותרופות וקיימו תרשומות רפואיות לגבי הלידות אותן ניהלו. כן נטען כי באתר האינטרנט של מרכז הלידה הטבעית פרסמו העותרות שבמקום יש "ציוד הנותן מענה רפואי בהתאם לנוהל לידות בית", וכן הוצע ליולדות לקבל שירות "ליווי היריון" הכולל בין היתר

בדיקה פיזיולוגית של האשה, מדידת לחץ דם, האזנה לדופק העובר, בדיקת גובה הרחם, הערכת משקל, בדיקת מנח העובר ועוד.

47. המשיבים מוסיפים וטוענים כי באופן היסטורי, המדינה פירשה בעקביות את סעיף 24 לפקודת בריאות העם באופן המחיל חובת רישוי על מקומות העוסקים בקבלת לידות, וכי יש ליתן לכך משקל במלאכת הפרשנות. לטענת המשיבים, עיון בחוזר לידות בית מעלה כי עמדת משרד הבריאות כבר בשנת 2012 הייתה שמקומות העוסקים בקבלת לידות טעונים רישוי. המשיבים מציינים כי אמנם בנוסח קודם של החוזר משנת 2008 לא נמצאה התייחסות ישירה לעניין זה, אך יש לייחס זאת לכך שבאותה עת מרכזי לידה טבעית לא היו קיימים או לכל הפחות לא היו מוכרים כתופעה הדורשת התייחסות.

48. בנוסף, המשיבים טוענים כי הפרשנות לפיה מרכזי לידה טבעית חייבים ברישיון כבית חולים עולה בקנה אחד עם דברי חקיקה נוספים, הנותנים פרשנות רחבה למונח "טיפול רפואי". כך, המשיבים טוענים כי עיון בפקודת המילדות מלמד כי זו קובעת שעיסוק במיילדות מותר רק למי שהוסמכה לכך ברישיון, וכי בית חולים ליולדות ינוהל על-ידי רופא בעל ניסיון בלבד. על כן, כך נטען, לא ניתן לאשר רישומו של מוסד לקבלת לידות אשר ינוהל על-ידי אחות מיילדת. המשיבים מבהירים כי לשיטתם, העובדה שפקודת המילדות אוסרת על מיילדת לבצע פעולות רפואיות השמורות לרופאים בלבד אינה מלמדת כי מיילדות כלל אינן מבצעות כל "טיפול רפואי" ביולדות. בנוסף, המשיבים מפנים לסעיף 2 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה) וטוענים כי הוא כולל הגדרה רחב של המונח "טיפול רפואי" שאינה מוגבלת רק לפעולות של ריפוי או פעולות הכרוכות באשפוז, כמו גם הגדרה רחבה למונח "מטפל" הכוללת בין היתר מיילדת. כמו כן, מפנים המשיבים לסעיף 1 לפקודת הרופאים, הקובע כי "עיסוק ברפואה" כולל בין היתר "פיקוח על נשים בזיקה להריון וללידה". כעולה מהגדרות אלה, כך נטען, טיפול רפואי אינו מתמצה בביצוע פעולות כירורגיות, אלא כולל גם פעולות אבחון ופיקוח, הדומות במהותן לפעולות המבוצעות על-ידי האחיות המיילדות במהלך לידה.

49. בכל הנוגע לטענת העותרות בעניין מקצועות "טיפוליים" אחרים שיש להם זיקה לשירותים רפואיים – טוענים המשיבים כי אין בה ממש. כך, צוין כי מקצועות כגון פיזיותרפיה, ריפוי בעיסוק וקלינאות תקשורת נמנים על רשימת המקצועות המנויים בתוספת הראשונה לחוק הסדרת העיסוק במקצועות הבריאות, התשס"ח-2008, ועל כן מוחלים עליהם חיקוקים רלוונטיים שבתחומי אחריותו וסמכותו של משרד הבריאות. מעבר לכך נטען, כי מוסדות המטפלים בקשישים סיעודיים אכן טעונים רישיון כבית

חולים, ובהקשר זה צוין כי קיימים ברחבי הארץ למעלה מ-300 מוסדות כאלה שמחזיקים ברישיון כאמור; כי מוקדים לרפואה דחופה טעונים רישוי כמרפאות אם מבוצעות בהם פעולות כירורגיות; כי הוסטלים לאנשים עם מוגבלויות בתחום הנפשי מעניקים שירותי שיקום ולא שירותים רפואיים (ואילו שירותים רפואיים למטופלים אלה ניתנים על-ידי קופות החולים במרפאות לבריאות הנפש או בבתי חולים פסיכיאטריים). לצד זאת, צוין כי בדומה לחוזר לידות בית, ישנם חוזרים בתחומי רפואה נוספים המבקשים לקבוע סטנדרטים רפואיים לטיפול מקצועי כאשר בשל נסיבות מיוחדות טיפול זה ניתן לאדם בביתו שלו.

50. לשיטת המשיבים, עיון במשפט ההשוואתי תומך בעמדתם. כך, המשיבים מדגישים כי הגם שבמדינות מערביות אחרות קיימים מקומות המשמשים לקבלת לידה מחוץ לבתי חולים, אלה כפופים לפיקוח ואסדרה מטעם המדינה. כמו כן, כך נטען, בחלק מהמדינות ניתן להפעיל מרכזי לידה טבעית כחלק מבית חולים או בסמוך לו. המשיבים מוסיפים בהקשר זה כי ככל שתתקבל עמדת העותרות, הרי שלא ברור כלל אם תהא למשרד הבריאות סמכות לפקח על מרכזי הלידה הטבעית או להתנות תנאים להפעלתם, וזאת בשונה מהמצב הנוהג ברוב מדינות המערב.

51. בתגובה שהגישו העותרות לטענות המשיבים, הן טענו בין היתר כי חוזר לידה טבעית בבית חולים אינו מספק חלופה ראויה ללידה במרכזי לידה טבעית. בהקשר זה נטען כי חדרי לידה טבעית קיימים רק במספר זניח של בתי חולים, רובם באזור המרכז, כי האחריות והסמכות בחדרי לידה טבעית בבתי חולים מצויות בידי רופא ולא בידי מיילדת, כי היולדות נדרשות לחתום על מסמכים שונים אשר על-פיהם הן מסכימות להתערבות פולשנית בגופן, וכן כי בדיקת "ההתאמה" של נשים ללידה בחדרים אלה כרוכה בהתערבות כזו שנעשית על-ידי רופא בלבד. עוד מציינות העותרות, כי ממילא מדובר בדרך כלל בחדר אחד או שניים המוקצים ללידות טבעיות בתוך מחלקות הלידה הרגילות בבתי החולים, ואם אלה תפוסים – היולדת לא תוכל להיכנס אליהם.

52. העותרות מוסיפות כי אין לקבל את טענת המשיבים לפיה מההגדרה של "מרפאה" המופיעה בפקודה ניתן ללמוד כי קבלת נשים יולדות יכולה להתבצע בבית חולים בלבד – וטוענות כי הגדרתה של מרפאה בפקודה היא הגדרה שיורית, הכוללת בתוכה את כל הטיפולים הקשורים לשלבי ההיריון, הלידה והבתר-לידה – כאשר טיפול ביולדת בזמן הלידה עצמה ודאי נכנס להגדרה זו.

53. העותרות מציינות כי בהליך אחר שמשרד הבריאות היה צד לו – שבו נתקף חוזר שאיפשר, בין היתר, למיילדת לקבל החלטה על מתן פטידין ליולדת – הובעה על-ידי משרד הבריאות עמדה הפוכה לפיה פעולה זו מהווה פעולת סיעוד ולא טיפול רפואי שחייב להתבצע על-ידי רופא (בהפניה לבג"ץ 4380/07 ההסתדרות הרפואית לישראל נ' משרד הבריאות (30.8.2009)), ועמדה זו אף התקבלה תוך דחיית העתירה. כמו כן, בנוגע לטענות שעניינן פרשנות המונח "טיפול רפואי" בחוק זכויות החולה – העותרות טוענות כי תכליתו של חוק זה שונה בעליל מתכלית פקודת בריאות העם, ועניינה הוא בהבטחת זכות החולה לטיפול רפואי הולם שניתן בהסכמה מדעת. בהתחשב בכך, ברי כי ההגדרה של טיפול רפואי בו תהא רחבה. לעומת זאת, כאשר עסקינן בהוראת חוק שנועדה לקבוע חובת רישוי כבית חולים – יש לפרש את המונח "טיפול רפואי" באופן צר יותר, המתייחס אך ורק לטיפולים שחייבים להינתן בתוך בית חולים בלבד.

54. באשר לטענות שהועלו ביחס למשקל שיש לייחס לפרשנותם של המשיבים עצמם לסעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם, טוענות העותרות כי אין לתת לה משקל משמעותי. העותרות מדגישות כי אף לשיטת המשיבים – הם מעולם לא נתנו דעתם בצורה ברורה למרכז לידה טבעית ולפעילותו, ועל כן לא ניתן לומר כי הייתה להם עמדה פרשנית ברורה ומגובשת ביחס לשאלה שבמחלוקת. כך, העותרות מדגישות כי חוזר לידות בית משנת 2008 לא התייחס כלל לפעילות של מרכזי לידה טבעית. העותרות מוסיפות וטוענות כי המשיבים מבקשים, הלכה למעשה, להחיל סטנדרטים מיושנים ולא עדכניים על התפתחויות חדשות בתחום הלידה, מבלי לתת את הדעת לדרך הראויה להסדרת הנושא.

55. לבסוף, ובהמשך לאמור, העותרות טוענות כי אין יסוד לטענת המשיבים לפיה בהיעדר רישוי למרכזי לידה טבעית כבתי חולים, לא תהא למשרד הבריאות אפשרות לפקח על מרכזים אלה. ראשית, כך נטען, החשש מהיעדר מקור נורמטיבי לאסדרה אינו יכול להצדיק חריגה מסמכות. שנית, העותרות טוענות כי כפי שמשרד הבריאות קבע הנחיות באשר לביצוע לידות בית – כך הוא מוסמך לקבוע הנחיות באשר להפעלתם של מרכזי לידה טבעית.

חוות הדעת הרפואיות והביו-אתיות שהגישו הצדדים

56. הן העותרות והן המשיבים הגישו חוות דעת שונות לתמיכה בטענותיהם. ככל שמדובר בחוות הדעת הנוגעות לפן הרפואי והביו-אתי עיקרי הדברים יובאו בקצרה. לעומת זאת, ככל שמדובר בחוות דעת משפטיות אין מקום לפרט כאן את האמור בהן, מאחר שהסוגיה המשפטית עצמה נבחנת על-ידי בית המשפט והוא אינו נזקק לחוות דעת

בעניין זה (כפי שמתחייב מסעיף 57ב לפקודת הראיות [נוסח חדש]. ראו: ע"א 436/01 רכאב נ' רכאב, פ"ד נח(6) 913, 926-927 (2004); יעקב קדמי על הראיות חלק שני 948 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009)).

57. טיעוני העותרות נתמכו מלכתחילה בנייר עמדה מס' 8 של המועצה הלאומית לביואתיקה בעניין "חופש בחירה וזכויות האדם בלידה". העותרות מציינות כי בנייר עמדה זה מחדדת המועצה הלאומית לביואתיקה את ההבחנה בין המודל המיילדותי לבין המודל הרפואי, ומבטאת את העמדה לפיה יש לאפשר ולעודד לידות בהתאם למודל המיילדותי וכן להקים מרכזי לידה טבעית כחלופה למסגרות הקיימות בבתי החולים.

58. בנוסף, הגישו העותרות חוות דעת מומחה מטעמו של פרופ' יחיאל בר אילן, מומחה ברפואה פנימית וחבר סגל בכיר בפקולטה לרפואה של אוניברסיטת תל-אביב. בחוות הדעת הובעה העמדה לפיה פעולה רפואית האסורה לביצוע על-ידי מיילדת היא פעולה ניתוחית, ואילו כל טיפול אחר בלידה ולא במצב פתולוגי של הלידה, אינו נחשב "טיפול רפואי", גם אם נעשה במסגרתו שימוש בכלים רפואיים.

59. המשיבים טענו בהתייחס לנייר העמדה של המועצה הלאומית לביואתיקה כי השאלה הניצבת ביסוד הדיון הנוסף אינה סוגיה אתית בתחום הביואתיקה, וכי מכל מקום זהו גוף מייעץ שעמדתו היא בגדר המלצה בלבד, אשר משרד הבריאות לא חייב לאמץ, ולא כל שכן כאשר ישנן דעות אחרות של מומחים שאינן מתיישבות עמה.

60. בהמשך לכך, המשיבים צירפו לטיעוניהם חוות דעת מטעמו של פרופ' אריה הרמן, מומחה במיילדות וגינקולוגיה וחבר במועצה הלאומית למיילדות, ניאונטולוגיה וגנטיקה המייעצת למשרד הבריאות בתחום זה – בהתייחס למשמעותו של מתן טיפול רפואי בהקשר של קבלת לידה. בתמצית, חוות דעת זו גרסה כי השירות הניתן במרכזי לידה טבעית הוא אכן טיפול רפואי כמובנו בפקודה. זאת, מאחר שמדובר בפעולה הנופלת בגדרו של ייחוד המקצוע על-ידי גורם שניתן לו רישיון מטעם משרד הבריאות, וכן בהתחשב בהיבטים הנוגעים ליחסי מטפל-מטופל ובציפייה הנוצרת אצל היולדת כי תקבל מאותו גורם טיפול מיטבי כאשר מופיע סיבוך בלתי צפוי בלידה.

61. בתגובה לכך, צירפו העותרות חוות דעת נוספת, זו הפעם מטעמו של פרופ' אריאל רבל, מומחה ביילוד וגניקולוגיה, שבה צוין כי לידה טבעית אינה פרוצדורה רפואית אלא "פעילות רפלקסיבית וספונטאנית", וכי הפעולות המבוצעות בלידה הן בגדר תמיכה בה – להבדיל מטיפול רפואי או פעולות של אבחון ופיקוח רפואי.

62. ביום 27.1.2021 התירה הנשיאה חיות למשיבים לצרף לטיעוניהם מסמכים נוספים, ולעותרות להגיש התייחסות קצרה לאמור במסמכים אלה. בהמשך לכך, הגישו המשיבים מסמך מטעם האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה מיום 23.6.2019 המגיב לנייר העמדה של המועצה הלאומית לביואתיקה וחולק עליו, וכן מסמך מטעם המועצה הלאומית לרפואת נשים, ניאונטולוגיה וגנטיקה מיום 11.7.2019 התומך בעמדת האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה. בנוסף, צורף מסמך מטעם ארגון המיילדות בישראל מחודש יולי 2019 שבו צוין בין היתר כי ארגון זה מסתייג מנייר העמדה של המועצה הלאומית לביואתיקה, וסבור כי אין מקום להקים "בתי יולדות" ברחבי הארץ כל עוד אין מערכת תמיכה רפואית ציבורית המבטיחה פינוי מיידי של היולדת לבית חולים בעת הצורך.

63. בתגובה לכך הגישו העותרות שתי התייחסויות עדכניות לסוגיה. ראשית, הן צירפו נייר עמדה עדכני מטעם ארגון המיילדות בישראל מיום 1.2.2021, שבו צוין כי הארגון ממליץ לאפשר לכל אשה לבחור כיצד והיכן ללדת בהתקיים קריטריונים ברורים המאפשרים קיום לידה בטוחה לאם וליילוד. כן צוין בו כי ארגון המיילדות תומך בכך שכל אשה בהיריון בסיכון נמוך המעוניינת בלידה טבעית תוכל לממש את זכות הבחירה שלה גם במסגרת בתי החולים הציבוריים וגם במרכזי לידה טבעית שיפעלו בסמוך לבית החולים. בהקשר זה, קרא ארגון המיילדות למשרד הבריאות לגבש הנחיות קליניות מחייבות שיגדירו את אופן הפעילות של מרכזי לידה אלה בניהול של מיילדות מוסמכות. שנית, העותרות צירפו מסמך נוסף מטעם המועצה הלאומית לביואתיקה מיום 2.2.2021 הכולל תגובה לחוות הדעת שצירפו המשיבים.

דיון והכרעה

64. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, הגעתי לכלל דעה כי יש לאמץ את דעתו של השופט גרוסקופף בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. אני סבורה אפוא כי יש לקבל את עמדת העותרות ולקבוע כי משרד הבריאות אינו מוסמך להורות על סגירתם של מרכזי לידה טבעית בשל כך שאלה אינם מחזיקים ברישיון לפעול כבית חולים, בכפוף להקפדה על כל הוראות הדין האחרות הנוגעות לרגולציה של טיפול ביולדות. זאת, מכל הטעמים שיפורטו להלן.

פתח דבר: לידה כעניין אישי ומשפחתי או כעניין רפואי

65. חשוב לפתוח באמירה הפשוטה, ובהקשר הנוכחי אולי אף לומר "טבעית": לידה אינה מחלה. ממילא, היא יכולה להתבצע ללא נוכחות רופא, ואף ללא ליווי רפואי. למעשה, גם לידה בבית חולים יכולה להתנהל ללא נוכחות של רופא מתחילתה ועד סופה, בהתאם לנסיבות, וכך קורה בפועל במקרים רבים. אכן, התקדמות הידע האנושי הולידה פרוצדורות רפואיות שעשויות להיות חיוניות, ואף מצילות חיים, לאם וליילוד. בימינו, בניגוד לימים עברו, לידות מתבצעות על-פי רוב כשהן מלוות בטיפול ותמיכה רפואיים. נהוג לתאר את השימוש הגובר בפרוצדורות רפואיות בקשר ללידה כמעבר מהפרדיגמה המיילדותית או הפיזיולוגית, המשויכת למקצוע המיילדות ורואה בלידה אירוע פיזיולוגי טבעי שככלל אינו דורש התערבות רפואית, אל הפרדיגמה הרפואית המשויכת למקצוע הרפואה ונשענת על השגחה רפואית צמודה והתערבות רפואית בתהליך הלידה, הנתפסת כשלעצמה כעניין "רפואי". אולם, מעבר זה לא העלים ולא מחק את הפרדיגמה המיילדותית (להרחבה, ראו: אומי לייסנר "תעשיית הלידה בישראל" המשפט יד 615 (2011)).

66. כמובהר לעיל, המדיניות המוצהרת של משרד הבריאות עולה בקנה אחד עם הפרדיגמה הרפואית – דהיינו, עם ההשקפה לפיה על לידות להתקיים ככלל בבתי חולים. אולם, בכך בלבד אין כדי למחוק את עובדת היסוד שלידה אינה חייבת להיות מלווה בטיפול רפואי. כשלעצמי אני סבורה כי אין מדובר בהתנגשות חזיתית מלאה בין שתי התפיסות, במובן זה שהרגולציה של מקצוע המיילדות אינה הופכת את הלידה הטבעית למנוכרת לידע הרפואי בן זמננו. המיילדת היא בעלת השכלה פרא-רפואית ורישיון סטטוטורי. זאת, להבדיל מ"תומכת לידה" (דולה) שאינה בעלת השכלה פרא-רפואית (ומבלי לגרוע מהערך שיש לתמיכה שהיא עשויה להעניק ליולדת).

ערכי היסוד של השיטה: כבוד היולדת וחירותה

67. חשיבותו של העניין העומד על הפרק אינה שנויה במחלוקת. השאלה שבפנינו היא בעלת השפעה והשלכה על זכויות יסוד של נשים יולדות בישראל – הזכות לכבוד, הזכות לאוטונומיה וזכות האשה על גופה. מנגד, מצוי האינטרס הציבורי החשוב של הגנה של בריאותם של נשים יולדות ויילודים – המנחה את המשיבים. אינטרס זה קשור כמובן באופן עמוק גם לזכויות שאף הן בעלות מעמד חוקתי בשיטתנו – הזכות לבריאות והזכות לחיים.

68. אכן, ככלל, רגולציה בתחום הבריאות מעוררת תמיד שאלות מורכבות הנוגעות לאוטונומיה של הפרט ולכבודו. לא פלא שהתפתחותה של הזכות לאוטונומיה בפסיקתנו

יסודה, במידה רבה, בתחום הרפואי (ראו: ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999) (להלן: עניין דעקה)). בהמשך לכך, כבר לפני שנים רבות קבע בית משפט זה כי "התעברות, היריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט. אין המדינה מתערבת בתחום זה אלא מטעמים כבדי משקל, הנעוצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני" (ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57, 81 (1981). כן ראו: בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (18.9.2014) (להלן: עניין משה)). עיצוב מדיניות של אסדרה בתחום של היריון ולידה, אם כן, מחויב בראש ובראשונה להגנה על זכויות יסוד של נשים הרות ויולדות.

69. כידוע, הזכות של כל אדם על גופו מעוגנת בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מדובר באחת מהזכויות החשובות והיסודיות ביותר המוקנות לאדם בחברה דמוקרטית. משמעותה של זכות זו היא שליטת האדם על גופו (ראו: אהרן ברק "הזכות החוקתית לגוף" ספר טירקל – פרקי הגות, עיון ומשפט 321 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2020)). שליטה זו כוללת, בין היתר, את זכותה של כל אשה לקבל החלטות מושכלות ועצמאיות באשר להיריון ולידה (ראו: פנינה ליפשיץ-אבירם איזון עדין – מבט שני על זכויות עובר בר-חיות בדין הישראלי: בין זכויות האישה לזכויות העובר 37 (2016)), ובכלל זה החלטות בדבר שימוש באמצעי מניעה והפסקת היריון וכן החלטות באשר לתהליך הלידה עצמו (ראו והשוו: דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 720-718 (1996)).

70. באשר לזכות לאוטונומיה, זו הוגדרה בספרות ובפסיקה כזכותו של כל אדם "לכתוב את סיפור חייו" (ראו: ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, 48 (2005)). כפי שנקבע בעניין דעקה:

> "לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה. [...] זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט" (שם, בעמ' 570. ראו עוד: JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986)).

71. על אף שהזכות לחירות וזכותה של האשה על גופה מעוגנות באופן מפורש ונפרד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין חולק שזכויות אלה הן אף חלק מ"הגרעין הקשה" של הזכות החוקתית לכבוד (ראו: בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274, 334-335 (2013); עניין משה, בפסקה 24 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות). כן יוזכר, כי בשנת 2000 ההגנה על זכות האשה על גופה אף עוגנה במתכונת חגיגית ומפורשת בחקיקה, במסגרת התיקון לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, שבו הוסף סעיף 6א הקובע כי "לכל אישה זכות מלאה על גופה" (חוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), התש"ס-2000).

72. החלטתו של משרד הבריאות שלא לאפשר לנשים ללדת במרכזי לידה טבעית מביאה, הלכה למעשה, לצמצום של אפשרויות הבחירה העומדות בפני אשה בהיריון בכל הנוגע לתהליך הלידה, תוך השפעה ממשית על אפשרות השליטה באשר לתהליך המתרחש בגופה שלה. היא משפיעה על יכולתן של נשים אלה לספר את סיפור חייהן, ובאופן יותר ספציפי – את סיפור הלידה שלהן. אין מדובר בהשפעה שולית, אלא בהגבלת יכולת הבחירה ביחס לאירוע מכונן, לעיתים חד פעמי, בחייה של אשה. לידה היא חוויה בעלת משמעות אישית עצומה, המהווה סיום של תהליך ארוך, ועל-פי רוב לא קל, של היריון. הלידה כרוכה בחשיפה מלאה ומוחלטת של גוף האשה היולדת, ובפרט של איברים מוצנעים ופרטיים, בנסיבות שבהן הפגיעות הפיזית, הנפשית והרגשית היא רבה. נשים רבות נושאות עמן את חווית הלידה – על ההיבטים החיוביים והשליליים שלה – לאורך כל חייהן. אם כן, כיבוד רצונה האוטונומי ובחירותיה של היולדת הוא חשוב לאין שיעור.

73. על רקע זה, ובהתחשב בכובד משקלן של הזכויות הניצבות על הפרק, לא יכול להיות ספק כי פועלו של משרד הבריאות חייב להיעשות על-פי הסמכה ברורה ומפורשת בחוק. כך מתחייב מעיקרון היסוד של חוקיות המינהל (ראו: בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד 80 (1949); בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399 (1951); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 353, 359-360 (1983); בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581 (1991); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 97-98 (2010)). כאשר מדובר בפעולה הכרוכה בפגיעה בזכויות אדם – אין די בכך שהרשות מצביעה על הוראת חוק כללית שעשויה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה, אלא עליה להצביע על הסמכה ברורה, מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית (ראו: בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 498 (2010); רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון, פסקה 38 (5.11.2017)).

74. בשים לב לכל האמור, הקביעה שלנשים בישראל לא עומדת הברירה ללדת מחוץ למסגרת רפואית (להוציא החריג המצומצם של לידה בבית) היא מסקנה לא קלה, שהשלכותיה על חופש הבחירה שלהן כבדות משקל. לכן, הבחירה בה אמורה לנבוע רק מקביעה חקיקתית שאין מפורשת הימנה. עמדת המשיבים, שהתקבלה בדעת רוב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף היא כי סעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם עונה על דרישה זו. כפי שאפרט להלן, אני סבורה כי לא אלה הם פני הדברים. את טעמי לכך אפרט כעת.

השאלה הפרשנית: האם הפעילות במרכזי הלידה הטבעית היא בגדר "טיפול רפואי"?

75. כפי שצוין בפתח הדברים, שניים הם התנאים שצריכים להתקיים במרכז לידה טבעית על מנת שייחשב "בית חולים": "קבלת נשים יולדות" וזאת לצורך "טיפול רפואי". אין ספק שהתנאי הראשון מבין השניים מתקיים שהרי מרכז מסוג זה נוצר ל"קבלת נשים יולדות". אולם, האם הן מקבלות בו "טיפול רפואי"?

76. מהו אפוא אותו "טיפול רפואי" המחייב גורם המבקש לתתו לקבל רישיון לפעול כבית חולים? מרכזי הלידה הטבעית אינם פועלים לפי כללי הפרוטוקול הרפואי הנוהגים בחדרי יולדות שבבתי חולים. עם זאת, ננקטות בהם פעולות שגרתיות שמבצעות מיילדות גם בבתי חולים, כגון מדידת לחץ דם או ניטור עוברי, וזאת להבדיל מהתערבות רפואית בהליך הלידה כגון מתן משככי כאבים, חומרים מרדימים ומזרזי לידה. האם בשל כך יש מקום להכיר בשירות הניתן ליולדות במרכזים אלה כ"טיפול רפואי"? בפסק הדין מושא הדיון הנוסף סברו שופטי הרוב כי יש להשיב על שאלה זו בחיוב. דעתי שונה.

טיפול רפואי: לשון החוק

77. כידוע, השלב הראשון בבחינה הפרשנית מצוי בלשון החוק. זוהי תמיד נקודת המוצא לפרשנותו של דבר חקיקה (ראו: רע"א 725/05 הועדה המקומית לתכנון ובניה השומרון נ' בלוך, פסקה 36 (3.9.2014); דנ"א 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פסקה 52 (12.9.2017); עע"ם 8814/17 דן נ' עיריית תל אביב–יפו, פסקה 16 (26.5.2019). כן ראו: אהרון ברק פרשנות תכליתית במשפט 133-134 (2003)).

78. המונח "טיפול רפואי" כפי שמופיע בסעיף 24(ב) לפקודה אינו כולל בצדו הסבר או פירוש. לפיכך, כנקודת אחיזה ראשונה אפתח בהגדרה המילונית של המונח "רפואה". על-פי מילון "אבן שושן" הגדרתו של המונח היא זו:

"מרפא, הבראה ממחלה, הסרת מחלה".

מכך עולה כי רפואה היא התהליך או המיומנות העוסקים בהבראה ממצב של חולי. היא היפוכה של המחלה. שימוש פשוט וטבעי זה במילה "רפואה" על הטיותיה עולה כבר מהתנ"ך. כך למשל, נכתב בספר שמות: "אם שמוע תשמע לקול ה' אלוהיך והישר בעיניו תעשה... כל המחלה אשר שמתי במצרים לא אשים עליך כי אני ה' רופאך" (שמות ט"ו 26). כאשר מרים חולה בצרעת קורא משה: "אל נא רפא נא לה" (במדבר י"ב 13). על רקע זה, הרי שלפחות על פני הדברים המונח "טיפול רפואי" אמור להיות כזה שבמרכזו הבראה מחולי. אכן, תפיסת הרפואה כיום היא מורכבת יותר מאשר בעבר. היא כוללת, למשל, גם רפואה מונעת או רפואה שנועדה להיטיב ולשפר את איכות החיים של המטופל. אולם, עדיין הדגש "המקורי" הוא במניעת חולי. אין הדבר כן בכל הנוגע ללידה, שהיא במהותה הליך טבעי, היכול להתבצע גם ללא כל מעורבות רפואית. היא לא מיועדת להביא את האשה היולדת להחלמה ממחלה שחלתה בה – אלא להביא חיים חדשים לעולם.

79. אדגיש, כי אין בדבריי משום ניסיון "לייפות" את המציאות. הגם שלידה היא אירוע משנה חיים ועל-פי רוב חיובי, הוא עלול גם להותיר באשה היולדת צלקות – נפשיות וגופניות. בהתאם, תהליך ההתאוששות מהלידה הוא במובנים רבים תהליך של "הבראה". עם זאת, על-פי רוב מדובר בהחלמה והתחזקות שאינם כרוכים בטיפול רפואי, אלא במנוחה וצבירת כוחות. כמובן שקיימים, למרבה הצער, גם מקרים שבהם יולדת תזדקק לטיפול רפואי לאחר הלידה, אולם לא ניתן לומר כי אלו הם המקרים הטיפוסיים.

80. ככל שפנינו ללשון החוק אני סבורה שיש חשיבות רבה גם להבחנה בין "טיפול" לבין "בדיקה" או "אבחון". תהליך הלידה מלווה בבדיקות פשוטות מן הסוג של מדידת לחץ דם או כיוצא בזה – בדיקות שעריכתן אינה ייחודית לרופאים ומכוונות בעיקרן לניטור. חלקן הן אף בדיקות שכל אדם מן היישוב יכול ורשאי לבצען בביתו הפרטי. לא מיותר לציין, שאף במערכת הרפואית הפורמאלית יש בדיקות רבות שנעשות בשלב הראשוני על-ידי בעלי מקצועות פרא-רפואיים (אחים ואחיות, טכנאים וכולי). נשווה בדעתנו צילום רנטגן שעורך טכנאי במכון דימות. פיענוח מלא של הצילום ייעשה על-ידי רופא; אולם, הפעלת המכשור נעשית על-ידי הטכנאי – והוא אינו נחשב כמי שמסיג בכך את מקצוע הרפואה.

81. במישור הלשוני חשוב גם לציין את העובדה כי לצד המונח "טיפול רפואי" מופיע בפקודת בריאות העם גם המונח "שירות רפואי" בהקשרים שונים. במובן זה ניתן

לומר כי קיימת הבחנה, ברמה הלשונית, בין שני המונחים. ניתן להתרשם כי המונח "טיפול רפואי" מכוון בעיקר לפעולה רפואית המבוצעת על-ידי רופא או רופאה, ואילו המונח "שירות רפואי" מתייחס לפעולות שעשויות להיות מבוצעות הן על-ידי בעלי רישיון לעסוק ברפואה והן על-ידי בעלי רישיון במקצוע פרא-רפואי. כך למשל, בסעיף 24ד לפקודת בריאות העם, המתייחס לכללים החלים על רופא שקיבל מטופל במסגרת ציבורית ולאחר מכן ממשיך לטפל בו במסגרת פרטית, ננקט המונח "טיפול". הסעיף קובע, בין היתר, כי "שר הבריאות, בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת, יקבע בתקנות כללים שיחולו על רופא, בין שכר ובין עצמאי, שייעץ לאדם או טיפל בו במסגרת שירות מרפאה ציבורי או שירות מרפאה קהילתי לעניין איסור המשך טיפול באותו אדם או ייעוץ לו שלא במימון ציבורי" (ההדגשות הוספו – ד' ב' א'). לעומת זאת, סעיף 34 לפקודת בריאות העם, שמגדיר כאמור מהי "מרפאה", קובע כי שר הבריאות רשאי לקבוע תקנות בנוגע ל"תנאים שיקויימו במרפאות לצורך מתן שירות רפואה או טיפול רפואי מסוגים מסויימים" (אף כאן ההדגשות הוספו – ד' ב' א'). כפי שמוסבר בהמשך בהרחבה, במרפאות ניתנים גם שירותים רפואיים שלא באמצעות רופאים. הבחנה זו תומכת במסקנה כי המונח "טיפול רפואי" לא נועד לחול על פעולות מהסוג המתבצע במרכזי הלידה הטבעית (להבדיל מפעולות המבוצעות במחלקות יולדות בבתי החולים).

82. לבסוף, לא ניתן להידרש באופן מלא לפרשנות הלשונית מבלי להתייחס לעובדה שעסקינן בפרשנותו של דבר חקיקה מתקופת המנדט הבריטי. ואכן, שני הצדדים העלו טענות הנוגעות ללשון החוק בהתייחס לנוסחו המקורי בשפה האנגלית. טענות אלה היו מעניינות מבחינה היסטורית, אך לא הוליכו למסקנה חד-משמעית. כך, המשיבים הדגישו בטיעוניהם את העובדה שבלשון הפקודה המקורית בשפה האנגלית מופיע הביטוי Nursing ולא Medical Care, והטעימו כי יש ללמוד מכך שהמונח "בית חולים" נועד לחבוק בתוכו גם מקום שניתנים בו שירותי סיעוד או תמיכה. מנגד, הציגו העותרות הגדרות מילוניות של הביטוי Nursing המלמדות על כך שזה מתייחס לטיפול באנשים "חולים" או "פצועים" (ממילון אוקספורד – "The job of caring for people who are sick or injured"; ממילון מרים וובסטר – "to care for and wait on (someone, suck as a sick person)"; ממילון לקסיקו – "The profession or practice of providing care for the sick and infirm"; ממילון קיימברידג' – "To care for people who are sick or cannot care for themselves because of injury or old age").

83. למעשה, זוהי פעם נוספת שבה עומדת במרכזו של הדיון מחלוקת הנוגעת לפרשנותה של חקיקה מנדטורית. בעבר נכתב בהקשר אחר "עד אנה ישלטו בנו דיני

הקרקעות העותמניים?" (במאמרו של פרופ' יהושע ויסמן הנושא כותרת זו, שפורסם בכתב העת משפטים יב 3 (1982). ראו גם: ע"א 8117/14 חוסין נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 49 (16.6.2016)). בהשאלה, אני מבקשת להציג אותה שאלה גם כאן: עד מתי יוסיפו להתנהל תחומי פעילות מרכזיים וחיוניים מכוחה של חקיקה ישנה שבאה לעולם בהקשר קולוניאלי ולא דמוקרטי (ראו בהקשר זה את דבריי בדנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן, פסקה 17 לחוות דעתי (9.9.2019). ראו גם: בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 32 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) חיות ופסקאות 7-10 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (8.10.2017). ובעניין הקונקרטי של אסדרה בתחום הרפואה, ראו: רע"א 1639/15 זקוטסקי נ' סטרשנוב, פסקה 16 (21.4.2015); רע"א 8432/20 הלוי נ' ועדה לפי סעיף 44ב לפקודת הרופאים, פסקה 38 (16.2.2021)). אכן, המורשת החקיקתית של תקופת המנדט הייתה חשובה וחיונית בשעתה, ובחלקה אף ביטאה את תרומתו של המשפט האנגלי לעולם המשפט. אולם, ההתבססות על מורשת זו בעת הנוכחית, כאשר אנו נדרשים לאסדרה של תחום כה חשוב ורגיש, ולנוכח שינוי הנסיבות המהותי מאז ימי המנדט שבהם נחקקה הפקודה – מעוררת כשלעצמה קושי, שיש לקוות כי תינתן עליו הדעת. נדמה כי בחלוף גבורות מחקיקת הפקודה, בשלה העת להתאים את דבר החקיקה למציאות הרפואית, החברתית והתרבותית המשתנה.

84. מכל מקום, ואולי דווקא משום כך, חשוב לציין כי אף במבט היסטורי לא ניתן לומר שכוונת המחוקק בעת חקיקתו של סעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם הייתה לקבוע שלידות יתבצעו בבית חולים באופן בלעדי. יש לזכור שרק במהלך תקופת המנדט החל להתרחש המעבר המשמעותי מלידות בית ללידות בפיקוח רפואי בבית חולים. כמו כן, באותה עת מיילדות שהעניקו שירותים ליולדות בביתן הפנו את היולדת לבית החולים הקרוב במידת הצורך (ראו: אייל כתבן ונירה ברטל "איך חוק נולד? על פקודת המיילדות, מגדר והסדרה פרופסיונלית בתקופת המנדט" חוקה אחת ומשפט אחד לאיש ולאישה – נשים, זכויות ומשפט בתקופת המנדט 487 (אייל כתבן ואח' עורכים, 2011) (להלן: כתבן וברטל); אומי לייסנר "ללדת ועוד איך: חוקי הלידה הלאומיים בתקופת המנדט" מגדר בישראל – מחקרים חדשים על מגדר ביישוב ובמדינה כרך א 336, 346-347 (2014)). אם כן, ניתן להניח כי המחוקק המנדטורי ראה לנגד עיניו את שתי האפשרויות הקיימות – לידה בבית חולים בפיקוח רפואי כמו גם לידה מחוץ לכתלי בית החולים. יתר על כן, בתקופת המנדט (וגם אחר כך במשך שנים רבות) לא נהג בארץ הסדר המעניק ביטוח רפואי לכל, כגון חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי). מכיוון ששירותי לידה בבית חולים היו כרוכים בעלויות לא מבוטלות – אין לייחס למחוקק הטלת חובה ללדת דווקא בבית חולים, אף לפי כוונתו המקורית.

85. לנוכח כל האמור לעיל, אני סבורה כי פרשנותו הלשונית של סעיף 24(ב) לפקודה אינה מובילה למסקנה חד משמעית. כפי שציינתי, לשיטתי, הפרשנות הלשונית "הפשוטה" של טיפול רפואי נועדה לחול על תהליך של ריפוי במחלה או פציעה, ואילו לידה אינה אירוע מסוג כזה. יתר על כן, אני סבורה כי עיון בפקודה מלמד על הבחנה מסוימת בין "טיפול רפואי" המוענק על-ידי רופאים ורופאות לבין "שירותי רפואה" הכוללים מנעד רחב יותר של פעולות רפואיות שניתן לבצען אף מחוץ לבית חולים. אולם, בשים לב לכך שעסקינן בדבר חקיקה מנדטורי ומיושן, אני סבורה כי אף הפרשנות האחרת, שעליה עמדו המשיבים – היא פרשנות המתקבלת על הדעת, אשר למצער לא ניתן לדחותה על הסף.

86. כידוע, ככל שבחינתה של לשון החוק מותירה יותר מאפשרות פרשנית אחת, יש לבחור מבין החלופות הקיימות את האפשרות שמגשימה באופן מיטבי את תכלית החוק (ראו: דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (12.9.2017) (להלן: עניין גיני); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 29 לפסק דינו של השופט פוגלמן (13.9.2017)). עוד יש להזכיר, כי כאשר קיימות שתי פרשנויות אפשריות לדבר חקיקה, האחת פוגעת בזכויות אדם והאחרת מקיימת אותן – יש להעדיף את הפרשנות המקיימת (ראו: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 21 לפסק דינה של הנשיאה חיות וההפניות שם (27.2.2020)). אם כן, אפנה כעת לבחינה התכליתית של סעיף 24(ב) לפקודה.

טיפול רפואי: פרשנות תכליתית

87. המונח "טיפול רפואי" מופיע בדין הישראלי בחיקוקים נוספים מלבד פקודת בריאות העם, אולם פרשנותו בכל הקשר נתון צריכה להיעשות בהתאם לסביבה הנורמטיבית הרלוונטית ולתכליתה. כידוע, לא אחת אותו מונח מופיע בחיקוקים שונים והפרשנות הניתנת לו היא שונה – בהתחשב בהקשר המיוחד של כל דבר חקיקה (ראו: בג"ץ 6032/94 רשת – חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד נא(2) 790, 808, 809 (1997); עע"ם 4105/09 עיריית חיפה נ' עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה, פסקה 34 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (2.2.2012)).

88. כך למשל, בהקשר של מתן פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, נקבע כי יש לפרש את המונח "טיפול רפואי" באופן מרחיב הכולל לא רק טיפולים רפואיים "קלאסיים",

וזאת מתוך הגישה לפיה תהליך שיקומו של הנפגע "אינו כולל רק טיפול בפציעותיו הגופניות, אלא גם מסכת מקיפה של טיפולים מסוגים שונים, כגון טיפולים פיזיותראפיים, פסיכולוגיים ואחרים" (רע"א 2339/96 "ארטז" חברה לביטוח בע"מ נ' דלל, פ"ד נ(4) 529, 532 (1996). כן ראו: רע"א 3007/12 פלונית נ' הראל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 10 (30.5.2012)). פרשנות זו התבססה על תכליתו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 – שהיא לאפשר לנפגע להיות מפוצה על כל פגיעה גופנית או נפשית שנגרמה עקב תאונת הדרכים (ראו: רע"א 5638/95 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' שמור, פ"ד מט(4) 865, 870 (1996)).

89. במקרה אחר, שבו עסק בית משפט זה בשאלת ההשפעה של חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי על תביעות בגין נזקי גוף הכוללות בקשה לסעד של טיפול רפואי, הודגשו ההבדלים שבין ההסדרים הנזיקיים לבין ההסדרים הביטוחיים. כך, צוין כי על-פי דיני הנזיקין, הטיפול הרפואי שהניזוק זכאי לקבל בעקבות מעשה העוולה צריך להעמידו, ככל הניתן, במצב שבו היה נתון לפני קרות הנזק. לעומת זאת, צוין כי חוק ביטוח בריאות ממלכתי נועד להבטיח טיפול רפואי בסיסי, שעשוי לא לספק מענה לכל צורך רפואי נדרש (ראו: ע"א 5557/95 סהר חברה לביטוח נ' אלחדד, פ"ד נא(2) 724, 744-746 (1997)).

90. הצדדים אף התייחסו להופעת המונח "טיפול רפואי" בחוק זכויות החולה, כפי שפורט לעיל. בחוק זה מופיעה הגדרה מרחיבה מפורשת למונח, בסעיף 2 הקובע כי טיפול רפואי הוא פעולה הכוללת בין היתר "פעולות איבחון רפואי, טיפול רפואי מונע, טיפול פסיכולוגי או טיפול סיעודי". זאת, בהתחשב בכך שתכליתו של חוק זכויות החולה היא להגן על זכויותיו של החולה לכבוד, פרטיות ואוטונומיה (ראו: סעיף 1 לחוק זה; משה זיידנבאום "חוק זכויות החולה בפסיקת בית המשפט העליון – תריסר שנים לחוק" רפואה ומשפט 39, 21 (2008)). במובן זה ברי כי המחוקק התכוון לכך שההגנה על זכויות החולה תשתרע על פני כל סוג של טיפול רפואי, לרבות טיפול רפואי שאינו ניתן בבית חולים בלבד, וזאת לשם הגשמת התכלית המיטיבה עם המטופל.

91. המסקנה היא כי לא ניתן בהכרח להקיש מהאופן שבו התפרש המונח "טיפול רפואי" בחוקים אחרים לענייננו. עלינו לבחון באופן ספציפי את תכלית ההסדר הנורמטיבי שבתוכו "נטוע" סעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם. לכך אפנה כעת.

התכלית החקיקתית של הסדרת הפעילות של בתי חולים

92. סעיף 24 לפקודת בריאות העם הוא חלק מהפרק בפקודה שמסדיר את פעילותם של "מוסדות רפואיים". המונח "בית חולים" מופיע בו באופן עצמאי וגם כחלק מההגדרה הכוללת של "מוסד רפואי" – "בית חולים, מרפאה, מוסד לטיפול במשתמשים בסמים ומעבדה". בהמשך לכך, סעיף 24א קובע כי הקמת בית חולים (וכן הרחבה או שינוי של בית חולים קיים) תיעשה רק לאחר קבלת "אישור הקמה" (דהיינו, רישיון) מהמנהל, וכי אישור זה יינתן בהתחשב בשיקולים רפואיים ובשיקולים הבאים בלבד: "ההקמה וההפעלה השוטפת של בית החולים לא יטילו מעמסה על ההוצאה הציבורית לבריאות"; "תוספת המיטות לא תגרום לחריגה משיעור המיטות לנפש על פי יעודן ועל פי צרכי האוכלוסיה באותו אזור". בהמשך, נדרש הפרק להסדרים הנוגעים לסגירת יחידה מקצועית או הפחתה במספר המיטות בבית החולים (סעיף 24ב); לתשלום לרופא או לבעל מקצוע בעד שירות רפואי שביצע במוסד רפואי (סעיף 24ג); לכללים לעניין המשך טיפול רפואי פרטי לאחר טיפול רפואי במסגרת שירות מרפאה ציבורי או קהילתי (סעיף 24ד); לכללים החלים על הפעלת מוסד רפואי (סעיף 25); וכן לכללים החלים על הליך סגירתו של מוסד רפואי (סעיף 25א).

93. בית משפט זה נדרש בעבר לנושא של מתן אישור הקמה לבית חולים לפי הפקודה, בבג"ץ 256/88 מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19 (1989). באותו מקרה סירב משרד הבריאות להתיר לעותרת את פתיחתו וניהולו של בית חולים בחיפה. פסק הדין לא נדרש במפורש לשאלת התכליות העומדות בבסיס ההסדר החקיקתי הקבוע בפקודת בריאות העם, אלא הבהיר כי כאשר מתקיימות הדרישות הרפואיות-ארגוניות לרישום בית חולים, כקביעתן בסעיף 27 לפקודה, יש להעניק למוסד המבקש היתר ולרשמו בהתאם לסעיף 25 לפקודה, תוך עמידה על גבולות שיקול הדעת של המנהל בהקשר זה.

94. אם כן, דומה כי ההסדר הקבוע בפקודת בריאות העם מכוון, בעיקרו, להסדרה מינהלית-מוסדית של גופים כגון מרפאות ובתי חולים. הוא עוסק במספר מיטות, הקמת יחידות מקצועיות, נושאים הנוגעים לתשלומים לרופאים וכדומה. באופן יותר ספציפי, סעיף 27 לפקודת בריאות העם, שקובע את תנאי רישומו של בית חולים, מתייחס להסמכת גורמי המקצוע שבו – רופאות ורופאים, אחיות ואחים, למספרם של אלה, לציוד הנדרש שצריך להימצא במקום ולתנאי הבניין עצמו.

95. על רקע זה, אפילו הייתי סבורה שהסיוע הניתן ליולדת הוא "טיפול רפואי", ואיני סבורה כך, אין מקום לפרשנות הגורסת כי כל מקום שבו כך נעשה הוא בית חולים. הגדרתו של מוסד כבית חולים תלויה, כמפורט לעיל, גם בהיבטים של גודל, ציוד,

והתאמה מבנית, מוסדית ומקצועית להגדרה זו. לפיכך, ככל שמדובר במוסד אשפוזי הכולל מחלקת יולדות, כמו גם חדרי לידה שבהם ניתן ליולדות שירות הכולל בין היתר מתן מענה רפואי מלא במידת הצורך (על-ידי רופאים מוסמכים, ולא רק מיילדות) – יש צורך בהחלת ההסדרים המינהליים והטכניים הנכללים בפקודת בריאות העם.

96. לאמיתו של דבר, עיון בפקודה עצמה ובתקנות שנקבעו מכוחה מלמד כי היא מאפשרת את ביצוען של פעולות רפואיות ופרא-רפואיות מסוגים שונים – בין היתר לנשים הרות – מחוץ לבית חולים. כך, תקנות בריאות העם (רישום מרפאות), התשמ"ז-1987 (להלן: תקנות הרישום) קובעות באופן מפורש מספר פעולות רפואיות שיתבצעו בבית חולים רשום בלבד – פעולות כירורגיות מסוימות וכן כל פעולה כירורגית המתבצעת בהרדמה כללית לפרק זמן העולה על חמש שעות (ראו: תקנה 2א והתוספת השניה לתקנות הרישום). כמו כן, קובעות התקנות חובת רישום למרפאות שמתבצעות בהן פעולות הנכללות תחת ההגדרה של "כירורגיה קטנה" או "כירורגיה בינונית" (ראו: תקנה 2 לתקנות הרישום). לעומת זאת, מתירה תקנה 2(ב) את הפעלתה של מרפאה שמתבצעות בה פעולות של "כירורגיה זעירה" בלבד ללא צורך ברישום.

97. ניתן ללמוד אפוא שהפקודה והתקנות שהותקנו מכוחה מבנות מעין "פירמידה" מוסדית המותאמת גם לסוג הטיפול שניתן לתת בכל מוסד. בראש הפירמידה ניצב בית החולים – המוסד הבריאותי הגדול והמורכב ביותר, שישנן פעולות רפואיות מורכבות שניתן לבצע בין כתליו בלבד, ובכפוף לרישיון מטעם משרד הבריאות. זאת, בהתחשב במורכבותם של שירותי הבריאות הניתנים במסגרת בית חולים, וחלקם המרכזי של בתי החולים בתקציב הבריאות הכולל במדינה (ראו: אמנון כרמי בריאות ומשפט 1185 (מהדורה שנייה, 2013)). מתחת לדרג של בית החולים ניצבות המרפאות המורשות, שבהן ניתן לבצע פעולות כירורגיות המוגדרות כקטנות ובינוניות. גופים אחרים המצויים בתחתית הפירמידה מעניקים אף הם טיפול רפואי ובכלל זה מבצעים פעולות כירורגיות זעירות, חרף העובדה שאינם מחזיקים ברישיון להפעלת מרפאה.

98. אם כך, השאלה שיש לשאול היא האם נכון למקם את מרכזי הלידה הטבעית בראש הפירמידה שמתווה פקודת בריאות העם, ולדרוש את הסדרתם כבית חולים לכל דבר ועניין. לשיטתי, התשובה לכך היא בשלילה.

99. בעיקרו של דבר, הפעולות שמבצעות המיילדות במרכזי לידה טבעית הן פעולות שנועדו לתמוך, לסייע וללוות את האשה היולדת. כפי שציינתי לעיל, הלידה, כשלעצמה, היא תהליך טבעי המתרחש בגוף האשה, ואינה אירוע של פציעה או חולי המחייב טיפול

רפואי. ככלל, המיילדות במרכזי הלידה הטבעית מסייעות לנשים היולדות במקום להתמודד עם כאבי הצירים, למשל באמצעות נשימה מודרכת; מכוונות אותן למנח מועדף ולשימוש מיטיב בגופן; ועושות שימוש באמצעי עזר לא רפואיים כגון אמבטיה, כדור פילאטיס, שמנים וכדומה (אמצעים שמצויים לעיתים גם בחדרי לידה בבתי חולים). הדגש מושם בסביבה שבה שוהה היולדת – תוך הקפדה על אווירה שקטה, ביתית ואינטימית, השונה מהאווירה הקיימת מטבע הדברים בחדרי לידה בבתי חולים. הפעילות שאותה ניתן לראות כ"רפואית" היא בעיקרה פעילות של ניטור ומעקב שמבצעות המיילדות – מעקב אחר סימנים חיוניים של היולדת (לרבות לחץ דם), בדיקה של קצב פתיחת צוואר הרחם, ניטור קצב לבו של העובר באמצעות מכשיר דופלר (שלא בהכרח מתבצע לאורך הלידה כולה) והערכת משקלו של היילוד. מלבד העובדה שאין מדובר בטיפול רפואי מובהק – בהשוואה לביצוע ניתוח קיסרי, מתן אפידורל או שימוש בחומרים מזרזי לידה – אין מדובר גם בליבת הפעילות המתבצעת במרכזי הלידה הטבעית.

100. כפי שצוין בחוות הדעת של פרופ׳ רבל שצורפה על-ידי העותרות - "העובדה שרופאים מוסמכים ליילד נשים אינה הופכת לידה טבעית לפרוצדורה רפואית... תהליך הלידה הוא טבעי" (עמ׳ 6 לחוות דעתו. ההדגשה הוספה – ד׳ ב׳ א׳). הגורם היחיד שהכרחי ללידה הוא האשה עצמה. זאת, בשונה מסוג אחר של "טיפול רפואי" – שבו הגורם המטפל, כמו גם החומר או הציוד שעמו מטפלים באדם – הם הכרחיים. לעומת זאת, כאשר יולדת מקבלת בבית חולים חומר מרדים, חומר מזרז לידה, או יולדת בניתוח קיסרי – ניתן לומר שהיא מקבלת טיפול רפואי, שאין מקום לתתו מחוץ לבית חולים.

101. אכן, מיילדות עשויות להידרש במהלך ליווי לידה מחוץ לבית חולים גם לפעולות שיש להן אופי רפואי מובהק יותר, כגון ביצוע תפרים לקרע ספונטני שנגרם במהלך הלידה או מתן תרופה המוחזקת בארון תרופות. אולם, אלה הן פעולות שהמשיבים עצמם מכירים בהן כפעולות המותרות לביצוע מחוץ לבית חולים, על-ידי מיילדות המלוות לידות בית. באשר לביצוע תפרים, כפי שעולה מטיעוני המשיבים עצמם, "תפירת קרעים ׳ספונטניים׳ המתרחשים בשלב הלידה עד לדרגה 2 יכולה להיעשות גם בבית היולדת בהתאם להוראות ׳חוזר לידות בית׳" (פסקה א(4) להשלמת הטיעון מטעם המשיבים מיום 25.11.2019); בהתאם, חוזר לידות בית קובע כי קרעים בדרגה 3 או 4 בחיץ או בנרתיק מחייבים את העברתה של היולדת לבית חולים. יצוין גם כי במסגרת רשימת הטיפולים הרפואיים המוגדרים ככירורגיה זעירה בתקנות הרישום – ולפיכך ניתן לבצעם על-פי התקנות גם במרפאה לא רשומה – נכללת גם החלופה של "תפירת קרע שטחי בעור ובתת-עור" (ראו: סעיף (4) לתוספת הראשונה לתקנות הרישום). באשר למתן תרופות, חוזר

לידות בית מנחה את הרופא או המיילדת המלווים את לידת הבית לתת ליילוד טיפול עיניים מניעתי לפי הנחיות משרד הבריאות וכן להזריק לו ויטמין K לאחר הלידה (סעיף 6 לחוזר לידות בית). בהתאם לכך, חוזר לידות בית קובע כי תרופות מסוימות הן בגדר "מכשור וציוד הכרחיים ללידת בית" (סעיף 2.4 לחוזר). הדבר אף עולה בקנה אחד עם סעיף 14 לפקודת המילדות, הקובע כי מיילדת שבידה רישיון לעסוק ביילוד רשאית להחזיק ברשותה "סמים בכמויות שייקבעו ולהשתמש בהם ככל אשר ייקבע". אם כן, אף פעולות אלה, שניתן לומר כי הן הפעולות הקרובות ביותר על הספקטרום הרפואי לפעולות מובהקות של טיפול רפואי – אינן מהוות אף לשיטת המשיבים עצמם פעולות שניתן לבצען בגדרו של בית חולים בלבד.

102. לצורך הדיון ומבלי להשוות בין הנושאים השונים במהותם, ניתן להזכיר בהקשר הנדון את פסק דינו של בית משפט זה בע"א 2055/99 פלוני נ' הרב זאב, פ"ד נה(5) 241 (2001), שם נדונה השאלה האם הליך של ברית מילה הוא פעולה רפואית שפקודת הרופאים חלה עליה. באותו עניין נקבע כי "מילה הינה פעולה שביצועה אכן מצריך מיומנות רפואית מסוימת וביצועה כרוך גם בסיכונים בעלי אופי רפואי, אך אפיונה הדומיננטי של הפעולה אינו רפואי, אלא דתי-פולחני" (שם, בעמ' 255. ההדגשה הוספה – ד' ב' א'). הדברים אם כן אמורים בבחינת קל וחומר בענייננו, כאשר הפעולות המתבצעות במרכזי הלידה הטבעית ברובן רחוקות יותר במהותן מפעולות כירורגיות.

103. זה המקום להידרש, בקצרה, לסוגיה שעלתה בשולי פסק הדין מושא הדיון הנוסף – השאלה של הגדרת מרכזי הלידה הטבעית כ"מרפאה", חלף בית חולים, דהיינו, ב"קומה" נמוכה יותר של הפירמידה המוסדית המוגדרת בפקודת בריאות העם. כפי שתואר לעיל, תקנות הרישום קובעות חובת רישום ביחס לחלק מהמרפאות ומאפשרות את פעולתן של מרפאות מסוימות אף ללא חובת רישום (כאשר מתבצעת בהן "כירורגיה זעירה" בלבד). סעיף 34(ג) לפקודת בריאות העם מגדיר "מרפאה" כך: "מקום שאיננו בית חולים הטעון רישום לפי פקודה זו, או חלק ממנו והמיועד להגשת שירותי רפואה, רפואת שיניים וסיעוד, לרבות טיפול יום וטיפול לילה, להשגחה למטרות אלה על חולים, ועל נשים בזיקה להריון". המשיבים טענו כי מרפאה מיועדת למתן טיפול רפואי ושירותי רפואי לנשים בהיריון, אך כאשר אשה כורעת ללדת – קבלתה תיעשה בבית חולים בלבד. מנגד, העותרות סברו כי המונח "בזיקה להריון" בוודאי כולל בתוכו את הלידה עצמה וכן טיפול לאחר לידה. שני הצדדים נמנעו מלהתייחס להשלכות המעשיות של שאלת הגדרתם של מרכזי הלידה הטבעית כמרפאה. במישור הפורמאלי, הבקשה לקיים דיון נוסף, ובהתאם ההחלטה לקיימו, לא נסבו על כך, ולכן אינני נדרשת להכרעה בשאלה זו במישרין. אולם, מבלי לקבוע מסמרות, ניתן לומר כי באספקלריה של המדרג המוסדי

שמייצרת פקודת בריאות העם – אופיים של מרכזי הלידה הטבעית נראה קרוב יותר למרפאות שבהן מותר לכל היותר ביצוע פעולות של כירורגיה זעירה (על-ידי גורמים המורשים לכך, כמובן), מאשר לבית חולים. הדבר אף מתיישב עם המוסבר לעיל באשר להבחנה הלשונית בפקודה בין המונח "טיפול רפואי" המופיע בסעיף 24 לפקודה לבין המונח "שירותי רפואה" המופיע בסעיף 34 והכולל, לשיטתי, מנעד רחב יותר של פעולות רפואיות שיכולות להתבצע גם מחוץ לבית חולים.

פקודת בריאות העם בראי תקופתה וסביבתה הנורמטיבית

104. ככל שיש חשיבות לבחינת הדברים בראי התקופה שבה נחקקה פקודת בריאות העם, אני סבורה שניתן ללמוד רבות דווקא מהעיון בדבר החקיקה "המשלים" שבא לעולם באותה תקופה ונוגע לענייננו – פקודת המילדות. כידוע, ככלל, במלאכת הפרשנות יש לשאוף ליצירת הרמוניה בין דינים שונים, ולא לפרשנות שיוצרת דיסהרמוניה משפטית (ראו: ע"א 3178/12 שלמי נ' מנהל מיסוי מקרקעין נתניה, פסקה 62 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (17.11.2014)). בענייננו, את ההוראות הנוגעות להסדרתן של לידות יש לקרוא יחד עם הוראותיה של פקודת המילדות, דבר החקיקה המסדיר את "מקצוע היילוד", שאף הוא נחקק בתקופת המנדט (ראו: כתבן וברטל, בעמ' 487; Eyal Katvan & Nira Bartal, *The Midwives Ordinance (Palestine, 1929): Historical Perspectives and Current Lessons*, 17 NURSING INQUIRY 165 (2010)). הדברים אמורים, כמובן, בכפוף להערתי הכללית ביחס לחקיקה המנדטורית, שהובאה לעיל.

105. עיון בפקודת המילדות מלמד כי סיוע של מיילדת ללידה מחוץ לבית חולים הוא מצב שעמד לנגד עיניו של המחוקק המנדטורי. בפרט דומה כי הוראות הפקודה מכוונות למקרה שבו המיילדת מקבלת נשים יולדות בביתה שלה – ולא בבית היולדת. כך, סעיף 12 לפקודת המילדות קובע בין היתר כי המיילדת רשאית "לסמן בשלט שעל גבי דירתה את שמה, הכשרתה ושעות הביקורים שלה"; סעיף 17 לפקודת המילדות קובע כי "פקיד משרד הבריאות המיופה לכך ע"י המנהל, רשאי להכנס בשעות המתאימות לדירתה של בעלת הרשיון או של בעלת תעודת הרישום, לשם ביקורת ופיקוח"; וסעיף 18(4) לפקודה זו קובע כי מיילדת אשר "שמה מכשולים או הפרעות על דרכו של פקיד הבא לבקר את הבית שבו היא עוסקת במקצוע... תאשם בעבירה" (כל ההדגשות הוספו – ד' ב' א'). אם כן, פקודת המילדות מלמדת על חופש העיסוק של מיילדות לממש את משלח ידן אף שלא במסגרת של בית חולים. אכן, הטענות בעניין הגבלת חופש העיסוק לא עמדו במוקד

הליך זה. אולם, חשוב לזכור את השלכת הדיון אף על זכות זו ומכל מקום לאמץ פרשנות שאינה מנוגדת לרוחה של פקודת המילדות בהקשר זה.

106. כמו כן, דומה כי פקודת המילדות עצמה מבחינה בין השירותים שמעניקות מיילדות לבין טיפול רפואי שלו עשויה להזדקק אשה יולדת – שכן הפקודה מטילה על מיילדת חובה להיזקק לשירותו של רופא בעל רישיון "בכל מקרה שנוצרו בו התנאים המצריכים עזרת רופא" (סעיף 15 לפקודת המילדות).

נהלי משרד הבריאות ועמדתו הפרשנית

107. מעבר לפירוש ההרמוני של פקודת בריאות העם בצוותא חדא עם פקודת המילדות – ראוי להתייחס גם להתאמה ולהיגיון הפנימי לנהליו של משרד הבריאות עצמו, שכמוסבר לעיל מכיר באפשרות של לידה מחוץ לבית חולים – בביתה של היולדת, בהתאם לחוזר לידות בית. למעשה, מהתמונה שנפרשה בפנינו עולה כי לידה במרכז לידה טבעית דומה הרבה יותר ללידת בית מאשר ללידה בבית חולים. ההבדל העיקרי הוא שהלידה במרכז הלידה לא תתבצע ממש בביתה של היולדת, אלא במקום אחר שנועד לספק לה אווירה ביתית ותומכת. הדעת נותנת שלא בהכרח כל אשה המעוניינת ללדת בבית יכולה לעשות זאת, מבחינת התנאים ה"טכניים" של הבית שבו היא מתגוררת, או מבחינת בני המשפחה הנוספים המתגוררים בו. בהקשר זה יש לציין כי חוזר לידות בית קובע בין היתר כי החדר בבית היולדת שבו מתוכננת להתבצע הלידה חייב להיות בגודל של לפחות 10 מ"ר, וכי בית היולדת חייב להיות במיקום המאפשר הגעה לבית חולים שבו פועל חדר לידה מאושר בתוך 30 דקות (ראו: סעיף 2.2 לחוזר לידות בית). אלה אינם תנאים המתקיימים בכל בית בישראל. הדברים אף אמורים ביתר שאת בהתחשב בכך שריכוזם הגדול של בתי חולים בישראל מצוי במרכז הארץ, בה בשעה שבצפון הארץ ובדרומה המציאות היא אחרת. מתן האפשרות ללדת גם במרכז לידה טבעית עולה אפוא בקנה אחד גם עם עקרון השוויון. אכן, גם אפשרות זו לא תבטיח שוויון מלא בנושא – בשים לב לכך שלידה במרכז לידה טבעית כרוכה בעלות מסוימת, ואף מבחינה גאוגרפית גם פעילותם של מרכזי הלידה מחייבת קרבה לבית חולים. אולם, בכל זאת מדובר בהרחבת האפשרויות העומדות בפני נשים יולדות, בהשוואה למצב שבו מותרת לידה רק בבית חולים או בבית היולדת עצמה.

108. לבסוף, יש להידרש לטענת המשיבים באשר לכך שמשרד הבריאות עצמו פירש לאורך השנים את הוראת סעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם ככזו המחייבת רישוי למרכזי לידה טבעית הפועלים מחוץ לבתי חולים. ראשית, ובמישור העובדתי, לא השתכנעתי כי

אלו הם פני הדברים. דומה כי נכון יותר לומר שמשרד הבריאות לא נדרש באופן ישיר לסוגיה זו, עד השנים האחרונות שבהן התרחבה פעילותם של מרכזים מסוג זה. למעשה, ההתייחסות הפומבית והרשמית הראשונה לכך ניתנה בשנת 2012 במסגרת חוזר לידות בית. המסמכים הנוספים שאליהם הפנו המשיבים בעניין זה היו מסמכים פנימיים שאינם קשורים במישרין לנושא של מרכזי לידה - למשל, מענה לבקשה קונקרטית מטעם מוסד רפואי שביקש לפתוח מחלקת יולדות. על כך לא ניתן לבסס טענה בדבר "פרשנות עקבית" של הדין על-ידי הרשות המינהלית (ראו והשוו: ע"א 9294/16 שמעון נ' חברת איי די איי חברה לביטוח בע"מ, פסקאות 50-55 לפסק דיני (4.2.2020) (להלן: עניין שמעון)).

109. שנית, ומכל מקום, גם אם הייתי מקבלת את עמדת המשיבים לפיה ניתן להצביע על עמדה פרשנית ברורה ועקבית שננקטה ביחס לשאלה שפנינו – איני סבורה שהיה מקום לייחס לה משקל מכריע. מושכלות יסוד הן כי הפרשן המוסמך של דבר חקיקה ראשית הוא לעולם בית המשפט. עמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית בהקשר זה היא אמנם נתון רלוונטי שבית המשפט משווה לנגד עיניו, אולם אין לה משקל מכריע (ראו: רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 501 (1994); רע"א 2453/13 עמר נ' עיריית חדרה, פסקה 14 (14.4.2015); בג"ץ 4386/16 מדיו נ' נציבות בתי הסוהר, פסקה פ"ט (13.6.2017); עניין שמעון, בפסקה 49 לפסק דיני. כן ראו והשוו לרע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (31.5.2018), שאינו חל במישרין על מקרה מן הסוג דנן, ומכל מקום הדיון הנוסף בו תלוי ועומד בפני הרכב מורחב אחר של בית משפט זה).

110. עד כאן עיקריו של הדיון הפרשני. לשיטתי, הוא מוביל לתוצאה שונה מזו שאליה הגיעה דעת הרוב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. בשלב זה, ובטרם סיום, אבקש להוסיף עוד מספר הערות שלשיטתי מחזקות את המסקנה שאליה הגעתי.

מה ניתן ללמוד מן המשפט ההשוואתי?

111. ראוי לפתוח את הדיון ההשוואתי באופן שבו בחרו המשיבים להציג את הלקחים העולים מפנייה לניסיונן של מדינות אחרות. וכך נכתב בטיעוניהם:

> "ברוב מדינות המערב פעילותם של מקומות העוסקים בקבלת לידה כפופה למשטר אסדרתי".

דומה שבכך אפשר היה אף לסיים, כאשר המסקנה העולה מן הדברים הפוכה לזו שביקשו המשיבים לגזור ממנה. העמדה שביקשו המשיבים לקדם היא איסור מוחלט על הפעלתם של מרכזי לידה טבעית, להבדיל מאסדרה שלהם. אולם, כפי שעולה מהמצב

המשפטי במדינות אחרות, אסדרה – אינה בהכרח איסור. אדרבה – העיון בטיעוני הצדדים בהקשר זה מלמד כי התופעה של מרכזי לידה טבעיים מוכרת בעולם, ואינה בגדר "המצאה" מקומית.

112. עיון מעמיק יותר במשפט ההשוואתי, שלא נעשה על-ידי הצדדים, מלמד על שינויים חקיקתיים ורפורמות תדירות בתחום זה. במלים אחרות, האסדרה בתחום, ובכלל זה קביעת מגבלות או הנחיות ביחס לפעילותם של מרכזי לידה טבעית, אינה נעשית בדרך של פרשנות של דברי חקיקה שנחקקו בתקופות שבהן הידע הרפואי והרקע החברתי היו שונים, כפי שביקש משרד הבריאות לעשות במקרה שבפנינו. למעלה מן הצורך, אציג כמה דוגמאות לאופן שבו נדרשו מדינות שונות לנושא.

113. בהתחשב במקורה של פקודת בריאות העם בתקופת המנדט הבריטי בארץ ישראל, מעניין לפתוח בהפניה לקשת הרחבה של אפשרויות לידה שמעמידים שירותי הבריאות הלאומיים של בריטניה – ה-National Health Services או בשמם הקצר ה-NHS. על-פי פרסום המופיע באתר האינטרנט של שירותים אלה, תחת הכותרת "Where to give birth: the options" מובא מידע ביחס לכל אפשרויות הלידה במדינה – ואלה כוללות לידה בבית חולים, לידה בבית, לידה במרכז לידה טבעית המסונף לבית חולים ולידה במרכז לידה טבעית עצמאי. ביחס לכל אחת מאפשרויות אלה מוצגים מכלול השיקולים שעל האשה ההרה לשקול – מה עשויים להיות היתרונות בבחירה, ומהם הסיכונים או המגבלות הכרוכים בה.

114. בארצות הברית, האסדרה של אפשרויות הלידה השונות נעשית על בסיס מדינתי, ומטבע הדברים ההסדרים בנושא אינם אחידים. יחד עם זאת, אפשר בהחלט להצביע על כך שמרכזי לידה טבעית פועלים בארצות הברית, ודווקא השונות הקיימת בין המדינות מלמדת כי אין מדובר בתחום שבו התשובה מובנת מאליה (ראו: Katherine Beckett & Brice Hoffman, *Challenging Medicine, Resistance, and the Cultural Politics of Childbirth*, 39 L. & SOC. REV. 125 (2005)).

115. גם כאשר פונים למערכות המשפט של מדינות אירופה האחרות ניתן להצביע על מנעד של גישות. גם בהולנד, למשל, מרכזי לידה טבעית הפועלים באופן עצמאי, ללא שיתוף פעולה עם בית חולים, הם מודל מקובל (ראו למשל: M.A.A. Hermus & Others, *Defining and Describing Birth Centers in the Netherlands – A Component Study of the Dutch Birth Centre Study*, 17 BMC PREGNANCY & CHILDBIRTH 210 (2017)).

116. מעניין להתייחס, הגם שהמשיבים עצמם לא עשו כן, להסדרים העדכניים האוסרים על לידות בית בצ׳כיה וליטא, שהיו נושא לעתירות שהוגשו לבית הדין האירופי לזכויות אדם. בפסקי הדין שניתנו בשני המקרים – בעניין *Dubska and Krejzova v. The Czech Republic* (28859/11 and 28643/12, 15 November 2016) ובעניין *Kosaite-Cypiene v. Lithuania* (69489/12, 4 June 2019) – דחה בית הדין האירופי לזכויות אדם את העתירות. אולם, פסקי הדין שניתנו מלמדים על הכרה רחבה בלידות מחוץ לבתי חולים במדינות אירופאיות אחרות. זאת ועוד: פסקי הדין שניתנו במקרים אלה התייחסו ללידות בית כאל מסגרת שכרוכה בסיכון דווקא בשל העדרה של תשתית וציוד מתאימים. על דרך ההשוואה, עמדתו של משרד הבריאות דווקא משלימה עם לידות בית ולעומת זאת אוסרת על לידה מחוץ לבית חולים במקומות שלכאורה ערוכים ללידה במתכונת לוגיסטית טובה יותר. מכל מקום, ראוי גם לחזור ולהדגיש כי האיסור שהוטל במדינות אלה מעוגן בהסדר חקיקתי עדכני ומפורש, בשונה מהחקיקה שבה ביקשו המשיבים לתמוך את עמדתם במקרה זה.

117. אם כן, מבחינתי, נקודת הסיום של העיון ההשוואתי מצויה בנקודת ההתחלה שלו. דווקא השונות הגדולה וההידרשות החקיקתית העדכנית והמורכבת לנושא זה, לצד אסדרה משנית בנהלים והנחיות מינהליות במדינות מסוימות, מחדדת את הקושי הטבוע באסדרה שסומכת עצמה על דבר חקיקה ישן ולא מפורש דיו, שמלכתחילה לא נועד לטפל בסוגיה שבפנינו.

בין סמכות לשיקול דעת: על סיכונים ונתונים

118. לא ניתן לסכם את הדיון מבלי להתייחס לטענות שחזרו ונשזרו בעמדת המשיבים בדבר הסיכונים הבריאותיים ליולדת וליילוד כאשר הלידה מתבצעת מחוץ לבית החולים. במידה רבה, זהו הטעם המוצהר שעמד ביסוד מדיניותם של המשיבים בהליך דנן. אינני מקלה ראש בעניין זה כלל ועיקר. אין ספק כי ההגנה על בריאותם ושלמות גופם של נשים יולדות ושל יילודים היא חשובה לאין שיעור. יחד עם זאת, ראוי להבהיר כי הטענות בעניין זה נדונו בפסק הדין מושא הדיון הנוסף במסגרת הדיון שנערך במישור שיקול הדעת שהפעילו המשיבים, ולא במישור הסמכות. במלים אחרות: אם הדין אינו מקנה למשרד הבריאות סמכות לשלול כליל את פעילותם של מרכזי הלידה הטבעית – אין בטענות בדבר סיכון בריאותי כדי להקנות למשרד הבריאות סמכות זו יש מאין.

119. לגוף הדברים, חשוב להוסיף כי לאמיתו של דבר לא עלה בידיהם של המשיבים להציג נתונים משכנעים וברורים להצדקת שלילה גורפת של פעילותם של מרכזי לידה טבעית. הדברים אמורים אף בשים לב לקיומם של מרכזי לידה כאלה במדינות אחרות.

120. אם כן, המענה לטענות בעניין סיכונים בריאותיים צריך להתבטא באסדרה ופיקוח ראויים על פעילותם של מרכזי הלידה הטבעית. להתייחסות לכך אעבור כעת.

הכל או כלום? – מאיסור לאסדרה

121. בשלב זה חשוב לומר בבירור: המסקנה כי הדין הקיים אינו מקנה למשרד הבריאות סמכות לאסור באופן גורף על פעילותם של מרכזי לידה טבעית אין משמעותה כי למשרד הבריאות אין סמכות לפקח על פעילותם של מרכזים אלה. אדרבה – פיקוח כאמור, תוך קביעת כללים וסטנדרטים להפעלתם ולניהולם של מרכזי הלידה – הוא רצוי ואף הכרחי. הוא אפשרי קודם כול בהתאם להוראות סעיף 19 לפקודת המילדות, המקנה למנהל, באישורו של שר הבריאות, להתקין תקנות בשורה ארוכה של נושאים, ביניהם "הפיקוח על מקצוע היילוד, צמצומו בגבולות הדרושים והסדרתו". דומה כי זו אף עמדת העותרות, אשר טענו כי החילו על עצמן (לכאורה באופן וולונטרי) את הוראות חוזר לידה טבעית של משרד הבריאות, בהיעדר הנחיות קונקרטיות לפעילותם של מרכזי הלידה הטבעית. לעומת זאת, המשיבים הציגו לאורך ההליך כולו עמדה של "הכל או כלום" – וטענו כי אם נקבל את עמדת העותרות, יכלו כל הקצין ולא תהיה עוד אפשרות לפקח על פעילותם של מרכזי הלידה הטבעית. טענה זו אין בידי לקבל. למשרד הבריאות נתונים כלים רבים – מידתיים יותר – לפיקוח על מרכזי הלידה הטבעית הפועלים בישראל, באופן שיבטיח איזון ראוי בין חופש הבחירה של נשים יולדות לבין האינטרס החשוב של הגנה על בריאותן. אזכיר בהקשר זה גם את האפשרות הקיימת לכאורה לבחון את התאמת הדין הנוגע לרישוי מרכזי הלידה הטבעית כ"מרפאות" (בין כאלה שטעונות רישום ובין כאלה שאינן טעונות רישום). כפי שכבר צוין, עניין זה לא התברר די צורכו בטיעוני הצדדים. חשוב אף יותר: משרד הבריאות לא הצביע על כך שבחן אפשרות זו.

122. במסגרת האסדרה שעליה יוחלט, ובדומה לכללים שקבע משרד הבריאות ביחס ללידות בית, יהיה צורך להבהיר מהם תנאי הרקע המאפשרים לידה במרכז לידה טבעית – מבחינת מאפייני הרקע הבריאותי של הנשים ההרות וגורמי סיכון. כמו כן, בשים לב לכך שההבחנה בין לידה בבית חולים לבין לידה במרכז לידה טבעית מבוססת על כך שבמרכזי לידה טבעית אין מספקים טיפול רפואי – הרגולציה של מרכזים אלה תצטרך לכלול התייחסות לכך. במלים אחרות, על כל מרכז לידה טבעית יהיה לציין באותיות

קידוש לבנה – בפרסומיו השונים ואף בכניסה למקום עצמו – שהוא לא בית חולים ולא ניתן בו טיפול רפואי (ראו והשוו: עניין גיני, פסקה 27 לפסק דינה של הנשיאה נאור). זאת, על מנת שכל אשה המתלבטת האם ללדת במרכז לידה טבעית או בבית חולים תהיה מודעת היטב להבדלים בין האפשרויות העומדות בפניה, כך שתוכל לקבל החלטה מושכלת ואוטונומית.

123. אף אין צריך לומר כי כל סטייה מהוראות שיינתנו כדין על-ידי משרד הבריאות בכל הנוגע למגבלות החלות על שירותי לידה מחוץ לבתי חולים – תוכל להיאכף ואף להוביל לנקיטת צעדי משמעת מתאימים על-פי הסמכות המוקנית למשיבים (ראו: סעיף 7 לפקודת המילדות; סעיף 41 לפקודת הרופאים. כן ראו: רע"א 6064/18 הלוי נ' ועדה לפי סעיף 44א לפקודת הרופאים (28.8.2018); רע"א 2755/19 ועדה לפי סעיף 44א לפקודת הרופאים נ' הלוי (2.5.2019)).

124. בשולי הדברים אפשר לציין, כי ההיחשפות להתפשטותו של נגיף הקורונה חשפה פרספקטיבה נוספת על חשיבותה של הבחירה בכל הנוגע למתכונת הלידה. דווקא בתקופה זו פנייה לבית חולים לא הייתה בהכרח בחירה אופטימלית מבחינתה של יולדת בריאה בהיריון בסיכון נמוך. הדברים נאמרים מבלי לנקוט עמדה, אלא רק כדי להדגים מזווית נוספת את מהותו של נושא המחלוקת – הכוח לבחור.

לפני חתימה

125. בשלב זה הגיעה לעיוני חוות דעתו של חברי השופט סולברג, הסבור שאת מרכזי הלידה אין לסווג כ"בתי חולים", אלא אם יתקיים מאפיין נוסף, הוא האשפוז הרפואי. חברי הוסיף והסביר כי לשיטתו על משרד הבריאות להוסיף ולבחון שמא יש להכפיף את מרכזי הלידה לרגולציה שחלה על מרפאות. אני מבקשת להדגיש כי כאמור בפסקה 103 לעיל אף אני סבורה שעל משרד הבריאות לבחון אפשרות זו, מבלי לנקוט עמדה קונקרטית באשר ליסודות ההגדרה של "מרפאה", נושא שהצדדים לא טענו לגביו בפנינו בהרחבה. לשיטתי, מרכזי הלידה נראים כמתאימים לכאורה להיות מוכרים כ"מרפאות", אך לאו דווקא על בסיס קביעה החלטית שהטיפול שניתן בהן אינו כולל לעולם אשפוז, סוגיה מקצועית שבה לא שמענו טיעונים, ולא כל שכן בהתחשב במגוון של דפוסי האשפוז המוכרים כיום (לרבות "אשפוז יום" ו"אשפוז בית"). כמו כן אחזור ואזכיר, כי אסדרתן של מרפאות שונות היא מורכבת כשלעצמה, כתלות בסוג הפעולות המבוצעות בהן (כמפורט בין היתר בפסקה 96 לעיל). מנקודת מבטי, החשוב הוא שמרכזי הלידה

הטבעית שעניינם נדון בפנינו אינם "בתי חולים" ולפיכך אינם נדרשים לרישוי מסוג זה על מנת לפעול. ובאשר לכל השאר – יש לומר למשרד הבריאות: ואידך זיל גמור.

סוף דבר

126. אם כן, אציע לחבריי לקבל את העתירה לדיון נוסף ולקבוע כי הדין הקיים אינו מקנה למשרד הבריאות סמכות לאסור על פעילותם של מרכזי לידה טבעית. למען הסר ספק, אציע להוסיף ולקבוע כי עד שיקבע משרד הבריאות הנחיות קונקרטיות לאסדרתם של מרכזי הלידה הטבעית (או עד שתתקבל חקיקה בנושא), יחולו על מרכזים אלה הוראותיו של חוזר לידות בית. כמו כן, אציע לבטל את הוצאות המשפט שנפסקו לחובת העותרות בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, ולחייב את המשיבים בהוצאותיהן בהליך דנן בסך של 15,000 שקלים. המשיבים אף ישיבו את הוצאות המשפט שבהן חויבו בעלות הדין בהליך מושא הדיון הנוסף שלא הצטרפו להליך דנן.

127. הדיון בהליך זה היה שזור במודעות לסיכונים המשמעותיים שעלולים להילוות ללידה, ברוח הפסוק "בעצב תלדי בנים" (בראשית ג 16). רחל אמנו מתה בתום תהליך לידה קשה, שבו נעזרה כאמור במיילדת. אולם, זהו רק חלקו האחד של הסיפור. לידה היא גם אירוע אישי המלווה לרוב בשמחה ובתחושת הגשמה. גם תובנה זו צריכה לשרות על הדיון.

128. משחר ההיסטוריה נשים סייעו זו לזו בהיערכות ללידה ובתהליך הלידה עצמו. בפתח דבריי הזכרתי, בין היתר, גם את סיפורן של המיילדות העבריות במצרים, המתוארות לא רק כבעלות מקצוע אלא גם כגיבורות. זהו המקום שאבקש גם לסיים בו. לידות יכולות להתקיים גם במתכונת שאינה נשלטת רק על-ידי נקודת המבט הרפואית. דברים אלה לא נועדו "לחגוג" בהכרח את הלידה הטבעית, כשם שלא באו להסתייג ממנה. הם מבקשים לבטא את מציאות החיים. בשלב זה לא יכול להיות ספק באשר לצורך בפיקוח על עריכת לידות. משמעותו של פיקוח זה במקרים רבים היא הצלת חיים – הן של הנשים היולדות והן של יילודים. אולם: פיקוח – לחוד, ניכוס בלעדי של הלידה לתחום החולי והרפואה – לחוד.

ש ו פ ט ת

<u>השופט י' אלרון:</u>

1. קראתי את חוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז, ודעתי – כפי שהובעה גם בפסק דיני מושא הדיון הנוסף, אליה הצטרף השופט נ' סולברג כנגד דעתו החולקת של השופט ע' גרוסקופף – שונה.

2. השאלה המשפטית הניצבת להכרעתנו היא אם מרכזי לידה טבעית – כדוגמת המרכז שמפעילות המבקשות 2 ו-3 (להלן: המבקשות) – מחויבים בקבלת רישיון ואישור להפעלתו של "בית חולים", בהתאם לסעיף 24 לפקודת בריאות העם, 1940 (להלן: הפקודה או פקודת בריאות העם).

שאלה זו היא מצומצמת מזו שעמדה במוקד העתירה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. איננו עוסקים עוד בשאלת אופן הפעלת שיקול הדעת המינהלי של משרד הבריאות עת הורה למבקשות לחדול לאלתר מפעילות מיילדותית במרכז הלידה הטבעית שניהלו, ובשאלת סבירות הוראה זו. תחומים אנו למישור הסמכות בלבד, ונדרשים אנו להכריע בשאלה האם חרג משרד הבריאות מסמכותו כאשר התנה את פעילות מרכזי הלידה הטבעית שבהם ניתן טיפול וליווי על ידי רופאות ואחיות במהלך הלידה ולאחריה באישור ורישום כבית חולים.

הכפפת מרכזי לידה לאסדרה החלה על בתי חולים

3. כאמור בחוות דעתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, אני סבור כי סעיפים 24 ו-25 לפקודת בריאות העם קובעים כי אין להקים מרכז רפואי לקבלת נשים יולדות בלא קבלת אישור להקמת בית חולים וללא רישום מתאים.

סעיפים אלו מסדירים בין היתר את התנאים והאישורים הנחוצים להקמת מוסדות רפואיים שונים – ובהם "בית חולים" ו"מרפאה"; תוך שסעיף 24(ב) לפקודה קובע כי כל בניין המשמש לקבלת נשים יולדות לשם מתן טיפול רפואי יסווג כ"בית חולים":

> "לצרכי חלק זה יכלול המונח 'בית חולים' כל בית חולים, מבראה בית מרפא וכל בנין המשמש, או מכוון לשמש, לקבל אנשים הסובלים מכל חולי, פצע, ליקוי גופני או רוחני ולקבלת נשים יולדות, כדי לטפל באנשים טיפול רפואי, בין שניתן או הובטח ובין שלא ניתן או הובטח שכר או תשלום ע"י כל אדם שנתקבל שם כנ"ל" (ההדגשה הוספה – י' א').

בהתאם לכך, מרכזי לידה המעניקים טיפול רפואי לנשים יולדות כפופים לאסדרה החלה על בתי חולים על פי הוראות חלק ד לפקודת בריאות העם.

בכלל זה, סעיף 24א(1) לפקודת בריאות העם מורה:

> "לא יקים אדם בית חולים אלא אם כן קיבל אישור לכך, מראש, מאת המנהל".

וסעיף 25(א) מוסיף ומורה:

> "לא יפתח אדם מוסד רפואי, לא יפעילו ולא ינהלו, אלא אם כן נרשם בידי המנהל בהתאם להוראות פקודה זו והתקנות לפיה".

השאלה העיקרית אפוא שבמוקד ההליך דנן – כמו גם בפסק הדין מושא הדיון הנוסף – היא אם מרכזי הלידה הטבעית אכן מעניקים "טיפול רפואי", ועל כן הקמתם דורשת אישור להקמת בית חולים ורישום מתאים.

חברתי השופטת ברק-ארז סבורה כי "לידה ... היא במהותה הליך טבעי היכול להתבצע גם ללא כל מעורבות רפואית"; ועל כן על דרך הכלל, הטיפול הנלווה אליה אינו כולל "טיפול רפואי", אלא אם חל סיבוך רפואי, ניתנת זריקת אפידורל או תרופה לזירוז הלידה, או שהלידה מתרחשת בדרך של "ניתוח קיסרי". על כן, לשיטתה, אין בהוראות פקודת בריאות העם כדי ללמד כי הקמה והפעלת מרכז טבעי דורשת אישור להקמת בית חולים ואת רישומו ככזה.

4. אולם, קביעה זו של חברתי מתעלמת מכך שבמסגרת מרכזי הלידה הטבעית שבמוקד ההליך דנן פועלים רופאים ואחיות מוסמכות המבקשים להעניק ליולדות את תחושת הביטחון כי לידתן תתבצע בפיקוחם, וכי במקרה הצורך יינתן להן השירות הרפואי המתאים. בפרט, המבקשות הפעילו את מרכז הלידה הטבעית בהתבסס על הסמכתן והכשרתן הרפואית בתחום המיילדות, תוך שהדגישו בפרסומיהן את מומחיותן המקצועית ונסיונן הרב בתחום (ראו לענין זה למשל את פרטי הכשרתן של המבקשות, כפי שתוארו באתר האינטרנט של המרכז שהפעילו (מש/9)).

זאת ועוד, כעולה מממצאי הביקור שנערך במרכז על ידי נציגי משרד הבריאות ביום 23.3.2017, שבהם תוארו מחדלים משמעותיים באופן ניהול המרכז, המבקשות

הצהירו על בדיקות רפואיות שונות שהן עורכות ליולדות, ובכלל זה מעקב לחץ דם, דופק עובר, הערכת משקל, שקילת התינוק ומתן ויטמין K, וכן על עריכת תיעוד רפואי של כל מהלך הלידה. במקרה הצורך, המבקשות אף מגישות עזרה ראשונה ליולדת וליילוד. לשם כך, מחזיקות המבקשות במרכז ציוד רפואי הכולל בין היתר מד חום למדידת טמפרטורת החדר, מכשיר דופלר, מד לחץ דם, "סקשן פה", ערכה לניתוק חבל הטבור, בלוני חמצן, מקרר עם תרופות, ובין היתר פיטוצין, מתרגין ואדרנלין.

במהלך הדיון הנוסף שהתקיים לפנינו, אף באת כוח המבקשות הכירה בכך שניתור במוניטור של יולדת בעת הגעתה ללידה הינו אחד מבין "פרוצדורות רפואיות שעולות כדי טיפול רפואי" (עמ' 7 לפרוטוקול). דומה אפוא כי אף לשיטתה לכל הפחות חלק מהליווי שניתן ליולדות במרכז שהופעל על ידי המבקשות מהווה טיפול רפואי.

כפי שציינה חברתי, עיון בהוראות פקודת בריאות העם מלמד כי "במישור הלשוני ... המונח 'טיפול רפואי' מכוון בעיקר לפעולה רפואית המבוצעת על-ידי רופא או רפואה" (פסקה 81 לחוות דעתה). בהתאם לכך, לגישתי, גורם רפואי מוסמך המלווה את הלידה, תוך עריכת בדיקות שגרתיות ליולדת, במרכז שיועד לשם כך, נחשב כמי שמעניק טיפול רפואי ליולדת. כך במיוחד כאשר אותו גורם רפואי מוכשר ונכון להעניק טיפול דחוף במקרה הצורך.

יפים לעניין זה הדברים שאמרה ד"ר שגית אלון-ארבל, ראש אגף התכנון במשרד הבריאות, בדיון שהתקיים בהליך שעליו נסוב הדיון הנוסף דנן:

> "גם לידה בסיכון נמוך יש בה אפשרות למשל לצורך בתפר לאחר לידה, על כל אלה אני סבורה שאין חולק. הסיכון הכי נמוך, מי שמיועד למרכזי לידה טבעית או בלידות בית יכולים להסתייע, בדיקה ווגינלית לעניות דעתי מבוצעת על ידי מורשים על כך. הפיקוח על הלידה, מדובר על פיקוח כחלק מעבודה רפואית. אם לא? אני תוהה מהו חלק נכבד ממה שאנו עושים. ... עצם הפיקוח הליווי בעיניי להבנתי המקצועית ללא ספק מדובר בטיפול רפואי. האם אנשים לא מתים באופן טבעי? הם מתים באופן טבעי. האם אתה לידם מפקח? נמצא. אי אפשר לבודד את הפיקוח מתוך הסיוע ללידה, התהליך להבנתי המקצועית ולתפיסת עולמי הוא טיפול רפואי" (עמ' 7–8 לפרוטוקול הדיון).

5. לנוכח כל האמור, קבעתי בפסק דיני – ועל קביעה זו אני עומד גם כעת – כי אין ממש בטענה לפיה מרכזי לידה טבעית המופעלים על ידי אנשי רפואה, כגון זה שהפעילו

המבקשות, אינו מעניק "טיפול רפואי" ליולדות, כמשמעותו בסעיף 24(ב) לפקודה, ודי בהסמכה הקבועה בפקודה כדי לאפשר למשיבים להכפיפו לדרישה בדבר קבלת אישור להקמת בית חולים ורישום מתאים.

יוער, המאפיינים הרפואיים הנלווים למרכזי לידה טבעית – ובהם מתן שירות רפואי על ידי רופאות ואחיות במקרים שבהם ארע סיבוך בלידה – אינם ייחודיים למרכז אותו הפעילו המבקשות. כך למשל, בבג"ץ 7882/18 ג'האדה דולה נ' שר הבריאות (28.5.2019), אשר עסק בפעילותו של מרכז לידה טבעית אחר, צוין:

> "במסגרת פרסומי המרכז מצוין כי במקום לא ניתן פיקוח רפואי, למעט במצבים של פיקוח נפש. כלומר, מובהר לציבור היולדות כי במסגרת מרכז הלידה יעמוד לשירותן סיוע רפואי במקרים דחופים. בנסיבות העניין אפוא, כאשר החשד לקבלת לידות במקום על אף התוויות רפואיות ברורות שלא לקבלן מחוץ לכתלי בית חולים רובץ על מרכז הלידה, מבלי שהוצגה כל תשתית התומכת בטענה כי נעשו שינויים במקום, ואף מובהר ליולדות – גם אם תחת הסתייגות – כי במקום קיים "פיקוח רפואי" מסוים (למצבי פיקוח נפש כאמור), לא ניתן לקבל את הטענה כי במקום לא ניתן עוד 'טיפול רפואי'" (שם, בפסקה 24. ההדגשה במקור – י' א').

6. מסקנתי נותרה אפוא כשהייתה: לשון הפקודה ברורה וחד משמעית, ומלמדת כי מרכזי לידה טבעית, שהם מוסדות לקבלת נשים יולדות בעת לידתן, המעניקים סיוע וטיפול רפואי ליולדות, עונים להגדרת המונח "בית חולים" בפקודת בריאות העם, לאור הוראותיה הברורות של הפקודה אשר לטעמי אינן משתמעות לשני פנים.

חברתי השופטת ברק-ארז סבורה כאמור אחרת, ועל כן בהיעדר פרשנות ברורה למונח "טיפול רפואי" סבורה כי אין בפקודה הסמכה מפורשת מספיק כדי להכפיף את מרכזי הלידה הטבעית לאסדרה החלה לגבי בתי חולים – וזאת בשים לב לפגיעה החמורה שאסדרה זו גורמת לשיטתה לזכות האישה לאוטונומיה על גופה.

לגישתי, התמקדות חברתי במסגרת ההליך דנן בפגיעה באוטונומיה של היולדות – ולא בחופש העיסוק של נותני שירותים וטיפולים רפואיים אלו, כגון המבקשות בהליך שלפנינו – אינה מובנת מאליה. אם גישתה זו תתקבל, יש בה לטעמי כדי להשליך על אסדרתם של תחומים רבים, שבהם האסדרה נועדה להגן על הצרכן – ולהביא להגבלה משמעותית של סמכות רשויות המנהל להביא לאסדרת תחומי מסחר ושירותים מגוונים.

7. לא פעם חלה אסדרה על ענפי שירות ומסחר שונים, והעוסקים בהם הם אלו המלינים על הפגיעה שנגרמת לצרכניהם. אולם ככלל, הפגיעה באוטונומיה של הצרכנים לצרוך מוצר או שירות העלול להזיק להם לא מקבלת מקום משמעותי בפסיקותיו של בית משפט זה; כי אם הפגיעה בחופש העיסוק של נותני השירות (ראו למשל, בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית (6.6.2016); בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות נ' משרד הבריאות (3.7.2013); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235 (2002). ראו והשוו גם לדיון בדנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (12.9.2017), שם דעת הרוב אומנם העניקה משקל משמעותי יחסית לחופש הבחירה של הצרכנים אך לא במידה שהביאה לביטול התנאים למתן היתר להצגת המזון במסעדה ככשר).

המשקל המצומצם יחסית שניתן בפסיקותיו של בית משפט זה העוסקות ברישוי ואסדרה של ענפי סחר ושירות לחופש של הצרכן ליטול על עצמו סיכון, הנגזר לכאורה מהזכות לאוטונומיה, עולה בקנה אחד עם ההשקפה שלפיה הגבלת חירותו של אדם לשם הגנה עליו ועל התלויים בו עשויה לעיתים בהחלט להיות מוצדקת, מוסרית ויעילה. השקפה זו מעוגנת במגוון הסדרים משפטיים בישראל, אשר ניתן לכנותם כהסדרים פטרנליסטיים. כפי שנקבע זה מכבר:

> "הפטרנליזם החברתי כוחו רב עמו ... נאמר אפוא ואל נכחד, לא מעצמנו ולא מזולתנו: מהלכים אנו בממלכת הפטרנליזם החברתי – נזכור ונדע כי מושג הפטרנליזם החברתי אינו משמיע תמיד שלילה ואין הוא בהכרח ביטוי של גנאי – והשאלה אינה אלא עד היכן נרחיק ללכת" (בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 696 (1997)).

8. זאת ועוד, במקרה דנן – כבמקרים רבים אחרים שבהם המאסדר מצמצם את המגוון העומד לרשות הצרכן כחלק מאסדרה שנועדה להגן על הצרכן – האסדרה אינה פוגעת באופן ישיר באוטונומיה של נשים ללדת היכן שהן חפצות בכך. האסדרה לא חלה על היולדות עצמן, כי אם על נותני השירות או הטיפול הרפואי; וקיימת ליולדות אפשרות לשכור שירותי עזר לצורך "לידות בית" בהתאם להנחיות משרד הבריאות, או לחילופין, לבחון לפנות לחדרי לידה טבעית בבתי החולים – שם תוכלנה היולדות להיעזר בשירותי הרפואה המוצעים בבית החולים אם תזדקקנה לכך.

בהקשר זה, ראוי להדגיש כי לפי עמדת ארגון המיילדות בישראל שצורפה לתשובת המשיבים בהליך זה, בגדרה צוין כי "בכל אחד מחדרי הלידה בארץ ניתן לקיים ולנהל לידה טבעית" (מש/13); וכי בהתאם לאמור בעמדת האיגוד הישראלי למיילדות וגינקולוגיה, "המגמה בארץ ובעולם ... הינה פתיחה של מרכזי לידה טבעית במסגרת בתי החולים וכבר כיום יש בארץ 9 בתי חולים בהם הדבר נעשה" (מש/14).

9. אומנם, כפועל יוצא, יש באסדרה הנוכחית של שירותים וטיפולים רפואיים הניתנים במרכזי לידה, הקובעת כי אלו יתאפשרו בבתי חולים בלבד, כדי להגביל את החופש של יולדות ללדת במרכזים פרטיים שאינם ממוקמים בבתי חולים. אולם, מגבלה זו היא חלקית, וכפי שנקבע זה מכבר:

> "הגנה על אוטונומיה אישית אין משמעה מתן הזדמנות לבטא כל רצון שקיים לו לאזרח, רק משום שמצוי בידו הממון לשלם בעבור מימוש רצון זה" (בג"ץ 4253/02 ראש עיריית טבריה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס"ג(2) 86, 160 (2002)).

לגישתי, כפי שבחירת רופא מנתח אינה "כלי לביטוי האוטונומיה האישית המוגנת בחוק היסוד" (שם), ספק אם יש לראות בבחירה ללדת דווקא במרכז לידה פרטי שאינו בית חולים, תוך סיכון היולדת והיילוד, כמימוש זכות היסוד לאוטונומיה המוגנת על פי דין.

בהקשר זה, יודגש כי מחוות דעתו של פרופ' אריה הרמן, ששימש בעברו בין היתר כיו"ר האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה, אשר צורפה לתגובת המשיבים לבקשה דנן, צוין כי בהשוואה ללידות המתקיימות בין כותלי בתי החולים, שיעור התמותה של ילודים בלידות בית בישראל "נחשב לשיעור גבוה ביותר בהתחשב בעובדה שמדובר בלידות בסיכון נמוך" (עמ' 12 לחוות הדעת). לא בכדי אפוא הודגש כבר בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 2000/14 "לידות בית" (13.11.2000), כי:

> "במקרים מסוימים נמסר למשרדנו על נזקים שנגרמו ליולדות וליילודים עקב לידות [בית – י'א'] ... עמדת משרד הבריאות היא כי מבחינה רפואית יש להעדיף ביצוע לידות בחדרי לידה בבתי חולים מוכרים ומורשים. רק לידה בבית חולים יכולה להבטיח השגחה וטיפול רפואי וסיעודי מיטבי ליולדת וליילוד" (ראו גם חוזר מינהל הרפואה 17/2012 "לידות בית" (24.5.2012)).

כפי שהדגישו המשיבים בפנינו, האסדרה האמורה נועדה, בין היתר, למנוע מהיולדות להתרשם מפרסומי מרכזי הלידה כי הסיכון הכרוך בלידה טבעית ב"בית יולדות", כגון זה שהפעילו המבקשות, כביכול אינו משמעותי – ובכך גם להגן על היילודים. בהקשר לחשש ממצגי שווא וטעויות באשר להשלכות הלידה מחוץ לבית החולים, יצוין כי בעמדת האיגוד הישראלי למיילדות ולגינקולוגיה נטען כי:

> "לא מעט יולדות בית נדהמו לגלות בדיעבד, שהליך הלידה שלהן היה ללא כיסוי ביטוחי כל שהוא, מבלי שניתן להן גילוי נאות לגבי עובדה קריטית זו טרם הלידה" (מש/14).

10. הנה כי כן, האיסור על הקמת מרכזי לידה מחוץ לבתי החולים אינו מגביל באופן ישיר את האוטונומיה של נשים לבחור היכן ללדת, ואף לשכור לשם כך שירות או טיפול רפואי – ובלבד שהדבר לא נעשה במקום קבע המיועד לכך מחוץ לבית החולים. הלכה למעשה, איסור זה אין בו אלא כדי למנוע תמריץ להקמת מרכזי לידה אשר יביא להגדלת היקף הלידות מחוץ לבתי החולים, לנוכח הסיכון הכרוך בכך.

משכך, ספק בעיני אם יש לראות באסדרה האמורה משום פגיעה בזכות היולדות לאוטונומיה; ומכל מקום, ודאי שההיא אינה פוגעת בליבת זכות זו.

11. לצד זאת, אין חולק כי הדרישה לקבלת אישור הקמת בית חולים ולרישום מגבילה את אפשרותם של אלו המעוניינים להעניק שירות או טיפול רפואי בלידה – ובהם המבקשות – להקים מרכזי לידה למתן שירותים וטיפולים אלו, ובכך היא פוגעת בחופש העיסוק שלהם. אולם, בשים לב לאפשרות העומדת בפניהם להעניק את שירותיהם בלידות בית ובבתי חולים, הרי שמגבלה זו מסיבה פגיעה חלקית בלבד בזכות זו (ראו למשל בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות נ' משרד הבריאות, פסקה 9 (3.7.2013)).

מכל מקום, חרף העובדה כי המבקשות בהליך דנן אינן נשים המבקשות ללדת במרכזי לידה טבעית – כי אם מפעילותיו של מרכז לידה מסוג זה – הטענה בדבר הפגיעה בחופש העיסוק שלהן לא עמדה במוקד העתירות.

12. הנה כי כן, על הפרק פגיעה מצומצמת יחסית בחופש העיסוק של גורמי רפואה המבקשים להעניק את שירותיהם ליולדות ב"מרכז לידה" שאינו בית חולים, לצד פגיעה אפשרית בשולי זכות היולדות לאוטונומיה. כפי שהדגישה חברתי, מובן כי פגיעה כגון זו בזכויות יסוד – אף אם היא חלקית בלבד – מחייבת הסמכה בחוק, אולם כידוע:

> "ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תפחת, כך יקטן גם הצורך בעמידה דווקנית על הדרישה בדבר ההסמכה המפורשת, וניתן יהיה להסתפק בלשון מרוככת יותר ואף בבחינת התכלית הפרטיקולרית של דבר החקיקה המסמיך" (דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, 65–66 (2009)).

בהתאם לכך, ולאור הפגיעה המצומצמת יחסית בזכויות היסוד לחופש העיסוק ובזכות לאוטונומיה, הנלווית להכפפת מרכזי לידה המעניקים שירותים או טיפולים רפואיים ליולדות כפופים לקבלת אישור להקמת "בית חולים" ולרישום – איני סבור כי יש לעמוד באופן דווקני על דרישת ההסמכה המפורשת לשם כך (ראו והשוו לרע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל, פסקאות 58–59 חוות דעתה של השופטת ברק-ארז (18.2.2020), שם סברה כי די בהסמכה כללית "להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו" של חוק כדי לקבוע בתקנות מכוח אותו חוק עבירה פלילית שלצידה עונש מאסר בפועל בגין הפרתן – חרף הפגיעה הכרוכה בכך בזכויות יסוד).

על כן, די בהוראותיו המפורשות של סעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם שלפיהן לעניין חלק ד לפקודה זו "יכלול המונח 'בית חולים' ... כל בנין המשמש, או מכוון לשמש, ... לקבלת נשים יולדות, כדי לטפל באנשים טיפול רפואי" כדי ללמד כי המשיבים לא חרגו מסמכותם כאשר קבעו כי על מרכזי קבע לקבלת נשים יולדות על ידי אנשי צוות רפואי תחול האסדרה החלה כלפי בתי חולים לפי הוראות חלק זה.

סוף דבר

13. בעוד שעמדתי זו מבקשת לסגור את השער בפני המשך בירור הסוגיה בין כתלי בית המשפט, היא אינה סותמת את הגולל על האפשרות להביא להמשך פעולתם של מרכזי לידה טבעית בישראל, באמצעות שינוי הדין הקיים.

אין צריך לומר, כי מתן היתר להפעלת מרכזי לידה טבעית בוודאי אינו ענין של מה בכך. יש לשקול ולאזן בין שיקולים מקצועיים שונים המצויים בתחומי מומחיותם של המשיבים, ובראש ובראשונה להבטיח את שלומם ובריאותם של האם והיילוד ולצמצם את הסכנה הנשקפת לחייהם במקרה של סיבוכים בלידה. חזקה על המחוקק כי לו יובא הדבר לפתחו, יביא בחשבון את מכלול השיקולים הרלוונטיים תוך שקילת עמדתם של הגורמים המומחים האמונים על כך במשרד הבריאות.

בהתאם, לגישתי לא ניתן להלום כי בית משפט זה יחיל באופן אוטומטי את נהלי משרד הבריאות לגבי לידות בית אף על מרכזי לידה טבעית – בניגוד לעולה לגישתי מהפקודה, ובלי שתינתן לגורמי המקצוע הזדמנות להסדיר תחום זה – כפי שהציעה חברתי השופטת ברק-ארז. לבית משפט זה אין את הכלים המקצועיים לבחון את ההבדלים שבין לידות בית ומרכזי לידה טבעית, אשר לעיתים מתקיימים בהם מספר לידות במקביל, ובפרט לקבוע מהו מספר אנשי הצוות שראוי שיאייש את המרכז; מהם הצעדים אותם יש לבצע כדי לנתר באופן יעיל מספר לידות המתרחשות במקביל; האם דרוש ציוד רפואי נוסף לשם כך; וסוגיות רבות נוספות המתעוררות במסגרת אסדרת תחום פעילות זה.

דומה כי לשיטת חברתי, סוגיות אלו יש להותיר לעת הזו ללא כל אסדרה, ואחרית פסיקתה – מי ישורנו.

מפעם לפעם אנו מתוודעים למקרים שבהם אנשי רפואה חורגים מנהלי משרד הבריאות במסגרת לידות בית, תוך סיכון היולדת והיילוד (ראו למשל אך לאחרונה ברע"א 8747/20 שיפטן נ' סטרשנוב (31.1.2021), וכן רע"א 2755/19 ועדה לפי סעיף 44א לפקודת הרופאים נ' הלוי (2.5.2019)). לטעמי, הותרת התחום ללא אסדרה מספקת, באופן שבו הציעה חברתי, עלול להביא להתגברות תופעה זו באופן שעלול להוביל לפגיעה בנפש.

על כן, אף אם הייתי סבור כחברתי כי פקודת בריאות העם אינה מספקת הסמכה מתאימה להחלת האסדרה החלה על בתי חולים גם על מרכזי לידה טבעית – וכאמור, איני סבור כך – הייתי מציע כי נותיר למשיבים פרק זמן לקביעת אסדרה מתאימה, ונמנעים מלהחיל באופן אוטומטי את האסדרה החלה לגבי לידות בית.

14. סיכומו של דבר, לגישתי משרד הבריאות לא חרג מסמכותו כאשר התנה את פעילות מרכזי הלידה שהפעילות המבקשות בקבלת אישור הקמה של בית חולים ורישום מתאים.

משכך, לו דעתי הייתה נשמעת היינו מותירים על כנו את פסק הדין מושא הדיון הנוסף.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

"'וְרַפֹּא יְרַפֵּא' – מכאן שניתנה רשות לרופא לרפאות" (**בבלי, ברכות ס, ע"א**).

האם נועד 'מרכז לידה טבעית' כדי לרפאות את הבאות בשעריו? האם לשם הקמתו יש צורך ברשות מאת מנהל שירותי הרפואה? אלו הן השאלות הניצבות במרכזו של הדיון הנוסף.

1. **בסעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם, 1940 (להלן:** הפקודה **או** פקודת בריאות העם**), הוגדר 'בית חולים' מהו:** "לצרכי חלק זה יכלול המונח 'בית חולים' כל בית חולים, מבראה, בית-מרפא וכל בנין המשמש, או מכוון לשמש, לקבל אנשים הסובלים מכל חולי, פצע, ליקוי גופני או רוחני ולקבלת נשים יולדות, כדי לטפל באנשים טיפול רפואי, בין שניתן או הובטח ובין שלא ניתן או הובטח שכר או תשלום ע"י כל אדם שנתקבל שם כנ"ל". **מן הסעיף הזה, למד חברי השופט** אלרון**, כי נדרשים** "שני תנאים מצטברים לצורך הגדרתו של מקום כ'בית חולים' החייב באישור הקמה ורישוי. התנאי הראשון – כי המקום נועד 'לקבל אנשים הסובלים מכל חולי, פצע, ליקוי גופני או רוחני ולקבלת נשים יולדות'. התנאי השני – כי מטרת קבלתם למקום היא 'כדי לטפל באנשים טיפול רפואי'" (**פסקה 31 לפסק הדין מושא הדיון הנוסף**). **הצורך בשני התנאים המצטברים הללו, מקובל גם על דעת חברתי השופטת** ברק-ארז (**פסקה 75 לחוות דעתה**).

2. **אין מחלוקת, כי התנאי הראשון מתקיים ב'מרכז לידה טבעית', שהלוא בבנין** המשמש [...] לקבלת נשים יולדות **עסקינן. אשר לתנאי השני שדיבר בו הסעיף** – כדי לטפל באנשים טיפול רפואי – **נתגלעה מחלוקת אז (בפסק הדין מושא הדיון הנוסף), והיא חזרה ונעורה גם עתה. חברתי השופטת** ברק-ארז **גורסת, כי** "על פני הדברים המונח 'טיפול רפואי' אמור להיות כזה שבמרכזו הבראה מחולי". **לשיטתה, לידה אינה ממלאת אחר הגדרה זו, שכן במהותה היא** "הליך טבעי, היכול להתבצע גם ללא כל מעורבות רפואית. [לידה] לא מיועדת להביא את האשה היולדת להחלמה ממחלה שחלתה בה – אלא להביא חיים חדשים לעולם". **לעומתה, גורס חברי השופט** אלרון**, כי** "גורם רפואי מוסמך המלווה את הלידה,

תוך עריכת בדיקות שגרתיות ליולדת, במרכז שיועד לשם כך, נחשב כמי שמעניק טיפול רפואי ליולדת. כך במיוחד כאשר אותו גורם רפואי מוכשר ונכון להעניק טיפול דחוף במקרה הצורך". **לשיטתו, טיפול המבוצע על-ידי גורם רפואי, 'טיפול רפואי' שמו.**

3. **בשאלת פרשנות הדיבר 'טיפול רפואי', דעתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, היתה כדעתו של חברי השופט** אלרון, **וכך אמרתי:** "המחוקק לא התכוון להגביל באופן נקודתי את היקף הגדרת 'בית חולים' בקשר לבתי יולדות דווקא, אלא להבהיר כי מטרתם של המוסדות השונים והמגוונים שבהם מדבר הסעיף היא להעניק 'טיפול רפואי', על שלל משמעויותיו של ביטוי זה בהקשרים שונים" (**פסקה 8 לחוות דעתי**). **דעתי בשאלה פרשנית זו – נותרה כשהיתה. יחד עם זאת, סבורני, כי הגם ששני התנאים שנקבעו בסעיף 24(ב) לפקודה – (א) קבלת נשים יולדות; (ב) כדי לטפל באנשים טיפול רפואי – מתקיימים לגבי 'מרכז לידה טבעית', אין בהם די על מנת להחשיבו כ'בית חולים'. כפי שאפרט בהמשך נדרש תנאי נוסף, שלישי במספר, על מנת שבניין המקבל אל בין קירותיו נשים יולדות כדי לטפל בהן טיפול רפואי, יהיה ל'בית חולים'.**

4. **כאמור, על-פי סעיף 24(ב) לפקודה, 'בית חולים' הוא** – "כל בית חולים, מבראה, בית-מרפא וכל בנין המשמש, או מכוון לשמש, לקבל אנשים הסובלים מכל חולי, פצע, ליקוי גופני או רוחני ולקבלת נשים יולדות". **הגדרת 'בית חולים' כוללת התייחסות, הן לסוגי האנשים המתקבלים בשעריו** – "אנשים הסובלים מכל חולי, פצע, ליקוי גופני או רוחני ולקבלת נשים יולדות"; **הן באשר לייעודו של 'בית החולים'** – "כדי לטפל באנשים טיפול רפואי". **ברם, אם נסתפק בשני התנאים הללו לבדם, הרי שכל בניין המשמש לקבלת אנשים הסובלים מפצע, חבורה או מכה טריה, ואשר מטרתו להעניק להם טיפול רפואי יחשב 'בית חולים'; והקמתו תדרוש** אישור, מראש, מאת המנהל (**סעיף 24א(1) לפקודה**). **לשם המחשה: מרפאה השוכנת בצד סוכת המציל בחוף הים 'בית חולים' יִקָּרֵא לה, שכן שני התנאים המצטברים הנדרשים לצורך הגדרת 'בית חולים' מתקיימים בה: המתקבלים בשעריה – סובלים מפצע** או ליקוי גופני; **וייעודה** – לטפל **בהם** טיפול רפואי. **אם כנים הדברים, הרי שמשרד הבריאות נדרש לפעול על מנת לסגור כל אותם מוסדות רפואיים, קטנים כגדולים, המהווים לפי פרשנות זו 'בית חולים', אך לא קיבלו אישור, מראש, עובר להקמתם. ברוח הדברים הללו טענו המבקשות:** "הפרשנות של דעת הרוב בפסק הדין למונח 'טיפול רפואי' מביאה גם לתוצאה אבסורדית שבה קיימת למשרד הבריאות סמכות רגולטורית להתנות פעילות של כל מוסד או מבנה בקבלת רישיון כ'בית חולים' למרות שאין בינו ובין בית חולים דבר וחצי דבר" (**פסקה 125 לעתירה לדיון נוסף**).

5. נדמה אפוא כי גם לשיטת משרד הבריאות, אין להלום פרשנות שלפיה ניתן להסתפק אך בשני התנאים הללו לבדם על מנת להחשיב מוסד כ׳בית חולים׳ – בניין המשמש לקבלת אנשים הסובלים מחולי או נשים יולדות; כדי לטפל בהם טיפול רפואי. מדיניות שכזו לבטח אינה נוהגת על-ידם, שכן פּוּק חֲזִי מַאי עַמָּא דָּבַר (בתרגום חופשי: צא וראה כיצד נוהג העם). מרפאות ומוסדות רפואיים קיימים לרוב, וזאת למרות שהם אינם עומדים בתקנים הנדרשים לצורך אישורם כ׳בתי חולים׳. בכלל זאת, לא מתקיים לגביהם התנאי המעוגן בהוראת סעיף 27(ו) לפקודה, שלפיו "אין רושמים בית חולים אלא אם כן נוכח המנהל – (ו) כי בית החולים מכיל לא פחות משתים עשרה מיטות לחולים, מלבד מיטות הבידוד". במבנים רבים שבהם מתקבלים חולים, כדי לטפל בהם טיפול רפואי, אין ולוּ מיטה אחת לרפואה.

6. יתרה מזאת, פרשנות שכזו תביא לכך, שכמעט כל מוסד רפואי באשר הוא יִבָּלַע בהגדרת ׳בית חולים׳, ולא נזדקק להגדרתם של מוסדות רפואיים נוספים. דא עקא, בפקודה קיימת התייחסות למוסד רפואי נוסף – ׳מרפאה׳ – כך שאין לומר כי כל מוסד רפואי נופל תחת הגדרת ׳בית חולים׳. יש להסיק אם כן, כי שני התנאים שבהם דיברו חברי השופט אלרון וחברתי השופטת ברק-ארז אינם מספיקים לצורך הגדרת ׳בית חולים׳; נדרש תנאי נוסף. לשם זיהויו של אותו תנאי, נפנה להגדרת ׳מרפאה׳ שבפקודה, ונבחן מה בינה לבין ׳בית חולים׳.

מרפאה

7. בסעיף 34(ג) לפקודת בריאות העם, הוגדרה ׳מרפאה׳ באופן הבא: "׳מרפאה׳ – מקום שאיננו בית חולים הטעון רישום לפי פקודה זו, או חלק ממנו והמיועד להגשת שירותי רפואה, רפואת שיניים וסיעוד, לרבות טיפול יום וטיפול לילה, להשגחה למטרות אלה על חולים, ועל נשים בזיקה להריון, ושיקום". הנה כי כן, בראש ובראשונה, ׳מרפאה׳ תהא מקום שאיננו ׳בית חולים׳. תנאי-סף זה מלמד על מה שאין בה, ב׳מרפאה׳; אשר למה שיש בה, ׳מרפאה׳ היא – "מקום [...] המיועד להגשת שירותי רפואה, רפואת שיניים וסיעוד, לרבות טיפול יום וטיפול לילה, להשגחה למטרות אלה על חולים, ועל נשים בזיקה להריון, ושיקום". מחד גיסא, הוגדרה ׳מרפאה׳ כמקום שאיננו ׳בית חולים׳; ומאידך גיסא, הגדרתה ׳החיובית׳ דומה מאוד להגדרת ׳בית חולים׳ שבסעיף 24(ב) לפקודה. ׳בית חולים׳ נועד "כדי לטפל באנשים טיפול רפואי"; ואילו ׳מרפאה׳ נועדה "להגשת שירות רפואה". הגם שחברתי השופטת ברק-ארז מבקשת ללמוד מן הפער שבין ׳טיפול׳, לבין ׳שירות׳ – על קיומו של הבדל איכותי-מקצועי; גבי דידי הבחנה שכזו אינה ברורה דיה, ואין בה כדי לסייע לנו לתחום את הגבול העובר בין ׳מרפאה׳, לבין ׳בית חולים׳. בנוסף, לא כל ׳בתי החולים׳ המצויים עמנו מתאפיינים בכך שהטיפול הניתן בהם מורכב, סבוך,

ופולשני. בכלל בתי החולים קיימים בתי חולים סיעודיים, בתי חולים לפגועי-נפש ובתי חולים שיקומיים. כלום נוכל לומר בבירור, כי הטיפול המוענק באלו מורכב יותר מזה הניתן במרכזים רפואיים שבגדרם מבוצעות פרוצדורות כירורגיות? מסופקני.

מהי אם-כן ההבחנה, שבין 'בית חולים' לבין 'מרפאה'?

8. משלא מצאנו מענה ברור וחד-משמעי בנוסחה העדכני של הפקודה, נפנה לבחון את ההיסטוריה החקיקתית שלה, אולי ימצא בה מזור לשאלתנו. עד שנת 1979, לא כללה פקודת בריאות העם התייחסות ל'מרפאה', אלא ל'בית חולים' בלבד. בדיונים שהתקיימו בוועדת העבודה והרווחה של הכנסת, לקראת תיקון פקודת בריאות העם (מס' 6), התש"ם-1979, הובע הצורך בהתייחסות גם למוסד רפואי מסוג 'מרפאה': "היום בפקודת בריאות העם יש הסדרים לגבי פיקוח על בתי-חולים, ניהול בתי-החולים. אין שום דבר לגבי מרפאות. ענייני סידורי התברואה במרפאות, הכשרת הצוות הסיעודי, קבלת החולים במרפאות, החזקת ושמירת הרשומות במרפאה – כל זה לא מוסדר בשום מקום. אנחנו מבקשים להכניס [את] סעיף 65ג לפקודה שיאפשר לקבוע בתקנות לגבי המרפאות את כל הדברים האלה שמצויינים כאן" (פרוטוקול ישיבה מס' 162 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-9, 13 (22.1.1979)). בעקבות זאת, הוגדרה 'מרפאה' בסעיף 65ג לפקודה, כנוסחו אז, באופן הבא: "מקום המיועד להגשת שירותי רפואה, רפואת שיניים וסיעוד, לרבות טיפול יום וטיפול לילה להשגחה למטרות אלה על חולים ועל נשים בזיקה להריון, ולשיקום, והכל שלא בדרך אשפוז" (בהמשך, הועתקה הגדרת 'מרפאה' לסעיף 34(ג) לפקודה).

אכסניה לחולים

9. עיון בנוסחו של סעיף 65ג לפקודה מלמד, כי הושם דגש על כך ש'מרפאה' מעניקה שירותי רפואה "שלא בדרך אשפוז". אמנם, כפי שנקבע בסעיף – אז והיום – 'מרפאה' עשויה להגיש לחולים ולנשים בזיקה להריון גם טיפול יום וטיפול לילה; אך אשפוז – לא. הדברים הללו, עשויים לשפוך אור על ההבחנה העיקרית שבין 'בית חולים', לבין 'מרפאה'. 'בית חולים' נועד, על דרך הכלל, לטפל באנשים טיפול רפואי, בין היתר גם בדרך של אשפוז, ואילו 'מרפאה' איננה כוללת 'אשפוז'. השירות הרפואי שניתן ב'מרפאה' נמשך לכל היותר במשך כל שעות היום, או במשך כל אותו הלילה. הבחנה זו עשויה להאיר באור שונה את הביטויים שבהם עשה המחוקק שימוש בנוסחה העדכני של הפקודה; לגבי 'בית חולים', ולגבי 'מרפאה'.

'בית חולים', כלשון הפקודה בנוסחה דהיום נועד כאמור, לקבל אנשים הסובלים מכל חולי, או לקבלת נשים יולדות. 'בית חולים' מקבל לפתחו חולים, או נשים יולדות. הללו נקלטים בתוכו, ושוהים בו למשך תקופה מסוימת לצורך קבלת טיפול רפואי.

לעומתו, מרפאה מגישה שירותי רפואה, מבלי שהיא 'מקבלת' לתוכה אותם חולים או נשים יולדות.

10. להבחנה הזאת, שלפיה 'בית חולים' מתאפיין בקבלת חולים לצורך 'אשפוזם', ניתן למצוא תימוכין נוספים בהגדרה המילונית, בלשון המדוברת, בהוראות נוספות בפקודה, ובדיונים המקדמיים שהתקיימו עובר לתיקונים שנעשו במהלך השנים בפקודת בריאות העם. ראשית, במילון הוגדר 'בית חולים' באופן הבא: "מוסד לאכסון חולים הנזקקים לטיפולם של רופאים" (**אברהם אבן-שושן** מילון אבן-שושן המרוכז 108 (2006)). 'בית חולים' הריהו אכסניה לחולים, מקום שמשתכנים בו חולים בתקופת מחלתם. לא רק במילון הוגדר 'בית חולים' באופן הזה, גם בערך האנציקלופדי: "Hospital, an institution that is built, staffed, and equipped for the diagnosis of disease; for the treatment, both medical and surgical, of the sick and the injured; and for their housing during this process" (מתוך אתר האינטרנט של **אנציקלופדיית 'בריטניקה'**; www.britannica.com/science/hospital). וכך גם **ב'ויקיפדיה'**: "בית חולים או בית רפואה הוא מוסד המספק שירותי רפואה הכוללים גם שירותים הדורשים אשפוז (כלומר, שהייה במוסד הכוללת לינה לפרק זמן כלשהו)" (he.wikipedia.org/wiki/). הא למדנו, כי לא רק על-פי ההגדרה המילונית, בית חולים מתאפיין במידה רבה באכסונם של חולים בתוכו; כך הוא מתואר גם בלשון המדוברת, ובערכים המופיעים באנציקלופדיות עכשוויות.

11. מעבר לכך, בסעיף 24(ב) לפקודה הובאו שתי דוגמאות שונות ל'בתי חולים': "מבראה" ו-"בית מרפא". ביטויים אלו אינם ברורים כל צרכם. בנוסח המקורי-אנגלי של הפקודה הוזכרו הדוגמאות הללו באופן הבא: "Any hospital, convalescent home or nursing home". תרגומם של מונחים אלו לעברית משמיענו, כי הם מתייחסים ל'בית הבראה', או ל'בית אבות'. הדוגמאות שהובאו על-ידי המחוקק ל'בית חולים', מתייחסות אפוא למקומות שהשהות בהם ממושכת, והם כוללים שירותי לינה, השגחה והסעדה. הם אינם מתייחסים למקומות אשר 'מגישים' טיפול רפואי קצר מועד. כמו כן, על-פי נוסח הפקודה בשנת 1979, הוגדרה 'מרפאה' – "חצרים המיועדים להגשת שירותי רפואה"; בעוד ש'בית חולים' הריהו "בנין המשמש, או מכוון לשמש, לקבל אנשים הסובלים מכל חולי" (ההדגשות אינן במקור – נ' ס'). בית חולים צריך שיהא ראוי לדיורי קבע, ואילו מרפאה אינה נדרשת להיות קביעה וקיימא, ויכול שתמוקם בכל אתר שבו מתאפשר להגיש שירותי רפואה, גם אם הוא אינו שוכן בבניין.

12. גם בדיוני ועדת העבודה והרווחה, אנו מוצאים ביטוי לכך שההבדל בין 'בתי חולים' לבין 'מרפאות', נעוץ באפשרות האשפוז. במהלך דיוני הוועדה, עוד בשנת 1979, הציע היועץ המשפטי של קופת חולים כללית, עו"ד יוסף חלד, שבטרם יותקנו תקנות על-ידי שר הבריאות לגבי מרפאות, תתייעץ ועדת העבודה והרווחה עם הגופים הייצוגיים. היועץ המשפטי של הוועדה, עו"ד יצחק אליאסוף, ביקש להבהיר: "כאשר מדובר על בתי-חולים – הסמכות היא ללא ועדת העבודה והרווחה. אני מבין שאתה מדבר על מרפאות". עו"ד חלד השיב – "כן. למשרד הבריאות יש נסיון בניהולם של מוסדות אישפוז, אבל אין לו נסיון בניהולן של מרפאות טיפוליות" (פרוטוקול ישיבה מס' 175 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-9, 10-11 (13.2.1979)). הא למדנו, כי בתי החולים הריהם מוסדות אישפוז, וזאת להבדיל ממרפאות טיפוליות, אשר אינן כוללות אשפוז.

13. דיונים רבים קיימה ועדת העבודה והרווחה על אודות ההצעה (שנדחתה לבסוף), שלפיה שר הבריאות יהא רשאי לקבוע לגבי מרפאות, תקנות בדבר "קבלתם ושחרורם של חולים, לרבות נשים בזיקה להריון וללידה". היועץ המשפטי של הוועדה, הציג את הערותיה של קופת חולים להצעה: "פיסקה זו לא מובנת לי לגמרי, מה מקומה כאן. מדובר על מרפאות ולא בתי-חולים שבהן קבלת חולים ושחרורם מוסדרת ע"י מסגרות רפואיות ומשרדיות. במרפאה אין מקום למסגרות כאלה [...] מן ההכרח שמשרד הבריאות ינסח פיסקה זו בצורה יותר מדוייקת שבה יובהר לאיזה מרפאות הכוונה, כגון בי"ח יום או 'מעון יום לחולים' שבהם חולה מבלה מספר שעות ומקבל 'טיפולים שונים'. לגבי מרפאות אחרות אין מקום להוראות של 'קבלה' ושחרור של חולים" (פרוטוקול ישיבה מס' 254 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-9, 7 (31.10.1979)). גם מן הדברים הללו ניתן ללמוד, את שהיה ברור לכל המדברים באותו עניין, כי במרפאות לסוגיהן, לרבות 'בית חולים יום' – אין אשפוז ממושך של חולים, ומשכך 'קבלה ושחרור' אינם נצרכים בהם.

14. אמנם כן, בחלוף השנים תוקנה הפקודה, וחלו שינויים בהגדרת 'מרפאה'. המילים – "שלא בדרך אישפוז" הושמטו ממנה, ובמקום זאת הודגש, כי מרפאה היא "מקום שאיננו בית חולים". אולם, אינני סבור שיש בתיקונים הללו, כדי ללמד על שינוי שחל בהבחנה הבסיסית שבין 'בית חולים' ל'מרפאה'. ראשית, 'מרפאה' אינה 'בית חולים', וכאמור, מבחינה לשונית – בית חולים הוא מקום המשמש אכסניה לחולים. שנית, גם בנוסחה העדכני של הפקודה, צוין ביחס להגדרת 'מרפאה' – "לרבות טיפול יום וטיפול לילה". כאשר, אם כיוון המחוקק, במסגרת התיקון, לכלול בהגדרת 'מרפאה' גם מקומות אשפוז, אזי – ריבוי זה מה עושה? כמו כן, לא מצאנו בדברי ההסבר, או בדיוני הוועדה התייחסות לתיקון זה, ומשכך יש להניח שאין מדובר בשינוי משמעותי, אלא בעניין ניסוחי.

15. זאת ועוד: אחד המדדים העיקריים בבית חולים, היה ונותר, מספר מיטות האשפוז שבו. כך, למשל, לא רק הקמת בית החולים מצריכה אישור מראש מאת המנהל, אלא גם "הוספת יחידה מקצועית או מיטות" (סעיף 24א(1) לפקודה). כמו כן, רשאי המנהל להורות על הפחתת מיטות בבית החולים (סעיף 24ב לפקודה). לעיל צוינה גם ההוראה שלפיה הקמת בית חולים מותנית במספר מינימאלי של מיטות אשפוז. יתרה מכך, בבואו להחליט אם לאשר את הקמתו של בית חולים מסוים, יתחשב המנהל, בין היתר, באלה:

> "(1) התועלת לבריאות הציבור מהוספת המיטות או השירותים הרפואיים;
>
> (2) שיעור המיטות לנפש באוכלוסיה כפי שנקבע בתוספת השניה ומספר המיטות וצורכי האוכלוסיה באזורי הארץ השונים, הכל בהתאם לייעוד המיטות;
>
> (3) פריסת מיטות האשפוז ונגישות הציבור אליהן" (סעיף 6ב לתקנות בריאות העם (רישום בתי חולים), התשכ"ו-1966).

16. במידה רבה, ניתן לומר כי בית החולים קרוי על-שם מיטות האשפוז שבו. בשונה מכך, עיון בתקנות העוסקות בהקמת מרפאות ורישומן, משמיענו כי מרפאות אינן כוללות מיטות אשפוז. כך, בסעיף 3 לתקנות בריאות העם (אמות מידה לאישור הקמה למרפאות), התשע"ז-2017, העוסק בשיקולים שיבחנו על-ידי המנהל, בהחליטו, אם לאשר הקמת מרפאה, אין כל התייחסות למיטות אשפוז. לא זו אף זו: מלשון תקנות בריאות העם (רישום מרפאות), התשמ"ז-1987, עולה בבירור, כי 'מרפאה', בשונה מ'בית חולים', אינה כוללת מיטות אשפוז: "מרפאה לכירורגיה בינונית, מרפאת דיאליזה ומרפאה אונקולוגית יהיו קשורות בהסכם תקף, בכתב, עם בית חולים רשום קרוב, אשר יכלול התחייבות של בית החולים לקבלת מטופל של המרפאה בכל עת שנוצר צורך בקבלת שירותי חירום או השגחה רפואית המחייבת אשפוז [...]" (סעיף 11ב(א)). ובהוראה נוספת: "הרופא האחראי או ממלא מקומו, יעבירו חולה לבית חולים בכל עת שנוצר צורך בקבלת שירותי חירום או השגחה רפואית המחייבת אשפוז, וכן ידאג למתן טיפול רפואי מתאים עד להתחלת הטיפול בבית חולים [...]" (סעיף 11ג). הנה כי כן, ב'מרפאה' לא קיימת אפשרות אשפוז, ולכן, כשמתעורר צורך שכזה נדרש להעביר את החולה המטופל בה ל'בית חולים'. "דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא" (תרגום: מי שכאוב הולך לבית המרפא; בבלי, בבא קמא מו, ע"ב); לעומתו מי שנזקק לאשפוז הולך אל 'בית החולים'.

17. אמנם כן, העובדה ש׳בית חולים׳ כולל בתוכו אפשרות לאשפוז, עשויה להשפיע על מורכבות הטיפולים הרפואיים שניתנים בו. פרוצדורות רפואיות מורכבות מצריכות לא אחת אשפוז בצדן, לצרכי מעקב השגחה והתאוששות. יחד עם זאת, אין הכרח שמקום המתקרא ׳בית חולים׳, יעסוק בהכרח, בטיפולים מורכבים מאלה הניתנים ב׳מרפאה׳. כך, למשל, בסעיף 24(ב) לפקודה נכללו בגדרי ׳בית חולים׳: בית אבות ובית הבראה. במוסדות הללו, לא נערכות, ככלל, פרוצדורות רפואיות מורכבות מאלה אשר נעשות במרפאה, אך מכיוון שהם כוללים אשפוז, הם נחשבים ׳בתי חולים׳.

סוף דבר

18. אשר על כן, באתי לכלל מסקנה, כי לבד משני התנאים שצוינו על-ידי חברי י׳ אלרון וחברתי השופטת ד׳ ברק-ארז, לצורך הגדרתו של בנין כ׳בית חולים׳ – (א) בנין המשמש, או מכוון לשמש, לקבל אנשים הסובלים מכל חולי, פצע, ליקוי גופני או רוחני ולקבלת נשים יולדות; (ב) כדי לטפל באנשים טיפול רפואי – נדרש תנאי נוסף, והוא: כי ניתן יהיה להתאשפז בו. מבלעדי תנאי זה, לא יֵחשב המקום ל׳בית חולים׳, ולא ידרש אישור, מראש, לצורך הקמתו. מסקנה זו נובעת כאמור מלשון הפקודה והתקנות, וכן מההגדרה המילונית של ׳בית חולים׳, ומלשון בני אדם. על כן, אם תתקבל עמדתי, הקמת מרכז לידה טבעית, תצריך אישור מראש, כבית חולים, במצבים שבהם יכלול מרכז הלידה אפשרות לאשפוז. במרכז לידה טבעית שבו לא יהיה אשפוז, ידרֵש משרד הבריאות לבחון אם יש לראותו כמרפאה, ולעמוד על האישורים הנדרשים לשם הקמתה.

19. חברתי הנשיאה החליטה כזכור לקיים דיון נוסף בשאלה: האם מרכזי לידה טבעית מחוייבים ברישוי כ״בתי חולים״ בהתאם לסעיף 24 לפקודת בריאות העם, 1940? תשובתי לכך היא אפוא כי רישוי כאמור אכן מחוייב, אם וכאשר מתקיימים שני תנאי סעיף 24(ב), ולרבות אשפוז רפואי.

אחר הדברים האלה

20. (א) חברתי הנשיאה הקשתה על כך שאני למד על ״התכלית הסובייקטיבית של המונח ׳בית חולים׳, מהליכי החקיקה של תיקון מאוחר לפקודת בריאות העם״ (פסקה 5 לחוות דעתה). אמת נכון הדבר, אף אני כמותה, אינני סבור כי ניתן לעמוד על כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק המנדטורי, מתוך התיקון המאוחר. יחד עם זאת, משעה שבחר המחוקק הישראלי לתקן את החוק המנדטורי, וליצור שתי קטגוריות נפרדות – ״בית חולים״ ו-״מרפאה״ – די לנו בעמידה על כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק הישראלי, לצורך פרשנותו הסובייקטיבית של דבר החקיקה. אין כל רבותא בכך; מאז ומקדם ידענו

כי חקיקה מאוחרת עשויה להשפיע על פרשנותו של דבר-חקיקה קודם, קל וחומר תיקון של אותו דבר-חקיקה, ובן בנו של קל וחומר כאשר מדובר בתיקון הסעיף הספציפי שבו עסקינן. כך לימדנו השופט (כתוארו דאז) א' ברק: "חוקים חדשים, היוצאים מאת המחוקק, יוצרים 'סביבה' חדשה, ויש בהם כדי להשפיע על פירושו של חוק קודם. [...] 'לעתים יוצר חוק, עם חקיקתו, מספר אופציות פרשניות, אך במשך השנים, ועם חקיקתם של חוקים נוספים באותה סוגיה, הופכות חלק מהאופציות לבלתי אפשריות, ואילו אופציות חדשות קמות. סביבה זו כוללת, בצד הוראות אחרות באותו דבר חקיקה, גם דברי חקיקה אחרים, המשליכים אור על פרשנותו של החוק'. על-כן, עם כל החשיבות של 'אב הטיפוס', שעמד לנגד עיני המחוקק עם קום המדינה, אין בכך בלבד כדי להכריע בפירושו של החוק היום" **(בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 620 (1986) (ההדגשות הוספו – נ' ס'); ראו גם: אהרן ברק** פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה **396-395 (1993)).**

(ב) בראשית דבריה, הגדירה חברתי השופטת ברק-ארז **את השאלה המונחת לפתחנו כך:** "האם משרד הבריאות מוסמך לאסור על פעילותם של המקומות המכונים 'מרכזי לידה טבעית' בתוקף הסמכות שהוענקה לו בתחום של רישוי בתי חולים? במילים אחרות, האם מרכז לידה טבעית הוא 'בית חולים' ולכן חייב לקבל רישיון ממשרד הבריאות על מנת לפעול? זו השאלה שבה נדרשנו להכריע במסגרת דיון נוסף זה". **מניסוח זה עולה לכאורה, כי הסעד היחיד שיכול להינתן, אם המענה לשאלה יהיה בשלילה, הוא קביעה הצהרתית כי מרכז-לידה טבעית איננו "בית חולים". בפרט כך, מקום שבו חברתי נמנעת במוצהר מלהביע עמדה בשאלה אם ניתן להטיל על המרכזים הללו רגולציה מופחתת, בהיותם "מרפאה", שכן לדבריה מדובר ב"**נושא שהצדדים לא טענו לגביו בפנינו בהרחבה" **(פסקה 125 לחוות דעתה). דא עקא, במישור המעשי, בשלב מתן הסעד, חברתי קובעת** – "כי הדין הקיים אינו מקנה למשרד הבריאות סמכות לאסור באופן גורף על פעילותם של מרכזי לידה טבעית" **(פסקה 121). וכי עד לקביעת הנחיות קונקרטיות המאסדרות את התחום, "**יחולו על מרכזים אלה הוראותיו של חוזר לידות בית" **(פסקה 126). אם כנים הדברים, ואכן אין לטעת מסמרות בשאלות שהצדדים לא טענו לגביהם בהרחבה, מן הראוי היה להסתפק במתן סעד הצהרתי שיקבע כי מרכזי לידה טבעית אינם חוסים תחת ההגדרה של "**בית חולים", מבלי לנקוט עמדה באשר לרגולציה החלופית שניתן להחיל על מרכזי הלידה הטבעית. קביעה כי בהעדר הסדרה אחרת יחולו הוראות "**חוזר לידות בית", **הלכה למעשה מכריעה גם 'בשאלות שהצדדים לא טענו לגביהם בהרחבה', שכן היא מחייבת את המשיבים לפעול לאסדרת התחום, הגם שלשיטתי, המצב החוקי הקיים אינו דורש תיקון, וחסרונו בשלב זה, לדעת חברתי, נובע מכך ש**"הצדדים לא טענו לגביו בפנינו בהרחבה".

(ג) חשוב לחזור ולהדגיש: לפנינו הונחה שאלת פרשנותו של סעיף 24 לפקודת בריאות העם, כנוסחו דהיום; הא ותו לא. שאלת הדין הרצוי לא עלתה לפנינו בדיון נוסף זה, ואיני נוקט עמדה לגביה. הכרעה בשאלה ערכית זו מסורה למחוקק, ולגורמי המקצוע המוסמכים; לא לנו השופטים לענות בה. עם זאת, על פני הדברים, גם בשאלת הדין הרצוי, המחלוקת אינה כה רחבה. בדומה לכל רגולציה המוטלת על פעילותם של מוסדות רפואיים באשר הם, הרי שעל כפות המאזניים ניצבות זו מול זו: זכות האישה לאוטונומיה – מן העבר האחד, וזכות האישה לחיים ולשלמות הגוף – מן העבר האחר. הכול מודים כי הזכות לחיים ולשלמות הגוף מצריכה מידה מסוימת של פיקוח ואסדרה, חרף הפגיעה באוטונומיה. הנה כי כן, לא פטרנליזם יש כאן, כי אם הגנה בסיסית על הזכות לחיים. כך נהוג במחוזותינו מאז ומקדם, בתחומים רבים, כל אימת שבעל הסמכות מניח כי הפרט אינו מסוגל להעריך נכונה את הסיכון הנשקף לו, או כאשר סיכון עצמי של הפרט עשוי להטיל עלויות על זולתו, ועל החברה כולה (כזו היא למשל החובה לחבוש קסדת מגן בעת רכיבה על אופנוע (תקנה 119 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961); עתירה שהוגשה על-ידי קבוצת אופנוענים בטענה כי "במידה שרשאי השר להתקין תקנת-בטיחות, אין הוא רשאי לדאוג לחייו של אדם ולבריאותו על כרחו של זה" – נדחתה (בג"ץ 332/71 עלי נ' שר התחבורה, פ"ד כו(1) 105 (1971)). כזה הוא למשל גם האיסור על כניסה לשטח אש (תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945)). גם חברתי הנשיאה, המעלה על נס את זכותה של האישה לאוטונומיה, נמנעת מלקבוע כי לא תחול בעניין זה כל רגולציה, והיא מחילה "מטעמים מעשיים" את הוראותיו של "חוזר לידות בית". רגולציה מחמירה על מרכזי לידה טבעית, אינה מתעלמת מזכותם לאוטונומיה של כל אישה ואיש, בדיוק כשם שקביעת רגולציה מקלה יותר אינה מבטלת את הזכות לחיים ולשלימות הגוף. זכויות נכבדות נתונות על כפות המאזניים, מזה ומזה; זירת המחלוקת אינה נטושה אלא על תחימת קו הגבול; וזוהי שאלה של מינון.

ש ו פ ט

<u>השופט י' עמית</u>:

אני מצטרף לפסק דינה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז.

1. כותרתו של חלק ד' לפקודת בריאות העם (1940) (להלן: הפקודה) היא "מחלות מידבקות, מוסדות רפואיים והרכבת אבעבועות", ובחלק זה, בפרק שכותרתו "מוסדות רפואיים" אנו מוצאים את ההגדרה הבאה:

'מוסד רפואי' - בית חולים, מרפאה, מוסד לטיפול במשתמשים בסמים ומעבדה.

ובית חולים מוגדר בסעיף 24(ב) לפקודה כלהלן:

לצרכי חלק זה יכלול המונח 'בית חולים' כל בית חולים, מבראה בית מרפא וכל בנין המשמש, או מכוון לשמש, לקבל אנשים הסובלים מכל חולי, פצע, ליקוי גופני או רוחני ולקבלת נשים יולדות, כדי לטפל באנשים טיפול רפואי, בין שניתן או הובטח ובין שלא ניתן או הובטח שכר או תשלום ע"י כל אדם שנתקבל שם כנ"ל.

ומרפאה מוגדרת בסעיף 34(ג) לפקודה כלהלן:

בפקודה זו –
'מרפאה' - מקום שאיננו בית חולים הטעון רישום לפי פקודה זו, או חלק ממנו והמיועד להגשת שירותי רפואה, רפואת שיניים וסיעוד, לרבות טיפול יום וטיפול לילה, להשגחה למטרות אלה על חולים, ועל נשים בזיקה להריון, ושיקום;

ההגדרה של מרפאה היא שיורית, שמא מעגלית – מקום שאיננו בית חולים.

השאלה שלפנינו היא אם מרכז לידה טבעית הוא בית חולים, שאז חלה הוראת סעיף 24א(1) לפקודה הקובעת כלהלן:

לא יקים אדם בית חולים אלא אם כן קיבל אישור לכך, מראש, מאת המנהל.

2. אכן, בחינה מילולית-לשונית של הביטוי "טיפול רפואי" בסעיף 24(ב) לפקודה לא נותנת תשובה חד-משמעית לשאלה שבפנינו. אך את הוראת סעיף 24(ב) לפקודה יש לפרש מתוך הקשר הדברים והדבקם, כפי שעולה ממכלול ההוראות בפקודה, מתוך הרמוניה חקיקתית עם פקודת המיילדות, על פי פרשנות תכליתית ועל פי הגיונם של דברים.

במשרעת שבין לידת בית ללידה בבית חולים, הלידה במרכז לידה טבעית קרובה יותר ללידת בית, וכ"מוסד רפואי", במשרעת שבין בית חולים לבין מרפאה, מרכז לידה טבעית קרוב יותר למרפאה. קשה להלום כי מרכז לידה טבעית, שלטענת העותרות מתקיימים בו כ-5 לידות בחודש (עמ' 9 לפרוטוקול הדיון) ייחשב כבית חולים אשר לצורך הקמתו יש לבחון אם "תוספת המיטות לא תגרום לחריגה משיעור המיטות לנפש

על פי יעודן ועל פי צרכי האוכלוסיה באותו אזור" (סעיף 24א לפקודה); ייחשב כבית חולים שניתן "להורות על סגירת יחידה מקצועית ...או על הפחתה של מספר המיטות בו" (סעיף 24ב לפקודה); ייחשב כבית חולים שהרישום לגביו צריך לכלול "את פירוט ענפי הרפואה שבהם מורשה בית החולים לעסוק, ואת פירוט היחידות המקצועיות המורשות לפעול בו" (סעיף 25(א) סיפא לפקודה). ובכלל, גם אם מרכז הלידה הטבעית מושא דיוננו יכלול את מיטב המומחים ברפואת נשים ואת המכשור הרפואי המודרני והמתקדם ביותר, לא ניתן לרשום אותו כבית חולים, באשר אחד התנאים הוא ש"בית החולים מכיל לא פחות משתים עשרה מיטות לחולים, מלבד מיטות הבידוד" (סעיף 27(ו) לפקודה). ובקיצור, לא זה בית החולים שהמחוקק ראה נגד עיניו בסעיף 24(ב) לפקודה, אלא בית חולים אחר, כמו זה שנזכר בסעיף 13 לפקודת המיילדות, הקובע כי "כל שאינו רופא בעל נסיון, אסור לו לנהל בית חולים ליולדות". אף קשה להלום כי המחוקק התכוון להתיר לידת בית אך לאסור באופן קטיגורי לידה במרכז לידה טבעית תחת עיניהן הבוחנות של מיילדות מקצועיות.

3. לידה היא הליך טבעי, אך גם הליך עתיר סיבוכים וסיכונים, כפי שניתן ללמוד, לצערנו, מהמקרים המובאים בפני בתי המשפט בתביעות רשלנות רפואית בלידה. אלא שהשאלה שלפנינו אינה "בעד" או "נגד" לידה במרכז לידה טבעית, שאלה השנויה במחלוקת מבחינה מקצועית וערכית. השאלה שלפנינו היא שאלה משפטית טהורה, שעניינה פרשנות הגדרת "בית חולים" בפקודה, וכפי שהיטיבה חברתי להראות, אין להחיל הגדרה זו על מרכזים ללידה טבעית שפועלים בתבנית כמו המרכז מושא דיוננו. אם סבור המחוקק כי יש לאסור פעולתם של מרכזים אלה – הכדור בידיו לשנות את החוק. מכל מקום, טוב יעשה המחוקק אם יאסדר ויסדיר את היבטי הפיקוח, הרישוי והסטנדרטים הרפואיים והבטיחותיים במרכזים אלה.

ש ו פ ט

<u>השופט ע' גרוסקופף:</u>

1. חוות דעתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, שהייתה דעת המיעוט באותו פסק דין, גרסה כי פקודת בריאות העם, 1940 (להלן: פקודת בריאות העם), על פי פרשנותה הנכונה, אינה מורה כי המוסד היחידי בו ניתן לקבל יולדות לצורך "לידה טבעית" חייב להיות "בית חולים". כנגזר מכך סברתי כי עמדת משרד הבריאות, המחייבת מרכזי לידה טבעית בהליכי רישוי כבית חולים, אינה יכולה לעמוד, ודינה להתבטל.

2. חברתי, השופטת דפנה ברק-ארז, מצטרפת בחוות דעתה בדיון נוסף זה לדעתי, ומרחיבה ומוסיפה על דבריי דברים חשובים ומאירי עיניים. עמדתה כעמדתי ועמדתי כעמדתה. על כן, בשאלה שהועמדה להכרעתנו במסגרת הדיון הנוסף אין לי דבר להוסיף על שכתבתי בשעתו, ועל שכתבה חברתי עתה.

3. במבט צופה פני עתיד אבהיר כי לשיטתי המסקנה הפרשנית לפיה קבלת לידות טבעיות יכולה להתבצע, בהתאם לפקודת בריאות העם, גם במוסדות שאינם מסונפים לבית חולים, אין משמעה כי פעילותם של מוסדות אלה – מרכזי לידה טבעית – אינה כפופה לפיקוח משרד הבריאות. פיקוח זה עשוי להיות מעוגן בסיווגם של מרכזי הלידה הטבעית כ"מרפאה" לפי פקודת בריאות העם, והוא עשוי להיות מעוגן בסמכויות הפיקוח שיש למשרד הבריאות על העוסקים במקצועות הרפואה והמיילדות (כפי שנעשה, ביחס לאסדרה של לידות בית המבוצעות בבית היולדת, בחוזר מינהל רפואה מס' 17/2012). מכאן, שראוי, ואף מתבקש, כי משרד הבריאות יקבע בהקדם נוהל מנחה המסדיר את פעילותם של מרכזי הלידה הטבעית. לעת הזו, וכל עוד לא נקבעה אסדרה פרטנית כאמור, מקובלת עליי עמדת חברתי, כי יש להחיל על מיילדות ורופאים הפועלים במסגרת מרכזי לידה טבעית את הוראות חוזר מינהל רפואה מס' 17/2012, בשינויים המחויבים.

ש ו פ ט

<u>השופט נ' הנדל:</u>

1. חוות דעתי בהליך זה מושתתת על שלוש מסקנות משפטיות:

א. מרכזי הלידה הטבעית אינם "בית חולים".

ב. מרכזי הלידה הטבעית הם בגדר "מרפאה".

ג. בתור "מרפאה", מרכזי הלידה הטבעית אינם רשאים לפעול קודם לרישום ומילוי התנאים הנדרשים שיקבע הגורם המתאים לשם אסדרתם.

אני מצטרף אפוא לעמדתה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, לפיה אין בסיס בדין לקביעה כי מרכזי לידה טבעית הם "בתי חולים", אך אין בידי להסכים למסקנתה הסופית

בדבר אפשרותם של מרכזי הלידה הטבעית לפעול באופן מיידי וללא אסדרה מתאימה, מלבד ההוראות החלות על לידות בית.

2. במבט כללי, עולה כי נקודת המוצא של משרד הבריאות הייתה מדיניותו לפיה יש לאסור כל לידה מחוץ לבית חולים, מלבד החריג של לידה בבית היולדת. מדיניות זו, שאפשר להסכים עמה ואפשר לבקרה, ביקש משרד הבריאות "לקרוא" לתוך פקודת בריאות העם (1940) (להלן: הפקודה). ברם, לשון הפקודה ותכליתה לא מלמדים בהכרח כי המחוקק ביקש למנוע באופן גורף לידות מחוץ לכותלי בית החולים. הסדרי הפקודה העוסקים בביצוע לידות בבתי חולים לא נועדו לאסור כל צורה אחרת של לידה, אלא להסדיר לידות שנעשו ממילא ב"בתי חולים", דהיינו במוסדות רפואיים שמטרתם לנהל את הלידה לכל אורכה – לידה "תקינה" ולידה שמהלכה אינו תקין. זו המציאות שאליה התייחס המחוקק. כלל לא ניתנה הדעת במסגרת הפקודה לשאלת קיומם של מוסדות – חדשים יחסית – כגון מרכזי לידה טבעית, שמתבצעות בהם לידות שאמורות להיות "תקינות", תוך הסעת היולדת לבית חולים במקרה של סיבוכים. בנסיבות אלה אין להסתפק, להשקפתי, בהנחת המבוקש, לפיה מרכזי לידה טבעית הם בתי חולים וממילא אין הם עומדים בתנאים הנדרשים לביצוע לידות, ואין "לדלג" מעל להכרעה המפורשת בדבר אופן הסדרתם של מוסדות אלה. עמדה לפיה לידה חייבת להיות בבית חולים צריכה להיקבע במפורש, ככל שכך סבורים גורמי המדינה, וזאת כמובן מבלי להביע עמדה בסוגיה זו לגופה.

אחדד שלוש נקודות שבהן מצוי, לשיטתי, הדגש במסגרת ההכרעה: לשון הפקודה, מהותם ואופן פעולתם של מרכזי הלידה הטבעית, והסדרי הפקודה המתאימים ביותר לאופן פעילות זה. לאחר מכן אתייחס לסוגיית הסעד.

3. רב אי הסדר על הסדר בלשון פקודת בריאות העם (1940) (להלן: הפקודה), בחלקים שרלוונטיים להכרעתנו. הרי חלפו כשמונים שנה מאז חקיקתה, שבמהלכן החברה יצרה מסגרות לידה שלא היו קיימות בעבר. בנסיבות אלה קשה לבסס את ההכרעה על הלשון. אבהיר את פשרה של קביעה זו.

הפקודה מגדירה "בית חולים", בין היתר, כבניין המשמש "לקבלת נשים יולדות, כדי לטפל באנשים טיפול רפואי". מרכזי הלידה הטבעית כוללים מבנים שבהם נשים יולדות מקבלות, לכאורה, טיפול רפואי, ולפיכך טען משרד הבריאות שיש לראות את המרכזים כ"בתי חולים". ברם, הן ההגדרה של "בית חולים" והן ההגדרה של "טיפול רפואי" בפקודה לוקות בחוסר בהירות רב. אשר ל"טיפול רפואי", הפקודה אינה מבהירה

מהו, ומה ההבדל בינו ובין מונחים קרובים כגון "שירותי רפואה", שיכולים להינתן גם במקומות שאינם בית חולים. בנוסף לכך, מן הפקודה עולה כי גם מתן טיפול רפואי אינו הופך בהכרח מוסד רפואי ל"בית חולים". כך, הפקודה מגדירה ארבעה סוגים של "מוסדות רפואיים": "בית חולים, מרפאה, מוסד לטיפול במשתמשים בסמים ומעבדה" (סעיף 24(א) לפקודה). ברי כי "מעבדה" ו"מוסד לטיפול במשתמשים בסמים" אינם רלוונטיים לענייננו. נותרו "בית חולים" ו"מרפאה". ביחס למרפאה נקבע כי "שר הבריאות רשאי [לקבוע]... הוראות בדבר... (3) התנאים שיקויימו במרפאות לצורך מתן שירות רפואה או טיפול רפואי מסוגים מסויימים... (5) מקום לפעולות כירורגיות..." (סעיף 34(א) לפקודה). לאמור, הפקודה מכירה באפשרות לקבל טיפול רפואי במרפאה, לרבות ביצוע פעולות כירורגיות מסוימות. הפקודה אף מגדירה "מרפאה" כ"מקום שאיננו בית חולים הטעון רישום לפי פקודה זו, או חלק ממנו", ובנוסף לכך "מיועד להגשת שירותי רפואה... [ולהשגחה] על נשים בזיקה להריון" (סעיף 34(ג) לפקודה) (ראו והשוו פסקאות 3-7 לחוות דעתו של חברי, השופט נ' סולברג).

לנוכח עמימות ההגדרות אפשר לתהות מהו ההבדל המדויק, אפוא, בין בית חולים למרפאה. התשובה לשאלה זו אינה מפורשת בפקודה, ואפשר להגיע לתוצאות שונות. במובן זה, המחלוקת שלי עם חברי, השופט י' אלרון, אינה, בעיניי, במישור הלשוני. אף ניתן לשער השערות שונות בסוגיה. חברי השופט נ' סולברג, למשל, סבור כי ההבחנה בין בית חולים למרפאה תלויה באפשרות להתאשפז במוסד הרפואי, ובהתאם לכך הוא סבור שאין בהכרח דין אחיד למרכזי הלידה הטבעית, אלא יש לבחון ביחס לכל אחד מהם את האפשרות לאשפוז. כך או אחרת, ממכלול הסדרי הפקודה עולה כי קיים חוסר בהירות ביחס למונחים "טיפול רפואי", "שירותי רפואה", "בית חולים" ו"מרפאה". בנסיבות אלה הדגש מצוי, בעיניי, במהות הדברים. כך בפרט כשמדובר בפקודה שמקורה עתיק, ושבעת חקיקתה – וגם בעת תיקוניה ברבות השנים – לא ניתנה הדעת לאפשרות של לידה במרכזי לידה טבעית, אלא רק לאפשרויות של לידה בבית היולדת או לידה בבית חולים. אפשר אפוא לטעון כי גם בהנחה שבמרכזי הלידה הטבעית ניתן "טיפול רפואי", הגדרת בית חולים כמקום שבו נשים יולדות מקבלות טיפול רפואי לא מתייחסת – לא לכאן ולא לכאן – למוסדות כגון מרכזי הלידה הטבעית, שלא אמורים לעסוק בלידות בסיכון או לידות שמהלכן אינו תקין. בניסוח אחר, מדובר בלקונה – ולא בהסדר שלילי או חיובי. יש לפנות אפוא למהותם של מרכזי הלידה הטבעית, ולבחון איזה חלק בפקודה הוא המתאים ביותר לשם אסדרתם, אם בכלל.

4. הבחינה המהותית של מרכזי הלידה הטבעית מבליטה שתי נתונים: מן הצד האחד, הדין מכיר באפשרות של יולדת ללדת בביתה בנסיבות מסוימות. מן הצד השני

מרכזי הלידה הטבעית הם מוסדות שפועלים למטרות רווח ובכל מקרה פתוחים לציבור הרחב, ולא ביתן הפרטי של היולדות. כל אחת מן הנקודות משפיעה על האופן שבו יש לבחון את מרכזי הלידה הטבעית.

ראשית, האפשרות של היולדת ללדת בביתה משמיעה כי אין הכרח, בעיני הדין, ללדת דווקא בבית חולים. בד בבד, גם האפשרות של לידת בית מוגבלת ומפוקחת. בפרט, ניתנה הדעת לכך שהלידה יכולה להיות בבית כל עוד לא מדובר בלידה "בסיכון", וכל עוד לא מתגלעים קשיים רפואיים המצריכים טיפול משמעותי. מכאן הצורך בקרבה לבית חולים (אפשרות הגעה לבית חולים עם חדר לידה מאושר בתוך 30 דקות, כדרישת סעיף 2.2.3 לחוזר מינהל הרפואה מס' 17/2012) ובאפשרות להגיע אליו במקרה שבו מהלכה של הלידה לא יהיה תקין. מגבלה זו מלמדת על היש ועל האין שבלידת בית: יש הכרה בכך שלידה ללא סיבוכים אינה דורשת בית חולים; אין הכרה בכך שניתן למצוא חלופות לבית החולים. הבית אינו יכול להפוך לבית החולים, אלא מדובר במסגרות שעשויות להיות משלימות אם אין נתוני רקע שמחייבים לקיים את הלידה מלכתחילה בבית חולים.

שנית, ומן הצד האחר, לידה במרכז לידה טבעית אינה "לידת בית", לא רק מפני שהיא אינה נערכת בבית, אלא במובן זה שמדובר במוסד מסחרי שעורך פעילות של לידות למטרות רווח או לכל הפחות במוסד ציבורי. אין המדובר במי שבוחרת ללדת בביתה, תוך מימוש האוטונומיה שלה ובכפוף לכללים בדבר שמירה על שלומו של היילוד. לפיכך נדרשת אסדרה של פעילות המרכזים, לא רק מבחינת מניעת הטעיה של הנשים היולדות, לבל תחשובנה כי המרכז משמש בצורה כלשהי תחליף לבית החולים ולטיפול הרפואי שניתן בו, אלא גם מבחינת הפיקוח על אופן ההתנהלות הרפואית – תהא הגדרתה "שירותי רפואה" או "טיפול רפואי". במסגרת הפסקה הקודמת הוזכר כי הפקודה כוללת ארבעה סוגי מוסדות רפואיים, ולצד "בית חולים" ישנה הכרה גם ב"מרפאה" שבה ניתנים שירותי רפואה או טיפול רפואי. נוסיף כעת כי פתיחת כל אחד מארבעת סוגי המוסדות דורשת רישום "בידי המנהל בהתאם להוראות פקודה זו והתקנות לפיה" (סעיף 25(א) לפקודה). הפקודה מוסיפה וקובעת את סמכותו של "המנהל" להתנות את הפעלתו של מוסד רפואי בתנאים: "לא ינהל אדם מוסד רפואי רשום ולא יפעילו אלא בהתאם להוראות פקודה זו והתקנות לפיה, וכן בהתאם לתנאים שקבע המנהל לענין אותו מוסד רפואי" (סעיף 25(ג). ההדגשה הוספה). ביחס למרפאה הוסיף המחוקק וקבע כי "שר הבריאות רשאי, לאחר התייעצות עם ההסתדרות הרפואית בישראל, לקבוע בתקנות לגבי מרפאות, הן דרך כלל והן לגבי סוגים מהן לפי ענפי השירותים או הטיפול הניתן בהן, הוראות בדבר – (1) דרכי הפיקוח על מילוי הוראות התקנות לפי סעיף זה" (סעיף 34(א) לפקודה).

האסדרה נדרשת אפוא. לצד זאת, קיימים הבדלים משמעותיים בין כל אחד מהמוסדות, שמתבטאים בין היתר באסדרה השונה של כל אחד מהם. בפרט, הפקודה דורשת "אישור הקמה" מראש ביחס לבית חולים, אך לא ביחס למוסדות רפואיים אחרים.

השילוב של שני הנתונים – הכרה באפשרות ללדת מחוץ לבית החולים לצד ההכרה בצורך להסדיר פעילות של מוסדות רפואיים – מוביל לנקודה השלישית.

5. ככלל, הלידה היא אירוע מכונן, שניתן לראות בו את שיא היצירה האנושית. אך היא גם מסוכנת, ולכל הפחות טמונים בה סיכונים, גם בימינו. האם הפעילות של מרכזי הלידה הטבעית היא רצויה או בלתי רצויה, בראי האוטונומיה של האישה ויכולתה לעצב ולשלוט על הלידה, אל מול הסיכונים האפשריים לבריאותה ולבריאותו של העובר? על רקע שאלה זו, נראה כי בהליך דנן ישנם שני רבדים – חיצוני ופנימי. הרובד החיצוני עניינו במחלוקת משפטית-פרשנית ביחס לשאלה מהם "טיפול רפואי" ו"שירותי רפואה" או כיצד מוגדרים "בית חולים" ו"מרפאה". הרובד הפנימי עניינו בשאלה מה צריכה להיות הגישה כלפי מרכזי הלידה הטבעית. הרובד האחרון מעורר שאלות נכבדות של מדיניות ציבורית ומתח בין ערכים שונים. לענייננו הדגש הוא בכך שהרובד הפנימי דורש הכרעה. עמדת העותרות היא, מטבע הדברים, כי פעילות מרכזי הלידה הטבעית רצויה ונותנת אפשרות נוספת ואולי טובה יותר למי שאינה מעוניינת ללדת בבית חולים. מנגד, עמדת משרד הבריאות היא שראוי לעודד נשים ללדת בבתי חולים במידת האפשר, וההכרה באפשרות של לידה מחוץ לכתליהם היא בבחינת חריג שראוי לצמצמו. ברם, בפועל לא התקבלה הכרעה זו במסגרת הפקודה. במצב הנוכחי, שבו פעילות מרכזי הלידה הטבעית משלימה לפרוצדורות הרפואיות שניתן לערוך בבתי החולים – ואין יומרה לערוך במרכזי הלידה הטבעית גם לידות שעלולות לדרוש טיפול רפואי משמעותי – המסגרת הנורמטיבית שתואמת יותר את פעילותם היא זו של "מרפאה". זו דורשת, מן הצד האחד, רישום ונתונה לאסדרה, אך לשם הקמתה לא דרוש, מן הצד האחר, "אישור הקמה" כפי שנדרש ביחס לבית חולים (סעיף 24א לפקודה). ודוקו, בפסק דין זה אין קביעה כי חובה להפעיל מרכזי לידה טבעית, אלא כי הפקודה לא נועדה, לפי לשונה ותכליתה, למנוע בצורה אפריורית וללא דיון הפעלה של מרכזים כאלה. בנסיבות אלה, המוסד הרפואי המתאים ביותר לאופן הפעולה של מרכזי הלידה הטבעית שנדונו לפנינו הוא "מרפאה".

לסיכום, מבחינת הלשון ניתן לסווג את מרכזי הלידה הטבעית באחת משלוש דרכים: כ"בית חולים", כ"מרפאה" או שכלל לא מדובר במוסד רפואי אלא במעין "לידת בית". ואולם הפרשנות התכליתית מובילה למסקנה שלידת בית מצד אחד, ובית חולים

מן הצד השני, אינם מתאימים לאופן הפעולה של המרכזים. זאת נוכח אופיים המוסדי, לצד העובדה שהם אינם מחליפים בתי חולים אלא מעניקים שירות רפואי שהטיפול בבית החולים משלים אותו, ככל שהדבר נדרש. כך במהותם של מרכזי הלידה הטבעית וכך גם על פי הדרך שבה הם מציגים את עצמם. לעומת זאת, ההגדרה הרחבה של "מרפאה" – גם כמעין הגדרה שיורית למוסד רפואי שאינו בית חולים – תואמת את השירות שניתן, הטיפול ואת אופי המקום.

מכאן נגזר השלב הבא – אסדרת ה"מרפאה", לרבות השאלה באיזה תנאים יש לאפשר את הרישום. תנאים אלה יכולים להיות גמישים וגם קפדניים ביותר. רוצה לומר, המחוקק רשאי לשלול את קיומם של מרכזי הלידה הטבעית. לעומת זאת, הגורם המאסדר חייב לבחון את הסוגיה ולתת דעתו לכך. מסקנתו מחייבת הנמקה ענייינית ולא שלילת האפשרות על סמך סיווג המוסד. אין בכך להביע עמדה בדבר התנאים הנדרשים, אלא החובה היא לקבוע אותם לגופו של עניין.

6. הייתי נמנע אפוא מקביעה לפיה ניתן לפתוח כבר כיום מרכזים ללידה טבעית, וזאת משני טעמים.

ראשית ועיקר, מוסד רפואי מסוג "מרפאה" דורש, כאמור, רישום ואסדרה. אלה אינם בנמצא, ובהוראות החלות על לידת בית לא די. לא מדובר בלידת בית אלא במוסד שבין כתליו מבוצעות לידות – גם אם לא מדובר בתחליף לטיפול שניתן בבתי חולים בלבד – על כל המשתמע מכך. אופן פעולת המרכזים שונה מלידת בית, הן מבחינת היקף הפעילות והן מבחינת טיבה. נדרשת אסדרה של היבטים רפואיים, ביטוחיים, סניטריים וכדומה. לכן לא ניתן, לטעמי, להסתפק בהחלת ההוראות שמתייחסות ללידת בית על מרכזי לידה טבעית, ולו כפתרון זמני. אף יתכן שגם בתורת מוסד רפואי שאינו בית חולים יוחלט כי קיימים קשיים או דרישות כאלה ואחרים, ותתכנה גם אפשרויות אחרות. אך מדובר בדיון שמקדים את זמנו. ההכרעה בהליך זה היא שלא עולה מן הפקודה קביעה לפיה לידה חייבת להיערך בבית חולים או בביתה של היולדת בלבד, אלא נפתח בה פתח גם לאפשרויות אחרות. ואולם אלה צריכות להיבחן לגופן, ובראי ההתאמה של פעילות מרכזי הלידה הטבעית לדפוס הפעילות של "מרפאה" יש לפעול לפי הוראות הפקודה. כפי שצוטט לעיל, הפעלתו של מוסד רפואי – ובכללו מרפאה – מותנית בשניים: ראשון, רישום בידי המנהל (כהגדרתו בפקודה). שני, עמידה בתנאים שקבע המנהל לעניין אותו מוסד רפואי (סעיף 25 לפקודה, שכותרתו "הפעלת מוסד רפואי"). בנוסף לשני אלה, שר הבריאות אף רשאי – לאחר התייעצות עם ההסתדרות הרפואית ואישור של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת – להתקין תקנות שונות ביחס למרפאות (סעיף

34 לפקודה). השאלה האם מרכזי הלידה הטבעית רשאים אפוא לפעול בשלב זה – ולו במגבלות החלות על לידות בית – תלויה ברישום ובעמידה בתנאים. לפי החומר שהוצג לנו לא התנהל רישום כזה, שמן הסתם יותנה בתנאים שאותם על המנהל לקבוע לפי הפקודה. לפיכך טרם התקיימו הוראות הפקודה המאפשרות למרכזי הלידה הטבעית לפעול, ונוכח הצורך הברור באסדרה – הייתי נמנע מהוראה לפיה ביכולתם לפעול כבר בשלב זה ללא רישום (או תוך רישום פורמלי בלבד) ומבלי לקבוע תנאים שבהם עליהם לעמוד. בהתאם, אף יש מקום לשקול, בכפוף לעמדות המקצועיות, כי האסדרה המהותית תיקבע בדרך של התקנת תקנות.

לכך מצטרף הטעם השני, לפיו ה"מעשה העשוי" כיום הוא סגירת מרכזי הלידה הטבעית, כך שהחיוב ברישום ובעמידה בתנאים שטרם נקבעו אינו משנה את המצב אלא מותירו בעת הזאת על כנו. אוסיף כי נוכח "החלל האסדרתי" הקיים, שמבוסס לטעמי על פרשנות שגויה של הגדרת "בית חולים" בפקודה, לפיה לא ניתן ללדת מחוץ לבית חולים (למעט לידות בית) – מצופה כי הגורמים הרלוונטיים יתנו דעתם לסוגיה בהקדם. על המשיבים לפעול במהירות הראויה לשם רישום וקביעת תנאים שנותנים מענה לשלל ההיבטים הכרוכים בהפעלת מרכזי לידה טבעית. מכיוון שהעיסוק בנושא אינו חדש להם, ניתן לצפות כי כבר ישנן "על המדף" אפשרויות אסדרה כאלה ואחרות, באופן שיקצר את פרקי הזמן הנדרשים; אך אין מקום לאפשר למרכזי הלידה הטבעית לפעול כבר בשלב זה בהיעדר תנאים שנתפרו למידותיהם, או לראותם מבחינה זו כ"לידת בית" בביתה של היולדת.

ויודגש, מסקנתי זו אינה רק בגדר בחינת התאמתם של מרכזי הלידה הטבעית להגדרות הפקודה השונות מבחינה פורמלית, תוך קביעה כי ההגדרה המתאימה אינה "בית חולים" אלא "מרפאה". לדעתי, הגדרה זו תואמת לא רק ללשון הפקודה, אלא גם לתכליתה, למציאות ולמנהג ביחס להגדרת מונחים אלה. מרפאה, כאמור, היא מונח רחב מאוד, בעוד בית חולים מוגדר באופן יותר ספציפי. לצד זאת, יש מתח בין האוטונומיה של האישה ביחס לאופן הלידה ובין שיקולים רפואיים של הגנה על הציבור – הן בקשר ליולדת וביתר שאת כלפי העובר. החברה רשאית לקבוע עמדה בכגון דא. בל נשכח כי הדין והנוהל אף קובעים תנאים למסלול של לידת בית. צורך זה נדרש אפילו יותר כאשר מדובר במוסד מסחרי או ציבורי רחב יותר. לכן, דעתי לפיה קודם להפעלת מרכזי הלידה הטבעית יש צורך בקביעת תנאים ואסדרה בהתאם לדרישות הפקודה – תואמת לא רק את דרישות החוק אלא גם את המתח האמור, ואת תכלית החוק שמעוניין ליצור איזון ראוי.

7. סוף דבר, תשובתי לשאלה שהוצגה בהחלטה לקיים דיון נוסף – "האם מרכזי לידה טבעית מחויבים ברישוי כבתי חולים בהתאם לסעיף 24 לפקודה" – היא בשלילה. בהתאם, ובניגוד לנפסק בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, אין מקום לקבוע שמרכזי הלידה הטבעית, כפי שהוצגו לפנינו, הם בבחינת "בית חולים" לעניין חלק ד' לפקודה. לצד זאת, ובמישור הסעד, התנאי שקובעת הפקודה להפעלת המרכזים-המרפאות הוא רישום ועמידה בתנאים שיקבע המנהל, ולא ניתן להפעילם קודם לכן. איני סבור כי יש מקום לאפשר למרכזי הלידה הטבעית לפעול כבר בשלב זה. לשם כך על הגורם המתאים והמוסמך לקיים דיון בנושא, תוך הכרעה האם וכיצד יכולים מרכזי הלידה הטבעית לפעול.

ש ו פ ט

<u>הנשיאה א' חיות:</u>

1. אני מסכימה לחוות דעתה המנומקת של חברתי השופטת ד' ברק-ארז ולתוצאה שאליה הגיעה, ולפיה מרכזי לידה טבעית אינם "בתי חולים" כמובנם בסעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם, 1940 (להלן: פקודת בריאות העם או הפקודה). עם זאת, לנוכח חילוקי הדעות שהתגלעו בין מקצת מחבריי, ראיתי לנכון להוסיף מספר הערות.

2. השאלה שעומדת במוקד הדיון הנוסף היא "האם מרכזי לידה טבעית מחויבים ברישוי כ'בתי חולים' בהתאם לסעיף 24 לפקודת בריאות העם, 1940" (ראו החלטתי מיום 27.1.2019).

סעיף 24 לפקודה קובע כי:

> "לצרכי חלק זה יכלול המונח 'בית חולים' כל בית חולים, מבראה, בית מרפא וכל בנין המשמש, או מכוון לשמש, לקבל אנשים הסובלים מכל חולי, פצע, ליקוי גופני או רוחני ולקבלת נשים יולדות, כדי לטפל באנשים טיפול רפואי, בין שניתן או הובטח ובין שלא ניתן או הובטח שכר או תשלום ע"י כל אדם שנתקבל שם כנ"ל".

חבריי עמדו על שתי פרשנויות אפשריות להגדרת המונח "בית חולים" בסעיף זה. האחת – כי המונח כולל מרכזי לידה טבעית, כך שמשרד הבריאות מוסמך למנוע ממוסדות אלו לפעול בהיעדר רישיון מתאים. השנייה – כי המונח "בית חולים" אינו מקיף

מרכזי לידה טבעית, כך שאם משרד הבריאות יבקש להסדיר את פעילותם של מרכזים אלו, הוא יידרש להסתמך על מקור נורמטיבי אחר.

3. השאלה שלפנינו היא, אפוא, שאלה של פרשנות הוראת חוק מנדטורית ובהתאם לכללי הפרשנות הנוהגים עמנו, ראשיתו של המסע הפרשני היא בחינה של לשון החיקוק. מקום שבו בחינה זו מעלה שלשון ההוראה יכולה לשאת יותר מפרשנות אחת, יש לבחור באותה הפרשנות שמיטיבה להגשים את תכליות החיקוק (ראו, בין היתר: בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה - צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל, פסקה 21 לפסק דיני (25.1.2021) (להלן: עניין טבקה)).

4. בבחינת ההיבט הלשוני של סעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם התמקדו מרבית חבריי השופטים במונח "טיפול רפואי". חברתי השופטת ברק-ארז עמדה על כך שעמימותו של המונח אינה מאפשרת לסיים את הבחינה הפרשנית בשלב הלשוני, ואני מצטרפת בהסכמה לטעמיה ולמסקנתה. לכך אוסיף כי לשיטתי, עיון בלשון הסעיף מעלה שתיבות נוספות בו הן דו-משמעיות ומצדיקות מַעֲבָר לבחינת תכלית הפקודה. כך, סעיף 24(ב) מונה שתי קבוצות אנשים שבית חולים אמור לקבל: "אנשים הסובלים מכל חולי פצע, ליקוי גופני או רוחני", וכן "נשים יולדות". בין שתי הקבוצות הללו מחברת ו' החיבור. נראה לפיכך על פני הדברים כי בית חולים הוא מוסד שבו מקבלים אנשים הסובלים מחולי, פצע או ליקוי וכן נשים יולדות ועיון בנוסח האנגלי של פקודת בריאות העם מגלה כי מופיעה בו מילת החיבור and. עם זאת, "בלשון העברית משמש ו' החיבור פעמים בתור 'וגם' ופעמים בתור 'או', הכל לפי הענין" (בג"ץ 225/65 דויד נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי-הדין, פ"ד כ(1) 83, 84 (1966); וראו גם: חיים כהן "סכלות ו/או איוולת" לשוננו לעם לב(א) 3, 4 (1981)). לפיכך, אני סבורה כי יש לצאת מנקודת ההנחה שלשון הפקודה סובלת את שתי הפרשנויות: הפרשנות לפיה "בית חולים" הוא מוסד הנדרש לקבל אנשים חולים וכן נשים יולדות, והפרשנות לפיה "בית חולים" יכול להיות מוסד אשר – בדומה למרכזי הלידה הטבעית – מקבל נשים יולדות בלבד. לעמדתי, די בדו-משמעות זו כדי לקבוע שלשון הפקודה איננה חד-משמעית כפי שסבר השופט אלרון, ועל כן לא ניתן לסיים את הבחינה הפרשנית בשלב הלשון.

באופן דומה אני סבורה כי קיימת עמימות ביחס לאופן שבו יש לפרש את התיבה "כדי לטפל באנשים טיפול רפואי". כאמור, רוב חבריי התמקדו בהגדרת המונח "טיפול רפואי", ולשיטת חברי השופט אלרון, הבדיקות השגרתיות שנערכות ליולדת במרכז, בצירוף ההשגחה מטעם גורם בעל הכשרה רפואית הנכון להעניק טיפול דחוף, עולות יחד כדי "טיפול רפואי" (פסקה 4 לחוות דעתו). לגישתי, ניתן לקרוא את התיבה "כדי

לטפל באנשים טיפול רפואי" כמציבה מבחן של "מרכז כובד": קרי, האם מטרתו העיקרית של המוסד היא הענקת טיפול רפואי, או שמא מטרה אחרת. כפי שהדגישה חברתי השופטת ברק-ארז, לידה כשלעצמה איננה הליך המחייב בהכרח התערבות רפואית או טיפול רפואי. לפיכך, יש ליתן משקל לעובדה שהפעולות הרפואיות שמבוצעות במרכזי הלידה הטבעית, אינן מצויות במוקד פעילותם של מרכזים אלו ואינן מהוות את המטרה העיקרית לפעילותם. על כן, ספק בעיניי אם ניתן לקבוע באופן נחרץ ובלי טעמים נוספים כי מרכז לידה טבעית הוא מקום שנועד "כדי לטפל באנשים טיפול רפואי".

ספקות אלה באשר למשמעות הלשונית של הוראת סעיף 24 לפקודה, מוליכים אותנו אל התחנה הבאה במסע הפרשני והיא – בחינת תכליתה של ההוראה.

5. חברתי השופטת ברק-ארז התמקדה בניתוח התכלית האובייקטיבית של פקודת בריאות העם, שכן לשיטתה לא ניתן להיעזר בתכלית שעמדה לנגד עיניו של המחוקק המנדטורי (פסקאות 83-85 לחוות דעתה). כחברתי, אף אני סבורה שלא ניתן לגזור מסקנה חד-משמעית מכוונתו של המחוקק המנדטורי, בהינתן העובדה שסעיף 24(ב) לפקודה נוסח ותורגם לעברית לפני כשמונה עשורים, בעת שהמצב בארץ בהיבטים רפואיים, טכנולוגיים ולוגיסטיים היה שונה בתכלית. חברי השופט סולברג ביקש לגזור את התכלית הסובייקטיבית של המונח "בית חולים" מהליכי החקיקה של תיקון מאוחר לפקודת בריאות העם – תיקון מס' 6, שבמסגרתו נוספה לפקודה הגדרת המונח "מרפאה". גישה זו הובילה אותו אל המסקנה כי בית חולים, להבדיל ממרפאה, הוא מקום שבו חולים או נשים יולדות מתאשפזים – קרי, "נקלטים בתוכו, ושוהים בו למשך תקופה מסוימת לצורך קבלת טיפול רפואי" (פסקה 9 לחוות דעתו). מהלך פרשני זה הוא מוקשה בעיניי ומכל מקום, עיון בפרוטוקול של ישיבות ועדת העבודה והרווחה של הכנסת (להלן: הוועדה) במסגרת הליכי חקיקת תיקון מס' 6 לפקודה, אינו מוביל למסקנה חד-משמעית. אכן, חוסר הבהירות בנוגע להגדרת המונחים "בית חולים" ו-"מרפאה" ניכר גם בדיוני הוועדה. כך למשל, היועץ המשפטי של קופת חולים כללית, עו"ד יוסף חלד, ציין באחת הישיבות כי בבתי חולים אמנם קיימת "פרוצדורה מסויימת" של קבלת חולים ושחרורם אשר אינה נדרשת במרפאה – אך הוסיף:

> "האם הכוונה היא לבית-חולים יום? אם מדובר על בית-חולים יום, שם יש פרוצדורה של קבלת חולה ושחרור חולה, אבל לא במרפאה רגילה ולא בתחנת טיפת חלב. לדעתי, צריכה להיות הבהרה בנקודה זו.
> [...]
> כשמדובר בבית-חולים יום, יש ספק וויכוח אם זה אישפוז או לא. לכן, אולי יהיה נכון לדבר על קבלת חולה למספר

שעות, כדי להימנע מקשיים מיותרים" (פרוטוקול ישיבה מס' 175 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-9, 4 (13.2.1979); ההדגשה הוספה).

בישיבה מאוחרת יותר הביע נציג משרד הבריאות, מר פרנקל, הסתייגות מביסוס ההבחנה בין "בית חולים" ובין "מרפאה" על הפרוצדורה של קבלת חולים ושחרורם. וכך ציין: "זה לא מדוייק שרק בבית-חולים או בבית-חולים יום יש ענין של קבלה ושחרור חולים. ניקח לדוגמא את מגן דוד אדום או טיפות-חלב [...] צריך לרשום שהוא בא, צריך לרשום שהוא הלך. אם יש המשך טיפול צריך לרשום מה הוא קיבל" (פרוטוקול ישיבה מס' 254 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-9, 7 (31.10.1979)). לבסוף, כפי שאף ציין השופט סולברג בחוות דעתו, הוועדה החליטה להשמיט את התיבה "שלא בדרך אישפוז" מהגדרת המונח "מרפאה" במסגרת תיקון מס' 6.

6. אשר לתכלית האובייקטיבית – חברתי השופטת ברק-ארז עמדה על כך ש"ההסדר הקבוע בפקודת בריאות העם מכוון, בעיקרו, להסדרה מינהלית-מוסדית של גופים כגון מרפאות ובתי חולים", וכי המחוקק התווה "מעין 'פירמידה' מוסדית" שבראשה ניצב בית החולים, שהוא המוסד הגדול והמורכב ביותר (פסקאות 94 ו-97 לחוות דעתה). למסקנה בדבר הפרשנות הראויה למושג "בית חולים" ניתן להגיע גם בדרך נוספת. כפי שנפסק בעבר, "חזקה על תכליתה של החקיקה שהיא נועדה להגשים זכויות אדם" (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 417 (1995); ראו גם עניין טבקה, בפסקה 30 לחוות דעתי), ובהינתן שתי פרשנויות אפשריות לדבר חקיקה יש להעדיף את הפרשנות המקיימת זכויות אדם על פני זו שפוגעת בהן (בג"ץ 781/15 ארד פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, פסקה 21 לחוות דעתי (10.3.2021); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 553-554 (1993); פסקה 86 לחוות דעתה של חברתי השופטת ברק-ארז). לגישתי, הפרשנות לפיה מרכזי הלידה הטבעית מחויבים בתנאי הרישוי כ"בתי חולים" כרוכה בפגיעה בזכותן של נשים יולדות לאוטונומיה. זאת, משום שפרשנות לפיה מרכזי לידה טבעית מחויבים ברישוי כ"בתי חולים" מחייבת כי מוסדות אלו יהיו כפופים לתנאים מחמירים לשם קבלת הרישיון המתאים (ראו, למשל, סעיפים 27(ג) ו-27(ו) לפקודת בריאות העם; תקנה 8 לתקנות בריאות העם (רישום בתי חולים), התשכ"ו-1966 (להלן: תקנות הרישום)). בעת קבלת החלטה אם לאשר רישום של בית חולים, אף נדרש מנכ"ל משרד הבריאות ליתן את הדעת, בין היתר, ל"שיעור המיטות לנפש באוכלוסיה [...] ומספר המיטות וצורכי האוכלוסיה באזורי הארץ השונים" וכן ל"פריסת מיטות האשפוז ונגישות הציבור אליהן" (תקנות 6ב(2) ו-6ב(3) לתקנות הרישום). ברי כי תנאים אלו עלולים להכביד על

המבקשים להקים מרכזי לידה טבעית, לעכב את הקמתם, ואולי אף למנוע כליל הקמת מרכזים מסוימים – למשל, מרכזים קטנים עם פחות משתים-עשרה מיטות.

7. חברי השופט אלרון ציין בחוות דעתו בהקשר זה כי דרישת הרישוי כבית חולים "אינה פוגעת באופן ישיר באוטונומיה של נשים ללדת היכן שהן חפצות בכך" (פסקה 8 לחוות דעתו). זאת, משום שדרישת הרישוי לא חלה על היולדות עצמן אלא על מרכזי הלידה הטבעית. אומנם, אם לא יפעלו מרכזי לידה טבעית תוכלנה חלק מהנשים ללדת בלידת בית (ככל שברשותן חדר בגודל 10 מ"ר לפחות שממנו ניתן להגיע לבית חולים תוך 30 דקות; ראו בהקשר זה פסקה 107 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז) או בחדר לידה טבעית בבית חולים (אשר בפועל אינו בנמצא בכל בתי החולים בישראל, ואשר השימוש בו כפוף לזמינותו בזמן נתון; ראו פסקה 12 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז). אולם, ההשלכה הישירה של סיווג מרכזי הלידה הטבעית כ"בתי חולים" היא צמצום יכולתן של נשים רבות להשפיע על תהליך הלידה, שכן החלופות שעליהן עמדתי אינן נגישות לכל הנשים באשר הן.

8. נוכח משמעותה של חוויית הלידה, על הפגיעות, ההתרגשות והמטען הרגשי העצום הנלווה לה, ונוכח ההבדל המהותי בין הליך של לידה טבעית להליך לידה טיפוסי תחת השגחה רפואית בבית חולים, אני סבורה כי הגבלת פעילותם של מרכזי הלידה הטבעית – וכפועל היוצא מכך הגבלת גישתן של נשים להליך לידה מסוג זה – עולה כדי פגיעה שאיננה זניחה או אגבית בלבד בזכותן לאוטונומיה (ראו גם דבריה הנכוחים של השופטת ברק-ארז בפסקה 72 לחוות דעתה).

9. הנה כי כן, ההגדרה העמומה של המונח "בית חולים" בפקודת בריאות העם, בצירוף העיקרון הנקוט עמנו שלפיו יש להעדיף פרשנות של חיקוק אשר אינה כרוכה בפגיעה בזכויות אדם – מובילים למסקנה שיש להעדיף את הפרשנות לפיה המונח "בית חולים" אינו כולל מרכזי לידה טבעית, ולפיכך ככל שמשרד הבריאות מבקש להסדיר את פעילותם של המרכזים הללו, עליו להסתמך על מקור נורמטיבי אחר מלבד סעיף 24(ב) לפקודה.

10. ויובהר – במסקנתי זו אין משום הבעת עמדה בשאלה מהו אופן ההסדרה הראוי למרכזי הלידה הטבעית – כמרפאות; כמוסדות הכפופים לחוזר מינהל רפואה מס' 17/2012 בעניין לידות בית (להלן: חוזר לידות בית); או במסגרת הסדר ייחודי (sui generis). זוהי סוגיה כבדת-משקל שיש לה פנים לכאן ולכאן, אך לא זו השאלה שהונחה במסגרת הדיון הנוסף ולא בה מיקדו הצדדים את טענותיהם. לפיכך אינני סבורה כי יש

מקום להכריע בה כעת. עם זאת, מטעמים מעשיים אני מצטרפת להצעתה של חברתי השופטת ברק-ארז (בפסקה 126 לחוות דעתה) כי עד שתוסדר פעילותם של מרכזי הלידה הטבעית – בין בחקיקה, בין בהנחיות מטעם משרד הבריאות ובין בדרך אחרת – יחולו על המרכזים הללו הוראותיו של חוזר לידות בית.

11. ולסיום: מסופר על הרב מנחם מנדל שניאורסון (הרבי מלובביץ') שהסתייג מהמונח "בית חולים" וקידם הצעה לשם חלופי – "בית רופאים". בהקשר זה הסביר הרבי כי "החולה הרי נחלה בבית, ומפני מה הולך הוא ל'בית' זה? – מפני ששם נמצאים הרופאים. אזי טוב יותר וזכות יותר לקרוא לזה 'בית רופאים'" (יחיאל הררי סודו של הרבי 162 (2013)). מרכזי הלידה הטבעית שבמוקד הדיון הנוסף נועדו ללוות את היולדות, לתמוך בהן ולסייע להן לעבור את חוויית הלידה באופן שונה מזה שצפוי להן תחת פיקוח רפואי בבית חולים. אף שגורמים רפואיים עשויים להימצא במרכז לידה טבעית, ואף שלעתים תתבצענה בו פעולות רפואיות – מדובר במוסד שרחוק מלהיות "בית חולים" או "בית רופאים" על כל המשתמע מכך. על כן, ככל שהמשיבים סבורים כי יש צורך להסדיר את פעילותם של מרכזים אלו, סעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם איננו הסעיף המבסס את סמכותם לעשות כן.

ה נ ש י א ה

הוחלט ברוב דעות (השופטת ד' ברק-ארז בהסכמת הנשיאה א' חיות, השופט נ' הנדל, השופט י' עמית והשופט ע' גרוסקופף, **בניגוד לדעתם החולקת של השופטים** נ' סולברג ו-י' אלרון) **כי מרכזי לידה טבעית אינם "בתי חולים" כמובנם בפקודת בריאות העם, 1940, ומשכך אין למשרד הבריאות סמכות לאסור על הפעלתם מכוח ההוראה הדורשת הפעלת בית חולים ברישיון.**

כן הוחלט ברוב דעות (השופטת ד' ברק-ארז בהסכמת הנשיאה א' חיות, השופט י' עמית והשופט ע' גרוסקופף, **בניגוד לדעתם החולקת של השופטים** נ' הנדל, נ' סולברג ו-י' אלרון) **כי עד שמשרד הבריאות יגבש הנחיות קונקרטיות לאסדרתם של מרכזי הלידה הטבעית (או עד שתתקבל חקיקה בנושא), יחולו על מרכזים אלה הוראותיו של חוזר משרד הבריאות בעניין לידות בית.**

ניתן היום, י"ב באב התשפ"א (21.7.2021).

ה נ ש י א ה	**ש ו פ ט**	**ש ו פ ט**
ש ו פ ט	**ש ו פ ט ת**	**ש ו פ ט**
ש ו פ ט		