

## טיפול פלילי – איסור חולה: מבט ביקורתי בהפללה של הפצת מחלות פוטנציאלית

אסף הרדוף\*

### מבוא

החשש האנושי ממחלות מידבקות הוא ותיק מאוד.<sup>1</sup> אף שמגפת הקורונה אינה מחלה עם שיעורי תמותה גבוהים יותר ממחלות מודרניות מוכרות, היא טלטלה את העולם האנושי המודרני באופן חסר תקדים במאה העשרים ואחת. שילוב של היותה קטלנית, מצד אחד, ומידבקת באמצעות מגע אנושי ישיר ועקיף ואף במצבי קרבה אנושית, מצד אחר, יצר בהלה כלל-עולמית. זו בתורה הובילה, החל מחורף 2020 ומאוחר יותר גם בחורף 2021, בחלקים עצומים בעולם, לרבות בישראל, לסגירה המונית של מקומות עבודה ובילוי, להסגר ולשינוי ניכר ומתמשך באורח החיים של כל אדם. לאמיתו של דבר, לא המגפה הובילה במישרין לכפיית השינוי באורח החיים אלא המשפט. באמצעות תקנות שעת חירום וצווים, שיצרו פגיעות מגוונות וממשיות בזכויות אדם, קיוו מדינות לצמצם את שיעור ההדבקה. בישראל, תקנות שעת החירום אף כללו יצירת עבירות פליליות חדשות מסוג עוון, שנאכפו בידי המשטרה, ככלל תוך הסתפקות בקניסה;<sup>2</sup> הרשויות הביעו נכונות להשתמש באיסורים קיימים, באיומים בהטלת מאסר של עד שבע שנים תוך הפניה משתמעת לסעיף 218 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).<sup>3</sup> הבחירה לפנות למשפט הפלילי עשויה להיראות הגיונית, בעיקר כנגד מי שאובחנו כנושאי הנגיף וחרף כך בחרו להפר את צווי הבידוד, לצאת ולסכן אחרים בהדבקה. מנגד, היא גם עשויה להיראות דרקונית, לאור מאגר הכלים המשפטי הרחב להסדרת התנהגות.

בשעת כתיבת שורות אלו, מגפת הקורונה עדיין מופצת, מכה וקוטלת ברחבי העולם. חרף כך, במדינות שונות, לרבות ישראל, כבר ננקטו עוד ועוד צעדים לחזרה לשגרה, עניין שבתורו כבר העלה

---

<sup>1</sup> דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מלמד וחוקר את כל ענפי המשפט הפלילי תריסר שנים; לשעבר תובע וסגור בפרקליטות הצבאית; מפעיל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה". תודה לקוראת החיצונית, למערכת **משפט וממשל** ולערכת הלשונית על תרומתן לשיפור המאמר. מאמרי מוקדש למערך הרפואה בישראל, שראוי ליחס ותנאים טובים בהרבה גם בימים נטולי קורונה. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת המאמר – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com

<sup>2</sup> Joseph Allen Garmon, *The Laws of the Past Versus the Medicine of Today: Eradicating the Criminalization of HIV/AIDS*, 57 How. L.J. 665, 690 (2014).

<sup>3</sup> למשל תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש - אכיפה), התש"ף-2020, ק"ת 756. למשל עידו אפרתי "משרד הבריאות: מי שמפר את הבידוד הביתי מסתכן במאסר" **הארץ** (20.2.2020) <https://www.haaretz.co.il/news/law/1.8561208>; בוועד אפרת "משרד הבריאות מזהיר: הפרת צו בידוד הבית עשויה להביא לעונש מאסר" **ואלה!** (20.2.2020) <https://news.walla.co.il/item/3342016>; באפריל 2020 פורסמה בקצרה תגובת הפרקליטות לשאלה מתי אפשר לפתוח בחקירה פלילית: רק לאחר הפרות חוזרות של חובת הבידוד. דניאל דולב "מתי תיפתח חקירה ומתי יסתפקו בקנס: הנחיות האכיפה לימי הקורונה" **ואלה!** (12.4.2020) <https://news.walla.co.il/item/3351621>.

מאוד את מספרי הנדבקים. המגפה הכתה בגלים נוספים והראתה בכל פעם מחדש את עוצמתה. בחורף 2021 אושרו חיסונים במהירות שיא ומדינות רבות, כולל ישראל, החלו בהפצתם, בתקווה שזו תחילת סופה של המגפה. חיסון חלקים גדולים באוכלוסייה בישראל הוביל לפתיחת המשק מחדש, אף שבשלב זה כבר קשה להתנבא שאכן המגפה מאחורינו, וזאת נוכח גילוי מוטציות חדשות של הנגיף מעת לעת.

בין שבעת קריאת שורות אלו המגפה עוד כאן ובין שהיא כבר מאחורינו, כבר הרווחנו בזכותה דבר נדיר במיוחד ויקר ערך: פרספקטיבה. אף שהאדם הטיפוסי חלה במחלות ועבר טיפולים רפואיים, מרביתנו איננו חולים במחלות מידבקות, לא כל שכן קטלניות בפוטנציה. איננו חוששים להדביק אחרים ואף איננו חוששים להידבק. בעידן של שגרה, איננו רואים כל אדם כחולה פוטנציאלי, כסכנה ממשית לבריאותנו, ואחרים אינם רואים אותנו כנושאי מחלה וכמדבקים פוטנציאליים. בהתאם, גם המשפט הפלילי בימים כתיקונם אינו מתעניין במיוחד בהפצת מחלות ובבריאות הציבור.

הטלטלה שעברנו ביחד ולחוד מאפשרת לנו לרתום את הפרספקטיבה שזכינו בה, ההבנה של שבריריות הסדר האנושי, וחיבורו לבריאותנו, לבחירותינו ולחירותנו, כיחידים וכציבור. בימים כתיקונם, האם ההתמודדות המשפטית עם הסכנה של הפצת מגפות צריכה להיעשות באמצעות המשפט הפלילי? זו שאלת המחקר. היא קשורה למגפת הקורונה ומתייחסת אליה, אך לא באופן בלעדי, כדי לא להגביל את הרלוונטיות של המאמר לעתיד, אם וכאשר תובס המגפה או תשכך. סעיף 218 לחוק העונשין, "מעשה העלול להפיץ מחלה" (להלן: סעיף 218), קובע: "העושה בהתרשלות מעשה העלול להפיץ מחלה שיש בה סכנת נפשות, דינו - מאסר שלוש שנים; עשה את המעשה במזיד, דינו - מאסר שבע שנים". הסעיף, שלא תוקן למן לידת חוק העונשין, נראה רלוונטי מאוד לתקופת הקורונה ובוודאי יהיה רלוונטי גם הרבה לאחר שהאנושות תתגבר עליה. מגפות הן חלק מהקיום האנושי, בוודאי בריבוי האוכלוסין שהעידן המודרני מצטיין בו. האיסור זכה לדיון אקדמי מועט בישראל, כמעט רק בקשר למחלת האיידס, כמפורט בהמשך הדברים, אך מעולם לא נחקר בידי אנשי המשפט הפלילי. האם הוא משקף הפללה (criminalization) ראויה ומידתית?

ההפללה, מהמורכבות והחשובות בסוגיות הליבה של המשפט הפלילי, בוחנת אם ראוי לאסור סוג התנהגות מסוים באמצעות המשפט הפלילי.<sup>4</sup> חרף חשיבותה העצומה בבירור, השיח האקדמי על

---

<sup>4</sup> HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 17 (1969)

אודותיה אינו עשיר כפי שניתן היה לצפות.<sup>5</sup> קיימים מודלים נורמטיביים בודדים בלבד, כאלו המציבים שורת פרמטרים או מבחנים חיוניים ומספיקים להפללה: משפך ההפללה,<sup>6</sup> שש אמות המידה להפללה,<sup>7</sup> שבע המגבלות על ההפללה<sup>8</sup> וסולם ההפללה.<sup>9</sup> נוכח קוצר היריעה, לא אוכל להציג במפורט את המודלים וליישם בהרחבה. חלף זאת, אציג בתמצית את ארבעת השלבים בסולם ההפללה, המאוחר שבמודלים, הקוצר מקודמיו תובנות ואף חובר לחוקי היסוד בישראל,<sup>10</sup> ואיישם בנוגע לעבירה שבסעיף 218.

המאמר יכלול ארבעה פרקים, שיציגו ניתוח נורמטיבי שיטתי קצר להפללה של התנהגות המסכנת בהפצת מחלות מסוכנות (להלן: הפצת מחלות פוטנציאלית), אגב התייחסות ביקורתית לסעיף 218. בפרק א' אבחן באופן ביקורתי את הפגיעה בערך המוגן העולה מהפצת מחלות פוטנציאלית. בפרק ב' אבחן באופן ביקורתי את השאלה אם המשפט הפלילי מסוגל להתמודד היטב עם הפגיעה הערכית, למונעה ולצמצמה. בפרק ג' אבחן חלופות למשפט הפלילי להתמודדות כזו. בפרק ד' אבחן את ההשלכות השליליות שעולות מהפותרונות בפרקים ב–ג, לקראת בחירה הסדרתית מיטבית. בסיכום המאמר אקרא לשקול לבטל את העבירה, אגב שילוב חלק צר ממופעיה בעבירות אחרות.

## **א. פוגענות: נזק או פגיעה בערך מוגן**

### **1. א. עקרון הנזק וההגנה על ערכים**

<sup>5</sup> Nicola Lacey, *Contingency and Criminalization in* FRONTIERS OF CRIMINAL LAW 1, 2 (Ian Loveland ed., 1995); Claire Finkelstein, *Positivism and the Notion of an Offense*, 88 CAL. L. REV. 335, 336 (2000); ed., 1995); NINA PERŠAK, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM PRINCIPLE, ITS LIMITS AND DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE ;CONTINENTAL COUNTERPARTS 6 (2007) CRIMINAL LAW 58–63 (2007).

<sup>6</sup> שלושת המסננים של שונשק יוצרים יחד את משפך ההפללה: מסנן העקרונות, מסנן החזקות והמסנן המעשי: JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION: AN ESSAY IN THE PHILOSOPHY OF THE CRIMINAL LAW 1 (1994).

<sup>7</sup> שש אמות המידה האינטגרטיביות להפללה של קרניאל כוללות גישה כלכלית למשפט, איתור עוול, איתור פגם מוסרי, ניסוח איסור ברור ומדריך, שויריות הדין הפלילי ויעילות האכיפה: יובל קרניאל **הפרת אמונים בתאגיד** 335–402 (2001).

<sup>8</sup> שבע המגבלות על הפללה של יוזאק, חוקר הפללה ותיק ובולט במיוחד, הן נזק לא טריוויאלי או זדון, עוול, הלימה, הטלת נטל הוכחה על המבקש להפלייל, אינטרס משמעותי במטרה שהחוק מקדם, קידום ישיר של האינטרס וחוק שאינו רחב מכפי הנדרש: HUSAK, לעיל ה"ש 5.

<sup>9</sup> אסף הרדוף **הפשע המקוון** פרק 1 (2010); Asaf Harduf, *How Crimes should be Created: A Practical Theory of Criminalization*, 49 CRIM LAW BULLETIN 31, 40–72 (2013).

<sup>10</sup> אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" **משפטים** מב 243, 291–271 (2012).

בהמשך להצעת מיל (Mill) להגביל שימוש בכוח המדינה למטרה של מניעת נזק לאחר<sup>11</sup>, הספרות המערבית העוסקת בהפללה סובבת במידה רבה ובמשך זמן רב סביב עקרון הנזק,<sup>12</sup> שנתמך בידי פילוסופים מובילים.<sup>13</sup> קושי מרכזי עולה סביב עמימות המונח "נזק": בהיעדר הגדרה בהירה וחדה למונח,<sup>14</sup> כמעט כל דבר ניתן לתיאור כנזק,<sup>15</sup> וניתן לטעון שכמעט כל פעולה מזיקה.<sup>16</sup> השיח הישראלי סובב סביב המשגה שונה, שעניינה פגיעה ב"ערכים מוגנים".<sup>17</sup> גם שיח זה סובל או נהנה מעמימות. הוא אינו מונה רשימת ערכים מוגנים שקופה וממצה; הוא אינו מבחין בין פגיעה קונקרטית בערך לפגיעה מופשטת, אף שהאחרונה מאפשרת להרחיב מאוד את היקף ההפללה, בכוללה לכאורה כל פעולה בניגוד לערך מסוים, וכאלו יש בלי סוף; הוא אינו יוצר תנאי סף למידת הפגיעה, מה גם שממילא אין דרך משפטית מדויקת למדוד חומרה של פגיעה בערך; הוא גם אינו מייצר שיטה עקיבה ומדויקת לאיתור הערך המוגן, אלא נסמך במידה רבה על אמירות אינטואיטיביות, מבט צר בערך אשר מקשר אסוציאטיבית בין האיסור לסכמות חברתיות פופולריות.<sup>18</sup>

ניתן לצמצם את מגמות העמימות שלעיל בהצבת דרישה כפולה: שקיפות ולוגיות. השקיפות דורשת המשגה של נזק או פגיעה ערכית, רצוי מופשטת כמה שפחות. מעת שמכריזים בבירור מהי הפגיעה

---

<sup>11</sup> JOHN STUART MILL, ON LIBERTY AND THE SUBJECTION OF WOMEN 13 (1879, reprinted in 1996)

<sup>12</sup> Lindsay Farmer, *Criminal Wrongs in Historical Perspective*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL Darryl Brown, *History's Challenge to Criminal Law Theory*, ;LAW 214, 214 (R.A. Duff et al. eds., 2010)

Shlomit Wallerstein, *Criminalising Remote Harm and the Case*; 3 CRIM. L. & PHIL. 271, 278–82 (2009)

*of Anti-Democratic Activity*, 28 CARDOZO L. REV. 2697, 2699 (2007)

<sup>13</sup> Ronald Dworkin, *Lord Devlin and the*; H. L. A. HART, LAW, LIBERTY AND MORALITY 4–5 (1963)

JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE *Enforcement of Morals*, 75 YALE L.J. 986, 992 (1966)

CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS (1984)

<sup>14</sup> PERŠAK; ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 32 (5<sup>th</sup> ed. 2006)

14, בעמ' 5, לעיל ה"ש 5, בעמ' 14, 91–77, 71, 61–60

<sup>15</sup> Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109, 110–13 (1999)

<sup>16</sup> למשל: PACKER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 271–270, 267–266

*'Remote' Harms and Fair Imputation*, in HARM AND CULPABILITY 259, 260–264 (Andrew P. Simester Matthew D. Adler, *Risk, Death and Harm: The Normative Foundations*; & A. Tony H. Smith, eds., 1996)

Claire Finkelstein, *Is Risk a Harm?*, 151; *of Risk Regulation*, 87 MINN. L. REV. 1293, 1310–12 (2003)

Douglas Husak, *What Moral Philosophers might Learn from*; U. PA. L. REV. 963, 966–70 (2003)

R. A. Duff, *Criminalizing Endangerment*, ; *Criminal Theorists*, 36 RUTGERS L. J. 191, 192–93 (2004)

168–161, בעמ' 5, לעיל ה"ש 5, בעמ' 168–161

<sup>17</sup> מרדכי קרמניצר *עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות* פרק ו' (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1980); מרדכי קרמניצר "האם חסרי עבירות אנחנו? על הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 13) – תש"מ 1980" *משפטים* יג 159, 160 (התשמ"ג); חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובונו שנור *לשון הרע – הדין המצוי והרצוי* 25, 27–28 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005); רע"פ 2660/05 *אונגרפלד נ' מדינת ישראל*, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 13.8.2008).

<sup>18</sup> אסף הרדוף "פרשנות תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? סעיף 34כא לחוק העונשין ועמימותן של הלשון, התכלית והפגיעה" *ספר גרוניס* (צפוי להתפרסם ב-2021); אסף הרדוף "שיעור מהדוד ס: משפט פונקציונלי, אנלוגיה מפלילה ועקרון יסוד מזכה" *משפטים על אתר* יז (צפוי להתפרסם ב-2021).

הערכית שבעטיה יוצאים למסלול ההפלה, נפתחת דלת לביקורת, שמא פגיעה זו אינה מצדיקה הפלה.

לאחר מכן, הלוגיות תובעת להצביע על קיומו של קשר סיבתי איתן בין סוג ההתנהגות הנבחן לבין הפגיעה הערכית כפי שנוסחה.<sup>19</sup> אומנם, עולם משפטי אידיאלי יתבע בסיס אמפירי לקשר.<sup>20</sup> בעולם משפטי פרגמטי יותר נותר על ביסוס כזה, שקשה מאוד להשיגו, אך עדיין נדחה טיעונים אינטואיטיביים גרידא כבסיס להפלה. במקומם, לכל הפחות נתבע קשר לוגי על המהלך הסיבתי שבין סוג ההתנהגות לבין הפגיעה הערכית הנוטענת. מהלך סיבתי לוגי מפורט ושקוף מגדיל את הסיכוי לשכנוע בצדקת ההפלה מזה, וליתור "חורים" נורמטיביים וקפיצות לוגיות סמויות מזה. בהיעדר קשר סיבתי איתן בין סוג ההתנהגות לבין הפגיעה, נחלש הטיעון בעד ההפלה.

## **א.2 נזק או פגיעה בערך מוגן: הפצת מחלות פוטנציאלית**

קשה לנהל דיון ביקורתי אפקטיבי בפגיעה הערכית העולה מהפצת מחלות פוטנציאלית, בגין הכלליות הרבה של סוג ההתנהגות הנבחן. עקרון החוקיות המפורסם מבקש להגביל את השרירות בהפעלת כוח מדינתי, לקדם שקיפות, שוויון ואחריותיות.<sup>21</sup> אחת מדרישותיו היא שאיסורים יהיו בהירים,<sup>22</sup> דרישה שעלתה בפסק דין אש"ד המפורסם,<sup>23</sup> ובפסיקה מאוחרת אף נקבע שיש לה ממד חוקתי.<sup>24</sup> סעיף 218 מנוסח באופן רחב ועמום ביותר, אולי אחת העבירות העמומות ביותר בחוק העונשין. אפילו הסעיף המקורי, בפקודת החוק הפלילי, 1936, היה צר יותר, משום שעסק רק במעשה בלתי חוקי ורק במחלה מידבקת; נוסף על כך גם היה סעיף קל יותר, עוון גרידא.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW 61 (1998)

<sup>20</sup> HUSAK, לעיל ה"ש 5, בעמ' 145, 150, 153.

<sup>21</sup> John Calvin Jeffries, Jr., *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, 71 VA. L. REV. 189, 190 (1985)

<sup>22</sup> Tracey Maclin, *What Can Fourth Amendment Doctrine Learn From Vagueness?*, 3 U. PA. J. CONST. L. 398, 408–09 (2001)

<sup>23</sup> בועז סנג'ור *ביקורת דיני העונשין הישראליים* 58–61 (2020).

<sup>24</sup> ע"פ 53/54 אש"ד, *מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי*, פ"ד ח(1) 785, פס" 4 לפסק דינו של השופט חשין; פס" 2 לפסק דינו של השופט זילברג (1954). חרף הביקורת החריפה, האיסור בוטל בחלוף יותר מיובל שנים: חוק העונשין (תיקון מס' 100), התשס"ח-2008, ס"ח 804.

<sup>25</sup> בג"ץ 6358/05 *ואנונו נ' אלוף הפיקוד*, פס" 20 לפסק דין השופטת פרוקצ'יה (נבו 12.1.2006).

<sup>25</sup> ס' 195 לפקודת החוק הפלילי, 1936, קבע: "כל העושה באופן בלתי חוקי או מתוך רשלנות כל מעשה שהנהו מפיץ, או שהוא יודעו כמפיץ, או יש לו טעם להאמין שהוא עלול להפיץ, כל מחלה מדבקת שיש בה סכנה לחיי אדם, יאשם בעוון". באופן מעניין, סעיף 328 לפקודה, שעסק בהדבקת בהמות ואף בניסיון להדבקתן, יצר עבירה חמורה יותר, שדינה שבע שנות מאסר.

המונח "מחלה שיש בה סכנת נפשות" מרמז שהערך המוגן מתקשר לחיי אדם. ואולם, בהיעדר הגדרה למונח, קשה לפתח דיון ביקורתי מעמיק בהיקפו של האיסור ובסכנה של הפללת יתר.<sup>26</sup> כל עוד לא ברור לנו באיזו מחלה מדובר, נתקשה לבחון ברצינות ובמדויק את טיב הסכנה הכרוכה במחלה, מחד גיסא, ואת האופן שבו אותה מחלה מופצת, קרי סוגי ההתנהגות האנושית המובילים להפצה כזו, מאידך גיסא. תחת החוק הקיים, הדיון הביקורתי האפשרי בנוגע לסיבתיות יהיה מוגבל מאוד. מבחינה ויזואלית ייראה המהלך הלוגי כך:

### מעשה העלול להפיץ מחלה שיש בה סכנת נפשות ← הפצת המחלה ← מוות

הביקורת האפשרית תהיה מופשטת גם היא ותזהה שני חורים אפשריים במהלך הסיבתי. ראשית, לא כל מעשה העלול להפיץ מחלה מסכנת נפשות – אכן מפיץ אותה.<sup>27</sup> לא ברור באיזו הסתברות עוסק האיסור.<sup>28</sup> האם יש לה רף מינימלי כלשהו?<sup>29</sup> הגיוני לדרוש כזה, שהרי כמעט כל פעולה אנושית עלולה להיות כרוכה בסיכון כלשהו, ואפילו בסיכון זניח למוות.<sup>30</sup> שנית, מעצם הבחירה במונח "סכנת נפשות" ברור שלא כל מקרה שבו האיסור עוסק מסתיים במוות.

אפילו ברובד הפשטה כה גבוהה יש לבחינה הלוגית ערך, אף אם מוגבל. מצד אחד, היא מזכירה כי אנו מפלילים יצירת סכנה ולא התממשות שלה, ודאי מתוך רצון למנוע את התממשותה בהתאם לגודלה והסתברותה,<sup>31</sup> או אפילו מתפיסת יצירתו של הסיכון כנזק עצמאי, גם בשעה שהסכנה לא התממשה.<sup>32</sup> מצד אחר, הבחינה עשויה להביאנו לשקול טענה חלופית בנוגע לערך המוגן: לא החיים, אלא הבריאות.<sup>33</sup> גם ללא מוות, פגיעה קשה בבריאות יכולה להצדיק טענת הפללה.<sup>34</sup>

<sup>26</sup> על כך ראו: Geraldine Szott Moohr, *Defining Overcriminalization through Cost-Benefit Analysis: The* ; Sara Sun Beale, *From Example of Criminal Copyright Laws*, 54 AM. U.L. REV. 783, 784–86 (2005)

*Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, 54 AM. U.L. REV. 747, 748–51 (2005)

<sup>27</sup> ההפלה של התנהגויות בקשר לאיידס משתנה ברחבי העולם, כאשר מדינות שונות מפלילות מעשי הדבקה ממשיים בלבד, בעוד אחרות מפלילות גם את הסיכון בהדבקה: Dustin J. Lee, *Injections, Infections, Condoms, and* ; *Care: Thoughts on Negligence and HIV Exposure*, 25 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y 245, 250 (2015)

Glenys Williams, *Catherine Stanton and Hannah Quirk (eds), Criminalising Contagion. Legal and Ethical Challenges of Disease Transmission and the Criminal Law*, 26 (1) MED LAW REV 146 (2018)

<sup>28</sup> רע"פ 6136/09 חגשי נ' מדינת ישראל פס' טז–יט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 12.4.2010).

<sup>29</sup> מהו "עלול להפיץ"? האם כולל גם הסתברות של פחות מאחוז? סיכון תאורטי של פחות מאחוז? זהו נחשון "מסוכנותו של נשא HIV בישראל לאור סעיף 218 לחוק העונשין" *רפואה ומשפט* 38, 60, 68 (2008).

<sup>30</sup> Margo Kaplan, *Rethinking HIV-Exposure Crimes*, 87 IND. L.J. 1517, 1539–40 (2012)

<sup>31</sup> FEINBERG, לעיל ה"ש 13, בעמ' 190–191; *Foundations of Risk Regulation*, 87 MINN. L. REV. 1293, 1310–19 (2003)

<sup>32</sup> Claire Finkelstein, *Is Risk a Harm?*, 151 U. PA. L. REV. 963, 971–73, 987–89 (2003)

<sup>33</sup> למשל בקשר להפללת התנהגויות שעלולות להדביק באיידס: Kim Shayo Buchana, *When Is HIV a Crime?* ; *Sexuality, Gender and Consent*, 99 MINN. L. REV. 1231, 1239 (2015)

<sup>34</sup> בישראל, המונח "בריאות" עולה בסעיפים שונים בחוק העונשין, המרמז על שאיפת המחוקק להגן עליה, ראו: ס' 13, 34, 337, 340, 361, 362, 368 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

רובד ההפשטה הכללי של הניסוח מגן עליו מפני ביקורת אפקטיבית בנוגע לפגיעה הערכית. אילו במקום "מחלה שיש בה סכנת נפשות" היה נכתב שם של מחלה, ציונה בכותרת העבירה פירושו היה שאכיפתה תוביל לפגיעה קשה בפרטיות, בחשיפת המחלה וחיבורה לחשוד ולנאשם שעל הפרק. השניים היו נחשפים לסנקציות חברתיות הנוגעות לסכמות החברתיות של המחלה, לסטריאוטיפים ולדעות קדומות, כפי שאומנם קורה במדינות המפלילות הפצה של מחלות מסוימות, כמפורט בהמשך הדברים. ואולם, היה לכך גם יתרון דוקטרינרי, באפשרות ליצור דיון ביקורתי יותר, למשל בנוגע למידת הסכנה הקיימת ממחלה זו בעולם הרפואה המודרני. ברור שככל ששיעור התמותה ממחלה מסוימת עולה, גוברת ההצדקה להפללתה של הפצת המחלה.<sup>35</sup>

בהמשך לכך, אילו במקום "העושה מעשה העלול להפיץ" היו מצוינים מעשים קונקרטיים הכרוכים בסכנת הפצה, ניתן היה ליצור דיון ביקורתי על אודות הקשר הסיבתי האמפירי, ולמצער על אודות המהלך הלוגי (והביולוגי) הקושר בינם לבין ההידבקות במחלה. כשמתחזק הקשר הסיבתי בין מעשים אנושיים מסוימים לבין הפצת המחלה, גוברת ההצדקה להפלילם, אף שכמובן יעלו שיקולים נוספים מאוחר יותר. ואולם, תחת הרכיב ההתנהגותי הרחב ביותר שניתן להעלות על הדעת בספר החוקים, "העושה (מעשה)", רכיב שעשוי לכאורה לכסות כל סוג של פעולה אנושית, לרבות דיבור ותנועה גופנית מינורית, אין דרך לנהל דיון אמיתי על גבולות העבירה או לספק לאזרחים אזהרה הוגנת מפני החשדתם, האשמתם, הרשעתם וענישתם.<sup>36</sup>

לעומת זאת, דיון קונקרטי מאפשר ביקורתיות ממשית. נביט למשל בשאלת ההפללה של הפצת נגיף האיידס (HIV), הפללה קונקרטית הקיימת בארצות הברית, בקנדה, בבריטניה ובמדינות נוספות.<sup>37</sup> אין חולק כי מדובר במחלה המסכנת נפשות, שהרי רבים המקרים שבהם היא הובילה למוות ועדיין עושה כן.<sup>38</sup> מנגד, אין חולק גם כי שיעור התמותה מהמחלה כיום בטל בשישים לעומת שיעור

<sup>35</sup> Kaplan, לעיל ה"ש 30, בעמ' 1539–1540.

<sup>36</sup> למרבה הצער, הביטוי "העושה מעשה" או ביטוי דומה מופיעים גם בעבירות נוספות בישראל, לרבות עבירות חמורות שנאכפות באופן ממש, דוגמת שיבוש מהלכי משפט בס' 244 ("העושה דבר") ומעשה מגונה בס' 348–349 לחוק העונשין (העושה מעשה").

<sup>37</sup> Leslie E. Wolf & Richard Vezina, *Crime and Punishment: Is There a Role for Criminal Law in HIV* 77 James B. McArthur, *As the Tide Turns: Prevention Policy?*, 25 WHITTIER L. REV. 821, 845–848 (2004) *The Changing HIV/AIDS Epidemic and the Criminalization of HIV Exposure*, 94 CORNELL L. REV. 707, Angela Perone, *From Punitive to Proactive: An Alternative Approach for Responding to HIV Criminalization that Departs from Penalizing Marginalized Communities*, 24 HASTINGS James Richardson, *Criminal Transmission of HIV Laws: Are They* ;WOMEN'S L.J. 363, 372 (2013) Brigid Bone, *Whose ;Outdated or Are They Still Useful?*, 53 HOUS. L. REV. 1179, 1189 (2016) *Responsibility is it to PrEP for Safe Sex? Archaic HIV Criminalization and Modern Medicine*, 53 WASH. 671 (2017) Williams; U. J.L. & POL'Y 319, 325–27 (2017), לעיל ה"ש 1, בעמ' 671.

<sup>38</sup> Garmon, לעיל ה"ש 1, בעמ' 671; אמנון כרמי *בריאות ומשפט* 1236–1235 (מהדורה שנייה, מוחמד ס. ותד עורך (2003).

התמותה מהמחלה כאשר נחשפה לעולם, והרפואה המודרנית יודעת להציע טיפול ההופך את המחלה מסופנית לכרונית.<sup>39</sup> ההצדקה להוסיף ולהילחם בהפצתה באמצעות המשפט הפלילי דווקא – פוחתת.

דיון ביקורתי קונקרטי יכוון גם לאופן המדויק שבו המחלה מופצת באמצעות התנהגויות אנושיות. בנוגע לאיידס, הוא יתמקד בכל סוג התנהגות אנושית שמובילה להדבקה. למשל, בנוגע ליחסי מין, אשר במשטרים שונים מצויים במוקד ההפלה והאכיפה של התנהגויות של נשאי HIV,<sup>40</sup> מבחינה ויזואלית המהלך הלוגי התומך בהפלה יהיה:

**קיום יחסי מין תוך נשיאת הנגיף ← הדבקת אחר בנגיף ← התפתחות מחלת האיידס אצל האחר**

### ← מות האחר

דיון בהתנהגות אנושית ברורה יחסית משקף הגינות רבה יותר מבחינה אזהרה הוגנת לאזרח, שבהיעדרה בשיטות משפט אחרות נפתחת דלת לפסילה שיפוטית בגין רוחב ועמימות.<sup>41</sup> פרט לכך, מבט במחלה קונקרטית מאפשר להרהר מחדש אחר הערך המוגן המדויק. הפגיעה הערכית האפשרית ניתנת להמשגה שונה: מוות אנושי, פיתוח מחלת האיידס, ההידבקות בנגיף כשלעצמה, החרדה מפני ההידבקות או בכלל אנטי-חברתיות המופגנת בחוסר אכפתיות לבריאותו של האחר. המשגת הפגיעה המדויקת היא מכרעת, הן באשר לשלב הנוכחי במודל ההפלה והן באשר לשלבים עתידיים במודל. האם עיקר תכליתה של העבירה הוא למנוע תמותה?<sup>42</sup> למנוע את חוויית המחלה, בעיקר כאב פיזי?<sup>43</sup> למנוע פגיעה במערכת החיסונית?<sup>44</sup> למנוע את החרדות והדאגות הנפשיות הגדולות מהתפתחות המחלה ואת השינוי הנדרש באורח החיים?<sup>45</sup> למנוע חששות ודאגות מצד אנשים על עצם האפשרות להידבק בנגיף במהלך יחסי מין?<sup>46</sup> להגיב לחוסר אכפתיות אנושית כלפי אחרים? למנוע את כל אלו גם יחד? האם מוקד העבירה הוא הפרט הנדבק כקורבן, או בריאות

<sup>39</sup> Buchana, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1245, McArthur, לעיל ה"ש 37, בעמ' 732-733, Bone, לעיל ה"ש 37, בעמ' 332-333; נחשון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 68-70.

<sup>40</sup> Wolf & Vezina, לעיל ה"ש 37, בעמ' 848-852, Bone, לעיל ה"ש 37, בעמ' 325. יושם אל לב שבין דרכי ההדבקה האפשריות, בפער עצום עירוי דם הוא המסוכן ביותר, עם הסתברות 95% להדבקה, לעומת הסתברויות של פחות מאחוז אחד בנוגע לשימוש במחט משותפת להזרקת סמים, יחסי מין וגניליים, יחסי מין אנאליים, דקירת מחט במהלך תעסוקה והנקת תינוק בחלב אימו הנשאית. נחשון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 63-64.

<sup>41</sup> Michael C. Steel, Case Note: Constitutional Law--The Vagueness Doctrine: Two-Part Test, or Two Conflicting Tests? *City of Chicago v. Morales*, 119 S. Ct. 1849 (1999), 35 LAND & WATER L. REV. 255, Evan Fox-Decent, *Limiting Arbitrary Power: The Vagueness Doctrine in Canadian*, 258-62 (2000) *Constitutional Law*, 9 QUEEN'S L.J. 923, 923-24 (2005).

<sup>42</sup> כך לפחות בשלב מסוים: Garmon, לעיל ה"ש 1, בעמ' 671, Bone, לעיל ה"ש 37, בעמ' 332.

<sup>43</sup> נחשון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 62.

<sup>44</sup> Kaplan, לעיל ה"ש 30, בעמ' 1523.

<sup>45</sup> Buchana, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1313.

<sup>46</sup> Lee, לעיל ה"ש 27, בעמ' 248, Buchana, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1240, 1342.



הציבור בכללותה? כל השאלות הללו הן חלק קריטי בדיון הביקורתי, שקשה לערוך תחת הרובד המופשט והכללי של החוק.

כמובן, לא כל קיום יחסי מין יכול להוביל להפצת איידס. תנאי חיוני להפצה הוא שלפחות אחד המשתתפים ביחסי המין יישא את הנגיף, ולפחות אחד המשתתפים לא יישא אותו. גם בהתקיים התנאי עולה שאלת ההסתברות של ההדבקה, בהתאם לסוג הפעילות המינית המדויקת ובהתאם לזהות הנושא.<sup>47</sup> האם שימוש באמצעי הגנה, אשר ודאי מצמצם את ההסתברות אך עדיין אינו מאפס אותה לחלוטין, צריך להיות מודר מהעבירה, גם עבור מי שאינו מיידע את הפרטנר?<sup>48</sup> לעומת זאת, האם יידוע של הפרטנר צריך להבטיח שהעבירה לא תוחל גם בלי שימוש בקונדום?<sup>49</sup>

ניתן לתמוך בכך שאדם יוכל לבחור להסתכן בהידבקות, כחלק מכיבוד האוטונומיה האישית שלו.<sup>50</sup> מנגד, ניתן לגרוס כי אין לאפשר לפרט לנהוג כאמור, מחשש שמא הוא עצמו ידביק אחרים בעתיד, או מסיבה פטרנליסטית: העדפת התפיסה החברתית של טובתו על בחירתו האישית.<sup>51</sup>

זו נקודה קריטית. איסור המגן על הפרט מהדבקה בידי פרטנר מיני אשר לא יידע אותו מגן על האוטונומיה שלו. לעומת זאת, איסור רחב ועמום, כמו סעיף 218, לכאורה אינו סובל בלשונו אפילו הסתכנות מודעת, משום שהיא עשויה לפגוע בעתיד בבריאות הציבור, בבריאותם של פרטים אחרים. אם מטרתנו להגן על בריאות הציבור, ניתן לגרוס כי גם אדם שאינו נושא נגיף ומקיים יחסי מין ללא הגנה, בלי לברר אם הפרטנר נושא כאמור, "עושה מעשה העלול להפיץ מחלה". כל אדם בריא הוא קורבן פוטנציאלי של העבירה, פוטנציאל הידבקות; ואולם, קורבנותו הפוטנציאלית הופכת אותו גם לעבריין פוטנציאלי, נוכח פוטנציאל ההדבקה, שכבר גבוה מאפס בנוגע אליו מרגע שקיים יחסי מין עם אחרים.

<sup>47</sup> סיכויי ההידבקות תלויים בשאלה אם מדובר במין מלא, מין אנאלי, מין אורלי וכדומה, ובשאלה מיהו הנשא – החודר או הנחדר, המבצע או המקבל. ראו: Kaplan, לעיל ה"ש 30, בעמ' 1540; Buchana, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1239–1240, 1243; McArthur, לעיל ה"ש 37, בעמ' 723; Bone, לעיל ה"ש 37, בעמ' 325–326. כן ראו רע"פ חגשי, לעיל ה"ש 28, פסי' י"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>48</sup> מדינות בודדות בארצות הברית קובעות ששימוש בקונדום מודר מהעבירה של הפצת איידס או מהווה הגנה עבורה: Wolf & Vezina, לעיל ה"ש 37, בעמ' 854. סעיף 218 כידוע אינו עוסק בהתנהגות מינית דווקא ואינו מפרט אם שימוש בקונדום מוחרג מהאיסור. ראו נחשון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 71; אביגדור סלטון, דניאל שם טוב "יידוע בן/בת זוג או שותף/פה ליחסי מין, של נשא HIV או חולה AIDS על אודות מצבם הרפואי של הנשא/החולה" **רפואה ומשפט** 27, 41, 31–34 (2009); עניין חגשי, לעיל ה"ש 28, פסי' י"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>49</sup> במדינות שונות אי-יידוע הפרטנר הינו רכיב בעבירה, ובמדינות נוספות יידוע מהווה הגנה: Wolf & Vezina, לעיל ה"ש 37, בעמ' 854–855; Kaplan, לעיל ה"ש 30, בעמ' 1534; Lee, לעיל ה"ש 27, בעמ' 249; Bone, לעיל ה"ש 37, בעמ' 327–328. לא בכל המדינות: Perone, לעיל ה"ש 37, בעמ' 375. כן ראו: גיל סיגל "על חובות המטופל - מעש משפטי ולא מס שפתיים" **רפואה ומשפט** 27, 65, 66 (2002).

<sup>50</sup> Joel Feinberg, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?*, 58 NOTRE DAME L. REV. 445, 446–47, 453–54 (1983); HARM TO SELF 28, 115 (1986).

<sup>51</sup> שם, בעמ' 57–58, 68–69; Meir Dan-Cohen, *Basic Values and the Victim's State of Mind*, 88 CAL. L. REV. 759, 765 (2000).

אם נביט במחלה אחרת, הדיון ישתנה מאוד. ראו את מגפת הקורונה. שוב אין חולק שמדובר במחלה המסכנת נפשות, בהובילה לכמעט שני מיליון מיתות בעולם בשנת 2020 לבדה, מתוך כ-80 מיליון נדבקים.<sup>52</sup> ואולם, בשונה ממחלת האיידס, הקורונה מתאפיינת עד כה בשיעור החלמה גבוה מאוד ובקצב החלמה גבוה. נוסף על כך, חוויית המחלה משתנה מאוד, ועבור חולים רבים אינה כאובה. גם באשר להפצת המחלה הדיון משתנה מאוד, משום שלא נדרשים עוד יחסי מין; די במגע אנושי ישיר ועקיף (דרך חפצים), ואפילו בנשימה בקרבת אחרים. אי-שמירה על ריחוק חברתי ואי-זהירות היגיינית מגבירות את הסיכון להדבקה, כאשר כל אדם שאינו שומר מרחק נכלל במהלך, בין שהוא חולה ובין שלא.<sup>53</sup> במילים אחרות, כולנו נכללים במהלך. בתמצית, המהלך הלוגי התומך בהפללה יהיה:

**אי-שמירת ריחוק חברתי או אי-זהירות היגיינית ← הדבקת אחר בקורונה / הידבקות בידי אחר**

### **← פיתוח תסמיני הקורונה ← כאב וסבל ← מוות**

התיאור הלוגי מאפשר ביקורת נורמטיבית על החשש מהפללת יתר. ברור שלא כל אי-שמירת ריחוק חברתי ואי-זהירות היגיינית מובילות או אפילו יכולות להוביל להדבקה או להידבקות. למשל, בסביבה שבה אין חולי קורונה, פעולות אלו ואחרות אינן יוצרות בדל סיכון להידבקות בקורונה. אף אם נגביל את המהלך לסביבת נשאים וחולים, עדיין עולות שאלות סבוכות של הסתברות.<sup>54</sup> לצד זאת, גם ההשלכות השליליות של ההפללה, שיידונו בפרק ד', משתנות מאוד בין איסור על יחסי מין (או יחסי מין ללא הגנה וללא ידוע) לאיסור על אי-שמירת ריחוק. ואולם, כדי שנוכל להעלותן על הדעת, עלינו לדון במחלה קונקרטיה ובסוגי התנהגות הגורמים להפצתה, ולא ב"מעשה העלול להפיץ מחלה".

בחירתו של המחוקק הישראלי לאחד לתוכו את כל המחלות מסכנות החיים מזה, ולהימנע מהגבלת האיסור להתנהגויות קונקרטיות מזה, אומנם יוצרת כותרת דיסקרטית יחסית (אף שניתן היה לחשוב על כותרת דיסקרטית עוד יותר), אך לצידה עבירה שקשה מאוד להצביע על ליקוייה הלוגיים באופן מלא. עם זאת כבר כעת ברור שמדובר בעבירה עמומה ורחבה באופן יוצא דופן.

*Coronavirus (COVID-19) Mortality Rate*, WORLDOMETERS.INFO<sup>52</sup>

<https://www.worldometers.info/coronavirus/coronavirus-death-rate/> (last updated: 14 May 2020)

<sup>53</sup> למידע רפואי על הקורונה: "נגיף הקורונה" **משרד הבריאות**

*Coronavirus disease (COVID-19)*; <https://govextra.gov.il/ministry-of-health/corona/corona-virus-pandemic>, WHO [www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019](http://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019) (last visited Mar. 9, 2021).

<sup>54</sup> ביוני 2020 פורסם כי 70% מחולי הקורונה לא הדביקו איש, ראו: "70 אחוזים מחולי הקורונה לא הדביקו אף אחד אחר" **וואלה! בריאות** (7.6.2020) <https://healthy.walla.co.il/item/3365261>

## **ב. תכליותיות: מסוגלות הדין הפלילי להתמודד עם הפגיעה הערכית**

### **ב.1 כיצד הדין הפלילי מונע פגיעה בערכים**

זיהוי פגיעה ערכית הוא תנאי הכרחי, אך לא מספיק להפללה, משום שטרם בחנו אם הדין הפלילי מסוגל להתמודד היטב עם הפגיעה בערך המוגן. התשובה תלויה בשתי שאלות משנה. האחת היא אם הדין הפלילי מסוגל לממש את שיטות הפעולה שלו כדי לצמצם את סוג ההתנהגות הנדון, יכולת שלצידה מוטיבציה של הרשויות. מי שסבור שעל הדין הפלילי לאכופ את איסוריו, ולא רק להכריז עליהם, צפוי לבחון את שאלת האכיפות,<sup>55</sup> בהבינו שהמשפט הפלילי אינו מסוגל לצמצם כל סוג התנהגות.<sup>56</sup> על רשויות האכיפה לאתר את סוג ההתנהגות המופלל, לתפוס את מבצעיו ולאסוף ראיות המספיקות לאישום ולהרשעה; מאוחר יותר, על בית המשפט להביא לצמצום סוג ההתנהגות באמצעות ענישה.<sup>57</sup> שאלת המשנה האחרת תובעת מבט בתמונה רחבה יותר ופותחת דלת לביקורת עקיבות. היא מתמקדת בסוגי הפגיעה הערכית, כפי שנוסחו בשלב הקודם, ובוחנת אם הם נגרמים באופן דומה גם מפעולות אחרות, בעיקר בהסתברות ובשכיחות דומה. שאלה זו, ההפללה המספיקה או מבחן צרות-היתר, מעודדת יחס משפטי דומה לתופעות פוגעניות דומות ומפשיטה טיעוני הקבלה, אשר עולים לעיתים בדיוני הפללה.<sup>58</sup> מבחן זה מעודד בדיעבד המשגה חדה של הערך המוגן, חלף המשגה כללית מופשטת, שבהכרח מובילה לצרות-יתר ערכית. תשובה שלילית לאחת משאלות המשנה פירושה שבמובן מכשירני לא תוכל הפללה להשיג את מטרתה לצמצם את סוג ההתנהגות שעל הפרק (אכיפות) או את הפגיעה הערכית שבגינה מתבקשת הפללה (צרות-יתר).

### **ב.2 תכליתיות והפצת מחלות פוטנציאלית**

---

<sup>55</sup> זו העמדה הרווחת בספרות המשפטית הפלילית: Dan M. Kahan, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, 63 U. CHI. L. REV. 591, 598–601 (1996); Paul H. Robinson, *Why does the Criminal Law Care what the Layperson Thinks is Just? Coercive versus Normative Crime Control*, 86 VA. L. REV. 1839, 1866 (2000).  
<sup>56</sup> William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, 86 VA. L. REV. 1871, 1897 (2000).  
<sup>57</sup> ראו: Paul H. Robinson and John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 NW. U.L. REV. 453, 454–56 (1997); Neal Kumar Katyal, *Deterrence's Difficulty*, 95 MICH. L. REV. 2385, 2386, 2389–492 (1997); Dan M. Kahan, *Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence*, 95 MICH. L. REV. 2477, 2489–90, 2496 (1997); Richard H. McAdams, *A Focal Point Theory of Expressive Law*, 86 VA. L. REV. 1649, 1650 (2000); Sara Sun Beale, *Federalizing Hate Crimes: Symbolic Politics, Expressive Law, or Tool for Criminal Enforcement?*, 80 B.U.L. REV. 1227, 1255, 1265 (2000).  
<sup>58</sup> HUSAK, לעיל הי"ש 5, בעמ' 42.

רובד ההפשטה הכללי של האיסור, שקודם לכן הקשה ביקורת נורמטיבית על ההפלה, הופך כעת לחרב פיפיות ויוצר קושי גדול לתומכי ההפלה. רבות המחלות המסוכנות ורבים המעשים שעלולים להוביל להפצתן. לכאורה סעיף 218 ניתן להחלה על קשת עצומה של אנשים, מחלות ותרחישים: חולים ונושאי נגיפים והמעגל החברתי שלהם; הורים שאינם מטפלים בבריאות ילדיהם או אינם מחסנים אותם (ואף מי שקורא לאחרים שלא לחסן או כותב טענות נגד חיסונים);<sup>59</sup> נשים הרות הצורכות חומרים מסוכנים;<sup>60</sup> אנשים המקיימים יחסי מין, באופן אורגני<sup>61</sup> או כעיסוק;<sup>62</sup> יצרנים, ספקים, מוכרים ובעלי תפקידים אחרים בתעשיות העישון והאלכוהול, המזון, הקוסמטיקה, הניקיון, בתעשיות מזהמות מגוונות, וכמובן בתעשיית הבריאות והתרופות;<sup>63</sup> פקידים ברשויות המדינה, דוגמת רשויות ההגירה ומשטרת הגבולות;<sup>64</sup> אפילו נותני שירותים הקשורים להחזקת גופות ולקבורתן.<sup>65</sup> לכאורה האיסור מכסה לא רק מעשי הדבקה ישירה במחלה מסוכנת, אלא גם מעשים שיש בהם משום תרומה בלתי מסוימת להפצת מחלה שאינה מידבקת, למשל מכירת סיגריות או מזון מסרטן, בבחינת "נוזק מצטבר".<sup>66</sup>

האכיפות מחייבת אותנו להעלות על הדעת אסטרטגיה פלילית למלחמה בהתנהגות מפיצת מחלות. ואולם, נוכח כמות המחלות המסוכנות וגיווןן, נוכח אינספור סוגי ההתנהגות העלולים להביא להפצת המחלות הללו ונוכח הידע הרפואי והאנתרופולוגי המוגבל בקרב רשויות האכיפה הפלילית,

---

Megan E. Waterman, *Indorsing Infant Immunity: An Argument for Criminalizing Parents' Refusal to Immunize Their Children*, 51 TULSA L. REV. 153, 155, 158 (2015)

<sup>59</sup> התנהגות זו מופללת במישרין במדינות שונות בעולם: Melissa Ballengee Alexander, *Denying the Dyad: How Criminalizing Pregnant Drug Use Harms the Baby, Taxpayers and Vulnerable Women*, 82 TENN. L. Priscilla A. Ocen, *Birthing Injustice: Pregnancy as a Status Offense*, 85 GEO. WASH. ;REV. 745 (2015) Khiara M. Bridges, *Race, Pregnancy, and the Opioid Epidemic: White Privilege and the Criminalization of Opioid Use During Pregnancy*, 133 HARV. L. REV. 772, 798 (2020) Ian Ayres & Katharine K. Baker, *A Separate Crime of Reckless Sex*, 72 U. CHI. L. REV. 599, 604–617 (2005)

<sup>60</sup> Daria Snadowsky, *The Best Little Whorehouse is Not in Texas: How Nevada's Prostitution Laws Serve Public Policy, and How Those Laws May Be Improved*, 6 NEV. L.J. 217, 226–29 (2005) זנות, מגדר ומשפט פלילי: הרהורים על הצעת החוק להפלת צרכני זנות "משפט וממשל" יג 439, 449, 462, 475 (התשע"א).

<sup>61</sup> Paul E. Frederickson, *Criminal Marketing: Corporate and Managerial Liability in the Prescription Liability for Pharmaceuticals*, 28 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y 399, 407–408, 410–12 (2019)

<sup>62</sup> Mary J. Davis, *Time for a Fresh Look at Strict Liability for Pharmaceuticals*, 22. MIDWEST L.J. 115, 116–42 (2008) Andreas Schloenhardt, *From Black Death to Bird Flu: Infectious Diseases and Immigration*, 12 NEW ENG. J. INT'L & COMP. L. 263, 266–68 (2006) Polly J. Price, *Sovereignty, Restrictions in Asia, Citizenship, and Public Health in the United States*, 17. N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y, 919, 926–45 (2014).

<sup>63</sup> Eloisa C. Rodriguez-Dod, Aileen Maria Marty, and Elena Maria Marty-Nelson, *Tears in Heaven: Religiously and Culturally Sensitive Laws for Preventing the Next Pandemic*, 66 CATH. U. L. REV. 117, 131–34 (2017)

<sup>64</sup> FEINBERG, לעיל ה"ש 13, בעמ' 226–227.

קשה לפתח אסטרטגיית שיטור יעילה. כיצד ניתן לאתר סוג התנהגות שאינו מפורט בחוק ולו ברמז?<sup>67</sup>

אף אם נרד מרובד ההפשטה הגבוה וניצמד למחלה מסוימת ולתרחיש קונקרטי, האתגר עדיין גדול. למשל, אם נבחן את מחלת האיידס ואת התרחיש של יחסי מין במצב שבו אחד הצדדים נושא את הנגיף והאחר אינו נושא אותו, כיצד בדיוק תאתר המשטרה את ההפצה? יחסי מין בהסכמה הם אירוע שכיח ביותר, מצד אחד, וברגיל אינטימי ביותר, מצד אחר.<sup>68</sup> קשה לדעת על מופעי ההתנהגות בזמן אמת, לא כל שכן להבדיל בין מופעים שונים לפי סכנת ההדבקה. גם בדיעבד לא תמיד פשוט לגלות מי הדביק את מי, בעיקר במחלה בעלת שיעורי הדבקה גבוהים, מי היה מודע ומי לא. קיומם של חיסיון רפואי וסודיות רפואית מצמצם עוד יותר את הסיכוי לאיתור.<sup>69</sup>

לבסוף, גם בהנחה של איתור ואיסוף של ראיות מספיקות להעמדה לדין ולהרשעה, אפילו ענישה של מי שכבר אותר, הואשם והורשע אינה מצמצמת בהכרח את התופעה.<sup>70</sup> אף במדינות אשר קיימת בהן הפללה מפורשת של התנהגויות הנוגעות להפצת איידס, האזרחים אינם מודעים בהכרח לחקיקה המפלילה, ובהיעדר מודעות אינם משנים כמובן את התנהגותם כדי לציית לחוק.<sup>71</sup> קל וחומר במשטר שבו ההפללה כללית ועמומה, סביר שאזרחים רבים אינם מודעים לכך שהמשפט הפלילי אוסר עליהם לקיים יחסי מין בכלל, או לעשות זאת ללא אמצעי הגנה או ללא יידוע הפרטנר. אפילו בקרב אלה שיוודעים על החוק, סביר שיש מי שלא יוותרו על קיומם של יחסי מין רק מפאת היותם, הם או אפילו הפרטנרים שלהם, נושאי מחלות מידבקות: ייתכן ביקוש קשיח ליחסי מין בקרב אוכלוסיות מסוימות.<sup>72</sup> מעבר לכך, שליחת חולים ונשאים לכלא לא תצמצם הפצת מחלה מידבקות שאינה ניתנת לריפוי, הן בין כותלי הכלא והן לאחר השחרור.<sup>73</sup>

מבט בעבירה במאגרים המשפטיים בישראל מלמד כי חרף רוחבה העצום, אכיפתה צרה ביותר ועולה בשני סוגי מקרים עיקריים, שבהם העבירה היא רק ספיח לעבירה חמורה יותר. סוג המקרים

<sup>67</sup> אפילו הפללה רחבה של התנהגויות העלולות להפיץ איידס בוקרה בחריפות כעבירה שקשה לאכוף ביעילות: Lee, לעיל ה"ש 27, בעמ' 252.

<sup>68</sup> Irina D. Manta, *Tinder Lies*, 54 WAKE FOREST L. REV. 207, 218 (2019). כמוכך, לא תמיד זה המצב:

Buchana, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1335–1336.

<sup>69</sup> ס' 49 לפקודת הראיות [נוסח משולב], התשל"א-1971; ס' (7)2-(8) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; ס' 19 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; אריאל אזרחי "נגיף האיידס – נקודת האיזון בין הזכות לפרטיות וחובת הדיווח לצדדים שלישיים" המשפט 101, 103 (1998).

<sup>70</sup> Wolf & Vezina, לעיל ה"ש 37, בעמ' 870.

<sup>71</sup> Erin E. Langley, Dominic J. Nardi, Jr., *The Irony of Outlawing AIDS: A Human Rights Argument Against the Criminalization of HIV Transmission*, 11 GEO. J. GENDER & L. 743, 787 (2010).

<sup>72</sup> McArthur, לעיל ה"ש 37, בעמ' 724–725; Buchana, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1246–1247; Langley, לעיל ה"ש 71, בעמ' 394; Perone, לעיל ה"ש 37, בעמ' 788.

<sup>73</sup> McArthur, לעיל ה"ש 37, בעמ' 725.

האחד עניינו עבירות מין, המבוצעות בידי תוקף החולה במחלה מידבקת.<sup>74</sup> עבירות אלו ברגיל נאכפות לאחר תלונת הקורבנות למשטרה, שבתורה מאפשרת למשטרה לזהות גם את עצם ביצוע העבירה לפי סעיף 218 ולאחר את העבריין. בלי ההקשר של העבירה המינית, אשר בבירור תופס את מרכז הבמה במצבים אלו, האיתור יורד מאוד.

סוג המקרים האחר שבו נאכפת העבירה, באופן מעניין שכיח בהרבה, טובב סביב הברחת מזון מהחי, בעיקר ביצים, לרוב אגב ביצוע עבירות שחיתות ואחרות.<sup>75</sup> עבירות אלו מאותרות בידי גורמי פיקוח על מעברים מהשטחים או על מזון מהחי, ולמאתרים יש אינטרס עצמאי שאינו קשור לבריאות הציבור: ביעור שחיתות במקרים מסוימים וצמצום תחרות כלכלית באחרים.

בהקשרים שונים, רפואיים למשל, האכיפה נדירה ועולה רק בפרשות שזכו לתהודה ציבורית גדולה.<sup>76</sup> אכיפת העבירה לבדה, כלומר אישום לפי סעיף 218 ללא עבירות אחרות, נדירה אף היא, ונעשית באשר לקיום יחסי מין בין חולה או נשא מודע, לא אחת נתין זר, לבין אדם אחר, שלא ידע על מצבו הרפואי של הפרטנר בעת קיום היחסים.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> למשל תפ"ח (מחוזי י-ם) 3022/00 **מדינת ישראל נ' פלוני פס' 1-2** (נבו 7.1.2002) (מעשה מגונה בילדה בידי חולה זיבה); ע"פ 1538/02 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(3) 590, 604-605 (2003) (עבירות מין ומגע באיברי מין והדבקה בזיבה); פ"ח (מחוזי ת"א) 1165/05 **מדינת ישראל נ' פלוני פס' 1-2** (נבו 22.2.2006) (עבירות מין בקטינה בידי נשא HIV); ע"פ 11699/05 **סרפו נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(4) 498 פס' 1 לפסק דינו של השופט לוי (2008) (איוס, איומים ותקיפה בסכיבות מחמירות בידי נשא HIV והדבקת המתלוננת; לצד הדבקת אחרות שלא באיוס); ע"פ 2932/06 **פלוני נ' מדינת ישראל פס' א-ג** לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 6.11.2008) (עבירות מין בידי נשא HIV); מ"ח 5926/15 **בן שלמה נ' מדינת ישראל פס' ה-ו** לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 10.12.2015) (עבירות מין בקטינים בידי חולה צהבת).

<sup>75</sup> למשל ת"פ (שלום ת"א) 5741/98 **מדינת ישראל נ' זילברשטיין עמ' 2** (נבו 20.3.2002) (מכירת בשר ללא פיקוח לצד מרמה, זיוף ועוד); ע"פ (מחוזי י-ם) 8912/04 **חברת ביצת הכסף בע"מ נ' מדינת ישראל פס' 1-2** (נבו 2.7.2007) (הברחת ביצים מהשטחים, לצד עבירות זיוף); ע"פ (מחוזי חי') 21346-01-10 **עבדה נ' מדינת ישראל פס' ב** (נבו 6.5.2010) (מכירת ביצים ללא פיקוח ועבירות נלוות); ת"פ (מחוזי י-ם) 4514-08-11 **מדינת ישראל נ' חמוד פס' 1-2** (נבו 4.4.2012) (שוחד והברחת ביצים מהשטחים); בשי"פ 8259/12 **עמר נ' מדינת ישראל פס' 2-3** לפסק דינה של השופטת ברק-ארו (נבו 20.11.2012) (קשירת קשר לפשע, מרמה ועוד)

הברחת ביצים מהשטחים); בשפ 306/13 **אביטבול נ' מדינת ישראל עמ' 2-3** (נבו 17.1.2013) (הברחת ביצים מהשטחים; שוחד, קשר ועוד); ע"פ 9145/11 **מרעי נ' מדינת ישראל פס' ב-ג** לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 1.5.2013) (קבלת שוחד והברחת ביצים מהשטחים); ת"פ (שלום פ"ת) 37540-01-13 **מדינת ישראל נ' בן חור פס' 2-3** (נבו 5.5.2013) (שימוש במסמך מזויף והברחת ביצים מהשטחים); ע"פ 4149/13 **אוחיון נ' מדינת ישראל פס' 6** לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 2.10.2013) (שוחד והברחת מוצרים מהחי מהשטחים); ת"פ (מחוזי י-ם) 21290-08-11 **מדינת ישראל נ' רבאח פס' 1** (נבו 30.4.2015) (שוחד והעברת ביצים מהשטחים); ע"פ 154/16 **קבלאן נ' מדינת ישראל פס' 2** לפסק דינו של השופט מזוז (נבו 14.1.2016) (שוחד והברחת מזון מהשטחים); בשי"פ 6071/16 **זאהדה נ' מדינת ישראל פס' 2**, 4 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 26.9.2016) (הברחת בשר מהשטחים, לצד עבירות מרמה, הלבנת הון ואחרות); ע"פ 9852/17 **משה נ' מדינת ישראל פס' 2** לפסק דינו של השופט קרא (נבו 27.2.2018) (שוחד והברחת ביצים מהשטחים); ת"פ (שלום י-ם) 34067-10-12 **מדינת ישראל נ' אל סוויטי פס' 1-5** (נבו 6.9.2018) (שוחד והברחת ביצים מהשטחים); ע"פ 7760/18 **מזרחי נ' מדינת ישראל פס' 1** לפסק דינו של השופט קרא (נבו 16.5.2019) (הברחת 2.5 מיליון ביצים מהשטחים לצד עבירות מס והלבנת הון).

<sup>76</sup> ע"פ 3093/08 **פונטוס נ' מדינת ישראל** (נבו 3.6.2010) (הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות בהדבקת מטופלים בידי רופא, גרימת חבלה חמורה והפצת מחלות, לצד גנבה, מרמה ועוד); ת"פ (שלום פ"ת) 2613/08 **מ.י. פרקליטות מחוז המרכז נ' בלק** (נבו 5.6.2011) (פרשת רמדיה: הפגיעה בתינוקות שהוזנו בלעדית בנוסחה).

<sup>77</sup> רע"פ **חגשי**, לעיל ה"ש 28, פס' כ"ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (יחסי מין לא מוגנים עם נשא HIV שלא סיפר); תפ (שלום ק"ג) 12444-01-11 **מדינת ישראל נ' צהאיו פס' 1** (נבו 23.5.2011) (נשא HIV שקיים יחסי מין בלי ליידע את זוגתו); ת"פ (שלום ת"א) 36236-09-15 **פרקליטות מחוז תל אביב פלילי נ' ששונקר** (עציר) פס' 1 (נבו 29.2.2016) (נשא מחלה, שלא צוינה בפסק הדין, קיים יחסי מין עם נשים בלי ליידען והדביק אחת).

אם נשים בצד הברחת מזון מהחי ועבירות מין, אשר דומה שאכיפתן מתקשרת גם, ואולי בעיקר, לרציונלים אחרים, נדמה שהעבירה היא במידה רבה אות מתה.<sup>78</sup> נוכח רוחבה ועמימותה, אין תמה בכך. חרף האיומים המשפטיים שפורסמו עם פרוץ הקורונה על האכיפה הפלילית האפשרית באשר להפרת כללי הבריאות, נכון לאפריל 2021 לא איתרתי במאגרי החיפוש המשפטיים ולו מקרה יחיד של העמדה לדין בגין הפרתם של צווי הקורונה והנחיות הממשלה. הפרת צווי בידוד, חתונות המוניות ולוויות המוניות בניגוד להנחיות – כל אלו אירעו בשפע בישראל, אך האיסור הפלילי הרחב והעמוס נותר בצד. דיווחים על כתבי אישום עלו מעת לעת בתקשורת, אך לא ניתן לדעת אם האקדח אשר הונח על השולחן ירה ולו כדור אחד. עם זאת אין ספק שכל אכיפה תהיה סלקטיבית באופן קיצוני. קושי גדול באכיפות. מנגד, הם מגדילים את הפוטנציאל ההיפותטי ל"הפללה מספיקה", משום שהאיסור מתייחס לקשת מקרים עצומה,<sup>79</sup> גם אם עיונית ולא פרקטית.<sup>80</sup> ואולם, ניתן להציע כי האכיפה הסלקטיבית יוצרת הפללה סלקטיבית דה-פקטו, אשר אינה מספקת מענה מלא לערך המוגן, ורחוק מכך. יתרה מזאת, אפילו ההפללה הרחבה אינה מספיקה לשמירה על הערך המוגן, בהתאם לערך המוגן המדויק שהומשג קודם לכן. בין שהערך המוגן הוא חיי אדם,<sup>81</sup> בריאות הציבור<sup>82</sup> או דאגותיו הנפשיות של האדם, ברור כי קיימות התנהגויות אנושיות נוספות רבות המסכנות אותו, הרחק מחוץ לעולם המחלות והפצתן.

## ג. חלופות הפללה וצמצומה

### 1.ג. מדוע לחפש חלופות הפללה ודרכים לצמצומה?

מקובל לכתוב שאת הסנקציה הפלילית, האיום הקשה ביותר של המשפט,<sup>83</sup> ראוי לשמור למקרים החשובים.<sup>84</sup> לאחר שאיתרנו פגיעה ערכית, ולאחר שמצאנו שהמשפט הפלילי מסוגל לצמצמה ולו

<sup>78</sup> דליה אבן-להב "מנהגה של הרשות שלא לאכוף חוק" **משפט וממשל** ב 477, 482, 488–491 (התשנ"ה); William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 519–23 (2001).

<sup>79</sup> עניין זה יוצר קושי אחר באיסור, שמתייחס לכל המחלות המסוכנות באופן אחיד, חרף הבדלים מהותיים ביניהן. השוו לביקורת על הפללת כל המחלות המיניות המידבקות, הפללה שבבירור צרה מזו שבחוק הישראלי, בלי לערוך הבחנות מהותיות ביניהן: Richardson, לעיל ה"ש 37, בעמ' 1203.

<sup>80</sup> במדינות אחרות בהחלט עולה הפללה סלקטיבית, בהתמקדות בעיקר בהפצת איידס ובהתעלמות מהפצת מחלות אחרות: Buchana, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1278–1283, 1338; Williams, לעיל ה"ש 27.

<sup>81</sup> השוו: Kaplan, לעיל ה"ש 30, בעמ' 1540.

<sup>82</sup> למשל דיני תכנון ובנייה באים גם כדי להגן על בריאות הציבור שרית דנה ושלום זינגר **דיני תכנון ובנייה** 38–39, 44 (2015). כך גם דיני איכות הסביבה: מרשה גלפי, "מקומו של השיקול הכספי בהסדרת איכות הסביבה" **מחקרי משפט** ח 161, 168–177 (1990); יובל שני "הזכות לאיכות סביבה ראויה כזכות אדם במשפט הבינלאומי" **המשפט** ו 297, 301–308 (התשס"א). כמובן, כך גם השדה של משפט ובריאות, כמפורט בהמשך הדברים.

<sup>83</sup> קרמניצר "האם חסרי עבירות אנוני?" לעיל ה"ש 17, בעמ' 160–161; קרמניצר **העבירות הספציפיות**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 51.

<sup>84</sup> Packer, לעיל ה"ש 4, בעמ' 250.

במידת מה, עלינו לתור אחר דרך יעילה וקלה יותר להשגת המטרה. עקרון השיוריות, שלפיו על הדין הפלילי לשמש כמוצא אחרון,<sup>85</sup> דורש שנחפש חלופות מידתיות.<sup>86</sup> הגנה על ערכים אינה נחלתו של המשפט הפלילי בלבד, אלא עולה בדרכים שונות בכל ענף משפטי: מלוא המשפט ערכים.<sup>87</sup> ככל שהמהלכים הסיבתיים שתוארו בשלב הפגיעה הערכית מפורטים יותר, כך עולות נקודות פוטנציאליות רבות יותר לקטיעת הפגיעה הערכית.

שלב החלופיות בסולם ההפלה מצביע על שלוש זוויות לאיתור חלופות. לאחר הבנת המהלכים הסיבתיים בשלב הפוגענות, קל יותר לנסות ולאתר מקטעים פוטנציאליים לעצירת המהלך הסיבתי באופן שימנע הגעה לחוליה הפוגענית וימנע את הפגיעה הערכית.<sup>88</sup> הזווית הראשונה של כך עוסקת בחוליות סיבתיות שטרם נדונו במאמר: הסרת תנאים חיוניים לסוג ההתנהגות המופלל, כמו כלים לביצוע פשע, או הסרת תמריצים חיוביים המעודדים אותו. השנייה מבקשת לבחון אם ניתן לקטוע את המהלך הסיבתי שנבחן בשלב הפוגענות. השלישית שואפת ליצור באמצעות המשפט תמריצים שליליים בדיעבד, השונים מאלו שיוצר המשפט הפלילי. למצער, ניתן להצביע על דרכים לצמצום האיסור ובכך לעשותו מידתי יותר.

## 2. ג. חיפוש חלופות הפלה להפצת מחלות וקביעת איזון נורמטיבי

לעומת השדה הפלילי, אשר אינו מרבה לעסוק בבריאות האנושית, השדה של "משפט ובריאות"<sup>89</sup> כולל דיונים עשירים, שבחלקם "מתכתבים" עם הרצון להגן על בריאות האדם מפני מחלות, הרחק מחוץ לרעיון של "טיפול פלילי", ואף הוכחו כיעילים.<sup>90</sup> בשלוש הזוויות שתוארו לעיל ניתן לנסות ולהגן על הבריאות האנושית בעזרת ענפי משפט אחרים, שגם להם יש כמובן מחיר, כמוזכר בפרק הבא.

<sup>85</sup> JEREMY BENTHAM, THEORY OF LEGISLATION 199 (reprinted, 1975)

<sup>86</sup> Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521, 524–25 (2005).

<sup>87</sup> אסף הרדוף *עברת הגנבה* 109 (2014).

<sup>88</sup> שלוש הזוויות נתמכות על ידי ממודל ההסדרה של לורנס לסיג (Lessig), כאשר המשפט מאפשר לרתום מסדירים אחרים – הארכיטקטורה, הנורמות החברתיות והשוק – ולקטוע את הפגיעה הערכית שלא באמצעות הדין הפלילי. ראו: Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, 27 J. LEGAL STUD. 661, 662–89 (1998).

<sup>89</sup> לדיון מפורט בהגדרת השדה וגבולותיו: Micah L. Berman, *Defining the Field of Public Health Law*, 15 DEPAUL J. HEALTH CARE L. 45, 60–84 (2013).

<sup>90</sup> Jessica Wilen, *All for One and One for All: Informed Consent and Public Health*, Hous. L. Rev. 1, 16–

Matthew J. Weait, *How and Why We Can and Should Decriminalise HIV Transmission*, 19 (2012)

; Wolf & Vezina, *Exposure, and Non-Disclosure*, 27 (4) MED LAW REV 576 (2019)

; Buchana, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1255, Wolf & Vezina, לעיל ה"ש 37, בעמ' 828. אצלנו ראו בהרחבה את פקודת

בריאות העם, 1940.



כדי למנוע תנאים חיוניים לביצוע העבירה, בקשר למחלה מסוימת, ניתן לרתום משפטית את ההסברה ולהדריך את הציבור כיצד לשמור על בריאותו.<sup>91</sup> ניתן לעודד התנהגויות בריאות של פרטים, כאלו הקשורות בהרגלי צריכה, ספורט וכדומה.<sup>92</sup> ניתן לרתום את הכוח הקהילתי, בעיקר בקהילות הסובלות מהמחלה.<sup>93</sup> היבדקות היא דבר שראוי לעודד, וקל יותר לעודד אותו כשנשיאת המחלה אינה מקושרת לעבירה פלילית.<sup>94</sup> ניתן אף לעודד היבדקות בחינם ובתנאי סודיות, לרבות מפני הורים.<sup>95</sup> חלק מפעולות אלו אומנם נעשו בישראל בקשר לקורונה.

בהקשר רחב יתר, ניתן לנסות למנוע את התפתחותן של מחלות חדשות, לייצר חיסונים למחלות קיימות ולפעול לצמצום הסיכוי שמחלה תופץ. כך למשל, איכון של נושאי הנגיף, שנעשה בתקופת הקורונה, מאפשר ליידיע את מי שהיה בסביבתו, כך שיבחן אם הוא נושא את הנגיף בעצמו, במקום להמשיך להסתובב בחופשיות.

שאלת היווצרותן של מחלות חדשות גדולה, מורכבת ומצויה הרחק מתחום המומחיות של המשפט בכלל והמשפט הפלילי בפרט, וכך גם השאלה של מציאת החיסון. ואולם, המשפט יכול לעודד פיתוח חיסונים בצורות שונות.<sup>96</sup> החיסונים למגפת הקורונה פותחו במהירות שיא, וייתכן מאוד שהמשפט סייע בהסרת חסמים לפיתוח, לייצור ולהפצה. בהנחה שזוהה סוגים של מצבים שמגבירים את הסיכוי ליצירת מחלות חדשות, המשפט יכול לפעול לדיכויים.

כך למשל, אף שטרם פורסמה מסקנה חד-משמעית באשר להפצת נגיף הקורונה, פורסם שוב ושוב חשד שמקורו של הנגיף בסחר בבעלי חיים לצורכי מאכל.<sup>97</sup> נגיף זה מצטרף לשורת מגפות שהחלו מניצול, פגיעה וסחר אנושיים בבעלי חיים, לרבות איידס, שפעת העופות, שפעת החזירים, מחלת הפרה המשוגעת והסארס;<sup>98</sup> הוא גם מתקשר להבנה הולכת וגוברת של הקשר בין ניצול אנושי של בעלי חיים לבין מגפות אנושיות.<sup>99</sup> תעשיות המנצלות בעלי חיים מחזיקות אותם בתנאי מחיה

<sup>91</sup> סנגירו כתב שבתקופת הקורונה מוטלות על הציבור עוד ועוד הגבלות, חלקן מלווה באיסורים פליליים חדשים, שרובם המכריע מיותרים, וחלקם לא מידתיים. הוא הציע בקצרה להשתמש בדרכים אחרות, כגון הסברה נרחבת, כדי לשכנע את הציבור לנהוג לפי ההנחיות למען בריאותו. בועז סנגירו "קורונה והמשפט הפלילי" **התפרצות 1**, עמ' 4 (מרץ-אפריל 2020).

<sup>92</sup> Christopher Ogolla, *First Do No Harm: The Manipulation of Public Health for Non-Public Health Purposes and Its Legal Consequences*, 50 IND. L. REV. 849, 857–58 (2017).

<sup>93</sup> Perone, לעיל ה"ש 37, בעמ' 394–395.

<sup>94</sup> Buchana, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1245, 1261; Langley, לעיל ה"ש 71, בעמ' 790.

<sup>95</sup> ס' 1 לחוק לגילוי נגיפי איידס בקטינים, התשנ"ו-1996, ס"ח 252.

<sup>96</sup> השוו': ניבה אלקין-קורן "כיצד המשפט מעצב את סביבת המידע ברשת" **טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה** 223–224 (שי לביא עורך 2003).

<sup>97</sup> [doctorsonly.co.il/2020/01/182558/](https://doctorsonly.co.il/2020/01/182558/)

<sup>98</sup> ריאיון של ויקי אוסלנדר עם דיוויד קוואמן, כתב וסופר מדע (19.3.2020) [newmedia.calcalist.co.il/magazine-19.3.2020-19-03-20/m01.html](https://newmedia.calcalist.co.il/magazine-19.3.2020-19-03-20/m01.html)

<sup>99</sup> בסוף יוני 2020 פורסם שאוסף חוקרים מאוקספורד סימנו מקורות פוטנציאליים גבוהים למגפות הבאות: גידול חיות בר, גידול, שינוע וצריכה של בשר, תעשיית החיות האקזוטיות והמשך הפלישה של בני האדם לאזורי המחיה של חיות

ירודים, במגמה לצמצם עלויות ולהאדיר רווחים.<sup>100</sup> משפט המבקש למנוע הפצת מחלות מבעלי חיים צריך לפעול לצמצום התנאים שבהם מתפתחות מחלות כאלו, ולא להמתין לזיהוי מחלות ולהמית את בעלי החיים החולים.<sup>101</sup> בין היתר, עליו לדאוג לבחינה ביקורתית של הנושאים הבאים: הקשר שבין מזון מהחי למחלות; הסיכון הכרוך בעמידות חיידקים הנגרמת מאנטיביוטיקה המוזרקת לבעלי חיים כלואים; זיהום המשאבים שגורמות תעשיות הפוגעות בבעלי חיים;<sup>102</sup> פגיעת התעשיות הללו בסביבה והשלכותיה על בריאות האדם.<sup>103</sup> כל האמור צריך להיעשות לקראת הסדרה משפטית שתצמצם את ההפצה של המחלות. ניתן לעודד תעשיות מסוימות לפעול באופן שיצמצם את הפגיעה שכרוכה בייצור או במוצר, בהפיכת הפגיעה למשתלמת פחות, למשל באמצעות מיסוי או מכסות.<sup>104</sup>

בהנחה שהצלחנו לפרט את המהלך הסיבתי של ההדבקה, המשפט יכול לנסות ולקטוע אותו או לפחות לצמצמו בדרכים שונות. למשל, כשאנו מבקשים לצמצם הדבקה באמצעות נשימה, המשפט יכול לסבסד מסכות; כשאנו מבקשים למנוע הדבקה ביחסי מין, המשפט יכול לסבסד שימוש באמצעי הגנה.

כאשר לא ניתן להסיר תנאים לפגיעה או להסיט את המהלך הסיבתי הפוגעני, ניתן ליצור סנקציות משפטיות מאוחרות. אם המשפט מבקש להגן על בריאות הציבור מפני הפצת מגפות כמו איידס וקורונה, אין זה סביר שיתעלם מפגיעות רחבות ועמוקות בבריאות הציבור בגרימת מחלות ובדרכים נוספות. ראו למשל תעשיות המייצרות מוצרי צריכה הפוגעים בבריאות האנושית ואף מחריבים

---

בר וצמצומם, זאת לצד המלצות להפחית את המכסות המותרות של גידול חיות משק, להפריד בין חיות משק לחיות מחמד ואף לעבור לתזונה טבעונית. "161 צעדים שימנעו את המגיפה העולמית הבאה" **וואלה!** (30.6.2020) <https://healthy.walla.co.il/item/3370134>.

<sup>100</sup> לתיאור של תנאי ההחזקה של בעלי חיים בתעשיית המזון מהחי: פיטר סינגר **שחרור בעלי חיים** 130–193 (מהדורה שנייה 1995).

<sup>101</sup> ראו למשל פקודת הכלבת, 1934; פקודת מחלות בעלי חיים (נוסח חדש), התשמ"ה-1985; אסף הרדוף "ידיד ניכר בעת מחלה: על המתת בעלי חיים בשם בריאות הציבור" **המשפט** כז (צפוי להתפרסם ב-2021).

<sup>102</sup> על סיכונים בריאותיים מגוונים וקשים מצד תעשיית המזון מהחי, כהפצת מחלות והגברת הסיכון לחלות: Betsy Tao, *A Stitch in Time: Addressing the Environmental, Health, and Animal Welfare Effects of China's Expanding Meat Industry*, 15 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 321, 332–38 (2003); Andrew H. Nelson, *High Steaks: Defending North Carolina's Response to Contagious Animal Diseases*, 83 N.C. L. REV. 238, 241–45 (2004); Justine Hinderliter, *From Farm to Table: How This Little Piggy Was Dragged Through*; 40 U. S.F. L. REV. 739, 742–74 (2006); Anastasia S. Stathopoulos, *You Are What Your Food Eats: How Regulation of Factory Farm Conditions Could Improve Human Health and Animal Welfare*; 13 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 407, 409–33 (2010); Sonia Weil, *Big-Ag Exceptionalism: Alike*, 10 DREXEL L. REV. 183, 196–97 (2017); *Ending the Special Protection of the Agricultural Industry*, 40 (2009) 156–131.

<sup>103</sup> יותם שלמה "מספוא למחשבה: חשיבה מחודשת על מדיניות סחר בינלאומי במוצרים מהחי לקידום ביטחון תזונתי" **משפט, חברה ותרבות** לחם חוק – עיונים במשפט ואוכל 205 (2017).

<sup>104</sup> ראו למשל בקשר להגנה על הסביבה: בועז שנור **תביעות נזיקין סביבתיות** 85–92 (2011).

אותה, דוגמת טבק ואלכוהול, וכן תעשיות מזהמות, במיוחד כאלו הממוקמות באזורי מגורים.<sup>105</sup> הגנה משפטית על בריאות הציבור חייבת להגביל תעשיות כאלו יותר מכפי שהמשפט עושה כיום. אף אם המשפט הפלילי אינו עוסק בתעשיות אלו, ענפי משפט אחרים יכולים לצמצם את כוחן באמצעות סנקציות מאוחרות, למשל בדיני הגנת הצרכן.<sup>106</sup> דיני הנזיקין יכולים לתת כלי למי שחלה כתוצאה של התנהגות אחר, ופיצויים מוגברים למי שחלה עקב התנהגות של תאגיד המייצר באופן מסוכן או המוכר מוצר מסוכן.<sup>107</sup> המשפט המנהלי מאפשר לסגור מקומות כאלו ואחרים, לכוון תנאים מגוונים למשטרי רישוי, להתנות או לשלול רישיונות וכדומה.<sup>108</sup> כמובן, הכוח הכלכלי והלוביזם שמאפיין תעשיות כאלו מצמצם את הסיכוי לתגובה משפטית כזו.<sup>109</sup> ואולם, אף אם אין כוח כלכלי שדוחף במישרין לפעולות שמפיצות איידס, אין הדבר מציב סיבה ערכית טובה יותר להילחם בהן ולהתעלם מפעולות שמפיצות סרטן. בהקשר זה, בתקופת הקורונה בלטה מאוד בישראל הדחיפה הכלכלית לפתוח עסקים ולאפשר עבודה, מסחר ופרנסה, דחיפה שבתורה הובילה פעם אחר פעם לזינוק בתחלואה. זו עדות מובהקת לאופן שבו הכלכלה מובילה לפגיעה בבריאות; אף שברור שלא ניתן לקיים חברה ללא עבודה ומסחר, הרי שבהחלט ניתן לקיים חברה ללא סיגרות, אלכוהול, סוכר לבן וכדומה, ובוודאי ניתן לבחון באופן ביקורתי יותר את היחס המשפטי למוצרים הפוגעים בשיטתיות בבריאות האנושית.

## **ד. מאזן: עמידה על חסרונות הפתרונות ובחירה הסדרתית**

### **1.ד. השלכות השליליות של ההפללה וחלופותיה**

<sup>105</sup> למשל, תעשיית הטבק קושרה רפואית למיליוני מיתות בשנה בעולם, אלפים בישראל. Review of deaths associated with tobacco consumption, THE TOBACCO ATLAS *Smoking & Tobacco Use: Tobacco-Related*; tobaccoatlas.org/topic/deaths (last visited March 9, 2021) Mortality, CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, [https://www.cdc.gov/tobacco/data\\_statistics/fact\\_sheets/health\\_effects/tobacco\\_related\\_mortality/index](https://www.cdc.gov/tobacco/data_statistics/fact_sheets/health_effects/tobacco_related_mortality/index.htm%20) ;htm%20 (last visited Apr. 8, 2020) (31.5.2020) **בסרטן למלחמה האגודה בעישון** "היום הבינלאומי לקידום המאבק בעישון" [www.cancer.org.il/template/default.aspx?PageId=12648](http://www.cancer.org.il/template/default.aspx?PageId=12648) .<sup>106</sup> סיני דויטש **דיני הגנת הצרכן כרף א – יסודות ועקרונות** 70 (2001).<sup>107</sup> John A. Turcotte, *When You Should Have Known: Rethinking Constructive Knowledge in Tort Liability for Sexual Transmission of HIV*, 52 ME. L. REV. 261, 264–78 (2000) בעמ' 27, לעיל ה"ש 27, Lee; <sup>108</sup> להסדרת העבודה הרפואית, כולל רישוי: כרמי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 719–752.<sup>109</sup> Laura G. Kniaz, *Animal*; ROBERT GARNER, ANIMALS, POLITICS AND MORALITY 249 (1993) ;*Liberation and the Law: Animals Board the Underground Railroad*, BUFF. L. REV. 765, 782 (1995) Darian M. Ibrahim, *The Anticruelty Statute: A Study in Animal Welfare*, 1 J. ANIMAL L. & ETHICS 175, Rachel Wechsler, *Blood on the Hands of the Federal Government: Affirmative Steps that Promote Animal Cruelty*, 4 J. ANIMAL L. & ETHICS 183, 189–90 (2011).

לאחר מציאת פתרונות אפשריים לבעיית הפגיעה בערך המוגן, בשדה המשפט הפלילי ומחוצה לו, אנו קרבים לבחירה הסדרתית. כדי שזו תהיה מושכלת, נותר לבחון את ההשלכות השליליות של הפתרונות השונים.

הפללה כוללת השלכות שליליות משני סוגים כלליים. מעצם קיומו של האיסור נובעות השלכות שליליות, ובראשן שלילת החירות העיונית או האינטרס של הפרט לנהוג באופן הרצוי בעיניו.<sup>110</sup> כאשר האיסור סובב סביב מוצר צריכה או שירות, יצירת האיסור עלולה להביא לירידת ההתנהגות למחתרת, שבתורה כרוכה לעיתים ביצירת שוק שחור, בחיזוק הפשע המאורגן ולעיתים גם בהסתבתו של אופן הפגיעה בערך המוגן לחדש וקשה.<sup>111</sup> השלכות שליליות מסוג נוסף עלולות מאכיפת האיסור, בהתאם לאסטרטגיית האכיפה שפותחה בשלב האכיפות. הדבר כולל מגוון פגיעות בחשודים, במורשעים ואף בסביבתם המשפחתית והחברתית: פגיעות בחירות התנועה, בקניין, בכבוד ועוד. כמובן, למערך האכיפה עלות כלכלית הכוללת שיטור, חקירה, תביעה, שפיטה, ענישה ושיקום וכדומה, ויש להביאה בחשבון.<sup>112</sup> ככל שהאיסור רחב, והפרתו נפוצה, אכיפתו עלולה להיכרך בסלקטיביות וליצור בכך פגיעות נוספות הקשורות לכוח השררה של הרשויות.<sup>113</sup> רשויות האכיפה, ולא המחוקק, בוחרות באילו סוגי מחלות להתמקד, באילו סוגי הפצה, באילו סוגי אוכלוסייה וכדומה, הכול באופן לא שקוף ובשיקול דעת מנהלי רחב שקשה לתקפו.

הואיל וחלופות הפללה מגוונות מטיבן, קשה להמשיג באופן כללי את השלכותיהן השליליות, אך מובן שכל משטר משפטי כולל השלכות שליליות, דוגמת פגיעה בקניין, בפרטיות וכדומה.

בתום עמידה על ההשלכות השליליות, יש לבחור את הפתרון ההסדרתי הטוב ביותר: הפללה, הסדרה חלופית, הפללה לצד הסדרה חלופית או הפקרה משפטית, קרי הימנעות מהתערבות מדינתית בסוגיה. כמובן, האיזון שבין יתרונות ההסדרה לחסרונותיה מגלם במידה רבה פיקציה של אובייקטיביות או מדעיות באשר להכרעה קונקרטית בין ערכים, זכויות ואינטרסים.<sup>114</sup> עדיין, המשגה מפורטת של ההשלכות השליליות של הפתרונות מצמצמת מעט משרירותיות הבחירה ומהטיותיה.

<sup>110</sup> FEINBERG, לעיל ה"ש 13, בעמ' 7-8; Miriam Gur-Arye, *Comments on Douglas Husak's Overcriminalization*, 1 JERUSALEM REV. LEGAL STUD. 21, 33 (2010).

<sup>111</sup> למשל לגבי האיסור על הפלות: Stuntz, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1886-1887. ראו גם: Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Principles and Criminal Law*, 27 ISR. L. REV. 84, 89-90 (1993).

<sup>112</sup> בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פסי 38 לפסק דינו של השופט לוי (2008).  
<sup>113</sup> Stuntz, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1873-1875; ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל פסי 36 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו 9.11.2020).

<sup>114</sup> T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943, 972 (1987); מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 596-595 (2003).

#### 2.4 הפצת מחלות פוטנציאלית: ההשלכות השליליות של ההסדרה המשפטית

כאשר ממשיגים את ההפללה בנוסחה הנוכחי, קשה לנסח טיעון שלפיו היא פוגעת בחירות הפרט או באינטרס לנהוג באופן כזה או אחר, זאת משום שכמודגש, האיסור כלל אינו מפרט התנהגות, אלא כולל רכיב התנהגותי ברוחב אין סופי. אם האיסור יפרט סוגי התנהגות, יקל עלינו לזהות את הפגיעות בחירות; זהו עניין חשוב, משום שהחירות לנהוג באופן מסוים אינה בהכרח שוות ערך לחירות לנהוג באופן אחר.<sup>115</sup> כך למשל, בקשר למחלות המועברות בעיקר באמצעות יחסי מין, האיסור עשוי לכוון ליחסי מין; בגרסה צרה יותר הוא עשוי לכוון ליחסי מין ללא הגנה; בגרסה צרה עוד יותר ביכולתו לכוון ליחסי מין ללא הגנה וללא יידוע הצד האחר בדבר המצב הרפואי. כל אלו פעילויות אנושיות אשר רבים מעריכים את החירות לבצען.<sup>116</sup> לעומת זאת, בקשר למחלות המועברות באמצעות מגע אנושי ואף קרבה אנושית, האיסור על אי-שמירת מרחק כולל פגיעה קשה בחירות התנועה ובזכויות נלוות חשובות, כמו למשל: הזכות לאינטימיות, במצב שבו המשפט אוסר אפילו על חיבוק בן משפחה אהוב; האיסור על יציאה מתחומי היישוב מחריף את הפגיעה; האיסור לצאת מהבית מחריף עוד יותר; האיסור ללכת ללא מסכה פוגע באוטונומיה ואולי גם בזכות האדם על גופו, וכדומה.

לצד שלילת החירות או האינטרס לבצע פעולה מסוימת, האיסור עליהם יוצר גם פגיעות בכבוד ובפרטיות,<sup>117</sup> ואלה גוברות בקשר למחלות מסוימות, לאור הסטיגמה החברתית השלילית שקושרה להן.<sup>118</sup>

ההשלכות השליליות של האיסור מוחרפות במצב של אכיפה ממשית. קיימת סכנה שאכיפת העבירה תוביל דווקא להפצת המחלה, באמצעות דחיקת חולים ונשאים למחלת, הבאת אנשים בסיכון להימנעות מבדיקות ויצירת הנחות סרק בקרב אחרים, שכל פרטנר יספר להם על מצבו הרפואי, להסתמכות יתרה של הפרט על אחרים כשומרי בריאותו.<sup>119</sup>

---

Re'em Segev, *Is the Criminal Law (so) Special? Comments on Douglas Husak's Theory of Criminalization*, 1 JERUSALEM REV. LEGAL STUD. 3, 11 (2010).

<sup>115</sup> Kaplan, לעיל הי"ש 30, בעמ' 1541.

<sup>116</sup> Perone, לעיל הי"ש 37, בעמ' 392; Kaplan, לעיל הי"ש 30, בעמ' 1542.

<sup>117</sup> Buchana, לעיל הי"ש 33, בעמ' 1294–1295; Lee, לעיל הי"ש 27, בעמ' 248.

<sup>118</sup> Wolf & Vezina, לעיל הי"ש 37, בעמ' 869–870; Buchana, לעיל הי"ש 33, בעמ' 1245–1246, 1257; McArthur, לעיל הי"ש 37, בעמ' 722; Williams, לעיל הי"ש 27; Langley, לעיל הי"ש 71, בעמ' 789–790; Perone, לעיל הי"ש 37, בעמ' 394; נחשון, לעיל הי"ש 29, בעמ' 70–71.

נוכח רוחב העבירה צפויה אכיפה סלקטיבית פוגענית, כזו שמתעלמת ממופעים עשירים של העבירה, הנעשים בהקשר חברתי שונה.<sup>120</sup> אפילו בקשר להפצת מחלה מסוימת אחת, דפוסי האכיפה משקפים ערכים מסוימים ומסיגים אחרים.<sup>121</sup> למשטרה כוח רב לבחור לאן לשלוח את כוחותיה וכיצד להפעילם, ובחירה זו עשויה לפגוע בשוויון. למשל, התעלמות משטרית מופגנת מחתונה המונית אחת ושליחת כוחות לפיזור חתונה המונית אחרת שולחות לציבור מסר בעייתי ביותר. גם לחלופות יש כמובן חסרונות. למשל, איכון פוגע בבידור בפרטיות. פתרונות אחרים עולים ממון ולעיתים ממון רב, שהחברה מממנת באמצעות מיסיה.

### **סיכום: צמצום ההגנה הפלילית על בריאות הפרט**

הפרות הצווים וההנחיות בישראל, שחלקן נעשו באופן גלוי ומתריס, הובילו לעיתים להפצת המגפה. מאות אלפי ישראלים חלו בה ואלפים מתו בשנת 2020 לבדה.<sup>122</sup> כל זאת לא הוביל עד כה ולו לאישום אחד באיסור כה רחב, שאין לכאורה קושי להחילו על הפרות צווי הקורונה, ובמצבים מסוימים אפילו על מי שאינו מפר אותם. קל יותר להאשים מבריחי ביצים מהשטחים מצד אחד, ועברייני מין מצד אחר, מאשר להאשים את כל אזרחי ישראל ותושביה: תפסת מרובה – לא תפסת. הפרות המוניות של עבירה מסוג פשע אינן ניתנות לאכיפה, אולם הן בהחלט מעודדות חשיבה מחדש על העבירה, תכליתה וגבולותיה, זאת לאחר שקיבלנו שיעור במשפט פלילי וגילינו שכולנו ביצענו מעשים שניתן לתארם כפשע.

קידום בריאות הציבור והפרט והגנה עליה הן מטרות אשר קשה לחלוק על חשיבותן. לעומת זאת, ניתן גם ניתן לחלוק על הבחירה להגן על בריאות הציבור והפרט באמצעות הפללה דווקא; בוודאי ניתן לבקר בחריפות את הבחירה לעשות זאת בעבירה ישנה, רחבה ועמומה ביותר, אשר אינה מפרטת ולו בדל התנהגות ואף אינה מציינת שבריר של סיטואציה ברורה, עבירה שגבולותיה וצידוקיה אינם ברורים די צורכם. אומנם ניתן להציע שנוכח אכיפתה הדלה, העבירה אינה כוללת מחיר ערכי רב, אך אין זה נימוק מספק להותרתה של עבירה כה עמומה ורחבה; יתר על כן, זהו נימוק נוסף בעד ביטולה המוחלט. מוטב לבטל כלי רחב וגס היוצר כוח שררה גדול ולא הגון,<sup>123</sup>

<sup>120</sup> למשל, נכתב שהשפעת היא מחלה קטלנית לקשישים וטף, עם הסתברות תמותה גבוהה עשרות מונים מהסתברות תמותה לנשאי איידס, אבל ההקשר החברתי של ביקור אדם חולה שפעת את אביו בבית אבות הוא אחר. נחשון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 69.

<sup>121</sup> הספרות האמריקנית מבקרת בחריפות את הסלקטיביות של האכיפה של עבירות של הפצת איידס: Wolf &

Veizina, לעיל ה"ש 37, בעמ' 871; Buchana, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1248–1255, 1336; Lee, לעיל ה"ש 27, בעמ' 251.

<sup>122</sup> "שגרת הקורונה – תמונת מצב מתעדכנת" N12 <https://corona.mako.co.il/?item>

<sup>123</sup> עניין פלוני, לעיל ה"ש 113, פס' 36 לפסק דינו של השופט שטיין.

במיוחד לנוכח אכיפתו הדלה, שמלמדת בתורה על חוסר היכולת לשמור על הערך המוגן המשוער, ומעלה חשש לזילות החוק,<sup>124</sup> על כל סכנותיה.<sup>125</sup>

בתרחישים המעטים שנאכפים כיום ניתן לטפל בעבירות פליליות אחרות ובכלים משפטיים אחרים. כך למשל, עבירות מין נסבות על אי-הסכמה או הסכמה פגומה ומגינות על האוטונומיה האנושית.<sup>126</sup> קורבנות עבירות מין אינם מסכימים למעשה המיני, ובוודאי אינם מסכימים להסתכן בהדבקה במהלך יחסי המין.<sup>127</sup> כאשר עבירת מין מתבצעת בידי תוקף החולה במחלה מידבקת, באופן שעלול להדביק את הקורבן, הדבר הוא ללא ספק נסיבה לחומרה. ראוי שהמחוקק ימנה נסיבה זו במפורש, כפי שמנה במפורש נסיבות מחמירות אחרות בחלק מעבירות המין, דוגמת ביצוע בצוותא, גיל הקורבנות ועוד.<sup>128</sup>

לעומת זאת, כאשר אדם החולה במחלה מידבקת מרמה ומטעה פרטנר מיני לחשוב שהוא בריא, ניתן לסבור אחת מאלה: שעבירות האינוס והמעשה המגונה במרמה ניתנות להתאמה חקיקתית להתייחס לכך; שראוי להפליל את התרחיש באמצעות יצירת עבירה ייחודית, אשר כמובן מצריכה דיון רחב על היקפה הראוי המדויק;<sup>129</sup> לסבור שלא ראוי להפליל. מה שנכון בנוגע לעבירות מין יכול להיות נכון גם בנוגע לעבירות אלימות המסכנות את הקורבן בהידבקות; במצבים אלו ניתן לפנות לעבירות שונות, דוגמת תקיפה.<sup>130</sup>

מנגד, כאשר מזון מיוצר, מועבר, מסופק ונמכר באופן שאינו מפוקח, אם אומנם נפגעה בריאות הצרכנים באופן חמור, ניתן לפנות לחקיקה המגינה על גוף הפרט ועל חייו; מנגד, ניתן גם להציע שאין זה עניינו של המשפט הפלילי, ולסבור שתחום הסדרת המזון צריך להיות מטופל מחוץ למשפט הפלילי.<sup>131</sup> לחלופין, מי שמתעקש לרתום את המשפט הפלילי דווקא, יכול להתאים ולתקן עבירות

<sup>124</sup> SCHONSHECK, לעיל ה"ש 6, בעמ' 74–75.

<sup>125</sup> TOM R. TYLER, WHY DO PEOPLE OBEY THE LAW 62, 163, 178 (2006).

<sup>126</sup> Stuart P. Green, *Lies, Rape, and Statutory Rape*, in LAW AND LIES: DECEPTION AND TRUTH-TELLING

Ben A. Mcjunkin, *Deconstructing*; IN THE AMERICAN LEGAL SYSTEM 194, 206 (Austin Sarat ed, 2015)

Elizabeth Hanus, *Rape by Nonphysical*; *Rape by Fraud*, 28 COLUM. J. GENDER & L. 1, 7 (2014)

*Coercion: State v. Brooks*, 64 KAN. L. REV. 1141, 1144 (2016)

<sup>127</sup> Wolf & Vezina, לעיל ה"ש 37, בעמ' 877.

<sup>128</sup> ס' 345(ב), 348(ב) לחוק העונשין.

<sup>129</sup> ניתן יהיה אף להציע להחיל עבירה כזו במצב של אי-גילוי ללא מרמה והטעיה, דבר שכמובן יצריך דיון מעמיק

בשאלה של חובת הגילוי המדויקת הנדרשת מאדם לקראת יחסי מין. Aeyal Gross, *Gender Outlaws Before the*

Jed Rubinfeld, *The Riddle*; *Law: The Courts of the Borderlands*, 32 HARV J. L. & GENDER 165 (2009)

Luis ; *of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 YALE L.J. 1372, 1379, 1416 (2013)

E. Chiesa, *Solving the Riddle of Rape-by-Deception*, 35 YALE L. & POL'Y REV. 407, 425 (2017)

<sup>130</sup> Sharon Cowan, *Offenses of*, לעיל ה"ש 37, בעמ' 741–740, Langley; לעיל ה"ש 71, בעמ' 791; וכן

McArthur, *Sex or Violence? Consent, Fraud, and HIV Transmission*, 17 NEW CRIM. L. R. 135, 154 (2014)

<sup>131</sup> להסדרת מזון: כרמי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 1737–1735.

שעוסקות בכך במפורש. למשל, הסעיף הסמוך והעוקב לסעיף 218, "מכירת מזון מפוגל", נראה כמסגרת הולמת יותר לעבירות במזון, הן בכותרתו והן בתוכנו.<sup>132</sup> ההבדל הערכי בין סכנות מזון ללא פיקוח לבין תוקפנות מינית זועק, הן מבחינת החומרה והן מבחינת הערכים המוגנים. ההקשר של עבירת מין חמור בהרבה, וכולל גם פגיעה באוטונומיה המינית,<sup>133</sup> פגיעה שקיימת גם במצב של מרמה והטעיה, לצד פגיעה בערך האמון והיושר.<sup>134</sup> הטיפול הקיים במקרים כה שונים תחת מסגרת אחת הוא עדות נוספת לעבירה לקויה. בהיבט זה, כמו גם בהיבטים אחרים של החשש מהפצת מחלות, המשפט הפלילי אינו מספק טיפול נאות ואין בו משום תרופה. סעיף 218 הוא תסמין למחלה מידבקת רחבה במיוחד, שהיא חוצת גבולות אף שאינה קשורה לביולוגיה: מחלת הפללת-היתר.<sup>135</sup> הוא גם תסמין לליקוי גופני מתמשך בחלק הספציפי בחוק העונשין: עבירות שחרף התיישנות לשונן ותכליתן מעולם לא הובילו לחשיבה מחודשת ולרפורמה, שנחוצה ביותר לריפוי הדין המהותי.<sup>136</sup> עד כה, את השיעור הזה מערכת המשפט מסרבת ללמוד, משום שהיא עסוקה במחלות אחרות או משום שאינה בריאה כפי שנדמה לה.

---

<sup>132</sup> 219. (א) המוכר בחזקת מאכל או משקה מצרך שעשוהו, או שנעשה מאליו, מזיק או בלתי ראוי למאכל או למשקה, והוא יודע זאת או שיש לו יסוד להניח כך, והמחזיק למכירה מצרך כאמור, דינם - מאסר שנה אחת. (ב) המפגל מאכל או משקה ועושה אותו בכך מזיק, כשבדעתו למכרו למאכל או למשקה, או כשהוא יודע שהדבר עשוי להימכר לשם כך, דינו - מאסר שנה אחת".

<sup>133</sup> Buchana, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1272-1273; . כן ראו: רע"פ חגשי, לעיל ה"ש 28, פס' כ"ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (יחסי מין לא מוגנים עם נשא HIV שלא סיפר, והערה שיפוטית על עבירת האונס).

<sup>134</sup> Buchana; James Slater, *HIV, Trust and the Criminal Law*, 75 J. CRIM. L. 309 (2011), לעיל ה"ש 33, בעמ' 1255.

<sup>135</sup> בישראל: דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155, 156-159 (התשמ"ג-התשמ"ד); מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי - ידו בכל?" ספר דניאל 935, 937, 958 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים) (2008); סגנירו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 66. בחוץ לארץ: Andrew Ashworth, *Conceptions of* (2008), 413-17 OHIO ST. J. CRIM. L. 407, 413-17 (2008); Stuntz; *Overcriminalization*, 5 OHIO ST. J. CRIM. L. 407, 413-17 (2008), לעיל ה"ש 78, בעמ' 512-519; Husak, לעיל ה"ש 5, בעמ' 3-5, 14.

<sup>136</sup> סגנירו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 21, 345; אסף הרדוף "עקרון החוקיות: חזק על חלשים" משפט ועסקים (צפוי להתפרסם ב-2021).