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

אסף הרדוף*

מגפת הקורונה טלטלה את מדינת ישראל ואת העולם כולו. התגובה המשפטית למגפה כללה שורה ארוכה של צווים, אשר הגבילו את חופש התנועה, את חופש העיסוק ואף פגעו בקניינו של הפרט. אחד הכלים המשפטיים בישראל להתמודד עם הסכנה של הפצת מחלות הוא סעיף 218 לחוק העונשין, עבירה פלילית שדינה עד שבע שנות מאסר בגין מעשה העלול להפיץ מחלה הכרוכה בסכנת נפשות. איסור זה כמעט ולא נאכף בישראל וכמעט ולא נדון בספרות המשפטית בישראל, למעט בקשר למגפת האיידס. באמצעות מודל הפללה נורמטיבי, המאמר גורס שהעבירה הזו אינה משקפת הפללה ראויה ומידתית. בין היתר, המאמר מצביע על רוחב היתר של האיסור, על האכיפה הסלקטיבית שלו ועל חוסר יכולתו להגן על הערכים המשוערים שבבסיס האיסור, על חלופות משפטיות מוצלחות יותר להתמודד עם הבעיה ועל המחיר הכבד הכרוך בהפעלת הדין הפלילי בהקשר האמור.

מבוא. א. פוגענות: נזק או פגיעה בערך מוגן: 1. עקרון הנזק וההגנה על ערכים; 2. נזק או פגיעה בערך מוגן: הפצת מחלות פוטנציאלית. **ב. תכליתיות: מסוגלות הדין הפלילי להתמודד עם הפגיעה הערכית**: 1. כיצד הדין הפלילי מונע פגיעה בערכים; 2. תכליתיות והפצת מחלות פוטנציאלית. **ג. חלופות הפללה וצמצומה**: 1. מדוע לחפש חלופות הפללה ודרכים לצמצומה?; 2. חיפוש חלופות הפללה להפצת מחלות וקביעת איזון נורמטיבי. **ד. מאזן: עמידה על חסרונות הפתרונות ובחירה הסדרתית**: 1. ההשלכות השליליות של ההפללה וחלופותיה; 2. הפצת מחלות פוטנציאלית: ההשלכות השליליות של ההסדרה המשפטית. **סיכום: צמצום ההגנה הפלילית על בריאות הפרט**.

---

* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מלמד וחוקר את כל ענפי המשפט הפלילי תריסר שנים; לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית; מפעיל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה". תודה לקוראת החיצונית, למערכת **משפט וממשל** ולעורכת 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.

מבוא

החשש האנושי ממחלות מידבקות הוא ותיק מאוד.[1] 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;[2] הרשויות הביעו נכונות להשתמש באיסורים קיימים, באיומים בהטלת מאסר של עד שבע שנים תוך הפניה משתמעת לסעיף 218 לחוק העונשין,[3] התשל״ז–1977. 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 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.

---

1 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).

2 למשל תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה), התש״ף–2020, ק״ת 756.

3 למשל עידו אפרתי ״משרד הבריאות: מי שמפר את הבידוד הביתי מסתכן במאסר״ **הארץ** (20.2.2020) www.haaretz.co.il/news/law/1.8561208; בועז אפרת ״משרד הבריאות מזהיר: הפרת צו בידוד הבית עשויה להביא לעונש מאסר״ **וואלה!** (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״ **וואלה!** (12.4.2020) https://news.walla.co.il/item/3351621.

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 וכמדביקים 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.[4] חרף חשיבותה העצומה בבירור, השיח האקדמי על אודותיה אינו עשיר כפי שניתן היה לצפות.[5] קיימים מודלים נורמטיביים בודדים בלבד, כאלו המציבים שורת פרמטרים או מבחנים חיוניים ומספיקים להפללה: משפך ההפללה,[6] שש אמות המידה להפללה,[7] שבע המגבלות על ההפללה[8] וסולם ההפללה.[9] נוכח קוצר היריעה, לא אוכל להציג במפורט את המודלים וליישמם בהרחבה. חלף זאת, אציג

---

4 HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 17 (1969).

5 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); NINA PERŠAK, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM PRINCIPLE, ITS LIMITS AND CONTINENTAL COUNTERPARTS 6 (2007); DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 58–63 (2007).

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

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

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

9 אסף הרדוף **הפשע המקונן** פרק 1 (2010); Asaf Harduf, *How Crimes Should be Created: A Practical Theory of Criminalization*, 49 CRIM. L. BULLETIN 31, 40–72 (2013).

בתמצית את ארבעת השלבים בסולם ההפללה, המאוחר שבמודלים, שקוצר מקודמיו תובנות ואף חובר לחוקי היסוד בישראל,[10] ואיישמם 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 מהפתרונות 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. עקרון הנזק וההגנה על ערכים

בהמשך להצעת מיל (Mill) להגביל שימוש בכוח המדינה למטרה של מניעת נזק לאחר,[11] הספרות המערבית העוסקת בהפללה סובבת במידה רבה ובמשך זמן רב סביב עקרון הנזק,[12] שנתמך בידי פילוסופים מובילים.[13] קושי מרכזי עולה סביב עמימות המונח ״נזק״: בהיעדר הגדרה בהירה וחדה למונח,[14] כמעט כל דבר ניתן לתיאור כנזק,[15] וניתן לטעון שכמעט כל פעולה מזיקה.[16]

---

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

11 JOHN STUART MILL, ON LIBERTY AND THE SUBJECTION OF WOMEN 13 (1879, reprinted in 1996).

12 Lindsay Farmer, *Criminal Wrongs in Historical Perspective*, *in* THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 214, 214 (R.A. Duff et al. eds., 2010); Darryl Brown, *History's Challenge to Criminal Law Theory*, 3 CRIM. L. & PHIL. 271, 278–282 (2009); Shlomit Wallerstein, *Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-Democratic Activity*, 28 CARDOZO L. REV. 2697, 2699 (2007).

13 H. L. A. HART, LAW, LIBERTY AND MORALITY 4–5 (1963); Ronald Dworkin, *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, 75 YALE L.J. 986, 992 (1966); JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS (1984).

14 ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 32 (5th ed. 2006); PERŠAK, **לעיל ה״ש 5**, **בעמ׳ 14, 60–61, 71, 77–91**.

15 Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109, 110–113 (1999).

16 **למשל** PACKER, **לעיל ה״ש 4**, **בעמ׳ 266–267, 270–271**; Andrew von Hirsch, *Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation*, *in* HARM AND CULPABILITY 259, 260–264 (Andrew P. Simester & A. Tony H. Smith eds., 1996); Matthew D. Adler, *Risk, Death and Harm: The Normative Foundations of Risk Regulation*, 87 MINN. L. REV. 1293, 1310–1312 (2003); Claire Finkelstein, *Is Risk a Harm?*, 151 U. PA. L. REV. 963, 966–970

השיח הישראלי סובב סביב המשגה שונה, שעניינה פגיעה ב״ערכים מוגנים״.[17] 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.[18]

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 הערכית שבעטיה יוצאים למסלול ההפללה, נפתחת דלת לביקורת, שמא פגיעה זו אינה מצדיקה הפללה.

לאחר מכן, הלוגיות תובעת להצביע על קיומו של קשר סיבתי איתן בין סוג ההתנהגות הנבחן לבין הפגיעה הערכית כפי שנוסחה.[19] אומנם, עולם משפטי אידיאלי יתבע בסיס אמפירי לקשר.[20] בעולם משפטי פרגמטי יותר נוותר על ביסוס כזה, שקשה מאוד להשיגו, אך עדיין נדחה טיעונים אינטואיטיביים גרידא כבסיס להפללה. במקומם, לכל הפחות נתבע קשר לוגי על המהלך הסיבתי שבין סוג התנהגות לבין הפגיעה הערכית הנטענת. מהלך סיבתי לוגי מפורט ושקוף מגדיל את הסיכוי לשכנוע בצדקת ההפללה מזה, ולאיתור ״חורים״ נורמטיביים וקפיצות לוגיות סמויות מזה. בהיעדר קשר סיבתי איתן בין סוג ההתנהגות לבין הפגיעה, נחלש הטיעון בעד ההפללה.

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

(2003); Douglas Husak, *What Moral Philosophers might Learn from Criminal Theorists*, 36 RUTGERS L. J. 191, 192–193 (2004); R.A. Duff, *Criminalizing Endangerment*, 65 LA. L. REV. 941, 963–965 (2005); HUSAK, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 161–168.

17 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 (1983); חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובועז שנור **לשון הרע – הדין המצוי והרצוי** 25, 27–28 (2005); רע״פ 2660/05 **אונגרפלד נ׳ מדינת ישראל**, פס׳ 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ׳יה (נבו 13.8.2008).

18 אסף הרדוף ״פרשנות תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? סעיף 34כא לחוק העונשין ועמימותן של הלשון, התכלית והפגיעה״ **ספר גרוניס** (צפוי להתפרסם ב־2022); אסף הרדוף ״שיעור מהדורת סם: משפט פונקציונלי, אנלוגיה מפלילה ועקרון יסוד מזכה״ **משפטים על אתר** יז 17 (2021).

19 GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW 61 (1998).

20 HUSAK, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 145, 150, 153.

השרירות בהפעלת כוח מדינתי, לקדם שקיפות, שוויון ואחריותיות.[21] אחת מדרישותיו היא שאיסורים יהיו בהירים,[22] דרישה שעלתה בפסק דין **אש״ד** המפורסם,[23] ובפסיקה מאוחרת אף נקבע שיש לה ממד חוקתי.[24] 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.[25]

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.[26] 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.[27] לא ברור באיזו הסתברות עוסק האיסור.[28] האם יש לה רף מינימלי כלשהו?[29] הגיוני לדרוש כזה, שהרי כמעט

---

21 John Calvin Jeffries, Jr., *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, 71 VA. L. REV. 189, 190 (1985); Tracey Maclin, *What Can Fourth Amendment Doctrine Learn From Vagueness Doctrine?*, 3 U. PA. J. CONST. L. 398, 408–409 (2001).

22 בועז סנג׳רו **ביקורת דיני העונשין הישראליים** 58–61 (2020).

23 ע״פ 53/54 **אש״ד, מרכז זמני לתחבורה נ׳ היועץ המשפטי**, פ״ד ח 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.

24 בג״ץ 6358/05 **ואנונו נ׳ אלוף הפיקוד**, פס׳ 20 לפסק דין השופטת פרוקצ׳יה (נבו 12.1.2006).

25 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, ייאשם בעוון״. באופן מעניין, סעיף 328 לפקודה, שעסק בהדבקת בהמות ואף בניסיון להדבקתן, יצר עבירה חמורה יותר, שדינה שבע שנות מאסר.

26 על כך ראו Geraldine Szott Moohr, *Defining Overcriminalization through Cost-Benefit Analysis: The Example of Criminal Copyright Laws*, 54 AM. U.L. REV. 783, 784–786 (2005); Sara Sun Beale, *From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, 54 AM. U.L. REV. 747, 748–751 (2005).

27 ההפללה של התנהגויות בקשר לאיידס משתנה ברחבי העולם, כאשר מדינות שונות מפלילות מעשי הדבקה ממשיים בלבד, בעוד אחרות מפלילות גם את הסיכון בהדבקה. ראו 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 MED. L. REV. 146 (2018).

28 רע״פ 6136/09 **חגשי נ׳ מדינת ישראל** פס׳ טז–יט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 12.4.2010).

כל פעולה אנושית עלולה להיות כרוכה בסיכון כלשהו, ואפילו בסיכון זניח למוות.[30] שנית, מעצם הבחירה במונח ״סכנת נפשות״ ברור שלא כל מקרה שבו האיסור עוסק מסתיים במוות.

אפילו ברובד הפשטה כה גבוה 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,[31] או אפילו מתפיסת יצירתו של הסיכון כנזק עצמאי, גם בשעה שהסכנה לא התממשה.[32] מצד אחר, הבחינה עשויה להביאנו לשקול טענה חלופית בנוגע לערך המוגן: לא החיים, אלא הבריאות.[33] גם ללא מוות, פגיעה קשה בבריאות יכולה להצדיק טענת הפללה.[34]

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 שכלל ששיעור התמותה ממחלה מסוימת עולה, גוברת ההצדקה להפללתה של הפצת המחלה.[35]

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

---

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

30 Margo Kaplan, *Rethinking HIV-Exposure Crimes*, 87 IND. L.J. 1517, 1539–1540 (2012).

31 Matthew D. Adler, *Risk, Death and Harm: The Normative Foundations of Risk Regulation*, 87 MINN. L. REV. 1293, 1310–1319 (2003); FEINBERG, לעיל ה״ש 13, בעמ׳ 190–191.

32 Claire Finkelstein, *Is Risk a Harm?*, 151 U. PA. L. REV. 963, 971–973, 987–989 (2003).

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

34 בישראל, המונח ״בריאות״ עולה בסעיפים שונים בחוק העונשין, המרמז על שאיפת המחוקק להגן עליה. ראו ס׳ 13, 14, 34כד, 220, 222, 322–327, 337, 340, 361, 362, 368א לחוק העונשין.

35 Kaplan, לעיל ה״ש 30, בעמ׳ 1539–1540.

גבולות העבירה או לספק לאזרחים אזהרה הוגנת מפני החשדתם, האשמתם, הרשעתם ועונשתם.[36]

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.[37] אין חולק כי מדובר במחלה המסכנת נפשות, שהרי רבים המקרים שבהם היא הובילה למוות ועדיין עושה כן.[38] מנגד, אין חולק גם כי שיעור התמותה מהמחלה כיום בטל בשישים לעומת שיעור התמותה מהמחלה כאשר נחשפה לעולם, והרפואה המודרנית יודעת להציע טיפול ההופך את המחלה מסופנית לכרונית.[39] 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 ההפללה והאכיפה של התנהגויות של נשאי HIV,[40] מבחינה ויזואלית המהלך הלוגי התומך בהפללה יהיה:

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

---

36 למרבה הצער, הביטוי ״העושה מעשה״ או ביטוי דומה מופיעים גם בעבירות נוספות בישראל, לרבות עבירות חמורות שנאכפות באופן ממשי, דוגמת שיבוש מהלכי משפט בס׳ 244 (״העושה דבר״) ומעשה מגונה בס׳ 348–349 לחוק העונשין (העושה מעשה״).

37 Leslie E. Wolf & Richard Vezina, *Crime and Punishment: Is There a Role for Criminal Law in HIV Prevention Policy?*, 25 WHITTIER L. REV. 821, 845–848 (2004); James B. McArthur, *As the Tide Turns: The Changing HIV/AIDS Epidemic and the Criminalization of HIV Exposure*, 94 CORNELL L. REV. 707, 715–717 (2009); Angela Perone, *From Punitive to Proactive: An Alternative Approach for Responding to HIV Criminalization that Departs from Penalizing. Marginalized Communities*, 24 HASTINGS WOMEN'S L.J. 363, 372 (2013); James Richardson, *Criminal Transmission of HIV Laws: Are They Outdated or Are They Still Useful?*, 53 HOUS. L. REV. 1179, 1189 (2016); Brigid Bone, *Whose Responsibility is it to PrEP for Safe Sex? Archaic HIV Criminalization and Modern Medicine*, 53 WASH. U. J.L. & POL'Y 319, 325–327 (2017); Williams, לעיל ה״ש 27; Garmon, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 671.

38 שם; אמנון כרמי **בריאות ומשפט** 1235–1236 (מוחמד ס׳ ותד עורך, מהדורה שנייה 2003).

39 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.

40 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 וגינליים, יחסי מין אנאליים, דקירת מחט במהלך תעסוקה והנקת תינוק בחלב אימו הנשאית. ראו נחשון, לעיל ה״ש 29, בעמ׳ 63–64.

דיון בהתנהגות אנושית ברורה יחסית משקף הגינות רבה יותר מבחינה אזהרה הוגנת לאזרח, שבהיעדרה בשיטות משפט אחרות נפתחת דלת לפסילה שיפוטית בגין רוחב ועמימות.[41] 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 ההפללה והן באשר לשלבים עתידיים במודל. האם עיקר תכליתה של העבירה הוא למנוע תמותה?[42] למנוע את חוויית המחלה, בעיקר כאב פיזי?[43] למנוע פגיעה במערכת החיסונית?[44] למנוע את החרדות והדאגות הנפשיות הגדולות מהתפתחות המחלה ואת השינוי הנדרש באורח החיים?[45] למנוע חששות ודאגות מצד אנשים על עצם האפשרות להידבק בנגיף במהלך יחסי מין?[46] להגיב לחוסר אכפתיות אנושית כלפי אחרים? למנוע את כל אלו גם יחד? האם מוקד העבירה הוא הפרט הנדבק כקורבן, או בריאות 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.[47] 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?[48] לעומת זאת, האם יידוע של הפרטנר צריך להבטיח שהעבירה לא תוחל גם בלי שימוש בקונדום?[49]

---

41 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, 258–262 (2000); Evan Fox-Decent, *Limiting Arbitrary Power: The Vagueness Doctrine in Canadian Constitutional Law*, 9 QUEEN'S L.J. 923, 923–924 (2005).

42 כך לפחות בשלב מסוים: Garmon, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 671; Bone, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 332.

43 נחשון, לעיל ה״ש 29, בעמ׳ 62.

44 Kaplan, לעיל ה״ש 30, בעמ׳ 1523.

45 Buchana, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 1313.

46 Lee, לעיל ה״ש 27, בעמ׳ 248; Buchana, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 1240, 1342.

47 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, פס׳ י״ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

48 מדינות בודדות בארצות הברית קובעות ששימוש בקונדום מודר מהעבירה של הפצת איידס או מהווה הגנה עבורה. ראו 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 ודניאל שם טוב ״יידוע בן/בת זוג או שותף/פה ליחסי מין, של

ניתן לתמוך בכך שאדם יוכל לבחור להסתכן בהידבקות, כחלק מכיבוד האוטונומיה האישית שלו.[50] 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.[51]

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.

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.[52] 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.[53] במילים אחרות, כולנו נכללים במהלך. בתמצית, המהלך הלוגי התומך בהפללה יהיה:

נשא HIV או חולה AIDS על אודות מצבם הרפואי של הנשא/החולה״ **רפואה ומשפט** 41, 27, 31–34 (2009); עניין **חגשי**, לעיל ה״ש 28, פס׳ י״ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

49 במדינות שונות אי־יידוע הפרטנר הינו רכיב בעבירה, ובמדינות נוספות יידוע מהווה הגנה. ראו 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. ראו 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).

50 Joel Feinberg, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?*, 58 NOTRE DAME L. REV. 445, 446–447, 453–454 (1983); JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO SELF 28, 115 (1986).

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

52 Coronavirus (COVID-19) Mortality Rate, WORLDOMETERS.INFO, https://www.worldometers.info/coronavirus/coronavirus-death-rate/ (last updated 14 May 2020).

53 למידע רפואי על הקורונה: ״נגיף הקורונה״ **משרד הבריאות** https://govextra.gov.il/ministry-of-health/corona/corona-virus; *Coronavirus disease (COVID-19) pandemic*, WHO www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019 (last visited Mar. 9, 2021).

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.[54] לצד זאת, גם ההשלכות השליליות של ההפללה, שיידונו בפרק ד, משתנות מאוד בין איסור על יחסי מין (או יחסי מין ללא הגנה וללא יידוע) לאיסור על אי־שמירת ריחוק. ואולם, כדי שנוכל להעלותן על הדעת, עלינו לדון במחלה קונקרטית 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.

ב. תכליותיות: מסוגלות הדין הפלילי להתמודד עם הפגיעה הערכית

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 לאכוף את איסוריו, ולא רק להכריז עליהם, צפוי לבחון את שאלת האכיפות,[55] בהבינו שהמשפט הפלילי אינו מסוגל לצמצם כל סוג התנהגות.[56] 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.[57]

---

54 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.

55 ראו העמדה הרווחת בספרות המשפטית הפלילית. ראו 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).

56 William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, 86 VA. L. REV. 1871, 1897 (2000).

57 ראו Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 NW. U.L. REV. 453, 454–456 (1997); Neal Kumar Katyal, *Deterrence's Difficulty*, 95 MICH. L. REV. 2385, 2386, 2389–2492 (1997); Dan M. Kahan, *Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence*, 95 MICH. L. REV. 2477, 2489–2490, 2496 (1997); Richard H. McAdams, *A*

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.[58] מבחן זה מחייב 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).

2. תכליתיות והפצת מחלות פוטנציאלית

רובד ההפשטה הכללי של האיסור, שקודם לכן הקשה ביקורת נורמטיבית על ההפללה, הופך כעת לחרב פיפיות ויוצר קושי גדול לתומכי ההפללה. 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);[59] נשים הרות הצורכות חומרים מסוכנים;[60] אנשים המקיימים יחסי מין, באופן אורגני[61] או כעיסוק;[62] יצרנים, ספקים, מוכרים ובעלי תפקידים אחרים בתעשיות העישון והאלכוהול, המזון, הקוסמטיקה, הניקיון, בתעשיות מזהמות מגוונות, וכמובן

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).

58 HUSAK, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 42.

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

60 Melissa Ballengee Alexander, *Denying the Dyad: How Criminalizing Pregnant Drug Use Harms the Baby, Taxpayers and Vulnerable Women*, 82 TENN. L. REV. 745 (2015); Priscilla A. Ocen, *Birthing Injustice: Pregnancy as a Status Offense*, 85 GEO. WASH. L. REV. 1163, 1173, 1176 (2017); 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). התנהגות זו מופללת במישרין במדינות שונות בעולם. ראו

61 Ian Ayres & Katharine K. Baker, *A Separate Crime of Reckless Sex*, 72 U. CHI. L. REV. 599, 604–617 (2005).

62 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, 226–229 (2005); נויה רימלט ״על זנות, מגדר ומשפט פלילי: הרהורים על הצעת החוק להפללת צרכני זנות״ **משפט וממשל** יג 439, 449, 462, 475 (2010).

בתעשיית הבריאות והתרופות;[63] פקידים ברשויות המדינה, דוגמת רשויות ההגירה ומשטרת הגבולות;[64] אפילו נותני שירותים הקשורים להחזקת גופות ולקבורתן.[65] 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 ״נזק מצטבר״.[66]

האכיפות מחייבת אותנו להעלות על הדעת אסטרטגיה פלילית למלחמה בהתנהגות מפיצת מחלות. ואולם, נוכח כמות המחלות המסוכנות וגיוונן, נוכח אינספור סוגי ההתנהגות העלולים להביא להפצת המחלות הללו ונוכח הידע הרפואי והאנתרופולוגי המוגבל בקרב רשויות האכיפה הפלילית, קשה לפתח אסטרטגיית שיטור יעילה. כיצד ניתן לאתר סוג התנהגות שאינו מפורט בחוק ולו ברמז?[67]

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.[68] 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.[69]

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.[70] אף במדינות

---

63 Paul E. Frederickson, *Criminal Marketing: Corporate and Managerial Liability in the Prescription Drug Industry*, 22. MIDWEST L.J. 115,116–142 (2008); Mary J. Davis, *Time for a Fresh Look at Strict Liability for Pharmaceuticals*, 28 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y 399, 407–408, 410–412 (2019).

64 Andreas Schloenhardt, *From Black Death to Bird Flu: Infectious Diseases and Immigration Restrictions in Asia*, 12 NEW ENG. J. INT'L & COMP. L. 263, 266–268 (2006); Polly J. Price, Sovereignty, *Citizenship, and Public Health in the United States*, 17. N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y, 919, 926–945 (2014).

65 Eloisa C. Rodriguez-Dod, Aileen Maria Marty &Elena Maria Marty-Nelson, *Tears in Heaven: Religiously and Culturally Sensitive Laws for Preventing the Next Pandemic*, 66 CATH. U. L. REV. 117, 131–134 (2017).

66 FEINBERG, לעיל ה״ש 13, בעמ׳ 226–227.

67 אפילו הפללה רחבה של התנהגויות העלולות להפיץ איידס בוקרה בחריפות כעבירה שקשה לאכוף ביעילות. ראו Lee, לעיל ה״ש 27, בעמ׳ 252.

68 Irina D. Manta, *Tinder Lies*, 54 WAKE FOREST L. REV. 207, 218 (2019). כמובן, לא תמיד זה המצב. ראו Buchana, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 1335–1336.

69 ס׳ 49 ל[פקודת הראיות] [נוסח משולב], התשל״א–1971; ס׳ 2(7)–(8) ל[חוק הגנת הפרטיות], התשמ״א–1981; ס׳ 19 ל[חוק זכויות החולה], התשנ״ו–1996; אריאל אזרחי [״נגיף האיידס — נקודת האיזון בין הזכות לפרטיות וחובת הדיווח לצדדים שלישיים״] **המשפט** ד 101, 103 (1998).

70 Wolf & Vezina, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 870.

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.[71] 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 שיודעים 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.[72] מעבר לכך, שליחת חולים ונשאים לכלא לא תצמצם הפצת מחלה מידבקת שאינה ניתנת לריפוי, הן בין כותלי הכלא והן לאחר השחרור.[73]

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 האחד עניינו עבירות מין, המבוצעות בידי תוקף החולה במחלה מידבקת.[74] עבירות אלו ברגיל נאכפות לאחר תלונת הקורבנות למשטרה, שבתורה מאפשרת למשטרה לזהות גם את עצם ביצוע העבירה לפי סעיף 218 ולאתר 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, סובב סביב הברחת מזון מהחי, בעיקר ביצים, לרוב אגב ביצוע עבירות שחיתות ואחרות.[75] עבירות אלו מאותרות

---

71 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).

72 McArthur, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 724–725; Buchana, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 1246–1247; Langley, לעיל ה״ש 71, בעמ׳ 788; Perone, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 394.

73 McArthur, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 725.

74 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) (אינוס, איומים ותקיפה בנסיבות מחמירות בידי נשא HIV והדבקת המתלוננת; לצד הדבקת אחרות שלא באינוס); 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); ת״פ (שלום ת״א) 18994-11-20 **מדינת ישראל נ׳ הררי** (נבו 22.11.2021) (עבירות אלימות רבות בנשים, לצד יחסי מין בהיותו נשא HIV).

75 למשל ת״פ (שלום ת״א) 5741/98 **מדינת ישראל נ׳ זילברשטיין** (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); בש״פ 8259/12 **עמר נ׳ מדינת ישראל**, פס׳ 2–3 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 20.11.2012) (קשירת קשר לפשע, מרמה ועוד הברחת ביצים

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.[76] 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.[77]

אם נשים בצד הברחת מזון מהחי ועבירות מין, אשר דומה שאכיפתן מתקשרת גם, ואולי בעיקר, לרציונלים אחרים, נדמה שהעבירה היא במידה רבה אות מתה.[78] נוכח רוחבה ועמימותה, אין תמה בכך. חרף האיומים המשפטיים שפורסמו עם פרוץ הקורונה על האכיפה הפלילית האפשרית באשר להפרת כללי הבריאות, נכון לינואר 2022 לא איתרתי במאגרי החיפוש המשפטיים ולו מקרה יחיד של הרשעה 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 והעמום נותר בצד. דיווחים על כתבי אישום עלו מעת לעת בתקשורת, אך לא ניתן לדעת אם האקדח אשר הונח על השולחן ירה ולו כדור

מהשטחים); בשפ 306/13 **אביטבול נ׳ מדינת ישראל** (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); בש״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).

76 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).

77 רע״פ **חגשי**, לעיל ה״ש 28, פס׳ כ״ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (יחסי מין לא מוגנים עם נשא HIV שלא סיפר); ת״פ (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).

78 דליה אבן־לחב ״מנהגה של הרשות שלא לאכוף חוק״ **משפט וממשל** ב 477, 482, 488–491 (1994); William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 519–523 (2001).

אחד. עם זאת אין ספק שכל אכיפה תהיה סלקטיבית באופן קיצוני. זהו קושי גדול באכיפות. מנגד, הם מגדילים את הפוטנציאל ההיפותטי ל״הפללה מספיקה״, משום שהאיסור מתייחס לקשת מקרים עצומה,[79] גם אם עיונית ולא פרקטית.[80] 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,[81] בריאות הציבור[82] או דאגותיו הנפשיות של האדם, ברור כי קיימות התנהגויות אנושיות נוספות רבות המסכנות אותו, הרחק מחוץ לעולם המחלות והפצתן.

ג. חלופות הפללה וצמצומה

1. מדוע לחפש חלופות הפללה ודרכים לצמצומה?

מקובל לכתוב שאת הסנקציה הפלילית, האיום הקשה ביותר של המשפט,[83] ראוי לשמור למקרים החשובים.[84] לאחר שאיתרנו פגיעה ערכית, ולאחר שמצאנו שהמשפט הפלילי מסוגל לצמצמה ולו במידת מה, עלינו לתור אחר דרך יעילה וקלה יותר להשגת המטרה. עקרון השיוריות, שלפיו על הדין הפלילי לשמש כמוצא אחרון,[85] דורש שנחפש חלופות מידתיות.[86] הגנה על ערכים אינה נחלתו של המשפט הפלילי בלבד, אלא עולה בדרכים שונות בכל ענף משפטי: מלוא המשפט ערכים.[87] ככל שהמהלכים הסיבתיים שתוארו בשלב הפגיעה הערכית מפורטים יותר, כך עולות נקודות פוטנציאליות רבות יותר לקטיעת הפגיעה הערכית.

---

79 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. ראו Richardson, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 1203.

80 במדינות אחרות בהחלט עולה הפללה סלקטיבית, בהתמקדות בעיקר בהפצת איידס ובהתעלמות מהפצת מחלות אחרות. ראו Buchana, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 1278–1283, 1338; Williams, לעיל ה״ש 27.

81 השוו Kaplan, לעיל ה״ש 30, בעמ׳ 1540.

82 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 (2001). כמובן, כך גם השדה של משפט ובריאות, כמפורט בהמשך הדברים.

83 קרמניצר ״האם חסרי עבירות אנחנו?״, לעיל ה״ש 17, בעמ׳ 160–161; קרמניצר **העבירות הספציפיות**, לעיל ה״ש 17, בעמ׳ 51.

84 PACKER, לעיל ה״ש 4, בעמ׳ 250.

85 JEREMY BENTHAM, THEORY OF LEGISLATION 199 (reprinted, 1975).

86 Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521, 524–525 (2005).

87 אסף הרדוף **עברת הגנבה** 109 (2014).

שלב החלופיות בסולם ההפללה 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.[88] 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. חיפוש חלופות הפללה להפצת מחלות וקביעת איזון נורמטיבי

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

כדי למנוע תנאים חיוניים לביצוע העבירה, בקשר למחלה מסוימת, ניתן לרתום משפטית את ההסברה ולהדריך את הציבור כיצד לשמור על בריאותו.[91] ניתן לעודד התנהגויות בריאות של פרטים, כאלו הקשורות בהרגלי צריכה, ספורט וכדומה.[92] ניתן לרתום את הכוח הקהילתי, בעיקר בקהילות הסובלות מהמחלה.[93] היבדקות היא דבר שראוי לעודד, וקל יותר לעודד אותו

---

88 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, 662–689 (1998).

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

90 Jessica Wilen, *All for One and One for All: Informed Consent and Public Health*, HOUS. L. REV. 1, 16–19 (2012); Matthew J. Weait, *How and Why We Can and Should Decriminalise HIV Transmission, Exposure, and Non-Disclosure*, 27 MED. L. REV. 576 (2019); Wolf & Vezina, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 870; Buchana, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 1255; Wolf & Vezina, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 828. אצלנו ראו בהרחבה את פקודת בריאות העם, 1940.

91 סנג׳רו 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. ראו בועז סנג׳רו ״קורונה והמשפט הפלילי״ **התפרצות** 1, 4 (מרץ–אפריל 2020).

92 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, 857–858 (2017).

93 Perone, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 394–395.

כשנשיאת המחלה אינה מקושרת לעבירה פלילית.[94] ניתן אף לעודד היבדקות בחינם ובתנאי סודיות, לרבות מפני הורים.[95] 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 ליידע 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.[96] החיסונים למגפת הקורונה פותחו במהירות שיא, וייתכן מאוד שהמשפט סייע בהסרת חסמים לפיתוח, לייצור ולהפצה. בהנחה שנזהה סוגים של מצבים שמגבירים את הסיכוי ליצירת מחלות חדשות, המשפט יכול לפעול לדיכוים.

כך למשל, אף שטרם פורסמה מסקנה חד־משמעית באשר להפצת נגיף הקורונה, פורסם שוב ושוב חשד שמקורו של הנגיף בסחר בבעלי חיים לצורכי מאכל.[97] נגיף זה מצטרף לשורת מגפות שהחלו מניצול, פגיעה וסחר אנושיים בבעלי חיים, לרבות איידס, שפעת העופות, שפעת החזירים, מחלת הפרה המשוגעת והסארס;[98] הוא גם מתקשר להבנה הולכת וגוברת של הקשר בין ניצול אנושי של בעלי חיים לבין מגפות אנושיות.[99] תעשיות המנצלות בעלי חיים מחזיקות אותם בתנאי מחיה ירודים, במגמה לצמצם עלויות ולהאדיר רווחים.[100] משפט המבקש למנוע הפצת מחלות מבעלי חיים צריך לפעול לצמצום התנאים שבהם מתפתחות מחלות כאלו, ולא להמתין לזיהוי מחלות ולהמית את בעלי החיים החולים.[101] 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

---

94 Buchana, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 1245, 1261 ; Langley, לעיל ה״ש 71, בעמ׳ 790.

95 ס׳ 1 לחוק לגילוי נגיפי איידס בקטינים, התשנ״ו–1996, ס״ח 252.

96 השוו ניבה אלקין-קורן ״כיצד המשפט מעצב את סביבת המידע ברשת״ **טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה** 223, 224–225 (שי לביא עורך 2003).

97 doctorsonly.co.il/2020/01/182558/.

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

99 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 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.

100 לתיאור של תנאי ההחזקה של בעלי חיים בתעשיית המזון מהחי ראו פיטר סינגר **שחרור בעלי חיים** 130–193 (מהדורה שנייה 1995).

101 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 241 (2021).

המשאבים שגורמות תעשיות הפוגעות בבעלי חיים;[102] פגיעת התעשיות הללו בסביבה והשלכותיה על בריאות האדם.[103] 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.[104]

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 אותה, דוגמת טבק ואלכוהול, וכן תעשיות מזהמות, במיוחד כאלו הממוקמות באזורי מגורים.[105] 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.[106] דיני הנזיקין יכולים לתת כלי למי שחלה כתוצאה של התנהגות אזרח אחר, ופיצויים

---

102 על סיכונים בריאותיים מגוונים וקשים מצד תעשיית המזון מהחי, כהפצת מחלות והגברת הסיכון לחלות ראו 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, 332–338 (2003); Andrew H. Nelson, *High Steaks: Defending North Carolina's Response to Contagious Animal Diseases*, 83 N.C. L. REV. 238, 241–245 (2004); Justine Hinderliter, *From Farm to Table: How This Little Piggy Was Dragged Through the Market*, 40 U. S.F. L. REV. 739, 742–774 (2006); Anastasia S. Stathopoulos, *You Are What Your Food Eats: How Regulation of Factory Farm Conditions Could Improve Human Health and Animal Welfare Alike*, 13 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 407, 409–433 (2010); Sonia Weil, *Big-Ag Exceptionalism: Ending the Special Protection of the Agricultural Industry*, 10 DREXEL L. REV. 183, 196–197 (2017); ג׳ונתן ספרן פויר **לאכול בעלי חיים** 40, 131–156 (2009).

103 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).

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

105 למשל, תעשיית הטבק קושרה רפואית למיליוני מיתות בשנה בעולם, אלפים בישראל. ראו Review of deaths associated with tobacco consumption, THE TOBACCO ATLAS, tobaccoatlas.org/topic/deaths (last visited March 9, 2021); *Smoking & Tobacco Use: Tobacco-Related Mortality*, CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, https://www.cdc.gov/tobacco/data_statistics/fact_sheets/health_effects/tobacco_related_mortality/; ״היום הבינלאומי לקידום המאבק בעישון״ **האגודה למלחמה בסרטן** (31.5.2020) https://bit.ly/3fdwmo6 (last visited Apr. 8, 2020); https://bit.ly/3qgDOVM.

106 סיני דויטש **דיני הגנת הצרכן כרך א – יסודות ועקרונות** 70 (2001).

מוגברים למי שחלה עקב התנהגות של תאגיד המייצר באופן מסוכן או המוכר מוצר מסוכן.[107] המשפט המנהלי מאפשר לסגור מקומות כאלו ואחרים, לכונן תנאים מגוונים למשטרי רישוי, להתנות או לשלול רישיונות וכדומה.[108] כמובן, הכוח הכלכלי והלוביזם שמאפיין תעשיות כאלו מצמצם את הסיכוי לתגובה משפטית כזו.[109] 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 סיגריות, 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. ההשלכות השליליות של ההפללה וחלופותיה

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.[110] 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 בהסבתו של אופן הפגיעה בערך המוגן לחדש וקשה.[111] השלכות שליליות מסוג נוסף עולות מאכיפת האיסור, בהתאם לאסטרטגיית האכיפה שפותחה בשלב האכיפות. הדבר כולל מגוון פגיעות בחשודים, במורשעים ואף בסביבתם המשפחתית

---

107 John A. Turcotte, *When You Should Have Known: Rethinking Constructive Knowledge in Tort Liability for Sexual Transmission of HIV*, 52 ME. L. REV. 261, 264–278 (2000); Lee, לעיל ה״ש 27, בעמ׳ 253–255.

108 להסדרת העבודה הרפואית, כולל רישוי. ראו כרמי, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 719–752.

109 ROBERT GARNER, ANIMALS, POLITICS AND MORALITY 249 (1993); Laura G. Kniaz, *Animal 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, 184 (2006); Rachel Wechsler, *Blood on the Hands of the Federal Government: Affirmative Steps that Promote Animal Cruelty*, 4 J. ANIMAL L. & ETHICS 183, 189–190 (2011).

110 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).

111 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).

והחברתית: פגיעות בחירות התנועה, בקניין, בכבוד ועוד. כמובן, למערך האכיפה עלות כלכלית הכוללת שיטור, חקירה, תביעה, שפיטה, ענישה ושיקום וכדומה, ויש להביאה בחשבון.[112] ככל שהאיסור רחב, והפרתו נפוצה, אכיפתו עלולה להיכרך בסלקטיביות וליצור בכך פגיעות נוספות הקשורות לכוח השררה של הרשויות.[113] 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 לתוקפו.

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.[114] עדיין, המשגה מפורטת של ההשלכות השליליות של הפתרונות מצמצמת מעט משרירותיות הבחירה ומהטיותיה.

2. הפצת מחלות פוטנציאלית: ההשלכות השליליות של ההסדרה המשפטית

כאשר ממשיגים את ההפללה בנוסחהּ 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, יֵקל עלינו לזהות את הפגיעות בחירות; זהו עניין חשוב, משום שהחירות לנהוג באופן מסוים אינה בהכרח שוות ערך לחירות לנהוג באופן אחר.[115] 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.[116] 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;

---

112 בג״ץ 5699/07 **פלונית (א׳) נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד סב(3) 550, פס׳ 38 לפסק דינו של השופט לוי (2008).

113 Stuntz, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 1873–1875; ע״פ 3583/20 **פלוני נ׳ מדינת ישראל** פס׳ 36 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו 9.11.2020).

114 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, 595–596 (2003).

115 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).

116 Kaplan, לעיל ה״ש 30, בעמ׳ 1541.

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,[117] ואלה גוברות בקשר למחלות מסוימות, לאור הסטיגמה החברתית השלילית שקושרה להן.[118]

ההשלכות השליליות של האיסור מוחרפות במצב של אכיפה ממשית. קיימת סכנה שאכיפת העבירה תוביל דווקא להפצת המחלה, באמצעות דחיקת חולים ונשאים למחתרת, 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.[119]

נוכח רוחב העבירה צפויה אכיפה סלקטיבית פוגענית, כזו שמתעלמת ממופעים עשירים של העבירה, הנעשים בהקשר חברתי שונה.[120] אפילו בקשר להפצת מחלה מסוימת אחת, דפוסי האכיפה משקפים ערכים מסוימים ומסיגים אחרים.[121] למשטרה כוח רב לבחור לאן לשלוח את כוחותיה וכיצד להפעילם, ובחירה זו עשויה לפגוע בשוויון. למשל, התעלמות משטרתית מופגנת מחתונה המונית אחת ושליחת כוחות לפיזור חתונה המונית אחרת שולחות לציבור מסר בעייתי ביותר.

גם לחלופות יש כמובן חסרונות. למשל, איכון פוגע בבירור 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.[122] כל זאת לא הוביל עד כה ולו להרשעה אחת 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

---

117 Perone, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 392; Kaplan, לעיל ה״ש 30, בעמ׳ 1542.

118 Buchana, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 1294–1295; Lee, לעיל ה״ש 27, בעמ׳ 248.

119 Wolf & Vezina, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 869–870; Buchana, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 1245–1246, 1257; McArthur, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 722; Williams, לעיל ה״ש 27; Langley, לעיל ה״ש 71, בעמ׳ 789–790; Perone, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 394; נחשון, לעיל ה״ש 29, בעמ׳ 70–71.

120 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.

121 הספרות האמריקנית מבקרת בחריפות את הסלקטיביות של האכיפה של עבירות של הפצת איידס: Wolf & Vezina, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 871; Buchana, לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 1248–1255, 1336; Lee, לעיל ה״ש 27, בעמ׳ 251.

122 ״שגרת הקורונה – תמונת מצב מתעדכנת״ **N12** https://corona.mako.co.il/?item.

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 מציירת 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 שרירה גדול ולא הגון,[123] במיוחד לנוכח אכיפתו הדלה, שמלמדת בתורה על חוסר היכולת לשמור על הערך המוגן המשוער, ומעלה חשש לזילות החוק,[124] על כל סכנותיה.[125]

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.[126] קורבנות עבירות מין אינם מסכימים למעשה המיני, ובוודאי אינם מסכימים להסתכן בהדבקה במהלך יחסי המין.[127] 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.[128]

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;[129] לסבור שלא ראוי להפליל. מה שנכון

---

123 עניין **פלוני**, לעיל ה״ש 113, פס׳ 36 לפסק דינו של השופט שטיין.

124 SCHONSHECK, לעיל ה״ש 6, בעמ׳ 74–75.

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

126 Stuart P. Green, *Lies, Rape, and Statutory Rape*, *in* LAW AND LIES: DECEPTION AND TRUTH-TELLING IN THE AMERICAN LEGAL SYSTEM 194, 206 (Austin Sarat ed, 2015); Ben A. Mcjunkin, *Deconstructing Rape by Fraud*, 28 COLUM. J. GENDER & L. 1, 7 (2014); Elizabeth Hanus, *Rape by Nonphysical Coercion: State v. Brooks*, 64 KAN. L. REV. 1141, 1144 (2016).

127 Wolf & Vezina, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 877.

128 ס׳ 345(ב), 348(ב) לחוק העונשין.

129 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 Law: The Courts of the Borderlands*, 32 HARV J. L. & GENDER 165 (2009); Jed Rubenfeld, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 YALE L.J. 1372, 1379, 1416 (2013); Luis E. Chiesa, *Solving the Riddle of Rape-by-Deception*, 35 YALE L. & POL'Y REV. 407, 425 (2017).

בנוגע לעבירות מין יכול להיות נכון גם בנוגע לעבירות אלימות המסכנות את הקורבן בהידבקות; במצבים אלו ניתן לפנות לעבירות שונות, דוגמת תקיפה.[130]

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.[131] לחלופין, מי שמתעקש לרתום את המשפט הפלילי דווקא, יכול להתאים ולתקן עבירות שעוסקות בכך במפורש. למשל, הסעיף הסמוך והעוקב לסעיף 218, ״מכירת מזון מפוגל״, נראה כמסגרת הולמת יותר לעבירות במזון, הן בכותרתו והן בתוכנו.[132] 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,[133] פגיעה שקיימת גם במצב של מרמה והטעיה, לצד פגיעה בערך האמון והיושר.[134]

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.[135] 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.[136] עד כה, את השיעור הזה מערכת המשפט מסרבת ללמוד, משום שהיא עסוקה במחלות אחרות או משום שאינה בריאה כפי שנדמה לה.

---

130 McArthur, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 740–741; Langley, לעיל ה״ש 71, בעמ׳ 791; וכן Sharon Cowan, *Offenses of Sex or Violence? Consent, Fraud, and HIV Transmission*, 17 NEW CRIM. L. R. 135, 154 (2014).

131 להסדרת מזון ראו כרמי, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 1735–1737.

132 ״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״.

133 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).

134 Buchana; James Slater, *HIV, Trust and the Criminal Law*, 75 J. CRIM. L. 309 (2011), לעיל ה״ש 33, בעמ׳ 1255.

135 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); סנג׳רו, לעיל ה״ש 22, בעמ׳ 66. בחוץ לארץ: Andrew Ashworth, *Conceptions of Overcriminalization*, 5 OHIO ST. J. CRIM. L. 407, 413–417 (2008); Stuntz, לעיל ה״ש 78, בעמ׳ 512–519; HUSAK, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 3–5, 14.

136 סנג׳רו, לעיל ה״ש 22, בעמ׳ 21, 345; אסף הרדוף ״עקרון החוקיות: חזק על חלשים״ **משפט ועסקים** (צפוי להתפרסם ב־2022).