



8.10.2020

לכבוד	לכבוד	לכבוד
מר אביחי מנדלבלית	מר יולי אדלשטיין	עו"ד שגית אפיק
היועץ המשפטי לממשלה	שר הבריאות	מ"מ היועמ"ש של הכנסת
בפקס : 02-6467001	בפקס : 02-5655993	בפקס : 02-6753495

שלום רב,

הנדון: חוק לתיקון פקודת בריאות העם (תיקון מס' 34), התש"ף – 2020

הריני לפנות אליכם בהקשר לחוק לתיקון פקודת בריאות העם (תיקון מס' 34) כדלקמן:

1. ביום 26.8.2020 התקבל בכנסת חוק לתיקון פקודת בריאות העם (תיקון מס' 34), התש"ף – 2020 (להלן: "חוק תיקון פקודת בריאות העם", או "התיקון לפקודה").
 2. לכאורה נועד חוק זה לממש את עקרון החוקיות בכל הנוגע לאכיפת הפרת המגבלות המוטלות על אזרחים ותושבים במהלך תקופת התפשטות נגיף הקורונה החדש. לצורך כך, התיקון הזה קובע כי מי שמפר הוראות צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית הוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף – 2020, דינו קנס לפי סעיף 61 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 ובכך מייצר עבירה פלילית בגין הפרת מגבלות הקורונה שבצו בריאות העם.
 3. ההפרות של צו בריאות העם שיקימו עבירה פלילית לפי התיקון לפקודה, הינן: הפרת חובת דיווח לחבי בידוד; חב בידוד שמגיע למקום הבידוד בתחבורה ציבורית; מי שמפר חובת דיווח על בידוד ומי שמפר את חובת עטיית מסכה (סעיף 20 לחוק). סכום הקנס לפי סעיף 61(א) לחוה"ע עלול לעמוד על 14,500 ₪.
 4. יודגש, כי אותו צו בריאות העם, אושר ונחתם על ידי מנכ"ל משרד הבריאות לשעבר, מר משה בר-סימן-טוב.
 5. עוד קובע החוק כי אותן הפרות המקימות עבירה פלילית ייחשבו גם לעבירות מנהליות לפי חוק העבירות המנהליות, התשמ"ו – 1985 ובגינן ניתן להטיל קנס מנהלי כדלקמן: בגין הפרת חובת בידוד או הגעה למקום בידוד בתחבורה ציבורית קנס מנהלי על סך 5,000 ₪; בגין הפרת חובת דיווח על בידוד קנס מנהלי ע"ס 3,000 ₪ ובגין הפרת חובת עטיית מסכה, קנס מנהלי ע"ס 500 ₪.
- אלא מה, שהחוק נגוע בפגמים אחדים ההופכים אותו לבלתי חוקתי ואלה עיקרי הפגמים:

6. החוק מסמיך את מנכ"ל משרד הבריאות לשנות או לתקן את העבירות המנויות בסעיף 20ג לחוק ובכך לייצר ולקבוע עבירות פליליות חדשות שטרם הוגדרו ונקבעו בתיקון לפקודה וקביעתן נותרה לשיקול דעתו של מנכ"ל משרד הבריאות. בכך מוענק למנכ"ל משרד הבריאות שיקול דעת גורף לקבוע, לתקן או לשנות את צו בריאות העם, כך שכל שינוי של צו בריאות העם ישפיע במישרין על היקף העבירות הפליליות לפי חוק זה.

7. כמו כן, סעיף 20א(2) לחוק לתיקון פקודת בריאות העם אמנם קובע כי כל שינוי או תיקון או יצירת חובה חדשה על ידי מנכ"ל משרד הבריאות לצו בריאות העם חייבת להיות מובאת לאישור בפני וועדה העבודה והרווחה של הכנסת. לוועדת הכנסת הסמכות לאשר או לתקן או לבטל את אותו התיקון לצו בריאות העם שאושר על ידי מנכ"ל המשרד וזאת תוך 72 שעות. אך יחד עם זאת, נקבע בתיקון לפקודה, כי במידה וועדת הכנסת אינה מקבלת החלטה כלשהי במסגרת 72 השעות שניתנו לה, אז אותו שינוי לצו בריאות העם יפורסם ברשומות וייכנס לתוקף ובכך יקבל גושפנקא ותוקף משפטי והפרת אותו מגבלות שייקבעו על ידי המנכ"ל, יהיו עבירות פליליות ומנהליות חדשות שניתן יהא לאכוף בפועל וזאת ללא אישור מטעם הכנסת וללא קיום חובת הפיקוח הפרלמנטארי.

8. יודגש בהקשר זה, כי אותו סעיף 20א(2) לחוק ממשיך וקובע כי לאחר פרסום התיקון לצו בריאות העם ברשומות, תקיים הוועדה של הכנסת דיון בכדי להחליט אם לאשר, לתקן או לדחות את התיקון וזאת תוך 7 ימים עם אפשרות להאריך את מועד הישיבה ל- 7 ימים נוספים, אך משמעות הדבר הוא שיתקיים מצב בו קיימות עבירות פליליות ומנהליות הניתנות לאכיפה ואשר נקבעו שלא כדין ובניגוד לעקרון החוקיות לתקופה של שבועיים לפחות.

9. עוד קובע החוק בסעיף 20א(3) כי במקרה של דחיפות המחייבת כי התיקון לצו בריאות העם ייכנס לתוקף באופן מיידי ובמועד מוקדם יותר, ניתנת סמכות למנכ"ל המשרד לתקן את צו בריאות העם **ללא אישור של וועדת הכנסת**. אותו סעיף מאפשר למנכ"ל להגיש את התיקון לצו לוועדת של הכנסת "סמוך ככל האפשר" לאחר פרסום התיקון לצו ברשומות. מדובר בחובת הגשה בלבד ללא צורך בקבלת אישור של וועדת הכנסת.

עיקרו של החוק לעיל נגועים במספר פגמים חוקתיים ואלה עיקריהם:

10. **ראשית**, מדובר בתיקון לפקודה מנדטורית עוד מלפני קום המדינה שנועדה להעניק סמכות לשר הבריאות להכריז על מחלה מדבקת כמגפה מסוכנת ולנקוט בצעדים ופעולות בכדי להתמודד עם התפשטותה. מדובר בפקודה דרקונית שלא נותנת משקל לזכויות חוקתיות בהיותה מעניקה סמכויות מפליגות. בהקשר זה ראו מאמרו של אליקים רובנשטיין "על רפואה ועולם המשפט בישראל" המשפט ח 645 (2003), שם מציין בעמוד 656 כי פקודת בריאות העם כולל "סמכויות מפליגות, שהן בעייתיות במדינה דמוקרטית בראשית המאה ה-21".

11. לא זו בלבד אלא שפקודת בריאות העם מעניקה בסעיף 20 סמכויות לשעת חירום לשר הבריאות. התיקון לפקודה כעת מרחיק לכת עוד יותר ומעניק סמכות לקביעת מגבלות שהפרתן נהפכת לעבירות פליליות ומנהליות למנכ"ל משרד הבריאות, וזאת בניגוד מוחלט לקבוע בסעיף 20 לפקודה.

12. מכאן, שמן הראוי לאשר הסדר כזה במסגרת הסדר חקיקה ראשית אשר יאפשר בחינת מכלול הסוגיות העולות מהסמכה כזו המעניקה לפקיד, בכיר ככל שיהא, סמכויות לקביעת עבירות פליליות וזאת בניגוד ותוך הפרה חמורה לעקרון החוקיות בפלילים ותוך הפרת חובת הפיקוח הפרלמנטארי, והכל כפי שיובהר בהמשך.

13. **שנית**, הסמכת מנכ"ל משרד הבריאות, שאינו שר ואינו מחוקק המשנה, מנוגדת לסעיף 37 לחוק יסוד: הממשלה הקובע באופן מפורש בס"ק (א) כי "שר הממונה על ביצוע של חוק מוסמך להתקין תקנות לביצועו" ובס"ק (ב) קובע כי "חוק יכול שיסמך את ראש הממשלה או שר להתקין תקנות בענין שנקבע בהסמכה". היינו חוק יסוד: הממשלה קובע כי רק שר או ראש הממשלה, יכולים להתקין תקנות בהיותם מחוקק המשנה. והנה התיקון לפקודה מעניק סמכות למנכ"ל משרד לקבוע עבירות פליליות חדשות או לבטלן או לשנותן באמצעות צו.

14. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, "חקיקת משנה: נוהל והנחיות", מספר הנחיה 2.3100 (60.012), עדכון: י"ד חשון התשס"ד, 9 נובמבר 2003, קובעת: "דרך-כלל רצוי שהחוק יעניק את הסמכות להתקין תקנות לשר ולא לרשות אחרת" כאשר הנימוקים לכך הינם:

"(1) הסמכות להתקין תקנות הרי היא מן הסמכויות החשובות ביותר של המינהל הציבורי, ובאופן עיקרוני **ככל שהסמכות חשובה יותר, ראוי שהיא תופקד בידי דרג מינהלי גבוה יותר.**

(2) לעיתים קרובות, הסמכות להתקין תקנות כרוכה בשיקולי מדיניות אשר ראוי כי ישקלו על-ידי מי שעומד בראש המערכת.

(3) האחריות של שר, בפני הממשלה ובפני הכנסת, היא בלתי מסויגת כאשר מדובר בסמכות המופעלת על ידו באופן אישי, ומן הראוי שבגלל חשיבותה של החקיקה המינהלית תוטל על השר, בעניין זה, אחריות רחבה כזאת.

לפיכך רצוי להימנע מהקניית הסמכות להתקין תקנות לעובדי ציבור אחרים, ואפילו הם עובדי מדינה בכירים, גם כאשר מדובר בתקנות המסדירות נושא מקצועי המצוי בתחום הידיעה של מומחים לדבר, ולא בתחום הידיעה האישית של השר.

15. אי לכך, הסמכת מנכ"ל משרד הבריאות לייצר עבירות פליליות הינה בלתי חוקתית בהיותה מנוגדת לחוק יסוד ועל כן יש לבטלה.

16. **שלישית**, התיקון לפקודה מנוגד לעקרון החוקיות המעוגן בסעיף 2 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 והדורש בס"ק (ב) כי תקנה הקובעת עבירה פלילית תקבל אישור של וועדת כנסת. סעיף 2(א) לחוק העונשין קובע, כי עבירה פלילית נקבעת בחוק או על פיו. סעיף 2(ב) לחוק קובע את התנאים לקביעת עבירה פלילית במסגרת תקנות, ולפיהן תקנה הקובעת עבירה פלילית חייבת לעבור אישור פרלמנטארי של וועדה של הכנסת. בהקשר זה יש להדגיש כי בית המשפט העליון קבע רק לאחרונה כי דרישת הפיקוח הפרלמנטארי שעוגנה בסעיף 2(ב) לחוה"ע **הינה בעלת "נופף חוקתי" ובמידה והיא לא מתקיימת דינן של התקנות להתבטל מעיקרון (ראו: רע"פ 8182/18 אליעזר מושיא נ' מדינת ישראל, פסקאות 10-11 לחוות דעתו של השופט אלרון (18.2.2020).**

17. בנוסף לכך, התיקון לפקודה מנוגד לחובת הפיקוח הפרלמנטארי על עבירות מנהליות חדשות כפי שהדבר מתחייב מסעיף 4(א) לחוק העבירות המנהליות, התשמ"ו-1985 הקובע, כי "שר המשפטים רשאי להוסיף או לגרוע חוק מן התוספת הראשונה, בהסכמת השר הממונה על ביצועו של אותו חוק ובאישור הוועדה." כך שהתיקון לפקודה שאמור להוביל לתיקון התוספת הראשונה, מחייב אישור של וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (כהגדרת "וועדה" בסעיף 1(ב) לחוק).

18. אמנם ההוראות לעיל אינן חלק מחוקי יסוד אך מעמדן הוא קונסטיטוציוני והנוגע להפרדת הרשויות אי לכך, הואיל ואין אישור מטעם וועדות הכנסת לא לגבי קביעת העבירות הפליליות ולא לגבי העבירות המנהליות, אזי דין התיקון לפקודה להתבטל.

19. הנה כי כן, עולה כי החוק לתיקון פקודת בריאות העם נגוע בפגמים חוקתיים חמורים היורדים לשורשו של עניין והמחייבים את ביטולו. נזכיר בהקשר זה כי בשל הפגיעה בעקרון החוקיות הגשנו ביום 30.7.2020 עתירה לבג"ץ ודרשנו ביטול כל הקנסות שניתנו בגין אכיפת המגבלות שהוטלו מכח צו בריאות העם ותקנות שעת חירום שאושרו על ידי הממשלה ואשר הטילו מגבלות שונות על תנועתם וחירותם של אנשים במהלך תקופת התפשטות נגיף הקורונה החדש. אחת הטענות העיקריות היתה כי יצירת עבירות פליליות על ידי מחוקק המשנה בניגוד לדרישות עקרון החוקיות כפי שהן מעוגנות בסעיף 2(ב) לחוק העונשין, מחייבת ביטול העבירות הפליליות ובכך גם את ביטול הקנסות שניתנו מכוחן. ראו: בג"ץ 5314/20 **עדאלה נגד היועץ המשפטי לממשלה** (תלוי ועומד).

לאור האמור לעיל,

- א. אנו פונים אל מנכ"ל משרד הבריאות בדרישה לא ליישם ולא לאכוף בפועל את התיקון לפקודה;
- ב. אנו פונים ליועץ המשפטי לממשלה בדרישה להורות למנכ"ל משרד הבריאות שלא ליישם ולא לאכוף את התיקון לפקודה;
- ג. אנו פונים לשר הבריאות בדרישה להורות למנכ"ל משרד הבריאות שלא לאכוף ולא ליישם את התיקון לפקודה.
- ד. אנו מבקשים כי תפעלו לביטול התיקון הנ"ל.

בכבוד רב,
סאוסן זהר, עורכת דין