

אכיפה פלילית בעיתות חירום: "עבירות הקורונה" כמקרה מבחן

יניב ואקי ולילך וגנר*

בסוף שנת 2019 נאלצו מדינות העולם, וישראל ביניהן, להתמודד עם אירוע חירום בריאותי, התפשטות מהירה של נגיף הקורונה (SARS-CoV-2) הגורם למחלה COVID-19 שהחלה בסין ומשם הגיעה לכל מדינות העולם. אחת הדרכים המרכזיות שנבחרה כחלק ממאבקה של מדינת ישראל בהתפשטותו של הנגיף בארץ, היא חקיקה וחקיקת משנה ובהן קביעת עבירות פליליות. מדובר באיסורים פליליים שנקבעו בקשר למגוון של הוראות המגבילות תנועה ואסורות על קיומן של פעילויות מסוימות, כגון חובות בידוד, הגבלת תנועה, איסור מעבר בין ערים ועוד.

מטרת רשימה זו לעמוד על גבולות פריסתו של המשפט הפלילי ולאחר את קו הגבול בין ההליך הפלילי לבין אמצעי אכיפה אלטרנטיביים אחרים בכל הקשור לדרך הטיפול הראויה לשינוי אורחות חיים בעיתות חירום בכלל ובקשר לעבירות הקורונה בפרט.

המאמר בוחן את שאלת הלגיטימיות של הפללת ההתנהגויות שנאסרו בעת חירום, וזאת בראי גבולות פריסתו הרצויים של המשפט הפלילי. טענת המחברים היא כי בניגוד לגישה המקובלת בספרות אשר משליכה את היבה על תחימת גבולותיו המהותיים של המשפט הפלילי, יש לעמוד גם על גבולותיה של האכיפה הפלילית. כפי שיש לשמור פן המשפט הפלילי יתרחב מעבר לגבולותיו הרצויים, כך גם יש לשים גבולות לאכיפה הפלילית ולהצר את גבולותיה וזאת גם ובמיוחד בעיתות חירום.

בשנים האחרונות ניתן לזהות שתי תופעות שמאפיינות את המשפט הפלילי הישראלי. האחת, חקיקה מרובה של עבירות פליליות. המחוקק הישראלי בוחר לטפל בתופעות חברתיות באמצעות המשפט הפלילי. מגמה זו הגיעה לשיאה בתקופת החירום שהוכרזה בעקבות מגפת הקורונה. חלק ניכר מההנחיות להתנהגות הציבור בשעת החירום עוגנו כאיסורים פליליים וכפועל יוצא נקבעו

* יניב ואקי הוא דוקטור למשפטים. מנהל מחלקת עררים בפרקליטות המדינה ומחבר הספר "דיני ראיות". עו"ד לילך וגנר היא ראשת אשכול במחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי) במשרד המשפטים, ובמסגרת עבודתה עסקה ועוסקת בעבירות הקורונה. העמדות המובאות ברשימה זו מבטאות את עמדתם הפרטית של המחברים.

בצידם עונשים פליליים. השנייה, פיתוח מסלולי אכיפה אלטרנטיביים להליך הפלילי ואכיפת המשפט הפלילי באמצעות כלי אכיפה מינהליים מחוץ לכותלי בית המשפט. גם מגמה זו מצאה את ביטויה בתקופת הקורונה עת נאכפו עבירות הקורונה במסלולי אכיפה שונים ובעיקרם באמצעות המנגנון של עבירות מינהליות. לכאורה, שתי המגמות מאזנות זו את זו – בעוד שקביעת עבירות פליליות מרחיבה את גבולות המשפט הפלילי, קביעת עבירות קיימות כעבירות מינהליות מאפשרת חלופה פוגענית פחות ובכך מצרה את גבולות המשפט הפלילי. אולם כפי שמודגם במאמר, שתי מגמות אלו, כפי שבאו לידי ביטוי בתקופת הקורונה, פעלו למעשה לכיוון אחד – הרחבת גבולותיו של המשפט הפלילי באמצעות קביעת עבירות רבות וחדשות, ואילו מנגנון האכיפה המינהלי שימש מעין "עלה תאנה" או מעין תירוץ נוח להרחבה זו, משום שהוא לכאורה מרכז את התוצאה הקשה של הפללת יתר. בעקבות לקחי חקיקת הקורונה מוצעת במאמר זה התבוננות חדשה על שתי מגמות אלו ונטען כי יש להדק את גבולות המשפט הפלילי ולהימנע מחקיקה של איסורים פליליים כאשר ניתן למצוא אלטרנטיבות פוגעניות פחות. באופן כללי יותר, אנו טוענים כי אומנם יש לברך על המגמה המסיטה את הטיפול בתיקים פליליים, בין היתר תוך שימוש בעבירות מינהליות, ואולם זאת ככל שהיא מציבה חלופה להליך הפלילי הקלאסי, ולא ככזו שמאפשרת יצירת איסורים חדשים שמלכתחילה מקומם מחוץ לגבולות המשפט הפלילי, מתוך מטרה שייאכפו בדרך מינהלית. יוצא אפוא שדווקא קיומן של חלופות האכיפה להליך הפלילי מטשטשות את הפגיעה הנובעת מהרחבת גבולותיו של המשפט הפלילי. השימוש בחלופות האכיפה אפשרי, ומאפשר כיום בתקופת החירום, להרחיב את גבולות המשפט הפלילי ולהחילו, לעיתים ללא הצדקה, על קשת רחבה של התנהגויות. טענה עקרונית זו מתייחסת הן לעיתות חירום והן לעיתות שגרה, אולם היא מומחשת במאמר באמצעות מקרה המבחן של עבירות הקורונה.

מבוא

בסוף שנת 2019 נאלצו מדינות העולם, וישראל ביניהן, להתמודד עם אירוע חירום בריאותי, התפשטות מהירה של נגיף הקורונה (SARS-CoV-2) הגורם למחלה COVID-19 שהחלה בסין ומשם הגיעה לכל מדינות העולם. בהיעדר חיסון שיכלום את התפשטות הנגיף בקרב האוכלוסייה, ולאור הסכנה הרבה לבריאות הציבור, הוכרזה הקורונה על ידי ארגון הבריאות העולמי כפנדמיה. אחת הדרכים המרכזיות שנבחרה כחלק ממאבקה של מדינת ישראל בהתפשטותו של הנגיף בישראל, היא חקיקה וחקיקת משנה ובהן קביעת עבירות פליליות שאותן נכנה להלן "עבירות קורונה". מדובר באיסורים פליליים שנקבעו בקשר למגוון של הוראות המגבילות תנועה ואוסרות על קיומן של פעילויות

מסוימות. במדינות אחרות בעולם זכו הוראות אלו לכינוי "Stay at home orders" (כגון חובות בידוד, הגבלת תנועה, איסור מעבר בין ערים ועוד).¹ מדינת ישראל מצאה את עצמה מתמודדת עם הקורונה במצב פוליטי בעייתי – הכנסת פוזרה לקראת בחירות והממשלה פעלה כממשלת מעבר. במצב דברים זה חלק ניכר מוועדות הכנסת לא פעל, ולא התכנסה ועדת שרים לענייני חקיקה. לנוכח המצב התקינה הממשלה תקנות שעת חירום מכוח סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה, ובהמשך חוקקה חוק מסגרת לטיפול בקורונה ותקנות מכוחו.² הן בתקנות שעת החירום הן בחוק המסגרת ובתקנות מכוחו נקבעו עבירות פליליות שרובן נקבעו כעבירות מינהליות לפי חוק העבירות המינהליות.³

נקודת הזמן הנוכחית, עם שוך הסערה וביטול רוב רובן של ההגבלות שנקבעו בחקיקה בהקשר להתפשטות הקורונה, היא נקודת זמן טובה לרטרוספקטיבה על תהליך ההתמודדות עם המגפה, הכלים שנבחרו להתמודדות זו ואופן יישומם. מטרת רשימה זו לעמוד על גבולות פריסתו של המשפט הפלילי ולאחר את קו הגבול בין ההליך הפלילי לבין אמצעי אכיפה אלטרנטיביים אחרים בכל הקשור לדרך הטיפול הראויה לשינוי אורחות חיים בעיתות חירום ככלל ובקשר לעבירות הקורונה בפרט.

במאמר נבקש לבחון את שאלת הלגיטימיות של הפללת ההתנהגויות שנאסרו בעת משבר הקורונה, וזאת בראי גבולות פריסתו הרצויים של המשפט הפלילי. נטען כי בניגוד לגישה המקובלת בספרות אשר משליכה את יהבה על תחימת גבולותיו המהותיים של המשפט הפלילי,⁴ יש לעמוד גם על גבולותיה של האכיפה הפלילית. כפי שיש לשמור פן המשפט הפלילי יתרחב מעבר לגבולותיו הרצויים, כך גם יש לשים גבולות לאכיפה הפלילית ולהצר את גבולותיה וזאת גם ובמיוחד בעיתות חירום.

בשנים האחרונות ניתן לזהות שתי תופעות שמאפיינות את המשפט הפלילי הישראלי. האחת, חקיקה מרובה של עבירות פליליות. המחוקק הישראלי בוחר לטפל בתופעות חברתיות באמצעות המשפט הפלילי.⁵ מגמה זו הגיעה לשיאה בתקופת החירום שהוכרזה בעקבות מגפת הקורונה. חלק ניכר מההנחיות להתנהגות הציבור בשעת החירום עוגנו כאיסורים פליליים וכפועל יוצא נקבעו בצידם עונשים פליליים. השנייה, פיתוח מסלולי אכיפה אלטרנטיביים להליך הפלילי ואכיפת המשפט הפלילי באמצעות כלי אכיפה מינהליים מחוץ לכותלי בית המשפט. גם מגמה זו מצאה את ביטויה בתקופת הקורונה עת נאכפו עבירות הקורונה במסלולי אכיפה שונים ובעיקרם באמצעות המנגנון של

1 ראו למשל: Caitlin O'kane, *What Does a "Stay-at-Home" Order Really Mean?*, CBS News (Apr. 3, 2020), <https://cbsn.ws/3r91pX3>.
 2 חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק סמכויות מיוחדות).
 3 חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985 (להלן: חוק העבירות המינהליות).
 4 ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 29-45 (מהדורה שלישית 2014), והמקורות המובאים שם.
 5 שם.

עבירות מינהליות. לכאורה, שתי המגמות מאזנות זו את זו – בעוד שקביעת עבירות פליליות מרחיבה את גבולות המשפט הפלילי, קביעת עבירות קיימות כעבירות מינהליות מאפשרת חלופה פוגענית פחות ובכך מצרה את גבולות המשפט הפלילי. אולם כפי שנדגים בהמשך, שתי מגמות אלו, כפי שבאו לידי ביטוי בתקופת הקורונה, פעלו למעשה לכיוון אחד – הרחבת גבולותיו של המשפט הפלילי באמצעות קביעת עבירות רבות וחדשות, ואילו מנגנון האכיפה המינהלי שימש מעין "עלה תאנה" או מעין תירוץ נוח להרחבה זו, משום שהוא לכאורה מרכז את התוצאה הקשה של הפללת יתר.

בעקבות לקחי חקיקת הקורונה נבקש להציע במאמר זה התבוננות חדשה על מגמות אלו ונטען כי יש להדק את גבולות המשפט הפלילי ולהימנע מחקיקה של איסורים פליליים כאשר ניתן למצוא אלטרנטיבות פוגעניות פחות.

המאמר יתחלק לשני חלקים עיקריים. בפרק א נעמיד את המסד לדיון העקרוני בדבר גבולות המשפט הפלילי. דיון זה יתחלק אף הוא לשניים: חלקו הראשון יעסוק בעקרונות ובשיקולים שעל המחוקק לשקול כבואו לטפל בהתנהגות לא רצויה. לצורך כך נבחן את שאלת הצדקת כינון של העבירות הפליליות לאור כמה עקרונות וביניהם העיקרון בדבר שיוריות מהותית והעיקרון בדבר האמצעי המידתי המהותי. בהתאם לעקרון השיווריות, התנהגות מזיקה הפוגעת בערך חברתי אשר ראוי להגנה, אינה צריכה להיות מופללת, אם ניתן להתמודד איתה באמצעות חלופות הכוללות אמצעים פחות חריפים וקשים. לפי עקרון האמצעי המידתי המהותי מתבקש איזון בין טובת הכלל – קיומו של איסור פלילי – לבין נזקים אחרים העשויים לנבוע מקיומו של האיסור, לרבות פגיעה בזכויותיו של הפרט. החלק השני יתמקד בשאלת האכיפה של המשפט הפלילי, וזאת הן מנקודת מבטו של המחוקק אשר מעגן בחוק דרכי אכיפה אלטרנטיביות לעבירות פליליות והן מנקודת מבטם של גורמי האכיפה אשר ניתן בידם שיקול דעת לבחירה בין דרכי אכיפה חלופיות. ראשית נבחן זאת לאור העיקרון בדבר השיווריות האכיפתית שלפיו העמדת אדם לדין פלילי צריכה להיעשות כמוצא אחרון, כשאינן דרך אכיפתית אחרת להשיג את התכליות המבוקשות. בנוסף, נבקש לבחון את דרישת המידתיות האכיפתית, אשר עניינה באיזון חיצוני הבוחן את התועלת הצומחת מאכיפה פלילית אל מול חלופות האכיפה האחרות, כגון אכיפה מינהלית.

נטען כי העקרונות הללו נהנים כיום ממעמד חוקתי.⁶ כך למשל, עקרון השיווריות נובע מהמבחן השני של תנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷ עקרון המידתיות נובע מהמבחן השלישי של תנאי המידתיות שבאותו סעיף. על כן יש לבחון אם ההוראות הפליליות הנבחנות מקיימות יחס ראוי בין התועלות הצומחות מהן לבין הפגיעה הנגרמת מהן – קרי, האם השמירה על הערך המוגן היא ביחס ראוי להיקף הפגיעה בזכויות החוקתיות של הנאשם.

6 שם, בעמ' 32-44.

7 חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד).

בפרק ב נבחן את עבירות הקורונה בראי העקרונות שנוסחו בפרק הראשון. נטען כי יש לבחון הצדקתה של כל עבירת קורונה באמצעות שני עקרונות משלימים: עקרון השוויוניות ועקרון המידתיות על שני היבטיהם: ההיבט המהותי וההיבט האכיפתי. נצביע על כך שהשיקולים העקרוניים מתקיימים ביתר שאת עת מדובר בעבירות קורונה אשר מתאפיינות ככלל באיסורים רגולטיביים (Mala prohibita), אשר הפרתם נעשית על ידי אנשים נורמטיביים.⁸ כפועל יוצא נראה כי לא היה מקום לעיגונן של כל ההנחיות כעבירות פליליות. עם זאת, במישור האכיפתי, נצביע על צעדים שנעשו במקרה של אכיפת עבירות הקורונה אשר עולים בקנה אחד עם העקרונות האכיפתיים שתוארו לעיל. השימוש בעבירות מינהליות בתקופת הקורונה נועד לאפשר לקובעי המדיניות כלי אכיפה יעיל ואפקטיבי לשם כפיית ציות לכללי ההתנהגות הבריאותיים למניעת התפשטות המחלה ושמירה על בריאות הציבור, מבלי להכתים את מי שמפר כללים אלו בכתם פלילי. עם זאת, השימוש בעבירות מינהליות באופן הזה, במקום שיאפשר חלופה מידתית יותר לעולם הפלילי, תרם להרחבת התפרסותו. ראשית, למנגנון של עבירות מינהליות חסרונות רבים שלעיתים לא מובאים בחשבון בעת קביעתן של עבירות רבות כעבירות מינהליות. בנוסף, יש לזכור כי לפי השיטה הישראלית, עבירה מינהלית היא בראש ובראשונה עבירה פלילית – כלומר, לשם אכיפת עבירה באמצעות הטלת קנס קצוב לפי חוק העבירות המינהליות, יש לקבעה כעבירה פלילית "רגילה", זאת להבדיל ממנגנונים חלופיים להטלת סנקציות דוגמת עיצומים כספיים. נוסף לכך, מנגנון האכיפה של עבירה מינהלית כולל אפשרות לשוב למסלול הפלילי, דבר המחייב לעמדתנו החלת העקרונות שפורטו לעיל גם על עבירות מינהליות.

שנית, המחוקק, בקביעת חוק העבירות המינהליות, ראה לנגד עיניו מצב שבו עבירות פליליות קיימות שנועדו להיות עבירות הסדר – באמצעות שימוש בחוק העבירות המינהליות – מוסטות לאפיק אכיפה מינהלי, אפיק אכיפה יעיל ומהיר שהולם את מהותן. אולם כפועל החוק יצר תמריץ לקביעת עבירות חדשות המרחיבות את גבולות המשפט הפלילי כעבירות מינהליות. כך גם בתקופת הקורונה, האיסורים שנקבעו היו איסורים חדשים, איסורים שהם תולדה של המצב שנוצר בעקבות התפשטות המגפה בישראל, והם נקבעו מלכתחילה כעבירות מינהליות. בכך הממשלה, ולאחר מכן המחוקק, הרחיבו את גבולות המשפט הפלילי, מבלי לשקול באופן רציני ומעמיק כלים חלופיים להבטחת ציות.

8 נהוג להבחין בין שני סוגים של עבירות פליליות: עבירות שהן Mala in se ("רע כשלעצמו") ועבירות שהן Mala prohibita ("רע כי נאסר"). עבירות של Mala in se הן בעלות אופי פלילי מובהק, אשר אוסרות התנהגויות שנהוג לתפוס אותן כאסורות מטבע ברייתן, כגון עבירת הרצח והאונס. עבירות של Mala prohibita, לעומת זאת, נולדו על רקע הסדרת תחומי חיים מסוימים והן אסורות אך בשל קביעתן כאסורות בחוק, ומבלי שיש בהן פגם מוסרי מובהק. לעניין זה, ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 53-54 (1984); ע"פ 389/91 מדינת ישראל נ' ויסמרק, פ"ד מט(5) 705, 713-714 (1996).

באופן כללי יותר, לטענתנו, אומנם יש לברך על המגמה המסיטה את הטיפול בתיקים פליליים, בין היתר תוך שימוש בעבירות מינהליות, ואולם זאת ככל שהיא מציבה חלופה להליך הפלילי הקלאסי,⁹ ולא ככזו שמאפשרת יצירת איסורים חדשים שמלכתחילה מקומם מחוץ לגבולות המשפט הפלילי, מתוך מטרה שייאכפו בדרך מינהלית. יוצא אפוא שדווקא קיומן של חלופות האכיפה להליך הפלילי מטשטש את הפגיעה הנובעת מהרחבת גבולותיו של המשפט הפלילי. השימוש בחלופות האכיפה אפשר אז, ומאפשר כיום בתקופת החירום, להרחיב את גבולות המשפט הפלילי ולהחילו, לעיתים ללא הצדקה, על קשת רחבה של התנהגויות. טענתנו זו הינה עקרונית והיא מתייחסת הן לעיתות חירום והן לעיתות שגרה, אולם היא תומחש באמצעות מקרה המבחן של עבירות הקורונה.

א. גבולות פריסתו של המשפט הפלילי

1. כללי

המשפט הפלילי הוא האמצעי החריף ביותר שיש למערכת המשפט, ולו פוטנציאל הפגיעה הקשה ביותר בזכויות האדם.¹⁰ אי לכך קיימת חשיבות עליונה כי השימוש במשפט הפלילי ייעשה רק במקרים המתאימים וכי ייקבעו למשפט הפלילי גבולות ראויים. "עד למאה ה-19 היה המשפט הפלילי המקובל ממוקד ומוגבל למספר מועט של עבירות שיוחדו לתופעות אנטי-חברתיות חמורות",¹¹ ואשר הפרתן "גררה אחריות פלילית כבדה, סנקציה כבדה, ובדרך כלל – גם קלון חברתי. מאז המאה ה-19 חלו שינויים מרחיקי לכת בהיקפו של המשפט הפלילי, וקשה כיום לאתר תחום עשייה אנושי שאינו רצוף הוראות, כללים ואיסורים בעלי חשיבויות שונות, שאותם מנסה החברה המודרנית לאכוף באמצעות המשפט הפלילי".¹²

9 כך לדוגמה הוא ההליך של הסדר מותנה, אשר מאפשר חלופת אכיפה לעבירות הפליליות הקלאסיות. ראו ס' 67א-67ב לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982.

10 אומנם זו הגישה הרווחת, ובצדק, ואולם יש לזכור כי ייתכנו מקרים שבהם דווקא אמצעים משפטיים אחרים יהיו פוגעניים יותר כלפי הפרט – ראו בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 20-21 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (נבו 12.7.2010); אסף הרדוף הפשע המקוון 78 (2010).

11 יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד: במשפט הפלילי והאזרחי 184 (2001).

12 שם. עוד ראו רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי, פס' 24 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 10.9.2013) (להלן: עניין שבתאי); "עקב התפתחויות טכנולוגיות [...] רבות ומגוונות בחוקים שונים, בתחום דיני העבודה, המיסים, הבטיחות, הבריאות, החקלאות, איכות הסביבה, המסחר ועוד. בשונה מן העבירות הפליליות 'הקלאסיות', שהן עבירות של Mala in se הפוגעות בערך חברתי מוגן, ההוראות העונשיות הללו הן ככלל עבירות של Mala prohibita. אלה הן 'עבירות של תקנת הציבור', עבירות רגולטוריות שנוצרו לצורך קביעת הסדרים מנהליים או ציבוריים שונים ואכיפתם, בין היתר על ידי הרתעה מפני הפרתם. ריבוי ההסדרים החוקיים והגידול בהיקפי הפעילות בחברה ובמשק הביאו באופן טבעי לריבוי העבירות על חוקים אלה".

מחקרים מהארץ ומהעולם הצביעו על כך כי בתקופה המודרנית לא ניתן משקל מספיק לעקרונות המגבילים את גבולות פריסתו של המשפט הפלילי.¹³ לעמדתנו, המשפט הפלילי כבש לו שטחים חדשים והתפשט מעבר לגבולות המסורתיים, באופן המעלה שאלות בנוגע להרחבתו, לדוגמה באמצעות הטלת אחריות בהיעדר מחשבה פלילית (עבירות רשלנות), באמצעות הטלת אחריות תוך ויתור על הוכחתו של יסוד נפשי (עבירות אחריות קפידה), באמצעות הגדרות מעורפלות של העבירה הפלילית, תוך שימוש במושגי "שסתום",¹⁴ וכן באמצעות חקיקה המגדירה עבירות חדשות ב"סיטונות".¹⁵ רבים רואים בצמיחה זו של המשפט הפלילי חריגה אל מעבר לתפקידו הקלאסי וההיסטורי. הביקורת אשר הצביעה על הסכנות הנובעות ממצב זה הייתה בעלת אופי כללי,¹⁶ אך התייחסה גם לעבירות קונקרטיות שונות.¹⁷ נטען, כי פרט לפגיעה בזכויות אדם חוקתיות – פגיעה שאינה מוצדקת בזכות הפרט לחירות ולאוטונומיה, עודף של תלונות, חקירות ומעצרים שפגיעתם בפרט קשה – להתרחבות יתר של המשפט הפלילי עלולות להיות תוצאות

- 13 מרדכי קרמיניצר "האם המשפט הפלילי – ידו בכל?" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן 935 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים 2008).
- 14 כמו למשל העבירה של מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור והעבירה של מרמה והפרת אמונים בתאגיד, הקבועות בס' 284 ו-425 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, בהתאמה. לעניין זה, ראו קרניאל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 95-123.
- 15 מרדכי קרמיניצר "ארבעים שנה לדיני העונשין (תגובה להרצאתה של ד"ר גור-אריה)" משפטים יט 695, 701 (1990); בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר?: על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הרעת השיפוט בענישה), תשס"ה-2005" עלי משפט ה 247, 248 (2006).
- 16 ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 15, בעמ' 248, ה"ש 4: "בכל פעם שמחוקקים במקומותינו חוק חדש, אפילו אם הוא בעל אופי אזרחי לחלוטין, מתעקשים לקבוע בו (בדרך כלל בסופו, כהדרן לשמח בו את הקהל) פרק שכותרתו בדרך כלל 'עונשין', ובו עבירות מיותרות נוספות. עקרון השיוריות של המשפט הפלילי נשכח לחלוטין. לא את כל תחומי החיים ניתן ורצוי להסדיר באמצעות המשפט הפלילי. נהפוך הוא: אם ניתן להסדיר כל תחום ללא המשפט הפלילי – מה טוב"; קרמיניצר, לעיל ה"ש 15: "על פי נסיון העבר, ניתן להבחין כי המחוקק פועל על פי ההנחה שכל המרבה להשתמש בדין העונשין, הרי זה משובח. ולא היא"; קנת מן "סנקציות אזרחיות-עונשיות" עיוני משפט טז 243, 244 (1991): "במשפט הישראלי קיימת נטייה בולטת להסתמכות יתרה על המשפט הפלילי".
- 17 ראו למשל אצל קרניאל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 183-236 אשר כחן את שאלת ההפלה הקשורה להפרת חובת אמונים בתאגיד, ותחימת גבולותיה הראויים; עוד ראו בועז סנג'רו "תיקון 39 לחוק העונשין במבחן סבלנותן של רשויות האכיפה – חוק מאבק בארגוני פשיעה" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 91 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים 2010), שתקף את חוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003, ס"ח 502. סנג'רו טען נגד ריבוי העבירות והגדרתן בחוק זה, כמו גם נגד ההגדרה של "ארגון פשיעה" אשר, לשיטתו, חובקת-כול ואינה מתקבלת על הדעת; בגיליון ח' של כתב העת פלילים פורסמו שלושה מאמרים המתמקדים בשאלת גבולות התערבותו של המשפט הפלילי בפוליטיקה: מרים גור-אריה "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרי – האם עבירה פלילית?" פלילים ח 253 (1999), יובל קרניאל "מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור – הלכה למעשה" פלילים ח 273 (1999), אלון ברנר "עבירת הסחיטה באיומים – שאלות של דין רצוי: לחץ פוליטי כ'סחיטה באיומים'" פלילים ח 299 (1999).

בלתי־רצויות,¹⁸ כגון שימוש בלתי־מבוקר שעושות בו רשויות התביעה;¹⁹ טעויות רבות יותר באכיפתו ובהוצאתו לפועל; אכיפה בלתי־יעילה, שכן ככל שהמשפט הפלילי ברור פחות – נלכדים ברשת גם אלו שאינם מודעים לכך שהתנהגותם נופלת בגדרו של איסור פלילי; השקעת משאבים מיותרים על חשבון אכיפה בתחומים חיוניים וחשובים אחרים; ואחרון, שימוש סטוני במשפט הפלילי הוא בכחינת "תפסת מרובה, לא תפסת" – הוא מביא לשחיקת הסטיגמה שבעצם השימוש במושגים "עבירה" ו"עברייני".²⁰

לאור סוגיית פריסתו הרחבה מדי של המשפט הפלילי והחשש מפני טשטוש גבולותיו, עולה השאלה באילו תנאים ראוי לקבוע כי התנהגות מסוימת היא אסורה באופן המאפשר הטלת עונש על העושה. אילו סוגי התנהגות ראוי לאסור מבחינה נורמטיבית?²¹ מתי ראוי לאכוף התנהגות אסורה באמצעות המשפט הפלילי? כתשובה לשאלת ניסוח גבולותיו הראויים של המשפט הפלילי הציעו מלומדים שונים כמה נוסחאות.²²

מקובל לעמוד על כמה עקרונות מרכזיים אשר מתווים את גבולותיו הראויים של המשפט הפלילי ומשמשים עקרונות מנחים בשאלת ההעמדה לדין ובהכרעה על ניתוב המקרה לטיפול פלילי או משמעתי, ואלו הם:²³

עקרון האינטרס המוגן. בהתאם לעיקרון זה, התנהגות מסוימת צריכה להיות מטופלת במישור הפלילי אם טמונה בה אנטי־חברתיות ואם היא מזיקה לחברה או לפרטים בה; **עקרון האוטונומיה.** על פי עיקרון זה המשפט יתערב בעניינים שהם בתחום הפרט רק כאשר הנזק במעשה או במחדל הוא כלפי אחרים זולת העושה, ובדרך כלל אין מקום למשפט הפלילי כאשר האדם מזיק לעצמו;²⁴

- 18 להרחבה ראו קרמניצר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 937-938.
- 19 למאמר יסודי המצביע על בעיה זו ראו דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155, 159-163 (1983).
- 20 רבין וואקי, לעיל ה"ש 4, והמקורות הנזכרים שם.
- 21 ראו הרדוף, לעיל ה"ש 10, בעמ' 31-101.
- 22 לסקירת הספרות בנושא זה ראו שם; עוד ראו Douglas Husak, *Why Criminal Law: A Question of Content?*, 2 CRIMINAL LAW AND PHILOSOPHY 99 (2008); ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 22-43 (6th ed. 2009); עוד ראו אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243, 272-276 (2012).
- 23 הרדוף, לעיל ה"ש 10, בעמ' 39-101; Husak, לעיל ה"ש 22.
- 24 מכוח עיקרון זה בוטלה העבירה של ניסיון התאבדות שהייתה קבועה בס' 225(1) לפקודת החוק הפלילי, 1936. לעניין זה, ראו הצעת חוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (מס' 29), התשכ"ו-1965, ה"ח 38. עם זאת, ישנן עבירות גם ביחס לפגיעה באדם בהסכמתו, כך למשל העבירה של החזקה בתנאי עבדות הקבועה בס' 375 לחוק העונשין, עשויה להתקיים גם כאשר האדם מסכים להחזקה זו. דוגמאות אלו ממחישות קביעת עבירות פליליות שנעשות בהסכמת קורבן העבירה ומשכך פוגעות באוטונומיה שלו לקבל החלטות על גופו. ההצדקה לקביעת העבירות נובעת מתוך תפיסה פטרנליסטית, הראויה לטעמנו. ישנם גבולות לעקרון האוטונומיה, ואין לאפשר לאדם לשעבד את עצמו או להפוך את עצמו לחפץ עובר לסוחר. מצבים אלו פוגעים בכבוד האדם גם כאשר הם נעשים בהסכמה.

עקרון האכיפה. עיקרון זה עוסק בשאלת יכולתו של המשפט הפלילי לאכוף את ההתנהגות האסורה. כלומר, רק אם יש ביכולתו של המשפט הפלילי לטפל בהתנהגות האסורה – ובכלל זה לאתר ולתפוס את מבצע העבירה מצד אחד, ולהביא לצמצום התופעה מצד שני – אזי יש לטפל בהתנהגות האמורה במישור הפלילי. ואולם, כאשר מדובר בהתנהגות שאינה בת-אכיפה פלילית או שאין בכוחה של האכיפה הפלילית להביא לצמצומה, או אז יש להעדיף טיפול אלטרנטיבי אשר יניב תוצאות טובות יותר; **עקרון השיוריות.** בהתאם לעיקרון זה אין הפנייה אל המשפט הפלילי מוצדקת תמיד, וראוי שתיעשה כמוצא אחרון. בהתאם לגישה המקובלת, החלתו של המשפט הפלילי מביאה לפגיעה הגדולה ביותר בזכויות יסוד של הפרט, ולכן יש להשתמש בו באופן שיורי;

עקרון המידתיות. בהתאם לעיקרון זה יש לאזן בין טובת הכלל באכיפתו של המשפט הפלילי ובהענשתו של העבריין, לבין נזקים אחרים העלולים לנבוע מהחלתו של המשפט הפלילי. עיקרון זה בודק האם הפנייה למישור הפלילי תביא לתועלת רבה יותר מהנזק הנגרם מהפעלתו של המשפט הפלילי. לשם כך יש לערוך איזון בין היתרונות של דרך הטיפול הפלילית אל מול חסרונותיה, וכן לבחון את מאזן התועלת בין הפעלת החלופה הפלילית אל מול הפעלתה של דרך טיפול חלופית.

נתמקד להלן בעקרון השיוריות ובעקרון המידתיות – אשר נדמה כי הם הרלוונטיים ביותר לענייננו, בין השאר, בשל כך שנודע להם פן אכיפתי – ונבחן לאורם את שאלת ההצדקה לכינון של עבירות הקורונה.

2. עקרון השיוריות – המשפט הפלילי כמוצא אחרון

אחד העקרונות החשובים, התוחם את גבולותיו של המשפט הפלילי, הוא עקרון השיוריות. בהתאם לעיקרון זה, ההתנהגות מזיקה הפוגעת בערך חברתי אשר ראוי להגנה, אינה צריכה להיות מופללת, אם ניתן להתמודד איתה באמצעות חלופות הפללה הכוללות אמצעים פחות חריפים וקשים,²⁵ כגון סנקציות משמעותיות,²⁶ אכיפה מינהלית,²⁷ דיני חוזים או

25 מרדכי קרמיניצר "מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורות לשמעון אגרנט 325, 326 (התשמ"ז); הרדוף, לעיל ה"ש 10, בעמ' 77.

26 זאת בתחומים שבהם ניתן לאסור ולאכוף את הדין באמצעות דין משמעתי לצד הדין הפלילי ובמקביל לו. כך למשל, עבירות המבוצעות על ידי עורכי דין ועבירות המבוצעות על ידי עובדי מדינה, שם ניתן להטיל סנקציות משמעותיות כגון שלילת שכר; השעיה זמנית או קבועה מתפקיד מסוים ועוד. כך גם תחום האלימות בספורט ניתן לאכיפה הן על ידי המשפט הפלילי הן על ידי הדין המשמעתי המקובל במוסדות ההתאחדות לכדורגל. לעניין זה, ראו יניב ואקי "לא לרוץ למגרש: הגבולות הפליליים של האלימות בספורט" עורך הדין 16, 94 (2012), אשר בוחן את העבירות הפליליות המאפיינות את התופעה של "אלימות בספורט" מנקודת מבט של העקרונות המגדירים את גבולות המשפט הפלילי בכלל ועקרון השיוריות בפרט.

27 ראו עניין שבתאי, לעיל ה"ש 12, בפס' 25 לפסק הדין של השופט פוגלמן: "התעוררה בספרות ביקורת על השימוש בדין הפלילי לשם אכיפתם של כללי זהירות ורגולציה, ונטען כי את אלה יש לאכוף באמצעים מינהליים ואזרחיים [...] אחד מהטעמים שהובילו את המחוקק לקביעת מנגנוני

דיני הנזיקין.²⁸ הטעם לכך נעוץ באופייה החמור של האחריות הפלילית שהטלתה פוגעת קשה בזכויות יסוד, בעיקר בזכות לחירות. לפיכך, יש להעדיף על פניה אמצעים אחרים העשויים למנוע את התופעה החברתית המזיקה ושכרוכה בהם פגיעה קשה פחות בזכויות היסוד של הפרט (הפוגע). משום שהדין העונשי הוא האמצעי החרף ביותר, היחס בינו לבין אמצעי הסדרה אחרים הוא שיורי. כלומר, יש להשתמש בו שעה שאמצעים אחרים אינם מועילים.²⁹

עקרון השירות הוא עיקרון חיצוני למשפט הפלילי. הוא תוחם את גבולותיו של המשפט הפלילי ולכן אומנם אין הכרח כי יצוין במפורש במסגרת הוראות היסוד של חוק העונשין או של כל חוק פלילי אחר, ואולם עליו לקבל את ביטויו באמצעות העקרונות וההסדרים הקבועים במשפט הפלילי. כפועל יוצא, על המשפט הפלילי לפעול בהתאם למצוותו של עקרון השירות והמשמעויות הנגזרות הימנו.³⁰

המשפט הפלילי המודרני חובק כול. לעיתים נדמה שהוא מצוי אף במחוזות שספק אם צריך היה להימצא בהם לכתחילה. חיקוקים רבים נושאים בינותיהם עבירות פליליות. הנתונים מלמדים על אזרחים רבים שנגועים בכתם ההרשעה הפלילית, או שהוכתמו

אכיפה חלופיים הם כדי לתת 'אפשרות למי שעברו עבירה מינהלית לשאת בעונש מתאים בלא שיוכתמו בכתם של מי שעברו עבירה פלילית, אלא בנסיבות מיוחדות'". לסקירה של מגוון מנגנוני אכיפה חלופיים לזה הפלילי, עיינו בפס' 24-29; עוד ראו את סקירת החוקים שיצרו מעבר מאכיפה פלילית לאכיפה מינהלית אצל איל ינון "מגמות בחקיקת הכנסת ה-18 – סיכום ביניים" דין ודברים ז 23, 24-25 (2012); עוד ראו סיני דויטש "הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 33), התשע"ב-2011: האמנם ראוי לצמצם את האכיפה הפלילית?" מאזני משפט ח 29 (2012). מאמר זה עוסק בתיקון 33 לחוק הגנת הצרכן, אשר מסמן מעבר מאכיפה פלילית לאכיפה מינהלית. עם זאת, דעתו של המחבר אינה נוחה עם השינוי (ראו בעמ' 32).

28 דוד רונן "שלילת הגנות בשל התנהגות פסולה" הפרקליט מו 342, 356 (2002): "אם המעשה הפסול אינו מהווה עבירה אך מעמיד עלילת תביעה אזרחית, יש להותיר את הטיפול למשפט הפרטי. בכך בא עקרון השירות על סיפוקו מבלי לפגוע בערך ההרתעה"; עוד ראו מיכל אגמון ודוידה לחמן-מסר "תיאוריית האכיפה בהצעת חוק החברות החדש" משפטים כו 543 (1996). המאמר מבהיר את עקרונות היסוד שעמדו בבסיס חוק החברות, התשנ"ט-1999, ביניהם הרצון להימנע מסנקציות פליליות והעדפת מנגנוני אכיפה פנימיים בחברה. הכותבות מבהירות, בעמ' 556, כי "ההליך הפלילי הוא הליך הפוגע יותר מהליכים אחרים (אזרחיים ומינהליים) באזרח. על כן, במקום שניתן להשיג אותם יעדים שלא על דרך הענישה הפלילית, יש לעשות כן".

29 קרמניצר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 326-327. בעניין זה, ראו את המחקרים הבאים: JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION (1994); Douglas Husak, *The Criminal Law as Last Resort*, 24 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 207 (2004); DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION – THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW (2008). על ספרו זה של Husak נערך סימפוזיון בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, והוא שימש בסיס לארבעה מאמרים בנושא של Overcriminalization. ראו, Book Symposium on Douglas Husak's, *Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*, 1 JERUSALEM REVIEW OF LEGAL STUDIES 3 (2010).

30 ראו בכלליות אריאל בנדרו והדר דנציג-רוזנברג "המעמד החוקתי של שירות המשפט הפלילי" ספר אליהו מצא 373 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים 2015). עיינו בעמ' 381-386 להרחבה ולפירוט של "הכללים הפנימיים" שבהם משתקף עקרון השירות – כגון כלל הפרשנות המצמצמת שבס' 34כא לחוק העונשין וסייג זוטרי הדברים שבס' 34ז לחוק העונשין.

מהליך פלילי לסוגיו. במציאות זו, ספק אם המשפט הפלילי לא פרץ את גבולותיו הרצויים ואת תפקידו השיורי, כמוצא אחרון לטיפול בהתנהגויות או בתופעות בלתי־רצויות. בעיתות חירום נדרשת הקפדה מיוחדת על שמירת גבולותיו של המשפט הפלילי, זאת מאחר שחוק־יסוד: הממשלה מקנה לממשלה כלים קיצוניים לטיפול במצב החירום. על פי חוק־יסוד: הממשלה, תקנות שעת חירום, שהן מבחינת המדרג הנורמטיבי חקיקת משנה המותקנת על ידי ממשלה ולא מאושרת על ידי הפרלמנט, יכולות לגבור על חוק ולשנותו, אלא אם כן קיים בו סעיף המשריין את החוק מפני תקנות שעת חירום. אומנם בחוק־יסוד: הממשלה קיימים איזונים מסוימים שנועדו להגביל את יכולת הממשלה להשתמש בתקנות שעת חירום, כך לדוגמה תוקפן של התקנות מוגבל לשלושה חודשים, הן מונחות עם התקנתן בפני הפרלמנט שבסמכותו לבטלן, וכמוכן קיימת האפשרות לביקורת שיפוטית, אולם, הגבלות אלו אינן משפיעות על הצורך לבחון בדרקנות את השימוש בעבירות בתקנות שעת חירום. ראשית, משום שבשגרה הענישה לפי חקיקת משנה מוגבלת לעונש מאסר של שישה חודשים בלבד (ראו סעיף 2(ב) לחוק העונשין), ושנית, משום שהמשפט הפלילי משפיע הרבה מעבר לתקופת תוקפן של התקנות. אותו אדם שנלכד ברשת התקנות במהלך תוקפן – הוכתם ככתם פלילי שילוה אותו גם לאחר שהתקנות פקעו.³¹

מלבד המשמעות המהותית של העיקרון שבה עסקנו עד כה, שעניינה קביעת איסורים ועבירות, לעקרון השיוריות משמעות נוספת – שיוריות אכיפתית, אשר עניינה אכיפת הדין הפלילי. בהתאם לכך, העמדת אדם לדין פלילי צריכה להיעשות כמוצא אחרון, כשאין דרך אכיפתית אחרת להשיג את התכליות המבוקשות.³²

בעניין שוורץ³³ דן בית המשפט העליון באופן מעמיק בעקרון השיוריות האכיפתית בבוחנו את החלטתן של רשויות התביעה שלא להעמיד לדין פלילי, אלא לדין משמעתי בלבד, מפקדים של חייל ששלח יד בנפשו. זאת, אף שהמפקדים לא גילו ערנות מספקת לסימנים מקדימים לתוכניות ההתאבדות של החייל, ובכך ייתכן שהתקיימו יסודות העבירה של גרימת מוות ברשלנות. בית המשפט, מפי השופט ג'ובראן, התייחס לעקרון השיוריות בנסיבות העניין כעיקרון שיש לתת לו משקל נכבד בעת הפעלת סמכות התביעה שלא להגיש כתב אישום מטעמים של חוסר עניין לציבור: "הנחת המוצא היא כי קיימים אמצעים, מלבד המשפט הפלילי, שיש בהם כדי להגשים את המטרות הנמצאות בבסיס המשפט הפלילי. [...] על כן רשויות התביעה צריכות לבחון האם העמדה לדין פלילי היא האמצעי המידתי במקרה שנמצא לפניהן".³⁴

31 ראו לעניין זה את הוראותיו של ס' 6 לחוק העונשין.

32 בנדור ודנציג־רוזנברג, לעיל ה"ש 30.

33 ראו עניין שוורץ, לעיל ה"ש 10.

34 שם, בפס' 19 לפסק הדין של השופט ג'ובראן; עוד ראו עניין שבתאי, לעיל ה"ש 12, בפס' 30 לפסק הדין של השופט פוגלמן; לסקירת פסקי דין נוספים של בית המשפט העליון שבהם משתמעת מודעות לעקרון השיוריות, אף כי המושג "שיוריות" לא צוין בהם ראו בנדור ודנציג־רוזנברג, לעיל ה"ש 30, בעמ' 374-375 ו'382-386.

ואולם, העיקרון בדבר שיוריות אכיפתית מופנה לא רק לרשויות התביעה אלא גם למחוקק. ואומנם, נדמה כי לעיקרון זה ניתן משקל מסוים מצד המחוקק והוא מוצא את ביטויו בעיקר במגמה המאפיינת חקיקה של השנים האחרונות, הקובעת מנגנוני אכיפה מינהליים חלופיים לאכיפה הפלילית המסורתית.³⁵ כפי שצינו לעיל, קביעת עבירות (פליליות) קיימות כעבירות מינהליות מאפשרת חלופה פוגענית פחות וכך מצרה את גבולות המשפט הפלילי. ואולם, חקיקת עבירות פליליות חדשות בדמות עבירות מינהליות, מרחיבה את גבולות המשפט הפלילי.

כפי שנראה, בתקופת הקורונה המגמה הבולטת הייתה שימוש בעבירות מינהליות, ולמעשה רוב רובן של עבירות הקורונה נחקקו כעבירות מינהליות. ספורים המקרים שבהם נעשה שימוש בעבירות פליליות "רגילות", למשל העבירה של מעשה העלול להפיץ מחלה. בהמשך,³⁶ נבחן האם מגמה זו עולה בקנה אחד עם עקרון השיווריות האכיפתית, וזאת לאור מאפייניה המיוחדים של העבירה המינהלית.

3. עקרון האמצעי המידתי

עקרון המידתיות מצר אף הוא את פריסתו של המשפט הפלילי. על פי עיקרון זה מתבקש איזון בין טובת הכלל – קיומו של איסור פלילי – לבין נזקים אחרים העשויים לנבוע מקיומו של האיסור, לרבות פגיעה בזכויותיו של הפרט. אין זה ראוי לחוקק איסור פלילי (מהותי) אשר אינו מקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת ממנו – קרי: הגנה על האינטרס המוגן – לבין היקף הפגיעה באינטרסים ובערכים חברתיים חשובים אחרים. על כן, מידתיות מהותית עניינה באיזון פנימי בין התועלת הצומחת מהאיסור לנזק הנגרם ממנו.³⁷

בתקופת החירום של הקורונה הנזק המרכזי הוא הפגיעה בבריאות הציבור, שעשויה במקרים החמורים להוביל לפגיעה בחיי אדם. עם זאת, יש לזכור כי עבירות המבטאות את הפגיעה החמורה בערך המוגן קיימות בחוק העונשין, ולכאורה אין צורך בחקיקה מיוחדת לשם כך. העבירה של מעשה העלול להפיץ מחלה לפי סעיף 218 לחוק העונשין נועדה להתמודד עם מעשה רשלני או מודע של אדם המפיץ מחלה מסוכנת. בתקופת החירום הנוכחית יושמה העבירה במקרים ספורים בלבד. כך למשל, הוגש כתב אישום נגד חולה שיצא למסיבת טבע באזור הדרום.³⁸ ולכן, עיקר התפרסותן של עבירות הקורונה אינה על "המעגל הראשון" של מעשים מזיקים, אלא על "מעגל שני": כך לדוגמה האיסור על התקהלות נועד למנוע מצבים שבהם המחלה מתפשטת בקלות; חובת הבידוד נועדה

35 ראו ינון, לעיל ה"ש 27, בעמ' 24-25.

36 להלן בפרק 3.

37 הרדוף, לעיל ה"ש 10, בעמ' 85.

38 "כתב אישום נגד חולה קורונה שיצא למסיבה: 'היה לו אישור רפואי לצאת החוצה'" Mako <https://bit.ly/3hnJVmI> (6.10.2020). לבסוף אישום זה הומר בקנס על הפרת העבירה המינהלית של חובת בידוד.

למנוע מצב שבו אדם שעלול להיות חולה בא במגע עם אנשים אחרים.³⁹ מאחר שעסקינן בעבירות מהמעגל השני המרוחקות מהנזק, יש לשים לב במיוחד לעקרון המידתיות ולהגבלה על חירויות שנועדה להשיג, בסופו של דבר, את ההגנה על האינטרס המוגן. כפי שיפורט בהמשך, גם בעיתות חירום יש להימנע מפגיעה בלתי-מידתית בזכויות האזרחים, וכפועל יוצא על המדינה לתור אחר האמצעים שפגיעתם פחותה. גם השמירה על אינטרס בריאות הציבור, נוכח פגיעה בוודאות קרובה בשל התפרצות מגפת הקורונה, אינה מצדיקה התעלמות מהעקרונות התוחמים את המשפט הפלילי וממילא אין בכך כדי להצדיק חקיקה מיוחדת של עבירות פליליות חדשות כנגד "מעגל המזיקים השני", ובהינתן כי חוק העונשין כולל עבירות האוסרות התנהגות של פגיעה בבריאות הציבור כלפי "מעגל המזיקים הראשון".

בשונה מהמידתיות המהותית שעניינה באיזון פנימי של התועלת הצומחת מהפללה אל מול הפגיעה הנגרמת ממנה, מידתיות אכיפתית עניינה באיזון חיצוני הבוחן את התועלת הצומחת מאכיפה פלילית אל מול חלופות האכיפה האחרות. בהתאם לכך יש לחפש את החלופה המנצחת שבה מאזן התועלות הוא הטוב ביותר.⁴⁰ בהתאם לדרישת המידתיות האכיפתית, על רשויות התביעה לבחון האם העמדה לדין פלילי היא האמצעי המידתי במקרה שנמצא לפנייהן. לצורך כך, בטרם העמדת אדם לדין פלילי, עליהן לתור אחר אמצעי אכיפה חלופיים אחרים שיכולים להגן על הערך החברתי באותה אפקטיביות. אחת התוצאות של מצב חירום הוא שינוי סדרי העדיפויות באכיפה. כך למשל, משטרת ישראל נדרשה לתעדף אכיפת עבירות קורונה, וזו, ברור לכול, תבוא על חשבון אכיפת התנהגויות מזיקות אחרות שבדרך שגרה מופנים אליהן משאבים. בנוסף, קביעת עבירות מרובות באופן יחסי מחייב את הרשויות האוכפות לתעדף את עבירות הקורונה עצמן, ולהכווין את משאבי האכיפה המוגבלים מעצם טיבם אל מקומות שמסכנים יותר את בריאות הציבור.⁴¹ מצב דברים זה מחייב זהירות מיוחדת ובחינת חלופות אחרות לקביעת העבירות. ברי כי שוטרים או פקחים אינם יכולים להתפרס על פני כל הארץ ולמנוע הפרות, וקיים חשש לפגיעה בעיקרון המידתיות באמצעות אכיפה סלקטיבית.

4. אכיפה פלילית שירית ומידתית

הגישה המקובלת משליכה את יהבה על תחימת גבולותיו המהותיים של המשפט הפלילי, וכפי שיש לשמור פן יתרחבו מעבר לרצוי, כך גם יש לשים גבולות לאכיפה הפלילית ולהצר אותם. כאמור לעיל, לעקרון השיריות נודעות שתי משמעויות שונות, המשלימות

39 באומרנו "מעגל מזיקים ראשון" הכוונה למזיקים הפוגעים באופן ישיר באינטרס המוגן (בריאות הציבור), כך למשל חולה קורונה המדביק אחר, בעוד "מעגל המזיקים השני" עניינו באלו שפגיעתם בבריאות הציבור היא עקיפה, באמצעות, למשל, התקהלות, אי-חבישת מסכה ועוד.

40 הרדוף, לעיל ה"ש 10, בעמ' 85, אשר מכנה עיקרון זה כ"מאזן – הערכת הפגיעה של הפתרונות".

41 למשל, החשש מהתפשטות וריאנטים של הווירוס שמקורם במדינות אחרות עשוי להוביל להפניית משאבים מרובים יותר לאכיפת חובת הבידוד של החוזרים מחו"ל מאשר המבודדים עקב מגע עם חולה מאומת בישראל.

אחת את רעותה: מהותית ואכיפתית. הדברים נכונים גם באשר לעקרון המידתיות וגם לו נודעים שני היבטים. האחד, מידתיות מהותית, אשר דורשת כי יצירת עבירות חדשות תיעשה רק אם הן מביאות תועלת רבה יותר מהנזק אשר נגרם בעקבותיהן.⁴² ההיבט השני, מידתיות אכיפתית אשר מאפשרת את הפעלת המשפט הפלילי רק אם התועלת הצומחת ממנו עולה על אמצעי האכיפה החלופיים האחרים.

עקרונות אלו – על משמעותם המהותית והאכיפתית – נהנים כיום ממעמד חוקתי. עקרון השיוריות נובע מהמבחן השני של תנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴³ בהתאם למבחן זה, פגיעה בזכות אדם חוקתית⁴⁴ תהא מוצדקת רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות האדם החוקתית היא פחותה.⁴⁵ עקרון המידתיות נהנה אף הוא ממעמד חוקתי והוא נובע מהמבחן השלישי של תנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהתאם למבחן האמצעי המידתי מתבקש איזון בין טובת הפרט לטובת הכלל. במילים אחרות, יש לבחון אם ההוראה הפלילית המהותית מקיימת יחס ראוי בין התועלת הצומחת ממנה – קרי: הגנה על הערך המוגן – לבין היקף פגיעתה בזכויות החוקתיות של הנאשם.

5. עבירות מינהליות

לפני שנעבור לבחינת יישומם של עקרונות המידתיות והשיוריות בחקיקת עבירות הקורונה, מאחר שרוב רובן של עבירות הקורונה נקבעו כעבירות מינהליות, נקדיש כמה מילות הסבר לחוק העבירות המינהליות ולשיקולים לקביעת עבירה כעבירה מינהלית. חוק העבירות המינהליות מאפשר לקבוע עבירה פלילית רגילה שאינה עבירת פשע כעבירה מינהלית, שקנס בצידה, וקובע סדרי דין מיוחדים לעבירות מינהליות. המשמעות של קביעה זו היא ש"דרך המלך" באכיפתה היא באמצעות קנס קצוב, ולא באמצעות חקירה והגשת כתב אישום. החוק מאפשר לקבוע קנס בסכום שונה בעבירה מינהלית חוזרת (בדרך כלל, כפל קנס) ובעבירה מינהלית נמשכת, לאחר מתן התראה. על הנקנס לשלם את הקנס תוך פרק זמן מוגדר של שישים ימים, ואולם הוא רשאי להגיש בקשה לביטול הקנס או בקשה להישפט בתוך שלושים יום. כאשר הנקנס משלם את הקנס – "כופרה

42 ראו התייחסות לעיקרון זה במשרד המשפטים דוח הצוות הבין-משרדי לבחינת המדיניות בנוגע לאיסור על צריכת קנאביס בישראל 93 (2020). אחד השיקולים שצוינו בדוח כשיקול להימנע מהפללת התנהגות הוא השוואת הנזק הנגרם מההתנהגות האסורה לעומת הנזקים הנגרמים מהפללה (עמ' 93 בדוח).

43 ראו דיון בפן החוקתי של העיקרון, רבין וואקי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 64-67.

44 ההנחה היא כי עבירה פלילית פוגעת בזכויות חוקתיות, כגון הזכות החוקתית לחירות שבס' 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעניין זה, ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 53-58.

45 הכרה במעמדו החוקתי של עקרון השיוריות ניתן למצוא גם בדבריו של השופט ג'ובראן בעניין שוורץ, לעיל ה"ש 10, בפס' 20, שלפיהם, עקרון השיוריות של המשפט הפלילי נהנה כיום ממעמד חוקתי, הנגזר מהמבחן השני של תנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה.

העבירה" (ראו סעיף 23 לחוק העבירות המינהליות). קנס מינהלי ששולם אינו נרשם במרשם הפלילי, אולם אם אדם הורשע לאחר שתובע הגיש נגדו כתב אישום – הרישום הפלילי בעניינו ייוותר. החוק אומנם מאפשר לתובע להגיש כתב אישום במקרים מסוימים, אולם בדרך כלל התוויית שיקול הדעת של התובע נעשית בהנחיות.⁴⁶ בנוסף, קיימת אפשרות בחוק העבירות המינהליות להטיל מאסר בעקבות קנס שלא שולם.⁴⁷ החוק, כאמור, אינו מדקדק בטיב העבירות שעשויות להיקבע כעבירות מינהליות, אולם קיימת הגבלה שלא ניתן לקבוע עבירה מסוג פשע (שעונשה מעל לשלוש שנות מאסר) כעבירה מינהלית. בדברי ההסבר לחוק צוין כי התפתחות העת החדשה בתחומים רבים של החברה והמשק הובילה לחקיקת עבירות רבות שאוסרות על התנהגות מסוימת כחלק מהסדרים חדשים שהמחוקק קבע, עבירות שאין בהן פגיעה במוסר או קלון והן אסורות בגלל עצם האיסור ולא לפי טיבן. בעקבות חקיקת אותן עבירות נוצר הצורך לקביעת מנגנון חלופי, בדומה לחקיקה בגרמניה ובשווייץ, שיאפשר לחרוג מההליך הפלילי הרגיל.⁴⁸ בהמשך לדברים אלו, היועץ המשפטי לממשלה הוציא הנחיה העוסקת בהפעלת חוק העבירות המינהליות אשר בין היתר כוללת פרמטרים לקביעת עבירות כעבירות מינהליות.⁴⁹ על פי הנחיית היועץ, מטרת חוק העבירות המינהליות היא לשפר אכיפת חוקים ותקנות בדרך פשוטה, מהירה ויעילה, להקל על העומס המוטל על מערכות התביעה ובתי המשפט, ומתן אפשרות לאדם שעבר עבירה מינהלית לשאת בעונש בלא ה"כתם" של מי שעבר עבירה פלילית. לאור עקרונות אלו, ההנחיה מתווה את שיקול הדעת בקביעת עבירה כעבירה מינהלית. ההנחיה מונה ארבעה שיקולים מרכזיים לאופי העבירה: ראשית, שיסודותיה של העבירה הם פשוטים וברורים, כך שעובר ציבור שלא עבר הכשרה כחוקר משטרה יוכל לקבוע את התקיימותם; שנית, העבירה אינה מגלמת בחובה פליליות מובהקת, עבירות המכונות *mala in se*, אלא היא מסוג עבירות הרגולציה, המכונות *mala prohibita*; שלישית, אין המדובר בעבירות חמורות אלא בעבירות שלא מצדיקות רישום פלילי ושניתן להסתפק בגינן בהטלת קנס כספי; רביעית, זוהי עבירה של אחריות קפידה ולא נדרש להוכיח בה יסוד נפשי של כוונה פלילית. בנוסף, נקבעו בהנחיה שיקולים הקשורים לאכיפת העבירה ויעילותה.

ואכן בעקבות חקיקת החוק, עבירות רבות ומגוונות נקבעו כעבירות מינהליות. כך למשל, העבירה של פרסום הודעה מפלה הקבועה בסעיף 8 לחוק שוויון הזדמנויות

46 ראו ס' 5.2.5 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.3041 "נוהל והנחיות להפעלת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985" (29.6.2011) (להלן: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.3041); ס' 3 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.1115 "מדיניות אכיפה בענין חוק איסור צריכת זנות (הוראת שעה ותיקון חקיקה), התשע"ט-2019" (12.7.2020).

47 ראו ס' 19 לחוק העבירות המינהליות.

48 הצעת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ה-1985, ה"ח 62.

49 ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.3041, לעיל ה"ש 46, בס' 2.2.4.

בעבודה, התשמ"ח-1988 נקבעה כעבירה מינהלית שקנס קצוב בסך 2,500 ש"ח בצידה.⁵⁰ עם זאת, ניתן לממש את המנגנון בחוק העבירות המינהליות כך שעבירה חדשה תיקבע מייד כעבירה מינהלית. זאת אם על ידי חקיקה מקבילה של העבירה עצמה וקביעת תקנות ביחס אליה לפי חוק העבירות המינהליות, ואם על ידי קביעה בחוק כי העבירה היא עבירה מינהלית.⁵¹ במצב דברים אחרון זה, חוק העבירות המינהליות היווה תמריץ ליצירת עבירות חדשות, להבדיל מהסטת האכיפה של עבירות קיימות למסלול מינהלי. בדרך כלל, כאשר עבירה נקבעת כעבירה מינהלית עולות לגביה שאלות של יישום עקרוניות השיוריות והמידתיות באכיפה – האם הנזק באכיפה עולה על התועלת? כך למשל, אכיפת יתר של עבירה מינהלית מסוימת באמצעות הטלת קנסות סיוניים על הפרתה, עשויה לגרום לאפקט מצנן גם על התנהגויות לגיטימיות ולפגוע במידתיות באכיפה. עם זאת, מאחר שבתקופת הקורונה נקבעו עבירות פליליות חדשות, עולות בעניין שאלות הקשורות לשיוריות ולמידתיות המהותית.

בפרק הבא נבחן האם הממשלה ובעקבותיה הכנסת עמדו בעקרונות שפורטו בפרק זה בשעת המבחן של תקופת החירום בעקבות התפשטות נגיף הקורונה. ויודגש, בחינה ביקורתית של עבירות הקורונה נעשית מבלי להתעלם מכך שבתקופת חירום החלטות צריכות להתקבל במהירות במצב של חוסר ודאות, עניין שמעצם טיבו מייצר טעויות הכרחיות. בחינה זו נעשית לשם הפקת לקחים עתידיים, ונועדה להציב בפני קובעי המדיניות כמה תמרורי אזהרה שיש לשים אליהם לב בקביעת עבירות בתקופת חירום.

ב. "עבירות קורונה" – בין אכיפה פלילית לאכיפה מינהלית

1. כללי – "עבירות קורונה"

בסוף חודש ינואר 2020 הכריז שר הבריאות על הקורונה כעל מחלה מידבקת מסוכנת, לפי סעיף 20 לפקודת בריאות העם.⁵² החל מחודש פברואר 2020 חוקקו הממשלה והכנסת סדרת דברי חקיקה שנועדו להתמודד עם נגיף הקורונה: בתחילת פברואר התקין מנכ"ל משרד הבריאות את צו בידוד בית או צו הבידוד⁵³ ובהמשך גם צווים נוספים. העבירות הפליליות נקבעו לראשונה בתקנות שעת חירום אכיפה.⁵⁴ כך נקבעו בתקנות שעת חירום אכיפה העבירות של הפרת חובת הבידוד, הפרת חובת הדיווח, וסירוב להוראת שוטר לפיזור התקהלות. במהלך החודשים מרץ-אפריל של אותה שנה

50 ראו תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – איסור פרסום מודעה מפלה בדבר הצעת עבודה), התשס"ב-2002.

51 ראו למשל את העבירה של צריכת זנות הקבועה בחוק איסור צריכת זנות (הוראת שעה ותיקון חקיקה), התשע"ט-2019. העבירה עצמה קבועה בסעיף 2 לחוק, ובסעיף 3 נקבע כי עבירה כאמור בסעיף 2 היא עבירה מינהלית.

52 ס' 20 לפקודת בריאות העם, 1940 (להלן: פקודת בריאות העם).

53 צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: צו הבידוד).

54 תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה), התש"ף-2020, ק"ת 516 (להלן: תקש"ח אכיפה).

התקינה הממשלה תקנות שעת חירום נוספות שכללו עבירות פליליות. בתקנות אלו נקבעו העבירות של "ציאה ממקום מגורים למטרה בלתי-לגיטימית, פתיחת מקומות ועסקים בניגוד לאיסור על פתיחתם, והוראות "התו הסגול"⁵⁵. רוב רובן של עבירות אלו נקבעו כעבירות מינהליות שקנס קצוב בציודן.

בתחילת משבר הקורונה קיוו רבים כי תוך חודשים ספורים הסכנה תחלוף ונוכל לחזור לשגרה. תקוות אלו לא התממשו ולאחר זמן קצר התברר כי לא ניתן לטפל במשבר באמצעות חקיקת חירום שתוקפה מוגבל.⁵⁶ הממשלה פרסמה להערות הציבור הצעת חוק שנועדה ליצור מעין "חוק מסגרת" לטיפול בקורונה,⁵⁷ וביולי חוקקה הכנסת את חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק סמכויות מיוחדות), המאפשר לממשלה להתקין תקנות מכוחו לתקופה קצובה, ואף לקבוע בהן עבירות. כך למשל, הממשלה הוסמכה להתקין עבירות המגבילות את הפעילות במרחב הפרטי והציבורי, פעילות של עסקים ומתן שירותים, הגבלת פעילות של מוסדות רווחה ומוסדות חינוך ועוד. בהמשך תוקנה פקודת בריאות העם ונקבעו עבירות על הפרת הוראות מסוימות מצו הבידוד.⁵⁸

כמסגרת חוק סמכויות מיוחדות לצד ההסדר הכללי הקבוע בחוק העבירות המינהליות, כאמור לעיל, נקבעו כמה הוראות ספציפיות בקשר לעבירות הקורונה. כך, נקבעו כמה הוראות הקשורות לגובה הקנס במצבים השונים.⁵⁹

55 תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020, ק"ת 812 (להלן: תקש"ח הגבלת פעילות); תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (אזור מוגבל), התש"ף-2020, ק"ת 1026; תקנות שעת חירום (הגבלת מספר העובדים במקום עבודה לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020, ק"ת 820; תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (בידוד במקום לבידוד מטעם המדינה), התש"ף-2020, ק"ת 1022.

56 נזכיר כי תוקפן של תקנות שעת חירום על פי ס' 39(ו) לחוק-יסוד: הממשלה הוא לתקופה של שלושה חודשים בלבד, ומאחר שתקנות אלו חוקקו בחודש מרץ נדרשה החלטה באשר לאסדרת חקיקת הקורונה באמצע חודש יוני.

57 עד שהושלמה חקיקת חוק המסגרת ועל מנת שלא ליצור פערים בחקיקה, במהלך חודש יוני 2020 הכנסת האריכה בחוק את תוקף חלק מתקנות שעת חירום בחודש נוסף (ותקש"ח אכיפה בחודשיים נוספים), כדי לאפשר את השלמת החקיקה במהלך תקופת ההארכה. לעניין זה, ראו למשל חוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה – אכיפה), התש"ף-2020, ס"ח 94; חוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020, ס"ח 128; חוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (אזור מוגבל), התש"ף-2020, ס"ח 190.

58 חוק לתיקון פקודת בריאות העם (תיקון מס' 34), התש"ף-2020, ס"ח 428; כמו כן, בעקבות חקיקת חוק סמכויות מיוחדות התקינה הממשלה תקנות הכוללות עבירות, ביניהן תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות), התש"ף-2020, ק"ת 1938 (להלן: תקנות הגבלת פעילות), ותקנות המסדירות את תחום התעופה, התחבורה, החינוך ומקומות העבודה.

59 נקבע גובה הקנסות הקצובים לכל עבירה; נקבע הקנס המינהלי הקצוב לעבירה מינהלית חוזרת בגובה של כפל הקנס המינהלי המקורי; ונקבע גובה הקנס המינהלי הקצוב לעבירה מינהלית נמשכת

אחד השינויים העיקריים קובע כי עבירת קורונה מינהלית לא תהווה פרט רישום פלילי.⁶⁰ זאת בניגוד להסדר הכללי הקובע בחוק העבירות המינהליות שלפיו משהוגש כתב אישום בעבירה מינהלית לפי סמכותו של תובע להגיש במקרים מסוימים כתב אישום, התיק מתנהל על פי הכללים הרגילים לניהול משפט הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי, ואם אדם יורשע בסיום ההליך – ההרשעה תופיע במרשם הפלילי. מצב דברים זה אינו רצוי, מאחר שהוא יוצר תמריץ שלילי לאדם למצות את זכויותיו. אדם עשוי להימנע מלהגיש בקשה להישפט, ולהעדיף לשלם את הקנס, אף על פי שלטענתו לא ביצע את העבירה, מהחשש כי בסיום ההליך הוא עשוי להיות מוכתם בכתם פלילי. עולה אפוא כי מתחילת משבר הקורונה, ולאורך כל תקופת המשבר, בחרה הממשלה להתמודד עם הצורך לכפות ציות בכל הנוגע לכללי התנהגות הקשורים למניעת התפשטות הקורונה באמצעות קביעת עבירות – אם בתקנות שעת חירום בתחילת המשבר, ואם בחוק סמכויות מיוחדות ובתקנות מכוחו בהמשכו. בפרק הבא תיבחן מדיניות זו ביתר הרחבה, תוך שימת דגש על ההתנהגויות הקונקרטיות שהופללו והאם הייתה הצדקה להפלה האמורה לאור העקרונות שפורטו בפרק הראשון.

2. אכיפה פלילית בעיתות חירום – "עבירות הקורונה" כמקרה מבחן

(א) אכיפה פלילית בעיתות חירום

השאלות שהצגנו בפתח המאמר הן האם מוצדק להרחיב את גבולותיו של המשפט הפלילי בעיתות חירום, וכך האם שעת חירום מאפשרת סטייה מהעקרונות שנדונו לעיל המחייבים את החלתו של המשפט הפלילי באופן שיורי ומידתי, וזאת נוכח האתגרים המיוחדים בתקופת החירום. נקדים את המאוחר ונציין כבר כעת כי עמדתנו שונה. לא רק שהעקרונות שמהווים תנאי לקביעת עבירה פלילית תקפים ועומדים גם בשעת חירום, אלא שציות לכל אותם עקרונות חוקתיים נדרש אף יותר בשעת חירום. עם זאת, הפעלתם של עקרונות אלו ואופן יישומם צריך להיות מותאם למאפייניה של התקופה. תקופת חירום בכלל, וזו של הקורונה בפרט, מתאפיינת בחוסר ודאות. מצד אחד, קיים אינטרס ציבורי מהמעלה הראשונה בהתמודדות מהירה עם המצב החדש בניסיון לעצור את התפשטותה של המגפה – מגפה שהובילה לפגיעה בריאותית חמורה ולא לפי מתים בישראל – וזאת על ידי שינוי אורחות חיים של האזרחים. מצד שני, תקופת חירום, ודאי כמו זו של מגפת הקורונה, הטילה אתגרים מיוחדים על האזרחים וגרמה להם קושי נפשי וכלכלי שהקשה עליהם לציית להנחיות. כמו כן, תקופת חירום מתאפיינת לרוב בחוסר עקביות ובעריכת שינויים תכופים של ההנחיות בדרך של ניסוי וטעייה. אומנם, לתקופת חירום בכלל, ולמשבר הקורונה בפרט, מאפיינים ייחודיים אשר מצריכים מתן כלים לרשויות שיאפשרו טיפול מהיר ויעיל בהתנהגויות אשר מסכנות

בגובה של חמישית מהקנס המינהלי המקורי לכל יום שבו נמשכת העבירה (ראו ס' 20ד(ב)-(ד) לפקודת בריאות העם, שהוסף בחוק לתיקון פקודת בריאות עם (תיקון מס' 34), ס"ח 428).
60 ס' 20ד(ה) לפקודת בריאות העם.

את אינטרס בריאות הציבור. ואולם גם בתקופה זו, ואולי במיוחד בתקופה זו, יש לשמור מכל משמר פן יחצו גבולות המשפט הפלילי שלא לצורך. יתרה מזו, עיתות חירום "מוערות לפורענות" בכל הנוגע לפגיעה בזכויות יסוד. כך למשל, תקופת חירום ביטחונית מאפשרת פגיעה קשה בחירותם של אזרחים ותושבים, באמצעות הטלת עוצר על יישובים או שכונות, כפי שאכן קרה במהלך מבצע "שומר חומות". מטבע הדברים, בעיתות חירום האינטרס החיוני ההישרדותי של הגנה על חיי אדם עובר לחזית ויתר האינטרסים נדחקים הצידה. אולם, גם בעיתות חירום על המדינה לציית לעקרונות התוחמים את המשפט הפלילי ולהימנע מפגיעה בלתי-מידתית בזכויות האזרחים, גם בשם ההגנה על אינטרסים ציבוריים. על המדינה לתור אחר האמצעים שפגיעתם פחותה. עליה להשתמש במשפט הפלילי רק בהיעדר אמצעים אחרים שבכוחם להכווין את התנהגות האזרחים בתקופת החירום.

צמצום השימוש במשפט הפלילי במשבר הקורונה מתחייב גם מסיבות נוספות. בפן האכיפתי, בתקופת חירום קיימים גורמים מבניים הנובעים מקיומו של המשבר המקשים על הציות האזרחי להוראות הממשלה: ראשית, לאור השתנות ההנחיות חדשות לבקרים האזרח פחות מודע לקיומן של העבירות החדשות ולפירוש הראוי שלהן ולכן קשה לו לציית להן. שנית, נסיבות התקופה והלחץ שבו שרוי האזרח מקשים אף הם ומונעים ממנו לעיתים ציות להנחיות. כך למשל, אדם שזקוק למצרך כלשהו שנתפס בעיניו כחיוני – יתקשה לציית להוראות הסגר. שלישית, היעדר מידע לאזרחים הנמסר באופן שוטף וסדיר, על ידי גורמי מקצוע אמינים, מונע מהאזרחים תמריץ לציית להוראות מתוך תחושה פנימית של הסכמה ורצון לשמור על הבריאות והחיים שלהם ושל אחרים, וגורם להם לציית רק בשל החשש לסנקציה אם יפרו את ההוראות. לפיכך, היעדר מידע תורם לתחושת חוסר לגיטימציה ולרצון להתחכם לגורמים האוכפים כדי להימנע מאותה סנקציה. תקופת משבר מהווה לעיתים כר פורה לתאוריות קונספירציה המופצות ברשתות החברתיות, שגם הן משליכות על היעדר לגיטימציה של הוראות השלטון. הגם שאין בכך כדי להצדיק אי-ציות להנחיות ואין בכך כדי להצדיק אי-אכיפה, ואולם יש בכך כדי להצדיק אכיפה פוגענית פחות מזו שמציע המשפט הפלילי.

תקופת חירום "מוערדת לפורענות" גם מבחינת יישום שוויוני של האכיפה. בגלל מוגבלותם של משאבי האכיפה, רוב רובן של ההתנהגויות הנאסרות אינן מאותרות ונתפסות, בנוסף, קיים שיקול דעת רחב לגורמים האוכפים. אלו עלולים להוביל לתחושה כי האכיפה היא בררנית ונגזרת משיקולים זרים. דוגמה בולטת לכך היא אובדן אמון חלק מהציבור במקבלי ההחלטות עקב האיסורים על הפגנות ועל תפילות בתקופת הקורונה, וכן התחושות בציבור כי האכיפה הייתה מוטה פוליטית.⁶¹

61 לעיון בכמה פרסומים תקשורתיים בנושא, ראו למשל אבי כהן "אכיפה בררנית? בת"א מחלקים דו"חות, בבני ברק מתעלמים" ישראל היום (6.1.2021); <https://bit.ly/3hnXhPO>; "יוצאים מהסגר השלישי: בעלי עסקים טוענים לאכיפה בררנית" דבר (11.2.2021); <https://bit.ly/2SX3r03>; עמרי מניב "אכיפה בררנית: כיצד הפכה ג'סר א-זרקא לשיאנית דוחות הקורונה?" חדשות 13 (4.3.2021); <https://>

כאמור, תקופת הקורונה הציבה אתגרים משמעותיים בפני הממשלה, וחיבה הגבלות על הציבור הפוגעות בזכויות יסוד בסיסיות. אך גם אכיפת הגבלות אלו תוך שימוש בסנקציות מתחום המשפט הפלילי מציבה אתגרים לא פשוטים. נוסף על קשיים אלו, כפי שנראה בפרק זה, בידי הממשלה היו כלים מגוונים למניעת התפשטות הקורונה. יישום עקרונות השיוריות והמידתיות משמעו בחינה רצינית של שימוש בכלים לכר-פליליים בטרם "קפיצה" למגרש הפלילי ומיקוד השימוש בעבירות למקרים הקיצוניים שבהם הפגיעה בערך המוגן היא מובהקת. כך למשל, ניתן היה לקבוע נורמות התנהגות שאינן פליליות, ולשווקן לציבור באמצעות הסברה אינטנסיבית באמצעי התקשורת ובידי גורמי מדינה כגון שוטרים, מפקחים או פקחים. מאחר שההוראות חלות על ציבור נורמטיבי בעיקרו, ראוי לבחון את האפשרות להשיג ציות באמצעים פוגעניים פחות, למשל מתן סמכות לגורמים האמורים ליתן הוראות אף בלא סנקציה בצידן, כגון שמירת מרחק בעמידה בתור לחנויות, עטיית מסכה בהתקהלויות ובמקומות סגורים, חלוקת מסכות, אזהרה בטרם אכיפה וכלים מעולם רישוי עסקים לפני שתיקבענה עבירות על התנהגויות אלו. בהקשר זה היה גם מקום לשקול החמרה מדורגת של האכיפה ולהסתפק בהתראות ובאזהרות בטרם הפעלת סנקציות ענישתיות. בנוסף, ניתן להיעזר במומחים העוסקים בכלכלה התנהגותית על מנת ליצור תמריצים חיוביים לציות, כגון מתן הטבות בתחום הארנונה או מיסוי אחר, משלוחים בחינם ממקומות שונים לאנשים ששוהים בבידוד, סיוע בטיפול בילדים ועוד. ברי כי ישנן התנהגויות המסכנות את כלל הציבור ויישום העקרונות שפורטו לעיל יוביל למסקנה כי ראוי לקבוע בגינה עבירות מיוחדות, כך למשל הפרת חובת הבידוד של מי שבא במגע הדוק עם חולה או חוזר ממדינה שבה קיימת תחלואה גבוהה. מיפוי סוגי ההתנהגות השונים בהתאם לעקרונות היה מאפשר שימוש סלקטיבי ונקודתי יותר בכלי הפלילי. ואכן, ככל שמשבר הקורונה נמשך, נוכחנו לגלות כי אין בהתרעה הגלומה בסנקציות הפליליות כדי לכפות שינוי בהתנהגות האזרחים או להביא לציות לנורמות החדשות, והמחסור בחלופות אחרות נתן את אותותיו.

בנוסף, כפי שפרטנו לעיל, מאפייני תקופת החירום: חוסר ודאות, שינוי תדיר ויום-יומי של ההנחיות בדרך של ניסוי וטעייה, גרמו לשינוי ההנחיות בקצב מהיר, ובאופן שהיקשה על הציבור לעקוב אחת ההוראות, להבינן וכפועל יוצא לציית להן. גם נסיבות אלו של ניסוי וטעייה מחייבות יצירת איסורים רק במקרים קיצוניים ולא בשינוי תדיר של העבירות, וכאשר בוחרים באפיק הפלילי – לדאוג להנחיות שיאפשרו אכיפה אחידה וקוהרנטית וכן להטמיע במהירות את ההנחיות הללו בקרב הגורמים האוכפים.

כן יש מקום להפקת לקחים ולחיפוש פתרונות נוספים ככל שתקופת החירום מתארכת. אם בגל הראשון נדמה היה כי הבהילות חייבה לפנות לאמצעים זמינים בדמות עבירות

bit.ly/3dWcVzH; מאמרם של פרופ' יובל פלדמן וד"ר יותם קפלן "אכיפת הנחיות בררנית – פול גז בניוטרל" המכון הישראלי לדמוקרטיה (19.10.2020). <https://bit.ly/3k07MdR>. מפרסומים אלו עולות במשתמע טענות כי המשטרה נמנעה מלאכוף הפרות של התקנות על ידי חרדים משיקולים פוליטיים קואליציוניים.

פליליות, אין בכך כדי לשמר את המצב ולהמשיך לטפל במשבר הקורונה באמצעות המשפט הפלילי ככלי עיקרי או מוביל.

עוד נקודה שיש לשים אליה לב היא כי בתקופת חירום כאשר נקבעות עבירות, יש להיזהר בקביעת העונש בצד העבירה וכאשר מדובר בעבירה מינהלית – גובה הקנס הקצוב. קיימת נטייה בקרב קובעי המדיניות לנסות ליצור הרתעה באמצעות גובה הסנקציות, ולראות במצב שבו הציבור אינו מציית לנורמה הוכחה לכך שהסנקציה אינה גבוהה או מרתיעה דיה. אומנם מחקרים רבים⁶² מלמדים כי הרתעה נוצרת בעיקר מאכיפה אפקטיבית ולא מגובה הסנקציה, אולם תוכנות אלו קשות ליישום, וקל יותר לסבור כי העלאת גובה הקנסות תרתיע יותר מפני הפרות. כך במיוחד כאשר משאב החקיקה זמין (תקופת הקורונה הבליטה את היכולת של הממשלה לחוקק חוקים לעיתים בן לילה) ולעומתו משאב האכיפה הוא משאב מוגבל.⁶³

כל אלו מצביעים על כך שבתקופת חירום יש להשתמש בזהירות ובמידתיות בכלי הפוגעני של עבירות פליליות, ולייחד אותן למצבים קיצוניים בלבד שבהם הפגיעה בערך המוגן היא פגיעה חמורה, ורק כאשר חלופות אחרות נכחנו.

(ב) "עבירות הקורונה" כמקרה מבחן

סקירת עבירות הקורונה מלמדת כי הממשלה ובעקבותיה המחוקק בחרו להפליל התנהגויות רבות ומגוונות השייכות ל"מעגל השני", מבלי שנעשתה בחינה רצינית ומעמיקה של אמצעים חלופיים לדרך זו. ביקורת זו אינה עיוורת למציאות של מצב חירום שבה החלטות צריכות להתקבל במהירות, לעיתים בן לילה, ולכאורה אין פנאי לבחינת חלופות. אולם מצב החירום שנפל על מדינת ישראל "כרעם ביום בהיר" נהיה מצב מתמשך שמלווה אותנו חודשים ארוכים, וככל שהוא מתמשך כך פוחתת ההצדקה לקבוע עבירות מבלי לערוך בדיקה מקיפה של השלכותיהן על הציבור ומידת האפקטיביות שלהן.

חשוב לציין, עם זאת, כי מי שאינו בקיא בחקיקת עבירות הקורונה עשוי להתרשם כי הממשלה בחרה בנתיב הפלילי באופן מידיי ובלא שנעשה ניסיון לקבוע בתקנות שעת חירום הנחיות שאינן פליליות.⁶⁴ ואולם, התחקות אחר ההיסטוריה החקיקתית של צו בידוד בית מגלה כי המציאות מעט שונה.

62 ראו את המחקרים הרבים שהובאו בעניין זה בדו"ח ועדת דורנר – הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דין וחשבון 19, ה"ש 140 ו-141 (2015).

63 כך למשל, תיקון תקש"ח הגבלת פעילות שכלל איסור שהיית אדם במרחב הציבורי (פארקים וחופי ים) חוקק בתאריך 25.3.2020 ונכנס לתוקף באותו יום בשעה 17:00. ראו תקש"ח הגבלת פעילות, ק"ת 870, 873 (תיקון עקיף לתקש"ח אכיפה).

64 יודגש כי אין הכוונה כי נערכה בחינה רצינית ומעמיקה על ידי הממשלה לגבי השימוש באמצעים לבר-פליליים ליצירת תמריצים לציות להוראות משרד הבריאות בהקשר לקורונה. עם זאת, אכן כפי שנראה להלן בפרק זה, נעשה ניסיון ליצור הוראות שהחרב הפלילית אינה מתנוססת מעליהן. כך למשל, נעשה לפני הפללת חובת הבידוד. נקבע איסור על מעסיק להעסיק מבודדים, וקביעה כי השוהים בבידוד יקבלו ימי מחלה על תקופה זו. ראו צו הבידוד (תיקון מס' 9), ק"ת 734; צו הבידוד (תיקון מס' 10), ק"ת 762.

צו בידוד בית הותקן על ידי מנכ"ל משרד הבריאות בתאריך 2.2.2020, בעקבות הכרזת שר הבריאות על הקורונה כמחלה מידבקת מסוכנת ב־30.1.2020. מכוח סמכותו לפי סעיף 20 לפקודת בריאות העם כהוראת שעה שתוקפה הוארך מעת לעת. בתחילה כלל הצו הוראות הנוגעות לחובת שהייה בבידוד לחוזרים מסין, למי שהיו במגע הדוק עם חולה בקורונה ולמי שרופא הורה על שהייתם בבידוד וכן חובת דיווח למשרד הבריאות על מי ששוהה בבידוד כאמור. הצו החל את דרכו כצו לא פלילי, כלומר הפרת החובות הקבועות בו לא היוותה בפני עצמה עבירה שסנקציה בצידה. הצו הורחב בתיקונים נוספים הן בהיבט חובת הבידוד והן באיסורים שקבעו בו לגבי התקהלויות המונית.⁶⁵ רק ב־15.3.2020, כחודש וחצי לאחר שהותקן צו הבידוד, הפרת חלק מהחובות הקבועות בו נקבעה כעבירה, זאת בתקש"ח אכיפה. העבירות שנקבעו בתקש"ח אכיפה היו על הפרת חובת הבידוד וחובת הדיווח. יצוין כי מייד לאחר חקיקת צו הבידוד עסקה התקשורת בקיום ובאי־קיום ההנחיות על ידי הציבור, בטרם נקבעה סנקציה פלילית בצד ההפרה. כך למשל כתבות בערוצי החדשות תיעדו חוזרים מחו"ל שסיפרו כיצד הם מבליים בבתי קפה, אף שהיו מודעים להוראות משרד הבריאות ולסיכון בהתנהגותם.⁶⁶ נראה כי סיקור זה הדגיש הן בפני הציבור והן בפני מקבלי ההחלטות כי הציפייה של משרד הבריאות לציות אזרחי להוראות משרד הבריאות מתממשת רק באופן חלקי. כמו כן נדונו אפשרויות חלופיות להפלת חובת הבידוד באמצעים אחרים ביניהם יידוע אישי על ידי פקח על חובת הבידוד וחקירה באזהרה בעבירה של מעשה העלול להפיץ מחלה לפי סעיף 218 לחוק העונשין.

ואולם, לאחר שפנתה הממשלה לנתיב הפלילי, נפרץ הסכר והשימוש בעבירות פליליות גדל. בתקנות שעת החירום שנחקקו במהלך החודשים מרץ-אפריל 2020 נקבעו הפרות רבות של התקנות כעבירות פליליות. ומכאן, מסתבר, קשה לחזור לאחור. ראיה לכך היא שרוב רובן של העבירות שנקבעו בתקנות שעת חירום במסגרת מה שמכונה

65 הצו הורחב בתיקונים בחודש פברואר למדינות נוספות פרט לסין: בתיקון מתאריך 17.2.2020 לסינגפור, מקאו, תאילנד והונג־קונג, ב־23.2.2020 גם לחוזרים מדרום קוראה, ב־27.2.2020 לחוזרים מאיטליה. ראו צו הבידוד (תיקון מס' 2 ו־4), ק"ת 660 ו־686; במרץ תוקן הצו תיקונים מהותיים יותר: ב־5.3.2020 נקבע איסור על השתתפות בהתכנסות בין־לאומית ועל קיומה או על התקהלות של למעלה מ־5,000 אנשים, פרט להפגנה, וכן חובת הבידוד הורחבה למדינות נוספות. ב־10.3.2020 הורחבה חובת הבידוד למי שהגיע מחו"ל ופיתח תסמינים וכן איסור על חוזרים מחו"ל שאינם ישראלים מלהשתתף בהתקהלות שבה מספר המשתתפים עולה על 50. ב־12.3.2020 התקהלויות הוגבלו ל־100 איש פרט לחריגים שפורטו בצו והוגבלה הפעילות במוסדות חינוך. ראו צו הבידוד (תיקון מס' 6, 8 ו־9), ק"ת 692, 724 ו־734.

66 ראו למשל תוכנית חיסכון "כתבה על ישראלים שחזרו מסין" קשת 12 (3.2.2020). <https://bit.ly/3dYgVzL>

"הסגר הראשון",⁶⁷ נחקקו שוב מכוח תקנות לפי חוק סמכויות מיוחדות ב"סגר השני".⁶⁸ כלומר, הממשלה והכנסת בחרו לאמץ את האפיק פלילי באופן דומה, ובהמשך נקבעו בתקנות מכוח חוק סמכויות מיוחדות עבירות חדשות.⁶⁹ אומנם, ישנן התנהגויות שהממשלה בחרה שלא להפליל, אלא ליצור לגביהן חובה נורמטיבית שלא קיימת סנקציה בצידה. כך חובת שמירת מרחק של שני מטרים בין אנשים, החובה לעמידה בכללי היגיינה, הגבלה על נסיעה ברכב, מידת חום בכניסה לעסקים ולמקומות פתוחים לציבור ועוד.⁷⁰ עם זאת, בנוגע להתנהגויות רבות אחרות הממשלה לא הסתפקה בקביעת נורמה מנחה אלא קבעה עבירה: כך לגבי החובה בעסקים ובמקומות פתוחים לציבור להגיש הצהרה לרשות המקומית, לתלות שלטים, לסמן מקומות עמידה בתורים, להתקין מחיצה בדלפקי שירות, לווסת את כניסת הנכנסים, ולעמוד בתנאים נוספים ייחודיים למקום מסוים (איסור על הצבת כיסאות ושולחנות, איסור על שימוש במתקנים ועוד).

העבירה המרכזית ששימשה את הממשלה ב"סגר הראשון", הייתה העבירה על איסור יציאה מהבית אלא למטרות המוגדרות בתקנות. בתאריך 21.3.2020 הותקנו על ידי הממשלה מכוח סמכותה לפי סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה, תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020. תקנה 2 קבעה הוראה שכותרתה "צמצום יציאה למרחב הציבורי" ולפיה נקבע איסור יציאה ממקום שהייה קבוע למרחב הציבורי אלא למטרות המנויות בתקנה, ביניהן יציאה למקום עבודה, יציאה להצטיידות במוצרים חיוניים או קבלת שירותים חיוניים, יציאה ממקום המגורים לזמן קצר ולמקום בקרבת מקום המגורים, יציאה לסיוע לאדם אחר וכן יציאה לצורך חיוני אחר שלא נקבע בתקנות. בתחילה האיסור שנקבע בתקנה 2 לא היה איסור פלילי. אולם ארבעה ימים לאחר מכן נקבע האיסור כעבירה פלילית, שעונשה שישה חודשי מאסר או קנס לפי סעיף 61(א)(1) לחוק העונשין, ומן המטרות הלגיטימיות הושמטה "מטרת הסל" של

67 במונח "הסגר הראשון" הכוונה לתקופה מיום 21.3.2020 ועד לסוף חודש אפריל שבה הייתה בתוקף תק' 2 לתקש"ח הגבלת פעילות שאסרה יציאה מהבית למטרה שאיננה מצוינת באותה תקנה.

68 במונח "הסגר השני" הכוונה לתקופה מיום 17.9.2020 ועד ליום 18.10.2020 שבה הייתה בתוקף תק' 2 לתקנות הגבלת פעילות שאסרה יציאה מהבית למטרה שאיננה מצוינת באותה תקנה.

69 עבירות הקשורות לארגון אירועים, לפי ס' 11א לתקנות הגבלת פעילות (תיקון מס' 8), ק"ת 310; בנוסף שימו לב שבתקופת "הגל הראשון" לא נקבעו עבירות בצד הפעלת עסקים שעיקר עיסוקם מכירת מוצרים חיוניים כגון תרופות, מזון, אמצעי היגיינה ואופטיקה. לעומת זאת, לאחר התקנת התקנות מכוח חוק סמכויות מיוחדות נקבעו תנאים להפעלת כל העסקים והמקומות הפתוחים לציבור, שהפרתם מהווה עבירה. לאחרונה, בעקבות מקרי הדבקה של חוזרים מחו"ל נקבעו עבירות חדשות בתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראה שעה) (הגבלת היציאה מישראל והכניסה אליה), התשפ"א-2021, ק"ת 1836; תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הוראת שעה) (הגבלות על פעולת שדות תעופה וטיסות), התש"ף-2020, ק"ת 1988.

70 ראו תק' 3 ו-3א לתקש"ח הגבלת פעילות.

יציאה לכל עניין חיוני אחר. במקביל תוקנו תקש"ח אכיפה והעבירה על יציאה למטרה לא-לגיטימית נקבעה כעבירה מינהלית שקנס בסך 500 ש"ח בצידה. התקופה הקצרה שבה ניתנה הזדמנות לציבור להגביל את התנהגותו בלא סנקציה כופה, מטילה ספק ביישום נכון של עקרון השיוריות.

חיזוק לכך שלא נבחנו באופן שיטתי ומעמיק דרכים חלופיות להשגת צמצום יציאה, הוא בכך שהעבירה של יציאה למטרה בלתי-לגיטימית חזרה על עצמה, בשינויים מסוימים, גם ב"סגר השני", הפעם שלא מכוח תקש"ח אלא מכוח תקנות הגבלת פעילות מכוח חוק סמכויות מיוחדות. העונש בצד הפרת העבירה הוגבל לפי חוק סמכויות מיוחדות לקנס בלבד, אולם עדיין נקבע כי זוהי עבירה מינהלית שקנס קצוב בסך 500 ש"ח בצידה.

עבירה זו מדגימה היטב את הבעייתיות בשימוש בכלי הפלילי כדרך להכוונת התנהגות. הבעיה נובעת מכמה מאפיינים של העבירה של איסור היציאה: ראשית, העבירה אוסרת על התנהגות לגיטימית, יום-יומית, שקשה מאוד לאזרחים לעמוד בה. כאשר אין התגייסות ערכית לעמידה בהוראות, קל מאוד למצוא דרכים לעקוף את ההוראה: יציאה לצרכים שונים באמתלה של יציאה להצטיידות במוצר חיוני או מטרה לגיטימית אחרת. האיסור הפלילי הניע אנשים שיציאתם מהבית נתפסה בעיניהם כלגיטימית, אם כי לא עמדה בהוראות, לשקר לשוטר שעצר אותם.

שנית, האיסור בהגדרתו הוא איסור עמום שנתון לפרשנות. איסורים עמומים שאינם מוגדרים דיים בדרך כלל אינם נקבעים כעבירות מינהליות, משום שאחד התנאים לקביעה עבירה מינהלית, כאמור, הוא היותה פשוטה וברורה לעיני הגורם האוכף אותה. עבירות שנדרשת חקירה לשם בירורן, אינן מתאימות להיקבע כעבירות מינהליות. ברי כי שוטר המנסה לברר האם התקיימו יסודות העבירה, יתקשה לעשות זאת והוא נעדר כלים בסיסיים להחלטה האם האדם עבר את העבירה אם לאו.

שלישית, עבירות עמומות הנתונות לשיקול דעת עשויות ליצור תחושה של אכיפה בררנית, וליצור אנטגוניזם בקרב ציבורים מסוימים וכן בקרב הציבור בכללותו, אנטגוניזם שמחבל בציות לנורמה. בתקופה "הסגר השני" הבעייתיות הפכה לגלויה. בעוד שבתקופת "הסגר הראשון" הפחד מפני המחלה וחוסר הוודאות בנוגע לאופן התפשטותה הוביל אנשים לציות להוראות ולהגבלה עצמית של היציאה מהבית עקב חשש ההדבקה, בתקופת "הסגר השני", כאשר רמת חוסר הוודאות פחתה, המגמות בציות הציבור השתנו.⁷¹ מגמה זו הוחרפה נוכח הקלות שבה ניתן לעקוף את ההוראות באמצעות הצגת היציאה מהבית כיציאה לגיטימית. התוצאות של קביעת נורמה שהציבור לא מזדהה עם מטרותיה, שהיא עמומה וקשה לאכוף אותה, עשויות להיות ארוכות טווח. אנשים רבים לימדו את עצמם לשקר לשוטר ששאל אותם למטרת יציאתם. העובדה כי אמצעי

71 ראו למשל אלה לוי-וינריב "דורשים רק מזומן וכלי רגשות אשם: הכלכלה השחורה פורחת בחסות הסגר השני" גלובס (30.10.2020) <https://bit.ly/3qXvNnb>; רוני לינדר "עם סגר מחופף, מחורר וחסר היגיון כזה – אל תצפו לתוצאות" TheMarker (16.9.2020) <https://bit.ly/3wlfB0k>

התקשורת תיעדו הפרות של הוראות אלו על ידי אישי ציבור מסוימים הוסיפה גם היא סוג של לגיטימציה עצמית לאי־הציות לנורמה.

שלוש הבעיות שפורטו לעיל מדרגיות כי עקרון האכיפה לא יושם בצורה מספקת בקביעת העבירה של יציאה למטרה לא־לגיטימית, והמשך השימוש בה בתקופת "הסגר השני". כאמור, עיקרון האכיפה משמעותו יכולתם של כלי האכיפה לאכוף את ההתנהגות האסורה, הימנעות משימוש בכלים אלו במצבים שאין בהם תועלת ובחינת אלטרנטיבות אפקטיביות יותר. נציין כי הרשויות עשו מאמצים להבהיר את הנורמות וליצור אכיפה אחידה יותר, בתחילה באמצעות הנחיות שהפיצה משטרת ישראל ובהמשך על ידי הקמת מינהלת האכיפה. בנוסף יודגש כי העבירה של איסור יציאה מהבית נאכפה אך ורק על ידי שוטרים ולא על ידי מפקחים ממשלתיים או פקחים של רשויות מקומיות. אולם אמצעים אלו, אף כי סייעו בשיפור הבהרת הנורמה ואכיפתה, לא נתנו פתרון לבעיות העומק של קביעת ההתנהגות השגרתית של יציאה מהבית כעבירה פלילית.

דוגמה נוספת לעבירה ששימשה ועדיין משמשת באכיפת מגבלות הקורונה היא העבירה הנוגעת לעטיית מסכה.⁷² גם לעבירה זו היסטוריה מעניינת: לראשונה נקבעה חובת עטיית מסכה בצו הבידוד בתאריך 7.4.2020, ללא סנקציה פלילית בצידה. בתאריך 19.4.2020 הוחלט לקבוע את חובת עטיית המסכה כעבירה פלילית. ההפלה נעשתה בצורה מידתית: נקבעה חובה לשאת מסכה במרחב הציבורי, אולם חובת העטייה הוגבלה למקומות שבהם קיימת סכנת הדבקה: מבנה שאינו מקום המגורים של האדם, תחבורה ציבורית והתקהלות במקום פתוח. בנוסף, נקבעה חובת מתן התראה והאפשרות לקנוס את האדם רק לאחר שנתפס בפעם השנייה כשהוא אינו עוטה מסכה. הקנס הקצוב שנקבע בצד עבירה זו עמד על 200 ש"ח. בנוסף נקבעו חריגים לחובת עטיית המסכה,⁷³ ואולם תוך פחות משבוע, בתאריך 26.4.2020 הורחבה העבירה לאי־עטיית מסכה בכל מקום שאינו מקום מגוריו של האדם, בוטלה ההבחנה בין נשיאת מסכה ובין עטייתה ובוטלה חובת ההתראה בטרם מתן הקנס.⁷⁴ לאחר עיגון הוראות תקש"ח אכיפה בחוק לקיום ולתיקון תקש"ח אכיפה, הביאה הממשלה לאישור הכנסת תיקונים משמעותיים לעבירה על אי־עטיית המסכה: הגדלת סכום הקנס ל-500 ש"ח, והרחבת הגורמים המוסמכים לאכוף עבירה זו גם לפקחים של רשויות מקומיות.

חובת עטיית המסכה נקבעה כחובה רחבה במטרה להגן על בריאות הציבור וליצור נורמה מחייבת ואכיפה, אשר תצמצם את ההדבקה במפגשים בין־אישיים כך במיוחד

72 ס' 3ה לצו הבידוד (תיקון מס' 13), ק"ת 1056, קבע את חובת עטיית המסכה. כפי שיפורט, בהמשך נקבעה העבירה של אי־עטיית מסכה בס' 20ג(4) לפקודת בריאות העם (תיקון מס' 34), ס"ח 428. בתאריך 15.6.2021 בוטלה חובת עטיית המסכה כמעט לחלוטין ונותרה כחובה שסנקציה בצידה רק לגבי שוהים במטוסים, מבודדים בדרכם לבידוד השוהים במקום שאינו שטח פתוח, ומי שאינם מחוסנים או מחלימים השוהים במוסדות רפואיים ומוסדות רווחה מסוימים בשטח שאינו שטח פתוח. ראו ס' 3ה לצו הבידוד (תיקון מס' 28), ק"ת 3368.

73 ראו ס' 3ה לצו הבידוד (תיקון מס' 14), ק"ת 1166; ס' 2א לתקש"ח אכיפה (תיקון מס' 5), ק"ת 1164.

74 ראו ס' 3ה לצו הבידוד (תיקון מס' 15), ק"ת 1244.

נוכח מאפייני הנגיף כפי שהתגלו בשלבים מאוחרים יותר ולפיהם ההדבקה העיקרית נעשית במפגש פנים אל פנים (הדבקה טיפתית). קיימת בעייתיות בעבירה על אי-עטיית מסכה שכן היא אינה משקפת את ההתנהגות הנדרשת מאנשים, ובכך חוטאת לעקרון השיוויון. ברי כי אדם היוצא מביתו יוריד לעיתים את המסכה, בין שהדבר נחוץ לצורך אכילה, שתייה, עישון או כל פעולה אחרת המחייבת הורדת המסכה, ובין שהדבר נחוץ כדי להקל על הנשימה החופשית במצבים שאינם מסכנים אחרים (למשל, הליכה בפארק שבו לא נמצאים אנשים אחרים בטווח עין). קביעת עבירה רחבה, אשר אכיפתה תלויה בשיקול דעת הגורם האוכף היא פתח לאכיפה בררנית ולטענות לשיקולים זרים בהפעלתה. ואכן, בדיונים בכנסת עלו טענות מפי חברי כנסת שונים כי העבירה של אי-עטיית מסכה נאכפת בדווקנות בעיר בני ברק כנגד חרדים, ופחות ברמת גן הסמוכה.⁷⁵ גם אם לטענות אלו אין בסיס אמפירי במציאות ובאופן שבו נאכפת העבירה, היכולת להטיל קנס כמעט על כל אדם שיוצא מביתו ולדגוע מסיר את המסכה – משפיעה באופן שלילי על הציות האזרחי לחוק, במיוחד כאשר האדם אינו מקבל את הרציונל להטלת החובה. בנוסף, קביעת עבירה רחבה מאוד מחייבת נקיטת אמצעים ממתנים, דוגמת הנחיות אכיפה ברורות. מ"מ מנכ"ל משרד הבריאות אכן הוציא הנחיה בנושא⁷⁶ המחריגה מצבים נוספים שבהם אדם אינו עושה מסכה מחובת העטייה, כך למשל בעת מתן הרצאה או במצבים המחייבים דיבור בפנים גלויות, קיום מבחן, חזרות או הופעות, טיפול רפואי או נפשי ושהייה בחוף הים. הנחיות מעין אלו, אף שהן מקלות על הציבור, פוגעות בעקרון החוקיות ונותנות כוח עודף לעובדי ציבור על פני הוראות המחוקק. בנוסף, המשטרה הצהירה לא פעם כי עטיית המסכה נאכפת בראש ובראשונה באמצעים "רכים" כגון מתן אזהרה או חלוקת מסכות. גם נקיטת אמצעים אלו בטרם אכיפת הדין הפלילי עשויה ליצור חוסר ודאות בציבור והתקוממות יתר כאשר נעשה שימוש בקנס ולא באמצעים ה"רכים" יותר. לא פעם עלו בתקשורת סרטונים של אכיפת חובת עטיית המסכה כנגד אזרח מן השורה שהסלימה, נוכח התמרמרות הנקנס על הטלת הקנס. דיוק העבירה כפי שנעשה בתחילה למקומות המסכנים (מקומות סגורים, תחבורה ציבורית והתקהלויות) היה מסייע הן לציבור והן לגורמים האוכפים, ומקל על הציות להוראה. לעומת זאת, ישנן דוגמאות אחרות המצביעות על קביעת עבירות באופן מידתי המתיישבת עם עקרונות היסוד של הדין הפלילי, על אף תקופת החירום.

אחת הדוגמאות הבולטות לניסיון לקביעת עבירות באופן מידתי, תוך דיוק ההתנהגות האסורה והתחשבות בחשש מפני הפללת יתר היא קביעת העבירה על סירוב להוראת

75 ראו למשל דברי ח"כ מלכיאלי בדיון בוועדת החוקה שבה נדונה הצעת חוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה) (תיקון), התש"ף-2020 שכללה את החמרת הקנס בגין אי-עטיית מסכה ל-500 ש"ח. פרוטוקול ישיבה מס' 38 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-23, 21-22 (30.6.2020).

76 הנחית משרד הבריאות "הנחיות לעניין עטיית מסיכה לפי ס' 3ה(ה) לצו בריאות העם" (25.5.2020).

שוטר לפיזור התקהלות.⁷⁷ כאמור, בצו הבידוד נקבעה מגבלת התקהלות, שכללה איסור לקיים התקהלות שמספר המשתתפים בה עולה על המותר או להשתתף בה.⁷⁸ ניתן היה לחשוב כי הממשלה תבחר להפלייל את ההתנהגות המפורטת בצו, ותקבע עבירה על השתתפות בהתקהלות שבה מספר האנשים עולה על המותר. עבירה רחבה כזאת הייתה חלה גם על מצבים שבהם אדם נקלע שלא ברצונו וכאופן מקרי להתקהלות שבה מספר האנשים עולה על המותר. אולם, הממשלה לא נקטה דרך זו. בתקש"ח אכיפה נקבעה סמכות שוטר להורות על פיזור התקהלות שבה מספר האנשים עולה על המותר לפי צו הבידוד, והעבירה שנקבעה היא על סירוב להורות שוטר לפיזור התקהלות, ולא על עצם ההשתתפות בהתקהלות. עבירה זו נקבעה כעבירה מינהלית שבצידה קנס קצוב, שבתחילה היה גובהו 5,000 ש"ח ובהמשך הופחת ל-1,000 ש"ח.

עבירות הקורונה כוללות מגבלות רבות על פתיחת עסקים ומטילות חובות שונות על בעלי עסקים. עם זאת, נעשה מאמץ שלא להטיל על בעלי עסקים אחריות שילוחית להתנהגות של אחרים שעליהם אין שליטה לבעל העסק. לאחר שנקבעה חובת עטיית המסכה, נדרשו בעלי עסקים שלא לאפשר לאנשים שאינם עוטים מסכה לשהות בעסק. עם זאת, מאחר שלבעל העסק אין שליטה על לקוחות אשר עשויים להוריד את המסכה בתוך העסק, נקבעו איסורים בהקשר זה על בעל העסק רק לגבי התנהגויות שהן בשליטתו: איסור הכנסת אדם שאינו עוטה מסכה, ואיסור מתן שירות לאדם שאינו עוטה מסכה. בנוסף, לאחר שהוחלו הגבלות על מספר השוהים בעסקים ובמקומות פתוחים לציבור, העבירה המרכזית שנועדה להתמודד עם חובת בעלי מקומות כאמור בהקשר זה לא הייתה עבירה תוצאתית, כלומר עבירה שתלויה במצב נתון של מספר הלקוחות בעסק, אלא נקבעה חובה על בעל המקום ליצור מנגנון ויסות לנכנסים שיאפשר לו להגביל את מספר השוהים במקום ולפקח על כך. חובה זו אפשרה לבעל המקום לפעול בדרך המתאימה לגודל המקום ולמאפייניו על מנת לוודא כי לא ייכנסו יותר לקוחות מהמותר. רק אם בעל המקום לא דאג למנגנון כאמור – הדבר היווה עבירה, ולא די בכך שהתגלה שמספר האנשים השוהים בעסק עולה על המותר כדי לייחס לו עבירה.

העולה מהאמור הוא שההקפדה על עקרונות היסוד בקביעת עבירות בתקופת החירום הייתה מוגבלת. אומנם, הממשלה ניסתה לקבוע הנחיות ללא סנקציה בתחילת הדרך, אולם כאשר בחרה באפיק הפלילי – נפרץ הסכר והתנהגויות רבות הופללו, הגם שחלקן מרוחקות מהערך המוגן, ומבלי שניתן משקל מספיק לעקרונות האכיפה, השיוריות והמידתיות.

77 עבירה זו הופיעה בתחילה בס' 2(ב) לתקש"ח אכיפה, ק"ת 756, ובהמשך בס' 28 לחוק סמכויות מיוחדות (תיקון מס' 1), ס"ח 378.

78 ראו ס' 3א לצו הבידוד (תיקון מס' 10), ק"ת 762, תיקון מתאריך 15.3.2019.

3. בין אכיפה פלילית לאכיפה מינהלית

נדמה כי לעיתים קרובות המחוקק הישראלי רואה בדרך הטיפול הפלילית תרופת פלא, כך שכלל לא מפתיע כי בשעות חירום הוא פונה ישירות למשפט הפלילי כמוצא ראשון, ו"מנחם" את עצמו שאין מדובר בעבירות פליליות "אמיתיות" משום שהן נקבעות כעבירות מינהליות שקנס קצוב בצידן. אולם לאכיפה בדרך של הטלת קנסות יש חסרונות שלא תמיד נשקלים בעת הליך החקיקה, קל וחומר כאשר הממשלה מחוקקת הסדרים ראשוניים באמצעות תקנות שעת חירום, הסדרים שאינם זוכים לביקורת פרלמנטרית הולמת. עבירה מינהלית נתפסת בדרך כלל כאפקטיבית מאוד בטווח הקצר: עושה העבירה מקבל אינדיקציה מיידית לחריגתו מהנורמה הנדרשת באמצעות קנס שהוא מקבל במקום מייד לאחר ביצוע ההתנהגות האסורה. זאת לעומת ההליך הפלילי שהוא ארוך יותר, וכולל חקירה וגביית ראיות, הגשת כתב אישום ורק בסיומו של הליך משפטי במקרה של הרשעה – הטלת סנקציה. אולם, האפקטיביות של הסנקציה המיידית מתעמעמת, כאשר היא מוטלת לאורך תקופה ממושכת יותר ובאופן סיטוני. מהר מאוד לומדים הגורמים בעלי הכוח (ובהקשר הקורונה – בעלי העסקים הגדולים), להעלות טענות שונות באשר להצדקת הקנס, אם בבקשה לביטולו ואם בבקשה להישפט. אם התמריץ ההתחלתי לנקנס הוא לשלם את הקנס כדי לא לבזוז זמן בהתעסקות עם הנושא, ככל שהקנס גבוה יותר ורמת הוודאות בכך שישולם יורדת – כך גדל התמריץ שלא לשלמו. רבים מאמינים כי לאחר שוך הסערה תהיה חנינה כללית של עבירות הקורונה, שהרי מערכת המשפט לא יכולה להתמודד עם עומס של אלפי תיקים בהקשר זה. כל אלו תורמים לכך שעדיף מבחינה כלכלית לנקנס לא לשלם כעת את הקנס ולקוות כי מזלו ישחק לו בבית המשפט או בחנינה כללית בעתיד ומורידים את האפקטיביות של הקנס המידי.⁷⁹

אכיפת העבירות המינהליות עשויה להיות יעילה בשני סוגי מקרים מרכזיים: האחד, במקרים שבהם מדובר בקנסות בסכומים נמוכים, על התנהגויות שכיחות ומטריות כגון חנינה במקום אסור, עבירות ניקיון ועוד. אלו הן עבירות פשוטות וברורות, אשר פקחים ללא הכשרה כחוקרים יכולים לאכוף, ואין בהן צורך להתחקות אחר היסוד הנפשי של המפר. לפיכך, במקרים אלו אין טעם וצורך להשחית משאבי ציבור על גיהול חקירות פליליות מורכבות, ודי בהטלת קנס במקום על אותה התנהגות. מצב אחר שבו עבירות מינהליות עשויות להועיל הוא תחום מומחיות מוגדר, כמו תכנון ובנייה, כאשר לגורם האוכף ידע וניסיון המאפשרים לו להטיל קנסות בסכומים משמעותיים ולעקוב אחר

79 בית המשפט העליון בהחלטתו בבג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל היא הבית שלי נ' ממשלת ישראל (נבו 4.4.2021) קבע כי תקנות שנחקקו בתקופת מצב חירום מיוחד ואסרו על יציאה להפגנה מעבר ל-1,000 מטרים ממקום המגורים, אינן חוקתיות. לפיכך קבע בית המשפט שהתקנה בטלה והסעד האופרטיבי הוא ביטול כל הקנסות שהוטלו מכוח התקנה שבוטלה. עוד קבע בית המשפט העליון כי ככל שהמדינה לא תוכל לפלח את הקנסות שהוטלו מכוח התקנה שבוטלה – יבוטלו כלל הקנסות שהוטלו מכוח חוק סמכויות מיוחדות בשל הפרת ההגבלה של מרחק היציאה מבית המגורים. לאור החלטת בג"ץ בוטלו מעל 60,000 קנסות.

ייושם הוראות החוק בקפדנות. במקרים אלו, ההרתעה שנוצרת באמצעות הטלת הקנסות כנגד מי שבונה בנייה בלתי־חוקית היא אפקטיבית.

חלק ניכר מעבירות הקורונה אינן משתייכות לסוגי ההתנהגויות שצוינו, ומכאן הקושי באכיפה המינהלית בעניינן.⁸⁰

בנוסף, צריך לשים לב לכך שעבירות מינהליות הן בראש ובראשונה עבירות, ולכן ישנה האופציה לחזור למסלול הפלילי הרגיל, למשל במקרים שבהם תובע מחליט להגיש כתב אישום נגד אדם. בדרך כלל כאשר תובע משתמש בסמכות האמורה ביחס לעבירות מינהליות מדובר במצב של ביצוע חוזר ונשנה של עבירה על ידי המפר. אולם רציוניזם אינו בהכרח אינדיקציה לחומרה יתרה בכיצוע העבירה. כפי שהראנו, קביעת עבירות מינהליות על התנהגויות רחבות ונפוצות, מקנה לגורם האוכף שיקול דעת רחב, דבר שעשוי להעלות טענות של אכיפה בררנית. בנוסף, כפי שצינו, במקרה של אי־תשלום קנס החוק מאפשר לבית המשפט להמיר את הקנס במאסר בפועל שלא יעלה על שנה. בתקופת חירום החסרונות מתעצמים: לא מוצדק להפליל התנהגויות שהן נורמטיביות בשגרה ונוגדות לעיתים אינסטינקטיים בסיסיים; בשל קוצר הזמן והיעדר ניסיון, האכיפה נעשית ללא התוויית מדיניות סדורה ואחידה מה שמוביל לאכיפה בררנית ובלתי־שוויונית. ואכן נדמה כי המחוקק סבר אף הוא שתקופת הקורונה מצדיקה חריגה מסוימת לטובת הנקנס מהדין הכללי החל על עבירות מינהליות, ולכן ביטל את הרישום הפלילי שעלול לנבוע מעבירות אלו. אולם, ביטול הרישום הפלילי, המבורך כשלעצמו, אינו מבטל את החסרונות הנוספים של האכיפה המינהלית שפורטו לעיל. כך למשל, אדם עשוי להיתפס ללא מסכה מספר פעמים, ועדיין מבחינה מהותית ספק אם יש מקום להגיש נגדו כתב אישום, אף אם בסופו של דבר ההרשעה לא תירשם במרשם הפלילי.

אולם הגורמים מקבלי ההחלטות ממשיכים בשלהם ומייצרים לעיתים תכופות עבירות חדשות שנקבעות כעבירות מינהליות ומדי פעם אף עולות הצעות להחמרת הקנסות,⁸¹ מבלי להביא בחשבון במידה מספקת את השיקולים הנגדיים ומבלי שהושקעה מחשבה נוספת בגרימת ציות שלא בדרכים הפליליות המוכרות. כך למשל, הוגשה הצעת חוק ממשלתית להחמרת הקנסות המרביים שניתן להטיל לפי חוק סמכויות מיוחדות על עסקים, מוסדות חינוך ומארגני אירועים, מתוך הנחה כי הקנסות הקיימים אינם מייצרים הרתעה.⁸²

מעבר לנזקים הכרוכים בשימוש בעבירות מינהליות כבשגרה לאכיפת דיני הקורונה, לאכיפה כאמור השלכות רוחב מסוכנות. מה שמוצדק עכשיו כחריג וכתוצר של מצב חירום, עשוי לשמש מחר לאכיפה "רגילה" שאינה קשורה לקורונה או לחירום. ברגע

80 כך למשל העבירה של יציאה מהבית למטרה לא־לגיטימית. עבירה זו, כפי שתואר לעיל, אינה מתרחשת לנגד עיניו של הגורם האוכף והיא תלויה בהתרשמותו מהתנהגותו ומדבריו של האדם.

81 ואכן חוק סמכויות מיוחדות תוקן כך שבעבירות מסוימות יוחמרו הקנסות לסכום של עד 10,000 ש"ח. ראו ס' 24(ב)(1)(ב) לחוק סמכויות מיוחדות (תיקון מס' 5), ס"ח 298.

82 תזכיר חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התשפ"א-2020.

שמתרגלים לחקיקה מינהלית על התנהגויות שגרתיות ויום-יומיות, הדבר עלול להקהות את היכולת הביקורתית שלנו כלפי קביעת עבירות מינהליות גם על התנהגויות אחרות. הנזקים עשויים לבוא משני כוונים מרכזיים: דרישה להפוך עבירות פליליות "רגילות" לעבירות מינהליות שקנס קצוב בצידן ושאיפתן מהירה ונוחה ולא דורשת השקעת משאבים הנדרשים לצורכי חקירה פלילית רגילה, ולעומת זאת קביעת עבירות מינהליות על התנהגויות שקודם לכן היו מותרות או נאסרו באמצעים לבר-פליליים (דין משמעתי, משפט מינהלי וכו).

קביעת עבירות מינהליות רבות, מעבירה את מרכז הכובד של ציות הציבור לאכיפה. הציפייה הזו מתרגמת לביקורת כלפי הגורם האוכף – משטרת ישראל – אם היא לא מצליחה ליצור את הציות באמצעות אכיפה. ואכן בתקופת "הסגר השני" נשמעו טענות רבות כלפי המשטרה מדוע אינה מונעת אירוע כזה או אחר, אף כי ברי ששוטרים אינם יכולים להתפרס בכל מקום שבו עלולה להתרחש הפרה של חקיקת הקורונה. את תוצרי הלוואי של האכיפה המינהלית בקורונה רואים כבר עכשיו, מצד אחד בהרחבת המעטפת הפלילית להתנהגויות מרוחקות מהפגיעה בערך המוגן, ומצד שני כשעולות הצעות להפוך עבירות פליליות חמורות לעבירות מינהליות שקנס קצוב בצידן.

סיכום

במאמר ביקשנו להשיב על השאלה: האם המשפט הפלילי הוא המגרש המתאים והיעיל ביותר לאכיפת הנחיות בשעת חירום? לטעמנו התשובה לכך היא מורכבת. ראשית, גם בתקופת חירום יש לעמוד על התקיימות העקרונות לקביעת עבירות פליליות, ואין להתנער מהם בטענה כי מדובר "רק" בעבירות מינהליות. יש לשמור על העקרונות ובפרט על עקרון השיוויון של המשפט הפלילי, וראשית להשתמש טוב יותר באמצעים אחרים, ולהותיר את המשפט הפלילי כאמצעי אחרון.

בידי הממשלה מצויים אמצעי פעולה רבי-עוצמה ואפקטיביים לא פחות מאלו של המשפט הפלילי, ובכוחם להשפיע על התנהגות הציבור בצורה שהיא לא פחות, ואולי יותר, אפקטיבית ובכך להשיג את מטרות הריחוק החברתי באמצעי פוגעני פחות. נדמה כי המחוקק אימץ לעצמו את אותו דפוס פעולה שהנהיג בשגרה – חקיקה פלילית כמוצא כמעט ראשון והסתמכות על אכיפה פלילית או מינהלית ליצירת ציות להוראות.

במאמר סקרנו את מקרה המבחן של הקורונה לאור עקרונות היסוד בקביעת עבירות פליליות. ראינו כי בתקופת החירום נעשה שימוש רווח בעבירות פליליות שנאכפו כעבירות מינהליות. אנו סבורים שיש מקום לבקר את המגמה הזאת הן באופן כללי בשימוש בעבירות מינהליות, והן באופן קונקרטי בתקופת החירום.

כפי שתארנו לעיל, אנו סבורים כי דפוס פעולה זה מעורר קשיים רבים ועל כן יש לפעול לשינויו. עבירות מינהליות אינן פתרון קסם לאכיפה מהירה ואפקטיבית, וכאשר בוחנים את קביעתן יש להתחשב במאפייניהן המיוחדים, ביתרונותיהן אך גם

בחסרונותיהן ולהתאים בין האמצעי למטרה, כלומר קביעת עבירה מינהלית רק כאשר ההתנהגות עונה על המאפיינים הללו. דברים אלו מקבלים משנה תוקף בשעת חירום, שאליה מתלוות נסיבות ייחודיות המצדיקות זהירות מיוחדת בשימוש במשפט הפלילי, הן בפן המהותי הן בפן האכיפתי. זאת גם בגלל הנטייה של הממשלה להשתמש בכלי המהיר יחסית של חקיקת עבירות כדי להכווין התנהגות, וגם מאחר שתקופת החירום מייצרת אווירה סלחנית כלפי הרחבת גבולותיו של המשפט הפלילי.

במבט צופה פני עתיד, המלצתנו לקובעי המדיניות ולמחוקקים בתקופת חירום דוגמת התפשטות מחלת הקורונה, להימנע מהרחבת יתר של גבולות המשפט הפלילי; להיזהר שבעתים ביישום של עקרונות המשפט הפלילי; ולזכור תמיד כי כלים שננקטים באצטלה של מצב חירום נוטים לזלוג במהירות לשגרה ולהיתפס ככלים לגיטימיים ומקובלים.

