



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1633/20

בג"ץ 2070/20

לפני :  
כבוד הנשיאה א' חיות  
כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט א' שטיין

העותרת בבג"ץ 1633/20 : "סל" שירותי סיעוד

העותרים בבג"ץ 2070/20 :  
1. התאחדות התעשיינים בישראל  
2. התאחדות המלאכה והתעשייה בישראל  
3. ארגון חברות הניקיון בישראל

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 1633/20 :  
1. מדינת ישראל  
2. שר הבריאות  
3. ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות

המשיבים בבג"ץ 2070/20 :  
1. מדינת ישראל  
2. שר הבריאות  
3. שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים  
4. ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות  
5. הסתדרות העובדים הכללית החדשה

עתירות למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה : כ"ח בתמוז התש"ף (2.7.2020)

בשם העותרת בבג"ץ : עו"ד אביתר קנולר ; עו"ד ענבר אפק נכט ; עו"ד  
ליאת תבל ; עו"ד אבי גרינברג ; עו"ד אלה בר-חיים : 1633/20

בשם העותרים בבג"ץ : עו"ד אריה רייך-מינא ; עו"ד רחל הררי ליפשיץ ;  
עו"ד נטליה זרון : 2070/20

בשם המשיבים בבג"ץ : עו"ד יונתן ברמן ; עו"ד אבי טוויג ; עו"ד מיכל  
לייסר : 1633/20 והמשיבים 1-4  
בבג"ץ : 2070/20

**פסק-דין**השופט א' שטיין:

העתירות

1. העתירות שלפנינו תוקפות את הוצאתה של "תעודת מחלה גורפת לעובד השוהה בבידוד לפי צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (בידוד בית) (הוראת שעה), התש"ף-2020", אשר הוצאה ביום 4.2.2020 על ידי פרופ' סיגל סדצקי, ששימשה ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות (להלן: רשב"צ ומשרד הבריאות, לפי העניין), ואחר-כך עודכנה על ידיה בתאריכים 24.2.2020 ו-9.3.2020 (להלן: תעודת המחלה הגורפת או התעודה). מקורות הסמכות המוצהרים להוצאת התעודה כללו את צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020, אשר ניתן על ידי מנכ"ל משרד הבריאות מתוקף סמכותו לפי סעיף 20(א) לפקודת בריאות העם, 1940 (להלן: הפקודה וצו הבידוד או הצו, לפי העניין) וכן את חוק דמי מחלה, התשל"ו-1976 (להלן: חוק דמי מחלה).

2. לטענת העותרים, אשר כוללים גופים המייצגים מעסיקים רבים (בג"ץ 2070/20) וכן שותפות רשומה שמעסיקה מאות עובדים (בג"ץ 1633/20), תעודת המחלה הגורפת הוצאה בחוסר סמכות ועל כן עלינו להכריז על בטלותה או, למצער, על הגבלת תחולתה לעובדים שכירים שהוגדרו בצו הבידוד כ"חולים". כמו כן מבקשים העותרים כי נכריז על עובדים שכירים שאינם בגדר חולים, ושנכנסו על-כורחם לבידוד מכוח צו הבידוד, כמי שנמצא בחופשה ללא תשלום (בג"ץ 2070/20) וכן נחייב את המשיבה 1, מדינת ישראל, לפצות את המעסיקים על ההפסדים שאלה ספגו עקב תשלום דמי מחלה לכל אותם העובדים אשר בודדו מכוח הצו והפקודה מבלי לחלות במובן של חוק דמי מחלה. העותרים מפרטים וטוענים, כי מקורות הסמכות עליהם הוצהר בתעודת המחלה הגורפת אינם מסמיכים את רשב"צ להוציא תעודות כאלה.

3. המשיבים 1-3 בבג"ץ 1633/20 והמשיבים 1-4 בבג"ץ 2070/20 (להלן: המדינה) וכן הסתדרות העובדים הכללית החדשה (להלן: ההסתדרות), שצורפה כמשיבה לעתירות אחרי הגשתן, טוענים, מנגד, כי תעודת המחלה הגורפת כמוה ככל תעודת מחלה אשר

ניתנה במסגרתו של חוק דמי מחלה ואשר מחייבת את מעסיקו של העובד המחזיק בתעודה. זאת, מאחר שהתעודה הוצאה על ידי רופאה בכירה, מומחית בעלת-שם בתחום האפידמיולוגיה, כחלק מהמאבק הלאומי, והכלל עולמי, בפנדמיית הקורונה.

4. כמו כן טוענת המדינה כי התעודה הותאמה לצרכי השעה אשר גוזרים על כל אדם שקיים לגביו חשש של הדבקה בנגיף להיכנס לבידוד. חובה זו ניזונה משיקולים רפואיים מובהקים אשר מגדירים מחדש את המושג "חולה" ככולל, בין היתר, כל אדם אשר עלול להיות נגוע בנגיף ולהדביק בו אנשים רבים אחרים, אם לא יושם בבידוד לאלתר (להלן: "חולה סטטיסטי"). המדינה מוסיפה וטוענת, כי המציאות החדשה והקשה של הקורונה, אשר נכפתה על כלל תושביה, הביאה עמה, לצד הגדרה רפואית חדשה של "מחלה" ושל "חולה", את הצורך הרפואי בהוצאתה של תעודת המחלה הגורפת לכל "חולה סטטיסטי" אשר מוגדר כבר-בידוד בצו הבידוד. לטענת המדינה, אם כל אדם כזה יידרש להוציא תעודת מחלה אישית באמצעות ביקור אצל רופא, הדבר יעצים את סכנת ההידבקות בנגיף. בכל הטענות הללו, ניצבת ההסתדרות לצד המדינה תוך שהיא מדגישה את חשיבותה של הזכות לקבלת דמי מחלה הנתונה לציבור העובדים השכירים בישראל.

צו-על-תנאי

5. בעקבות הדיון המקדמי בעתירות, אשר התקיים ביום 20.4.2020, ניתן צו-על-תנאי המכוון אל המדינה והמורה לה להתייצב וליתן טעם:

א. מדוע לא ייקבע כי הימצאות בבידוד מכוח צו הבידוד, על תיקוניו השונים, אינה מהווה, כשלעצמה, "מחלה", כהגדרת מונח זה בסעיף 1 לחוק דמי מחלה, ועל כן אין בה לבדה כדי להקים לעובד זכות לקבלת דמי מחלה על פי חוק דמי מחלה.

ב. מדוע לא ייקבע כי אין סמכות בדין להוצאת "תעודת מחלה גורפת", כדוגמת האישורים שהוצאו על ידי רש"צ בתאריכים 4.2.2020, 24.2.2020 ו-9.3.2020, ועל כן אין האישורים האמורים יכולים לשמש בסיס לתביעת דמי מחלה על פי חוק דמי מחלה.

6. בעקבות הוצאתו של הצו-על-תנאי, הונחו על שולחנו כתב תשובה מטעם המדינה ועיקרי הטיעון של יתר בעלי הדין. ביום 20.7.2020, נתקיים דיון בעל פה במהלכו נטענו ולובנו לפנינו טענות העותרים מזה וטענות המשיבים מזה.

7. העותרים פירטו את טענתם בדבר העדר הסמכה להוצאת תעודת מחלה גורפת מטעמים מניעתיים. הם אינם חולקים על קיומה של סמכות הממשלה להתקין תקנות שעת חירום בהישען על האמור בסעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה, אשר יקבעו – בעטיו של מצב החירום שנכפה עלינו, ולא מטעמים רפואיים – כי עובד שכיר שנגזר עליו לשהות בבידוד יראוהו כמי שזכאי לדמי מחלה בהתאם לחוק דמי מחלה. זאת, כמובן, בכפוף לביקורת שיפוטית שבמבחניה התקנות הללו תצטרכנה לעמוד. ואולם, רשב"צ בחרה ללכת בדרך של הוצאת תעודת מחלה בהתבסס על צו הבידוד ועל חוק דמי מחלה, בשעה שדברי תחיקה אלו אינם מקנים לה, לטענתם, את הסמכות לעשות את אשר עשתה.

8. בהקשר זה, מפרטים העותרים וטוענים כי עובד "חולה" לעניינו של חוק דמי מחלה, הוא עובד שסובל ממחלה קונקרטיה כלשהי, כמשמעה באותו חוק. חוק דמי מחלה מגדיר "מחלה" כ"אי כשרו הזמני או הקבוע של העובד לבצע עבודתו, הנובע, על פי ממצאים רפואיים, ממצב בריאות לקוי" (ראו סעיף 1 לחוק). יתרה מכך: החוק מקנה זכאות לדמי מחלה, בהתאם לתנאיו, רק לעובד "שנעדר מעבודתו עקב מחלה" (ראו סעיף 2(א) לחוק), דהיינו: לעובד שנעדר מעבודתו עקב "אי כשרו הזמני או הקבוע" לבצע את העבודה ושקיבל לידיו תעודת מחלה החתומה בידי רופא אשר קובעת כי "על-פי ממצאים רפואיים [...] מחמת מגבלות רפואיות אין העובד מסוגל, בפרק זמן מסויים, לבצע עבודה מסוג פלוני או בתנאים מסויימים" (ראו סעיף 3(א) לחוק וכן תקנה 2(א) לתקנות דמי מחלה (נהלים לתשלום דמי מחלה), התשל"ז-1976 (להלן: תקנות דמי מחלה)). לטענת העותרים, עובד שחוייב לשהות בבידוד אך ורק מטעמים מניעתיים איננו סובל מ"אי כושרו הזמני או הקבוע [...] לבצע עבודתו" ואין לתארו כמי שאינו "מסוגל [...] לבצע עבודה". לפיכך, עובד כזה איננו זכאי לקבל לידיו "תעודת מחלה", כמשמעה בתקנה 2 לתקנות דמי מחלה; וכפועל יוצא מכך, אין לזכותו בדמי מחלה כהגדרתם בחוק. העותרים מסכמים וטוענים, כי ניסיונה של רשב"צ לשנות הגדרות ברורות אלה כדי להוציא על יסודן תעודת מחלה גורפת המתיימרת לשמש "אישור [ש]יבוא במקום צורת תעודת מחלה כהגדרתה בתקנה 2 לתקנות דמי מחלה", הוא ניסיון עקר להעביר את נטל הפיצוי של האזרחים הנתונים בבידוד – אשר מהווה, למעשה חופשה כפויה ללא תשלום – אל מעבידיהם. לדברי העותרים, ניסיון זה לוקה בחוסר סמכות היורדת לשורש העניין, ואין בכוחו לשנות את זכויות העובד ואת חובות המעביד.

9. עוד טוענים העותרים, כי תחיקת חירום אשר נחקקה או הותקנה במסגרתו של משבר הקורונה, ובפרט צו הבידוד עצמו, אינם מכירים בסימונו של אדם שאיננו חולה בשום מחלה, ושחוייב לשהות בבידוד מטעמים מניעתיים גרידא, כמי שלקה במחלה.

10. לצד הטענות דלעיל, מעלים העותרים טענות כלליות אשר מייחסות למדינה חוסר סבירות קיצוני, אפליה בין העובדים השונים, שיקולים זרים ופגיעה בזכות הקניין של מעסיקים פרטיים. טענות כלליות אלה נטענו ללא ביסוס נאות והן ממילא אינן נדרשות לענייננו-שלנו. מסיבה זו, לא אדון בהן. כמו כן לא אדון בטענה שנראית לכאורה מבטיחה, אשר משווה לתעודת המחלה הגורפת מעמד של תקנה בת-פועל תחיקתי: נורמה כללית המגדירה זכויות וחובות של ציבור בלתי מסויים – מעסיקים ועובדים שכירים – שהתקנתה מצריכה הסמכה בחוק ופרסום ב"רשומות" (ראו סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]; וכן ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא(1) 695, 701 (1957)). טענה זו מרוחקת מליבתן של העתירות; היא חופפת, במידה רבה, את טענת העותרים בדבר היעדר הסמכה חוקית להוצאת התעודה; והצו-על-תנאי שיצא מלפנינו ממילא הוציאה אל מחוץ לגבולות הדיון הנוכחי.

11. מנגד, טוענת המדינה כי הימצאותו של עובד, אשר הוגדר כ"חולה סטטיסטי" על יסוד שיקולים רפואיים, בבידוד כמוה כהיעדרות מהעבודה מפאת מחלה. לטעמה של המדינה, היעדרות כאמור מזכה את העובד בדמי מחלה מכוח חוק דמי מחלה לפי פרשנותו התכליתית, אם לא הלשונית. לכל עובד כזה נתונה הזכות הסוציאלית למצות את מכסת ימי המחלה, כהגדרתה בסעיף 4 לחוק דמי מחלה – זאת, בשים לב לכך שהמעביד ממילא איננו משלם לעובד ולו שקל אחד מעבר למכסה זו (בכפוף להסכמי עבודה מיוחדים). כמו כן הפנתה אותנו המדינה לפרקטיקה מקובלת ביחסי עבודה וכן למציאות החדשה, שבמרכזה מגפת הקורונה, אשר מביאתנו – על כורחנו – לשינויים מרחיקי לכת לא רק בדפוסי החיים להם הורגלנו, אלא, כפי שכבר צויין, גם בהגדרות של "מחלה" ושל "חולה".

12. ההסתדרות מצטרפת לטענות המדינה, תוך שהיא מוסיפה כי בידי העותרים היה סעד חלופי בדמות פניה לבית הדין לעבודה – טריבונל בעל מומחיות מיוחדת בחוקי עבודה כדוגמת חוק דמי מחלה שבו עסקינן. מטעם זה, ביקשתנו ההסתדרות כי נדחה את העתירות. טענה זו נטענה בשפה רפה למדי, ולא בכדי. העותרים שהניחו את עתירותיהם על שולחנו אינם באים לתקן קלקול ביחסי עובד-מעביד – דבר שאותו ראוי לעשות בין כתליו של בית הדין לעבודה (ראו סעיפים 24 ו-25 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-

הם באים להלין על תקלה רבתי – הפעלת כוח שררה ללא סמכות – ביחסים שבין האזרח לשלטון, עניין המצוי בדל"ת אמות הסמכות אשר ניתנה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – משפט מנהלי דיוני ד 71-70 (2017) (להלן: ברק-ארז)). בנסיבות אלו, גם אם היה בידי העותרים סעד חלופי, ממילא לא היינו מוחקים את העתירות והיינו דנים בהן לגופן (ראו והשוו: בג"ץ 6163/92 איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 243 (1993)). חברינו, השופט ע' פוגלמן, הסביר זאת לבא-כוח ההסתדרות במהלך הטיעון והלה הודה, בהגינותו, כי טענתו האמורה בדבר קיומו של סעד חלופי היא עצמה טענה חלופית, ותו לא, וכי יש באמתחתו טענות חזקות ממנה. בנסיבות אלו, סבורני כי נוכל לראות את עצמנו פטורים מלפרט ולדון בטענה זו.

### אעבור אפוא מפרוזדור לטרקלין.

דיון והכרעה

ההיבט הלשוני:

האם אדם שנתון בבידוד מטעמי מנע, כשהוא נטול תסמיני קורונה, הוא בגדר "חולה"?

13. המדינה משיבה לשאלה זו בחיוב. לשיטתה, המילים "חולה" ו"מחלה", לענייניו של חוק דמי מחלה, הינן רחבות דיון כדי לכלול בתוכן אנשים נטולי תסמיני קורונה, ואף כאלה שאינם נושאים את הנגיף, אשר הוכנסו לבידוד מטעמי מנע שעיקרם בלימת התפשטות המגפה בדרך של הידבקות מאדם לאדם.

14. בטרם נבחן טענה זו לגופה, טוב יהיה אם נשאל את עצמנו האם המדינה עצמה דוגלת בפרשנות רחבה כאמור בכושרה כמעסיק עובדים, ולא רק כרגולטור המבקש לחייב מעסיקים פרטיים לשלם דמי מחלה לעובדיהם השוהים בבידוד מחמת קורונה. מענה לשאלה זו נוכל למצוא בתקנות שעת חירום (הרחבת הסכם יציאה לחופשה על המגזר הציבורי הרחב בשל נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 (להלן: תקנות המגזר הציבורי בימי קורונה). תקנה 2(א) לתקנות אלה כופה יציאה לחופשה על כל מעסיק ציבורי ועובדיו, במטרה למנוע או להאט את התפשטות המגפה. תקנה 2(ב) לתקנות מאפשרת למעסיק להחליף "עובד חיוני נעדר" בעובד אחר, הכשיר להחליפו, למשך תקופת ההיעדרות.

ומיהו אותו "עובד חיוני נעדר" בר-החלפה? לשאלה זו עונה התקנה בהאי לישנא, תוך שהיא מחלקת את העובדים החיוניים שנעדרים מעבודתם לקבוצות נפרדות:

"לעניין זה, "עובד חיוני נעדר" – עובד חיוני שמתקיים בו או לגביו אחד מאלה:

(1) הוא אדם המצוי בבידוד, והוא אינו יכול לבצע את תפקידו בשל כך;

(2) הוא נעדר מעבודתו עקב מחלה, כהגדרתה בחוק דמי מחלה, התשל"ו-1976. "...

הווה אומר: לדעת המדינה עצמה, אדם המצוי בבידוד, אשר נזכר בתקנה 2(ב)(1) לתקנות המגזר הציבורי בימי קורונה, הינו שונה מאדם אחר לחלוטין: זה שנעדר מעבודתו עקב מחלה, כמשמעה בחוק דמי מחלה, אשר זכה למקום כבוד משלו בתקנה 2(ב)(2). ברי הוא, אם כן, כי בעיני המדינה עצמה, לא הרי עובד שנכפה עליו בידוד מחמת קורונה, מבלי שחלה, כהרי עובד שאֶתרע מזלו והוא מצא עצמו חולה במחלה המזכה אותו בדמי מחלה. אם אדם שנכפה עליו בידוד מחמת קורונה, מבלי שחלה במחלה זו או פיתח את תסמיניה, היה מוחזק כ"חולה" לעניינו של חוק דמי מחלה, אין ספק שמחוקק המשנה – ראש הממשלה, במקרה דנן – היה מכלילו בקבוצת העובדים המשתייכת לתקנה 2(ב)(2), ולא היה רואה אותו כחלק מקטגוריה נפרדת של עובדים, עליהם מדברת תקנה 2(ב)(1). בטיעון בעל-פה שנערך לפנינו, הצגנו קושי זה לבאי-כוח המדינה, אך לא קיבלנו מהם מענה מספק בעניינו.

15. דבר זה איננו מקרי. כפי שכבר צויין, סעיף 1 לחוק דמי מחלה מגדיר מחלה כ"אי כושרו" של עובד לבצע את עבודתו הנובע "ממצב בריאותו" הלקוי. הביטויים "אי כושרו" ו"מצב בריאותו" מכוונים לעובד ספציפי ואינם מתייחסים למה שתואר לעיל כ"חולה סטטיסטי". הם מתייחסים לעובד שבגופו שלו – שלו, ולא של אדם אחר – חלו שינויים אשר שוללים ממנו את היכולת לעבוד שבגופו שלו – שלו, ולא של אדם אחר – חלו בריאותי לקוי. כך עושה גם סעיף 3 לחוק דמי מחלה, אשר מדבר על מסוגלותו של עובד לבצע את עבודתו.

16. סעיף 2(א) לחוק דמי מחלה מקנה זכאות לדמי מחלה רק לעובד שנעדר מעבודתו עקב "מחלה", כמשמעה בסעיף 1. לפיכך, "חולה סטטיסטי" גרידא – אדם שבגופו שלו, להבדיל מזה של אדם אחר, לא התהוותה שום מחלה ואף אין הוא נושא את הנגיף – איננו זכאי לקבל דמי מחלה מכוח החוק. מנקודת ראות טרום-דיאגנוסטית, אין כמעט אדם

שלא יענה על התיאור כ"חולה סטטיסטי", שכן בידוע הוא כי כלל האוכלוסייה איננה מתחלקת באופן דיכוטומי לאנשים בריאים ולאנשים חולים, אלא כוללת בתוכה קבוצה נכבדה של אנשים אשר טרם אובחנו כחולים. דא עקא, אנשים שטרם אובחנו כחולים – וכלל אין זה ברור אם יאובחנו כחולים, שכן אין הם נושאים את הנגיף – אינם זכאים לקבל דמי מחלה מכוחו של חוק דמי מחלה. חוק זה קובע כי הם יהיו זכאים לדמי מחלה רק לכשיתגלו כחולים במחלה.

17. לפני כחודשיים, סוגייה דומה עלתה לדיון בארצות-הברית בבית המשפט העליון של מדינת טקסס, אשר נדרש להכריע בשאלה הבאה על רקע הבחירות שהתקיימו באותה מדינה: האם אדם שחושש מהידבקות בנגיף הקורונה הוא בגדר "בעל זכות הצבעה הסובל ממחלה [...] אשר מונעת ממנו התייצבות בקלפי ביום הבחירות מבלי שתהא הסתברות (likelihood) לכך שהלה יזדקק לעזרה או ייפגע בבריאותו". לפי החוק הטקסני, אדם שעונה להגדרה זו זכאי להצביע בבחירות על ידי שיגור טופס ההצבעה שלו באמצעות דואר מבלי להתייצב בקלפי (ראו: In re State, --- S.W.3d --- (2020), 63 Tex. Sup. Ct. J. 1193 (Tex. 2020)).

בית המשפט העליון של טקסס ענה לשאלה דלעיל, ברוב דעות, בשלילה, בקבעו כי "חולה סטטיסטי" – אדם אסימפטומטי, אשר חושש, ובצדק, מהידבקות בנגיף הקורונה, איננו בגדר "חולה" לעניין חוק הבחירות. בית המשפט הטעים בהקשר זה, כי אדם "חולה" הוא אדם שמתהווה אצלו מחלה כלשהי אשר מוציאה את גופו שלו מכלל "גוף נורמלי"; ואלה היו הדברים שנאמרו:

"[T]he physical status of the body as a whole or of one of its parts usually used to indicate abnormality, as for example a heart condition. The idea of condition as an abnormal or at least distinguishing state of being is consistent with the other statutory categories. A lack of immunity to COVID-19, though certainly physical, is not an abnormal or distinguishing condition."

סבורני כי קו מחשבה זה ראוי שינחה גם אותנו כבואנו לפרש את מילת המפתח "מחלה", אשר מופיעה בסעיף 1 לחוק דמי מחלה. מילה זו, כהגדרתה בחוק, מתייחסת לחולה אינדיווידואלי ולא ל"חולה סטטיסטי".



18. דרישת הקשר הסיבתי הקבועה בסעיף 2(א) לחוק דמי מחלה, אף היא שוללת מ"חולה סטטיסטי" את הזכאות לדמי מחלה. לפי סעיף זה, עובד שנעדר מעבודתו יהא זכאי לקבלת דמי מחלה רק כאשר הוא נעדר מעבודתו "עקב מחלה". במקרה דנן, תעודת המחלה הגורפת ניתנה, לפי לשונה שלה, "לכל עובד שנעדר מעבודתו עקב שהיה בכידוד בהתאם [לצו הכידוד]". הווה אומר: לפי האמור בתעודה עצמה, היא ניתנה לכל עובד ועובד שהשלטון כפה עליו כידוד מכוח הוראות הדין המגובות באמצעי אכיפה. מכאן עולה שעובד אשר נפקד מעבודתו בחסות התעודה אינו נעדר מעבודתו עקב אירוע פיזי – מחלה – אשר שלל ממנו את הכושר הפיזי לעבוד, אלא עקב אירוע משפטי – צו הכידוד שהוציא השלטון – אשר נטל ממנו את החירות לצאת לעבודה כדי לפרנס את עצמו ואת משפחתו.

19. תקנה 2 לתקנות דמי מחלה, שעניינה הוצאת תעודות מחלה לעובדים, אף היא איננה מאפשרת מתן תעודת מחלה ל"חולה סטטיסטי", להבדיל מחולה שבגופו שלו התגלו תסמינים של מחלה אשר שוללים את כושרו לעבוד. תקנה זו דורשת התייחסות מפורטת למצבו הגופני של העובד הספציפי אשר מקבל לידיו תעודת מחלה – ובלעדיה אין.

20. מכאן גם עולה הקושי המשפטי המובנה שבהוצאת תעודת מחלה גורפת להמונים, כדוגמת זו שלפנינו. גם אם הייתי מקבל את ההנחה כי "חולה סטטיסטי" חולה הוא – והנני רחוק מכך מרחק שנות-אור – לא היה בידי לאשר כי תעודה כאמור מהווה תחליף נאות ל"תעודת מחלה כהגדרתה בתקנה 2 לתקנות דמי מחלה", כפי שצויין על ידי רשב"צ בתעודה מושא העתירות דכאן. התעודה מושא העתירות איננה מכילה את הפרטים הנדרשים בתקנה 2(א) לתקנות דמי מחלה, לאמור: "שם החולה ומספר זהותו" (כנדרש בתקנה 2(א)(1)) וכן "התקופה שבה לא היה העובד מסוגל לעבודה עקב מחלה; ואם עדיין אינו מסוגל לחזור לעבודה, התקופה המשוערת שבה לא היה מסוגל לעבודה" (כנדרש בתקנה 2(א)(3)).

21. יתרה מכך: בקבעה כי תעודתה הגורפת מהווה תחליף לתעודת מחלה רגילה, רשב"צ דילגה על דרישת ההיבדקות במסגרת קופת החולים לה משתייך העובד, כאמור בתקנה 2(ב) לתקנות. על דרישה זו ניתן היה לוותר בימי הקורונה אילו זו לא היתה קשורה לתקנה 2(ג), אשר מקנה למעסיקו של העובד את הזכות לערער על האמור בתעודת המחלה ו"להעמיד את העובד לבדיקה רפואית" נוספת. כיצד בדיוק תמומש זכות זו של המעסיק ביחס לתעודת המחלה הגורפת אשר הוצאה על ידי רשב"צ לכלל העובדים

במשק הישראלי? כלום ייתכן, שהמעסיקים הישראליים יוכלו כעת להגיש ערעור גורף על האמור בתעודה ולחייב את כלל העובדים הנמצאים בבידוד לעמוד בבדיקה רפואית?

דומני, כי לשאלה זו לא תימצא תשובה אשר מניחה את הדעת, ולא בכדי. ברי הוא, לטעמי, כי תעודת המחלה הגורפת אשר הוצאה על ידי רשב"צ איננה בגדר "תעודת מחלה" שעונה על דרישותיה של תקנה 2 לתקנות דמי מחלה.

פרשנות תכליתית של חוק דמי מחלה והתקנות שהותקנו מכוחו

22. המדינה ביקשתנו להביט מעבר ללשון החוק והתקנות ולפסוק את הדין בהתאם לעקרונות הפרשנות התכליתית על רקע המציאות החדשה של נגיף הקורונה, שטרם ידענו כמותה. בקשות כאלה עשויות, לעיתים, להעלות לדיון שאלות סבוכות שבתורת המשפט, אשר נסובות על המתח בין לשון לתכלית ובין פורמליזם למהות (ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 374 (1992)). במקרה דנן, שאלות כאמור אינן מתעוררות – זאת, מאחר שגם אם נלך בדרך של פרשנות תכליתית במובנה המקובל, ידה של המדינה תישאר כמקודם על התחתונה.

23. ראשית, פרשנות תכליתית של דברי חקיקה איננה מטה קסמים של הכל-יכול. לפרשנות זו יש גבולות, אשר מותוות, בראש ובראשונה, על ידי לשון החוק. הטיבה לתאר זאת, השופטת מ' נאור (כתוארה אז) בפסקה 26 לפסק דינה בע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' פוליטי, פ"ד סב(4) 280 (2008), באומרה כי "אין ליתן למילות החוק משמעות שאין הן יכולות לשאת". סבורני כי הכללתם של "חולים סטטיסטיים" בקבוצה של עובדים חולים, אשר זכאים לקבל דמי מחלה מכוחו של חוק דמי מחלה, הולכת רחוק מדי ופורצת את גבולות הלשון אשר מדברת "ברחל בתך הקטנה" על חולה אינדיווידואלי שבגופו שלו התהוו תסמיני מחלה.

24. בהקשר זה, טענה המדינה כי דרכי הפרשנות התכליתית, הן עצמן צריכות להיות מותאמות למציאות הקורונה וכן לצרכים החברתיים המורכבים ולאילווצים הלא פשוטים, בלשון המעטה, של ניהול המשבר הרפואי על ידי הרשויות. בהינתן כל אלה – כך טוענת המדינה – הכרה ב"חולה סטטיסטי" כמי שזכאי לתעודת מחלה איננה כה מרחיקת לכת. הפרשנות התכליתית, בה דוגלת המדינה, אומרת לנו דבר פשוט: עובד שכיר שנכפה עליו בידוד מטעמים רפואיים, שעיקרם הגנה על בריאות הציבור, הוא עובד שאינו יכול לעבוד מפאת מחלה; ואם כך, מגיעה לו ההטבה הסוציאלית בדמות דמי מחלה בגבולות המיצוי אשר נקבעו בחוק.

25. סבורני, כי טענה זו לא יכולה להצליח גם אם נפעיל ביחס אליה את כללי הפרשנות התכליתית במלוא עוצמתם. תכליתו של חוק דמי מחלה היא לתת לכל עובד כיסוי ביטוחי מוגבל אשר יבטיח לו את קבלת שכרו בימי מחלתו (ראו: אריה ל. מילר "דינו של העובד החולה: בעיות נבחרות" הפרקליט לד 36, 44-48 (תשמ"א); וכן ירון אליאס דיני ביטוח א 425 (מהדורה שלישית, 2016) (להלן: אליאס)). המעביד חייב אפוא לספק לעובד כיסוי ביטוחי לסיכון ששמו "מחלה". כיסוי זה חייב המעביד לספק על ידי ביטוח עצמי (self-insurance), שמשמעו שמירת כספים שיכסו תשלומים עתידיים לעובדים, לכשיחלו, או על ידי רכישת ביטוח דמי-מחלה אצל מבטח פרטי, כאמור בסעיף 8 לחוק דמי מחלה (להבדלים בין ביטוח עצמי לביטוח אצל מבטח מקצועי, מבחינת ניהול סיכונים, ראו: אליאס, בעמ' 6-9). ודוק: העברת הסיכון הביטוחי למבטח מקצועי על ידי רכישת פוליסת דמי-מחלה של עובדים היא זכותו של כל מעסיק בישראל. כפי שנאמר בסעיף 8 לחוק דמי מחלה, "מעסיק יהיה פטור מחובתו לשלם דמי מחלה לעובדו" אחרי רכישת פוליסת ביטוח מתאימה, כהגדרתה באותו סעיף.

26. לאחר שידענו כי הספקת ביטוח כאמור היא התכלית של חוק דמי מחלה, בנקל נגיע למסקנה כי הביטוח שבו עסקינן איננו מכסה, וממילא אינו יכול לכסות, "חולה סטטיסטי" אשר נאלץ להיעדר מעבודתו בשל היותו "חולה סטטיסטי" ותו לא. אתחיל בציון המושכלות הראשונים: קיבוע הסיכון הביטוחי הוא אבן היסוד של מוסד הביטוח. סיכון שלגביו נקבע הסדר הביטוח הוא סיכון שמוגדר בראשית הדרך ואינו יכול להשתנות באופן מהותי תוך כדי תנועה (ראו: אליאס, בעמ' 425-429, וכן בעמ' 863). כדי להיווכח בזאת, טול מעסיק שפעל כמצוותו של סעיף 8 לחוק דמי מחלה ורכש את פוליסת הביטוח המתאימה בעבור עובדיו במחלתם. האם הכיסוי הביטוחי שהלה רכש מחייב את המבטח לשלם דמי מחלה לעובדיו שבבידוד עם הצגתה של תעודת המחלה הגורפת מושא העתירות, כאשר איש מעובדים אלו אינו מגלה שום תסמין של קורונה או של מחלה אחרת ואף איננו בגדר נשא של המחלה? סבורני כי לשאלה זו אין להשיב אלא בשלילה. ברי הוא, כי הכיסוי הביטוחי שניתן ביחס למחלת עובד איננו מכסה את ה"חולה הסטטיסטי" החדש. ואם כך הוא הדבר לגבי חברות ביטוח אשר מכרו פוליסות דמי-מחלה, כך הוא גם לגבי כל אותם המעסיקים אשר בחרו ללכת במסלול של ביטוח עצמי.

27. לא זו אף זו: מסופקני אם בכלל ניתן להוציא פוליסת ביטוח אשר מכסה "מחלה סטטיסטית" ואירוע של בידוד שנכפה על אזרח בעת מגפה על ידי אקט שלטוני. בכל המקרים הללו מדובר, לפחות לכאורה, בסיכון מוסרי (moral hazard) שאינו בר ביטוח

(ראו: אליאט, בעמ' 289). אחרי הכל, כפי שציין בית המשפט העליון של טקסס בעניין *State*, בימים קשים אלה של פנדמיית הקורונה, כולנו "חולים סטטיסטיים".

העדר הסמכה להוצאת תעודת המחלה הגורפת, ותוצאותיו

28. מן המקובץ עד כה עולה מסקנה חד משמעית: חוק דמי מחלה לא אפשר לרשב"צ להוציא את תעודת המחלה הגורפת כדי לחייב באמצעותה את כלל המעסיקים בישראל לשלם לעובדיהם, שבבידוד כפוי, דמי מחלה אף כשאלו אינם מגלים שום תסמיני מחלה ואין הם נשאים של הנגיף. תעודה זו הוצאה אפוא בחוסר סמכות ודינה בטלות.

29. בהתבסס על כללי הבטלות היחסית, אשר נקוטים בידינו מזה שנים רבות (ראו: ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337 (1981); וכן דפנה ברק-ארז משפט מינהלי ב 839-795 (2010)), הגעתי לכלל מסקנה כי טוב נעשה אם נכריז על בטלותה של התעודה הכרזה פרוספקטיבית אשר תיכנס לתוקף ביום 6.9.2020.

30. מסקנתי זו נתמכת בכמה טעמים. הראשון והחשוב שביניהם הוא הגנה על אינטרס ההסתמכות של עובד שכיר, אשר זקוק לשכר למחייתו ולמחייתם של בני ביתו. בעטיו של אינטרס זה וכן משיקולי רווחה, לא נוציא מלפנינו צו אשר ישלול מעובדים שכירים על לא עוול בכפם את דמי המחלה שכבר שולמו, ויחייבם בהחזר כספים שאלה הוציאו בתום-לב לקיום צרכיהם הבסיסיים בתקופה של דכדוך חברתי ושפל כלכלי. הטעם השני קשור למדיניות הכלכלית בה נוקטת הממשלה בימים אלה, שבמסגרתה מוענקת תמיכה מאסיבית לחברות ולגופים אחרים שמעסיקים עובדים. תמיכה זו באה מכיסם של משלמי המיסים, ויהא זה סביר להניח כי היא מחושבת בשים לב לכך שהמעסיקים אולצו לשלם דמי מחלה לעובדים רבים אשר מצאו את עצמם בבידוד מכוח צו הבידוד. שיקול זה מונע מאתנו מלהיכנס להתחשבנות ההטבות שבין משרד האוצר למעסיקים הפרטיים; מה גם שעשיית התחשבנות כאלה לשם מתן סעדים כספיים אינה ממנהגו של בית משפט זה בשבתו כבג"ץ (ראו למשל: בג"ץ 358/77 דדן נ' עיריית ירושלים, פ"ד לב(1) 729, 732 (1978); וכן, ברק-ארז, בעמ' 421-428). הטעם השלישי והאחרון הוא הצורך להעמיד לרשות המדינה הנוגעות בדבר זמן סביר להתארגנות ולהתוויית מדיניות חדשה למצב שלאחר ביטול התעודה הגורפת.

31. אנו מצויים במצב חירום לאומי חסר תקדים. כולנו דואגים, כולנו נזהרים, וכולנו עוטים את המסכה כדי למנוע הדבקות. בד-בבד, אנחנו ממשיכים לדבר באותה שפה ולעשות שימוש באותם עקרונות משפטיים ששימשונו בהצלחה מקדמת דנא. במקרה שלפנינו, שפה זו ועקרונות אלה אומרים לנו כי "חולים סטטיסטיים" השהים בבידוד מניעת, בעודם נקיים מתסמיני מחלה ומהנגיף, אינם חולים בשום מחלה אשר שוללת את יכולתם לעבוד; כי אי-כושרם לבצע את עבודתם נכפה עליהם על ידי צו-בידוד שלטוני, ולא על ידי מחלה; וכי תעודת המחלה הגורפת, אשר ניתנה בעניינם על ידי רש"צ, איננה בגדר "תעודת מחלה" כהגדרתה בתקנות דמי מחלה, שהצגתה מזכה את העובד החולה בדמי מחלה בהתאם לחוק דמי מחלה.

32. על יסוד האמור לעיל, הנני מציע לחבריי כי נהפוך את הצו-על-תנאי שיצא מלפנינו לצו מוחלט ונכריז על בטלותה של תעודת המחלה הגורפת מושא העתירות החל מיום 30.9.2020.

כמו כן הנני מציע כי נחייב את המדינה לשלם לעותרת בבג"ץ 1633/20 הוצאות משפט בסכום כולל של 25,000 ₪. העותרים בבג"ץ 2070/20 אף הם יהיו זכאים לקבל מהמדינה הוצאות משפט בסכום כולל של 25,000 ₪. הנני מציע כי לא נעשה צו להוצאות בעניינה של ההסתדרות.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

מצטרף אני בהסכמה לתוצאה אותה מציע חברי, השופט א' שטיין.

1. האם עובדים שכירים שחל עליהם צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020, שאין להם תסמינים ואף אין הם נושאים את הנגיף, זכאים לדמי מחלה לפי חוק דמי מחלה, התשל"ו-1976 (להלן: חוק דמי מחלה). זו המחלוקת בין הצדדים להליכים שלפנינו. להבדיל מכך, הצדדים אינם חלוקים על זכאות חולים שיש להם תסמינים או זכאות אדם-א-תסמיני (א-סימפטומטי) שהתגלה פוזיטיבית כמי שנושא את הנגיף, לדמי מחלה. לאלה האחרונים משולמים דמי מחלה, ובדין. אין יסוד לחלוק, להשקפתי, על עמדתם של גורמי המקצוע כי יש צורך בבידוד הקבוצה נושא המחלוקת מן הציבור מטעמים מניעתיים. השאלה העומדת להכרעה היא אם אכן מדובר בחולים כמובנם בחוק דמי מחלה.

2. כללי הפרשנות התכליתיים ידועים ומקובלים עלינו מימים ימימה. התחנה הראשונה היא לשון החוק. מבין האפשרויות המצויות במתחם ה"אפשרויות הלשוניות" יש לקבוע מהי האפשרות המגשימה באופן מיטבי את תכלית החקיקה (ראו: בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 29 לפסק דיני (13.9.2017); ע"ע 7749/09 אורט ישראל חברה לתועלת הציבור נ' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פסקה 22 (30.11.2011); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 504 (2010)). אף מקובלת עלי עמדת המדינה, שמבוססת על פסיקתנו, כי ניתן להקנות לחוק פירוש גמיש כדי להתאים אותו לשינויים. שכן "החוק הוא יצור חי, פרשנותו צריכה להיות דינמית. יש להבינו באופן שישתלב במציאות המודרנית ויקדם אותה" (ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 33 (2001); והשוו גם: בג"ץ 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד, פ"ד סא(1) 126, 144 (2006); בג"ץ 448/86 בדילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 619 (1986)).

3. על יסוד תשתית נורמטיבית זו, מצטרף אני למסקנתו של חברי השופט א' שטיין כי הקבוצה בה עסקינן אינה נכנסת בגדרו של חוק ימי מחלה, שכן – גם בהינתן כללי הפרשנות התכליתית עליהם עמדנו – לבושו הנוכחי צר מלהכיל בנסיבות שלפנינו את קטגוריית המקרים שבה עסקינן בהינתן לשון החוק ותכלית החקיקה שעליה עומד חברי. לפיכך אף אני סבור כי יש לעשות את ראשו הראשון של הצו על תנאי למוחלט. בנסיבות אלו, אינני רואה להידרש לראשו השני של הצו על תנאי.

אדגיש כי אין לראות באמור משום כרסום במגמות בפסיקת בתי הדין לעבודה, שלפי דברי המדינה מעניקים פרשנות תכליתית גמישה למונחים שבחוק דמי מחלה, וכי ההכרעה מגודרת לנסיבות יוצאות הדופן של המחלוקת, שלא הייתה לה עד כה מקבילה.

4. מצטרף אני גם לסעד המוצע על ידי חברי. עקרון התוצאה היחסית קנה לו שביתה בפסיקתנו. עקרון זה מבחין כידוע בין הפגם שנפל במעשה המנהלי לבין תוצאות הפגם ומקנה לבית המשפט גמישות בבחירת הסעד המתאים בהתחשב באופיו של הפגם ובנסיבות העניין (בג"ץ 5303/16 גרמן נ' שר הבריאות, פסקה 22 (13.11.2018); ע"ע 7171/11 העמותה למען איכות חיים וסביבה בנהריה ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, פסקה 35 (12.8.2013)).

בהינתן אינטרס ההסתמכות של העובדים, ובשים לב לכך שהזכות לימי מחלה היא זכות המוקנית לעובד, וכל תשלום נעשה בכפוף לצבירת ימי המחלה של כל עובד ועובד ומתוך "הבנק" שלו, אף אני סבור כי יש להורות – בגדר עקרון התוצאה היחסית – כי הצו על תנאי הפוך למוחלט ביום 30.9.2020, על מנת לאפשר לרשויות המוסמכות להעמיד דברים על מכונם.

## ש ו פ ט

### הנשיאה א' חיות:

1. אני מסכימה למסקנה שאליה הגיע חברי השופט א' שטיין בחוות דעתו ולפיה הימצאות בבידוד מכוח צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: הצו), אינה מהווה "מחלה" כהגדרתה בחוק דמי מחלה, התשל"ו-1976 (להלן: החוק). כמו כן מקובלות עלי הערותיו של חברי, השופט ע' פוגלמן, בכל הנוגע לתשתית הנורמטיבית אשר תומכת במסקנה זו. לצד זאת אבקש להוסיף מספר הערות קצרות.

2. כפי שציין השופט א' שטיין החוק נועד להבטיח את תשלום שכרו של העובד בימי מחלתו, בין אם על ידי המעסיק ובין אם על ידי גורם מבטח (ראו סעיף 8 לחוק). חברי מנתח תכלית זו על פי נורמות ביטוחיות המוכרות בשוק הפרטי. לגישתי התכלית העיקרית שבבסיס החוק היא הקניית ביטחון סוציאלי לעובד ובכך מצטרף החוק לחוקים רבים אחרים הטווים כנורמות סטטוטוריות את רשת הביטחון הסוציאלי בשוק העבודה בישראל. לצד תכלית זו ניתן להצביע על תכלית נוספת שאותה נועד החוק להגשים ועליה עמדו המשיבים בטיעוניהם, שעניינה שמירה על בריאות הציבור. במובן זה נועדו דמי המחלה להבטיח כי עובד שחלה למשל במחלה מדבקת לא יתייצב במקום העבודה ויסכן בכך לא רק את בריאותו שלו אלא גם את בריאות חבריו לעבודה. לשם קידומן של שתי תכליות אלה - הבטחת תשלום שכרו של העובד בימי מחלתו ושמירה על בריאות הציבור - סיפק המחוקק תמריץ כלכלי מסוים לכל מי שחלה להישאר בביתו בימי מחלתו והנטל הכלכלי הכרוך בתשלום דמי המחלה, מחולק בין המעסיק והעובד על פי המנגנון שקבע המחוקק.

3. הסיטואציה החריגה שבה אנו מצויים כיום נוכח התפרצות מגיפת הקורונה והצורך להורות, בין היתר, על בידוד של עובדים בהתאם להוראות הצו, מצדיקה לדעת המשיבים פרשנות מרחיבה של המונח "מחלה" כהגדרתה בחוק, וזאת על מנת להגשים את התכלית הנוגעת לבריאות הציבור. אכן, ייתכן כי מבחינה לשונית ניתן לכלול בגדרי

המונח "מחלה" שבסעיף 1 לחוק גם מקרים שבהם מונפקות תעודות מחלה המזכות את העובד בדמי מחלה מבלי שקיימת אבחנה ודאית של חולי וכן מקרים של היעדרות מעבודה בשל בדיקות רפואיות. אך דומה כי גם על פי עמדה פרשנית מרחיבה זו, פרשנותם של המשיבים המבקשת לכלול בגדר המונח "מחלה" את כל מי שחייבים כבידוד על פי הצו, היא פרשנות גורפת מדי ואין לקבלה. פרשנות כזו מתנגשת חזיתית עם לשון החוק ומותחת את התכלית הנוגעת לשמירה על בריאות הציבור למחוזות החורגים מיחסי עובד-מעביד. היא אף משנה באופן משמעותי את תמונת הסיכונים הכלכליים הנשקפת הן לעובדים והן למעסיקים באשר לדמי המחלה שלהם זכאים העובדים.

שינוי איזון כזה, אשר לו השלכות על זכויותיהם של הצדדים ליחסי העבודה, אינו מצוי בסמכותו של הגורם המבצע במשרד הבריאות – הוא נתון למחוקק.

לפיכך, אני מצטרפת לסעד שהציע חברי ולפיו תבוטל תעודת המחלה הגורפת שהוצאה על ידי הגורם המבצע במשרד הבריאות וכן אני מצטרפת, מן הטעמים שפירוט חבריי, לעמדה כי סעד זה ראוי לו שיהיה פרוספקטיבי וכי הבטלות תושהה עד ליום 30.9.2020. חזקה על כלל הגורמים הרלבנטיים כי בפרק הזמן שעד כניסת הוראת הבטלות לתוקפה, תיבחן על ידם השאלה מיהו הגורם שראוי שיישא בנטל הכלכלי הכרוך בשמירה על בריאות הציבור בהקשר זה, וכי תיקבענה הוראות מתאימות לטובת העובדים, המעסיקים והציבור בכללותו.

ה נ ש י א ה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, ו' באב התש"ף (27.7.2020).

שופט

שופט

ה נ ש י א ה