

מיכל טמיר

# אכיפה סלקטיבית

גבר הוצאה לאור



מיכל טמיר / אכיפה סלקטיבית



מיכל טמיר

# אכיפה סלקטיבית

נבו הוצאה לאור בע"מ

MICHAL TAMIR

SELECTIVE  
ENFORCEMENT

הפקה: ענת זקון

מסת"ב 978-965-442-052-5 ISBN



זכויות היוצרים שמורות למחברת  
תשס"ח-2008

נבו הוצאה לאור בע"מ

ת"ד 108 שריגים-ליאון 99835

טל' 02-9992099 ; פקס' 02-9992088

nevo@nevo.co.il

לתום, משוש חי





## תוכן עניינים

15.....	הקדמה.....
19.....	פרק ראשון: מבוא.....
29.....	פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה.....
29.....	א. הגדרת הבעיה ותחימת הנושא.....
36.....	ב. יכולת וכדאיות אכיפה מלאה.....
36.....	1. אילוצי משאבים.....
42.....	2. התאוריה הכלכלית למשפט והתאמתה לדיון.....
46.....	3. מודל הגישה הכלכלית לאכיפה האופטימלית.....
50.....	ג. מקור הבעיה – שיקול דעת רשויות האכיפה.....
50.....	1. שיקול הדעת במדינת המינהל המודרנית.....
57.....	2. שיקול דעת רשויות האכיפה.....
60.....	(א) שיקול הדעת בהקצאת המשאבים.....
61.....	(ב) שיקול הדעת במקרים פרטניים.....
63.....	ד. שיקול הדעת במישור השוואתי.....
63.....	1. ישראל.....
63.....	(א) חקירה.....
65.....	(ב) העמדה לדיון.....
70.....	(ג) מעמד היועץ המשפטי לממשלה.....
72.....	2. ארצות-הברית.....
73.....	(א) חקירה.....
74.....	(ב) העמדה לדיון.....
77.....	(ג) מעמד התביעה.....
78.....	3. אנגליה.....
79.....	(א) חקירה.....
81.....	(ב) העמדה לדיון.....
86.....	(ג) מעמד התביעה.....
87.....	3. גרמניה.....
89.....	(א) חקירה.....
90.....	(ב) העמדה לדיון.....
94.....	(ג) מעמד התביעה.....

אכיפה סלקטיבית

95	ה. סיכום.....
99	פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי.....
99	א. הקדמה.....
100	ב. הגדרת העילה בארצות-הברית.....
101	1. פרשת המכבסות הסיניות ( <i>Yick Wo</i> ).....
102	2. דרישות המניע.....
102	(א) התפתחות ההלכה.....
108	(ב) דרישת המניע בהקשר של אכיפה סלקטיבית הפוגעת בחופש הביטוי.....
112	(ג) סיכום דרישת המניע.....
113	(ד) הביקורת על דרישת המניע.....
121	3. אבחונים נוספים של הלכת <i>Yick Wo</i> .....
121	(א) איסורים פליליים.....
123	(ב) התנהגויות אסורות כשלעצמן ( <i>malum in se</i> ).....
126	(ג) הליכי גירוש.....
131	(ד) עיכוב, חיפוש ותפיסה באמתלה אחרת (pretext stop, search and seizure).....
136	4. אכיפה סלקטיבית ואכיפה בחוסר תום לב.....
138	ג. הגדרת העילה בישראל.....
138	1. הפסיקה שקדמה להלכת זקין.....
142	2. הלכת זקין.....
143	3. פסיקה מאוחרת להלכת זקין.....
146	4. פסיקה בנוגע לעילת ההגנה מן הצדק.....
153	ד. הדין הרצוי.....
153	1. שלילת דרישת המניע.....
159	2. שלילת הדרישה לאפליה קבוצתית.....
168	3. איסור אכיפה שרירותית.....
174	4. שוויון מהותי.....
179	ה. סיכום.....
183	פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית.....
183	א. הקדמה.....
183	ב. הבעיות שמעוררת אכיפה סלקטיבית.....
183	1. פגיעה בציפיות הלגיטימיות של הציבור.....
187	2. יישום רטרואקטיבי של החוק.....

תוכן עניינים

190	פגיעה בשוויון בפני החוק	3
197	פגיעה כלכלית ופגיעה ביכולת התחרות	4
203	פגיעה בשלטון החוק, בציות לחוק ובאמון הציבור במערכת המשפט	5
207	התמודדות עם טיעונים כנגד הכרה בעילה	ג.
208	הפרדת הרשויות	1
209	(א) הרשות המחוקקת מול הרשות המבצעת	
211	(ב) הרשות השופטת מול הרשות המבצעת	
219	היעדר זכות לשוויון	2
219	(א) עצמאות הזכות לשוויון	
224	(ב) חוסר ניקיון כפיים	
226	בתי המשפט אינם אחראים למשמעות התקציבית של החלטותיהם	3
229	מדרון חלקלק	4
230	פגיעה באינטרס הציבור ובאמון הציבור במערכת המשפט	5
231	האם יש מקום לדיון מובחן באכיפה סלקטיבית	ד.
233	התמוטטות דוקטרינת ה- <i>ultra vires</i>	1
235	עילת הסבירות	2
238	דוקטרינת התכליתיות	3
242	סבירות דיונית	4
244	מידתיות	5
246	אפליה	6
251	קונקרטיזציה של עילות הביקורת	7
252	(א) הגברת יכולת הצפיה והוודאות המשפטית	
254	(ב) לגיטימציה של הציבור	
255	(ג) מודרניזציה של המשפט	
256	היעדר הגנה מתאימה בדין הפלילי	8
259	סיכום	ה.
263	פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה	
263	הקדמה	א.
264	ישראל	ב.
264	הקונבנציה בדבר עצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה	1
269	המסגרת הנורמטיבית	2
269	(א) סמכות העמדה לדין	
271	(ב) סמכות בערר	
271	(ג) הסמכות לעכב הליכים פליליים	

## אכיפה סלקטיבית

273	3. התפתחות הביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי לממשלה	273
283	4. הביקורת השיפוטית על רשויות אכיפה אחרות	283
285	5. התמודדות עם נימוקים כנגד הרחבת היקף הביקורת השיפוטית	285
289	6. התפתחות ההכרה בהשתק כנגד רשויות מינהליות	289
295	ג. ארצות-הברית	295
295	1. הפיקוח על רשויות האכיפה	295
298	2. הרתיעה המסורתית מהתערבות בהחלטות רשויות האכיפה ומקורה	298
301	3. ההכרה בחשיבות הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה	301
304	ד. אנגליה	304
304	1. הפיקוח על רשויות האכיפה	304
305	2. הרתיעה המסורתית מהעברת ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה	305
307	3. התפתחות הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה	307
312	4. שימוש לרעה בהליך	312
316	ה. גרמניה	316
316	1. הפיקוח על רשויות האכיפה	316
317	2. הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה	317
322	ו. סיכום	322
325	פרק שישי: נפקות הוכחת העילה	325
326	א. הקדמה	326
326	ב. תוצאות הוכחת אכיפה סלקטיבית	326
326	1. הפסיקה הישראלית	326
326	(א) אי-הרשעה בעבירות הדורשות יסוד נפשי	326
327	(ב) השפעה על הענישה	327
331	(ג) הימנעות מהרשעה והטלת עבודות שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה	331
332	(ד) ביטול כתב אישום	332
333	(ה) זיכוי	333
334	(ו) שחרור ממעצר	334
335	(ז) מתן צו עיכוב ביצוע	335
336	(ח) מתן צו המורה לרשות לאכוף את החוק	336
337	(ט) ערעור חזקת החוקיות	337
338	(י) הגבלת תוקף של צו מניעה	338
339	(יא) מתן פיצויים במסגרת "נוק כללי" בעילה מן המשפט הציבורי	339
340	(יב) אי-פסיקת הוצאות בתביעה אזרחית סלקטיבית מכוח חוזה כשות	340

תוכן עניינים

341	..... (יג) פסיקת פיצויים בעולת הרשלנות
342	..... 2. תוצאות הוכחת העילה בארצות-הברית
344	..... ג. בטלות (תוצאה) יחסית
344	..... 1. ההבחנה בין מישור הדין המהותי ומישור הסעד
344	..... 2. תורת הבטלות היחסית
350	..... ד. הסעד הראוי
350	..... 1. תוצאה יחסית
351	..... 2. שיקולים משפיעים בקביעת הסעד
351	..... (א) לא יינתן סעד שיש בו משום הוראה לרשות להפר את החוק
354	..... (ב) מידת הפגיעה בשוויון
356	..... (ג) פגיעה בזכויות יסוד נוספות מעבר לזכות לשוויון
359	..... (ד) מידת תום הלב של הרשות
360	..... (ה) מידת הסלקטיביות
360	..... (ו) מידת החומרה של העבירה שביסוד האכיפה
362	..... (ז) נסיבות נוספות
365	..... ה. המסגרת הראויה לתקיפה
365	..... 1. ארצות-הברית – המסגרת להעלאת טענות אכיפה סלקטיבית
366	..... 2. אנגליה – המסגרת לפיקוח שיפוטי על רשויות האכיפה
367	..... 3. המסגרת הראויה להעלאת טענות אכיפה סלקטיבית בישראל
372	..... ו. סיכום
373	..... פרק שביעי: סוגיות בנושא הוכחה וראיות
373	..... א. הקדמה
376	..... ב. המצב המשפטי בארצות-הברית
376	..... 1. חזקת החוקיות והצורך בהפרכתה
379	..... 2. הלכת <i>Armstrong</i>
379	..... (א) העובדות וההליכים
380	..... (ב) פרשנות החוק הפדרלי בשאלת גילוי מסמכים
381	..... (ג) דרישות ההוכחה לצורך הפרכת חזקת החוקיות
382	..... (ד) הביקורת על הלכת <i>Armstrong</i>
386	..... 3. שימוש בראיות סטטיסטיות
390	..... 4. ראיות אחרות לאכיפה סלקטיבית
393	..... 5. ההליך הראייתי
394	..... 6. חופש הגישה למידע המצוי בידי רשויות המינהל

אכיפה סלקטיבית

397	ג. המצב המשפטי בישראל
397	1. חזקת החוקיות והצורך בהפרכתה
399	2. דרישות ההוכחה לצורך הפרכת חזקת החוקיות
401	3. גישתו של בית המשפט העליון לבחינת הראיות המינהליות
404	4. זכות העיון של נאשם בראיות התביעה
407	5. הגישה למידע לאור חוק חופש המידע
415	ד. סיכום
419	פרק שמיני: סיכום והמלצות
419	א. כללי
420	ב. הבניית שיקול הדעת
423	1. התוויית מדיניות ברורה, מוגדרת וידועה
428	2. עמידה על דרישות פרוצדורליות
429	(א) הנמקה
432	(ב) שימוע
434	(ג) עריכה, שמירה ושקיפות של רשומות
436	ג. הימנעות מאכיפה בלתי פורמלית
439	ד. הקשר בין הרשויות
422	ה. אופן שינוי המדיניות
445	ו. כמה מילות סיכום
447	אחרית דבר
	<b>נספחים</b>
455	נספח א – ריאיון עם פרופ' יצחק זמיר – היועץ המשפטי לממשלה לשעבר
459	נספח ב – ריאיון עם כבוד השופטת דורית ביניש – פרקליטת המדינה לשעבר
465	נספח ג – ריאיון עם עו"ד דרור שטרם – הממונה על ההגבלים העסקיים
471	נספח ד – ריאיון עם עו"ד נאוה בן-אור – המשנה לפרקליטת המדינה
479	נספח ה – ריאיון עם עו"ד טלי ירון-אלדר – נציבת מס הכנסה
	נספח ו – ריאיון עם עו"ד דורון אבני – היועץ המשפטי של הרשות
485	השנייה לטלוויזיה ולרדיו
492	נספח ז – ריאיון עם רב ניצב (בדימוס) יהודה וילק – מפכ"ל המשטרה לשעבר
499	נספח ח – ריאיון עם עו"ד משה מזרחי – היועץ המשפטי של אגף המכס והמע"מ

תוכן עניינים

503	מפתחות
505	מפתח חקיקה
517	מפתח פסיקה
547	מפתח ספרים
555	מפתח מאמרים
569	מפתח עניינים

אכיפה סלקטיבית



## הקדמה

התחלתי לעסוק בסוגיית האכיפה הסלקטיבית לפני כשמונה שנים, כשניגשתי לכתבתה של עבודת דוקטור בנושא בהנחייתו של פרופ' יצחק זמיר. באותה עת, בעוד שאכיפה סלקטיבית הייתה נפוצה מאוד כתופעה חברתית, הרי שהטיפול המשפטי בה לקה בחסר רב. המודעות של בעלי הדין ועורכי הדין לאפשרות לטעון לפגם של אכיפה סלקטיבית הייתה מועטה, ורק מספר קטן של פסקי דין עסק בטענה באופן מפורש. בדוקטורט ניסיתי להראות כי מדובר בתופעה חברתית הראויה לטיפול משפטי מובחן, שיפנים את לקחי השיטות הזרות ויתאים את דוקטרינת האכיפה הסלקטיבית למשפט הישראלי.

מאז טענת האכיפה הסלקטיבית קנתה לה מהלכים בפסיקה בישראל, ותעיד על כך עבודת העדכון המרובה שנעשתה לצורך הוצאת הספר שראשיתו בדוקטורט. עם זאת טרם התגבשה בישראל תורה קוהרנטית בדבר אכיפה סלקטיבית. במרבית המקרים, עילת האכיפה הסלקטיבית נדונה במסגרת טענת ה"הגנה מן הצדק", בלא ההבחנה המתבקשת בין שתי הטענות. במקביל לכך, כמו במקרים אחרים שבהם נפתח צוהר להעלאתה של טענה חדשה, השימוש בה מופרז עד כדי חשש לזילות. תופעות אלה מחזקות את החשיבות של התוויית דוקטרינה ברורה בדבר אכיפה סלקטיבית, שתסייע לקידום ההליך ההוגן.

גם לאחר השלמת כתיבת הספר חלו התפתחויות רבות, שיידונו ב"אחרית דבר". מבין התפתחויות אלה יצוין עיגונה בחוק של ההגנה מן הצדק. הגם שבבסיס הספר עומדת הטענה כי יש לנתק את עילת האכיפה הסלקטיבית מכבלי ההגנה מן הצדק, הרי שאין להתעלם מהתפתחות חשובה זו. תוכנית ההתנתקות, שגררה התבטאויות קשות מקרב הציבור שחש פגוע, גם נתנה הזדמנות לבתי המשפט לדון בטענות אכיפה סלקטיבית בקשר לאישומים שביסודם התבטאויות נגד השלטון. פסקי הדין הסותרים שניתנו בסוגיה מדגישים ביתר שאת את הצורך בקווים מנחים בדבר מהותם של אכיפה סלקטיבית פסולה (להבדיל מאכיפה חלקית מותרת), מרכיביה והסעדים כנגדה.

ולבסוף שלמי תודה. ראשית, ברצוני להודות מקרב לב לפרופ' יצחק זמיר, אשר מלווה אותי מתחילת דרכי האקדמית. פרופ' זמיר היה מורי למשפט ציבורי בשנה א ללימודיי במחזור הראשון של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, ונטע בי את האהבה למשפט הציבורי. לאחר מכן שימש כמאמן שלי בהתמחות בבית המשפט העליון וכאמור הנחה אותי בעבודת הדוקטור שהיא הבסיס לספר זה. פרופ' זמיר, ששימש בעבר גם כיועץ המשפטי לממשלה, ניאות גם להתראיין לצורך המחקר. אני מודה גם לכל המרואיינים האחרים אשר תובנותיהם סייעו לי לקשר בין התאוריה לפרקטיקה הנוהגת

### אכיפה סלקטיבית

בישראל: נשיאת בית המשפט העליון דורית ביניש, השופטת נאוה בן-אור, עו"ד דורון אבני, רב-ניצב (בדימ') יהודה וילק, עו"ד טלי ירון-אלדר, עו"ד משה מזרחי ועו"ד דרור שטרומ. תודה מיוחדת שלוחה לעו"ד אלעד פלד על עזרתו המצוינת בעדכון הספר.

## הקדמה

מאת

יצחק זמיר\*

מדינת ישראל הצליחה בצורה מרשימה לפתח משפט מתקדם ומתוחכם, אך היא לא הצליחה לגשר כראוי על הפער שבין המשפט לבין החיים, ולא פעם נוצר רושם שהלכה ומעשה הם שני עולמות נפרדים. כך, לדוגמה, לאחר טירחה מרובה וממושכת, הכרוכה בהתדיינות משפטית, ניתן פסק דין; ואז הוא עלול להיתקע כאבן שאין לה הופכין בלשכת ההוצאה לפועל. עוד דוגמה: הממשלה משקיעה משאבים רבים כדי להכין הצעת חוק רצינית לפתרון בעיה לאומית והכנסת מוציאה מתחת ידה חוק יפה, אך החוק עלול להישאר אות מתה בלי שהממשלה או הכנסת יקיימו מעקב אחר ביצוע החוק, כדי לברר אם בפועל מקיימים אותו, מה יש לעשות כדי שיתבצע ואם יש צורך לתקנו. ולבסוף: כאשר המשטרה ורשויות שלטוניות אחרות, כמו פקחים עירוניים, פועלות לאכיפת חוק, לעתים מזומנות האכיפה היא חלקית או מזדמנת, ואולי אפילו שרירותית, ושוב נוצר פער בין המשפט, המצפה לציית מלא ודורש אכיפה מקיפה, לבין המציאות.

הפער הזה, שמכרסם בשלטון החוק, הוא נושא הספר הזה. הספר עוסק באכיפה לקויה של החוק. אכן, אכיפה שלמה ומושלמת היא חזון אחרית הימים. הצירוף של יצר לב האדם עם מגבלות השלטון פותח שער לעבריינים. את העבריינות יש לראות כתופעת טבע, אולם יש להתייחס אליה כתופעה שראוי ואפשר להתגונן מפניה. התפקיד הזה מוטל על השלטון. השלטון, בחברה דמוקרטית, חייב למלא תפקיד זה, במסגרת המשאבים שהוקצו לשם כך, באופן הוגן ושוויוני. אי לכך, מצד אחד הכרח הוא להשלים עם אכיפה חלקית של החוק, משום שלשלטון אין מספיק משאבים, בישראל כמו במדינות אחרות, לצורך אכיפה מלאה. לכן למשל צריך להשלים עם ביקורת מדגמית של נישומים על ידי רשויות המס. עם זאת החובה לפעול באופן הוגן ושוויוני דורשת מן השלטון שהאכיפה לא תהיה שרירותית או מפלה.

אכיפה שרירותית או מפלה היא אכיפה סלקטיבית, או, בלשונו של בית המשפט, אכיפה בררנית. אכיפה כזאת מקוממת מבחינת הצדק; היא עלולה לערער את שלטון החוק; היא מחטיאה את מטרת האכיפה. נוסף על כך, היא גם בלתי חוקית, שכן היא

\* שופט (בדימוס) בית המשפט העליון.

## אכיפה סלקטיבית

סוטה מכללי המשפט המחייבים כל רשות שלטונית להפעיל שיקול דעת, לשקול רק שיקולים ענייניים ולפעול על פי עקרון השוויון. כל אלה אין בהם כדי למנוע את התופעה של אכיפה סלקטיבית. איש אינו יודע עד כמה תופעה זאת רחבה או עמוקה. רק לעתים רחוקות מועלית הטענה בפומבי וזוכה לתהודה ציבורית, ורק במקרים נדירים אפשר להוכיח אכיפה סלקטיבית, עם זאת ייתכן כי מקרים כאלה אינם אלא קצה הקרחון הגלוי לעין.

מפליא הדבר שרק בשנת 1999 הכיר בית המשפט בלשון מפורשת ומפורטת בתופעה של אכיפה בררנית כתופעה העומדת בפני עצמה ופסק שהיא בלתי-חוקית<sup>1</sup>, אך מאז התחילה מתגבשת מודעות, לא רק לעצם קיומה של התופעה, אלא גם למשמעות ולחשיבות שלה. המודעות באה לידי ביטוי, בין השאר, בעבודת דוקטור של מיכל טמיר שהוקדשה לאכיפה סלקטיבית ועכשיו בספר זה, שהוא עיבוד של עבודת הדוקטור. ספר זה מציג בצורה שיטתית, יסודית ורהוטה את הנושא של אכיפה סלקטיבית. לצורך מתן תמונה רחבה, הוא עוסק גם ברקע הכלכלי של הנושא ועורך השוואה לדין החל בנושא זה במדינות אחרות. תרומה מרכזית של הספר היא בדיון על שאלת החשיבות של הנושא, שכן רק מודעות כזאת נותנת סיכוי לפיתוח הנושא, לאחר תרדמה ארוכה, ובכלל זה לגיבוש כללים וסעדים לצורך מאבק בתופעה של אכיפה סלקטיבית. הספר מניח תשתית עיונית לכללי המשפט בדבר אכיפה סלקטיבית ונותן בידי אנשי המעשה את הכלים הנדרשים כדי לבחון ולתקוף מקרים של אכיפה כזאת. ד"ר מיכל טמיר, שכיום היא מרצה למשפטים, עשתה עבודה חלוצית ומצויינת בהצגת הנושא של אכיפה סלקטיבית ובהעמדתו על סדר היום הציבורי.

1 בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289.

מיכל טמיר / אכיפה סלקטיבית



מיכל טמיר

# אכיפה סלקטיבית

נבו הוצאה לאור בע"מ

MICHAL TAMIR

SELECTIVE  
ENFORCEMENT

הפקה: ענת זקון

מסת"ב 978-965-442-052-5 ISBN



זכויות היוצרים שמורות למחברת  
תשס"ח-2008

נבו הוצאה לאור בע"מ

ת"ד 108 שריגים-ליאון 99835

טל' 02-9992099 ; פקס' 02-9992088

nevo@nevo.co.il



לתום, משוש חי



## תוכן עניינים

15	הקדמה.....
19	פרק ראשון: מבוא .....
29	פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה.....
29	א. הגדרת הבעיה ותחימת הנושא .....
36	ב. יכולת וכדאיות אכיפה מלאה .....
36	1. אילוצי משאבים.....
42	2. התאוריה הכלכלית למשפט והתאמתה לדיון.....
46	3. מודל הגישה הכלכלית לאכיפה האופטימלית.....
50	ג. מקור הבעיה – שיקול דעת רשויות האכיפה.....
50	1. שיקול הדעת במדינת המינהל המודרנית.....
57	2. שיקול דעת רשויות האכיפה .....
60	(א) שיקול הדעת בהקצאת המשאבים .....
61	(ב) שיקול הדעת במקרים פרטניים .....
63	ד. שיקול הדעת במישור השוואתי.....
63	1. ישראל .....
63	(א) חקירה .....
65	(ב) העמדה לדיון .....
70	(ג) מעמד היועץ המשפטי לממשלה.....
72	2. ארצות-הברית.....
73	(א) חקירה .....
74	(ב) העמדה לדיון.....
77	(ג) מעמד התביעה .....
78	3. אנגליה .....
79	(א) חקירה .....
81	(ב) העמדה לדיון.....
86	(ג) מעמד התביעה .....
87	3. גרמניה .....
89	(א) חקירה .....
90	(ב) העמדה לדיון.....
94	(ג) מעמד התביעה .....

אכיפה סלקטיבית

95	ה. סיכום.....
99	פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי.....
99	א. הקדמה.....
100	ב. הגדרת העילה בארצות-הברית.....
101	1. פרשת המכבסות הסיניות ( <i>Yick Wo</i> ).....
102	2. דרישות המניע.....
102	(א) התפתחות ההלכה.....
108	(ב) דרישת המניע בהקשר של אכיפה סלקטיבית הפוגעת בחופש הביטוי.....
112	(ג) סיכום דרישת המניע.....
113	(ד) הביקורת על דרישת המניע.....
121	3. אבחונים נוספים של הלכת <i>Yick Wo</i> .....
121	(א) איסורים פליליים.....
123	(ב) התנהגויות אסורות כשלעצמן ( <i>malum in se</i> ).....
126	(ג) הליכי גירוש.....
131	(ד) עיכוב, חיפוש ותפיסה באמתלה אחרת (pretext stop, search and seizure).....
136	4. אכיפה סלקטיבית ואכיפה בחוסר תום לב.....
138	ג. הגדרת העילה בישראל.....
138	1. הפסיקה שקדמה להלכת זקין.....
142	2. הלכת זקין.....
143	3. פסיקה מאוחרת להלכת זקין.....
146	4. פסיקה בנוגע לעילת ההגנה מן הצדק.....
153	ד. הדין הרצוי.....
153	1. שלילת דרישת המניע.....
159	2. שלילת הדרישה לאפליה קבוצתית.....
168	3. איסור אכיפה שרירותית.....
174	4. שוויון מהותי.....
179	ה. סיכום.....
183	פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית.....
183	א. הקדמה.....
183	ב. הבעיות שמעוררת אכיפה סלקטיבית.....
183	1. פגיעה בציפיות הלגיטימיות של הציבור.....
187	2. יישום רטרואקטיבי של החוק.....

תוכן עניינים

190	פגיעה בשוויון בפני החוק	3
197	פגיעה כלכלית ופגיעה ביכולת התחרות	4
203	פגיעה בשלטון החוק, בציות לחוק ובאמון הציבור במערכת המשפט	5
207	התמודדות עם טיעונים כנגד הכרה בעילה	ג.
208	הפרדת הרשויות	1
209	(א) הרשות המחוקקת מול הרשות המבצעת	
211	(ב) הרשות השופטת מול הרשות המבצעת	
219	היעדר זכות לשוויון	2
219	(א) עצמאות הזכות לשוויון	
224	(ב) חוסר ניקיון כפיים	
226	בתי המשפט אינם אחראים למשמעות התקציבית של החלטותיהם	3
229	מדרון חלקלק	4
230	פגיעה באינטרס הציבור ובאמון הציבור במערכת המשפט	5
231	האם יש מקום לדיון מובחן באכיפה סלקטיבית	ד.
233	התמוטטות דוקטרינת ה- <i>ultra vires</i>	1
235	עילת הסבירות	2
238	דוקטרינת התכליתיות	3
242	סבירות דיונית	4
244	מידתיות	5
246	אפליה	6
251	קונקרטיזציה של עילות הביקורת	7
252	(א) הגברת יכולת הצפיה והוודאות המשפטית	
254	(ב) לגיטימציה של הציבור	
255	(ג) מודרניזציה של המשפט	
256	היעדר הגנה מתאימה בדין הפלילי	8
259	סיכום	ה.
263	פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה	
263	הקדמה	א.
264	ישראל	ב.
264	הקונבנציה בדבר עצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה	1
269	המסגרת הנורמטיבית	2
269	(א) סמכות העמדה לדין	
271	(ב) סמכות בערר	
271	(ג) הסמכות לעכב הליכים פליליים	

## אכיפה סלקטיבית

3. התפתחות הביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי לממשלה ..... 273
4. הביקורת השיפוטית על רשויות אכיפה אחרות ..... 283
5. התמודדות עם נימוקים כנגד הרחבת היקף הביקורת השיפוטית ..... 285
6. התפתחות ההכרה בהשתק כנגד רשויות מינהליות ..... 289
- ג. ארצות-הברית ..... 295
1. הפיקוח על רשויות האכיפה ..... 295
2. הרתיעה המסורתית מהתערבות בהחלטות רשויות האכיפה ומקורה ..... 298
3. ההכרה בחשיבות הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה ..... 301
- ד. אנגליה ..... 304
1. הפיקוח על רשויות האכיפה ..... 304
2. הרתיעה המסורתית מהעברת ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה ..... 305
3. התפתחות הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה ..... 307
4. שימוש לרעה בהליך ..... 312
- ה. גרמניה ..... 316
1. הפיקוח על רשויות האכיפה ..... 316
2. הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה ..... 317
- ו. סיכום ..... 322
- פרק שישי: נפקות הוכחת העילה ..... 325
- א. הקדמה ..... 326
- ב. תוצאות הוכחת אכיפה סלקטיבית ..... 326
1. הפסיקה הישראלית ..... 326
- (א) אי-הרשעה בעבירות הדורשות יסוד נפשי ..... 326
- (ב) השפעה על הענישה ..... 327
- (ג) הימנעות מהרשעה והטלת עבודות שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה ..... 331
- (ד) ביטול כתב אישום ..... 332
- (ה) זיכוי ..... 333
- (ו) שחרור ממעצר ..... 334
- (ז) מתן צו עיכוב ביצוע ..... 335
- (ח) מתן צו המורה לרשות לאכוף את החוק ..... 336
- (ט) ערעור חזקת החוקיות ..... 337
- (י) הגבלת תוקף של צו מניעה ..... 338
- (יא) מתן פיצויים במסגרת "נוק כללי" בעילה מן המשפט הציבורי ..... 339
- (יב) אי-פסיקת הוצאות בתביעה אזרחית סלקטיבית מכוח חוזה כשות' ..... 340

תוכן עניינים

341	..... (יג) פסיקת פיצויים בעולת הרשלנות
342	..... 2. תוצאות הוכחת העילה בארצות-הברית
344	..... ג. בטלות (תוצאה) יחסית
344	..... 1. ההבחנה בין מישור הדין המהותי ומישור הסעד
344	..... 2. תורת הבטלות היחסית
350	..... ד. הסעד הראוי
350	..... 1. תוצאה יחסית
351	..... 2. שיקולים משפיעים בקביעת הסעד
351	..... (א) לא יינתן סעד שיש בו משום הוראה לרשות להפר את החוק
354	..... (ב) מידת הפגיעה בשוויון
356	..... (ג) פגיעה בזכויות יסוד נוספות מעבר לזכות לשוויון
359	..... (ד) מידת תום הלב של הרשות
360	..... (ה) מידת הסלקטיביות
360	..... (ו) מידת החומרה של העבירה שביסוד האכיפה
362	..... (ז) נסיבות נוספות
365	..... ה. המסגרת הראויה לתקיפה
365	..... 1. ארצות-הברית – המסגרת להעלאת טענות אכיפה סלקטיבית
366	..... 2. אנגליה – המסגרת לפיקוח שיפוטי על רשויות האכיפה
367	..... 3. המסגרת הראויה להעלאת טענות אכיפה סלקטיבית בישראל
372	..... ו. סיכום
373	..... פרק שביעי: סוגיות בנושא הוכחה וראיות
373	..... א. הקדמה
376	..... ב. המצב המשפטי בארצות-הברית
376	..... 1. חזקת החוקיות והצורך בהפרכתה
379	..... 2. הלכת <i>Armstrong</i>
379	..... (א) העובדות וההליכים
380	..... (ב) פרשנות החוק הפדרלי בשאלת גילוי מסמכים
381	..... (ג) דרישות ההוכחה לצורך הפרכת חזקת החוקיות
382	..... (ד) הביקורת על הלכת <i>Armstrong</i>
386	..... 3. שימוש בראיות סטטיסטיות
390	..... 4. ראיות אחרות לאכיפה סלקטיבית
393	..... 5. ההליך הראייתי
394	..... 6. חופש הגישה למידע המצוי בידי רשויות המינהל

אכיפה סלקטיבית

397	ג. המצב המשפטי בישראל
397	1. חזקת החוקיות והצורך בהפרכתה
399	2. דרישות ההוכחה לצורך הפרכת חזקת החוקיות
401	3. גישתו של בית המשפט העליון לבחינת הראיות המינהליות
404	4. זכות העיון של נאשם בראיות התביעה
407	5. הגישה למידע לאור חוק חופש המידע
415	ד. סיכום
419	פרק שמיני: סיכום והמלצות
419	א. כללי
420	ב. הבניית שיקול הדעת
423	1. התוויית מדיניות ברורה, מוגדרת וידועה
428	2. עמידה על דרישות פרוצדורליות
429	(א) הנמקה
432	(ב) שימוע
434	(ג) עריכה, שמירה ושקיפות של רשומות
436	ג. הימנעות מאכיפה בלתי פורמלית
439	ד. הקשר בין הרשויות
422	ה. אופן שינוי המדיניות
445	ו. כמה מילות סיכום
447	אחרית דבר
	<b>נספחים</b>
455	נספח א – ריאיון עם פרופ' יצחק זמיר – היועץ המשפטי לממשלה לשעבר
459	נספח ב – ריאיון עם כבוד השופטת דורית ביניש – פרקליטת המדינה לשעבר
465	נספח ג – ריאיון עם עו"ד דרור שטרם – הממונה על ההגבלים העסקיים
471	נספח ד – ריאיון עם עו"ד נאוה בן-אור – המשנה לפרקליטת המדינה
479	נספח ה – ריאיון עם עו"ד טלי ירון-אלדר – נציבת מס הכנסה
	נספח ו – ריאיון עם עו"ד דורון אבני – היועץ המשפטי של הרשות
485	השנייה לטלוויזיה ולרדיו
492	נספח ז – ריאיון עם רב ניצב (בדימוס) יהודה וילק – מפכ"ל המשטרה לשעבר
499	נספח ח – ריאיון עם עו"ד משה מזרחי – היועץ המשפטי של אגף המכס והמע"מ



תוכן עניינים

503	מפתחות
505	מפתח חקיקה
517	מפתח פסיקה
547	מפתח ספרים
555	מפתח מאמרים
569	מפתח עניינים

אכיפה סלקטיבית

## הקדמה

התחלתי לעסוק בסוגיית האכיפה הסלקטיבית לפני כשמונה שנים, כשניגשתי לכתבתה של עבודת דוקטור בנושא בהנחייתו של פרופ' יצחק זמיר. באותה עת, בעוד שאכיפה סלקטיבית הייתה נפוצה מאוד כתופעה חברתית, הרי שהטיפול המשפטי בה לקה בחסר רב. המודעות של בעלי הדין ועורכי הדין לאפשרות לטעון לפגם של אכיפה סלקטיבית הייתה מועטה, ורק מספר קטן של פסקי דין עסק בטענה באופן מפורש. בדוקטורט ניסיתי להראות כי מדובר בתופעה חברתית הראויה לטיפול משפטי מובחן, שיפנים את לקחי השיטות הזרות ויתאים את דוקטרינת האכיפה הסלקטיבית למשפט הישראלי.

מאז טענת האכיפה הסלקטיבית קנתה לה מהלכים בפסיקה בישראל, ותעיד על כך עבודת העדכון המרובה שנעשתה לצורך הוצאת הספר שראשיתו בדוקטורט. עם זאת טרם התגבשה בישראל תורה קוהרנטית בדבר אכיפה סלקטיבית. במרבית המקרים, עילת האכיפה הסלקטיבית נדונה במסגרת טענת ה"הגנה מן הצדק", בלא ההבחנה המתבקשת בין שתי הטענות. במקביל לכך, כמו במקרים אחרים שבהם נפתח צוהר להעלאתה של טענה חדשה, השימוש בה מופרז עד כדי חשש לזילות. תופעות אלה מחזקות את החשיבות של התוויית דוקטרינה ברורה בדבר אכיפה סלקטיבית, שתסייע לקידום ההליך ההוגן.

גם לאחר השלמת כתיבת הספר חלו התפתחויות רבות, שיידונו ב"אחרית דבר". מבין התפתחויות אלה יצוין עיגונה בחוק של ההגנה מן הצדק. הגם שבבסיס הספר עומדת הטענה כי יש לנתק את עילת האכיפה הסלקטיבית מכבלי ההגנה מן הצדק, הרי שאין להתעלם מהתפתחות חשובה זו. תוכנית ההתנתקות, שגררה התבטאויות קשות מקרב הציבור שחש פגוע, גם נתנה הזדמנות לבתי המשפט לדון בטענות אכיפה סלקטיבית בקשר לאישומים שביסודם התבטאויות נגד השלטון. פסקי הדין הסותרים שניתנו בסוגיה מדגישים ביתר שאת את הצורך בקווים מנחים בדבר מהותם של אכיפה סלקטיבית פסולה (להבדיל מאכיפה חלקית מותרת), מרכיביה והסעדים כנגדה.

ולבסוף שלמי תודה. ראשית, ברצוני להודות מקרב לב לפרופ' יצחק זמיר, אשר מלווה אותי מתחילת דרכי האקדמית. פרופ' זמיר היה מורי למשפט ציבורי בשנה א ללימודיי במחזור הראשון של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, ונטע בי את האהבה למשפט הציבורי. לאחר מכן שימש כמאמן שלי בהתמחות בבית המשפט העליון וכאמור הנחה אותי בעבודת הדוקטור שהיא הבסיס לספר זה. פרופ' זמיר, ששימש בעבר גם כיועץ המשפטי לממשלה, ניאות גם להתראיין לצורך המחקר. אני מודה גם לכל המרואיינים האחרים אשר תובנותיהם סייעו לי לקשר בין התאוריה לפרקטיקה הנוהגת

### אכיפה סלקטיבית

בישראל: נשיאת בית המשפט העליון דורית ביניש, השופטת נאוה בן-אור, עו"ד דורון אבני, רב-ניצב (בדימ') יהודה וילק, עו"ד טלי ירון-אלדר, עו"ד משה מזרחי ועו"ד דרור שטרומ. תודה מיוחדת שלוחה לעו"ד אלעד פלד על עזרתו המצוינת בעדכון הספר.

## הקדמה

מאת

יצחק זמיר\*

מדינת ישראל הצליחה בצורה מרשימה לפתח משפט מתקדם ומתוחכם, אך היא לא הצליחה לגשר כראוי על הפער שבין המשפט לבין החיים, ולא פעם נוצר רושם שהלכה ומעשה הם שני עולמות נפרדים. כך, לדוגמה, לאחר טירחה מרובה וממושכת, הכרוכה בהתדיינות משפטית, ניתן פסק דין; ואז הוא עלול להיתקע כאבן שאין לה הופכין בלשכת ההוצאה לפועל. עוד דוגמה: הממשלה משקיעה משאבים רבים כדי להכין הצעת חוק רצינית לפתרון בעיה לאומית והכנסת מוציאה מתחת ידה חוק יפה, אך החוק עלול להישאר אות מתה בלי שהממשלה או הכנסת יקיימו מעקב אחר ביצוע החוק, כדי לברר אם בפועל מקיימים אותו, מה יש לעשות כדי שיתבצע ואם יש צורך לתקנו. ולבסוף: כאשר המשטרה ורשויות שלטוניות אחרות, כמו פקחים עירוניים, פועלות לאכיפת חוק, לעתים מזומנות האכיפה היא חלקית או מזדמנת, ואולי אפילו שרירותית, ושוב נוצר פער בין המשפט, המצפה לציית מלא ודורש אכיפה מקיפה, לבין המציאות.

הפער הזה, שמכרסם בשלטון החוק, הוא נושא הספר הזה. הספר עוסק באכיפה לקויה של החוק. אכן, אכיפה שלמה ומושלמת היא חזון אחרית הימים. הצירוף של יצר לב האדם עם מגבלות השלטון פותח שער לעבריינים. את העבריינות יש לראות כתופעת טבע, אולם יש להתייחס אליה כתופעה שראוי ואפשר להתגונן מפניה. התפקיד הזה מוטל על השלטון. השלטון, בחברה דמוקרטית, חייב למלא תפקיד זה, במסגרת המשאבים שהוקצו לשם כך, באופן הוגן ושוויוני. אי לכך, מצד אחד הכרח הוא להשלים עם אכיפה חלקית של החוק, משום שלשלטון אין מספיק משאבים, בישראל כמו במדינות אחרות, לצורך אכיפה מלאה. לכן למשל צריך להשלים עם ביקורת מדגמית של נישומים על ידי רשויות המס. עם זאת החובה לפעול באופן הוגן ושוויוני דורשת מן השלטון שהאכיפה לא תהיה שרירותית או מפלה.

אכיפה שרירותית או מפלה היא אכיפה סלקטיבית, או, בלשונו של בית המשפט, אכיפה בררנית. אכיפה כזאת מקוממת מבחינת הצדק; היא עלולה לערער את שלטון החוק; היא מחטיאה את מטרת האכיפה. נוסף על כך, היא גם בלתי חוקית, שכן היא

\* שופט (בדימוס) בית המשפט העליון.

## אכיפה סלקטיבית

סוטה מכללי המשפט המחייבים כל רשות שלטונית להפעיל שיקול דעת, לשקול רק שיקולים ענייניים ולפעול על פי עקרון השוויון. כל אלה אין בהם כדי למנוע את התופעה של אכיפה סלקטיבית. איש אינו יודע עד כמה תופעה זאת רחבה או עמוקה. רק לעתים רחוקות מועלית הטענה בפומבי וזוכה לתהודה ציבורית, ורק במקרים נדירים אפשר להוכיח אכיפה סלקטיבית, עם זאת ייתכן כי מקרים כאלה אינם אלא קצה הקרחון הגלוי לעין.

מפליא הדבר שרק בשנת 1999 הכיר בית המשפט בלשון מפורשת ומפורטת בתופעה של אכיפה בררנית כתופעה העומדת בפני עצמה ופסק שהיא בלתי-חוקית<sup>1</sup>, אך מאז התחילה מתגבשת מודעות, לא רק לעצם קיומה של התופעה, אלא גם למשמעות ולחשיבות שלה. המודעות באה לידי ביטוי, בין השאר, בעבודת דוקטור של מיכל טמיר שהוקדשה לאכיפה סלקטיבית ועכשיו בספר זה, שהוא עיבוד של עבודת הדוקטור. ספר זה מציג בצורה שיטתית, יסודית ורהוטה את הנושא של אכיפה סלקטיבית. לצורך מתן תמונה רחבה, הוא עוסק גם ברקע הכלכלי של הנושא ועורך השוואה לדין החל בנושא זה במדינות אחרות. תרומה מרכזית של הספר היא בדיון על שאלת החשיבות של הנושא, שכן רק מודעות כזאת נותנת סיכוי לפיתוח הנושא, לאחר תרדמה ארוכה, ובכלל זה לגיבוש כללים וסעדים לצורך מאבק בתופעה של אכיפה סלקטיבית. הספר מניח תשתית עיונית לכללי המשפט בדבר אכיפה סלקטיבית ונותן בידי אנשי המעשה את הכלים הנדרשים כדי לבחון ולתקוף מקרים של אכיפה כזאת. ד"ר מיכל טמיר, שכיום היא מרצה למשפטים, עשתה עבודה חלוצית ומצויינת בהצגת הנושא של אכיפה סלקטיבית ובהעמדתו על סדר היום הציבורי.

1 בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289.

## פרק ראשון

### מבוא

במדינת המינהל המודרנית חוקים ותקנות רבים מעניקים לרשויות המינהליות השונות סמכויות לבצע אותם, ובהן סמכויות אכיפה מגוונות. לרשויות יש, ככלל, שיקול דעת באכיפה. שיקול דעת זה מתייחס לבחירת החיקוקים<sup>1</sup>, המקרים והקבוצות או הפרטים שבעניינם תבצע האכיפה. המגבלה האינהרנטית של משאבים אינה מאפשרת אכיפה מלאה. אכיפה היא אפוא חלקית. אכיפה סלקטיבית – שבה ספר זה עוסק – היא אכיפה חלקית-פסולה, שיסודה בהפעלה שלא כדין של שיקול הדעת, באופן המביא להבחנה לא ראויה בין מקרים דומים.

תופעת האכיפה הסלקטיבית מתייחסת הן לאכיפה של חיקוקים פליליים הן לסמכויות מגוונות אחרות. הספר עוסק בתופעת האכיפה הסלקטיבית בכללותה ומשתמש בדוגמאות שאינן דווקא מתחום אכיפת החוק הפלילי, כגון אכיפה סלקטיבית של דין משמעתי; אכיפה סלקטיבית של הסמכות המינהלית לתת היתרים או רשיונות, שפעולה בניגוד אליהם היא עבירה פלילית; אכיפה סלקטיבית של צווי הריסה וכדומה. עם זאת יינתן דגש לאכיפה סלקטיבית של חיקוקים פליליים, הן משום שבתחום זה התופעה מקוממת במיוחד בשל המשמעויות הקשות של הגשת אישום פלילי, הן בשל היכולת להשוות את סמכויות האכיפה הפלילית בארץ לסמכויות מקבילות בעולם, על מאפייני שיקול הדעת המיוחדים שלהן<sup>2</sup>. תופעת האכיפה הסלקטיבית היא תופעה חברתית הראויה לטיפול ולדין משפטי. הדבר מתחייב בראש ובראשונה מהיקפה הנרחב של התופעה. אמנם, לעומת ההערכות שהובאו בארצות-הברית באשר להיבט הכמותי של התופעה<sup>3</sup>, הרי שבישראל אין נתונים מדויקים

1 "חיקוק" מוגדר בסעיף 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, כ"חוק או תקנה". מאחר ועניינו של הספר באכיפה סלקטיבית של חוקים או תקנות, כאשר לא תהיה משמעות להבחנה בין חוק לבין תקנה – ייעשה לעתים שימוש במונח "חיקוק".

2 ראו להלן, פרק שני העוסק בשיקול הדעת בסמכויות האכיפה, בין היתר מתוך מבט השוואתי בין ישראל, ארצות-הברית, אנגליה וגרמניה. מטבע הדברים, השוואה פרטנית שכוזו (הכוללת את הפרמטרים של חקירה, העמדה לדין ומעמד התביעה), תיעשה לגבי מערכת האכיפה הגדולה ביותר, דהיינו אכיפת החוק הפלילי, ולא לגבי סמכויות אכיפה "קטנות" יותר.

3 פרופ' Kenneth Davis תיאר כבר לפני שנים את האכיפה הסלקטיבית בארצות-הברית כ"מאפיין דומיננטי של השיטה המשפטית" וטען כי מעל מחצית מסמכויות שיקול הדעת בתחום האכיפה מופעלות באופן סלקטיבי; ראו K.C. Davis *Discretionary Justice – A Preliminary Inquiry* (University of Illinois, 1971), 166: "I think that selective

## אכיפה סלקטיבית

בנקודה זו. עם זאת מהפסיקה העוסקת בסוגיה – גם אם זו אינה מכנה את התופעה בשם – ומראיונות שערכתי עם בכירים בתחום האכיפה, עולה כי התופעה קיימת במידה ניכרת גם בישראל ואין מדובר בחשש תאורטי, מופשט או רחוק. זאת ועוד, להיבט הכמותי מתווסף ההיבט האיכותי. תופעת האכיפה הסלקטיבית היא תופעה פסולה בעלת השלכות שליליות רבות לשלטון החוק, לחברה בכללותה וליחידים אשר החוק נאכף כנגדם<sup>4</sup>. יתרה מזאת, התופעה מלווית בדרך כלל בפגיעה בזכויות יסוד, ובראשן הזכות לשוויון. לאור זאת, ייטען בספר כי יש לפתח עילת ביקורת שיפוטית, שמטרתה להתמודד עם התופעה של אכיפה סלקטיבית פסולה. מבחינה טרמינולוגית, במקרים שבהם ההתייחסות היא אל התופעה של אכיפה סלקטיבית כמצב עובדתי, ייעשה בחיבור זה שימוש במינוח "תופעה" ואילו במקרים שבהם הכוונה היא אל הקטגוריה המשפטית המטפלת בתופעה, דהיינו הבסיס לביקורת השיפוטית, ייעשה שימוש במינוח "עילה".

לתופעת האכיפה הסלקטיבית היבטים ייחודיים, הנובעים הן ממהות הרשויות הרלוונטיות הן ממהות הסמכות. באשר למיהות הרשות, הרי שמבחינה היסטורית רשויות האכיפה במשפט האנגלו-אמריקני זכו למעמד מיוחד, באופן שהשפיע על נכונות בתי המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על רשויות אלה ועל היקף הביקורת<sup>5</sup>. אמנם, בשנים האחרונות פחתה במידת מה הרתיעה של בתי המשפט בארצות-הברית, באנגליה ובעיקר בישראל, מלהעביר ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה, אך דומה כי הן עדיין זוכות למעמד מיוחד לעומת רשויות אחרות. באשר למהות הסמכות, הרי שלסמכויות האכיפה מוקנה שיקול דעת רחב במיוחד, גם על רקע שיקול הדעת הרחב המוקנה כרגיל לרשויות במדינת המינהל המודרנית<sup>6</sup>. יתרה מזאת, סמכויות אלה טומנות בחובן היבטים ייחודיים. כך למשל "סלחנות", שיכולה הייתה אולי להיתפס כחיובית בהקשר לסמכויות אחרות, עשויה לקבל משמעות שלילית כשמדובר בסמכויות אכיפה. על רקע זה ייטען בספר כי לא זו בלבד שתופעת האכיפה הסלקטיבית היא תופעה חברתית הראויה לטיפול משפטי, אלא שטיפול זה ראוי שיעשה במסגרת עילה מובחנת. בהקשר זה יובהר שעילת האכיפה הסלקטיבית אינה עילה עצמאית, במובן זה שבדרך כלל היא תיגזר מפגמים אחרים בשיקול הדעת המינהלי, כגון אפליה, שיקולים זרים, חוסר סבירות או חוסר מידתיות. עם זאת אכיפה סלקטיבית ראויה לדיון מובחן (distinct), דהיינו דיון המזהה את התופעה ומטפל בה לא רק

enforcement may account for about half of all the discretionary power that is exercised in individual cases in our entire legal system, and I think it is more likely to be more

.than half than less than half"

4 ראו להלן, בפרק הרביעי, סעיף ב.

5 ראו להלן, דיון נרחב בפרק החמישי.

6 ראו להלן, דיון נרחב בפרק השני.



באופן נפרד אלא אף באופן מובדל, המאפיין באופן ספציפי את התופעה הנדונה<sup>7</sup>. משמעות הדבר היא שלעילה זו יהיו כללים משפטיים נבדלים העוסקים בזיהוי מרכיביה, בנטל ההוכחה ובסעדים המוקנים במקרים שבהם הוכחה סלקטיביות פסולה וקמה העילה. בחירת שם העילה אף היא טעונה הבהרה. בעבר, כאשר הועלו טענות של מנהגים פסולים של אי-אכיפה או אפליה באכיפה, בתי המשפט בדרך כלל לא כינו את הבעיה בשם. הרטוריקה המקובלת במקרים של אפליה באכיפה הייתה לומר, ששגגה שיצאה מלפני הרשות אין היא חייבת לחזור עליה אך ורק כדי לתת סיפוק לעקרון אי-האפליה, וכי מותר לרשות לומר ברגע מסוים "עד כאן ולא יותר. מלאה הסאה ואין להוסיף עליה"<sup>8</sup>. עם זאת למרות הרטוריקה של עליונות החוק, בתי המשפט הכירו לעתים במציאות החברתית ונתנו נפקות משפטית זו או אחרת למנהגי האכיפה של הרשויות בכואם להכריע בהתדיינות מינהלית או פלילית<sup>9</sup>. בית המשפט העליון הגדיר לראשונה אכיפה סלקטיבית בבג"ץ זקין<sup>10</sup>, שבו נטען כי חוק עזר שהסדיר שילוט נאכף רק כנגד מי שמתח ביקורת אישית נגד ראש העיר. השופט יצחק זמיר כינה את התופעה "אכיפה בררנית", שאותה הגדיר כ"אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או על יסוד שרירות גרידא"<sup>11</sup>. הגדרה זו היא הגדרה רחבה, הכוללת שרירות ולא רק אפליה על בסיס סיווג פסול, בניגוד למצב בארצות-הברית, שם מותרת סלקטיביות מסוימת באכיפת החוק כל עוד אינה מבוססת על קריטריון פסול<sup>12</sup>.

בספר זה בחרתי לכנות את התופעה ואת העילה "אכיפה סלקטיבית", ולא "אכיפה מפלה" (discriminatory enforcement) – כפי שלעתים מכונה העילה בארצות-הברית – שכן, כפי שיובהר בהמשך<sup>13</sup>, יש מקום לדחות את דרישת "המניע להפלות", אשר מתחייבת בארצות-הברית לצורך הוכחת העילה ולהכיר בסלקטיביות פסולה גם כשיסודה בפגמים אחרים שנפלו בשיקול הדעת המינהלי. המונח "אכיפה סלקטיבית" עדיף בעיניי גם על המונח "אכיפה בררנית", שכן "בררנות" היא מילה בעלת שדה סמנטי רחב יותר עם משמעויות כלליות יותר<sup>14</sup>. יתרה מזאת, בעוד "בררנות" עשויה לכלול גם משמעויות של

7 ראו א' אבניון מילה במילה – אוצר המילים הנרדפות, ניגודים ושרות סמנטיים (איתאב, 2000) (להלן: התזאורוס), 278. על פי התזאורוס, "מובחן" משמעו: "ידוע", "מוכר", "מזוהה", "מפורסם", "מבוקר" ו"מובדל" (מאפיין).

8 ראו למשל בג"ץ 146/66 הרשקוביץ נ' הוועדה המחוזית לבניה ולתכנון עיר, פ"ד כ(2) 518, 519; בג"ץ 301/69 שמילביץ ורון נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כד(1) 302, 305.

9 לסקירת הפסיקה הישראלית ראו להלן, בפרק השלישי, סעיף ב; בפרק השישי, סעיף ב-1.

10 בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (להלן: בג"ץ זקין).

11 שם, בעמ' 305.

12 ראו למשל *Oyler v. Boles* 368 U.S. 448 (1962).

13 ראו להלן, דיון נרחב בפרק השלישי.

14 "בררנות" כוללת אמנם "בחירה" ו"סלקטיביות", אך גם "בדקנות", "דקדקנות", "חטטנות",

## אכיפה סלקטיבית

“עודפות”, דהיינו נטייה לברור יתר, הרי שסלקטיביות משמעה אמנם “בחירה” ו”ברירה”, אלא שאין בהם היבט של “עודפות”.

כאמור, בארצות-הברית מדובר בעילה מוכרת ומובחנת בשם “אכיפה סלקטיבית” או “אכיפה מפלה”. עילה זו הוכרה כבר בשנת 1886 בפרשת *Yick Wo*<sup>15</sup> ומאז פותחה ועודנה. הדוקטרינה הרחבה שהתפתחה בהקשר לעילה כוללת דיון נרחב בסוגיות כגון מרכיבי העילה, נטלי ההוכחה והסעדים הניתנים על פיה. לעומת זאת במשפט הישראלי חסר דיון יסודי בתופעת האכיפה הסלקטיבית ורבות השאלות הפתוחות שטרם זכו לליבון יסודי. חסר זה מתבטא ראשית בהיעדר הגדרה מספקת של הדין המהותי שהפרתו יוצרת פגם משפטי או עילת ביקורת על האקט המינהלי. במילים אחרות, חסר דיון בשאלה מתי אכיפה חלקית היא אכיפה סלקטיבית ולכן פסולה<sup>16</sup>; שנית, החסר מתבטא בהיבט של הסעד, דהיינו בשאלה מהי הנפקות המשפטית של הוכחת הפגם; שלישית, חסר קיים בסוגיות נלוות והכרחיות, כגון מידת ההוכחה הנדרשת לצורך הקמתה של עילת הביקורת<sup>17</sup>.

היה ניתן להבחין בבעייתיות בהגדרתה של העילה ובשאלת הסעד הראוי במקרה של הוכחתה כבר בפסקי הדין של הרוב והמיעוט בע”פ תורג’מן<sup>18</sup> שעסק באכיפה סלקטיבית, אם כי עדיין ללא כינוי התופעה בשם. בעניין זה טענה המערערת, שהורשעה בעבירות סרסרות לזנות והחזקת מקום לשם זנות, כי מדיניותה המוצהרת של המשטרה היא להשלים עם מכוני הליווי, וכי היא פועלת כנגדם רק במקרים בודדים ונדירים שבהם יש תלונות של השכנים. דעת הרוב בבית המשפט העליון<sup>19</sup> הייתה כי אין באוזלת ידה של המשטרה –

- 15 “קפדנות” ואפילו “גרגרנות”; ראו התזאורוס (לעיל, הערה 7), בעמ’ 72. *Yick Wo v. Hopkins, Sheriff* 118 U.S. 356 (1886). בפסק הדין קבע בית המשפט העליון כי רשות ציבורית אשר מיישמת חוק, שמנוסח על פניו באופן הוגן ושוויוני, בדרך אשר יוצרת אפליה בלתי הוגנת בין אנשים אשר אין הבדלים רלוונטיים ביניהם, מפרה את זכות השוויון המוגנת בתיקון ה-14 לחוקה. בעניין זה העותר הורשע בהפרת צו שקבע שהחזקת מכבסה ללא קבלת אישור המועצה היא אסורה, אלא אם המכבסה ממוקמת בבית אבן או לבנים. בית המשפט ביסס את קביעתו, שלפיה בהרשעה יש משום פגיעה בזכות חוקתית, על העובדה שהמועצה הפלתה אנשים ששייכים לקהילה הסינית על ידי סירוב לאשר את בקשותיהם להחזקת מכבסות, בעוד היתרים כאלה ניתנו ללבנים.
- 16 במסגרת הראיונות שערכתי עם אנשים אשר מלאו או ממלאים פונקציות בכירות בתחום אכיפת החוק, שאלתי כשאלה ראשונית מהי לדעתם “אכיפה סלקטיבית”. התשובות שקיבלתי מגוונות וכמובן לא אחידות.
- 17 ניתן להדגים את הבלבול השורר בסוגיה באמצעות דברים שנאמרו על ידי בית המשפט השלום בת”פ (ת”א) 3969/02 מדור תביעות פלילי ת”א נ’ יעקובסון, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 18.1.04): “...הסעד שינתן בגין אכיפה בררנית הוא סעד למניעת הפגיעה בעיקרון השוויון, ולא דווקא ביטול כתב האישום ועל כן על הסניגור להוכיח התעמרות של ממש בנאשמת”. משפט זה מערב את שאלת העילה, הסעד ומידת ההוכחה.
- 18 ע”פ 3520/91 תורג’מן נ’ מדינת-ישראל, פ”ד מז(1) 441.
- 19 דעת הרוב הייתה של השופטים מנחם אלון ודב לוין.

## פרק ראשון: מבוא

שאנוסה לנהוג כך בשל המחסור בכוח אדם – כדי להקל עם עבריינים המובאים לדין כתוצאה מהגשת תלונה נגדם על ידי השכנים, ואילו דעת המיעוט של השופט מישאל חשין הייתה כי מדיניות המשטרה הפכה חלק מהדין. בשל מדיניות המשטרה הוא בחר לראות בעבירות שעברה המערערת כעבירות מתחום המטרד הפלילי, וזו הייתה נקודת מוצאו לגזירת דינה – יום מאסר אחד.

הבעייתיות מודגמת אף בשני פסקי דין של השופט יצחק זמיר, שכאמור הגדיר לראשונה במשפט הישראלי את העילה של "אכיפה בררנית". בבג"ץ זקין נדרש השופט זמיר לסוגיה במסגרת תקיפה ישירה כנגד אכיפה סלקטיבית של חוק עזר שעסק בשילוט. השופט זמיר קבע כי במקרים הנדירים שבהם ניתן להוכיח אכיפה כזו, מן הראוי שתהיה לכך נפקות משפטית. הוכחה לכאורה של אכיפה פסולה כזו תערער את חזקת החוקיות ותעביר את הנטל לרשות להוכיח שהחלטה תקינה<sup>20</sup>. לעומת זאת בעניין מוטיל<sup>21</sup>, שבו נטענה טענה של אכיפה סלקטיבית בתקיפה עקיפה במסגרת דין משמעת, השופט זמיר ציין כי אמנם אין להקל ראש בטענה, אך קבע כי מבחינתו של בית הדין או בית המשפט הדין בעניין, העובדה כי עובדים רבים נוספים נוהגים לעבור את העבירה באופן גלוי ומתמשך אינה מכשירה את העבירה. יתירה מזאת, ראוי להיאבק בעבירה כזאת ביתר נחישות, גם כשמדובר באחד העבריינים, כדי שאחרים יראו וייראו<sup>22</sup>. אמנם, קיימים הבדלים רבים בין שני פסקי הדין. כך למשל, בבג"ץ זקין דובר בתקיפה ישירה והייתה מעורבת אף פגיעה בחופש הביטוי, בעוד שבעניין מוטיל דובר בתקיפה עקיפה והאלמנט של הרתעה וחינוך היה דומיננטי יותר. למרות זאת ההבדלים בגישות שהובעו בשני פסקי הדין מחייבים דיון מקיף הן בהגדרת העילה של אכיפה סלקטיבית הן בשאלת הסעד.

לא זו אף זו, בפסק דין מאוחר להלכת זקין, שניתן על ידי בית המשפט המחוזי, נשללה לחלוטין הביקורת השיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית. וכך אמר שם השופט זאב המר:

לא יעלה על הדעת שהדיון הפלילי בכתב אישום, יהפוך לדיון מינהלי בכל הסוגיות העשויות להתעורר במסגרת טענות של אפליה, באישום על ניהול עסק ללא רשיון...

אדם העובר עבירה משום שהופלה ע"י הרשויות, אינו אחראי בפלילים? הרי האפליה, איננה מנויה בין "הסייגים לפליליות המעשה" ... ומעולם לא שמעתי, כי אפליה פוטרת מאחריות פלילית, או שהיא מבטלת את הפליליות

20 בג"ץ זקין (לעיל, הערה 10), בעמ' 308. עם זאת באותו מקרה מאחר שהשלטים כבר הוסרו, בית המשפט הסתפק בסעד הצהרתי בלבד.

21 עש"מ 6978/00 מוטיל נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נד(4) 865.

22 עם זאת בית המשפט ראה בכך שלא הושג על העובד עונש של פיטורין אלא אמצעי משמעת אחרים, התחשבות בטענה במסגרת העונש.

## אכיפה סלקטיבית

שבמעשה. אדם "לא אשם", כי ביצע את מעשה העבירה בשל אפליה?  
תמיהני<sup>23</sup>.

הפסיקה בארץ לוקה אפוא בחוסר אחידות ובחוסר שיטתיות בדונה בטענות של אכיפה סלקטיבית<sup>24</sup>, ואילו בספרות בארץ חסר מחקר מקיף וכולל בסוגיה, על היבטיה העקרוניים והמעשיים. מטרת ספר זה היא לדון, ראשית, בבעיות העקרוניות שמעוררת אכיפה סלקטיבית, מתוך ניסיון להוכיח כי מדובר בתופעה חברתית הראויה לטיפול משפטי מובחן, ושנית, לנסות להתוות קווים מנחים בסוגיות מעשיות, הכוללות את הגדרתה של אכיפה סלקטיבית פסולה וביסוסה של העילה; את המסגרת הראויה להעלאת הטענה; את דרכי הוכחת העילה; את הנפקות שבית המשפט צריך לייחס לאכיפה סלקטיבית ואת ההשלכות הנובעות מכך על הדין הקיים ועל היכולת של רשויות האכיפה לחזור בהן מן הדרך של אכיפה סלקטיבית.

מקור התופעה של אכיפה סלקטיבית הוא בשיקול הדעת של רשויות האכיפה. שיקול דעת זה, המוקנה לרשויות המינהל במדינה המודרנית ורחב במיוחד בתחום האכיפה, הוא מאפיין בולט של סמכויות אלה בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות, אשר ישראל משתייכת אליהן. בכך יעסוק הפרק השני, אשר לאחר הגדרת התופעה ותחמת הנושא של אכיפה סלקטיבית יבחן את שאלת היכולת והכדאיות של אכיפה מלאה, כהקדמה והכנת הקרקע לבחינת הגדרתה של אכיפה סלקטיבית-פסולה והבחנתה מאכיפה חלקית-לגיטימית. בפרק יסקרו הסוגים השונים של שיקול הדעת המוקנה לרשויות האכיפה ותערך השוואה של שיקול הדעת המוקנה לרשויות האכיפה הפלילית בישראל, בארצות-הברית, באנגליה ובגרמניה. גרמניה תובא כדוגמה למדינה קונטיננטלית, שבה שיקול הדעת באכיפת החוק הפלילי מצומצם מזה הנהוג במשפט האנגלו-אמריקני, אך עדיין קיים במידה המאפשרת סלקטיביות מסוימת ואפילו שימוש לרעה בסמכות. מטרת הפרק תהיה להראות כי שיקול דעת הוא מאפיין הכרחי, אך הוא טומן בחובו סיכונים אינהרנטיים, וביניהם אכיפה סלקטיבית פסולה. על כן גם אם מתן שיקול דעת אינו נמנע, אין להסכים עם הטענה שאכיפה סלקטיבית היא בלתי נמנעת. התמודדות עם אכיפה סלקטיבית מחייבת ביקורת

23 ע"פ (ת"א) 80074/99 ג'רבי נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.3.00). פסק הדין צוטט על ידי בית משפט השלום בת"פ (ת"א) 4162/02 מדינת ישראל נ' פולק, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 15.2.04) שבו אמרה השופטת דורית רייך-שפירא: "טוען הסנגור, אם השכלתי להבין טענתו, שהנאשם הופלה לרעה על-ידי הרשויות לעומת מהנדס הוועדה שלא הועמד לדין. גם אם העובדה נכונה כשלעצמה, אין בה כדי לעזור לנאשם... אכיפה סלקטיבית לא תשמע כטענת הגנה במשפט פלילי, וקיומה איננו גורר מחיקת כתב האישום".

24 ניסיון לעשיית סדר מסוים נעשה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776. עם זאת העילה לא נדונה כעילה מובחנת אלא כחלק מטענת "הגנה מן הצדק"; ראו להלן, בפרק השלישי, סעיף ג.

שיפוטית ראויה. פיתוח כלים לביקורת שיפוטית כזו דורש – לאור ייחודיות הסוגיה, מצד אחד, והיקפה הרחב, מצד אחר – התייחסות מובחנת אל התופעה של אכיפה סלקטיבית, במובן של הגדרת הדין המהותי החל על הסוגיה ושל בחינת התוצאות המשפטיות של הפרת הדין.

בפרק השלישי ייבחן הדין המהותי החל על הסוגיה, כדי לענות על השאלה מהי אכיפה סלקטיבית פסולה (להבדיל מאכיפה חלקית-לגיטימית), וכפועל יוצא – מהי דמותה ומהם מרכיביה של עילת הביקורת השיפוטית המתמודדת עם התופעה. הניסיון להגדיר את העילה בישראל ייעשה בהשוואה לדין בארצות הברית, שבו קיימת כבר משנת 1886 עילת ביקורת שיפוטית מובחנת, הנגזרת מהזכות החוקתית לשוויון. לאחר ניתוח מפורט של הדין האמריקני, במישור מרכיבי העילה והחריגים לה, והעברת ביקורת עליו, אנסה להתוות את הדין הראוי בארץ, תוך מיפוי הפסיקה הקיימת והתייחסות אל המאפיינים הייחודיים של המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי ואל ההבדלים בין שיטות המשפט השונות. כך למשל העובדה כי עילת האכיפה הסלקטיבית בארצות הברית היא למעשה טענה להפרת הזכות לשוויון היא אחת הסיבות לכך שהדין האמריקני – למרות הביקורת הרבה המופנית נגדו – עדיין דורש הוכחת מניע פסול לצורך הקמת העילה. לעומת זאת העילה המוצעת בישראל יכולה להיגזר מפגמים שונים במעשה המינהלי, כגון אפליה, שיקולים זרים, שרירות, חוסר סבירות וחוסר מידתיות. לאור זאת ניתן להקיש וללמוד על הדין המהותי ועל הפרתו מדוקטרינות שונות החולשות על שיקול הדעת המינהלי. מאחר שהדין בארץ אינו מותיר כל ספק כי הדגש בביקורת השיפוטית על מעשי המינהל הוא במהות ולא בצורה, המניע שביסוד מעשה הרשות לא צריך להיות תנאי להוכחת העילה. תוצאה נחזית של אכיפה סלקטיבית היא תוצאה פסולה, גם אם מבחינה סובייקטיבית לרשות האכיפה לא הייתה כל כוונה כזאת. יתרה מזאת, גם אם הדגש בדיון באכיפה סלקטיבית יושם על הפרת הזכות לשוויון, הרי שזכות זו פותחה באנגליה ובישראל כזכות יחסית ואף עיגונה החקיקתי אינו שולל את יחסיותה ואת היכולת לאזן בינה לבין זכויות ואינטרסים אחרים. אין מניעה אפוא מלהחיל את הזכות לשוויון גם בהקשרים של אכיפה ולהכיר בעילה רחבה של אכיפה סלקטיבית ללא דרישות מצירות כמו כוונה להפלות, או קביעת חריגים כגון איתחולת הטענה בהקשר של אכיפה פלילית. האינטרסים הראויים האחרים יובאו כולם בחשבון במסגרת האיזון שיעשה לגוף העניין. זאת ועוד, השיקולים כבדי המשקל שגרמו בארצות הברית לצמצום העילה יוכלו לבוא לידי ביטוי בארץ בהשפעתם על מישור הסעד.

לאחר שיתוו הקווים המנחים לבחינת השאלה מהי אכיפה סלקטיבית פסולה, וכפועל יוצא מכך מהי דמותה של עילת ביקורת בדבר "אכיפה סלקטיבית", יהיה צורך לתת מענה לשאלת התועלת בהכרה בעילה זו ולחשיבות הדיון המובחן בתופעת האכיפה הסלקטיבית. בכך יעסוק הפרק הרביעי, שבו ייעשה ניסיון להתמודד עם שני פנים של הסוגיה. הפן הראשון, עניינו בשאלה אם ראוי שבית המשפט יעביר ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה

## אכיפה סלקטיבית

סלקטיבית. לצורך מתן מענה לשאלה זו יובהרו, ראשית, הבעיות הקשות שמעוררת תופעת האכיפה הסלקטיבית שמצדיקות, לדעתי, ביקורת שיפוטית שתתן נפקות להוכחת התופעה. לאחר מכן אנסה להתמודד עם הטיעונים שהועלו בארץ ובעולם נגד ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית ואראה כי לבית המשפט הישראלי יש סמכות, כמו גם כלים מתאימים, להעביר ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה גם בעילה זו. שנית, אדון במידת הצורך בדיון מובחן בתופעת האכיפה הסלקטיבית, להבדיל מדיון בתופעה תחת המסגרת של עילות ביקורת אחרות. בהקשר זה אראה כי יש מקום לדיון מובחן בתופעה, הגם שברוב המקרים ניתן לזהות ביסודה פגמים אחרים בפעילות המינהלית, ובייחוד אפליה, שיקולים זרים, חוסר סבירות או חוסר מידתיות. דהיינו, גם אם אכיפה סלקטיבית אינה עילת ביקורת עצמאית אלא עילה נגזרת, הרי שיש מקום לדיון מובחן בתופעה, על היבטיה הייחודיים<sup>25</sup>. ההכרה בעילה מובחנת של אכיפה סלקטיבית אינה נותנת מענה לשאלה אם בתי המשפט יהיו נכונים להעביר ביקורת שיפוטית בעילה זו. בפרק החמישי אבחן את התפתחות הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה בארץ, בארצות-הברית, באנגליה ובגרמניה, על מנת לסרטט תמונת מצב עדכנית ולבחון את המסגרת שבתוכה תשתלב הביקורת השיפוטית בעילה החדשה. אנסה להראות כי המשפט הישראלי אמנם ירש מסורת אנגלו-אמריקנית של אי-התערבות בשיקול דעת רשויות האכיפה, אשר שונה מאוד מגישת המשפט הגרמני, שאינו מסתייג מהעברת ביקורת שיפוטית על רשויות אכיפה, עד כדי התערבות בשיקולי מדיניות והחלפת שיקול דעתן של הרשויות בשיקול דעתו של בית המשפט, אלא שהמשפט הישראלי השתחרר במידה רבה מהמסורת האנגלו-אמריקנית ונכונותו להעביר ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה רחבה מאשר בארצות-הברית ובאנגליה. יתרה מזאת, גם באנגליה, אשר נעדרת חוקה, יש כיום תימוכין לפיקוח שיפוטי על התנהגותן של הרשויות המופקדות על אכיפת החוק עד כדי ביטול האישום (אם כי לא קיימת עילה מובחנת בשם "אכיפה סלקטיבית"). בארצות-הברית התפתחה דרישת מניע כמרכיב של עילת האכיפה המפלה, אשר מהווה מכניזם המאפשר לבתי המשפט להכיר בשיקול הדעת הרחב של רשויות האכיפה, אך בה בעת להעביר ביקורת שיפוטית באותם מקרים נדירים שבהם הפגיעה היא בלתי חוקתית. בישראל קיימים טעמים טובים שלא לאמץ את דרישת המניע הקיימת בארצות-הברית, ואילו ההתפתחויות בתחום הביקורת המינהלית והחוקתית מעידות

25 הדבר דומה לתופעה הייחודית של מינויים פוליטיים, אשר למרות שבבסיסה בדרך כלל שיקולים זרים או פגיעה בשוויון, היא ראויה לדיון מובחן. אמנם, תופעה זו לא זכתה לטיפול משפטי על ידי "עילה" נפרדת, אך יש הטוענים כי ראוי שיחולו עליה כללים משפטיים שונים, למשל ביחס להיקף תחולתה של "חזקת הכשרות" במצבים שבהם נטען למינוי פוליטי; ראו בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, ובעקבותיו מאמרו של י' זמיר "מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית" משפטים כא (תשנ"א) 145.

כי למרות ההכרה בשיקול דעתן הרחב של רשויות האכיפה, אין רתיעה מביקורת שיפוטית עליהן במקרים מתאימים.

שאלה אחרת היא, משהוכחה הפרת הדין, מהי הנפקות שבית המשפט צריך לייחס להפרה, דהיינו מה הן תוצאות הוכחת העילה של אכיפה סלקטיבית. בפרק השישי אסקור את הנפקויות השונות שנתנו בתי המשפט בישראל להוכחת מנהגי אכיפה סלקטיבית של רשויות, אשווה לסעדים שנתנו בתי המשפט בארצות-הברית במקום שבו הוכחה העילה של אכיפה סלקטיבית ואמליץ על הדין הראוי בשאלת הסעד. בהקשר זה יוצע כי במקביל להרחבה של הגדרת עילת האכיפה הסלקטיבית מעבר למצבים המכוסים על ידי העילה האמריקנית, יש לאמץ את תאוריית הבטלות (התוצאה) היחסית ולהקנות לבית המשפט גמישות בקביעת הסעד. גורמים כגון קיומה של כוונה להפלות, או מהותו של הסיווג המפלה – שמשמשים בארצות-הברית כחלק מהגדרת העילה – ישפיעו, עם שאר נסיבות העניין, על החלטתו של בית המשפט בשאלת הסעד הראוי. עוד ידון הפרק בדרך הדיונית הראויה להעלאת הטענה. יצוין כי הספר יתמקד בביקורת השיפוטית הראשונית על אכיפה סלקטיבית, כלומר באופן שבו בית המשפט צריך לנהוג כאשר נטענת טענה זו בתקיפה ישירה או במסגרת של תקיפה עקיפה, אף שהוכחתה של אכיפה סלקטיבית יכולה להשפיע על המשך ההליך המשפטי, מעבר לביקורת השיפוטית הראשונית<sup>26</sup>.

טענה של אכיפה סלקטיבית כרוכה בקשיי הוכחה לא מבוטלים, שכן על הטוענים לאכיפה סלקטיבית להציג נתונים הנמצאים, אם בכלל, בידי הרשות ואינם נגישים לאזרח. המצב היה קשה עוד יותר אילו אכיפה סלקטיבית הייתה מותרת כל עוד אין יסודה בשיקולים זרים, בדומה לדין בארצות-הברית. במצב כזה לא מספיק שהאזרח יראה כי החוק נאכף כלפיו בעוד אינו נאכף כלפי אחרים, אלא עליו להראות שיש רדיפה שלו (למשל בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת) או שהחוק נאכף נגדו מנימוקים בלתי כשרים. בקשיי הוכחה אלה ובסוגיות שונות בנושא הוכחה וראיות ידון הפרק השביעי. תחילה יסקר המצב המשפטי בארצות-הברית, שבה קיימת כאמור עילה מובחנת ודוקטרינה לגבי הדרישות להוכחתה, לאחר מכן יסקר הדין המצוי בארץ ויוצע הדין הרצוי בסוגיות כגון נטל ההוכחה לצורך הפרכת חזקת החוקיות, אופן בחינת הראיות המינהליות, זכות העיון בראיות התביעה וזכות הגישה למידע.

לבסוף, הפרק השמיני ינסה לתת כמה המלצות שמטרתן להביא לצמצום התופעה של אכיפה סלקטיבית כשלעצמה. ההנחה היא כי שמירה על עקרונות של מינהל תקין, מחד גיסא, עם ביקורת שיפוטית יעילה, מאידך גיסא, יובילו יחדיו למיגור תופעה זאת, שיש לה השלכות שליליות לשלטון החוק, לחברה ולפרטים עצמם. התמודדות עם התופעה של

26 כך למשל במישור ההעמדה לדין פלילי, הוכחתה של טענת אכיפה סלקטיבית יכולה להניב תוצאות שונות: ביטול אישום; השפעה על הכרעת הדין, כגון זיכוי או הטלת עבודות שירות ללא הרשעה; השפעה על הענישה, כגון הטלת עונש טכני בלבד.

## אכיפה סלקטיבית

אכיפה סלקטיבית מחייבת פעולה משותפת של כל מרכיבי המערכת, אשר אינם קיימים בחלל ריק אלא מושפעים זה מזה ופועלים תוך היזון חוזר ביניהם. בפרק ייטען כי הדרך להתמודד עם עיוותים בשיקול הדעת אינו על ידי ביטול שיקול הדעת אלא על ידי תחימתו למטרות שהוגדרו על ידי המחוקק, ובייחוד על ידי הבנייתו. הבניית שיקול הדעת דורשת, בין היתר, פעולה על סמך מדיניות קבועה וידועה מראש שתיושם על המקרים הקונקרטיים השונים וכן הבניה של אופן שינוי המדיניות, בדרך שלא תפגע בפרטים הראשונים שהחוק נאכף נגדם. הפרק יעסוק גם בעקרונות פרוצדורליים שונים, כמו הנמקה, זכות שימוע ושמירת רשומות, שיש לעמוד עליהם כחלק מהבניית שיקול הדעת וצמצום התופעה של אכיפה סלקטיבית פסולה. לבסוף ייטען כי הדרך הראויה לראות את מערכת האכיפה היא כמערכת המורכבת מתת-מערכות, שיש לחתור לתאום מקסימלי בפעולתן ובסדרי העדיפויות שביניהן. בית המשפט הוא החולייה האחרונה בשרשרת ותפקידו לתת נפקות למצב שבו מוכחת אכיפה סלקטיבית למרות הכול.

לצורך המחקר נערכו ראיונות עם אנשים אשר מילאו או ממלאים עדיין פונקציות בכירות בתחום האכיפה. תובנות ומסקנות שעלו מהראיונות משולבים בגוף הספר. הראיונות המלאים מצורפים כנספחים לספר.



## פרק שני

# שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

### א. הגדרת הבעיה ותחמת הנושא

אכיפה סלקטיבית עניינה מצב שבו למרות השוויון הלכאורי של חוקים או תקנות ניטרליים, אכיפת החיקוק היא מפלה, כתוצאה מפגמים שונים בשיקול הדעת המביאים לכך שרק פרטים המשתייכים לכמה קבוצות של מפרי חוק מועמדים לדין, או בשל בכך שיש מדיניות שונה של אכיפה המותנית בשיוך או בזהות המפר<sup>1</sup>. הדוגמה המובהקת לאכיפה סלקטיבית פסולה היא החלטה לאכוף חוק פלילי נגד פלוני ולא נגד אלמוני, על בסיס שיקולים הנוגעים לדתו, גזעו או מינו של פלוני או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני<sup>2</sup>.

אכיפה סלקטיבית אינה מתייחסת בהכרח לאכיפה של חיקוקים פליליים. כאשר לרשות אוכפת או לפקיד מינהלי יש שיקול דעת שלא לעשות דבר במקרה שאכיפה היא מוצדקת, התוצאה היא כוח לבצע אכיפה סלקטיבית. סמכות זו מתייחסת לבחירת החיקוקים שייאכפו, לבחירת המקרים שבהם חיקוקים אלה ייאכפו ולבחירת הקבוצות או הפרטים שכנגדם הם ייאכפו<sup>3</sup>. מטבע הדברים, אכיפה סלקטיבית של חוקים פליליים מקוממת במיוחד בשל המשמעויות הקשות של הגשת אישום פלילי, עם זאת אכיפה סלקטיבית יכולה להתייחס גם לסמכויות מגוונות אחרות, אשר הפעלתן יכולה לחרוץ גורלות או לפגוע בזכויות אדם<sup>4</sup>. כך

- 1 השוו R. Gavison "Custom in the Enforcement of the Law: The Power of the Attorney-General to Stay Criminal Proceedings" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 333, 335
- 2 בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נגד (3) 289 (להלן: בג"ץ זקין), 305.
- 3 ראו K.C. Davis *Discretionary Justice – A Preliminary Inquiry* (University of Illinois, 1971), 163.
- 4 Note "Judicial Control of Systematic Inadequacies in Federal Administrative Enforcement" 88 *Yale L. J.* (1978) 407. לשימוש מפלה בחוקים ניטרליים בישראל ראו א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א, מהדורה רביעית, תשנ"א), 311 – כדוגמה מובאת תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 אשר מסמיכה את המפקד הצבאי להכריז על שטחים סגורים. משמעות ההכרזה היא שאין לצאת או להיכנס לשטח כזה ללא היתר בכתב מאת המפקד הצבאי. למרות שתחולת התקנה היא אזורית ואין להפעיל אותה על בסיס קריטריון דתי או עדתי, לטענת רובינשטיין, הפיקוח על אזורים סגורים הופעל בעבר במסגרת

## אכיפה סלקטיבית

למשל תיתכן אכיפה סלקטיבית של דין משמעת<sup>5</sup>, אכיפה סלקטיבית של הסמכות המינהלית לתת היתרים או רשיונות אשר פעולה בניגוד אליהם מהווה עבירה פלילית<sup>6</sup>, אכיפה סלקטיבית של צווי גירוש<sup>7</sup>, של צווי הריסה<sup>8</sup>, של צווי הסגרה<sup>9</sup>, של צווי סגירה<sup>10</sup> וכדומה.

ייתכן גם ככה עתה כי יש הרואים באכיפה סלקטיבית מקרה פרטי של הסוגיה הכללית המכונה אפליה לטובת אחר<sup>11</sup>. סוגיה זו, המעוררת התנגשות חזיתית בין עקרון השוויון לעקרון החוקיות, זכתה לדיונים בפסיקה<sup>12</sup> ובספרות<sup>13</sup>. הכוונה למקרים שבהם פלוני טוען כי הוא מופלה לרעה בכך שהרשות המינהלית מעניקה לאחרים טובת הנאה בניגוד לדין, אך מסרבת לעשות כן במקרה שלו. אפליה כזו יכולה ללוש צורות שונות. במישור המינהלי הדבר יכול להתבטא למשל בסיווג שונה של מקרקעין זהים לכאורה באופן המשפיע על שומת אותם מקרקעין לצורכי מיסוי<sup>14</sup>. במישור האכיפה הפלילית, הדבר יכול להתבטא בטענה כי החיקוק נאכף רק כלפי קבוצות או פרטים מסוימים (אכיפה סלקטיבית), או שהחיקוק נאכף כלפי כולם למעט קבוצות או פרטים מסוימים (אי-אכיפה סלקטיבית).

“הממשל הצבאי” – בייחוד כלפי ערבים (יצוין כי הדוגמה אינה מובאת במהדורה החמישית ובמהדורה השישית של הספר).

- 5 ראו עש"מ 6978/00 מוטיל נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נד(4) 865.
- 6 פסק הדין הראשון בארצות-הברית שעסק באכיפה סלקטיבית דן במתן היתרים לניהול מכבסות בסן פרנסיסקו; ראו *Yick Wo v. Hopkins, Shriff* 118 U.S. 356 (1886). ראו גם בג"ץ 159/73 יצחקי נ' שר המשפטים, פ"ד כח(2) 692 – טענת סלקטיביות במתן היתרים לפרסום ידיעות שהגיעו לעובד ציבור במילוי תפקידו; בג"ץ 301/69 שמילביץ ורון נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כד(1) 302 – טענת סלקטיביות במתן היתרים לניהול עסק של דיסקוטק. בכל המקרים הללו פעולה ללא היתר גררה עבירה פלילית.
- 7 בג"ץ 100/85 בן ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 45; בג"ץ 458/85 בת ישראל נ' שר הפנים, פ"ד לט(3) 701.
- 8 ראו בג"ץ 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403; ע"פ (חי') 3089/03 בן אחמד נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 24.4.03); ע"פ (חי') 2291/01 פינטו נ' עיריית חיפה (לא פורסם, ניתן ביום 8.5.03) (הערעור בעליון נדחה ואינו מתייחס לסוגיית האכיפה הסלקטיבית; ראו רע"פ 5584/03 פינטו נ' עיריית חיפה, פ"ד נט(3) 577).
- 9 לטענה באשר ל"הסגרה סלקטיבית" ראו ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 30.11.05), סעיף 12 לפסק הדין.
- 10 לטענת סלקטיביות של עירייה במתן צווי סגירה לעסקים ראו בר"ם 7515/07 גלינה בר בע"מ נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 5.9.07).
- 11 לקשר בין אכיפה סלקטיבית לבין הדוקטרינה האמריקנית בדבר פריבילגיות והטבות ראו *Davis* (לעיל, הערה 3), בעמ' 172-180.
- 12 ראו למשל בג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191.
- 13 ראו למשל ' דותן "הפליה לטובת אחר" משפט וממשל א (תשנ"ג) 489.
- 14 ראו המ' 460/63 לש נ' ועדת השומה שליד עיריית נהריה, פ"ד יח(1) 318.

בחיבור זה ייטען כי סוגיית האכיפה מעוררת בעיות מיוחדות, אשר מחייבות טיפול מובחן ופרטני בה תחת הכותרת "אכיפה סלקטיבית". לשם כך יש להגדיר את התופעה של אכיפה סלקטיבית ואת הפסול הגורם להפיכתה לפגם מהותי וכפועל יוצא מכך – עילה לתקיפת המעשה המינהלי.

הפער בין החוק הכתוב לבין מידת הגשמתו במציאות הוא תופעה רבת פנים ומורכבת<sup>15</sup>. לפיכך הגדרת התופעה של אכיפה סלקטיבית מחייבת, ראשית, להבחין סוגיה זו מסוגיות קרובות, אך שונות. כך למשל אכיפה סלקטיבית שונה ממנהג אי-האכיפה (*desuetudo*) שעניינו מדיניות אי-אכיפה של הרשות המתגבשת לכדי דפוס קבוע<sup>16</sup>. זהו מצב שבו נוכח הפרות גלויות, חוזרות ונשנות של החוק על ידי הציבור, הרשות המבצעת נוקטת מדיניות ברורה ומוגדרת של אי-אכיפה, אשר הופכת לדרך ההתנהגות המקובלת עליה ומתגבשת לכדי מנהג<sup>17</sup>. בקרב הציבור נוצרת בהדרגה ציפייה שגם בעתיד תמשיך הרשות לנהוג בדרך זו, וכך יחסי הגומלין בין הפרט לרשות מתבססים על דפוס התנהגות זה ולא על הקבוע בחוק<sup>18</sup>. מדיניות אי-אכיפה יכולה לנבוע מסיבות שונות: אנכרוניזם של חוקים שאינם תואמים מנהגים חברתיים ועמדות מוסריות חדשות<sup>19</sup>; חוקים אשר ההצדקה לקיומם שנויה במחלוקת ציבורית, אך אינם מבוטלים מפורשות בשל אילוצים פוליטיים<sup>20</sup>; הוראות חוק

15 לניתוח היבטים שונים של הפער בין הדין למציאות ראו א' רוזן-צבי "על משפט ומציאות" הפרקליט – ספר היוכל (תשנ"ד), 77, 97-111.

16 ראו ד' אבן דסוויטודו (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תשל"ז), 67-72; H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (Harvard, 1961), 119; M.R. Kadish, S.H. Kadish *Discretion to Disobey: A Study of Lawful Departures from Legal Rules* (Stanford, 1973), 128.

17 ראו למשל *Poe v. Ullman* 367 U.S. 497, 501-502 (1961). במקרה זה נדון חוק של מדינת קונטיקט שאסר על השימוש באמצעי מניעה, אך אמצעי מניעה נמכרו במשך שנים בלא שרשויות המדינה נקטו אמצעים כלשהם להפסקת התופעה.

18 ד' אבן "מנהג מבטל הלכה? מנהגה של הרשות שלא לאכוף חוק" הצודק והבלתי צודק (מ' דסקל עורך, 1977) 127; ד' אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 477, 492. יש גם להבחין בין דפוס התנהגות אשר הפך למנהג ואשר סותר את החוק (*contra legem*), לבין מנהג המשלים את החוק (*praeter legem*), שעניינו כללים המנחים את ההתנהגות במקרה שהחוק התעלם מהם או לא דן בהם באופן ממצה; ראו S. Shetreet "Custom in Public Law" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 450, 461. ראו גם ש' שטרית "המנהג במשפט הציבורי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 375.

19 ראו 52-56 *A.F. Wilcox The Decision to Prosecute* (Butterworths, 1972). להצבת רף מוסרי בנורמה, אשר גבוה מדי כדי לשרת תכלית חינוכית ראו רוזן-צבי (לעיל, הערה 15), בעמ' 98. לפער בין חוק למוסר הגורר אכיפה סלקטיבית של עבירות מין בסין ראו T. Rushola "Law, Sexual Morality, and Gender Equality in Qing and Communist China" 103 *Yale L.J.* (1994) 2531.

20 כך למשל נהגו לגבי הפלות ולגבי משכב זכר בין מבוגרים בהסכמה (בטרם נמחקה עבירה זו מספר החוקים בשנת 1988). ראו דברי השופט ויתקון בע"פ 596/73 מחאמיד נ' מדינת

## אכיפה סלקטיבית

גורפות מדי או כאלה שהציבור אינו יכול לעמוד בהן<sup>21</sup>; הסתגלות מדיניות התביעה למציאות<sup>22</sup>; שיקולים הקשורים במנהגים אתניים<sup>23</sup>; הרצון שלא להעמיד לדין על עבירות "טכניות"<sup>24</sup>; קיומן של דרכים חלופיות להשגת ההגנה על אינטרס חברתי מסוים<sup>25</sup> ועוד<sup>26</sup>.

- ישראל, פ"ד כח(1) 773, 775: "...ואמנם יש בחוק הפלילי הוראות שאין הדעת נוחה מהפעלתן בסוגים מיוחדים של מקרים ובמידה זו הופכות הן להלכה ואין מורין כן. כך, למשל, נוהגים היום לגבי הפלה ולגבי משכב זכר בין מבוגרים מסכימים". לעקיפת ההכרעה האידאולוגית בדבר שינוי הדין באמצעות תשובה פרגמטית המתבטאת באכיפה ראו-רוון-צבי (לעיל, הערה 15), בעמ' 105.
- 21 ראו ר' גביוון "ביטול המג'לה: המנהג ועקרונות הפיקה" משפטים יד (תשמ"ה) 325, 342; ד' פרידמן "שיקול-דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ג) 155, 160 – המחבר מציין כי התפשטות המשפט הפלילי לא לוותה בהתפתחות הגנות מקבילות שיהא בהן לרכך את תוצאות הפעלתו. כן ראו עמדתו של השופט בייסקי בבג"ץ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(2) 634, 644: "...על פי מה ששמענו בדיון הנוכחי ובמציאות כפי שנתגלתה, נראה לי כי ההיגיינה הציבורית מחייבת בחינה מחודשת של העניין כולו, משום שאין מתקנין תקנות שאין הציבור יכול לעמוד בהן. נוכחנו לראות כאן כי גם בארזים נפלה השלהבת, ומה יהא על אזובי הקיר?".
- 22 כך למשל לא הוגשו כתבי אישום באונס סטטוטורי (בעילה אסורה בהסכמה) כאשר הקטינה קיימה יחסי מין עם אדם בגילה או כאשר לא היו יחסי תלות או שליטה בין השניים; ראו Shetreet (לעיל, הערה 18), בעמ' 486 Wilcox; (לעיל, הערה 19), בעמ' 51.
- 23 כך למשל כאשר הובאו המקרים הראשונים של ביגמיה בפני בתי המשפט בארץ, התחשבו בתי המשפט בנסיבות השונות של העבריינים, ובייחוד בארצות שמהן באו ובמה שהיה נהוג בעבר בסביבותיהם, אולם במשך הזמן החלו בתי המשפט להחמיר על מנת להחזיר לאט לאט את איסור הביגמיה לאותם חוגים אשר היו רגילים למנהגים אחרים; ראו ע"פ 44/60 ברבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד(2) 925. לאכיפת עבירת הביגמיה ראו גם הנחיות פרקליטת המדינה (1.8.02), הנחיה מס' 2.7 – מדיניות התביעה בהעמדה לדין בעבירות ביגמיה; Wilcox (לעיל, הערה 19), בעמ' 50-51; רוון-צבי (לעיל, הערה 15), בעמ' 103. יודגש כי פעמים רבות המנהגים האתניים מובילים דווקא להקפדה על אכיפת החוק במטרה לעקור אותם מן השורש. כך למשל הצורך בהטלת איסור על נישואין של קטינה החל כבר בראשית ימי המדינה בשל תופעות של נישואי בוסר שתאמו מנהגים של עדות שונות בישראל. צורך זה הביא לחקיקת חוק גיל הנישואין, תש"י-1950. הצורך באכיפת חוק זה לא פחת עם השנים משום שהתווספו עדות חדשות שהביאו עמן מארצות מושבן את המנהג הזה; ראו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה: מדיניות תביעה – נישואי בוסר ובעילת קטינה (הנחיה מס' 51.054 מיום 1.12.85). לעתים הדרישה לאכיפה באה דווקא מתוך הקבוצה האתנית. דוגמה שהובאה על ידי מפכ"ל המשטרה לשעבר, יהודה וילק, בריאיון שערכתי עמו (נספח ז) היא תופעת הירי בחתונות במגזר הערבי. מאחר ופוטנציאל הנזק חמור, והמשטרה לא אוכפת זאת מספיק, הדרישה לאכיפה באה לעתים דווקא מתוך המגזר הערבי עצמו.
- 24 ר' גביוון שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א), 56, 60. לעבירה שהוגדרה על ידי בית המשפט כ"טכנית" ראו ע"פ 45/49 מפן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 123, 141.
- 25 ראו למשל R. v. Metropolitan Police Commissioner, Ex Parte Blackburn [1973] 1 All E.R. 324 (להלן: פסק דין Blackburn III), שם העדיפה המשטרה להשמיד חומר פורנוגרפי

נושאים אלה חורגים מגבולות הדיון בספר זה, אם כי מאחר ומנהגי אי-אכיפה, כמו גם אכיפה סלקטיבית, מתפתחים במסגרת שיקול הדעת המוקנה לרשויות המינהל בשיטת המשפט שלנו ואף מעוררים לעתים בעיות דומות, יהיה מקום להתייחס גם למנהגי אי-אכיפה, בייחוד בהיבט של בחינת האופן שבו בתי המשפט נתנו למנהגים אלו נפקות. יש להבחין אף בין מנהג האזרחים שלא לקיים חוק לבין מנהג הרשויות שלא לאוכפו, אם כי קיימים קשרי גומלין בין מערכת המנהגים של הציבור לבין זו של הרשויות הממונות על האכיפה. כאשר הרשות המבצעת עושה כמיטב יכולתה לאכיפתו של חוק, אך בלא הצלחה, אין מדובר על אכיפה סלקטיבית ואף לא על מנהג נוגד חוק, אלא על הפרה נמשכת<sup>27</sup>, שיכולה לנבוע למשל מניכור ומיחס שלילי של האזרחים כלפי השלטון, מאטימות, משחיתות או מאידיאולוגיה "שבטית" של קליקת (מרכזי כוח) הרואות עצמן חופשיות מן הדין<sup>28</sup>.

עוד יודגש כי טענה של אכיפה סלקטיבית אין עיקרה במניע לא כשר, שיקולים זרים או פגם אחר בהפעלת סמכות האכיפה, הגם שאלה יכולים לעמוד ביסודה של האכיפה הסלקטיבית. מוקד הטענה הוא בכך שהחוק לא נאכף כלפי אחרים אשר מצויים בסיטואציה דומה, שאחרת אין ענייננו באכיפה סלקטיבית אלא בפגמים אחרים בשיקול הדעת, שאינם מעוררים את הייחודיות של סוגיית הסלקטיביות באכיפה<sup>29</sup>. כמו כן, אכיפה סלקטיבית שונה מ"אפליה רגילה", שלענייננו משמעה יישום סמכות חוקית על ידי הרשות או הפעלת נורמה מינהלית באופן מפלה, ללא האלמנט של הפרת החוק על ידי האזרח או אילוץ להפר את החוק בשל אי-מתן רישיון או היתר הנחוצים לפעילותו. כך למשל הרשות המינהלית יכולה

על פני העמדה לדין של מפיצי חומר התועבה. עבירת הזנות מהווה דוגמה נוספת לצורך לנקוט דרכים חלופיות להשגת התכלית. יש הטוענים כי מאחר שהניסיון לאסור את העיסוק בזנות נכשל, במקום מאבק סיוזיפי לאכיפת האיסור נכון יותר להשקיע מאמץ בחינוך, בשיקום חברתי, בצמצום ממדי התופעה ובמציאת פתרונות חוקיים לתופעות הלוואי המסוכנות שבשולי התופעה; ראו רוזן-צבי (לעיל, הערה 15), בעמ' 98-99.

26 ראו ד' בייך "מנהג ונוהג במשפטנו הפלילי – מקור משפטי מצוי או ראוי" ספר יצחק כהן (א' אלון, מ' בן-זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ, מ' לנדוי עורכים, תשמ"ט) 310, 330.

27 אבן-להב (לעיל, הערה 18), בעמ' 483.

28 ראו רוזן-צבי (לעיל, הערה 15), בעמ' 98-99.

29 לטענת שיקולים זרים ביסוד האכיפה שלא בהקשר של אכיפה סלקטיבית ראו בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, שם נטען כי אכיפת הצו בדבר בלו על נכסים ושירותים (רצועת עזה) (מס' 535), תשל"ו-1976 והתקנות שהותקנו מכוחו, נובעת מתוך רצון להביא למיזוג כלכלי מוחלט בין ישראל לאזור, תוך קביעת עובדות וביצוען. כלומר הטענה הייתה לפגמים מסוג חוסר סמכות, שיקולים זרים וחוסר תום לב שביסוד ההחלטה לאכוף את החוק והתקנות.

## אכיפה סלקטיבית

ליישם את סמכותה החוקית להפקיע קרקע באופן מפלה, על בסיס שיקול זר, אך אין הדבר אכיפה סלקטיבית של החוק אלא אפליה רגילה או שיקולים זרים בהפעלת הסמכות<sup>30</sup>. סוג נוסף של טענות בדבר אפליה העולות בהקשר של אכיפה, אך אינן מהוות אכיפה סלקטיבית כמובנה בחיבור זה, הן טענות בדבר דיפרנציאציה בין נאשמים. הכוונה למקרים שבהם רשויות התביעה בוחרות להגיש כתב אישום באישום כבד יותר במקרה הזה בעובדותיו למקרה אחר שבו הוגש כתב אישום באישום קל יותר<sup>31</sup>, או דורשות עונש כבד יותר באישום זהה בנסיבותיו<sup>32</sup>. הסיבות לכך יכולות להיות רבות ומגוונות: אי-שיתוף פעולה עם המשטרה, עבר פלילי, עסקאות טיעון וכדומה. גם תופעה זו נעוצה בשיקול הדעת המוקנה לרשויות התביעה בשיטת המשפט שלנו, אך היא לא תידון בספר זה.

30 ראו בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז(2) 764, שבו ההחלטה להפקיע את הנכס של העותרת הושפעה באופן ממשי מזהותה כגרמניה נוצריה. ראו גם רובינשטיין (לעיל הערה 4), בעמ' 311. רובינשטיין מביא כדוגמה את חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), תשי"ג-1953 שקבע שיטה מיוחדת של הפקעה אשר לא לוותה בתשלום פיצוי מלא ואשר הופעלה רק כנגד קרקעות של ערבים (יצוין שהדוגמה לא מובאת במהדורה החמישית והשישית של הספר). כדוגמה נוספת לאפליה שמקורה בשיקול זר, אך אינה מהווה אכיפה סלקטיבית ראו בג"ץ 5107/96 נוח נ' המועצה המקומית עומר, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 18.8.96), שבו הוכח שהשימוש שעשתה הרשות המקומית בסמכותה להשכיר אמפיתיאטרון שבבעלותה לשם קיום הופעות נעשה באופן מפלה על בסיס זהותו של האומן (אביב גפן) ועמדתו של ראש המועצה ביחס אליו.

31 ראו למשל *R. v. Smythe* 19 D.L.R. (3d) 480 (1971); בית המשפט העליון של קנדה קבע כי סעיף 132 ל-*Income Tax Act, R.S.C. 1952*, אשר הקנה לתובע הכללי של קנדה שיקול דעת לבחור בין העמדה לדין בהליך מקוצר (summary conviction) לבין הגשת כתב אישום (indictment), אינו פוגע בעקרון השוויון, אף שבמקרה השני הנאשם נתון לעונשים חמורים יותר. הסעיף אינו מייחד אדם או קבוצה מסוימת, אלא מעניק לתובע הכללי של קנדה סמכות להחליט, על פי שיקול דעתו, מהי צורת האישום הראויה בנסיבות העניין. ראו גם *U.S. v. Batchelder* 442 U.S. 114 (1979); בית המשפט העליון של ארצות-הברית קבע כי כאשר פעולה מהווה הפרה של יותר מחוק פלילי אחד, התביעה יכולה לבחור באיזו עבירה להגיש אישום, כל עוד היא לא מפלה קבוצה מסוימת של נתבעים. בחירת האישום, כמו ההחלטה אם בכלל להגיש כתב אישום, נתונה לשיקול דעתו של התובע.

32 ראו למשל ע"פ 5223/97 רוזנטל נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 13.6.99); המערער טען כי בעקבות עסקת טיעון עם התביעה התבקש והוטל על שותפו לעבירה מחצית עונש המאסר שהוטל עליו, אף שחלקם בפרשה היה זהה. כן ראו *McCleskey v. Kemp* 481 U.S. 279 (1987); הנאשם שהורשע ברצח טען כי התביעה דרשה עונש מוות משום שהוא שחור, תוך פגיעה בזכותו החוקתית לשוויון. הוא התבסס על סטטיסטיקה שמעידה, לשיטתו, על אפליה גזעית, המתבטאת בדרישה של עונש המוות בעיקר נגד עבריינים שחורים. בית המשפט תמך בשיקול הדעת הרחב של התביעה בבחירת העונש וציין כי מדובר בהחלטה אינדיווידואלית התלויה במשתנים רבים. לחשיבות השוויון בענישה ראו ר' קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" מחקרי משפט י (תשנ"ג) 39, 84-92. ראו גם דברי הנשיא שמגר בע"פ 142/87 קירשבוים נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 859, 863.

## פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

טענה נוספת בעלת אופי דומה, אך שונה מהטענה בדבר אכיפה סלקטיבית של חוק או תקנה, היא הטענה בדבר אכיפה סלקטיבית של הנחיות מינהליות<sup>33</sup>. אכן, גם במקרה זה עקרון השוויון מחייב רשות לפעול באופן שוויוני על פי ההנחיות שהיא קבעה לעצמה. לאור זאת קיימת הנחה שרשות תפעל על פי ההנחיות המינהליות, ואם לא פעלה כך, יש בכך לערער את חזקת החוקיות בשל החשש שמא נגרמה הסטייה על ידי שיקולים זרים או פגם אחר<sup>34</sup>. עם זאת אין חולק כי הרשות המינהלית מוסמכת, ולעתים אף חייבת, לסטות מהנחיות מינהליות במקרים קונקרטיים מסוימים<sup>35</sup>. מכאן שהנחיות מינהליות שונות מהחוק, בכך שהן יציר המינהל וניתנות לשינוי על ידיו, בעוד שהחוק אינו ניתן לשינוי על ידי המינהל. הנחיות מינהליות, בהיותן נורמות גמישות הניתנות לסטייה, שונות אף מתקנות, שהן נורמות קשיחות כמובן זה שהרשות שהתקינה אותן אמנם רשאית לשנותן או לבטלן, אך היא איננה רשאית לסטות מהן<sup>36</sup>. לאור זאת סטייה מהנחיות מינהליות היא סוגיה ייחודית והיא תידון בחיבור זה רק ככל שהיא נוגעת לאכיפה סלקטיבית של החיקוק המסמיך.

מהי אפוא אכיפה סלקטיבית של חוקים ותקנות? ראשית ייאמר כי אכיפה כזו אינה היפוך של אכיפה מלאה. אכיפה מלאה מבחינה מעשית אינה אפשרית ולעתים אף אינה רצויה<sup>37</sup>. אכיפה סלקטיבית אף אינה זהה בהכרח לאכיפה חלקית, אם כי אכיפה חלקית יכולה להיות סלקטיבית ובשל כך פסולה<sup>38</sup>. במילים אחרות, אכיפה סלקטיבית היא סוג מסוים של אכיפה חלקית, אשר מאפיין הסלקטיביות שבו הופך אותו לפסול. הגדרתה של אכיפה סלקטיבית פסולה מחייבת לבחון את טיבו ומהותו של מאפיין זה.

אכיפה חלקית יכולה ללבוש צורות שונות: אכיפה אקראית (Random Enforcement), כגון מתן דו"חות חניה באופן אקראי לחלק מן המכוניות החונות במקום אסור<sup>39</sup>; אכיפה מדגמית (Sample Enforcement), על דרך הגשת אישומי מבחן שאם יצליחו יהיה ניתן לפתוח בהליכים גם כנגד מפריס אחרים<sup>40</sup>; אכיפה סלקטיבית (Singling Out for Enforcement)

- 33 ראו למשל בג"ץ 43/72 עמבר נ' שר הביטחון, פ"ד כו(2) 63, שם נטען לאכיפה סלקטיבית של הנחיות באשר למתן הטבות על ידי המדינה לנכים מסוג מסוים.
- 34 "זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב, תשנ"ו), 786-787.
- 35 "דו"תן הנחיות מינהליות (תשנ"ו), 136-138.
- 36 "דו"תן" ביקורת שיפוטית על חקיקת-משנה והמקרה הפרטי המיוחד "משפטים כד (תשנ"ה) 425, 426-425.
- 37 ראו להלן, סעיף ב.
- 38 בג"ץ זקין (לעיל, הערה 2), בעמ' 304-305. ראו גם בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 112 (להלן: בג"ץ שקם), בעמ' 126.
- 39 בפועל כמובן שייטכנו מצבים שבהם דעה קדומה או נוהגים של עובדי ציבור פרטניים גורמים לכך שהאכיפה לא תהיה רנדומלית לחלוטין, דהיינו המקריות הופכת לשרירות. ראו להלן, סעיף ג(ב) וכן פרק שלישי, סעיף ד3.
- 40 ראו למשל רע"פ 889/00 תומר נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום

## אכיפה סלקטיבית

המתבטאת באכיפה רק כנגד פרטים או קבוצות מסוימות<sup>41</sup>; אי-אכיפה סלקטיבית (Excluding from Enforcement) שמשמעה אי-אכיפה כלפי פרטים או קבוצות מסוימות<sup>42</sup>. מתי אפוא הופכת האכיפה החלקית לאכיפה פסולה? לשם כך יש לבחון ראשית אם אכיפה מלאה אפשרית ואם היא רצויה.

## ב. יכולת וכדאיות אכיפה מלאה

### 1. אילוצי משאבים

לרשויות מינהליות שונות נתונות סמכויות הקשורות באכיפת החוק. סמכויות אלה, כמו כל סמכות מינהלית אחרת, מוענקות לרשות המינהלית על מנת שזו תפעיל אותן, לפי נסיבות העניין, כדי לשרת את תכלית הסמכות. לפיכך חובה על הרשות להיות ערה לנסיבות, לשקול במקרה המתאים אם יש צורך להפעיל את הסמכות ולהפעיל אותה במקרה הצורך<sup>43</sup>. עם זאת יש לזכור כי רשויות מינהליות פועלות תחת אילוצי משאבים חומריים ואנושיים, ועליהן לקבל החלטות באשר לאופן שבו ניתן להקצות בצורה היעילה ביותר את המשאבים הנתונים. ואכן, מצב מתמיד של מחסור במשאבים, כמו זמן או מידע וכן מחסור במשאבים אנושיים, הוא מאפיין בולט של כל מערכת אכיפת חוק<sup>44</sup>.

- 3.7.00, שם נטען על ידי המדינה, בהקשר לטענת אכיפה סלקטיבית של חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990, כי היא הייתה רשאית להגיש אישומי מבחן כנגד תחנות בודדות, שאם יצלחו אפשר יהיה לנקוט הליכים אחרים גם כנגד תחנות אחרות. להעמדה לדין של יחיד מתוך קבוצה ראו ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441 (להלן: ע"פ תורג'מן), שם נטען כי המערערת הועמדה לדין בעבירות הקשורות לניהול מכון ליווי, בעוד מכונים שכאלה הפכו לתופעה שהכול משלימים עמה ורק במקרים בודדים ונדירים, עקב תלונות השכנים, המשטרה פועלת כנגד מכון שכזה. להעמדה לדין של קבוצה מסוימת ראו *U.S. v. Falk* 479 F2d 616 (7<sup>th</sup> Cir, 1973), שם נטען כי רק אנשים אשר הביעו בגלוי עמדות נגד מלחמת ויטנאם, הועמדו לדין בגין עבירות על חוק השירות הצבאי.
- 41 42 ראו למשל ע"פ 110/72 יהלומי קרן אור בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד כז(1) 446, שם נמצא שבענף המיוחד של תעשיית היהלומים חזון נפרץ הוא לערוך את שומות המס על פי תחשיב ולא לדרוש מהנישומים הגשת חשבונות נאותים. לאי-אכיפת חוקי מס בשמורות האינדיאנים ראו *New York Association of Convenience Stores, et al. v. Urbach, As Commissioner of the Department of Taxation and Finance of the State of New York, et al.* 677 N.Y.S. 2d 280 (1998). כן ראו *K.L. Folster "Just Cheap Butts, or an Equal Protection Violation? New York's Failure to Tax Reservation Sales to Non-Indians"* 62 *Alb. L. Rev.* (1998) 697. לאי-העמדה לדין של אינדיאנים בעבירות צייד מתוך הכרה במנהגיהם המיוחדים ראו *R. v. Catagas* (1978) 1 W.W.R. 282 (Manitoba Court of Appeal) (להלן: פסק דין *Catagas*).
- 43 ראו זמיר (לעיל, הערה 34), בעמ' 691. לשיקול הדעת בהפעלת הסמכות, ראו להלן, סעיף ג.
- 44 G.F. Cole "United States of America" *Major Criminal Justice Systems* (G.F. Cole, S.J. Frankowski, H.G. Gertz eds., 2<sup>nd</sup> ed., Sage Publications, 1987) 29, 43.



ניקח כדוגמה את המשטרה, הרשות המרכזית האמונה על אכיפת החוק הפלילי. במובן הצר והמדויק של המושג אכיפת החוק מדובר בפעולות הבאות להבטיח את הציות לחוק באמצעים של כפייה, החל מאזהרות ועד לשימוש באמצעים פיזיים כלשהם כלפי אדם או רכוש. למשטרה ולכוחות דומים לה אשר מוקנות להם סמכויות של שוטרים<sup>45</sup>, מונופול על השימוש באמצעי כפייה אלה<sup>46</sup>. אלא שהמשטרה אינה עוסקת רק באכיפת החוק במובן הצר האמור ובסמכותה להפעיל אמצעים נוספים שיש בהם להביא לציות לחוק, דהיינו לאכיפתו במובן רחב יותר. סמכותה זו של המשטרה טומנת בחובה תפקידים רבים: המשטרה אמונה על קיום "הסדר הציבורי", מתפקדה לתפוס עבריינים ולהילחם בפשע, עליה להיות מעורבת בפעילות למניעה ולהפחתה של הפשיעה וכן לספק שירותים שונים לציבור, כגון הכוננת תנועה או החזרת רכוש גנוב<sup>47</sup>. תחומי עבודה מגוונים אלה מחייבים הקצאת משאבים ביניהם.

לכאורה ניתן לטעון כי ראוי להקצות משאבים בעיקר למניעת עבירות, שכן השגתה של המניעה מאיינת כל צורך במשאבים נוספים של מערכת המשפט הקשורים בהפעלת מערכות החקירה, המשפט והענישה<sup>48</sup>, אך הדברים אינם כה פשוטים. כך למשל הקצאת שוטרים רבים לאזור מסוים עשויה להגדיל את כמות העבירות המדווחות וכפועל יוצא להרתיע ולהפחית את שיעורן בעתיד, אך הדבר יכול לבוא על חשבון מספר העבירות המפוענחות, שכן יוקצו פחות משאבים לפענוח<sup>49</sup>. זאת ועוד, המשטרה אמורה לטפל בעבירות מסוג מתמשך, כגון הימורים בלתי חוקיים<sup>50</sup>, ניהול מכוני ליווי<sup>51</sup>, הפצת פורנוגרפיה<sup>52</sup> וכדומה,

- 45 לדוגמאות לגופים נפרדים הממונים על אכיפת החוק ואשר לאנשיהם מוקנות סמכויות של שוטרים, ראו להלן, סעיף ד'1 (א).
- 46 ראו ד' ביין "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" פלילים ב (תשנ"א) 133, 134.
- 47 סעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971 קובע את סמכויות המשטרה: "משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש". לפירוט תפקידי המשטרה בארצות-הברית ראו Cole (לעיל, הערה 44), בעמ' 34.
- 48 ראו מ' ארגמן אכיפת הדין הפלילי בישראל – פונקציות וסמכויות (1989), 17. ראו גם דבריו של יהודה וילק, מפכ"ל המשטרה לשעבר, בריאיון שערכתי עמו (נספח ז).
- 49 ראו R. Carr-Hill, N. Stern "More Police More Crime" *Readings in the Economics of Law and Regulation* (A.I. Ogus, C.G. Veljanovski eds., Clarendon, Oxford, 1984) 303, 304.
- 50 ראו *R. v. Metropolitan Police Commissioner, Ex Parte Blackburn* [1968] 1 All E.R. 763
- 51 ראו ע"פ תורג'מן (לעיל, הערה 41), שם הודתה המשטרה כי היא אוכפת את החוק רק במקרים של תלונות מטעם השכנים, בשל מחסור בכוח אדם שאינו מאפשר לה לעקוב אחר כל עברייני החוק.
- 52 ראו פסק דין *Blackburn III* (לעיל, הערה 25).

## אכיפה סלקטיבית

באופן המחייב פיקוח מתמיד. פיקוח כזה דורש זמן רב, משאבים עצומים וכוח אדם, אשר אם תקצה אותו המשטרה לכל אחד מסוגי העבירות הללו, הדבר יבוא על חשבון עבירות אחרות. גם כאשר עבירה ספציפית מדווחת על ידי קרבן, יש צורך לקבל החלטה באשר לכמות המאמצים שראוי להשקיע בחקירה. ישנן עבירות, כגון גניבה של מסמכים, אשר חקירתן דורשת זמן ומשאבים מרובים, בעוד הסיכוי לפענח אותן קטן במיוחד<sup>53</sup>. כמובן שקיימות עבירות, כגון רצח או מעשי אלימות חמורים, אשר בהיותם *Mala In Se*<sup>54</sup>, המשטרה תקצה תמיד משאבים לחקירתן. למרבה המזל, מעשים מסוג זה אינם שכיחים עד כדי מיצוי כל המשאבים הקיימים ולכן בכל חקירה של מקרה רצח למשל יושקעו משאבים רבים ויועסקו צוותים של מומחים וחוקרים עד לפענוח, או לחילופין עד להחלטה כי לא ניתן לפענח את התיק<sup>55</sup>. ההקצאה הכמעט ודאית של משאבים לצורך חקירת פשעים חמורים, משמעה כי בדרך כלל טענות מסוג אכיפה סלקטיבית לא תתעוררנה בהקשר של פשעים מסוג זה<sup>56</sup>.

בארץ קיים עומס רב על מערכת האכיפה הפלילית, אשר נובע מסיבות שונות<sup>57</sup>: ראשית, הגידול הנמשך בהיקף המשימות המוטלות על מערכת המשפט הפלילי, שנובע בראש ובראשונה מעלייה ברמת העבריינות. גידול זה משפיע ישירות גם על עבודתן של רשויות התביעה, שאליהן מועברים תיקי העבירות החמורות, אשר מצריכים השקעת זמן רבה יותר. שנית, רמת המורכבות וההיקף של התיקים נמצאת במגמת עלייה נמשכת, אשר מחייבת גידול בהקצאת כוח האדם, שכן תיקי חקירה סבוכים מחייבים צוותי חקירה גדולים ועבודת

- 53 Wilcox (לעיל, הערה 19), בעמ' 96.
- 54 עבירות שיש בהן רעה טבועה ויסודן בהפרת עקרונות המוסר. זאת להבדיל מעבירות הקובעות איסור שאין לו עיגון חיצוני זולת הגדרתו של החוק, דהיינו האיסור הגלום בהן מתחייב מעצם הגדרתן כעבירה (*Mala Prohibita*); ראו ' לוי, א' לדרמן עיקרים באחריות הפלילית (תשמ"א), 20.
- 55 Wilcox (לעיל, הערה 19), בעמ' 96-97.
- 56 בריאיון שנערך עם היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, פרופ' יצחק זמיר (נספח א) הוא כינה את העבירות שבהן קיימת נטייה גדולה לאכיפה סלקטיבית "עבירות המוניות". בארצות-הברית הטענה של אכיפה מפלה מועלית בייחוד בהקשר של אכיפת חוקי עזר מקומיים; ראו Comment "The Right to Nondiscriminatory Enforcement of State Penal Laws" 61 T. Trollinger "The Juvenile Curfew: *Colum. L. Rev.* (1961) 1103, 1140 גם *William & Marry Bill of Rights Journal* (1996) 949, "Unconstitutional Imprisonment" 4 שם נטען כי תקנות המטילות עוצר על בני נוער בשעות מסוימות גוררות סלקטיביות בלתי נמנעת באכיפתן, בין השאר משום שמבחינה מעשית, לממשל אין מספיק משאבים על מנת לאכוף את ההוראות באופן מלא.
- 57 לעומס על מערכת אכיפת החוק הפלילי ולסיבות לו ראו א' גזל ענישה בהסכמה – חלופות להליכי משפט בפלילים (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2002), 37-43.

חקירה מאומצת וממושכת. שלישית, ההיקף המתרחב של המשפט הפלילי<sup>58</sup> משפיע על עבודת רשויות האכיפה ומחייב אותן להשקיע משאבים הולכים וגדלים כדי לחשוף עבריינות וכדי להוכיח את האשמה בבית המשפט. ואכן, לאורך השנים גדל בארץ נתח התקציב המופנה לרשויות אכיפת החוק, אך הוא לא הספיק כדי להדביק את הפער שנוצר עקב הגידול בנטל המשימות<sup>59</sup>. אחת ההשלכות הישירות של עומס זה היא הפגיעה בשוויון וביחסיות באכיפת החוק<sup>60</sup>. כך למשל, מאחר ועבירות צווארון לבן נפוצות ביותר כיום, הרי שלא זו בלבד שלא ניתן לאתר את כל המקרים המתאימים לאכיפה, אלא שגם אלה שאותרו זוכים לטיפול איטי ולעתים אף נגנזים עקב חוסר היכולת לטפל בהם<sup>61</sup>.

הרשות המוסמכת על אכיפת חיקוק פלוני מחויבת אפוא לשיקול את הפעלת הסמכות בכל המקרים המתאימים לכך, אך עם זאת חסרה את המשאבים הדרושים על מנת לדעת על כל המקרים המחייבים את הפעלת סמכותה זו ולטפל כראוי בכל המקרים הידועים לה<sup>62</sup>. ואכן, המצבים שבהם יש למקבלי החלטות מידע מושלם על התופעה שעליהם לטפל בה מעטים מאוד והחיפוש אחר המידע כרוך בעלויות<sup>63</sup>. כך, אם הרשות המוסמכת תרצה לקבל

58 ניתן למנות כמה סיבות לתופעה זו: ההתפתחות הטכנולוגית, הכלכלית והחברתית, שחייבה יצירת קטגוריות חדשות של חוקים כדי להבטיח את הסדרת השימוש באמצעים החדשים העומדים לרשות החברה; עלייה במעורבות המדינה באמצעות הסדרת תחומים נוספים בחברה ובמשק בפיקוח של רשויות הסדר (regulatory agencies), אשר אוכפות את החקיקה על ידי עבירות המכונות "עבירות הסדר"; הרחבת חקיקה בתחומים כמו הצלת חיים, הגנה על בעלי חיים וכו'; הרחבת ההגנות המוקנות לנאשם בהליך הפלילי ועוד.

59 ראו גזל (לעיל, הערה 57), בעמ' 41-43.

60 ראו שם, בעמ' 43-68.

61 ראו א' גזל-אייל "הסדרי ענישה – הצעה להליך חדש" עיוני משפט ל (תשס"ז) 123, 144. סוגיה זו עלתה גם במהלך הראיונות שערכתי. לעניין זה צריך להבחין בין תיקים שנחקרים על פי תלונה לבין חקירות יזומות. ישנם נושאים שכמעט ולא מתבצעות בהם חקירות יזומות בשל קשיים שונים, כמו למשל הנושא של הדלפות מידע, שחקירתו מאוד מורכבת וגם נתקלת בקשיים של החיסיון העיתונאי. לעומת זאת כאשר מגיע תיק על סמך תלונה והחקירה היא פשוטה, אז יש חובה לטפל בו ובאופן טבעי אף מפנים את המשאבים לתיק שהחקירה בו קלה. התוצאה יכולה להיות מפלה, משום שהעבריינין "הקטן" נתפס, בעוד שאת האירוע המורכב קשה יותר לחקור ולבסס אישום. יכולת האכיפה במקרים המורכבים היא אפוא הרבה יותר מצומצמת. בהקשר זה ראו הריאיון עם השופטת דורית ביניש, פרקליטת המדינה לשעבר (נספח ב).

62 לחשיבות שיקול הדעת לגורמי האכיפה בנסיבות של משאבים מוגבלים ראו F.H. Easterbrook "Criminal Procedure as a Market System" 12 J. Legal Stud. (1983) 289.

63 חשיבות המידע לצורך קבלת ההחלטות הודגשה בורם של תורת המשפט הקרוי Policy Oriented Jurisprudence. זרם זה רואה במערכת המשפט כמערכת שבה מתקבלות החלטות בדבר חלוקת המשאבים והערכים בחברה. הזרם רואה את "תהליך קבלת ההחלטה" כמורכב משבעה שלבים נבדלים, שהראשון שבהם הוא השלב של איסוף, ניתוח והערכת המידע הרלוונטי לצורך קבלת ההחלטה; ראו מ' מאוטנר "יוצרי סיכונים ו'נקלעי סיכונים" – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים טז (תשנ"ו) 92, 93-92.

את התוצאות הטובות ביותר (במקרה זה – להפעיל את סמכות אכיפת החוק בכל המקרים המתאימים לכך) יהא עליה לחפש ללא לאות את כל המקרים ולבחור מתוכם את המתאימים ביותר. חיפוש כזה כרוך בעלות גבוהה, בעוד הסיכויים לאיתור המקרים המתאימים ביותר אינם ברורים<sup>64</sup>. לאור זאת מקובל לדבר בתחום קבלת ההחלטות על רציונליות מוגבלת. תפיסה זו מכירה במגבלות המוח האנושי לחזות את העתיד, להכיר את המציאות שהוא פועל בה ולעבד מידע, ולכן היא מניחה שהחיפוש אינו מושלם ומופסק על פי כלל הפסקה כלשהו (stopping rule)<sup>65</sup>. Herbert Simon הציע הסבר לדרך קבלת החלטות המדגיש במיוחד את עלות החיפוש אחר המידע הנחוץ להחלטה. לפי המודל שלו המכונה מודל השבעת הרצון, כושרם המוגבל של בני האדם לחזות את התוצאות העתידיות ולהשיג מידע על מגוון החלופות מניע אותם להסתפק בקו פעולה "מניח את הדעת". מקבלי ההחלטות אינם "ממריבי תועלת" (maximizers) והם אינם יודעים בשלמות ובוודאות את כל התוצאות האפשריות של כל החלופות העומדות על הפרק, אלא הם "משביעי רצון" (satisfiers). הם אינם מחפשים את החלופה האידיאלית אלא חלופה "טובה דיה", העונה על כמה דרישות מינימום שנקבעו<sup>66</sup>.

אכן, דומה שהרשויות המינהליות, לא זו בלבד שאינן מסוגלות אלא אף אינן מתיימרות להפעיל באופן מושלם את סמכויות האכיפה המוטלות עליהן. לעתים הדבר בא לביטוי בהחלטות מודעות. כך למשל על רקע ממדי התופעה וחוסר יכולת אכיפה, הוחלט בשלב מסוים שלא להעמיד לדין מי שמשך שיקים ללא כיסוי באופן מזדמן<sup>67</sup>. לא פלא אפוא

64 השו"ג' דורון להחליט ולבצע (1986), 62-65.

65 ראו G. Gigerenzer, P.M. Todd & the ABC Research Group *Simple Heuristics That Make Us Smart* (Oxford, New York, 1999), 15. הרציונליות המוגבלת מנוגדת לתפיסות רציונליות בלתי מוגבלת, אשר רווחו עד אמצע המאה ה-20 ואשר הניחו אדם כל יכול, אשר מסוגל לבצע חיפוש אינסופי. את תפיסת הרציונליות הבלתי מוגבלת החליפה בהמשך התפיסה של "אופטימיזציה תחת מגבלות" שמניחה חיפוש סופי, אך קובעת כלל הפסקה במצב שבו העלות השולית עולה על התועלת. אך גם מודל זה דורש ניתוח רב של מידע. מודל הרציונליות המוגבלת קובע כללי הפסקת חיפוש פשוטים יותר.

66 J.G. March, H.A. Simon *Organizations* (John Wiley & Sons, Inc., 1958), 140-141:

"Most human decision-making, whether individual or organizational, is concerned with the discovery and selection of satisfactory alternatives: only in exceptional cases is it concerned with the discovery and selection of optimal alternatives".

67 גם D. Kahneman, A. Tversky "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk"

P. Slovic, B. Fischhoff, S. Lichtenstein "Facts and Fears" *Econometrica* (1979) 263, 268 versus Fear: Understanding Perceived Risk" *Judgment under Uncertainty* (D. Kahneman, P. Slovic, A. Tversky eds., 1982) 463, 480-481; J. Conlisk "Why Bounded Rationality" *XXXIV J. Econ. Literature* (1996) 669, 675.

67 ראו רוזן-צבי (לעיל, הערה 15), בעמ' 104; גביון (לעיל, הערה 24), בעמ' 163. דוגמה זו

## פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

שטענות בדבר מחסור במשאבים הן טענות השגורות בפי הרשות המינהלית בכל מקרה שבו מתעוררת טענה בדבר אכיפה סלקטיבית<sup>68</sup>. לא זו אף זו, סקירת הפסיקה מעלה כי בתי המשפט בעולם נוטים לגלות אהדה לטענה זו<sup>69</sup>. כך למשל בפסק דין *Falls*<sup>70</sup> נטענה אכיפה סלקטיבית של חוק עזר אשר עסק בשילוט. העותר טען כי העירייה אוכפת כנגדו את הצו, בעוד היא מעלימה עין מהשילוט של מתחריו באופן הפוגע ביכולת התחרות העסקית שלו. בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז השביעי בארצות-הברית קבע כי סלקטיביות באכיפת החוק, לא רק בלתי נמנעת, אלא אף רצויה כאשר היא משמרת את המשאבים:

Selectivity in prosecution is not only inevitable but also desirable when it conserves resources. Government rationally may decide that imposing stiff penalties on 10% of offenders is best way to enforce law against all; this means that no firm may insist that its rival be prosecuted<sup>71</sup>.

בדומה, בפסק דין *Blackburn III*, שבו נטען כי מפכ"ל המשטרה אינו עושה די לאכיפת החוק האוסר על פרסום חומר תועבה, בית הלורדים האנגלי ציין כי המפכ"ל עשה כל שביכולתו בהתחשב באילוצי כוח האדם הנתונים לו<sup>72</sup>.

סוגיה זו זכתה גם להתייחסות בארץ. כך אמר השופט יצחק זמיר בבג"ץ שקם:

אכן, אכיפת החוק, כל חוק, היא יסוד מוסד של שלטון החוק... הרשויות המוסמכות אינן רשאיות להתנער מתפקיד זה... עם זאת, התפקיד של אכיפת החוק מוטל על הרשויות המוסמכות של המינהל הציבורי, ולא על בית-המשפט. בידי הרשויות המוסמכות מופקדים המשאבים הנדרשים לאכיפת החוק. משאבים אלה לעולם אינם מספיקים לצורך אכיפה מלאה של כל החוקים. לכן שומה על הרשויות המוסמכות לכלכל את צעדי האכיפה

הובאה גם על ידי היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, פרופ' יצחק זמיר, בריאיון שערכתי עמו (נספח א).

68 כמעט כל המרואיינים שהתראיינו לצורך מחקר זה שהתלוננו על הקושי לקיים את סמכויות האכיפה במגבלות המשאבים.

69 אף שלא קיים מיתאם הכרחי בין חומרת העבירה לבין תיקים שעומס עבודה מוביל לסגירתם. דהיינו, טיעון העומס אינו מסננת יעילה לשימוש עודף בהליך הפלילי; ראו גזל (לעיל), הערה (57), בעמ' 68.

70 *Falls v. Town of Dyer, Indiana* 875 F. 2d 146 (7<sup>th</sup> Cir., 1989).

71 שם, בעמ' 148.

72 ראו דברי הלורד Denning בפסק דין *Blackburn III* (לעיל, הערה 25), בעמ' 331: "...the commissioner has done what he could under the existing system and with the available manpower".

## אכיפה סלקטיבית

במסגרת המשאבים, בהתאם למדיניות אכיפה ולפי סדרי עדיפות המשתנים עם הנסיבות<sup>73</sup>.

אכיפה מלאה של החוק אינה אפשרית אפוא<sup>74</sup>, אך האם אכיפה מלאה היא רצויה במובן זה שעל הרשויות לשאוף אליה? האם כאשר החוק מקנה לרשויות האכיפה שיקול דעת<sup>75</sup>, על בית המשפט לבקר כל התפשרות של הרשויות עם מצב שאינו ניסיון לאכיפה מקסימלית של החוק?

כאמור, סמכות ניתנת לרשות המינהלית על מנת שזו תפעיל אותה באופן המשרת את תכלית הסמכות. נשאלת השאלה אם כאשר מוקנית לרשות מינהלית סמכות הקשורה באכיפת חיקוק כלשהו, ממילא משמעות הדבר כי על הרשות לשאוף לאכיפה כוללת, באופן שהסמכות תופעל בכל המקרים המתאימים לכך. על מנת לענות על השאלה מהי דרגת האכיפה האופטימלית מבחינה חברתית, אעזר בניתוח כלכלי של סמכותה של המשטרה לאכוף את החוק הפלילי.

## 2. התאוריה הכלכלית למשפט והתאמתה לדיון

אחת המטרות העיקריות של האכיפה הפלילית היא ההרתעה<sup>76</sup>. למטרה זו קיים ביסוס כבר בכתביו של ג'רמי בנת'הם, אבי תורת התועלתנות. הנחת היסוד שלו הייתה כי האדם הוא יצור רציונלי, וכי מעשיו מוכתבים על ידי שיקול מחושב של התועלת שתצמח לו מהמעשה לעומת עלותו. מניתוח זה, המושתת על התבוננות בהתנהגות האנושית, גזר בנת'הם את העיקרון הנורמטיבי שעליו מבוססת תורתו המוסרית, עקרון האושר המרבי – המטרה היא האושר הרב ביותר למספר בני האדם הגדול ביותר. תורה זו מזוהה את המישור

73 לעיל, הערה 38, בעמ' 124. ראו גם בג"ץ זקין (לעיל, הערה 2), בעמ' 304. כן ראו דברי השופט אלון בע"פ תורג'מן (לעיל, הערה 41), בעמ' 448, שלפיהם המשטרה "אנוסה היא לנהוג כך בגלל המחסור בכוח אדם". לעומת זאת ראו עמדתו של השופט מ' חשין בבג"ץ 53/96 תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד נב(2) 1, 11, שלפיו הטענה כי אין מספיק כוח אדם לאכוף את החוק כראוי "צורמת את האוזן בהישמעה מפיה של המדינה".

74 F.W. Miller *Prosecution: The Discretion to Charge a Suspect with a Crime* (Little, Brown and Company, 1969), 151: "Full enforcement of the criminal law in a sense that every violator of every statute should be apprehended, charged, convicted and sentenced to the maximum extent permitted by law has probably never been seriously considered a tenable ideal".

75 למצב שונה שבו העמדה לדין היא עניין שבחובה, ראו להלן סעיף ד(ד).

76 למטרת ההרתעה ראו ש' ג' שוהם, ג' שביט עבירות ועונשים (מהדורה שלישית, 1997), M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.) *The Oxford Handbook of Criminology*; 97-84 (3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2002), 1078-1079.

התיאורי של הקיים עם המישור הנורמטיבי של מה ראוי<sup>77</sup>. על פי בנת'הם, במישור התיאורי העברייני מפיך מהעבירה רווח/סיפוק כלשהו ואילו העלות היא העונש. לאור זאת גם במישור הנורמטיבי, אם העונש הצפוי על עבירה מסוימת יעלה בכמותו על הרווח הצפוי, העברייני יסיק את המסקנה הרציונלית, יירתע ולא יבצע את העבירה<sup>78</sup>.

צ'זריה בקריה, אשר ייסד את האסכולה הקלאסית במשפט הפלילי ובקרימינולוגיה<sup>79</sup>, הציע שהחוק הפלילי יגדיר מראש את העונש הצפוי לכל עבירה לפי חומרתה. העברייני הרציונלי יירתע אם חומרת העונש תהיה גדולה במקצת מההנאה הצפויה מהעבירה<sup>80</sup>. ואכן ההרתעה כמטרת ענישה ושיטת ה"תעריף" של העונשים רווחים בעולם המערבי, כולל בישראל<sup>81</sup>. האיום המרתיע אינו משפיע על בני האדם בצורה אחידה ומידת ההשפעה מותנית בתכונותיהם ואישיותם. מחקרים שונים בתחום הקרימינולוגיה הראו למשל כי לאכיפת החוק אין אפקט מרתיע על עבריינים המבצעים פשעים חמורים, משום שבהיבטים פסיכולוגיים וחברתיים הם שונים מאחרים<sup>82</sup>, אך גם אם נניח כי אנשים הנוטים להפר חוקים, שונים באופן שיטתי בהיבטים מסוימים מאלה אשר מצייתים לאותם חוקים, אין ספק כי כולם מגיבים לתמריצים. כלומר, עיקר השאלה היא מידת ההשפעה המרתיעה של אכיפת החוק והיקפה, להבדיל מקיומה<sup>83</sup>.

במחצית השנייה של המאה ה-19 נוצרה זיקה בין התורה התועלתנית לבין התאוריה הקלאסית בכלכלה. הגישה הכלכלית מתייחסת להחלטה לבצע פשע כהחלטה הדומה לכל החלטה אחרת, דהיינו מתבססת על חישובי עלות/תועלת. הכלכלנים הניאו-קלאסיים אימצו, לצורך תיאור השוק הכלכלי, את הניתוח הפוזיטיבי של התועלתנות, שעל פיו כל פרט מנסה

- 77 ראו ע' זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב (תשנ"ג) 275-274, 261.
- 78 ראו שוהם ושביט (לעיל, הערה 76), בעמ' 84.
- 79 לגישה הקלאסית לקרימינולוגיה ולמייסדיה ראו G.B. Vold, T.J. Bernard, J.B. Snipes Maguire, *Theoretical Criminology* (Oxford, New York, 5<sup>th</sup> ed., 2002), 14-26, וכך Morgan & Reiner (לעיל, הערה 76), בעמ' 19.
- 80 לדברי בקריה באשר לפרופורציונליות של הענישה ראו Vold, Bernard & Snipes (לעיל, הערה 79), בעמ' 18.
- 81 לקבלה הנרחבת של הגישה הקלאסית לקרימינולוגיה ראו שם, בעמ' 26-30. להרתעה כמטרת ענישה מקובלת בארצות-הברית ראו G. Becker "Crime and Punishment: an Economic Approach" *Readings in the Economics of Law and Regulation* (A.I. Ogas, C.G. Veljanovski eds., Clarendon, Oxford, 1984) 307, 310.
- 82 ראו שוהם ושביט (לעיל, הערה 78), בעמ' 92-93; כן ראו I. Ehrlich "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement" 1 *J. Legal Stud.* (1972) 259, 259-260.
- 83 שם, בעמ' 261. במאמר מוצגות עובדות אמפיריות על כך שאכיפת החוק אכן משפיעה על ביצוע פשעים.

#### אכיפה סלקטיבית

למקסם את תועלתו, והציגו את פתרון השוק כמייצג את העיקרון הנורמטיבי של התועלתנות – מקסום האושר המצרפי של הפועלים במסגרתו<sup>84</sup>. הגישה הכלכלית למשפט המיוצגת למשל על ידי ריצ'רד פוזנר, מקבלת את נקודת המוצא של התועלתנות<sup>85</sup>, אך מכירה במגבלותיה ומציגה עיקרון שונה – מקסום העושר המצרפי<sup>86</sup>. לפי עיקרון זה הקצאת המשאבים בחברה צריכה להיות מונחית על פי הרצון למקסם את העושר או את "הרווחה החברתית". לפיכך הסדר משפטי המגדיל את סך העושר בחברה הוא רצוי נורמטיבית וההסדר המשפטי הטוב ביותר הוא זה הממקסם את עושרה המצרפי של החברה<sup>87</sup>. גישה זו מזוהה עם קריטריון היעילות, אשר מהווה קנה המידה לתיאור כללים ומוסדות משפטיים, ניתוחם והערכתם<sup>88</sup>. על הגישה הכלכלית למשפט, על ההנחות העומדות ביסודה ועל ניסיונה להוות תאוריה חובקת כל נמתחה ביקורת נוקבת<sup>89</sup>. עם זאת נראה לי כי התאוריה מתאימה לצורך בחינת השאלה העומדת על הפרק, דהיינו דרגת האכיפה האופטימלית שרשויות מינהליות המוסמכות לאכוף חיקוקים צריכות לשאוף אליה, בכלל, והמשטרה האמונה על אכיפת החוק הפלילי, בפרט. ראשית, הגישה הכלכלית מתבססת במידה רבה על "היפותזת ההרתעה". היפותזה זו מביעה את האמונה שהאיום בסנקציה פלילית או סוג אחר של ענישה הוא בעל אפקט ממתן או מרתיע על הנכונות של עבריינין – בפועל או בכוח – לעסוק בפעילות פלילית. ההיפותזה טוענת שכל העבריינים הפוטנציאליים מגיבים לרווח, הפסד, מחיר ותגמול באופן דומה – אם כי לא בהכרח במידה זהה – לזה אשר מגיבים אלה אשר עוסקים בפעילות לגיטימית<sup>90</sup>. כפי שציינתי, אכיפה סלקטיבית היא תופעה נדירה בעבירות

- 84 זלצברגר (לעיל, הערה 77), בעמ' 275.
- 85 לקישור בין בנתהם ופוזנר ראו Maguire, Morgan & Reiner (לעיל, הערה 76), בעמ' 1079-1078.
- 86 להבדלים בין העקרונות ראו R.A. Posner "Utilitarianism, Economics and Legal Theory" *J. Legal Stud.* (1979) 103.
- 87 R.A. Posner "The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman" *Overview and Economic Analysis of Property and Criminal Law* (J.B. Wahl ed., Garland Publishing, 1998) 149.
- 88 R.A. Posner *Economic Analysis of Law* (Aspen Law & Business, 6<sup>th</sup> ed., 2003), 10-16.
- 89 ראו למשל R. Dworkin *A Matter of Principle* (Clarendon, Oxford, 1986), 275-289; Posner (לעיל, הערה 87); Posner (לעיל, הערה 88), בעמ' 26-28. לסקירה של הביקורת על התאוריה הכלכלית ראו זלצברגר (לעיל, הערה 77), בעמ' 279-290.
- 90 I. Ehrlich "The Economic Approach to Crime – A Preliminary Assessment" *Readings in the Economics of Law and Regulation* (A.I. Ogus, C.G. Veljanovski eds., Clarendon, Oxford, 1984) 297.



חמורות המבוצעות על ידי עבריינים מועדים ורלוונטיות יותר לעבירות המוניות יותר<sup>91</sup>. לאור זאת אפשר להניח באופן סביר שבמקרים שבהם קיימת תופעה של אכיפה סלקטיבית, היפותזת ההרתעה תקפה. ניתן אפוא לצאת מנקודת הנחה שההרתעה היא אחת המטרות העיקריות שביסוד סמכויות האכיפה שבידי רשויות מינהליות ועליהן להפעיל את סמכותן באופן המגשים מטרה זו. שנית, כפי שיפורט בהמשך, ההנחה של המודל הכלכלי למשפט הפלילי היא שעלייה בחומרת הענישה ובהסתברות הגילוי מגדילים את עלותה של העבירה ולכן מורידים את רמת העבריינות. בהקשר למשתנים אלה, מחקרים מעידים על כך שוודאות הענישה חשובה יותר מעוצמתה<sup>92</sup>. מאחר ועניינו של ספר זה ברמת האכיפה (המשליכה על ודאות הגילוי) ולא בחומרת הענישה, ניתן להסתמך ביתר ביטחון על הנחות היסוד של המודל הכלכלי<sup>93</sup>. ושלישית, גם אם קריטריון היעילות הוא קריטריון בעייתי בהקשרים רבים, הרי שהוא מתאים לבחינת פעולתן של רשויות מינהל, אשר מחויבות כנאמנות הציבור לפעול בעילות, דהיינו לספק את השירות באופן הטוב ביותר, בהתחשב במשאבים ובצרכים<sup>94</sup>. בהקשר של אכיפה, יש מי שהגדיר את היעילות כחותרת להשגת תכליות האכיפה במשאבים המינימליים ביותר, אך תוך שמירה על חירויות הפרט במידה המרבית ביותר<sup>95</sup>.

- 91 ראו לעיל, הערה 56 והטקסט שלידה.
- 92 Carr-Hill & Stern (לעיל, הערה 49), בעמ' 304; המחברים מגיעים למסקנה זו לאור ניתוח של סטטיסטיקות פליליות באנגליה ובווילס בשנים 1946, 1956, 1966 ו-1976. ראו גם שוהם ושביט (לעיל, הערה 78), בעמ' 95; המחברים מצביעים על כך, שבעוד רוב העדויות האמפיריות שנאספו במדינות השונות אינן מאשרות את ההנחה שההחמרה בעונש מגבירה את יעילות ההרתעה, הרי שמחקרים רבים איששו את ההנחה, שלפיה ככל שעולה הוודאות של הגילוי ושל הענישה כך פוחתים שיעורי הפשיעה.
- 93 יצוין כי מחקרים חדשים, המסתמכים על הניתוח ההתנהגותי של המשפט, טוענים כי דווקא חוסר ודאות באשר לסיכויי התפיסה והגילוי של העבירה יעיל יותר במונחים של הרתעה. מחקרים אלה מוסיפים על המשתנים שהמודל הכלכלי מתייחס אליהם – הסתברות התפיסה וגודל הענישה – משתנה נוסף בדבר היחס הסובייקטיבי לסיכון (risk aversion). עם זאת המחקרים עצמם מדגישים כי אין בכונתם לטעון כי רצוי לעלות את רמת חוסר הוודאות של גילוי העבירה, אלא לעורר תשומת לב ליכולת של המחוקק ורשויות האכיפה לעשות מניפולציות בהקשר של ודאות גודל הסנקציה והסתברות התפיסה; ראו T. Baker, A. Harel, U. Segal "The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach" 89 *Iowa L. Rev.* (2004) 443; במחקר זה נטענות מסקנות תיאוריות ונורמטיביות: *Am. L. & Econ. Rev.* (1999) 276; במחקר זה נטענות מסקנות תיאוריות ונורמטיביות: מבחינה תיאורית נטען כי השיטה המשפטית שואפת לספק יותר ודאות בכל הנוגע לגודל הסנקציה, ובו בזמן אדישה למידת הוודאות בכל הנוגע להסתברות הגילוי וההרשעה. מבחינה נורמטיבית נטען כי שיטה כזו היא רצויה מנקודת מבט של שיקולי יעילות.
- 94 זמיר (לעיל, הערה 34), בעמ' 675-674.
- 95 ראו ארגמן (לעיל, הערה 48), בעמ' 25.

נפנה עתה אפוא לבחינת רמת האכיפה האופטימלית מן הפרספקטיבה של הגישה הכלכלית למשפט.

### 3. מודל הגישה הכלכלית לאכיפה האופטימלית

המודל הכלכלי לאכיפה מנסה, בין היתר, לענות על השאלה מהו שיעורם של משאבי החברה אשר צריכים להיות מופנים לאכיפת החוק<sup>96</sup>. מטרת האכיפה הציבורית היא להשפיע על הדרגה האופטימלית מבחינה חברתית של מניעת עבריינות, באמצעות החוק הפלילי המהותי והפרוצדורלי, אכיפתו של החוק, ניהול ההליך הפלילי ומדיניות הענישה<sup>97</sup>. כפי שהוסבר לעיל, אדם הפונה לדרך חיים עבריינית מודע לכך שהוא עלול לשלם "מחיר" בדמות סנקציה שתטיל עליו החברה, ועל כן קיומה של אכיפה פלילית ומידתה הן גורמים המשפיעים על מערכת התמריצים של עבריינים בכוח בעת שהם שוקלים אם לבצע עבירה פלונית אם לאו<sup>98</sup>. מכך נובע כי הגברת רמת האכיפה, הבאה לידי ביטוי בעליה בחומרת העונש או בסבירות הטלתו, תעלה את מחיר הפשע<sup>99</sup> ולכן תוריד את רמת הפשיעה<sup>100</sup>. יעילות, בהקשר זה, משמעה מינימליזציה של רמת הפשיעה.

96 A.M. Polinski, S. Shavell "The Economic Theory of Public Enforcement of Law" 38 *Journal of Economic Literature* (2000) 45

97 עלייה באיום להיות קרוב מגדילה את התמריץ ליצור הגנה עצמית כנגד פשע וגם את הצפייה להגנה ציבורית. אילו ההגנה נגד פשיעה הייתה נטולה עלויות חיצוניות או אספקטים של טובת הכלל, אזי כל ההגנה כנגד פשיעה הייתה פרטית, אך מאחר שהגנה פרטית בלבד גוררת דרגה תת-אופטימלית של פעילות עבריינית, מאז המאה ה-19 אכיפה ציבורית מהווה את המרכיב העיקרי של ההגנה מפני הפשע בחברה. לסיבות לצורך באכיפה ציבורית ראו שם, בעמ' 46.

98 ביסוד המודל עומדות כמה הנחות יסוד, ובראשן ההנחה כי השחקנים בשוק שאותו מנתחים – ובענייננו, העבריינים – הם רציונליים, דהיינו מקבלים החלטות על בסיס האינפורמציה הנתונה להם על מנת למקסם את העדפותיהם. ההנחות מפורטות במאמרו של Ehrlich (לעיל, הערה 90), בעמ' 298-299. להנחת הרציונליות ראו גם זלצברגר (לעיל, הערה 77), בעמ' 290; Posner (לעיל, הערה 87), בעמ' 17. הנחות אלו אינן נקיות לחלוטין מספקות; לתקיפת הנחות היסוד של המודל הכלכלי לאכיפה ראו למשל A. C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler "A Behavioral Approach to Law and Economics" 50 *Stanford L. Rev.* (1998) 1471, 1538-1541. סוגיה מורכבת זו חורגת ממסגרת הדיון בענייננו.

99 הכוונה כמובן למחיר שאינו כספי מהסוג המכונה "shadowprice". על פי "חוק הביקוש" (The Law of Demand) קיים יחס הפוך בין מחיר לרמת הביקוש. חוק זה ישים גם בהקשרים שאינם כספיים: העונש מבחינתו של העבריין הוא המחיר שהחברה גובה עבור הפשע ולכן הכלכלן מניח כי עלייה בחומרת העונש או בסבירות הטלתו תעלה את מחיר הפשע ותפחית את ה"ביקוש" לו, כלומר את התמריץ לבצעו.

100 Posner (לעיל, הערה 88), בעמ' 5. יצוין כי המודל המובא לעיל הוא מודל מפושט, שמטרתו לענות על שאלת שיעור האכיפה הרצוי בלבד. כמובן שקיימים מודלים מורכבים יותר לאכיפה הציבורית, הכוללים משתנים כגון סוג האחריות המוטלת (קפידה או על בסיס אשם) וסוג העונש המוטל (קנס או מאסר); ראו מאמרם של Polinski & Shavell (לעיל, הערה 96).

עם זאת המודל הכלכלי אינו מסיק כי יש לשאוף לרמת אכיפה מקסימלית אלא חותר למציאת רמת האכיפה האופטימלית, שאינה זהה לאכיפה מקסימלית. כאמור, המשפט, אליבא דגישה הכלכלית, צריך לשאוף למיקסום הרווחה החברתית המצרפית, אשר מוגדרת כסך כל התועלות, בניכוי סך כל העלויות של כל הפרטים בחברה. משמע, בגיבוש ההסדר הראוי אין להביא בחשבון רק את העלויות הישירות שנגרמות לחברה בגין הפשיעה, כדוגמת הנזק לקרבנות (בניכוי הרווח לעבריינים מביצוע הפשע) ותחושת חוסר הביטחון של החברה בכל הנוגע לפעילויות כלכליות וחברתיות. יש להתחשב בנתון שלפיו עצם המאבק בפשיעה גורר עלויות חברתיות, שכן תפיסתם והעמדתם לדין של חשודים ביצוע העונשים שהוטלו על מורשעים כרוכים בהקצאת משאבים חברתיים רבים<sup>101</sup>. המודל הכלכלי להגנה אופטימלית מפני פשיעה מתיימר אפוא להסביר את התנהגות הרשויות הרלוונטיות כניסיון למזער את הנזק הכולל של החברה מפשיעה<sup>102</sup>.

מסקנת המודל היא כי אכיפה אופטימלית אין משמעותה העלמת כל הפשיעה אלא שלחברה עדיף לאפשר מידה מסוימת של פשיעה, שכן התועלת השולית של מלחמה בפשיעה מעבר לרמה סופית מסוימת פחותה מתוספת העלות לחברה<sup>103</sup>. הסיבה לכך היא שהעלויות החברתיות השוליות של אכיפה עולות עם רמת האכיפה, בעוד התועלת החברתית השולית של האכיפה יורדת כאשר תדירות העבירות יורדת. במילים אחרות: מן הצד האחד, ככל שרמת האכיפה גבוהה יותר, כל מאמץ נוסף להגבירה יניב אפקט פחות משמעותי, באופן יחסי. כך למשל אם עונש גבוה מאוד, המוטל לפי החוק בגין עבירה מסוימת ופעילות משטרתית אינטנסיבית לאכיפת החוק, המביאה לשיעור לכידה גבוה מאוד של העוברים את אותה עבירה אינם מספיקים על מנת להרתיע שיעור קטן מתוך העבריינים, הרי שאף אם יועלה העונש ואף אם תוגבר רמת האכיפה עוד יותר, סביר להניח שלא רבים מקרב אותם עבריינים שטרם "הורתעו" ישנו את גישתם כתוצאה מכך. בדומה, הגדלת כוח האדם המשטירתי עשויה להוביל לעלייה בכמות העבירות המתועדות, שתהא משמעותית יותר בהיקפה מן הירידה בהיקף העבירות המבוצעות הנובעת מאפקט ההרתעה, כך שבסיכומו של דבר עומס העבודה על המשטרה יגבר<sup>104</sup>. מן הצד האחר, כאשר רמת

101 למרכיבי הנזק החברתי הכולל ראו Ehrlich (לעיל, הערה 90), בעמ' 301-302. כן ראו Polinski & Shavell (לעיל, הערה 96), בעמ' 48-49.

102 יצוין כי מאחר שאכיפה ציבורית היא פעולה המאורגנת על ידי המדינה באופן מונופוליסטי, צפוי שרמתה בפועל תהיה נמוכה יותר מהרמה שהייתה קיימת בשוק תחרותי לאכיפה, אשר חופשי מעלויות חיצוניות ופגמים אחרים הנובעים מאספקטים של טובת הציבור ואשר אינהרנטיים לחוקים העוסקים באכיפה; ראו Ehrlich (לעיל, הערה 90), בעמ' 302.

103 שם, בעמ' 302-303.

104 להדגמה ראו מחקרם של Carr-Hill & Stern (לעיל, הערה 49), שבו המחברים מנתחים סטטיסטיקות פליליות באנגליה ובווילס בשנים 1946, 1956, 1966 ו-1976, ומגיעים למסקנה כי הקצאת מספר רב יותר של שוטרים לא הייתה מובילה להפחתת מספר העבירות או לעלייה בשיעור הפענוחים.

## אכיפה סלקטיבית

האכיפה גבוהה ממילא, עלול להידרש מאמץ ניכר כדי להגדילה עוד יותר. מן האמור עולה כי תמיד תימצא נקודה מסוימת שבה התועלת שתופק כתוצאה מהגברת האכיפה על ידי הרשויות תהא נמוכה מן העלויות הכרוכות בהגברת האכיפה. מאחר שהנוק החברתי כתוצאה מהגברת האכיפה עולה במצב הדברים המתואר על תועלתה, הרי שהיא אינה כדאית, ולפי המודל הכלכלי ראוי להימנע ממנה ולהסתפק באכיפה שאינה מלאה. יוער כי מודל זה מתיישב גם עם מודל השבעת הרצון לקבלת החלטות, שכן למרות שמודל זה מניח "רציונליות מוגבלת", הרי שהוא מחייב קביעה של כמה דרישות מינימום מספקות. תהליך קביעת הקריטריונים המינימליים הללו מחייב, כשלעצמו, עמידה בסטנדרטים של רציונליות, וזו מתבטאת, בענייננו, בהגדרת הנקודה אשר הגברת האכיפה אל מעבר לה אינה משתלמת. האכיפה "האופטימלית" היא אפוא אכיפה "משביעת רצון", אשר תואמת את מגבלות המשאבים האנושיים והחומריים.

חשוב להבהיר כי אותם העקרונות חלים בדיוק באותו האופן גם לגבי סמכויות אכיפה הנתונות לגופים לא משטריים. המינהל הציבורי במדינה המודרנית ידו בכל וחוקים רבים מעניקים סמכויות מגוונות לרשויות המינהל השונות. בין סמכויות אלה קיימות סמכויות אכיפה. כך למשל פקחים ורשמים הממונים על פי חוק העבירות המינהליות, תשמ"ו-1985, רשאים להטיל קנסות מינהליים על מי שעבר עבירה מינהלית כהגדרתה בחוק<sup>105</sup>; לפקידי עירייה ולפקידי מועצות מקומיות נתונות סמכויות מעצר וחיפוש, סמכויות תביעה וסמכויות גביית ארנונה<sup>106</sup>; לפרקליטים צבאיים סמכויות שונות הקשורות באכיפת הדין המשמעתי ולתובעים צבאיים סמכויות הגשת כתבי אישום על פי חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955<sup>107</sup>; לפקידי מכס נתונות סמכויות חקירה, עיכוב, חיפוש ותפיסה ולמנהל המכס והבלו סמכות להגיש תובענות בגין אישומי מכס<sup>108</sup>; לשופט החוקר סיבות מוות נתונות סמכויות

105 ראו פרק ג לחוק העבירות המינהליות, תשמ"ו-1985 שכותרתו "הטלת קנס מינהלי".  
106 ראו סעיף 264 לפקודת העיריות [נוסח חדש], תשכ"ד-1964 שכותרתו "מתן סמכות תביעה לפקיד עירייה"; פרק חמישה עשר שכותרתו "גביית ארנונה" וסעיף 340 שעניינו ייצוג העירייה במשפט. ראו גם סעיף 19 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש] שכותרתו "גביית תשלומי חובה" וסעיף 26 המעניק סמכות לעובד מועצה מקומית לטיפול בעבריינים.  
107 פרקליט צבאי מוסמך לפי חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, בין השאר, להחזיר תלוני לדין משמעתי (סעיף 151), להחליט על העמדה לדין משמעתי בפעם השנייה (סעיף 169) ולהמליץ על שפיטה למרות קיום דין משמעתי (סעיף 171). ראו גם סעיף 178 שדן בסמכויות הפרקליט הצבאי הראשי; סעיפים 141-144 שדנים בסמכויות קצין שיפוט; סעיף 181 שדן בתובעים צבאיים; סעיפים 280-282 שדנים בהחלטות בנוגע להעמדה לדין.  
108 ראו פרק שנים עשר לפקודת המכס [נוסח חדש] שכותרתו "סמכויותיהם של פקידי מכס" וכן פרק ארבעה עשר שכותרתו "אישומי מכס". יצוין כי אישומי מכס כוללים הליכים להחרמה או חילוט של טובין.

## פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

חקירה והוראה על העמדה לדין<sup>109</sup>; חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 מקנה לממונה על ההגבלים העסקיים ולחוקרים שהוא הסמיך סמכויות אכיפה<sup>110</sup>; לוועדות תכנון סמכויות חקירה והעמדה לדין<sup>111</sup>; לפקידי שומה סמכויות רחבות על פי פקודת מס הכנסה<sup>112</sup>. רשימה זו מכסה רק מקצת מהדוגמאות הקיימות.

על כל אחת מהרשויות הללו לפעול להגשמת מטרת הסמכות הנתונה לה ביעילות, אך בכפופות למוגבלות המשאבים האנושיים והחומריים. כפי שנוכחנו לדעת, אילווצים אלה הם אינהרנטיים למינהל הציבורי ואינם מאפיינים רק את עבודת המשטרה. על כן ניתן לומר כי המודל הכלכלי לאכיפה הציבורית האופטימלית אינו ייחודי לאכיפת החוק הפלילי והוא ישים לכל סמכויות האכיפה. באשר לכל סמכות כזו, קיימת נקודה שבה התשואה החברתית השולית שתפחת כתוצאה מהמשך הקצאת משאבים לאכיפה, תהא גבוהה מן התשואה החברתית השולית שתגדל כתוצאה ממנה. זוהי הנקודה האופטימלית של האכיפה, שמעבר לה אין היגיון בהמשך הקצאה של משאבים לאכיפה.

לאור הניתוח האמור, המחקר יוצא מנקודת ההנחה כי אכיפה כוללת – הן בידי המשטרה הן בידי רשויות אכיפה אחרות – אינה אפשרית ואף לא בטוח שהיא רצויה<sup>113</sup>. הבעיה באכיפה הסלקטיבית אינה טמונה אפוא בהיותה חלקית, אלא בפגמים אחרים הקשורים בהפעלת שיקול הדעת של רשויות האכיפה. החובה המוטלת על הרשות לספק את השירות לציבור ביעילות, כפופה לחובה לספק את השירות בהגינות<sup>114</sup>. על כן גם אם היעילות אינה מאפשרת לרשות המינהלית לבצע אכיפה כוללת, עדיין נותרת השאלה המרכזית העומדת במוקד חיבור זה היא מהו האיזון הראוי בין היעילות וההגינות בהקשר של אכיפה סלקטיבית? או במילים אחרות, מה הם המאפיינים ההופכים אכיפה חלקית לאכיפה סלקטיבית ובשל כך לאכיפה פסולה?

מתן מענה לשאלה זו מחייב להתחקות אחר מקור הבעיה. תופעת האכיפה הסלקטיבית מתפתחת בתחום שיקול הדעת המוקנה לרשויות האכיפה בשיטה האנגלו-אמריקנית כחלק

- 109 ראו חוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958.
- 110 ראו סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, שכותרתו "קביעת הממונה"; סעיף 44 שכותרתו "פניית הממונה לבית-הדין"; סעיף 45 שכותרתו "חיפוש ותפיסת" וסעיף 46 שכותרתו "חקירות ומסירת ידיעות".
- 111 ראו סעיפים 257-258 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965.
- 112 לסמכויות חקירה והעמדה לדין בהקשרי מס ראו למשל סעיפים 135 ו-227 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961. כן ראו חלק ט לפקודת מס הכנסה שכותרתו "שומת הכנסה וערעורים".
- 113 לעמדה נחרצת עוד יותר כנגד אכיפה כוללת ראו Wilcox (לעיל, הערה 19), בעמ' 1. לחשיבות הבררנות בהעמדה לדין ראו גם מ' קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה (תשנ"ז) 173, 184-185.
- 114 זמיר (לעיל, הערה 34), בעמ' 675-679; א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז), 478.

## אכיפה סלקטיבית

בלתי נפרד מסמכויות האכיפה<sup>115</sup>. כפי שניווכח, קיומו של שיקול דעת אינו בהכרח תופעה פסולה, אך שימוש לרעה בשיקול דעת או הפעלתו בצורה פסולה, הם סיכונים אינהרנטיים אשר מחייבים קיומה של ביקורת ראויה. לאור ייחודיות הסוגיה של אכיפה סלקטיבית, היא צורך לבחון את יישומם הספציפי של האיסורים הכלליים בדבר שיקולים זרים, שרירות, חוסר סבירות, חוסר מידתיות ושאר הפגמים המהווים עילות ביקורת על שיקול הדעת המינהלי, אך עוד קודם לכן, עלינו לעמוד על התופעה הבסיסית יותר, אשר מאפשרת מלכתחילה את קיומם של הפגמים הנזכרים – עצם קיומו של שיקול דעת בידי רשויות האכיפה.

## ג. מקור הבעיה – שיקול דעת רשויות האכיפה

### 1. שיקול הדעת במדינת המינהל המודרנית

המאפיין המרכזי של סמכויות המינהל הציבורי בעידן המודרני הוא שיקול הדעת. בעוד במאה ה-19 שלטה תפיסת ה-*laissez faire*, שלפיה למדינה תפקיד מוגבל ורוב תחומי החברה והמשק נתונים בידי גופים פרטיים הפועלים על פי כללי היצע וביקוש, הרי שבמאה ה-20 התפתח בהדרגה וכיום כבר אפשר לומר כי שולט רעיון מדינת הרווחה (welfare state). במודל שונה זה, המדינה מקבלת על עצמה תפקידים מגוונים במגמה לשפר את השירותים ולהעלות את רמת החיים<sup>116</sup>. לשם כך נחקקים חוקים רבים המעניקים סמכויות רחבות למינהל הציבורי. חוקים אלה מנוסחים בלשון חובה לעתים רחוקות בלבד, שכן המורכבות של תפקידי המינהל והצורך להפעיל את הסמכות בכל מקרה בהתחשב בנסיבות והשינויים התכופים בעדיפויות, במשאבים ובמדיניות מחייבים גמישות מינהלית. על כן רוב החוקים מעניקים סמכויות רשות להבדיל מסמכויות חובה. דהיינו, רוב החוקים מנוסחים בצורה המאפשרת לרשות המינהלית להפעיל שיקול דעת<sup>117</sup>.

בדרך כלל שיקול הדעת הנלווה לסמכות קיים בשני מישורים<sup>118</sup>: המישור הראשון עניינו בשאלה אם להפעיל את הסמכות; במישור השני השאלה היא כיצד להפעיל את הסמכות, כלומר מה יהיה תוכן ההחלטה המינהלית לגופו של עניין. עם זאת גם סמכויות הרשות כוללות רכיבים של חובה: ראשית, הרשות חייבת להפעיל את שיקול הדעת בשאלה

115 השוו אבן-להב (לעיל, הערה 18), בעמ' 487.

116 לסקירה מקיפה של "המהפכה המינהלית" ראו י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו), 31-32. ראו גם בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נה(3) 631-630, 625.

117 ראו זמיר (לעיל, הערה 116), בעמ' 222. ראו גם R.B. Stewart "The Reformation Of American Administrative Law" 88 *Harv. L. Rev.* (1975) 1667, 1676-1681.

118 זמיר (לעיל, הערה 116), בעמ' 223.

אם נוצר הצורך לעשות שימוש בסמכות; שנית, הרשות חייבת לפעול בהתאם להלכות באשר להפעלת שיקול הדעת המינהלי. לפי הלכות אלה החלטה הנגועה במטרות זרות, בשיקולים זרים, באפליה, בחוסר מידתיות או בחוסר סבירות קיצוני עשויה להיפסל על ידי בית המשפט, גם אם לרשות שיקול דעת רחב ביותר ואפילו מוחלט<sup>119</sup>.

שיקול דעת – על פי הגדרתו החיובית – הוא מתחם של אוטונומיה שבתוכו החלטת האדם נתונה לשיפוטו ולהערכתו<sup>120</sup>. במתחם זה, בעל הסמכות רשאי לבחור בין כמה חלופות של פעולה או מחדל<sup>121</sup>. הגדרה זו כוללת בחובה את כל המקרים שבהם חוק מעניק לרשות סמכות לקבלת החלטות: הן את המקרים שבהם החוק אינו קובע כל קנה מידה להנחיית ההחלטה הן את המקרים שבהם יש קנה מידה כזה<sup>122</sup>. בהקשר לכך קיימת הבחנה של פרופ' Ronald Dworkin בין מובן חזק לשיקול דעת, שעניינו יצירת כללים, לבין מובן חלש לשיקול דעת, שעניינו יישום של כללים<sup>123</sup>. שיקול דעת חזק מופעל על ידי מי שעל פעולתו לא חלים כללים מקדמיים, ובמקרה כזה על מקבל ההחלטה לקבוע את הכללים בעצמו<sup>124</sup>, בעוד ששיקול דעת חלש מופעל על ידי מקבל ההחלטה תוך יישום כללים מקדמיים, ובמקרה כזה עליו לפרש וליישם כללים שנקבעו על ידי מישהו אחר<sup>125</sup>.

119 ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 35: "אכן, המרחק בין סמכות חובה לבין סמכות רשות... אינו רב כלל ועיקר. בשני המקרים חייבת הרשות לשיקול בדבר, ואינה יכולה להימנע ממעשה בלא מחשבה תחילה. ומששקלה בדבר, הרי בשני המקרים חייב השיקול להיות כשר, כלומר במסגרת החוק המסמיך. בסמכות חובה – השיקול חייב להובילה לביצוע הסמכות במהירות הראויה; בסמכות רשות – הפעלת הסמכות חייבת להתבסס על שיקולים רלוואנטיים לחוק המסמיך". ראו גם בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, 760-759.

120 ראו D.J. Galligan *Discretionary Powers – A Legal Study of Official Discretion* (Clarendon, Oxford, 1990), 8.

121 ראו Davis (לעיל, הערה 3), בעמ' 4: "A public officer has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction".

122 ראו גביון (לעיל, הערה 24), בעמ' 42.  
123 R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (Harvard University, Cambridge, 1978), 31-39. על הבחנתו של דבורקין ראו גם דותן (לעיל, הערה 35), בעמ' 368.

124 "We use 'discretion' sometimes not merely to say that an official must use judgment in applying the standards set him by authority, or that no one will review that exercise of judgment, but to say that on some issue he is simply not bound by standards set by the authority in question"; ראו Dworkin (לעיל, הערה 123), בעמ' 32.

125 "Sometimes we use 'discretion' in a weak sense, simply to say that for some reason the standards an official must apply cannot be applied mechanically but demand the use of judgment... Sometimes we use the term in a different weak sense, to say only that some official has final authority to make a decision and cannot be reviewed and reversed by any other official"; ראו שם, בעמ' 31-32.

#### אכיפה סלקטיבית

דיכוטומיה זו זכתה לביקורת<sup>126</sup> מוצדקת, שכן נראה שכפי שלא ניתן לומר כי קיימות סמכויות חובה מוחלטות או סמכויות רשות מוחלטות אלא סמכויות מעורבות אשר בכל אחת מהן רכיבי רשות וחובה<sup>127</sup>, כך לא ניתן לומר כי קיים שיקול דעת חזק או חלש באופן מובהק אלא קיימים רכיבים חזקים וחלשים בשיקול הדעת.

לאור זאת ההגדרה המועדפת בעיניי לשיקול דעת היא ההגדרה השלילית, המתייחסת לשיקול הדעת כמרחב ההחלטה הנותר לבעל שיקול הדעת על פי הכללים החלים על פעולותיו<sup>128</sup>. ואכן, בין הגורמים המתווים את גבולות שיקול הדעת נהוג לייחס חשיבות לקיומם של כללים החלים על פעולותיה של הרשות ולאופן ניסוחם. ככל שכללים אלה צרים יותר, דהיינו הנורמות החלות על פעולותיה של הרשות המוסמכת מפורטות יותר בניסוחן, כך מצטמצם מרחב שיקול הדעת של הרשות בהשוואה למצב שבו הכללים מנוסחים בצורה של סטנדרטים רחבים ומעורפלים, שאז מרחב שיקול הדעת של הרשות גדל<sup>129</sup>. ככל שמרחב זה גדול יותר, גבולותיו קשים יותר לקביעה ויישומה של הסמכות במקרה הפרטני מעורר יותר מחלוקת, שכן לרשות המינהלית יכולת רבה יותר לפרש את הסמכות הנתונה לה בחוק<sup>130</sup>. זאת ועוד, אף אם הכללים ברורים וחד-משמעיים, יש מקרים שבהם המתח בין התוכן הלכאורי של הכלל לבין התפיסות של מיישמו ומפרשיו על מה שאפשרי ורצוי הוא כה גדול, עד שבפועל הם ימצאו דרכים לעקוף את החוק על ידי פרשנותו ויישמו באופן התואם יותר את תפיסתם<sup>131</sup>.

126 ראו Galligan (לעיל, הערה 120), בעמ' 16-20. לשיטתו, התאוריה של דבורקין מבוססת על שתי הנחות יסוד אשר את שתיהן ניתן לתקוף: ההנחה הראשונה היא שניתן לעשות הבחנה בין מצב שבו יש לקבוע כללים לבין מצב שבו יש רק צורך ליישם כללים, והנחת היסוד השנייה היא כי יש דרך אחת ליישום כללים משפטיים קיימים. באשר להנחה הראשונה, הרי שההבחנה היא לא תמיד חדה וייתכן כלל שהוא עצמו עמום. עם זאת ניתן לומר שגם אם כלל הוא מעורפל, עדיין צריך ליישמו לשם הגשמת המטרה שלשמה הוא ניתן, ולכן הבעייתיות העיקרית היא דווקא בהנחה השנייה. בהקשר לכך הוא מציין כי ישנם מצבים שבהם יש פתרונות אחדים בתוך מרחב שיקול הדעת והרשות המינהלית צריכה לבחור ביניהם. זאת ועוד, ההבחנה בין פתרון אחד נכון לבין כמה פתרונות אפשריים מתבססת על שיקולים שונים, הרבה מעבר לקיומם או היעדרם של כללים. יתרה מזאת, גם אם נניח שיש פתרון אחד נכון, עדיין לא ניתן להסיק מכך שביישום כללים אין אף פעם שיקול דעת. ייתכן שמה שנראה כיישום של כללים מהווה הפעלת שיקול דעת; עם זאת גם הפעלת שיקול הדעת עצמו כפופה לכללים משפטיים.

127 זמיר (לעיל, הערה 116), בעמ' 224-228.

128 "דוּתן" החובה לקבוע כללים מינהליים" משפטים כג (תשנ"ד) 437, 439, הערה 3.

129 דוּתן (לעיל, הערה 35), בעמ' 367.

130 E.I. Sykes, R.R. Tracey *Cases and Materials on Administrative Law* (4<sup>th</sup> ed., Butterworths, 1982), 7.

131 גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 53.



מהאמור עולה כי סמכות רשות טיפוסית נותנת כוח עצום לרשות המינהלית. הדבר מעורר בעיה עקרונית, שעניינה התיישבות סמכות מסוג זה עם עקרון שלטון החוק (rule of law)<sup>132</sup>. הגם שעיקרון זה משותף לכל מדינות המערב, הרי שתוכנו, כמו גם מקורותיו הרעיוניים וההסטוריים, שנויים במחלוקת<sup>133</sup>. תפיסות מוקדמות של שלטון החוק הדגישו את מובנו הפורמלי של העיקרון, שלפיו השלטון במדינה מסור לחוק ולא לאדם, וכל גורם במדינה חייב לקיים את החוק<sup>134</sup>. על פי תפיסה זו, ההסדר המשפטי הקבוע מראש הוא המכתיב איסורים והיתרים מחייבים, מסדיר את היחסים בין הפרטים לכוחות בחברה ואף קובע את אופן הוצאתו לפועל של הכוח השלטוני<sup>135</sup>. מלאכת החקיקה צריכה להיעשות אפוא באופן שלרשות המבצעת יישאר רק התפקיד להוציא את הוראות החוק מן הכוח אל הפועל<sup>136</sup>. המובן הפורמלי-מוסדי של עקרון שלטון החוק מדגיש את היותו של החוק

- 132 לעקרון שלטון החוק ראו גם להלן פרק רביעי, סעיף 5א.
- 133 R.H. Fallon "The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse" 97 *Col. L. Rev.* (1997) 1, 1-10; J. Waldron "The Rule of Law as a Theater of Debate" *Dworkin and His Critics* (Justine Burley ed., 2004) 319, 319.
- 134 זמיר (לעיל, הערה 116), בעמ' 60; Davis (לעיל, הערה 3), בעמ' 28; ח' גנו "על כלליותן של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 579, 587; י' זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט, גיליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין (תשמ"ז) 61; A. Maoz "Constitutional Law" *The Law of Israel: General Surveys* (I. Zamir, S. Colombo eds., University of Haifa, 1995) 5, 30. כן ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (להלן: בג"ץ ברזילי), בעמ' 621: "שלטון החוק במובנו הפורמאלי משמעותו, שכל הגורמים במדינה, בין הפרטים כיחידים וכהתאגדויות ובין זרועות המדינה, חייבים לפעול על-פי החוק, ופעולה בניגוד לחוק צריכה להיתקל בסנקציה המאורגנת של החברה. שלטון החוק, במובן זה, משמעותו כפולה: חוקיות השלטון והשלטת החוק. זהו עיקרון פורמאלי, שכן איננו מתעניינים בתוכנו של החוק אלא בצורך להשליטו, יהיה תוכנו אשר יהיה. שלטון החוק במובן זה אינו קשור לטיב המשטר אלא לעיקרון של הסדר הציבורי. בכל הנוגע לרשות המבצעת, שלטון החוק משמעו חוקיות המינהל. הרשות המבצעת כפופה לחוק. ליחידה אין זכויות, כוחות או חסינויות, אלא אם כן החוק מעניק זאת להם. מכאן שלאיש השלטון, בתור שכזה, אין יותר זכויות, כוחות או חסינויות מאשר לכל אדם אחר במדינה, ועל-כן יש לו אותה אחריות למעשיו".
- 135 A. Venn Dicey *Introduction to the Study of Law and the Constitution* (E.C.S Wade ed., Macmillan, 9<sup>th</sup> ed., 1956), 188: "In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary or discretionary powers of constraint". ראו גם א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (כרך א, מהדורה שישית, תשס"ה), 266; דותן (לעיל, הערה 35), בעמ' 303. ראו דברי השופט אולשן בבג"ץ 113/52 זקס נ' משרד המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696 (להלן: בג"ץ זקס), בעמ' 702: "לפי העיקרון של 'שלטון החוק' שומה בעצם על המחוקק לקבוע בחוק ולפרט בו את המקרים... באופן שלרשות המבצעת יישאר רק התפקיד להוציא את הוראות החוק מן הכוח אל הפועל. לפי זה צריכה להיעשות מלאכת החקיקה כך שהאזרח יוכל

דמוקרטי, אשר נחקק על ידי מחוקק עצמאי, ללא תלות במינהל הציבורי<sup>137</sup>. תפיסה מסורתית זו של שלטון החוק רואה בכל הפעלה של כוח שלטוני, שאינה נעשית על ידי יצירה ויישום של חוקים כלליים, הפעלה של כוח שרירותי, דהיינו כוח המופעל באופן קפריזי, חסר עקביות ולא מובהר מראש<sup>138</sup>. על פי תפיסה זו, אכן קיימת לכאורה התנגשות בין סמכויות המקנות שיקול דעת לרשויות מינהל לבין עקרון שלטון החוק. יתרה מזאת, הדבר הוביל את פרופ' יצחק קלינגהופר למסקנה כי האינטנסיביות של קביעת הפעולות המינהליות על ידי החוק היא האספקט החשוב ביותר של שלטון החוק. לשיטתו, המחוקק צריך לקבוע בעצמו, ככל האפשר, את הקווים אשר לפיהם הרשות המינהלית תהא מוסמכת להתערב בחופש הפרט, שכן אם הוא מניח לה להתוות אותם במקומו, הרי הוא מפחית את השפעת הפרט – שעל ידיו הוא נבחר – על התווייתם<sup>139</sup>.

לשלטון החוק מובן נוסף – המובן המהותי<sup>140</sup>. התפיסה המהותית מזהה את שלטון החוק עם שלטון החוק הראוי והצודק, כלומר הדרישה היא שהמחוקק יהיה מונחה על ידי מבחן ערכי ויגשים את תכלית הדמוקרטיה – לשרת את ערך האדם<sup>141</sup>. היקפם ותוכנם של הערכים הדמוקרטיים משתנה ממדינה למדינה וכל אחד מערכים אלה הוא בעל פנים רבות, עם זאת קיימת הסכמה כי ערכים אלה כוללים בראש ובראשונה את חרות האדם והשוויון<sup>142</sup>. תפיסה זו של שלטון החוק אינה שוללת את שיקול הדעת המינהלי, אלא רק

למצוא בחוק גופו את התשובה לשאלה מה אסור ומה מותר, ושלא יהיה נתון בנדון זה בשיקול דעתו של השלטון המבצע.

137 ראו זמיר (לעיל, הערה 116), בעמ' 60; זמיר (לעיל, הערה 134), בעמ' 61. בספרות ובפסיקה לעתים לא קיימת הפרדה בין המובן הפורמלי-מוסדי וההתייחסות היא לשני המובנים בכפיפה אחת. ראו למשל גנו (לעיל, הערה 134), בעמ' 587; רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 135), בעמ' 265; Maoz; 265 (לעיל, הערה 134), בעמ' 30-31. כן ראו דברי השופט ברק בבג"ץ ברזילי (לעיל, הערה 134), בעמ' 621-622. יש הרואים בדרישה זו, שלפיה ההסדרים הראשוניים חייבים להיקבע בחוקי הכנסת, דרישה של שלטון החוק המהותי; ראו דברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481 (להלן: בג"ץ שנסי), בעמ' 504-508 והאסמכתאות המאוזכרות שם.

138 ראו Davis (לעיל, הערה 3), בעמ' 29; דותן (לעיל, הערה 35), בעמ' 304.

139 ראו י' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 105, 108-109.

140 לתפיסה הפרוצדורלית מול התפיסה המהותית ראו J. Jowell "The Rule of Law Today" *The Changing Constitution* (J. Jowell, D. Oliver eds., 5<sup>th</sup> ed. 2004) 5.

141 גנו (לעיל, הערה 134), בעמ' 588; זמיר (לעיל, הערה 116), בעמ' 60-61; זמיר (לעיל, הערה 134), בעמ' 62; רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 135), בעמ' 284-286. כן ראו דברי השופט ברק בבג"ץ ברזילי (לעיל, הערה 134), בעמ' 622: "לשלטון החוק יש, בנוסף למשמעות הפורמאלית, גם משמעות מהותית: זהו שלטונו של החוק הראוי, שיש בו איזון בין צרכי הכלל והפרט. משמעותו של זה, בראש ובראשונה, שוויון".

142 זמיר (לעיל, הערה 116), בעמ' 60-61; Maoz; 61-60 (לעיל, הערה 134), בעמ' 30-31.

מבקשת להכפיף אותו, באמצעות הביקורת, לעקרונות ולערכים שיבטיחו שימוש ראוי בשיקול הדעת<sup>143</sup>.

התפיסה הרווחת כיום היא התפיסה המהותית לשלטון החוק והיא גם הראויה יותר בעיניי. ראשית, התפיסה הפורמלית-מוסדית של שלטון החוק מדללת מאוד את תוכנו, משום שעל פיה יכול שיתקיים שלטון חוק באופן בלתי תלוי לחלוטין בתוכנם של החוקים. חוק יכול שיתקבל על ידי המחוקק הדמוקרטי, אך להיות עמום, סותר חוקים אחרים, רטרואקטיבי, או אפילו שולל חירויות או מדכא זכויות של פרט או קבוצה. במקרה כזה אמנם החוק הוא דמוקרטי במובן זה שהוא מקיים את שלטון הרוב, אך הוא אינו מקיים את המשמעות האמיתית של הדמוקרטיה. על פי משמעות זו החוק הוא מכשיר ולא תכלית, ואין די בכך שחוקים יתקבלו על ידי הרוב אלא יש צורך שלא ישללו את זכויות הפרט או המיעוט<sup>144</sup>. שנית, המסקנה העולה מהמובן הפורמלי לשלטון החוק, שלפיה שיקול דעת מינהלי, מכל סוג שהוא, נוגד את שלטון החוק, אינה מסקנה מעשית. הגידול העצום של הרשות המבצעת ועומס המשימות המוטלות עליה גורם, בין היתר, לכך שהמינהל מקבל מהמחוקק סמכויות נרחבות של שיקול דעת<sup>145</sup>. בעיה מעשית זו היוותה אחת הסיבות להתמוטטות דוקטרינת ה-Non-Delegation בארצות-הברית, אשר אסרה על המחוקק לאצול לרשות המבצעת סמכויות חקיקה<sup>146</sup>. בפועל המחוקק מניח, בדרך כלל, כי על הרשות להפעיל את שיקול דעתה באופן התואם את נסיבותיו של כל מקרה ולא לכבול את יכולת התמרון שלה, ולכן הוא אינו מרבה להנחות את הרשות המינהלית בבואה להפעיל את

- 143 זמיר (לעיל, הערה 116), בעמ' 230.  
 144 ראו גנו (לעיל, הערה 134), בעמ' 588; זמיר (לעיל, הערה 116), בעמ' 601; Maoz (לעיל, הערה 134), בעמ' 31-32.  
 145 דותן (לעיל, הערה 35), בעמ' 313; בג"ץ זקס (לעיל, הערה 136), בעמ' 702; בג"ץ שנסי (לעיל, הערה 137), בעמ' 505.  
 146 מקורה של דוקטרינה זו בסעיף הראשון לחוקה האמריקנית, אשר קובע כדלהלן: "All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives" (U.S. Const. Art. I, Sec. 1). על בסיס סעיף זה פותחה דוקטרינה, שלפיה הכרעות בין אינטרסים לערכים חברתיים מתנגשים, צריכות להיעשות על ידי המחוקק ולא על ידי בירוקרטים שאינם נבחרים. אסור למחוקק לאצול את סמכויות החקיקה שלו לרשות המבצעת, לפחות ככל שהן מתייחסות למדיניות עקרונית. אצילה חייבת להיות מוגבלת, בין על ידי קביעה של המחוקק את המטרות והאמצעים ובין על ידי קביעת מגבלות על תחום הסמכות המואצל. כלומר, החוק היה חייב לקבוע באופן ברור את תחום הסמכות שבו הרשות המינהלית יכולה לפעול וכן גם את הסטנדרטים שלפיהם עליה לפעול; ראו B. Schwartz "American Administrative Law – A Synoptic Survey" 4 *Isr. L. Rev.* (1979) 413, 414; J.S. Wright "Beyond Discretionary Justice" 81 *Yale L.J.* (1971-1972) 575, 582. לחוסר היכולת לאכוף את הדוקטרינה ראו גם Stewart (לעיל, הערה 117), בעמ' 1679.

שיקול הדעת שהוקנה לה. על כן, כפי שמציין פרופ' ברוך ברכה, הבחירה האמיתית, נוכח המציאות בשטח, אינה בין מדיניות שתיקבע על ידי המחוקק למקבילתה שתעוצב על ידי הרשות, אלא בין היעדר מדיניות כלל לבין הכרה בכוחה של הרשות לתרום את חלקה בנדון<sup>147</sup>.

שיקול דעת הוא אפוא מאפיין בלתי נמנע של סמכויות המינהל בעידן המודרני. זאת ועוד, מידה מסוימת של שיקול דעת היא אף רצויה. אמנם, ניתן לטעון כי שיקול דעת נוגד במידה רבה גם את רעיון שלטון החוק במובנו המהותי, שכן הוא מאפשר פגיעה בשוויון וכן שרירות ועריצות של אלה שבידיהם מופקד שיקול הדעת, עם זאת יש מטרות רבות של שלטון החוק והשוויון בפני החוק, שלא ניתן להשיג אותן באמצעות כללי חובה חד-משמעיים. ראשית, שיקול דעת ניתן לרשות המבצעת בתור הרשות המקצועית, אשר עליה להשתמש בידע ובמומחיות המקצועיים שלה ובמנגנון המאפשר לה איסוף נתונים עובדתיים בהיקף רחב, על מנת להגיע לאופן הביצוע שמגשים בצורה הטובה ביותר את מטרות החוק. לשם כך הרשות צריכה להתייחס לכלל פעולות המינהל בנושא מסוים ולנקוט לעתים בתהליך של ניסיון וטעייה<sup>148</sup>. שנית, מידת מה של שיקול דעת היא בלתי נמנעת בתהליך האכיפה, שכן כאמור, העשייה מוגבלת על ידי אילוצים תקציביים וכוח אדם מצומצם<sup>149</sup>. שלישית, שיקול הדעת מאפשר גמישות ועשיית צדק במקרים ספציפיים. המחוקק אינו יכול לצפות את כל המקרים מראש ולשון החוק אינה יכולה לתפוס את כל ההבדלים הרלוונטיים. קיומו של שיקול דעת בעיסוק המשפטי (מכל הסוגים), הוא פועל יוצא מהניסיון להסדיר התנהגות באמצעות כללים כתובים שיכול שיהיו בהם – וספק אם ניתן למנוע באופן מוחלט שיהיו בהם – שולי עמימות<sup>150</sup>. אילו היה נמנע שיקול הדעת, הרשות המינהלית הייתה משוללת יכולת לקיים את האידיאל של שוויון בפני החוק עצמו, דהיינו לבחון את השאלה אם קיימים הבדלים רלוונטיים<sup>151</sup>. נוכח שיקולים אלה מגיעה פרופ' רות גביון למסקנה כי

- 147 ב' ברכה משפט מינהלי (כרך ב, תשנ"ו), 220-221.
- 148 למקצועיות הרשות המבצעת מול חוסר המקצועיות של המחוקק ראו Stewart (לעיל, הערה 117), בעמ' 1678. למקצועיות הרשות המבצעת מול חוסר המקצועיות של בית המשפט ראו דותן (לעיל, הערה 128), בעמ' 466; מ' לנדוי "כוחו של בית-המשפט ומגבלותיו" משפטים י (תש"ם) 196. ראו גם D.L. Horowitz *The Courts of Social Policy* (The Brookings Institution, Washington, 1977), 26; מ' טמיר (יצחקי) "עילת חוסר הוודאות במשפט הציבורי" משפט וממשל ה (תש"ס) 497, 532-534.
- 149 ראו לעיל, סעיף ב1. כן ראו אבן-להב (לעיל, הערה 18), בעמ' 487; ביין (לעיל, הערה 46), בעמ' 155.
- 150 ראו אבן-להב (לעיל, הערה 18), בעמ' 487; ביין (לעיל, הערה 46), בעמ' 156.
- 151 השוו מאמרו של דותן (לעיל, הערה 36). המחבר קורא תגר על ההלכה שלפיה תקנות נחשבות לנורמות קשיחות, שכל זמן שאין פגם בחוקיותן, הן חלות בכל תוקפן על כל מקרה הנופל לגדרן ללא יוצאים מן הכלל. לביקורת על חוסר ההצלחה של מדיניות הרווחה בארצות-הברית

## פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

לא זו בלבד ששיקול דעת אינו רע הכרחי, הוא לעתים אף רצוי. הדברים מקבלים משנה תוקף, לשיטתה, בכל הנוגע לחוק הפלילי, אשר אכיפתו באופן כללי ועיוור תביא לתוצאות קשות ולא מעשיות<sup>152</sup>. לאור זאת שיקול דעת הוא לדעתה רצוי, כל עוד הגמישות רצויה, והגמישות צריכה לתאום את המידה שבה היא נדרשת באותו הקשר<sup>153</sup>.  
חיבור זה יוצא אף הוא מנקודת הנחה כי שיקול דעת מסוים הוא אפשרי ורצוי, עם זאת אין להתעלם מהסכנות הטמונות בו. בהקשר הנדון של סמכויות אכיפה, הדבר בא לביטוי, בין היתר, בתופעה של אכיפה סלקטיבית אשר מעוררת בעיות קשות<sup>154</sup>. נקודת מוצא שנייה של החיבור היא כי גם אם שיקול דעת הוא תופעה בלתי נמנעת, אין להסכים עם הטענה כי אכיפה סלקטיבית פסולה היא תופעה בלתי נמנעת<sup>155</sup>. לאור זאת לאחר הגדרת הבעיה, נדון בדרכים להתמודד אתה ובאופן שבו בית המשפט צריך להעביר ביקורת על רשויות האכיפה<sup>156</sup>. לשם כך יש לבחון את טיבו ואופיו של שיקול הדעת המאפיין את סמכויות האכיפה.

## 2. שיקול דעת רשויות האכיפה

סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". במשטר מדיני כשלנו, הבנוי על עקרון הפרדת הרשויות<sup>157</sup>, תפקידה של הרשות המבצעת הוא, בין השאר, לאכוף את החוק. חוקים רבים מעניקים סמכויות אכיפה לרשויות מינהל שונות, אשר הן חלק מהממשלה במונח הרחב של המילה<sup>158</sup>. כך למשל סמכויות אכיפת הדין הפלילי, הכוללות את תפיסת העבריינים, חקירתם והעמדתם לדין, נתונות בעיקר למשטרה ולפרקליטות<sup>159</sup>.

- לעשות אינדוידואליזציה ראו J.F. Handler "Discretion in Social Welfare: The Uneasy Position in the Rule of Law" 92 *Yale L.J.* (1980) 1270, 1271.
- 152 גביזון מביאה כדוגמה עבירות "טכניות". מאחר ומטרת החוק הפלילי לטפל בהתנהגויות המסוכנות לחברה, העמדה לדין של אדם למרות שהתנהגותו אינה מבטאת נטיות מסוכנות כלשהן, עלולה להיות בלתי פרופורציונלית; ראו גביזון (לעיל, הערה 24), בעמ' 56.
- 153 שם, בעמ' 57.
- 154 ראו להלן, בפרק הרביעי, סעיף א.
- 155 השוו Davis (לעיל, הערה 3), בעמ' 165.
- 156 ראו להלן, בפרקים החמישי והשישי.
- 157 לעקרון הפרדת הרשויות ראו להלן, בפרק הרביעי, סעיף ב1.
- 158 הממשלה במונח הצר היא מליאת הממשלה המורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים. סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה עניינו בממשלה במונח הרחב, שהיא חלק מרכזי מן הרשות המבצעת, והכוללת את כל משרדי הממשלה ובהם רשויות מינהליות רבות ועובדי מדינה רבים. ישנם גופים נוספים העוסקים בביצוע חוקים, בעיקר הרשויות המקומיות ותאגידים ציבוריים, כגון המוסד לביטוח לאומי; ראו זמיר (לעיל, הערה 116), בעמ' 328.
- 159 סעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971; סעיפים 59-62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.

סעיף 11 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 קובע כי:

הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו – משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות.

סעיף זה מקיף חלק ניכר מן הפעילות המינהלית וחל על כל סמכות מינהלית, בין סמכות חובה ובין סמכות רשות, בסייג שלא נקבע זמן להפעלת הסמכות. בשלב הראשון על הרשות לשקול ולהחליט, במהירות הראויה, אם להפעיל את הסמכות; בשלב שני, לאחר שהרשות החליטה להפעיל את הסמכות במקרה מסוים, עליה להפעיל אותה במהירות הראויה<sup>160</sup>. מכאן כי גם אם החוקים אינם נוקבים בזמן להפעלת סמכויות האכיפה, יש חובה לשקול ולהחליט במהירות הראויה אם להפעילן, וככל שנדרש להפעילן במהירות הראויה. מכל האמור עולה כי אי-אכיפה כשלעצמה, ללא שקילת האפשרות להפעיל את הסמכות, נוגדת את החוק המקנה את סמכות אכיפת החוקים על הרשות המבצעת<sup>161</sup>, עם זאת מדובר בסמכויות רשות ולכן תוכן ההחלטה המינהלית נתון לשיקול דעת.

כאמור, שיקול הדעת מאפיין כמעט את כל סמכויות האכיפה. כהדגמה בחרתי להראות זאת באמצעות סמכויות העמדה לדין פלילי. ראשית, בתחום זה בולט מאוד ההבדל בין הדין במשפט האנגלו-אמריקני, המקנה שיקול דעת רחב לתביעה, לבין שיטות משפט אירופאיות כדוגמת גרמניה, שבהן שיקול הדעת של התביעה מוגבל יותר<sup>162</sup>. שנית, אכיפת הדין הפלילי היא מורכבת במיוחד ומערבת פעולה של רשויות שונות העוסקות בחקירה, העמדה לדין, שפיטה, שיקום, אכיפת העונש ועוד. שיקול הדעת המופעל על ידי רשות אחת, משפיע על תפקודה של האחרת ועל תהליך קבלת ההחלטות של השחקנים האחרים במערכת<sup>163</sup>. תפקידו של התובע למשל בכל שיטת משפט מרכזי ביותר ומקריין הן על השלבים המוקדמים של חקירת המשטרה הן על השלבים המאוחרים יותר של עבודת בית המשפט, רשויות המבחן ושירות בתי הסוהר<sup>164</sup>. להפעלה הראויה של שיקול דעת בהליך הפלילי יש חשיבות

- 160 זמיר (לעיל, הערה 34), בעמ' 718-719.  
 161 השוו אבן-להב (לעיל, הערה 18), בעמ' 486.  
 162 במרבית מדינות אירופה שולט "עקרון החוקיות", שלפיו יש להעמיד לדין בכל המקרים שבהם יש מספיק ראיות כנגד החשוד ולא קיימות מגבלות משפטיות להעמדה לדין; ראו P.J.P. Tak, *The Legal Scope of Non-Prosecution in Europe* (Heuni, Helsinki, 1986), 33. להרחבה על עקרון החוקיות ראו להלן, בסעיף ד(ב).  
 163 לשחקנים השונים בהליך הפלילי ולקשר ביניהם ראו Cole (לעיל, הערה 44), בעמ' 43. כן ראו S.H. Kadish, S.J. Schulhofer *Criminal Law and Its Processes – Cases and Materials* (Aspen Law & Business, 7<sup>th</sup> ed., 2001), 1-2.  
 164 J. Fionda *Public Prosecutors and Discretion – A Comparative Study* (Clarendon, Oxford, 1995), 1.

מרובה אפוא, בשל ההשפעה של כל רשות על תהליך קבלת ההחלטות והפעלת שיקול הדעת של הרשות האחרת. שלישית, המשפט הפלילי מדגים מצב שבו ההתערבות של החוק נעשית בכל הרמות<sup>165</sup>: ניסיון להרתיע מביצוע עבירות, ענישה של מי שניסה לבצע עבירה ונכשל, וכמובן ענישה של מי שביצע עבירה וגרם נזק. הסיבה לכך היא שלמרות החשיבות הרבה של שיקולי הרתעה, רמת ההרתעה במשפט הפלילי אינה בהכרח גבוהה<sup>166</sup> ולכן החברה מנסה לנקוט בכל האמצעים האפשריים על מנת לשלוט בפעילות העבריינית. כך למשל יוטל עונש גם על מי שניסה לבצע פשע ונכשל, משום שלא ניתן להסתמך על ההרתעה הנובעת מענישת מי שהצליח בביצוע הפשע. שיקול הדעת באכיפת המשפט הפלילי קיים אפוא ברמות שונות, דבר המשליך על ממדיה של סוגיית האכיפה הסלקטיבית. רביעית, אמנם כל סמכויות האכיפה חשובות ויכולות לגרום השלכות קשות, אך ההחלטה להעמיד אדם לדין פלילי היא החלטה קשה במיוחד, בעלת השפעה רבה על חייו של האדם ויכולת לחרוץ את גורלו<sup>167</sup>. לכן, חשיבותו של שיקול הדעת והפעלתו הראויה, מקבלים משנה תוקף בהקשר העמדה לדין פלילי<sup>168</sup>.

שיקול הדעת הוא חלק בלתי נפרד ובלתי נמנע של ההליך הפלילי. המחוקק משתדל לנסח חוקים פליליים באופן שיהיה ניתן ליישםם ללא אפליה, אך על המשטרה והפרקליטות מוטלת המשימה לזהות ולבחור את המקרים הראויים לאכיפה<sup>169</sup>. פרופ' דניאל פרידמן מציין שלושה מישורים שבהם קיים שיקול דעת בהעמדה לדין<sup>170</sup>: המישור הראשון הוא שיקול הדעת בהקצאת המקורות (המשאבים). כאמור, שיקולי נוחות אדמיניסטרטיבית ומגבלות כוח אדם ומשאבים אחרים גורמים להתרכזות בנושאים מסוימים. הבחירה בין נושאים שבהם המנגנון מעדיף להתרכז לבין נושאים שאותם המנגנון סבור שיש לזנוח מחייבת שיקול דעת. במישור השני, שיקול הדעת מופעל במקרים פרטניים. כך למשל שוטר

- 165 לניתוח רמות ההתערבות ראו S. Shavell "The Optimal Structure of Law Enforcement" A *Reader on Regulation* (R. Baldwin, C. Scott, C. Hood eds., Oxford, 1998) 307, 311.
- 166 הדבר נעוץ בכמה סיבות: פעילות עבריינות בדרך כלל נעשית באופן המכוון להימנע מסנקציות ולכן הסיכוי לתפוס ולהרשיע עבריינים נמוך; רבים מהעבריינים עניים, כך שסנקציות כספיות אינן יעילות; התועלת העתידה מביצוע הפשע למבצע בדרך כלל גדולה ולפיכך נדרשות סנקציות קשות על מנת למנוע את הפשע.
- 167 ראו דברי השופט זמיר בבג"ץ זקין (לעיל, הערה 2), בעמ' 305. כן ראו דברי השופט חשין בבג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501, 511.
- 168 D.J. Givelber "The Application of Equal Protection Principles to Selective Enforcement of the Criminal Law" *U. Ill. L. F.* (1973) 88. ראו בייחוד הערה 2, שם, שבה המחבר מסביר מדוע בחר להתרכז באכיפה סלקטיבית של הדין הפלילי.
- 169 לשיקול הדעת כחלק אינהרנטי מההליך הפלילי ראו A.B. Poulin "Prosecutorial Discretion and Selective Prosecution: Enforcing Prosecution after *U.S. v. Armstrong*" 34 *Am. Crim. L. Rev.* (1997) 1071, 1079. ראו גם האסמכתאות המובאות על ידי המחברת שם, בהערה 28.
- 170 פרידמן (לעיל, הערה 21), בעמ' 160.

הנתקל במה שנראה לו כמעשה עבירה, עשוי להחליט "לסלוח" לחשוד או להסתפק באזהרה, בין משום שהעניין לא נראה לו חמור דיו ואיננו שווה את הטורח הכרוך בפתיחת ההליך ובין משום שיקול אחר כלשהו. במישור השלישי, שיקול הדעת קיים גם בשלבים גבוהים יותר בהייררכיית החקירה והתביעה, בכך שקיימת סמכות שלא לפתוח בחקירה או שלא להעמיד לדין חשוד, מחמת שלדעת התובע אין במשפט עניין לציבור, אף שקיימות ראיות מספיקות להעמדה לדין. דומה כי גם במישור השלישי מדובר בהפעלת שיקול דעת ב"מקרים פרטניים" ולא קיימת חשיבות מעשית או עיונית רבה להבחנה הנוגעת למיקום בהייררכיה. לאור זאת ניתן לדבר על שני מישורים עיקריים שבהם קיים שיקול דעת: הקצאת המשאבים והחלטות הנוגעות למקרים פרטניים.

#### (א) שיקול הדעת בהקצאת המשאבים

סוגיית הקצאת המשאבים נוגעת לנומרות שצריכות לשלוט בשימוש בכוח המקצה של המדינה. מדובר בכוחה של המדינה לחלק את הנכסים הציבוריים, ובמסגרתו יש למדינה ולרשויותיה שיקול דעת רחב בשאלות כגון מה, כמה ולמי להקצות. כמובן שיכול שיפלו פגמים בשיקול הדעת, כגון שההקצאה תיעשה באופן מפלה או למטרה זרה או שהחלטות תתקבלנה משיקולים זרים<sup>171</sup>. כוחה המקצה של המדינה הוא בעל השלכות מרחיקות לכת. כך למשל, באמצעות החלטות ערכיות בדבר הקצאות לתחומים מסוימים או אי-הקצאה לתחומים אחרים, המדינה יכולה להשפיע על שוק הרעיונות ועל נוכחותן של עמדות מסוימות בחברה<sup>172</sup>. הגורמים המשפיעים על הקצאת המשאבים לצורך אכיפה מגוונים ונזילים מדי על מנת שיוגדרו על ידי המחוקק ועל כן שיקול הדעת בהקצאה נתון כמעט

171 לטענת אפליה בהקצאת מקרקעין ראו למשל בג"ץ 1/98 כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241; בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793; א' בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 769. לטענת אפליה בהקצאת כספים ומשאבים אחרים ראו למשל בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2; בג"ץ 434/87 סן הרשקו נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מד(4) 154; בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות, פ"ד נא(4) 259; א' דה הרטוך "תמיכת המדינה במוסדות ציבור – ליבלוב הכספים הייחודיים" משפטים כט (תשנ"ח) 75.

172 יודגש כי בחברה המודרנית, על מנת שעמדות תהיינה נוכחות, לא מספיק שהמדינה לא תגביל אותן אלא דרוש סיוע פוזיטיבי להשמעתן. לשימוש בכוח המקצה באופן המשפיע על שוק הרעיונות בחברה ראו למשל בג"ץ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז 1023 (שלילת כתב אמנה כלפי צה"ל מעיתונאי "העולם הזה"); בג"ץ 262/62 פסטיבל המוסיקה באבור-גוש נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821 (סירוב להקצות כספים לקונצרטים בשל היותה של המוסיקה כנסייתית); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (הקצאת זמן שידור לתעמולת הבחירות של רשימות שונות).



## פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

בלעדית לרשויות האכיפה<sup>173</sup>. בהקשר זה של אכיפה, להקצאת המשאבים היבט ייחודי, שכן תיתכן טענה שדווקא הקצאה לעניין מסוים או לאזור מסוים מהווה אפליה, מאחר שתוצאת ההקצאה היא אכיפה מוגברת כלפי אותו עניין או אזור<sup>174</sup>. ואכן, נושא הפעלת שיקול הדעת במישור ההקצאה רלוונטי מאוד לסוגיית האכיפה הסלקטיבית, שכן לטענתי סלקטיביות באכיפת חוק מותרת רק כאשר אין ידיעה על מפרים אחרים. דא עקא, שגם את נושא אי-הידיעה יש לבחון בזהירות רבה, שהרי הידיעה היא פועל יוצא של הקצאת המשאבים. כאשר הקצאת המשאבים נעשית על פי סיווג זמן/מקום לפי מידת הנפוצות של העבירות בעבר באותו זמן/מקום, הרי שזוהי החלטה עניינית. הוא הדין כאשר נעשה על ידי רשויות האכיפה סיווג התואם את מטרות החוק. הבעיה מתעוררת כאשר רשויות האכיפה, במסווה של מחסור במשאבים, מקצות משאבים לאזור מסוים לא משום שיש בו שכיחות עבריינית גבוהה יותר אלא בשל שיקולים הזרים למטרות החוק<sup>175</sup>.

### (ב) שיקול הדעת במקרים פרטניים

כאמור, שיקול הדעת מופעל גם במקרים פרטניים. למעשה, שיקול הדעת בהליך הפלילי עולה ככל שיוודים בהייררכיה האדמיניסטרטיבית. ברוב הארגונים החולייה הנמוכה ביותר בשרשרת מבצעת את המשימות השגרתיות תחת פיקוח וקיימים מנגנונים של בקרת איכות, אשר מטרתם לבחון את העבודה, לעומת זאת במשטרה ובפרקליטות – עיקר שיקול הדעת מופעל פעמים רבות על ידי העובדים הזוטרים יותר בארגון. עובדים אלה אמנם מונחים

173 ראו Poulin (לעיל, הערה 169), בעמ' 1080. כפועל יוצא מכך, גם הביקורת השיפוטית על סדרי העדיפויות בהקצאת המשאבים מצומצמת. ראו דברי השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 1161/06 תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הבטחון, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.10.07): "עלינו להביא בחשבון כי המשאבים הנדרשים למילוי המשימה הם בידי הרשות המבצעת ומדיניות האכיפה נקבעת על-פי סדרי העדיפויות שהיא מציבה לעצמה; זאת על-פי מוקדי הפרת החוק, האמצעים שבידי הרשויות השונות, ועל-פי היכולת המעשית והמבצעית. בכל אלה, לא נראה להתערב כל עוד אין הרשות מתנערת מחובתה לאכוף חוק...".

174 כך למשל תופעות נצפות על פני השטח, כגון ייצוג לא פרופורציונלי של חלק מהאוכלוסיה הכללית בבתי הסוהר יכולות להיות תוצאה של פעולת מערכת החוק אשר ממשת מדיניות; ראו שוהם ושביט (לעיל, הערה 76), בעמ' 46. ראו גם Maguire, Morgan & Reiner (לעיל, הערה 76), בעמ' 609-612 – מחקרים בבריטניה מעידים על כך שהסיכוי של שחורים להיכנס לכלא בסוף ההליך הפלילי, גבוה פי 6 מהסיכוי של לבנים. כמו כן, דפוס העבירות ששחורים נטו להיעצר ולהיאסר בגינן התיישב עם התאוריה, שלפיה הם היו מטרה לאכיפה מוגברת של החוק.

175 ראו למשל פסק דין *People v. Harris* 5 cal. Rptr. 852 (1960); הקצאה גיאוגרפית של המשאבים המשטרתיים הביאה לאכיפה לא פרופורציונלית כנגד שחורים של חוקי איסור הימורים. לדיון נרחב יותר ראו להלן, בפרק השלישי, סעיף 2 סיפה.

## אכיפה סלקטיבית

בעבודתם על ידי האחראים עליהם, אך באמצעותם מתקיים הקשר העיקרי עם הציבור<sup>176</sup>. כך למשל ההחלטה אם לעצור עברייני בשל עבירה מסוימת היא פעמים רבות החלטה הנעשית על ידי שוטר המפטרל בדרכים ואשר מונחה באורח כללי ביותר על ידי הממונים עליו. שוטר הנחקל בעבירה יכול להתעלם ממנה, הוא יכול להעיר לעובר העבירה, אך לסלוח לו ולא לנקוט נגדו אמצעים כלשהם, והוא יכול לנקוט בכל האמצעים והסנקציות שמאפשר לו החוק<sup>177</sup>.

הדבר מוביל למאפיין נוסף של ההליך הפלילי – היותו דומה לפילטר שדרכו מסוננים מקרים. דהיינו, רק חלק מהמקרים יעבור לשלב הבא של קבלת ההחלטות. כך למשל ההחלטה לחקור היא החלטה מקדמית והיא יכולה לרוקן מתוכן את שאלת ההעמדה לדין על ידי אי איסוף ראיות, או על ידי ההחלטה שלא לרשום דו"ח או שלא לעצור אדם שביצע עבירה בפני שוטר<sup>178</sup>; סירוב המשטרה להחיר מכירת משקאות משכרים במזנון מסוים, מונע מהרשות המקומית לתת רישיון עסק לאותו מזנון, וכפועל יוצא הופך את פעילות המזנון ללא רישיון לעבירה פלילית<sup>179</sup>. גם כאן ישנו פתח לשימוש לרעה בשיקול הדעת. ואכן, ההליך הפלילי מושפע רבות מהערכים של כל אחד ממקבלי ההחלטות, שהקריירה שלו, השפעתו ומעמדו עשויים להיות חשובים לו יותר מדרישותיו הפורמליות של החוק. בשל הלחץ של ריבוי תיקים והאופי האדברסרי של ההליך הפלילי, פקידי האכיפה יכולים להקטין לחץ באמצעות סינון המקרים מעוררי המחלוקת או כאלה שיש בהם איום פוטנציאלי לנורמות מושרשות<sup>180</sup>. אחת השאלות העומדות אפוא במוקד חיבור זה היא כיצד למנוע מצב שבו הפרט יהפוך למשני בשיקול הדעת של מקבלי ההחלטות. לשם כך יש לעמוד גם על מאפיין שיקול הדעת באכיפה בשיטות המשפט השונות.

- 176 Cole (לעיל, הערה 44), בעמ' 44.  
177 Givelber (לעיל, הערה 168), בעמ' 104. לדוגמאות לשיקול דעת במקרים פרטניים ראו פסק דין Catagas (לעיל, הערה 42), בעמ' 287. בפסק הדין נעשתה הבחנה בין שיקול הדעת לוותר על אכיפה במקרים פרטניים לבין מדיניות אשר מעניקה "פטור" לקבוצה מסוימת. בית המשפט לערעורים של מניטובה היה מוכן להשלים עם שיקול הדעת מהסוג הראשון, אך לא מהסוג השני.  
178 גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 101-102. ראו גם Poulin (לעיל, הערה 169), בעמ' 1085-1080; המחברת מציינת כי לא זו בלבד שהמשטרה בוחרת את המקרים שיגיעו בסופו של דבר אל התביעה, אלא שהיא מעצבת את עמדת התביעה באשר לדמוגרפיה של ההתנהגות הפלילית. קיומן של דעות קדומות או משוחדות בעבודת המשטרה, תשפיע בסופו של דבר גם על התביעה, אשר מניחה כי החשודים מייצגים חתך הוגן של מבצעי העבירה המסוימת.  
179 ראו סעיף 2(א)(3) לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968. כן ראו בג"ץ 5021/91 אפרגן נ' אגף רישוי עסקים – עיריית תל-אביב-יפו, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 1.4.92).  
180 Cole (לעיל, הערה 44), בעמ' 45. לתפקידו המורכב של התובע בהליך האדברסרי ראו גם קרמניצר (לעיל, הערה 113), בעמ' 173-177, 179-178.

## ד. שיקול הדעת במישור השוואתי

### 1. ישראל

החוק הישראלי מבחין בין החקירה לבין ההחלטה על העמדה לדין והוא מכיר במפורש בשיקול הדעת של הרשויות האוכפות, הן בנוגע להחלטות על חקירה הן בנוגע להחלטות על העמדה לדין<sup>181</sup>.

#### (א) חקירה

חובת החקירה מוטלת על המשטרה על פי סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982<sup>182</sup> אשר קובע:

נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; אולם בעבירה שאינה פשע רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שאין בדבר עניין לציבור או אם היתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה.

בצד החובה לחקור, החוק מקנה סמכות שלא לחקור, אשר כפופה למגבלה משולשת<sup>183</sup>:

1. חומרת העבירה – הסמכות קיימת רק לגבי חטאים ועוונות ואילו בעבירות חמורות של פשע אין אפשרות שלא לחקור;
2. זהות המחליט – רק קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה רשאי להחליט שלא לחקור;
3. טעמים בגינם ניתן להחליט שלא לחקור – קיימים שני טעמים בלבד: אמונתו של קצין המשטרה כי אין בחקירה "עניין לציבור" או קיומה של רשות אחרת המוסמכת לחקור. כלומר, אם המשטרה קיבלה תלונה או שנודע לה בדרך אחרת שנעברה עבירה מסוג פשע, היא חייבת לחקור ולהעביר בתום החקירה את העדויות שאספה לפרקליט המחוז<sup>184</sup>, ורק אז נכנסת התביעה לתמונה. זאת ועוד, קיים אף ספק אם המשטרה רשאית להפסיק את החקירה בעבירת פשע, אפילו על יסוד הוראה של היועץ המשפטי לממשלה, שכן לפי נוסח סעיף 59 סיפה כפשוטו, נתון לה שיקול דעת כזה (מחמת היעדר עניין לציבור בקיומו של המשפט) רק לגבי עוון וחטא (ולא פשע)<sup>185</sup>. הוראה זו מזהה את חומרת ההתנהגות עם סיווגה של העבירה בחוק, אם כי לכאורה ייתכן מצב שבו הסעיף היחיד שבו ניתן לתפוס

181 גביזון (לעיל, הערה 24), בעמ' 111.

182 להלן: חוק סדר הדין הפלילי.

183 גביזון (לעיל, הערה 24), בעמ' 113.

184 או לתובע המשטרתי אם מתקיימים התנאים האמורים בסעיף 60(ג) לחוק סדר הדין הפלילי.

185 ראו דברי המשנה לנשיא מרים בן-פורת בבג"ץ ברזילי (לעיל, הערה 134), בעמ' 577.

## אכיפה סלקטיבית

התנהגות עבריינית הוא זה של פשע, אך ההתנהגות נראית לא "עבריינית". במצב כזה המשטרה מחויבת לחקור והדבר יכול להביא גם לחקירה מיותרת<sup>186</sup>. על כל פנים, מגבלה זו על שיקול הדעת של המשטרה מחזקת את ההנחה, שלפיה תופעות של אכיפה סלקטיבית תהיינה נדירות ביותר בעבירות החמורות.

שיקול הדעת של קצין המשטרה שלא לחקור כשאינן בחקירה "עניין לציבור" הוא רחב, מקיף ובלתי ניתן להגדרה ממצה. אכן, ייתכנו שיקולים שונים המצביעים על כך שמעורבות המשטרה מיותרת, במובן זה שאין עמה תרומה לעניין הציבורי שבשמירת החוק. כך למשל כאשר מדובר בסכסוך "פרטי" בעל אופי אזרחי; בסכסוך "אישי" מוגבל שמעורבות המשטרה רק תחמיר אותו; בתלונה קנטרנית או במעשה עבירה פעוטת ערך במידה מרחיקת לכת<sup>187</sup>. עם זאת טעם זה יוצר חשש שתחת מסווה של סמכות רחבה, החלטות על חקירה או אי-חקירה תיעשנה משיקולים לא ראויים, באופן לא שוויוני או מתוך משוא פנים לבעל שררה<sup>188</sup>.

המשטרה מוסמכת אף שלא לחקור בעבירה כאשר על פי דין ישנה רשות מוסמכת אחרת לכך. כך למשל המשטרה אינה עוסקת באכיפה שוטפת של דיני התכנון והבנייה משום שלמוסדות התכנון נתונות הסמכויות בעניין זה<sup>189</sup>. המשטרה תפעל בשיתוף פעולה עם רשויות התכנון לפי המקרה ועל פי יוזמתן, ותעניק להן כל סיוע הנדרש להן לאכיפת החוק, לגביית הודעות ולמעצר חשודים בכל מקרה של חשש להפרת הסדר הציבורי<sup>190</sup>. הבעייתיות המתעוררת בהקשר לכך היא שתושבים המתלוננים על מטרדים או על בנייה בלתי חוקית מופנים על ידי המשטרה לעירייה או לרשות המקומית הנוגעת בדבר, אך על רשויות אחרות שאינן המשטרה בדרך כלל לא מוטלת חובה לחקור והדבר יוצר חשש לתת-חקירה<sup>191</sup>. על החלטה שלא לחקור רשאי המתלונן לערור לפני היועץ המשפטי לממשלה<sup>192</sup>. כל עוד לא מוצה סעד אלטרנטיבי זה, אין הוא רשאי לעתור לבג"ץ<sup>193</sup>.

- 186 גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 120.
- 187 ראו י' קדמי על סדר הדין בפלילים (חלק ראשון, תשס"ג), 548.
- 188 גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 121.
- 189 ראו סעיפים 257א, 258 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965. כן ראו רע"פ 252/04 שדות נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, פ"ד נח(5) 871.
- 190 בג"ץ 4185/90 נאמני הר-הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 221, 272-273. בפסק הדין נדון גם חוק העתיקות, תשל"ח-1978 אשר מעניק סמכויות לפקידי העתיקות ולכן המשטרה אינה עוסקת באכיפה שוטפת של החוק.
- 191 גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 126.
- 192 ראו סעיף 64 לחוק סדר הדין הפלילי.
- 193 לחובת מיצוי ההליך כעיקרון במשפט המינהלי ראו דנג"ץ 4894/96 פרבר נ' משטרת ישראל, פ"ד נ(4) 21, 27; למיצוי הליך הערר בפני היועץ המשפטי לממשלה, ראו בג"ץ 11/89 פריד נ' משטרת ישראל, פ"ד מג(2) 769, 771.

(ב) העמדה לדין

התביעה הפלילית בישראל היא ציבורית. המאשים במשפט הפלילי הוא המדינה והיא מיוצגת על ידי תובע משטרתי או תובע מטעם היועץ המשפטי לממשלה<sup>194</sup>. אמנם, בעבירות המנויות בתוספת השנייה לחוק סדר הדין הפלילי, אדם פרטי רשאי להגיש קובלנה פלילית<sup>195</sup>, אך מדובר במספר מועט של עבירות וגם אז רשאי פרקליט המחוז להודיע שפרקליט מפרקליטות המדינה ינהל את התביעה<sup>196</sup>.

סמכות התובע להעמיד לדין מפורטת בסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי הקובע:

ראה התובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט עניין לציבור; ואלם אם הועבר חומר החקירה לתובע... טעונה החלטה שלא להעמיד לדין מהטעם האמור אישור קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה.

סעיף זה מתנה את ההעמדה לדין בהתקיים שני תנאים מצטברים – חיובי ושלילי. התנאי החיובי הוא כי לדעת התובע, הראיות שבידו מספיקות לאישום. תנאי זה עניינו קיומן של ראיות לכאורה, כלומר ראיות קבילות ובעלות משקל, אשר יש בהן כדי להביא להרשעת הנאשם. התנאי השלילי הוא כי התובע אינו סבור שאין בקיום המשפט הפלילי עניין לציבור. תנאי זה מניח קיומן של ראיות לכאורה ועניינו היעדר עניין לציבור בהרשעת הנאשם ובגזירת דינו<sup>197</sup>. על פי לשון החוק, במצב שבו התובע סבור כי הראיות מספיקות להגשת אישום, הסייג היחידי שלפיו ניתן שלא להעמיד לדין הוא היעדר עניין לציבור. כלומר, לשון החוק מרמזת על קדימות עניינית וכתונת הגנה של השיקול החיובי של הראיות, וקיומן של ראיות לכאורה אמור ליצור חזקה לטובת העמדה לדין אשר יכולה להיסתר על ידי היעדר "עניין לציבור"<sup>198</sup>. החוק אמנם אינו מציין מה משקל חזקת ההעמדה לדין, והוא עצמו מאפשר לקבוע כי אין עניין לציבור לפני כל בדיקה של הראיות ואף לפני תחילת

194 סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי. התובעים מוגדרים בסעיף 12.

195 שם, סעיף 68 והתוספת השנייה לחוק.

196 שם, סעיף 71.

197 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (להלן: בג"ץ גנור I), בעמ' 507.

198 הפסיקה אכן קבעה כעניין עקרוני כי קיום ראיות לכאורה לביצוע של עבירות פליליות מסוגים מסוימים, יש בו כדי להקים מעין חזקה בדבר קיומו של עניין לציבור בהעמדת החשוד לדין. ראו למשל בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 1 (להלן: בג"ץ גנור II), בעמ' 15, שם נקבעה חזקת עניין לציבור במקרה של ראיות לכאורה לעבירת הפרת אמונים של איש ציבור. הודגש כי חזקה זו ניתנת לסתירה, אלא שלשם סתירתה מן הראוי שתתקיימנה נסיבות כבדות משקל ויוצאות דופן.

## אכיפה סלקטיבית

החקירה<sup>199</sup>, אך נראה כי קיימת ברשויות התביעה פרזומציה ארגונית לטובת הגשת כתבי אישום כאשר יש די ראיות, אלא אם קיימות הנחיות מפורשות לגבי סוגים מסוימים של מקרים<sup>200</sup>. הנחיות כאלה קיימות בעיקר לגבי עבירות נפוצות ובעייתיות במיוחד, כגון שימוש בסמים לצריכה עצמית, נישואי בוסר או בעילת קטינה, אשר על פי רוב אינן מבוצעות על ידי עבריינים מקצועיים. בעבירות מסוג זה נודעת חשיבות להנחיית החוקרים והתובעים בשאלה אם ומתי קיים עניין ציבורי בעריכת חקירה והעמדה לדין, וכיצד ראוי לנהל את החקירה והתביעה<sup>201</sup>. התוצאה היא ששיקול הדעת בהעמדה לדין רחב ביותר והוא מבוסס לא רק על קביעות, כגון פירוש יסודות העבירה או קיומן של ראיות, אלא גם על הכרעות בדבר קיומו של אינטרס ציבורי בניהול המשפט<sup>202</sup>.

באשר לתנאי החיובי בדבר דיות הראיות, הפסיקה קובעת כי במצב שבו העניין הציבורי אינו מוטל בספק, כתב אישום אמור להיות מוגש באותם מקרים שבהם התובע משוכנע כי קיים סיכוי סביר להרשעה. בכך מתקיים איזון ראוי בין הערכים שביסוד מטרותיו של המשפט הפלילי לבין הערך של מניעת פגיעה שאינה הכרחית בחשוד ובמשפחתו<sup>203</sup>. מאחר ששאלת סיכויי ההרשעה היא שאלה מובהקת של הערכה עובדתית ומשפטית, אשר ייתכנו לגביה עמדות שונות, ומאחר והיועץ המשפטי לממשלה הוא בעל הידע והמומחיות שבגינם המחוקק הקנה לו את הסמכות, שיקול הדעת בנושא דיות הראיות להעמדה לדין הוא רב ביותר ובית המשפט מכיר במתחם סבירות רחב בהחלטות כגון דא<sup>204</sup>.

- 199 ראו גם, לעיל, סעיף ד(א).  
200 גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 145.  
201 ראו דברי ההקדמה של היועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר, לאוגדן הנחיות היועץ המשפטי לממשלה – מדיניות התביעה משנת 1986.  
202 ראו ר' גביוון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה (תשנ"ז) 27, 39.  
203 בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1 (להלן: בג"ץ יהב), בעמ' 12.  
204 ראו לאחרונה דברי בית המשפט בבג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199, 209: "הבחנה נדרשת נוספת היא בין החלטת היועץ המשפטי להימנע מהגשת כתב אישום מן הטעם שאין בקיום המשפט 'עניין לציבור' (כמשמעו בסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982), לבין החלטתו להימנע מהגשת כתב אישום בשל היעדר ראיות מספיקות. ככל שגם בהחלטות מן הסוג הראשון יימנע בית-המשפט מלהמיר את שיקול דעתו של היועץ המשפטי בשיקול דעתו שלו, ויראה להתערב רק במקרים בהם שוכנע כי החלטת היועץ המשפטי היא בלתי סבירה בעליל, הרי שבביקורת קביעתו של היועץ המשפטי, כי הראיות המצויות אינן מספיקות להגשת כתב אישום, ינהג בית-המשפט מידת ריסון כפולה ומכופלת". ראו גם דברי השופט בך בבג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 368, 356: "ההתערבות בשיקול הראשון, הקשור במשקלו של חומר הראיות, תהיה נדירה, אך אפשרית היא אם ספקנותו של היועץ המשפטי בדבר משקל הראיות הינה בלתי סבירה בעליל"; בג"ץ 3846/91 מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו(5) 423; בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793 (להלן: בג"ץ אולמרט), 808; דברי השופט אור בבג"ץ יהב (לעיל,

## פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

כאמור, הגם ששיקול הדעת בנושא דיות הראיות הוא רחב ביותר, הוא מעורר פחות בעייתיות בהקשר של אכיפה סלקטיבית. אין חולק כי היעדר ראיות מספיקות מהווה הבחנה רלוונטית לאי-העמדה לדין של פלוני לעומת העמדתו לדין של אלמוני. כך למשל החלטת היועץ המשפטי לממשלה בפרשת בר-און<sup>205</sup>, להגיש כתב אישום רק כנגד חבר הכנסת אריה דרעי ולא כנגד שאר המעורבים בפרשה, אינה אכיפה סלקטיבית אלא הבחנה רלוונטית, שכן הקו המבחין הוא זה של הראיות<sup>206</sup>. יתרה מזאת, מקרה זה מדגים מצב שבו אותה ראייה קבילה כלפי האחד, אך פסולה כלפי אחר: בעוד כלפי חבר הכנסת אריה דרעי הייתה קיימת עדות מרכזית של עורך דינו אשר הייתה בבחינת עדות ישירה, הרי שעדות זו היוותה עדות שמיעה בכל הנוגע לראש הממשלה דאז, בנימין נתניהו, וממילא לא הייתה קבילה כנגדו<sup>207</sup>. אכן, התוצאה הסופית עוררה קושי שהתבטא בכך שחבר הכנסת דרעי, שנטען ששלח איומים לצורך מינויו של עורך דין בר-און למשרת יועץ משפטי לממשלה, הועמד לדין, בעוד שמי שכלפיו הופנו האיומים לא הועמד לדין, אף שבסופו של דבר עורך דין בר-און מונה, אך תוצאה זו התחייבה מניתוח הראיות שהעלה כי לא יהיה ניתן להוכיח, במידה הנדרשת במשפט פלילי, כי המינוי בסופו של דבר יצא אל הפועל כתוצאה מן האיומים<sup>208</sup>. ואכן, העתירות שהוגשו כנגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה נדחו<sup>209</sup>. על החלטה זו נמתחה ביקורת ויש הטוענים כי הרף שהוצב לבחינת הראיות היה גבוה באופן משמעותי מהרגיל<sup>210</sup>. על פי ביקורת זו, פרשה זו אכן משקפת סלקטיביות בהעמדה לדין.

- הערה (203), בעמ' 31-32. כן ראו ק' מן "זכות הטיעון והביקורת על שיקול-הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין" פלילים ה (תשנ"ז) 189, 194-195.
- 205 פרשת מינויו של עו"ד רוני בר-און לכהונת היועץ המשפטי לממשלה. בתאריך 10.1.97 מינתה הממשלה את עו"ד רוני בר-און לכהונת היועץ המשפטי לממשלה, תפקיד שהתפנה עם התפטרותו של היועץ המשפטי מיכאל בן-יאיר. בעקבות מינויו של בר-און התחוללה סערה ציבורית שבאה לביטוי בתקשורת ובעתירה לבג"ץ. בתאריך 12.1.97 פרש עו"ד בר-און מתפקידו. כעשרה ימים לאחר מכן שודרה במהדורת החדשות של הערוץ הראשון כתבה, אשר העלתה חשדות למעשים פליליים הכרוכים במינוי של עו"ד בר-און, ולפיהם נעשה המינוי מתוך מטרה שבר-און ישרת כיועץ המשפטי לממשלה את אינטרסיו של ראש תנועת ש"ס אריה דרעי במסגרת ההליכים הפליליים המתנהלים נגדו, בתמורה לתמיכה פוליטית של ש"ס במהלך מדיני של ראש הממשלה נתניהו. כתבה זו הביאה לפתיחת חקירה משטרתית נגד כל המעורבים בפרשת המינוי (להלן: פרשת בר-און)
- 206 ראו סעיף 6 בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, מס' 3164/97, מיום 20.4.97.
- 207 ראו סעיפים 52א, 106 לחוות דעתה של פרקליטת המדינה, עדנה ארבל, מיום 18.4.97.
- 208 סעיף 106 לחוות הדעת של פרקליטת המדינה, שם.
- 209 פסק דין יהב (לעיל, הערה 203). העתירות בעניינו של שר המשפטים נדחו פה אחד. העתירות בעניינו של ראש הממשלה נדחו ברוב דעות, כנגד דעתה החולקת של השופטת דורנר.
- 210 ראו ז' סגל "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר-און ובעקבותיה" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 587, 637-652. לדעת פרופ' סגל, בנסיבות פרשת בר-און הוצבה תשתית ראייתית

יצוין כי למרות הקושי האמור לתקוף החלטות בנוגע לדיות הראיות, עדיין ייתכן כי ייטענו טענות שונות באשר לתהליך קבלת ההחלטה<sup>211</sup>. בפרשת בר-און אחת העתירות הייתה לגילוי הדו"ח המסכם של המשטרה והמלצותיה וכן לגילוי חוות דעתם החולקת של כמה פרקליטים שהיו שותפים לצוות הפרקליטות שבחן את תיק החקירה והגיעו למסקנה כי חומר הראיות מספיק להגשת כתב אישום נגד ראש הממשלה<sup>212</sup>.

התנאי השלילי שלפיו התובע אינו סבור כי אין במשפט עניין לציבור, מאפשר קבלת החלטות קונקרטיות שלפיהן אין בניהול משפט מסוים עניין לציבור, והחלטות עקרוניות יותר לגבי סוגים מסוימים של עבירות. שיקול הדעת המתייחס לתנאי זה בהקשר של אכיפה סלקטיבית הוא בעייתי יותר משיקול הדעת המתייחס לדיות הראיות. ראשית, נשאלת השאלה אם וכיצד יש להביא אלמנטים מסוימים בחשבון. כך למשל שכיחות ההתנהגות העבריינית יכולה להוות שיקול לשני הכיוונים: מצד אחד, שכיחות גבוהה מחייבת הרתעה מיוחדת; מצד אחר, ייתכן שהשכיחות הגבוהה מרמזת על מנהג שלא לקיים את החוק או לפחות על מנהג שלא לאכוף את החוק, שלא ברור אם צודק לשנותו לגבי מקרה מסוים ללא שינוי מדיניות כללי<sup>213</sup>. שנית, מדובר בהכרעה ערכית מובהקת באשר לתועלת שתצמח למסגרת החברתית על ידי העמדה לדין, לעומת הנזק שייגרם לה או התועלת שתצמח לה מאי-העמדה לדין<sup>214</sup>. כמו בכל מקרה המערב החלטות ערכיות, השאלה אם יש עניין לציבור בהעמדה לדין מחייבת איזון בין שיקולים רלוונטיים נוגדים, ולנוכח חוסר הדיוק שבמתן "משקל" לשיקולים השונים, אין מדובר בהחלטה מדויקת אשר יש לה תשובה אחת ויחידה, אלא עשויים להתקיים כמה איזונים סבירים ותיתכנה גישות לגיטימיות שונות. ואכן, קיים "מתחם של סבירות" שבתוכו החלטות שונות יכולות להיות נוגדות, ובית המשפט יתערב

מספקת כדי לקיים הליך שימוע, לפני החלטה סופית בדבר העמדה לדין של ראש הממשלה ושל שר המשפטים. לדעתו, הרף שהוצב היה קיום ודאות להרשעה מעבר לכל ספק סביר ואולי אף מעבר לכל ספק שהוא. לשיטתו, ניתן לשער שלו זה היה המבחן המקובל, כתבי אישום רבים מאוד לא היו מוגשים כלל.

211 בג"ץ אולמרט (לעיל, הערה 204), בעמ' 808

212 בג"ץ 2534/97 י"ב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 39. העתירה נדחתה כנגד דעתו החולקת של השופט גולדברג.

213 ראו גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 160. כן ראו הברדלי הגישות בין השופטים אלון וחשין בע"פ תורג'מן (לעיל, הערה 41). בעוד השופט אלון סבר כי אין באוזלת ידה של המשטרה לאכוף את החוק כלפי מכוני הליווי הרבים כדי להקל עם עבריינים שכן מועמדים לדין, השופט חשין סבר כי מדיניות המשטרה הפכה חלק מהדין ואין לדון לכף חובה אורחות חיים שבנו עצמם על אותו דין.

214 ראו דברי המשנה לנשיא ברק בבג"ץ 588/94 שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(3) 40 (להלן: בג"ץ שלנגר), בעמ' 43; ראו גם דבריו בבג"ץ גנור I (לעיל, הערה 197), בעמ' 511: "אין עניין לציבור בהעמדה לדין, מקום שלדעת תובע, התועלת שתצמח לערכים ולעקרונות שהמשפט הפלילי מגן עליהם, אם החשוד יועמד לדין, אינה שקולה כנגד הנזק שייגרם לערכים ולעקרונות אלה אם החשוד לא יועמד לדין".



בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה רק במקום שמסקנתו בדבר היעדר עניין לציבור היא מחוץ למתחם זה<sup>215</sup>. מטבע הדברים, גם השאלה אם מדובר בהבחנה רלוונטית במקרים של טענות בדבר אכיפה סלקטיבית, היא שאלה מורכבת הרבה יותר כאשר הקו המבחין הוא העניין הציבורי ולא דיות הראיות.

דוגמה לבעייתיות העשויה להתעורר בהקשר זה ניתן למצוא בפרשת רמון, דהיינו העמדתו לדין של שר המשפטים לשעבר, חיים רמון, באשמת מעשה מגונה שביצע בחיילת<sup>216</sup>. בכלי התקשורת נשמעו טענות רבות שלפיהן המעשה בגינו הואשם רמון, שעניינו נשיקה שכפה על המתלוננת למשך שניות ספורות לאחר שיחה בין השניים, שיכולה הייתה להתפרש על ידו כ"פלירטוט" מצדה, הוא פעוט ערך, וכי לעולם לא היה מוגש נגדו כתב אישום אלמלא היה איש ציבור מפורסם<sup>217</sup>. במילים אחרות, נטען כי החוק הפלילי, ככל שהוא נוגע למעשים מן הסוג שביצע רמון, נאכף כלפיו בצורה סלקטיבית<sup>218</sup>. יש לציין כי פרקליטיו של רמון העלו במשפטו טענה של "הגנה מן הצדק", המבוססת על הלהיטות שהפגינו לכאורה המשטרה והפרקליטות בהעמדתו לדין שהתבטאה, בין היתר, בשימוש באמצעי פסול לצורך שכנוע המתלוננת להגיש תלונה. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט<sup>219</sup>.

215 בג"ץ שלנגר (לעיל, הערה 214), בעמ' 43; בג"ץ גנור II (לעיל, הערה 198), בעמ' 15. לביקורת שיפוטית על היועץ המשפטי לממשלה, ראו בהרחבה, בפרק החמישי, סעיף 3.

216 רמון הורשע בידי בית משפט השלום בתל-אביב; ראו ת"פ (ת"א) 5461/06 מדינת ישראל נ' רמון, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 31.1.07) (להלן: עניין רמון). עם זאת בית המשפט קבע כי הנסיבות הכוללות של העבירה אינן מצדיקות את הקביעה כי יש בעבירה משום קלון (גזר הדין ניתן ביום 29.3.07).

217 ראו למשל א' אליצור "הזוי ולא מידתי" ידיעות אחרונות (המוסף לשבת, 2.2.07) 24: "מה לעשות, כבוד השופטים. בתוך עמנו אנחנו יושבים, וזה לא עומד במבחן בוזגלו. תלונה מהסוג הזה נגד איש לא הייתה מטופלת כך. המשטרה הייתה עוזבת אותה. הפרקליטות לא הייתה מתפנה לטפל בה. ואנחנו, כבודכם, לא יכולים להימנע מלשאול למה, ולא יכולים לגרש מהראש את המחשבה שחיים רמון היה שר משפטים שהתכוון לעשות רפורמות במערכת..."

218 ראו למשל ד' פרידמן "משפח רמון" ידיעות אחרונות (המוסף לשבת, 2.2.07) 10, בעמ' 11: "לאחרונה התבררנו כי בית-הדין לעבודה ביטל כתב אישום בשל עבודה בשבת בנימוק שהחוק מופעל באופן מפלה. התביעה המוזרה בעניין הנשיקה מעוררת שאלה האם אי פעם הוגש בישראל (או במדינה מערבית אחרת) כתב-אישום בנסיבות דומות? ... אין בפסק הדין דבר היכול להפיג את הרושם השורר בציבור, כי איש מלבד רמון לא היה עומד לדין על פרשה מעין זו."

219 ראו פסק הדין בעניין רמון (לעיל, הערה 216), בסעיף 92: "מצאנו, כי באיזון בין שני האינטרסים, במקרה שלפנינו, הכף נוטה באופן ברור לטובת האינטרס הציבורי ונמק: כפי שהוסבר, הפגיעה בהגנת הנאשם לא היתה קיצונית ובוודאי לא "שערורייתית". אל מול זה, בוצעה עבירה שיתכן ובנסיבות אחרות היתה נחשבת לעבירה שאיננה מן החמורות, אך בהתחשב במכלול הנסיבות בהן בוצעה העבירה, חומרתה מתעצמת והיא מקבלת מימד בעל משמעות ציבורית ניכרת."

## אכיפה סלקטיבית

שיקול הדעת הרחב של התביעה אינו מסתיים בשלב ההעמדה לדין. גם בשלב שלאחר כתב האישום שמור לכל תובע שיקול הדעת לחזור בו מן האישום<sup>220</sup>, וליועץ המשפטי לממשלה שיקול דעת לעכב הליכים בכל שלב שלאחר הגשת כתב האישום ולפני מתן פסק הדין<sup>221</sup>. על פי פסיקת בית המשפט העליון, רשויות התביעה הכללית רשאיות לחזור בהן מיוזמתן אף מן ההחלטה לסגור תיק, לשנות החלטה זו ולהגיש כתב אישום<sup>222</sup>. זאת ועוד, שיקול הדעת קיים גם בשלב הטיעון לעונש, שכן התביעה רשאית לבקש ענישה לפי שיקולי מדיניותה ובית המשפט נוהג להתחשב בבקשותיה, אם כי אינו מחויב לעשות זאת<sup>223</sup>. בכל אחד מסוגי ההחלטות הללו יכול שיפלו פגמים בהפעלת שיקול הדעת, ובין היתר, יכול שתיטען סלקטיביות.

### (ג) מעמד היועץ המשפטי לממשלה

לבעיית שיקול הדעת הרחב של התביעה בהעמדה לדין, מתווספת בשיטה המשפטית שלנו גם המורכבות של תפקידו ומעמדו של היועץ המשפטי לממשלה. לצד היותו ראש פרקליטות המדינה, סמכות המקנה לו את היכולת הבלעדית (באמצעות הפרקליטים הפועלים כבאי כוח) להחליט אם לפתוח בהליכים משפטיים מצד המדינה ואם להגן על המדינה בפני בית המשפט בעניין מסוים, מתפקידו של היועץ המשפטי אף לייצג לממשלה ולרשויות השלטון, אשר אינן מוסמכות להפנות שאלות למשפטן אחר או לפעול בדרך שלדעת היועץ היא בלתי חוקית<sup>224</sup>. בכך מומחש ההבדל בין משרת היועץ בארץ לבין המשרה במדינות אחרות: להבדיל ממדינות אחרות היועץ אינו פוליטיקאי, אלא משפטן מקצועי, עובד מדינה בכיר הממונה על ידי הממנה על ידי הממשלה ועליו להפעיל את סמכויותיו כראש

220 ראו סעיפים 93-94 לחוק סדר הדין הפלילי.

221 ראו שם, סעיפים 231-232.

222 בכך דחה בית המשפט את העמדה שלפיה סמכות זו מותנית בהגשת ערר על פי סעיף 64 לחוק סדר הדין הפלילי. ראו דברי הנשיא שמגר בבג"ץ 844/86 דותן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מא(3) 219, 224-225: "...המדובר במסגרת ההירארכית של התביעה הכללית, אשר בראשה עומד היועץ המשפטי לממשלה ואשר בה רשאי דרג ממונה להעביר תחת שבט הביקורת את החלטתו של דרג נמוך יותר, כחלק מחובתו המשפטית ובמסגרת ייעודיה ותפקידיה הטבועים של התביעה הכללית. המסקנה, כאילו מנוע גורם תביעתי מהסקת המסקנות המשפטיות הענייניות בדבר הגשת כתב-אישום או בדבר ביטולו, וזאת משום שגורם אחר, הכפוף לו, החליט כבר אחרת, איננה מתקבלת על הדעת ונוגדת בעליל את האינטרס הציבורי של אכיפת החוק והשלטתו. כפי שאין למי שחשוד בביצוע עבירה זכות מוקנית לכך שהתיק לא ייפתח מחדש, אם יתגלו עובדות חדשות... כך גם אין לו זכות מוקנית לכך שתיוק לא ייבדק מחדש מבחינת האינטרס הציבורי, ובלבד שהדבר ייעשה על-ידי הגורם המוסמך לכך, בין זה שעשה כן מעיקרו ובין דרג ממונה, תוך בדיקה הוגנת ועניינית".

223 ראו גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 83.

224 "זמיר" היועץ המשפטי בשעת משבר: פרשת שירות הביטחון הכללי" ספר אורי ידין (כרך ב, א' ברק, ט' שפיץ עורכים, תש"ן) 47, 48-47.

השירות המשפטי וכמגן על שלטון החוק באופן עצמאי. ייחוד זה מקנה שני פנים לתפקיד: מצד אחד, היועץ חייב נאמנות לממשלה כלקוחה שלו ועליו לסייע לה למלא את תפקידה; מצד אחר, היועץ ניצב מול הממשלה להגן על שלטון החוק במובן הרחב שלו – הכולל גם ערכים של שוויון, חירות והגינות – ובמסגרת זו חייב נאמנות בראש ובראשונה לחוק<sup>225</sup>. הדואליות של התפקיד יוצרת מתחים, בייחוד כאשר על הפרק אכיפת החוק כנגד אנשי שלטון או אכיפתו בנושאים רגישים במיוחד. ואכן, המתח בין העובדה שאכיפת החוק היא פונקציה של הרשות המבצעת לבין הרצון למנוע השחתה של אכיפת החוק, על ידי השתלטות של גורמים פוליטיים או אחרים, באה לידי ביטוי בביקורת כלפי היועץ המשפטי לממשלה ומערכת אכיפת החוק, בתלונות על שאין אכיפה נחושה דיה נגד מיוחסים ומקורבים לשלטון, ובביקורת על שימושים פוליטיים או מפלים בכוח ההעמדה לדין בעניינים טעונים<sup>226</sup>. כך למשל בפרשת אולמרט נטען כי על היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב אישום כנגד חבר הכנסת וראש עיריית ירושלים דאז, אהוד אולמרט, אשר לפי הטענה היו נגדו ראיות לכאורה לביצוע עבירות פליליות על חוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973, הוזהות לעבירות שבגינן הועמד לדין אדם אחר בפרשה<sup>227</sup>. גלגולה של הפרשה והמתקפה על היועץ המשפטי לממשלה והפרקליטות הביאו בסופו של דבר להגשת כתב אישום כנגד אולמרט, אשר עתר מצדו כנגד ההחלטה, בטענה כי הקו המבחין הוא שלא קיימות כנגדו ראיות לכאורה<sup>228</sup>. פרשה זו מדגימה את הרגישות הרבה של טענות בדבר אכיפה סלקטיבית בהקשר של אישי ציבור. דבריו של השופט עודד מודריק בסופה של הכרעת הדין המזכה את אולמרט, ממחישים רגישות זו היטב:

בכל זאת, חרף עינוי הדין והעובדה שהנאשם היה תלוי משך שנים ארוכות בין החלטה להחלטה של גורמי הפרקליטות בעניין העמדתו לדין – אני רואה ערך חשוב במשפט הזה... מדובר באיש ציבור שחשורת עבים נקשרה סביבו. חלק עיקרי ממנה היה בגדר שמועה אבל היו גם ראיות לכאורה, אם גם בודדות ודלות יחסית. בנסיבות כאלה אפשר שהברור השיפוטי עדיף

225 'זמיר' היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 411, 412-413.

226 גביון (לעיל, הערה 202), בעמ' 50.

227 בג"ץ 6104/94 עמותת אמיתי אזרחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' היועץ המשפטי לממשלה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (החלטה מיום 6.11.94). עתירה זו נמחקה על יסוד הודעת הפרקליטות כי ההחלטה הסופית בשאלת ההעמדה לדין תינתן בסיום המשפט של האחרים להם יוחסו עבירות בפרשה. משהורשעו האחרים, הוחלט להגיש כתב אישום גם כנגד אולמרט.

228 בג"ץ אולמרט (לעיל, הערה 204).

מבחינת הניקיון הציבורי ובסופו של דבר גם למען טיהור האווירה מסביב  
לנאשם<sup>229</sup>.

## 2. ארצות-הברית

המצב בארצות-הברית מורכב יותר בשל קיומן של שתי מערכות משפט פלילי: פדרלית ומדינתית. רוב החקיקה הפלילית היא חקיקה מדינתית הנאכפת על ידי הרשויות של המדינה הרלוונטית, אך לאור הגידול שחל במשפט הפלילי הפדרלי, קיימות כיום עבירות רבות שמהוות הפרה הן של חוקים מדינתיים הן של חוקים פדרליים. בשל ההבדלים בסדרי הדין ובשיטת הענישה של שתי השיטות הללו, משמעות רבה מוקנית לבחירת האנשים המועמדים לדין פלילי במערכת הפדרלית, שכן סיכויי ההרשעה גבוהים יותר וחומרת הענישה רבה יותר בשיטה זו<sup>230</sup>. לאור זאת העמדה לדין פדרלי ולא מדינתי, במצב שבו אחרים מועמדים לדין מדינתי בשל אותה עבירה, היא כשלעצמה בסיס לטענות בדבר חוסר שוויון<sup>231</sup>.

למרות האופי הביזורי של מערכת אכיפת החוק הפלילי בארצות-הברית, ניתן ככלל לומר כי גם שם קיימת, בדרך כלל, הבחנה בין החקירה ואיסוף הראיות, הנעשים בידי המשטרה, לבין ההחלטה להעמיד לדין וניהול המשפט, הנעשים בידי התביעה. שיקול הדעת הן בהחלטות המשטרה הן בהחלטות להעמיד לדין הוא רחב ביותר<sup>232</sup>. באופן תאורטי, ההליך הפלילי הפורמלי אמור להיראות כך<sup>233</sup>: המשטרה עוצרת חשודים בביצוע עבירות פליליות ומביאה אותם מידית בפני שופט שלום. אם מדובר בעבירה קלה יחסית, השופט מטפל בכך במקום; במקרים האחרים התיק עובר לתובע אשר מעמיד את הנאשם לדין באישום מסוים. אישום זה נתון לביקורת שיפוטית של שופט, במסגרת השימוע המוקדם של הראיות, ובמקרים של עבירות חמורות – בפני חבר מושבעים גדול, אשר רשאי לבטל את האישום או לאשרו ולהעבירו אל שופט בצורה של כתב אישום. אם הנאשם אינו מודה באשמה, מתקיים משפט בפני מושבעים ובפיקוחו של שופט; במידה

229 ת"פ (ת"א) 329/96 מדינת ישראל נ' אולמרט, פ"מ תשנ"ז(1) 1, בדברי הסיום להכרעת הדין.  
230 ראו S.D. Clymer "Equal Justice: The Federalization of Criminal Law" 70 S. Cal. L. Rev. 643, 675-679 (1997).

231 ראו למשל U.S. v. Palmer 510 U.S. 1138 (1994) (שני שותפים לגידול מריחואנה. האחד הועמד לדין מדינתי והשני, אשר הועמד לדין פדרלי, קיבל עונש קשה הרבה יותר).

232 ראו J.A. Sigler "The Prosecutor: A Comparative Functional Analysis" *The Prosecutor* 53, 71 (W.F. McDonald ed., Sage Publications, California, 1979); בסיום הסקירה ההשוואתית המחבר מגיע למסקנה כי לתובעים הסובייטים והאמריקנים שיקול הדעת הרחב ביותר. כן ראו Kadish & Schulhofer (לעיל, הערה 163), בעמ' 2-3; גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 92; Davis (לעיל, הערה 3), בעמ' 162.

233 הסקירה לקוחה מתוך Kadish & Schulhofer (לעיל, הערה 163), בעמ' 6-7 וכן מתוך Cole (לעיל, הערה 44), בעמ' 41-42.

## פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

והמושבעים מוצאים את הנאשם אשם, השופט קובע את עונשו. דא עקא, שהפרקטיקה שונה במידה רבה מהתאוריה. למעשה, רק מקרים שעניינם עבירות קשות במיוחד עוברים את התהליך הארוך הזה. רובם המכריע של המקרים המטופלים על ידי מערכת האכיפה הפלילית נפתרים בדרך פחות פורמלית, שכן פעמים רבות החלטות מתקבלות בשלבים מוקדמים על בסיס הפעלת שיקול דעת, באופן שמקרים אשר עשויים שלא להסתיים בהרשעה מסוננים על ידי המשטרה והפרקליטות. רק מספר מועט של מקרים מגיע לשלב המשפט.

### (א) חקירה

האופי של פעילות המשטרה בארצות הברית מקומי בעיקרו. לכל מדינה כוחות משטרה משלה וברוב המדינות מוענקות להם סמכויות שיטור כלליות. תחום הפעולה של המשטרה הוא רק באזורים שבהם לא פועלת משטרה אחרת או כאשר פקידים מקומיים מבקשים את עזרתה. כך למשל במדינות כגון ניו־יורק או פנסילבניה, שבהן המשטרה מפותחת במיוחד, היא ממלאת גם חללים שקיימים באכיפת החוק באזורים כפריים. בערים רבות קיים מוסד השריף, אשר אחראי על אכיפת החוק באזור ומשמש גם כפקיד בית המשפט (officer of the court). לערים גדולות רבות יש משטרה משלהן, אך רק במקומות שבהם יש מספיק משאבים, היא ממלאה את כל הפונקציות המשטריות. לממשל הפדרלי אין כוח משטרה בעל סמכויות אכיפה כוללות, אך קיימות סוכנויות פדרליות שונות, כגון ה־FBI או השירות החשאי (Secret Service), אשר מוסמכות לאכוף רק את חוקי הקונגרס. עם זאת הקונגרס העביר חוקים אשר מאפשרים לסוכנויות אלה לחקור גם סיטואציות שבהן המשטרה המקומית נוטה להיות פחות יעילה<sup>234</sup>. "המשטרה" בארצות הברית היא אפוא שם כולל למספר רב של רשויות שונות בדרגת ביזור גבוהה. התוצאה היא שמנגנון קבלת ההחלטות הוא אוטונומי במידה רבה, באופן המקשה על יצירת נורמות מנהגיות משותפות<sup>235</sup>, והוא מהווה כר לטענות בדבר פגמים באכיפה, ובהן אכיפה סלקטיבית.

שיקול הדעת המוקנה למשטרה הוא רחב ביותר<sup>236</sup>. רוב הקודים הפליליים אינם קובעים הנחיות מדויקות למשטרה כיצד לפעול, אלא תוחמים את הטריטוריה שבה היא פועלת. התוצאה היא שמדיניות האכיפה נקבעת על ידי השוטרים, אשר אינם יכולים להימצא בכל מקום או לעצור את כל מפרי החוק שהם נתקלים בהם, והאופן שבו הם מחליטים לנוע בתוך הטריטוריה שלהם תלוי במידה רבה בהעדפותיהם האישיות. בנוסף, חובותיו של השוטר מחייבות אותו להפעיל שיקול דעת פעמים רבות בעבודתו היומ־יומית, שכן העבירות אינן נראות כמציאות כפי שהן מתוארות במילות החוק. כך למשל, עד כמה התנהגות צריכה להיראות חשודה על מנת שהיא תיצור "סיבה מסתברת" (probable cause) – שהיא הבסיס

234 שם, בעמ' 31.

235 גביזון (לעיל, הערה 24), בעמ' 93.

236 הסקירה מתוך Kadish & Schulhofer (לעיל, הערה 163), בעמ' 2.

## אכיפה סלקטיבית

הקונסטיטוציוני למעצר<sup>237</sup>? מתן מענה לשאלה זו ולדמות לה הופך כל שוטר לפרשן של החוק. יתרה מזאת, כל שוטר משמש אף כבורר בין ערכים חברתיים, במקרים שבהם פתיחה בהליכים פליליים היא רק אחת מדרכי הפעולה האפשריות<sup>238</sup>. כאשר המשטרה אינה מצליחה למנוע פשע או לתפוס את העבריינים בעת ביצוע העבירה, יש צורך בחקירה. לכל משטרה יש צוות חקירה מומחה, המורכב מבלשים שמתפקידם לחקור את הקרבנות והעדים, לאסוף ראיות ולהתחקות אחר רכוש גנוב או ציוד אשר שימש לביצוע העבירה. בפרקטיקה, כמות התיקים שיש לבלשים בכל מחלקה רב מכדי שהם יוכלו לחקור ביסודיות יותר מאחוזים בודדים מהמקרים אשר מופנים אליהם, כלומר מקרים רבים אינם מגיעים לכדי טיפול גם אם הם ניתנים לפענוח<sup>239</sup>. אף מצב דברים זה הוא כר לטענות בדבר סלקטיביות בבחירת המקרים שמאמצי החקירה מוקדשים להם. התוצאה של כל האמור היא שאף שהחוקים מנוסחים, בדרך כלל, בצורה שלכאורה מטילה על המשטרה חובה בלתי מסויגת לאוכפם ואשר אינה משאירה שיקול דעת לגבי החלטת פתיחה בחקירה, יש בפועל שיקול דעת רחב, אכיפה סלקטיבית רבה ואף הקשרים שבהם יש מדיניות מפורשת של אי-אכיפה<sup>240</sup>. מאחר ורוב המקרים מגיעים לטיפול של הפרקליטות רק לאחר שהמשטרה עוצרת את החשוד, הרי שלמשטרה השפעה רבה על השאלה אם יונעו גלגלי המשפט הפלילי. כאשר המשטרה מחליטה לעצור חשוד ישנם הליכי ביקורת על ידי הפרקליטות ולאחר מכן על ידי בית המשפט, בעוד כאשר המשטרה מחליטה שלא לפתוח בהליכים הפליליים הנתונים בידה אין כל מנגנון ביקורת יעיל על ההחלטה. לאור זאת סוגיית ההיקף והשימוש הראוי בשיקול הדעת של המשטרה מעוררת קשיים רבים ובעלת חשיבות מכרעת<sup>241</sup>.

### (ב) העמדה לדין

גם בארצות הברית לתביעה הציבורית יש כמעט מונופול על האישום הפלילי, שכן מוסד הקובלנה הפרטית אינו קיים ולכן טווח הפונקציות שממלאים התובעים הוא רחב ביותר<sup>242</sup>.

237 U.S. Const. Amend. IV.

238 הדבר בולט במיוחד בכל הנוגע לעבריינות נוער. כך למשל ברור שנער אשר זורק אבן ומנפץ את חלון בית הספר מבצע עבירה, אך לא ברור אם השוטר משרת טוב יותר ערכים חברתיים אם הוא לוקח אותו להוריו או עוצר אותו, ועליו לשקול את כל הנסיבות האופפות את המקרה (כולל זהותם, אופיים ועברם של הנער והוריו) ועניינים פרקטיים שונים (כגון משקלן המשפטי של הראיות הקיימות, נכונות העדים להתלונן או להעיד, אופייה של הקהילה, הזמן והמשאבים העומדים לרשותו וכדומה).

239 Kadish & Schulhofer (לעיל, הערה 163), בעמ' 7.

240 גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 180.

241 ראו (11<sup>th</sup> ed. Y. Kamisar, W.R. LaFare, J.H. Israel, N.J. King *Modern Criminal Procedure* (11<sup>th</sup> ed., West, 2005), 977 (להלן: *Modern Criminal Procedure*)).

242 שם, בעמ' 56.

מקור שיקול הדעת של התובעים הוא במשפט המקובל או במסורת כלליות, ולמעט הוראות לגבי חזרה מאישום, ההוראות הרלוונטיות אינן חקוקות<sup>243</sup>. המסמך היחיד שחל על כל המדינות ומחייב אותן הוא החוקה. הזכות הקבועה בחוקה להליך הוגן (due process)<sup>244</sup> פורשה ככוללת את הדרישה לכך שחירות האדם לא תישלל ללא בסיס מספיק של ראיות. במסגרת ההחלטה על העמדה לדין על התובע לשקול<sup>245</sup>: 1. אם יש מספיק ראיות התומכות בהעמדה לדין; 2. אם כן, האם למרות זאת ישנן סיבות שלא לפתוח כנגד הנאשם בהליכים פליליים; 3. אם כן, האם אי-העמדה לדין צריכה להיות מותנית בהשתתפות העברייין בתכנית כלשהי; 4. אם בכל זאת מוגש כתב אישום, באיזה אישום או אישומים יש להעמיד לדין. הכלל המסורתי בהתייחס לדיוט הראיות הוא שיש להעמיד לדין רק כאשר יש בסיס סביר להאמין שהעבירה בוצעה ושאכן החשוד הוא שביצע אותה – כלומר מבחן "הסיבה המסתברת" (probable cause). סטנדרט חוקתי זה<sup>246</sup> מופיע גם בהנחיות האיגוד האמריקני של עורכי הדין (ABA Standards)<sup>247</sup>. מבחן זה ככלל נשמר בפרקטיקה, הודות למודעות התובעים למסורת האמריקנית העמוקה של הגנת החף מפשע, המשאבים המוגבלים הנתונים לתביעה ומעורבות גורמים נוספים בהחלטה להעמיד לדין פלילי, כמו שופטי השלום והמושבעים. התוצאה היא שהתובעים אינם משתמשים בהליך ההעמדה לדין כאמצעי ענישה בפני עצמו ואינם מגישים כתב אישום כנגד חשוד בשל האמונה שהוא אשם, אף שאין די ראיות נגדו<sup>248</sup>. עם זאת אין ספק כי צירוף המילים "ראיות בלתי מספיקות" (insufficient evidence) משמש את התובעים אף לסגירת תיקים, אשר יש בהם די ראיות, אך העמדה לדין אינה רצויה מסיבות מגוונות אחרות<sup>249</sup>.

243 גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 180. מבחינה היסטורית הסמכות לחזור מאישום נתפסה כפררוגטיבה של התביעה, אך החשש מפני שיקול דעת בלתי מוגבל הוביל מדינות רבות לעגן את הסמכות בחקיקה, אשר למצער דורשת מהתובע לנמק את החלטתו בכתב, ובמדינות מסוימות אף דורשת אישור שיפוטי להחלטה; ראו Miller (לעיל, הערה 74), בעמ' 308-309. U.S. Const. Amend. V; Amend. XIV Sec. 1 244  
 245 ראו Modern Criminal Procedure (לעיל, הערה 241), בעמ' 977.  
 246 לסטנדרט החוקתי ראו Miller (לעיל, הערה 74), בעמ' 22.  
 247 The American Bar Association Standards of Criminal Justice Relating to Prosecution Function (להלן: ABA Standards). כלל 3-3.9 שכותרתו "Discretion in the Charging Decision" קובע כך: "(a) A prosecutor should not institute, or cause to be instituted, or permit the continued pendency of criminal charges when the prosecutor knows that the charges are not supported by probable cause. A prosecutor should not institute, cause to be instituted or permit the continued pendency of criminal charges in the absence of sufficient admissible evidence to support a conviction" ראו באתר ה-American Bar Association : [http://www.abanet.org/crimjust/standards/pfunc\\_blk.html](http://www.abanet.org/crimjust/standards/pfunc_blk.html).  
 248 Miller (לעיל, הערה 74), בעמ' 43, 347-348.  
 249 שם, בעמ' 155.

## אכיפה סלקטיבית

החוקה או החוקים השונים אינם קובעים הוראות באשר להעמדה לדין כאשר ברור שיש די ראיות. ה־ABA Standards קובעים רשימה של שיקולים אשר על התובע לשקול בכואו להחליט אם למרות קיומן של ראיות לכאורה, מכלול הנסיבות וטובת הציבור תומכים דווקא באי־העמדה לדין<sup>250</sup>, אך כללים אלה הם הנחיות בלבד, שאינן מכפיפות את הפרקליטים לסנקציות כלשהן ואינן תחליף לחקיקה<sup>251</sup>. יש הטוענים ששיקול הדעת של התביעה במצב כזה הוא בלתי מוגבל, דהיינו: כאשר קיימות ראיות, השאלה אם להעמיד לדין, בחירת סעיפי האישום, הוספה או השמטה של אישום – הן פעולות הנתונות לחלוטין לשיקול דעתו של התובע<sup>252</sup>. נראה כי מדויק יותר לומר כי שיקול הדעת של התביעה להעמיד לדין אינו בלתי מוגבל, אלא שהמגבלות המוטלות עליה הן נורמות חוקתיות של שוויון ורציונליות, אשר קשות ביותר לאכיפה בבית המשפט<sup>253</sup>.

במחקר מקיף על עבודת התובעים בארצות־הברית שנערך על ידי Frank Miller<sup>254</sup>, נעשה ניסיון ליצור רשימה של גורמים המשפיעים על החלטת התובע אם לפתוח בהליך פלילי, כלומר הגורמים המשפיעים על ההחלטה אם קיים עניין לציבור בהעמדה לדין. חלק מהגורמים שנמצאו מעידים על היעדר תשומת לב לחובת השוויון בפני החוק. כך למשל Miller מצייין שברוב המקרים המְעַרְבִים תקיפות כלפי שחורים, הפוגע משוחרר ללא משפט<sup>255</sup>; בעבירות אונס סטטוטורי ובעבירות ללא קרבן (כמו הימורים או שימוש בסמים) כמעט ולא מוגשים כתבי אישום<sup>256</sup>; לעתים מוותרים על הגשת כתב אישום בשל העלויות של הגשת כתב אישום<sup>257</sup>, הפופולריות של החשוד או חוסר הפופולריות של החוק<sup>258</sup>; פעמים רבות מתעלמים במכוון ממדיניות ציבורית חשובה, כמו אי־אכיפת הוראות החוק

- 250 ABA Standards (לעיל, הערה 247) כלל 3-9(b). מבין השיקולים המופיעים שם: ספק סביר של התובע כי החשוד אשם; מידת הנזק שנגרם על ידי העבירה; חוסר פרופורציה של הענישה בהתייחס לחשוד או לעבירה הספציפיים; אפשרות למניעים לא כשרים ביסוד התלונה; סירוב הקרבן להעיד; שיתוף פעולה של החשוד בתפיסת והרשעת אחרים.
- 251 לעמדה שלפיה הסטנדרטים אינם נותנים מענה לבעיית המניעים שביסוד החלטת התובע על העמדה לדין ראו: H.R. Uviller "The Virtuous Prosecutor in Quest of an Ethical Standard: Guidance from the A.B.A." 71 *Mich. L. Rev.* (1973) 1145, 1151-1153.
- 252 Kadish & Schulhofer (לעיל, הערה 163), בעמ' 3; Sigler (לעיל, הערה 232), בעמ' 56; Wilcox (לעיל, הערה 19), בעמ' 7.
- 253 A.S. Goldstein *The Passive Judiciary* (U.P., 1981), 11. Poulin (לעיל, הערה 169), בעמ' 1082-1081.
- 254 ראו ספרו (לעיל, הערה 74), בעיקר חלק VI (Discretion and the Charging Decision). לסקירת מחקרו ראו גם Sigler (לעיל, הערה 232), בעמ' 56.
- 255 Miller (לעיל, הערה 74), בעמ' 174.
- 256 שם, בעמ' 176-178.
- 257 שם, בעמ' 191-201.
- 258 שם, בעמ' 183-185.



## פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

הקשורות בעבריינים מועדים<sup>259</sup>. למרות זאת, Miller מסכם כי אין מנוס מלהביע אמון בשיפוטם של התובעים, כל עוד הם לא נמצאו אשמים בשחיתות או בהתנהגות בלתי הולמת, שכן אין אדם כשיר לקבל החלטות העמדה לדין, באופן שישקף בצורה מדויקת ויעילה את הערכים החברתיים, יותר מאשר התובע. הבעייתיות, לטעמו, אינה נעוצה בעצם קיומו של שיקול הדעת אלא בקיומן של חלופות פעולה בלתי פורמליות רבות ובהיעדר ביקורת אפקטיבית על הפעלתו של שיקול הדעת<sup>260</sup>.

אחת הסמכויות החשובות שקיימות לתובע היא הסמכות לעכב הליכים (nolle prosequi)<sup>261</sup>. סמכות רחבה זו, אשר בדרך כלל אינה מונחית על ידי קריטריונים הקבועים בחוק, אמורה לשמש כפונקציה אדמיניסטרטיבית במקרים של היעדר ראיות מספיקות או של חלוף תקופת ההתיישנות, אך בנוסף היא מאפשרת לתובע לחזור בו מאישום במקרה של שינוי נסיבות וכן היא מהווה כלי להפעלת מידה מסוימת של סלקטיביות בהעמדה לדין<sup>262</sup>.

התוצאה היא ששיקול הדעת של התובע בארצות-הברית בנוגע לפתיחת הליכים, הגשת כתב אישום וחזרה מאישום, מעניקים לו שליטה על חירותו ושמו הטוב של האדם יותר מכלל פקיד ציבור אחר. עתידם של פרטים רבים וכן הגנתה של החברה תלויים בשיפוטו של תובע, אשר יכול שיפלו פגמים קשים בשיקול דעתו, וביניהם אכיפה סלקטיבית.

### (ג) מעמד התביעה

מערכת התביעה בארצות-הברית נושאת סממנים פוליטיים. התובעים המחוזיים במדינות נבחרים בבחירות ולכן הם נתונים לביקורת הציבור ומושפעים מדעת הקהל. התובעים נתפסים כאחראים בפני בוחריהם ופעמים רבות משמשים בתפקיד לתקופה קצרה ורואים בו קרש קפיצה למשרות פוליטיות<sup>263</sup>. היועץ המשפטי (Attorney General), העומד בראש התביעה הפדרלית, ממונה אישית על ידי הנשיא, באישור הסנאט, והנשיא גם רשאי בכל עת

259 שם, בעמ' 202-206. לאכיפה סלקטיבית של הוראות החוק הנוגעות לעבריינים מועדים ראו *Oyler v. Boles* 368 U.S. 448 (1962).

260 Miller (לעיל, הערה 74), בעמ' 349.

261 לאחר ההחלטה הראשונית על העמדה לדין לא קיימת בארצות-הברית הבחנה שיטתית בין חזרה מן האישום לבין הליך של עיכוב הליכים או הפסקתם. במדינות רבות בוטלה הסמכות להפסיק את ההליכים באופן מינהלי חד-צדדי, ובמקומה באה סמכות לתביעה לבקש לבטל את האישום בהסכמת בית המשפט; ראו גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 94 וכן Miller (לעיל, הערה 74), בעמ' 312-314. לסקירת התפתחות ההיסטורית של הסמכות והביקורת עליה ראו Goldstein (לעיל, הערה 253), בעמ' 12-24.

262 Goldstein (לעיל, הערה 253), בעמ' 11. Note "Prosecutor Discretion" 103 U. Pa. L. Rev. (1955) 1057, 1069. ראו גם Goldstein

263 Sigler (לעיל, הערה 196), בעמ' 55. ראו גם גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 182; מ' בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה (תשנ"ז) 5, 13-14.

### אכיפה סלקטיבית

לפטרו. לאור זאת לבעיות האינהרנטיות הרגילות הנובעות מקיומו של שיקול דעת רחב, בדומה לזה הנתון לתובעים בארצות-הברית, מתווספים הלחצים הפוליטיים, אשר עלולים להשפיע על האופן שבו התובעים מפעילים את שיקול דעתם<sup>264</sup>. זאת ועוד, תובעים רבים מועסקים במשרה חלקית ובמקביל עוסקים בפרקטיקה פרטית, דבר היוצר ניגוד עניינים בלתי נמנע בין משרתם הציבורית לעיסוקיהם הפרטיים<sup>265</sup>.

התוצאה היא ששיקולי התביעה בארצות-הברית כפופים במידה רבה לשיקולים פוליטיים, אשר משפיעים בעיקר על תובעים זוטרים וחדשים שאינם רוצים להרוס את הסיכוי שלהם להמשך קריירה מוצלח. מצב זה מסביר גם את העובדה שאין יצירה שיטתית של נורמות המשותפות למשרדי התביעה ואשר עשויות להאחיד את פעולת התביעה<sup>266</sup> וכן את ההיקף הרחב מבחינה כמותית של תופעת האכיפה המפלה<sup>267</sup>, הגם שטענת הגנה זו זוכה להצלחה רק בחלק מועט מהמקרים שבהם היא מועלית<sup>268</sup>.

### 3. אנגליה

הגישה הבסיסית של המשפט האנגלי היא שעל כל אחד מוטלת החובה לשמור על החוק והסדר ויש לו זכות, אם לא חובה, להעמיד לדין כאשר נודע לו על ביצוע עבירה<sup>269</sup>. בניגוד לארצות-הברית ולישראל, שבהן עיקרה של התביעה הפלילית הוא ציבורי, באנגליה לגבי רוב העבירות שמורה הזכות לקובלנה פרטית לכל אזרח המעוניין להניע את המערכת הפלילית. כתוצאה מכך, רשויות האכיפה האנגליות רואות את עצמן חופשיות שלא לחקור או שלא להעמיד לדין, יותר מרשויות אכיפת חוק אחרות ושיקול דעתן רחב ביותר<sup>270</sup>.

עד לחקיקת The Prosecution of Offences Act, 1985<sup>271</sup> כמעט ולא הייתה באנגליה הפרדה ארגונית בין שלב החקירה לשלב ההעמדה לדין וההבחנה לגבי שיקול הדעת שהופעל בהחלטות אלה טושטשה לחלוטין. הן החקירה וההחלטות לגביה הן ההחלטה לגבי העמדה לדין וניהול המשפט היו נעשות בידי כוחות המשטרה, אשר לא היו כפופים לרשות מרכזית אחת. המערכת הייתה מאוד ביזורית ורוב החלטות ההעמדה לדין היו בעלות

264 ראו "Prosecutor Discretion" (לעיל, הערה 262), בעמ' 1057, 1080.

265 Kadish & Schulhofer (לעיל, הערה 163), בעמ' 3-4.

266 גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 93. הדבר נובע כמובן גם מגודלה של ארצות-הברית וההטרונגניות המאפיינת אותה; ראו Wilcox (לעיל, הערה 19), בעמ' 7: "In a country so vast and diverse as the United States it would be unsafe to make any generalizations about the procedures adopted by public prosecutors"

267 לדעת Davis אכיפה סלקטיבית קיימת במעל ממחצית המקרים שבהם מופעל שיקול דעת במקרים אינדיווידואליים; ראו Davis (לעיל, הערה 3), בעמ' 166.

268 ראו Goldstein (לעיל, הערה 253), בעמ' 10-11.

269 Wilcox (לעיל, הערה 19), בעמ' 3; Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 15.

270 גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 171.

271 להלן: החוק החדש.

## פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

אופי מקומי והתקבלו על ידי דרגים נמוכים. כתוצאה מכך לא היו קיימים דפוסי אכיפה מגובשים וקווים מנחים לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת, אשר היה כמעט בלתי מוגבל. אמנם, גם בתקופה זו נדרשה הסכמה של היועץ המשפטי לממשלה (Attorney General) לגבי העמדה לדין בעבירות מסוימות וכן התביעה בסוגים מסוימים של עבירות הייתה בסמכותו הבלעדית של הממונה על התביעה הכללית – Director of Public Prosecution (DPP) – אך יכולת הפיקוח שלהם הייתה מוגבלת מאוד<sup>272</sup>.

ב-1986 הוקמה מכוח החוק החדש רשות תביעה מרכזית לאנגליה ולוולס – Crown Prosecution Service (CPS) – הכפופה לממונה על התביעה הכללית (DPP) ואשר לה משרד מרכזי ומשרדים אזוריים. שינוי זה נעשה בעקבות המלצות ועדת פיליפס<sup>273</sup>, אשר דחתה אמנם את ההפרדה המוחלטת בין חקירה להעמדה לדין אשר קיימת בשיטות משפט אחרות, אך עם זאת סברה כי יש להדגיש יותר את ההבדל המבני בין שלב החקירה לשלב ההעמדה לדין ולפעול להגדלת ההאחדה במדיניות לגבי ההעמדה לדין. המטרה הייתה להפוך את תהליך ההעמדה לדין, אשר נשלט עד אז במידה רבה על ידי המשטרה, לעקבי יותר ולמקצועי יותר<sup>274</sup>. אמנם, החוק החדש שאיר את החלטה על העמדה לדין בידי המשטרה, אך הטיל חובה על ה-CPS לנהל חלק מההליכים הפליליים המוגשים על ידי המשטרה. החוק קובע גם כי המשטרה חייבת לדווח, אם תידרש לכך בהתאם לתקנות, על עבירות מסוגים מסוימים שבוצעו בתחומה; ל-CPS סמכות לקחת על עצמו את ניהולם של תיקים פליליים, אף אם אין עליו חובה לעשות זאת, בכל שלב של ההליך הפלילי.

רוב העבירות הקלות נדונות באנגליה בהליך מהיר (summary) בבתי משפט שלום (Magistrates' Courts), אשר דנים ב-98% מהמקרים. העמדה לדין בעבירות חמורות יותר (indictment) נעשית ב-Crown Courts ודורשת הליך של בירור מוקדם (committal) והחלטה שיפוטית על העמדה לדין, על מנת להגן על נאשמים מפני החלטות לא ראויות של העמדה לדין ובייחוד מפני אישום שאין בבסיסו די ראיות<sup>275</sup>.

### (א) חקירה

הגוף החוקר העיקרי באנגליה הוא המשטרה. המשטרה מורכבת מכוחות האחראים על אזורים שונים באנגליה ובוולס, ואשר הגדול שבהם הוא Metropolitan Police Force of

- 272 Sigler (לעיל, הערה 232), בעמ' 58.
- 273 Report of the Royal Commission on Criminal Procedure, Chairman Sir Cyril Philips, 1981. לסקירת הרקע להקמת ועדת פיליפס, המלצותיה והשינויים בעקבות החוק ראו A. Ashworth, M. Redmayne *The Criminal Process* (3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2005), 174-176 כן ראו גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 86-87; Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 16-22.
- 274 J.C. Freeman "England" *Major Criminal Justice Systems* (G.F. Cole, S.J. Frankowski, H.G. Gertz eds., 2<sup>nd</sup> ed., Sage Publications, 1987) 48, 52.
- 275 שם, בעמ' 64; Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 6.

## אכיפה סלקטיבית

London. לא קיים כוח משטרה לאומי<sup>276</sup>. אחת השאלות הקשות שהתעוררו בעקבות השינוי המבני שנעשה נוגעת למעמדה של המשטרה ביחס ל-CPS ולמידת המעורבות של ה-CPS בשלב החקירה. העברת סמכויות התביעה של המשטרה אל ה-CPS לוותה בהרבה תופעות של אנטגוניזם ועוינות בין שתי רשויות אלה, אשר אמורות לשתף פעולה ביניהן<sup>277</sup>. המשטרה כפופה ל-Codes of Practice, אשר מוצא מכוח ה-Police and Criminal Evidence Act, 1984 וקובע סטנדרטים באשר לביצוע החקירות<sup>278</sup>. גם רשויות אחרות המבצעות חקירות (regulatory agencies), כגון HM Customs and Excise כפופות לקוד זה, אם כי יש פחות הוראות חקוקות החלות על החקירה בידי רשויות אלה. הכלל הבסיסי הוא שחקירה תיעשה תמיד לפני הגשת כתב אישום ולא אחריו<sup>279</sup>.

אם בעקבות החקירה המשטרה מחליטה שיש מספיק ראיות, היא יכולה להגיש כתב אישום (charge) או לפנות לשופט שלום להוצאת זימון לנאשם (summons), עם זאת המעבר מהקביעה כי קיימות מספיק ראיות אל ההחלטה להעמיד לדין אינו הכרחי או בלתי נמנע. למשטרה יש לפחות שש אלטרנטיבות פעולה, במצב שבו היא סבורה שיש מספיק ראיות שאדם ביצע עבירה<sup>280</sup>: אי-נקיטת הליך פורמלי כלשהו (למשל משום שהעבירה אינה חמורה); הסתפקות באזהרה בלתי פורמלית; הוצאת אזהרה פורמלית (formal caution)<sup>281</sup>; הפניית המקרה לתוכנית גישור<sup>282</sup>; מתן אזהרה מותנית; העמדה לדין. למשטרה נתון שיקול הדעת אם להגיש כתב אישום והיא יכולה להתייעץ בעניין עם ה-CPS. לאחר מכן התיק מועבר ל-CPS אשר מתפקידו לבחון את העובדות, לשקול את העניין הציבורי ולהחליט כיצד להמשיך. בסמכותו של ה-CPS להפסיק (discontinue) הליך שנפתח על ידי המשטרה, להמשיך את ההליך באותם אישומים שקבעה המשטרה או לשנות את האישומים<sup>283</sup>.

- 276 Freeman (לעיל, הערה 274), בעמ' 52.
- 277 Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 30-35.
- 278 כך למשל The Police and Criminal Evidence Act, 1984 (Codes of Practice) Order 2005, Code E [http://police.homeoffice.gov.uk/news-and-publications/publication/operational\\_policing/PACE\\_Chapter\\_E.pdf?view=Binary](http://police.homeoffice.gov.uk/news-and-publications/publication/operational_policing/PACE_Chapter_E.pdf?view=Binary).
- 279 Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 4.
- 280 שם, בעמ' 147-150.
- 281 אזהרות אלה נשמרות כמרשם רשמי, אף שלא נפתחו הליכים שיפוטיים; ראו Sigler (לעיל, הערה 232), בעמ' 65.
- 282 באזורים מסוימים של המדינה ובנסיבות מסוימות, ניתן לנקוט תכניות אשר מפגישות בין העברייני לקרבן ואשר מטרתן התנצלות או פיצוי מסוים מצד העברייני; ראו Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 149.
- 283 שם, בעמ' 6. יצוין שלחקירה ולקביעות המתקבלות במהלכה משמעות עצומה והשפעה רבה על ההחלטות הבאות שתתקבלנה, שכן התביעה מקבלת את התיק כפי שהמשטרה הכינה אותו. תיק זה בנוי באופן הכולל סלקטיבית דברים שהמשטרה החליטה להכליל או להוציא ממנו, ובאופן המפרש תופעות מסוימות בהתאם לאמונותיו של החוקר ואשר נוטה להציג את

## פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

החוק החדש אפוא לא שינה את המצב, שלפיו למשטרה נתון שיקול דעת רחב. שיקול דעת זה יכול שיעשה בו שימוש לרעה ויכול שיפלו בו פגמים שונים ובהם אכיפה סלקטיבית, שבאה לידי ביטוי בעיקר ביישום הסמכות להוציא אזהרה פורמלית<sup>284</sup>. אמנם, קיימים סטנדרטים (National Standards)<sup>285</sup> לעניין הוצאת אזהרה פורמלית, אך הפרקטיקה של המשטרה הוכיחה כי היא בעלת משמעות רבה ממילות החוק הכתוב או מההנחיות. שיקול הדעת הרחב יוצר בעיות הנוגעות לחובת השוויון בפני החוק ולטיפול השוויוני שלו זכאי כל אדם<sup>286</sup>. ראשית, למשטרה ולרשויות אכיפה אחרות גישה שונה בבחירת דרכי הפעולה החלופיות. בעוד שחברות וסוגים מסוימים של עבריינים בדרך כלל יטופלו על ידי רשויות אכיפה אחרות (בשל סוג העבירות), הרי שהאוכלוסיות החלשות יותר מטופלות על ידי המשטרה. התוצאה היא העמדות לדין תכופות יותר של האוכלוסיה החלשה יותר, גם כאשר אין שוני בחומרת העבירה. שנית, קיימת אפליה גזעית. מחקרים מעידים שקיימת אפליה כנגד האוכלוסיה האפרו-קריבית בכל הנוגע להחלטות העמדה לדין ומתן אזהרות. ושלישית, שיעור מתן האזהרות לנשים גבוה מזה הניתן לגברים. לכאורה נראה שנשים מקבלות יחס מועדף, אך ייתכן שצריך להביא בחשבון את סוג העבירות השונה שבו הן מעורבות. על כל פנים הדבר מעורר שאלות שונות לגבי הקריטריונים להעמדה לדין לעומת אזהרה ומותיר שאלות פתוחות בדבר סלקטיביות באכיפה.

### (ב) העמדה לדין

כאשר המשטרה מסיימת את עבודתה על התיק ומוגש כתב אישום או שמוצא זימון לאדם, הצעד הבא הוא ביקורת של ה-CPS, אשר החל משנת 1997 מחולק ל-42 משרדים אזוריים התואמים את האזורים של כוחות המשטרה, במטרה לקדם את הקשר בין הרשויות במישור המקומי. על פי החוק<sup>287</sup>, ה-DPP העומד בראש ה-CPS צריך לפרסם הנחיות (Code

העובדות באופן שיתמוך במסקנות מסוימות. למותר לציין כי כל ההחלטות אינן מתקבלות ב"תנאי מעבדה", וכל שוטר מושפע לא רק מדפוסי העבודה המצופים ממנו ומחבריו, אלא גם מהחלטות קודמות והחלטות עתידיות. התפיסה של החלטות רציונליות אשר מתקבלות באופן אוניברסלי בהתאם לעובדות – אינה קיימת במציאות (שם, בעמ' 7-8).

284 לסלקטיביות בפעולת המשטרה ראו שם, בעמ' 150-159.

285 למסמך זה אין משמעות משפטית חשובה, שכן הפרקטיקה של הוצאת אזהרות פורמליות היא במידה רבה אקסטרה משפטית. הסטנדרטים אמנם קובעים העדפה לאזהרה על פני הגשת כתב אישום בנסיבות מסוימות, אך מותירים שיקול דעת למשטרה לשקול את נסיבות העניין; ראו שם, בעמ' 151-153, 157-159.

286 לפירוט ראו שם, בעמ' 164-167.

287 The Prosecution of Offences Act, 1985, Sec. 10

## אכיפה סלקטיבית

288 (for Crown Prosecutors) ולדווח לפרלמנט אחת לשנה על עבודת ה-CPS והשימוש שנעשה בסמכויותיו. הסמכות החשובה ביותר של ה-CPS היא היכולת להפסיק הליכים (discontinue prosecution). בניגוד לסמכויות התביעה בשיטות משפט רבות, ל-CPS לא ניתנה במקור סמכות לפתוח בהליכים, להנחות את המשטרה לחקור עניין מסוים או להציג שאלות לכל אדם, אך בעקבות ביקורת שהושמעה הוספו לו בחוק סמכויות מסוימות גם בתחומים אלה<sup>289</sup>.

מטרת ההנחיות בנוגע להעמדה לדין, אשר כאמור קיבלו מעמד סטטוטורי בחוק החדש, לגרום לכך שה-CPS יקבל החלטות הוגנות ועקביות בכל הנוגע להעמדה לדין ולקדם את השקיפות של פעולתו<sup>290</sup>. ההנחיות מתייחסות גם לחשיבות הרבה של קבלת החלטות שוויוניות ואובייקטיביות:

Crown Prosecutors must be fair, independent and objective. They must not let any personal views about ethnic or national origin, disability, sex, religious beliefs, political views or the sexual orientation of the suspect, victim or witness influence their decisions. They must not be affected by improper or undue pressure from any source<sup>291</sup>.

עצם קיומן של ההנחיות הוא צעד חשוב בכיוון של שקיפות ושל קיומם של סטנדרטים להעמדה לדין, אשר לא היו קיימים בטרם חקיקת החוק החדש<sup>292</sup>. לצורך העמדה לדין יש לעבור את דרישת הראיות ואת מבחן האינטרס הציבורי<sup>293</sup>. באשר לדיות הראיות, קובעות ההנחיות כי התביעה צריכה להיות משוכנעת שיש מספיק ראיות על מנת ליצור "realistic prospect of conviction"<sup>294</sup>. זהו מבחן אובייקטיבי שמשמעותו שהסבירות נוטה לכך שהמושבעים או שופט השלום ירשיעו את הנאשם, בשונה מהמבחן שבית המשפט אמור ליישם בדיון הפלילי, שכן המושבעים או השופט אמורים

288 ההנחיות פורסמו לראשונה ב-1986; מהדורה שנייה פורסמה ב-1992, שלישיית ב-1994 ורביעית ב-2000. כיום בתוקף המהדורה החמישית משנת 2004; Code for Crown Prosecutors (5<sup>th</sup> ed., November 2004) (להלן: ההנחיות); ראו באתר CPS Crown Prosecution Service: <http://www.cps.gov.uk/publications/docs/code2004english.pdf>.  
289 Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 175-178.  
290 ראו בהקדמה (סעיף 1) להנחיות (לעיל, הערה 288).  
291 סעיף 2.2 להנחיות (לעיל, הערה 288).  
292 ראו Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 176; גביון (לעיל, הערה 24), בעמ' 174.  
293 ראו סעיף 5 להנחיות (לעיל, הערה 288), שכתרתו "The Full Code Test".  
294 שם, סעיף 5.2.

להרשיע רק אם הם בטוחים באשמת הנאשם<sup>295</sup>. מבחן זה מטיל אחריות כבדה על שיפוטם של התובעים.

אחד המאפיינים החשובים של ההפרדה המבנית שנעשתה בין ההעמדה לדין לחקירה, הוא הכללת השיקול של אינטרס הציבור כחלק מתהליך קבלת ההחלטות של התביעה<sup>296</sup>. החל מ־1994 ההנחיות קובעות כי הכלל הוא שכאשר יש מספיק ראיות, יוגש כתב אישום, אלא אם משקל השיקולים הנוגעים לאינטרס הציבור ואשר תומכים באי־העמדה לדין, גובר באופן ברור על אלה התומכים בהעמדה לדין<sup>297</sup>. זהו שינוי לעומת הגרסאות הקודמות של ההנחיות, אשר קבעו שיוגש כתב אישום "רק אם האינטרס הציבורי מחייב זאת". ככל הנראה, השינוי מבטא ביקורת כנגד המספר הרב של ההליכים שהופסקו על ידי התביעה בתחילת שנות ה־90. ואכן, לפחות מבחינה רטורית, אין ספק שיש כאן תזווה מ"עקרון ההזדמנות" (opportunity principle)<sup>298</sup> אל עבר "עקרון החוקיות" (legality principle) המעוגן בחוקים של מדינות הקונטיננט<sup>299</sup>, אם כי לא ברור עד כמה רטוריקה זו הביאה לשינוי בפרקטיקה הנוהגת, שבה, בדרך כלל, השיקולים בדבר דיות הראיות והאינטרס הציבורי שלובים זה בזה<sup>300</sup>. כך או כך, הכללת השיקול בדבר "האינטרס הציבורי" בהעמדה לדין, הגדילה את הסיכון לסלקטיביות ולחוסר עקביות באכיפה, ובמקביל את הצורך בהתוויית מדיניות אחידה של רשויות התביעה<sup>301</sup>.

295 שם, סעיף 5.3.

296 Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 22.

297 ראו סעיף 5.7 להנחיות (לעיל, הערה 288): "The public interest must be considered in each case where there is enough evidence to provide a realistic prospect of conviction. A prosecution will usually take place unless there are public interest factors tending against prosecution, which clearly outweigh those tending in favour. Although there may be public interest factors against prosecution in a particular case, often the prosecution should go ahead and those factors should be put to the court for consideration when sentence is being passed"

298 ידוע גם כ"עקרון ההתאמה" (principle of expediency), שלפיו גם כאשר יש מספיק ראיות על התביעה לשיקול אם האינטרס הציבורי מצדד בהעמדה לדין ואם העמדה לדין היא הדרך המתאימה ביותר בנסיבות העניין; ראו Tak (לעיל, הערה 162), בעמ' 27.

299 ידוע גם כ"העמדה לדין שבחובה" (compulsory prosecution), ולפיו כאשר יש ראיות לביצוע עבירה, לא נתון לתביעה שיקול דעת רחב להימנע מהעמדה לדין; ראו שם, בעמ' 27. וראו גם להלן, סעיף 4(ב).

300 ראו Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 179; Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 57-58.

301 A. Ashworth "The 'Public Interest' Element in Prosecutions" *Crim. L Rev.* (1987) 595, 605-607.

## אכיפה סלקטיבית

ההנחיות כוללות רשימה לא סגורה של שיקולים נפוצים בעד ונגד העמדה לדין, אשר יש להביאם בחשבון בהתאם לנסיבות המקרה<sup>302</sup>. בין השיקולים בעד העמדה לדין מצויים שיקולים אשר ניתן להביאם בחשבון גם בחומרת העונש, כגון העובדה שהקרבן היה פגיע, שהמניע לעבירה הייתה אפליה כלשהי, שהחשוד היה בעמדת סמכות או נאמנות וכו'<sup>303</sup>. בדומה, השיקולים כנגד העמדה לדין הם כאלה שיהיה ניתן להתחשב בהם לצורך הקלה בעונש, אם יועמד הנאשם לדין. למשל נתונים אישיים של החשוד כמו גיל, מצב בריאותי או מצב נפשי<sup>304</sup>. ההצדקה לשיקולים אלה נעוצה ברעיון של שוויון מהותי, הבוחן את מידת ההשפעה שיש להעמדה לדין על הפרט, וברעיון המידתיות, כאשר העמדה לדין תהווה תגובה חמורה באופן לא פרופורציונלי לעבירה שבוצעה<sup>305</sup>. אחת הבעיות האינהרנטיות היא שלתביעה יש ידיעה רבה יותר על שיקולים התומכים בהעמדה לדין (הקשורים בדרך כלל לחומרת העבירה ולעברו הפלילי של הנאשם), מאשר על שיקולים התומכים באי-העמדה לדין (שהם בדרך כלל שיקולים אישיים או סוציאליים)<sup>306</sup>.

מהאמור עולה כי ל-CPS חובות סטטוטוריות רבות וניתן לומר כי השינוי החקיקתי באנגליה תיחס במידה מסוימת את שיקול הדעת בהעמדה לדין, לעומת זה הקיים בארצות-הברית. עם זאת לתביעה באנגליה נתון עדיין מתחם רחב של שיקול דעת: היא הקובעת את המדיניות שלה והתובעים מפעילים שיקול דעת רחב בהחלטות היום-יומיות שלהם. שאלה מעניינת היא אם במסגרת השיקולים כנגד העמדה לדין, התביעה יכולה להביא בחשבון את אופייה של העבירה, כגון היותה מיושנת או את דפוסי אכיפת העבירה בעבר. מצד אחד, ההנחיות כוללות התייחסות לחומרתה של העבירה וכן לנפוצות העבירה (גם כאשר מדובר בעבירה קלה), כשיקולים בעד העמדה לדין, דבר שאולי מעיד על הסדר שלילי לגבי התייחסות לסממנים אחרים הקשורים בעבירה עצמה; מצד אחר, ההנחיות קובעות מפורשות כי אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים, דבר המותיר שיקול דעת רחב לתביעה. על כל פנים, מחקרים מעידים כי לעתים שיקולים מסוג זה יביאו לאי-הפעלה של חוק<sup>307</sup> או להפעלתו רק במקרים מסוימים<sup>308</sup>.

- 302 סעיפים 5.9-5.10 להנחיות (לעיל, הערה 288).
- 303 ראו שם, סעיף 5.9.
- 304 ראו שם, סעיף 5.10.
- 305 Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 185.
- 306 שם, בעמ' 186.
- 307 כגון ה-Sunday Observance Act משנת 1780, שמידת השכנוע המודרנית בקיומו אינה ברורה; ראו גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 176.
- 308 כגון חוקי הביגמיה. בדרך כלל מעמידים לדין רק במקרים שבהם הייתה מרמה או הונאה של ממש; שם, שם.



לתביעה באנגליה אפשרות גם להפסיק את המשפט באופנים שונים. קיימת אפשרות לחזור מהאישום לאחר הגשת כתב האישום וליועץ המשפטי לממשלה סמכות לעכב הליכים<sup>309</sup>. בנוסף, על פי החוק החדש ישנה לתביעה סמכות שדומה במידה רבה לעיכוב הליכים – הסמכות להפסיק (discontinue) הליך שהחל בבית משפט השלום<sup>310</sup>.

גם לרשויות אכיפה אחרות באנגליה (regulatory agencies) שיקול דעת רחב: כאשר קיימות ראיות לביצוע עבירה, הן יכולות להחליט שלא לעשות דבר; לרבות מהן סמכות להוציא הודעת אזהרה; לחלקן סמכות להציע עונש כספי, כדוגמת כפל קנס, כתחליף להעמדה לדין; כמובן שהן יכולות לנקוט בסנקציה האולטימטיבית של העמדה לדין<sup>311</sup>. מחקרים מעידים על כך שרשויות אלה מעדיפות דרכים פחות פורמליות מהעמדה לדין. Keith Hawkins במחקרו על אכיפת חוקים העוסקים בהסדרת הנושא של זיהום מים, גילה כי השימוש באמצעי של העמדה לדין נעשה במקרים קיצוניים, כאשר משא ומתן והסדרים שמחוץ לבתי המשפט נכשלו או שהם אינם מתאימים<sup>312</sup>. ההסברים שניתנים לכך, בדרך כלל, הם מוגבלות המשאבים, כוחם היחסי של התאגידים שכנגדם אמורים החוקים להיאכף והשפעת הסטטוס החברתי. דהיינו, ככל שמדובר במפרי חוק בעלי מעמד גבוה יותר, כך הנטייה תהיה להשתמש באמצעים מינהליים אחרים שאינם העמדה לדין, בפרט כאשר מעמדם החברתי של המתלוננים הוא נמוך<sup>313</sup>. Hawkins מציג תזה, שלפיה שיעור ההעמדה לדין משקף את ההתנגשות בין העמדות הפרטיות (אך הנפוצות) של האמונים על האכיפה לבין האינטרס הארגוני, בכל הנוגע לנושאים שנתונים במחלוקת פוליטית<sup>314</sup>. מחקרו מעיד על כך שרשויות המים ורשויות אחרות העוסקות בזיהום מוצאות כי אמצעים שאינם העמדה לדין, כמו משא ומתן, יעילים יותר להשגת המטרה, אשר אינה הענשה אלא השגת שינוי<sup>315</sup>. על כל פנים, תהא אשר תהא הסיבה לשיעור הנמוך של העמדה לדין, האכיפה כתהליך

- 309 ראו Sigler (לעיל, הערה 232), בעמ' 64; ראו גם גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 88-89.  
 310 Prosecution of Offences Act, 1985, Sec 23. ראו גם Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 193-196.  
 311 Ashworth & Redmayne, בעמ' 146-150.  
 312 ראו K. Hawkins "Law as Last Resort" A Reader on Regulation (R. Baldwin, C. Scott, C. Hood eds., Oxford, 1998) 288; K. Hawkins *Law as Last Resort* (Oxford, New York, K. Hawkins *Environment and Enforcement – Regulation and the Social Definition of Enforcement* (Oxford, Clarendon Press, 1984), 196-197: "Pollution control work is adaptive, given to serial enforcement by pressure and, if necessary, ever more ominous threats. Flexible control is made possible by time bargaining, and privacy. A range of tactical options is available"  
 313 Hawkins (1998) (לעיל, הערה 312), בעמ' 289.  
 314 שם, בעמ' 290.  
 315 Hawkins (1984) (לעיל, הערה 312), בעמ' 197: "...pollution control staff must display patience and tolerance, rather than legal authority for their goal is not to punish but to secure change"

## אכיפה סלקטיבית

הנסמך על שרשרת של אסטרטגיות בסדר עולה של חומרה, החל ממשא ומתן, דרך הפעלת לחצים ואיומים ועד העמדה לדין כ"אמצעי אחרון" – מתוארת גם על ידי חוקרים אחרים<sup>316</sup>. פרקטיקות אלה (משא ומתן, איומים וכדומה) יעילות רק משום שהאפשרות של העמדה לדין מרחפת ברקע כנשק אפשרי<sup>317</sup>. במצב זה החוק הופך לבעל משמעות סמלית יותר מאשר מעשית, להוציא מצבים שבהם השימוש בפעולות בלתי פורמליות (במקום העמדה לדין) הופך להיות המהות של הפעולה המינהלית – שאז החוק מאבד לחלוטין מחשיבותו<sup>318</sup>. אין זה מפתיע אפוא ששיקול הדעת הרחב הנתון לרשויות מסוג זה מוביל לסלקטיביות רבה ולפערים ברמות האכיפה הן בין רשויות שונות הן בין מחלקות אזוריות שונות של אותה הרשות<sup>319</sup>.

### (ג) מעמד התביעה

ה-CPS הוא שירות ציבורי, אשר אחראי בפני הפרלמנט באמצעות היועץ המשפטי לממשלה. ה-DPP, אשר עומד בראש ה-CPS, ממונה על ידי היועץ המשפטי לממשלה וכפוף לו. ה-CPS הוא אמנם גוף לאומי, אך הוא מחולק למשרדים אזוריים, אשר בראש כל אחד מהם עומד פרקליט ראשי, אשר לו מוצאות סמכויות של ה-DPP והוא כפוף לו בהפעלת סמכויותיו<sup>320</sup>. בהיותו שירות ציבורי ה-CPS כפוף ל-Human Rights Act, 1998, כלומר על התובעים ליישם את הוראות האמנה האירופאית בדבר זכויות האדם כאמור בחוק אשר אימץ את הוראות האמנה<sup>321</sup>. אמנה זו כוללת גם הוראה בדבר איסור אפליה בכל הנוגע לזכויות המעוגנות בה<sup>322</sup>, דבר שעשוי להשליך על היכולת להפעיל אכיפה סלקטיבית. עם זאת הוראת שוויון זו מוגבלת ביותר, שכן היא אינה מבטיחה שוויון באופן עצמאי, אלא מגנה מפני אפליה רק בהתייחס לאחת הזכויות המפורטות באמנה. לפיכך

- 316 I. Ayres, J. Braithwaite *Respective Regulation – Transcending the Deregulation Debate* (Oxford, 1992), 35-38 המחברים מסרטטים "פירמידת אכיפה" שבבסיסה האמצעי הקל ביותר (שכנוע) שהשימוש בו הוא הרחב ביותר, וככל שעולים במעלה הפירמידה הסנקציות חמורות יותר והשימוש בהן נדיר יותר. ראו גם מחקרו של Robert Baldwin, אשר התמקד בהסדרת ענייני בריאות ובריטניה על ידי ה-Health and Safety Commission (HSC) והרשות המבצעת שלה (HSE); R. Baldwin "Why Rules Don't Work" 53 *Modern L. Rev.* (1990) 321, 323-329.
- 317 ראו Ayres & Braithwaite (לעיל, הערה 316), בעמ' 19, 40-41.
- 318 M. Cohen "Fuzzy Legality in Regulation: The Legislative Mandate Revisited" *Law & Pollicy* (2001) 469, 478-479.
- 319 Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 150-151.
- 320 ראו שם, בעמ' 201; ההקדמה להנחיות (לעיל, הערה 288); גביון (לעיל, הערה 24), בעמ' 86.
- 321 ראו סעיף 2.6 להנחיות (לעיל, הערה 288).
- 322 European Convention on Human Rights, Art.14. לדיון בסעיף זה ראו גם להלן, בפרק הרביעי, סעיף 2(א).

#### פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

הוראה זו, אשר ישימה רק כאשר מעורבת לפחות זכות אחת נוספת המעוגנת באמנה, ודאי שאינה פתרון כוללני לבעיה<sup>323</sup>.

העצמאות והניטרליות של ה-CPS בתהליך קבלת ההחלטות ובמשפט עצמו הודגשו בעת הקמתו. משמעות ההפרדה של שלב החקירה והתביעה הוא שה-CPS – כגוף עצמאי – יעריך באופן אובייקטיבי את הראיות הנאספות על ידי המשטרה, ישקול הן את המצב המשפטי הן את שיקולי המדיניות הנוגעים לכל מקרה, ויאזן בין השיקולים בעד ונגד העמדה לדין<sup>324</sup>. ה-CPS הוא כאמור גוף נפרד מהמשטרה, אך הוא מחולק לאזורים התואמים את אזורי כוחות המשטרה על מנת להגביר את שיתוף הפעולה במישור המקומי. אלא שיש יסוד לחשש כי ההשלכות של יחסי העבודה הקרובים בין המשטרה לתביעה, תתבטאנה בהתפרקות מסוימת של התביעה מהחובה להפעיל שיקול דעת עצמאי<sup>325</sup>. ועדת Glidewell<sup>326</sup> המליצה להגדיר באופן מדויק יותר את היחסים בין שלוש הרשויות המעורבות בהליך הפלילי: המשטרה, התביעה ובתי המשפט<sup>327</sup>. כמו כן המליצה הוועדה לאחד כמה מהפונקציות של ה-CPS עם פונקציות של המשטרה ולהטיל אותן על יחידה אינטגרטיבית אחת, על מנת שה-CPS ייקח אחריות מרגע הגשת כתב האישום<sup>328</sup>.

#### 4. גרמניה

גרמניה מובאת כדוגמה למדינה קונטיננטלית שבה שיקול הדעת באכיפת החוק הפלילי מצומצם מזה הנהוג במשפט האנגלו-אמריקני. בספרות נהוג להביא את הדוגמה של גרמניה כאנטי תזה לשיקול הדעת העצום שקיים באכיפת החוק במשפט האמריקני<sup>329</sup>, אם כי מחקרים מראים כי המשטרה והתביעה הגרמניים מפעילים יותר שיקול דעת מזה המוענק

- Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 35. 323  
Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 57-58. 324  
Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 205. 325  
The Review of the Crown Prosecution Service (June, 1998) Chairman: Rt. Hon. Sir Iain 326  
Glidewell. ראו תקציר הדו"ח: <http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm39/3972/3972.htm>  
שם, פרק 7, סעיף 10. 327  
שם, פרק 8, סעיפים 12-14. 328  
K. Sessar "Prosecutorial Discretion in Germany" *The Prosecutor* (W.F. McDonald 1979) 255 329  
J. Herrmann "The Rule of ed., Sage Publications, California, 1979) 255  
Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany" 41 *U. Chi. L. Rev.* (1974) 468 וכן Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 146-147;  
Sigler (לעיל, הערה 232), בעמ' 65; Kadish & Kadish (לעיל, הערה 16), בעמ' 129-130.  
ראו גם דבריו של פרופ' מרדכי קרמיצר ברב שיח "פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג (תשנ"ו) 15, 19-20.

## אכיפה סלקטיבית

להם באופן פורמלי בחוק<sup>330</sup>. זאת ועוד, הרחבת סמכויות התובע הגרמני בכל הנוגע ליכולת שלא להעמיד לדין, הגדילה באופן משמעותי את היקף שיקול הדעת המופעל על ידיו ואת החשש לשימוש לרעה בשיקול דעת זה<sup>331</sup>.

גרמניה היא מדינה פדרלית, אך בשונה מארצות-הברית עיקר החוק הפלילי, המהותי והפרוצדורלי, הוא על בסיס פדרלי. בתי המשפט המפעילים את החוק הפלילי הפדרלי הם בתי המשפט של המדינות, אך רצונם של בתי המשפט המדינתיים ליישם את החוק באותו אופן וכן הביקורת הערעורית הנרחבת של בתי המשפט הפדרליים, הביאו לרמת אחידות גבוהה של הפעלת החוק הפלילי<sup>332</sup>.

בשונה משיטות המשפט שנדונו עד כה, אשר בכולן נוהג הליך אדברסרי, דהיינו: הליך שבו ניהול המשפט וההחלטות לגביו נתונים בעיקרו של דבר לצדדים והשופט אינו נוטל, בדרך כלל, תפקיד פעיל בגילוי האמת או בחקירת העדים והזמנתם<sup>333</sup>, הרי שבגרמניה נוהג הליך אינקויזיטורי, דהיינו: השופט הוא זה שנוטל על עצמו את הליך בירור האמת, הוא זה שמזמן וחקר את העדים ומחליט על סדר שמיעת הראיות, ואילו ולתביעה ולהגנה יש רק תפקיד משני בניהול המשפט<sup>334</sup>.

בגרמניה יש הבחנה ארגונית ברורה בין החקירה, המבוצעת על ידי המשטרה, לבין החלטות העמדה לדין או טיב הטיפול בתיק, הנעשות על ידי רשויות התביעה, אם כי שיתוף הפעולה בין המשטרה לתביעה גדול במיוחד<sup>335</sup>. התביעה בגרמניה היא בעיקרה ציבורית, אך יש עבירות שבהן לקרבן יש זכות להניע את ההליך הפלילי<sup>336</sup>, וגם אז התובע רשאי לטול על עצמו את ניהול המשפט אם יש בכך עניין לציבור<sup>337</sup>.

- J. Herrmann "The Federal Republic of Germany" *Major Criminal Justice Systems* (G.F. Cole, S.J. Frankowski, H.G. Gertz eds., 2<sup>nd</sup> ed., Sage Publications, 1987) 106, 122-123. בעמ' 262. כן ראו Sessar (לעיל, הערה 329), בעמ' 330
- התובעים בגרמניה ראו Herrmann (לעיל, הערה 329), בעמ' 474-503.
- ראו הפרק על הדין הגרמני בספרה של Fionda (לעיל, הערה 164), 133-171. 331
- Herrmann (לעיל, הערה 330), בעמ' 108. לדוגמאות סטטיסטיות נוגדות, המעידות על תגובה שונה למצבים דומים, במסגרת הפעלת החוק הפלילי במדינות השונות בפרוצדורה ראו Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 134. 332
- לשיטה האדברסרית מול השיטה האינקויזיטורית ראו מ' קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז (תשמ"ח) 475. לשיטה האדברסרית הנוהגת בישראל, אנגליה וארצות-הברית ראו גביון (לעיל, הערה 24), בעמ' 80, 90, 94 בהתאמה. 333
- Herrmann (לעיל, הערה 330), בעמ' 124. 334
- גביון (לעיל, הערה 24), בעמ' 190-191. 335
- .German Code of Criminal Procedure, Part 5, Chapter 1 (Private Prosecution) לתרגום החוק ראו <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm> 336
- .German Code of Criminal Procedure, Sec 374 לשיקול הדעת של התובע הגרמני בהקשר זה ראו Herrmann (לעיל, הערה 329), בעמ' 478-480. 337

(א) חקירה

המשטרה בגרמניה ממלאת שני תפקידים עיקריים: שמירה על הסדר הציבורי וחקירת עבירות. בכל הנוגע לתפקידה לחקור עבירות, המשטרה פועלת בשיתוף פעולה עם התביעה, למרות שהשוטרים אינם כפופים מינהלית לתובעים אלא רק נתונים לפיקוחם המקצועי<sup>338</sup>. כאשר נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אין לה כל שיקול דעת והיא מחויבת לפתוח תיק ולהתחיל בחקירה. החקירה תתבצע גם אם העובדות נראות למשטרה מעורפלות, ועליה להציג את הנתונים לתובע אשר ההחלטה הסופית נתונה לו<sup>339</sup>. בפועל, במקרים המערבים עבירות פעוטות המשטרה מפעילה לעתים שיקול דעת בלתי פורמלי ובמקום לפתוח בחקירה, היא מסתפקת באזהרה או משמשת כמעין מפשר<sup>340</sup>. כאשר המשטרה סבורה שתיק נחקר כראוי והיא סיימה את עבודתה, היא מעבירה אותו לתובע אשר חייב להחליט אם יש צורך בחקירה נוספת. התובע רשאי לקחת על עצמו את החקירה, על מנת לראיין חשוד או עד באופן אישי, או להחזיר את התיק למשטרה לצורך ביצוע בדיקות נוספות. החוק מחייב את התובע לעשות כל דבר הדרוש לפענוח המקרה, ללא קשר למידת רצינותו, ואין לתובע שיקול דעת "לסנן" תיקים בדומה לשיקול הדעת הנתון לתובע האמריקני. עם זאת מחקרים מראים כי התובעים מפעילים שיקול דעת בהחלטות הנוגעות לחקירה. ראשית, הם משקיעים מאמצים בתיקים שהמשטרה מדווחת שהיא פתרה אותם יותר מאשר בתיקים שבהם נראה שדרושה חקירה נוספת. בכך יש אמנם משום הודאה של התובע כי הוא אינו יכול לשפר את מצבם של התיקים החלשים, אך ניתן גם לומר שהתובע מנצל את ההזדמנות על מנת להפחית את לחץ התיקים, בלא להפר את הוראות החוק. שנית, התגלה חוסר התאמה בין דעתה של המשטרה שמקרה נפתר ואין צורך בחקירה נוספת (כלומר, תאורטית לפחות הראיות מספיקות), לבין החלטות של התובע שאין מספיק ראיות לצורך העמדה לדין. חוסר ההתאמה יכול לנבוע מכך שהתובע יודע טוב יותר מהמשטרה מה יתקבל על ידי בית המשפט, אך בהחלט אפשרי שהתובע מפעיל מדיניות שמבוססת לא רק על רמת הראיות אלא גם על חומרת העבירה. דהיינו, לא זו בלבד שהתובע הגרמני מפעיל שיקול דעת בכך שהוא נוטה יותר להזניח תיקים בעייתיים מבחינת ההוכחה, אלא שמבין התיקים שהמשטרה סבורה שהראיות בהן מספיקות, הוא נוטה להעמיד לדין בעבירות החמורות יותר<sup>341</sup>.

מבחינה פורמלית אפוא למשטרה ולתביעה לא נתון כלל שיקול דעת בהחלטות הנוגעות לחקירה, ולכאורה מצב של אכיפה סלקטיבית הוא בלתי אפשרי לחלוטין. לעומת זאת מבחינה מעשית, מופעל שיקול דעת כלשהו, דבר שיכול לאפשר אכיפה סלקטיבית. עם זאת

338 Herrmann (לעיל, הערה 330), בעמ' 112.  
 339 שם, בעמ' 125; Sessar (לעיל, הערה 329), בעמ' 263.  
 340 Herrmann (לעיל, הערה 329), בעמ' 504; Herrmann (לעיל, הערה 330), בעמ' 122-123;  
 Sessar (לעיל, הערה 329), בעמ' 263.  
 341 לפירוט המחקרים ראו שם, בעמ' 263-264.

## אכיפה סלקטיבית

נראה כי בכל הנוגע לשלב החקירה<sup>342</sup>, היקפה של התופעה קטן בהרבה ביחס לשיטות המשפט שנדונו קודם לכן, בשל קיומו של שיקול הדעת בשוליים ולא כמהות העשייה המינהלית. מסקנה זו מתחזקת לאור העובדה שבגרמניה ישנן עבירות שבהן המשטרה אינה יכולה לחקור והתביעה אינה יכולה להעמיד לדין, אלא בעקבות בקשה של הקרבן<sup>343</sup>. עבירות אלה הן ברובן עבירות קלות, החשופות באופן טבעי לאכיפה סלקטיבית יותר מאשר פשעים חמורים, אך במידה ואכן נדרשת בקשה של הקרבן לצורך חקירה, הרי שהסלקטיביות היא פועל יוצא של רצונם של פרטים ולא של פגם בהפעלת סמכותו של גורם מינהלי כלשהו.

### (ב) העמדה לדין

בגרמניה חל "עקרון החוקיות" (legality principle) בכל הנוגע לעבירות חמורות. על פי עיקרון זה, המכונה גם "העמדה לדין שבחובה" (compulsory prosecution), לתובע לא נתון שיקול דעת שלא להעמיד לדין, במצב שבו קיימות ראיות לביצוע עבירה<sup>344</sup>. המטרה העומדת בבסיס העיקרון היא לקדם את השוויון בפני החוק, להגן מפני שרירות, למנוע התערבות פוליטית בהליך הפלילי ולהגביר את ההרתעה הכללית. על פי גישה זו, אם יישום החוק הפלילי גורר תוצאות לא רצויות, על המחוקק לשנותו ואין זה מתפקידו של התובע ליצור מדיניות משלו. לאור זאת גישתו של התובע הגרמני להעמדה לדין אינה אמורה להיות מוכתבת משיקולי עלות/תועלת. למצער ברמה התאורטית, לא קיימת השלמה עם שיעור מסוים של עבירות שלא נאכף, בדומה למצב במשפט האנגלו-אמריקני<sup>345</sup>.

סעיף 152(2) לקוד הפלילי הגרמני קובע כדלקמן:

Except as otherwise provided by law, the public prosecution office shall be obliged to take action in the case of all criminal offenses which may be prosecuted, provided there are sufficient factual indications<sup>346</sup>.

חובה זו כפופה כמובן לחריגים. כך למשל בהקשר לעבירות פחות חמורות, סעיף 153(1) לקוד הפלילי הגרמני קובע:

- 342 גם הטוענים לשחיקה משמעותית בעקרון החוקיות בגרמניה, מסכימים שהעיקרון עדיין חל על המשטרה, אשר תאורטית משוללת שיקול דעת שלא לחקור; ראו Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 167.
- 343 Herrmann (לעיל, הערה 330), בעמ' 123; Sessar (לעיל, הערה 329), בעמ' 257.
- 344 ראו Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 135. לסקירת התפתחותו של העיקרון ראו Herrmann (לעיל, הערה 329), בעמ' 469-470.
- 345 Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 146-147; Sigler (לעיל, הערה 196), בעמ' 65; Herrmann (לעיל, הערה 330), בעמ' 124; Sessar (לעיל, הערה 329), בעמ' 255.
- 346 German Code of Criminal Procedure, Sec. 152(2).

## פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

If a less serious criminal offense is the subject of the proceedings, the public prosecution office may dispense with prosecution with the approval of the court competent for the opening of the main proceedings if the perpetrator's culpability is considered to be of a minor nature and there is no public interest in the prosecution. The approval of the court shall be not required in the case of a less serious criminal offense which is not subject to an increased minimum penalty and where the consequences ensuing from the offense are minimal<sup>347</sup>.

כלומר, לגבי עוונות נוהג "עקרון ההזדמנות" (opportunity principle), שכן החוק מאפשר שלא להעמיד לדין כאשר "האשם אינו גדול" ו"אין עניין ציבורי בתביעה"<sup>348</sup>. זאת ועוד, רפורמה משנת 1975 הרחיבה במידה רבה את שיקול הדעת של התובעים. סעיף 153a לקוד הפלילי הגרמני מאפשר לתובעים, במצבים מסוימים, להחליט על אי-העמדה לדין, ללא צורך בקבלת הסכמה של שופט. התובע יכול לבטל אישומים בעבירות לא חמורות, בתמורה להסכמת החשוד לתקן את הנזק, לשלם סכום מסוים למדינה או לארגון ללא כוונת רווח, או לבצע שירות כלשהו למען הקהילה<sup>349</sup>. המטרה של הרפורמה הייתה לאפשר לתובעים להקדיש יותר מזמנם לעבירות חמורות יותר. בתחילת הדרך ההשלכות המעשיות של הרפורמה לא היו גדולות, הן בשל המגבלות החוקיות שהוטלו על השימוש בשיקול דעת זה, הן בשל חשש של התובעים שיהיה בכך פתח לעסקאות טיעון שיהיה בהן יתרון טבעי לנאשמים שיש באפשרותם לממן הגנה טובה או לשלם את סכום הכסף הנדרש<sup>350</sup>. דא עקא, שהעומס ההולך וגובר על התובעים, בשל גידול הפשע ובשל איחוד גרמניה בשנת 1990 (אשר הצריך "השאלה" של חלק מהתובעים ממערב גרמניה לעבודה במשרדי התביעה במזרח גרמניה), הובילו לעשיית שימוש בסמכות שלא להעמיד לדין על מנת להקל בעומס<sup>351</sup>. הדבר יצר כמובן פוטנציאל להפעלה לרעה של שיקול הדעת. כך למשל הובע חשש כי תובעים יעשו שימוש בסעיף 153a (אי-העמדה לדין בתנאים), תוך קביעת התניות רבות, על מנת לטפל במקרה שאחרת היה מטופל במסגרת סעיף 153 (אי-העמדה לדין ללא קביעת תנאים ובהסמכת שופט)<sup>352</sup>.

347 שם, סעיף 153.

348 Herrmann (לעיל, הערה 330), בעמ' 123.

349 German Code of Criminal Procedure, Sec. 153a. ראו גם Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 137-136.

350 Herrmann (לעיל, הערה 330), בעמ' 123; Sessar (לעיל, הערה 329), בעמ' 259; Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 150-149.

351 Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 169-168.

352 שם, בעמ' 162.

## אכיפה סלקטיבית

חריג נוסף שלא נעשה בו שימוש רב, קבוע בסעיף 154 לקוד הפלילי הגרמני ומאפשר לתביעה שלא להעמיד לדין בעבירה קלה אם העבריינין ביצע עבירות קשות יותר שעליהן הוא מועמד לדין, או אם הוא מרצה עונש על עבירה אחרת שהעונש בגינה מספק גם עבור העבירה הנוספת שביצע. ישנם תובעים העושים שימוש בסעיף לצורך "התמקחות" עם השופט. כאשר מסתמן ששופט עומד להטיל עונש הנמוך מהמלצת התובע, התובע "מאיים" להוסיף לכתב האישום עבירות קלות, אשר הושטו מכוח סעיף 154, ולדרוש עריכת משפט על העבירות בכללותן<sup>353</sup>.

חלק נכבד מן המקרים שבהם יש מספיק ראיות להעמדה לדין, נדון מחוץ לבית המשפט בהליך שקרוי Penal Order, אשר יש המתארים אותו כהליך העמדה לדין מקוצר ואחרים כסוג של הטלת עונש על ידי התביעה. מדובר במסמך המוכן על ידי התובע וכולל את העובדות המקימות את העבירה, סעיפי החוק שהופרו והעונש המוצע על ידי התובע. התוקף המשפטי של ההליך – כהליך שיפוטי – מתקבל רק עם הסכמת שופט. בהינתן הסכמה זו העונש מחייב כצו שיפוטי וגורר עמו רישום פלילי. הניסיון מעיד כי הסכמת השופט ניתנת ברוב רובם של המקרים ונראה שהתובעים קובעים מראש את סוג העונש וחומר, בהתאם לרמה שנראה להם שתהיה מקובלת על השופט<sup>354</sup>. השימוש בהליך זה גוזל פחות זמן מהכנת משפט, ובייחוד בתחום הפשע הכלכלי – הליך זה מספק דרך פשוטה יותר לטיפול במקרים מורכבים. יש הטוענים כי יש בכך העדפה של היעילות על ההגנות – טענה המתיישבת עם הביקורת הכללית בדבר הרחבת סמכויות התביעה בגרמניה ושיקול הדעת שלה, ללא הרחבה מקבילה של ההגנה הניתנת לזכויות הנאשם<sup>355</sup>. כך למשל קיים חשש לשימוש לרעה בשיקול הדעת, על ידי הטלה לא ראוייה של עונשים חמורים יחסית, אשר בסמכות התביעה להטיל במסגרת ההליך האמור<sup>356</sup>.

נשאלת השאלה אם קיומם של חריגים אלה אינו תומך בטענה שהשיטה הגרמנית אינה שונה למעשה מהשיטה האנגלו-אמריקנית. בעוד השיטה הגרמנית מכריזה על העמדה לדין שבחובה ונסוגה ממנה בכמה דרכים, הרי שהשיטה האנגלו-אמריקנית מכריזה מראש כי לתובע שיקול דעת לבחון אם העמדה לדין מתאימה בנסיבות העניין. אכן, עקרון החוקיות נשחק מאוד בשנים האחרונות, אך יש לזכור כי הוא טבוע עמוק בתרבות הגרמנית, שכן הוא נתפרש כאמצעי למניעת השפעות פוליטיות על התביעה ולהגבלת כוחו של הממשל. הדבר מובן לאור ההיסטוריה הגרמנית, אשר עברה את התקופה הנאצית שבה נרמסו כל העקרונות

353 שם, בעמ' 137.

354 שם, בעמ' 141-142.

355 שם, בעמ' 170-168.

356 שם, בעמ' 162.



החוקתיים<sup>357</sup>. נראה שהשיטה הגרמנית עדיין מקדמת את עקרון החוקיות והשוויון בפני החוק, למרות שבפועל התובע מפעיל יותר שיקול דעת מזה הנתון לו פורמלית בחוק<sup>358</sup>. ההחלטה של התובע אם להעמיד לדין תלויה בהפעלת שיקול דעת באשר לשני משתנים<sup>359</sup>: הערכת הראיות והערכת האשמה. המשימה העיקרית של התובע היא להעריך אם יש ראיות מספקות לצורך העמדה לדין<sup>360</sup>. כתוצאה מכך יש לו באופן מעשי שיקול דעת רחב כאשר הוא מחליט אם מתקיים מבחן "הסיבה הסבירה" (probable cause). מחקרים מראים כי התובע משתמש במבחנים דווקניים יותר של הערכת הראיות בעבירות קלות מאשר בעבירות קשות. כלומר, קיימים מצבים שבהם אף שהראיות אינן תומכות בהרשעה, התובע יגיש כתב אישום בעבירה חמורה על מנת להשתמש בהליך כסנקציה. כמו כן קיימת נטייה של תובעים להתייחס לרישום הפלילי כבסיס להוכחה, ולכן להעמיד לדין רצידיביסטים יותר מאשר עבריינים שזו העבירה הראשונה שלהם. כאמור, גם כאשר יש סיבה סבירה להאמין שהנתבע אשם, התובע יכול שלא להעמיד לדין בעוון, אם האשם אינו גדול ואין עניין ציבורי בתביעה<sup>361</sup>. מחקרים מעידים על כך שבערכת האשמה התובע יכול להפעיל שיקול דעת רחב ביותר: כך למשל ייתכן מצב שבו הנזק הצפוי מעבירה מסוימת הוא גדול, נזק זה אכן התממש בפועל, אך למרות זאת התובע יוותר על העמדה לדין. באשר לעניין הציבורי, נמצא כי ככל שעבירה מסוימת נפוצה יותר, כך גדלה דווקא הנטייה להעמיד לדין. ככל הנראה שכיחות גבוהה של עבירה מתורגמת על ידי התובעים לכך שיש עניין ציבורי בהעמדה לדין, גם אם העבירה אובייקטיבית אינה חמורה והיה ניתן לשקול אי-העמדה לדין בשל אשם מועט.

ההפרדה בין הערכת הראיות להערכת האשמה היא פעמים רבות פיקציה בלבד. בנסיבות מסוימות, התובע יושפע מתפיסת עולמו באשר למקרים שיש להביא למשפט לעומת המקרים שלא קיים ערך בהעמדה לדין. השפעה זו תהיה חזקה במקרים שבהם מדובר בעוון והראיות אינן חד-משמעיות, או כאשר האינטרס הציבורי אינו מצדיק העמדה לדין. היכולת של התובע לבחור שלא להעמיד לדין כאשר אין מספיק ראיות או כאשר האשמה מועטת, מעניקה גמישות המאפשרת אינדיווידואליזציה בהחלטות העמדה לדין. יכולת זו מאפשרת

- 357 שם, בעמ' 168.  
 358 Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 273), בעמ' 147.  
 359 לניתוח משתנים אלה ולמחקרים באשר להפעלת שיקול הדעת בהקשר אליהם ראו Sessar (לעיל, הערה 329), בעמ' 264-270.  
 360 לשיקול הדעת של התובע הגרמני בהקשר זה, ראו Herrmann (לעיל, הערה 329), בעמ' 475-478, Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 135.  
 361 German Code of Criminal Procedure, Sec 153. לשיקול הדעת של התובע הגרמני בהקשר זה ראו Herrmann (לעיל, הערה 329), בעמ' 484-489.

#### אכיפה סלקטיבית

לתובעים להתרכז בעבירות החמורות, שכאשר אין בהן בעיות הוכחה, לא קיים כל שיקול דעת – פורמלי או בלתי פורמלי – שלא להעמיד לדין<sup>362</sup>. בגרמניה כמעט לא קיים שיקול דעת מינהלי לאחר ההחלטה על העמדה לדין. למינהל אין סמכות להתערב בניהול המשפט לאחר שהחל ולא קיימת סמכות לעכב הליכים או להפסיקם, בדומה לסמכויות בשיטות המשפט שנדונו קודם לכן<sup>363</sup>. יצוין כי את השיטה הגרמנית יש לראות בהקשר החקיקתי הכולל. גרמניה ביצעה רפורמה שכללה דה-קרימינליזציה של עבירות רבות; דרישה שהעמדה לדין בעבירות מסוימות תהיה רק בעקבות בקשת הקרבן; הפיכת פשעים לעוונות; הגדלת מספרם של התובעים והרחבת שיקול דעתם. מטרת צעדים אלה הייתה ליצור שווי משקל בין הנדרש לצורך אכיפה יעילה, מחד גיסא, לבין האמצעים הקיימים, מאידך גיסא<sup>364</sup>. זאת ועוד, מאפיינים נוספים של השיטה הגרמנית, השונים באופן מהותי מהשיטה האמריקנית, תומכים ביכולת להגביל את שיקול הדעת של התביעה. מאפיינים אלה כוללים את שיקול הדעת הרחב שניתן לשופטים בפרשנות עבירות פליליות, אשר בדרך כלל מנוסחות בצורה מופשטת יותר מהנהוג בקודים האמריקניים, וכן את העובדה שהענישה בגרמניה נוטה במידה רבה להיות פחות חמורה מהענישה הנהוגה בארצות-הברית<sup>365</sup>.

#### (ג) מעמד התביעה

תפקיד התובע בגרמניה חדש יחסית. התפקיד נוצר בשלהי המאה ה-19 כפשרה בין המצב הקודם, שלפיו שופט היה אחראי לחקירה, לתביעה ולשפיטה, לבין אלטרנטיבה שהוצעה, שלפיה הצד הנפגע ייקח על עצמו את תפקיד התובע. במצב הקודם, התובע היה קרוב מדי לתהליך החקירה והשפיטה והתקשה להיות אובייקטיבי ב"כובעו" כתובע. האלטרנטיבה השנייה, המעניקה מונופול לציבור על התביעה, לא הייתה רצויה. התוצאה הייתה הפרדת תהליך ההעמדה לדין והשפיטה, ויצירת הפונקציה של התובע הציבורי. על מנת למנוע מצב שבו התובעים יאמצו באופן עיוור את המלצות המשטרה, הם הוקמו כגוף ניטרלי והוענקה להם עצמאות (אם כי הם כפופים כמובן להנחיות והוראות מהמדינה). באופן זה, לתובעים הציבוריים בגרמניה יש כמעט מונופול מוחלט על התביעה הפלילית ולא בכדי הם זכו לכינוי "the watchmen of the law"<sup>366</sup>.

362 Sessar (לעיל, הערה 329), בעמ' 269, 272-273.

363 גביוון (לעיל, הערה 24), בעמ' 98.

364 Sessar (לעיל, הערה 329), בעמ' 272. לפירוט הרפורמה ראו שם, בעמ' 256-260 וכן Tak (לעיל, הערה 162), בעמ' 43.

365 ראו Herrmann (לעיל, הערה 329), בעמ' 471-474.

366 Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 133.

הפרוצדורה הגרמנית מחולקת למשרדי תביעה אזוריים, החופפים את האזור של בתי המשפט המחוזיים התואמים. לכל משרד אדמיניסטרציה משלו ואסטרטגיות שונות בדבר ניהול יעיל של עבודת היום-יום. שימוש באסטרטגיות כאלה מערב שימוש בשיקול דעת, שכן בעיות חקירה לעתים נפתרות בהתאם לנהלים מינהליים ולא דווקא על פי מילות החוק. כך למשל על פי החוק יש להתייחס לתיקים שבהם העברייין אינו ידוע באותו אופן כמו לתיקים האחרים. משמעות הדבר שעל המשטרה והתביעה לעשות כל מאמץ על מנת למצוא את העברייין. בפועל, פעמים רבות התיק נסגר עם החותמת המינהלית של "עברייין לא ידוע"<sup>367</sup>. עם זאת נעשים מאמצים רבים להשגת רמת אחידות גבוהה בהפעלת החוק הפלילי, הן ברמה המחוזית הן ברמה הארצית<sup>368</sup>.

התובע הגרמני הוא עובד ציבור, אשר כפוף לתובע האזורי, וזה אחראי בפני התובע הכללי. בראש ההיררכיה עומד שר המשפטים. שלא כמו באמריקה, התובע הגרמני ממונה ולא נבחר ולכן – לפחות בכל הנוגע לקריירה שלו – הוא נשלט על ידי המערכת ההיררכית שבה הוא פועל ולא על ידי הציבור. לאור זאת הטענה היא כי התובע הגרמני חסין מהשפעות של דעת הקהל<sup>369</sup>. זאת ועוד, התובע הגרמני מחויב שלא לציית להוראה שלא להעמיד לדין מצד שר המשפטים האחראי עליו. שיטה זו, המקטינה את הסיכוי לדרישות הטיה הבאות מתוך המערכת המינהלית, יחד עם שיטת "ההעמדה לדין שבחובה", תורמות לקידום השוויון באכיפת החוק<sup>370</sup>. דומה אפוא שאף אם לא ניתן לשלול בוודאות את קיומה של אכיפה סלקטיבית, הרי שבאופן אינהרנטי שכיחותה של התופעה בגרמניה עדיין קטנה לעומת שיטות המשפט האחרות שנדונו לעיל.

## ה. סיכום

אכיפה סלקטיבית עניינה מצב שבו למרות השוויון הלכאורי של חוקים או תקנות ניטרליים, אכיפת החוק היא מפלה באופן שרק כמה קבוצות של מפרי חוק מועמדים לדין, או בכך שיש מדיניות שונה של אכיפה המותנית בשיוך או בזהות המפר. אכיפה סלקטיבית אינה היפוך של אכיפה מלאה. אכיפה סלקטיבית אף אינה זהה בהכרח לאכיפה חלקית, אם כי אכיפה חלקית יכולה להיות סלקטיבית ובשל כך פסולה. אכיפה סלקטיבית היא סוג מסוים של אכיפה חלקית, אשר מאפיין הסלקטיביות שבו – ואשר את מהותו יש לברר – הופך אותו לפסול.

Sessar 367 (לעיל, הערה 329), בעמ' 261.

Herrmann 368 (לעיל, הערה 329), בעמ' 471-474; Fionda (לעיל, הערה 164), בעמ' 161.

Sessar 369 (לעיל, הערה 329), בעמ' 260.

Sigler 370 (לעיל, הערה 232), בעמ' 65.

## אכיפה סלקטיבית

בשל המחסור האינהרנטי במשאבים אנושיים וחומריים, אכיפה מלאה אינה מעשית ואינה אפשרית. על פי המודל הכלכלי, הדרגה האופטימלית של אכיפה פלילית למשל קיימת בנקודה שבה התשואה החברתית שתפחת כתוצאה מעלויות האכיפה הנוספות, תהא זהה לגידול בתשואה החברתית כתוצאה מהקטנת היקף הפשיעה. משמעות הדבר היא כי שיעור אכיפה אופטימלי לא יוביל להעלמת כל הפשיעה. מודל זה ישים גם לסמכויות אכיפה אחרות.

לאור זאת המחקר יוצא מנקודת הנחה כי אכיפה כוללת אינה אפשרית ואף לא בטוח שהיא רצויה. הבעיה באכיפה הסלקטיבית אינה טמונה אפוא בהיותה חלקית אלא בפגמים אחרים הקשורים בהפעלת שיקול הדעת של רשויות האכיפה. בבסיס כל החלטה מינהלית עומדות חובות היעילות וההגינות. כאשר באכיפה עסקינן, ייתכן כי ההגינות מחייבת אכיפה כוללת, אך היעילות אינה מאפשרת זו. השאלה שצריכה לעמוד אפוא בבסיס ניתוח התופעה של אכיפה סלקטיבית והביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה היא, מהו האיזון הראוי בין חובת היעילות וחובת ההגינות בסוגיה ספציפית זו.

תופעת האכיפה הסלקטיבית מתפתחת בתחום שיקול הדעת המוקנה לרשויות האכיפה בייחוד בשיטה האנגלו-אמריקנית. שיקול דעת זה קיים בשני מישורים עיקריים: המישור הראשון עניינו הקצאת המקורות (המשאבים), שכן הבחירה בין נושאים שבהם מנגנון האכיפה מעדיף להתרכז, בשל שיקולי נוחות אדמיניסטרטיבית ומגבלות המשאבים, לבין נושאים שאותם המנגנון סבור שיש לזנוח מחייבת שיקול דעת. במישור השני שיקול הדעת מופעל במקרים פרטניים. הדבר בא לביטוי הן במצבים שבהם פועלים פקידי אכיפה זוטרים (כמו שוטר המפעיל סמכות עיכוב או מעצר), הן בשלבים גבוהים יותר בהיררכיית החקירה והתביעה (בכך שקיימת סמכות שלא לפתוח בחקירה או שלא להעמיד לדין, מחמת שלדעת התובע אין במשפט עניין לציבור, אף שקיימות ראיות מספיקות להעמדה לדין).

גרמניה הובאה כדוגמה – אשר הייתה פופולרית בספרות כדוגמה קלסית – למדינה קונטיננטלית שבה שיקול הדעת באכיפת החוק הפלילי מצומצם בהרבה מזה הנהוג במשפט האנגלו-אמריקני, אך כפי שנוכחנו, מחקרים מראים כי גם בגרמניה המשטרה והתביעה מפעילות שיקול דעת יותר מזה המוענק להם באופן פורמלי בחוק. יתרה מזאת, הרחבת סמכויות התובע הגרמני בכל הנוגע ליכולת להימנע מהעמדה לדין הגדילה באופן משמעותי את היקף שיקול הדעת המופעל על ידיו ואת החשש לשימוש לרעה בשיקול דעת זה. שינויים אלה באים לידי ביטוי, בין היתר, באכיפה סלקטיבית של החוק.

קיומו של שיקול הדעת האמור אינו בהכרח תופעה פסולה, אך הוא טומן בחובו סיכונים אינהרנטיים של שימוש לרעה או הפעלת שיקול הדעת בצורה בלתי ראויה. חיבור זה יוצא מנקודת הנחה כי שיקול דעת מסוים בתחום האכיפה הוא הכרחי ורצוי, אך אין להתעלם מהסכנות הטמונות בו, שאחת מהן היא תופעת האכיפה הסלקטיבית הפסולה. ההנחה היא גם אם קיומו של שיקול דעת הוא תופעה בלתי נמנעת, אין להסכים עם הטענה כי אכיפה

### פרק שני: שיקול הדעת בסמכויות האכיפה

סלקטיבית היא תופעה בלתי נמנעת. התמודדות עם התופעה, מחייבת אפוא ביקורת שיפוטית ראויה. לאור ייחודיות הסוגיה של אכיפה סלקטיבית, יש צורך לבחון את יישומם הספציפי של האיסורים הכלליים בדבר שיקולים זרים, שרירות, חוסר סבירות, חוסר מידתיות, אפליה ושאר הפגמים המהווים עילות ביקורת על שיקול הדעת המינהלי. יאמר כבר עתה כי ייחודיות התופעה, מחד גיסא, והיקפה הרחב, מאידך גיסא, מחייבים לדעתנו את המסקנה כי למרות שתופעת האכיפה הסלקטיבית קשורה, בדרך כלל, עם פגמים אחרים בשיקול הדעת המינהלי – ראוי לפתח עילת ביקורת מובחנת – בעלת שם משלה, אם כי נגזרת מעילות ביקורת אחרות. השלב הראשון שיש להתמודד אתו אפוא הוא הגדרתו של הדין המהותי אשר הפרתו יוצרת פגם המקים עילת ביקורת. במילים אחרות: מהי אכיפה סלקטיבית פסולה?

## פרק שלישי

### אכיפה סלקטיבית מהי

#### א. הקדמה

בפרק זה אנסה לבחון מתי חלקיות באכיפה הופכת לאכיפה סלקטיבית פסולה, דהיינו מהו הדין המהותי החל על הסוגיה, וכפועל יוצא מכך מהו תוכנה ומה הם מרכיביה של עילת הביקורת השיפוטית החלה במצבים של הפרת הדין המהותי. כאמור, אכיפה סלקטיבית היא תופעה חברתית הקיימת בעיקר במדינות המשפט האנגלו-אמריקני, אך אינה פוסחת גם על מדינות כמו גרמניה, שבהן באופן מסורתי קיים הרבה פחות שיקול דעת לרשויות האכיפה. למרות היקפה הרחב של התופעה, עילת ביקורת שיפוטית מובחנת ומוגדרת קיימת רק בארצות-הברית. לאור זאת, הניסיון להגדיר את העילה בישראל ייעשה בהשוואה להגדרתה בארצות-הברית. לאחר ניתוח מפורט של הדין האמריקני במישור מרכיבי העילה והחריגים לה, אנסה להראות כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשר לבתי המשפט בארץ להעניק את ההגנה החוקתית הניתנת בארצות-הברית כנגד יישום מפלה של חוק ניטרלי. עם זאת אבקר נקודות מסוימות בדוקטרינה האמריקנית, בין היתר מתוך התייחסות לביקורת שהועלתה שם על הדין הנוהג. לאחר ניתוח הדין הישראלי והשוואתו לדין האמריקני, אנסה להתוות את ההגדרה המתאימה לעילה בישראל. נקודת המוצא היא כי גם אם שואבים לדין הישראלי עילה מהדין הזר, ניתן לבצע בה התאמות ולפתח אותה באופן ההולם את המשפט הישראלי. כך למשל, עילת המידתיות, אשר נקלטה במשפט הישראלי בעקבות המשפט הגרמני, פותחה על ידי בית המשפט העליון באופן עצמאי וקיים שוני בינה לבין מקבילתה הגרמנית<sup>1</sup>.

1 ראו דברי השופט דורנר בבג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה, פ"ד נב(2) 433, 451-453. ראו גם ד' דורנר "מידתיות" ספר ברנזון (כרך ב, א' ברק, ח' ברנזון עורכים, תש"ס) 281, 291; י' זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 109, 130-133. לעילת המידתיות בדון הגרמני ראו D.P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 46 (2<sup>nd</sup> ed., Duke University Press, 1997). כן ראו M.P. Singh *German Administrative Law in Common Law Perspective* (2<sup>nd</sup> ed., Springer, 2001), 160-167.

## אכיפה סלקטיבית

פרק זה עניינו אך ורק בהגדרת הדין המהותי המהווה בסיס לעילת הביקורת השיפוטית. היתרונות והחסרונות הטמונים בהפעלת הביקורת השיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית ושאלת הצורך בעילה מובחנת – גם אם לא תמיד עצמאית – יידונו בפרק הבא.

## ב. הגדרת העילה בארצות הברית

תיקון 14 לחוקה האמריקנית קובע את זכותו של אדם להגנה שווה (equal protection) בפני החוק:

...No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws<sup>2</sup>.

על פי נוסחו משתרע הסעיף על כל מעשי המדינה, דהיינו לא זו בלבד שהתיקון מגן מפני חקיקת מדינה המפלה אדם או קבוצת אנשים, כגון על ידי הטלת עונשים פליליים בשל התנהגות שאחרים לא היו נענשים בגינה, אלא שהוא אמור להגן גם מפני התייחסות בלתי שוויונית אל פרטים או קבוצות, כאשר הרשויות אוכפות באופן מפלה חוק שהוא הוגן ושוויוני על פניו<sup>3</sup>. דין זהה חל על הממשל הפדרלי מכוח התיקון החמישי לחוקה<sup>4</sup>. אכן, טענת הגנה של "אכיפה מפלה" (discriminatory enforcement) הוכרה בארצות הברית כבר בשנת 1886, אך המידה שבה אכיפה מפלה אסורה ובעיקר מידת התועלת של ההגנה החוקתית לקורבנות האכיפה המפלה – נותרו עד היום מעורפלים. בעיות הוכחה הגבילו את מספר המקרים שבהם טענה כזו הוכחה, ובעיות קונספטואליות בהגדרת זכותו של הנפגע מאכיפה מפלה וכן שיקולי מדיניות כנגד האפשרות להותיר הפרות של חוק תקף

2 U.S. Const., Amend. XIV, Sec. 1

3 דרישת "ההגנה השווה" פורשה כמחייבת התייחסות שוויונית של הממשל אל כל האנשים הנמצאים במצב זהה. ראו למשל *City Of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc* 473 U.S. 432, 439 (1985). S.D. Clymer "Equal Justice: לאיסור המשתמע מכך על אכיפה מפלה ראו *The Federalization of Criminal Law*" 70 *S. Cal. L. Rev.* (1997) 643, 682-683. כן ראו M.L. Amsterdam "The One-Sided Sword: Selective Prosecution in Federal Courts" 6

*Rutgers Camden L.J.* (1974) 1, 3

4 ראו *Bolling v. Sharpe* 347 U.S. 497 (1954)

פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

בלא ענישה – הגבילו עוד יותר את המקרים שבהם בתי המשפט קבעו שמדובר בהפרה חוקתית כאשר טענה כזו הוכחה.<sup>5</sup>

### 1. פרשת המכבסות הסיניות (*Yick Wo*)

שורשי הדין הנוהג בארצות-הברית מובילים אל שנת 1886, עת נפסקה הלכת *Yick Wo v. Hopkins*<sup>6</sup>. העותר, יליד סין הגיע לקליפורניה בשנת 1861 ובמשך 22 שנים ניהל מכבסה. בשנת 1885 הוא ביקש להאריך את רשיון המכבסה שלו, אך עיריית סן פרנסיסקו סירבה לתת לו אישור לנהל מכבסה בבית העשוי מעץ, מכוח Order no. 1569, אשר קבע את סוג הבניינים שבהם ימוקמו מכבסות. סעיף 1 לצו האמור קבע כדלקמן:

It shall be unlawful, from and after the passage of this order, for any person or persons to establish, maintain or carry on a laundry within the corporate limits of the city and country of San Francisco without having first obtained the consent of the board of supervisors, except the same be located in a building constructed either of brick or stone.

בשנת 1880 היו 320 מכבסות בסן פרנסיסקו, מתוכן כ-240 בבעלות של אזרחים סינים. 310 מכבסות היו בנויות מעץ, שהוא החומר ממנו היו בנויים 90% מהבתים בסן פרנסיסקו. העותר, כמו 200 איש נוספים מבני עמו, ביקש אישור לניהול המכבסה ונדחה, בעוד כל שאר הבקשות של אזרחים שאינם סינים, למעט בקשה אחת, אושרו. העותר טען כי בעוד הוא ואחרים נאסרו באשמת ניהול מכבסה ללא אישור, הרי שמכבסות אחרות אשר מנהלות בתנאים דומים פועלות ללא הפרעה וחופשיות ליהנות מהרווחים המוקנים להן כתוצאה מאפליה בלתי הוגנת זו.

בית המשפט העליון של ארצות-הברית הכיר בכך כי ייתכן מצב שבו חיקוק שלכאורה הוא הוגן ושוויוני, יופעל על ידי הרשות המינהלית באופן המוביל לאפליה בלתי חוקתית ובלתי צודקת בין אנשים הנמצאים בנסיבות דומות, באופן הפוגע בזכות להגנה שווה המעוגנת בתיקון ה-14 לחוקה. וכך כתב השופט Matthews:

Though the law itself be fair on its face and impartial in appearance yet, if it is applied and administered by public authority with an evil eye and unequal hand, so as practically to make unjust and illegal discriminations

5 Comment "The Right to Nondiscriminatory Enforcement of State Penal Laws" 61 A.S. Goldstein *The Passive Judiciary* (Louisiana *Colum. L. Rev.* (1961) 1103

State U.P., 1981), 10-11

6 (להלן: הלכת *Yick Wo* או פרשת המכבסות הסיניות). 118 U.S. 356 (1886)



## אכיפה סלקטיבית

between persons in similar circumstances material to their rights, the denial of equal justice is still within the prohibition of the Constitution<sup>7</sup>.

כזה היה המצב במקרה הנדון. העותר מילא אחר דרישת רשויות המינהל, ולשם הגנה על רכושו ובריאותו של הציבור ננקטו כל אמצעי ההגנה למניעת התפרצות של אש. לא הייתה סיבה נראית לעין, מלבד רצון המפקחים, שלא להתיר לו לנהל את עסקו שעליו נסמכה פרנסתו. בעוד הסכמת המפקחים נמנעה ממנו ומ-200 סינים אחרים, 80 אחרים שאינם סינים הורשו להמשיך ולנהל את עסקיהם באותם תנאים. בית המשפט לא מצא כל סיבה נראית לעין לאפליה זו, מעבר לעוינות כלפי הגזע והלאום של העותר. לאור זאת נקבע כי מדובר באפליה בלתי חוקתית וכי הרשות המינהלית פגעה בזכות השוויון המעוגנת בתיקון ה-14 לחוקה. מאסרו של העותר הוכרז כבלתי חוקי והוא שוחרר.

הלכת *Yick Wo* נוסחה בקווים כלליים ביותר והותירה מקום רב לפרשנותה על ידי בתי המשפט בשלבים מאוחרים יותר ולאבחונה באופנים שונים, שכן היא לא קבעה הגנה חוקתית אבסולוטית כנגד אכיפה מפלה וכל שהשתמע ממנה הוא שהגנה כזו תקום בנסיבות מסוימות. כך למשל, ההלכה עסקה בסלקטיביות במתן היתרים, ולא הייתה ברורה תחולתה על סלקטיביות באכיפת איסורים פלייליים<sup>8</sup>; כן עסקה ההלכה באפליה על בסיס קבוצתי, להבדיל מאפליה על בסיס אינדיווידואלי<sup>9</sup>. עם זאת ניתן לומר כי בתקופה של למעלה ממאה השנים מאז פרשת המכבסות הסיניות, ההלכה העוסקת באכיפה סלקטיבית אמנם גובשה ועודנה, אך הדרישה הבסיסית שקבעה ההלכה, דהיינו הצורך בהוכחת "evil eye and unequal hand" – לא השתנתה<sup>10</sup>. על מנת להצליח בטענה, יש להוכיח שלא זו בלבד שהחוק נאכף באופן לא שוויוני אלא שהייתה גם כוונת אפליה. זהו נטל כבד לאור שיקול הדעת הרחב הנתון לתביעה, וכפועל יוצא מכך מספר פסקי הדין שקיבלו את הטענה אינו רב.

## 2. דרישות המניע

### (א) התפתחות ההלכה

התפתחות חשובה בהלכה ארעה בשנת 1944 בפרשת *Snowden v. Hughes*<sup>11</sup>. במקרה זה, מנעה ועדת הבחירות המדינתית ממי שראה עצמו כמועמד לבית הנבחרים של מדינת

7 שם, בעמ' 373-374.

8 ראו להלן, סעיף 3א(א).

9 ראו להלן, סעיף 2א.

10 לעמידה על כך שדרישה זו מהווה גם כיום לב הטענה בדבר אכיפה סלקטיבית ראו K.L. Folster "Just Cheap Butts, or an Equal Protection Violation? New York's Failure to Tax Reservation Sales to Non-Indians" 62 *Alb. L. Rev.* (1998) 697, 717.

11 321 U.S. 1 (1944).

פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

אילינוי להירשם לבחירות כמתמודד, בעוד רישום זה לא נמנע ממועמד אחר. לראשונה נכנס מפורשות אלמנט הכוונה שבאכיפה הסלקטיבית:

The lawful administration by state officers of a state statute fair on its face, resulting in its unequal application to those who are entitled to be treated alike, is not a denial of equal protection unless there is shown to be present in it an element of intentional or purposeful discrimination<sup>12</sup>.

בית המשפט דחה את עתירתו של העותר מאחר ולא הוכיח כי מניע של אפליה עמד בבסיס האכיפה הסלקטיבית הנטענת<sup>13</sup>. בית המשפט הכיר בכך שהרציונל של הלכת *Yick Wo* חל גם על סלקטיביות אינדיווידואלית ולא רק על אפליה קבוצתית. הטענה נדחתה אפוא לא משום שהסלקטיביות הופנתה כלפי פרט ולא כלפי קבוצה, אלא משום שלא הוכחה כוונה של אפליה<sup>14</sup>. בדומה, בעניין *Edelman v. California*<sup>15</sup> העותר הואשם בשוטטות – עבירה על פי חוקי קליפורניה – וטען, בין היתר, כי הופרה זכותו לשוויון בשל אכיפה מפלה של החוק על ידי משטרת לוס-אנג'לס, שכן אלפי אנשים שנהגו בצורה דומה מעולם לא הואשמו בשוטטות. בית המשפט העליון סבר שטענה זו מחייבת אותה להתייחסות קצרה בלבד, שכן ברור שהעותר כשל בהוכחת אפליה שיטתית (systematic) או מכוונת (intentional)<sup>16</sup>.

הקונקרטיזציה שניתנה בהמשך על ידי בתי המשפט, לעיקרון הכללי של דרישת הכוונה, התבטאה בכך שרפיון גרדא באכיפה או קיומם של מפרים אחרים שלא נענשו – לא נחשבו כהפרה של הזכות לשוויון<sup>17</sup>.

דרישת הכוונה בוססה בפסק דין *Oyler v. Boles*<sup>18</sup>, אשר עסק בחוק של מדינת מערב וירג'יניה שמטרתו לטפל בעבריינות חוזרת (רצידיביזם). על פי החוק, אם יורשע אדם בסוג עבירות מסוים שלוש פעמים לאורך ציר זמן, ניתן יהיה לבקש להטיל עליו עונש של מאסר

12 שם, בעמ' 6.

13 שם, בעמ' 7: "The lack of any allegation in the complaint here, tending to show a purposeful discrimination between persons or classes of persons"

14 ראו K.S. Coplan "Note: Rethinking Selective Enforcement in the First Amendment Context" 84 *Colum. L. Rev.* (1984) 144, 152 W.G. Bernhardt "Constitutional Law: The Conflict of First Amendment Rights and the Motive Requirement in Selective Enforcement Cases" 39 *Okla. L. Rev.* (1986) 498, 502.

15 344 U.S. 357 (1953).

16 שם, בעמ' 359. וראו גם K.C. Davis *Administrative Law: Cases-Text-Problems* (6<sup>th</sup> ed., West, St. Paul, Minn., 1977), 493-494. *Yick Wo* אינה ישימה להתמודדות עם אכיפה שרירותית.

17 ראו Comment (לעיל, הערה 5), בעמ' 1114.

18 368 U.S. 448 (1962) (להלן: הלכת *Oyler*).

## אכיפה סלקטיבית

עולם. העותר, אשר ריצה מאסר מכוח החוק, טען כי הוא הופלה לרעה בשל אכיפה סלקטיבית, שכן 904 אנשים אחרים במערב וירג'יניה לא נאסרו, למרות שניתן היה להפעיל כנגדם את החוק. העותר צרף נתונים סטטיסטיים לתמיכה בטענותיו, אך בית המשפט סבר כי למרות שהסטטיסטיקה מעידה על מדיניות של אכיפה סלקטיבית, הרי שמאחר ולא נטען כי הסלקטיביות נעשתה על בסיס סטנדרט לא חוקי כגון גזע, דת או סיווג אסור אחר – לא נפגעה הזכות החוקתית לשוויון:

Moreover, the conscious exercise of some selectivity in enforcement is not in itself a federal constitutional violation. Even though the statistics in this case might imply a policy of selective enforcement, it was not stated that the selection was deliberately based upon an unjustifiable standard such as race, religion, or other arbitrary classification. Therefore grounds supporting a finding of a denial of equal protection were not alleged<sup>19</sup>.

על פי הלכה זו מותרת סלקטיביות מסוימת באכיפת החוק, כל עוד היא אינה מבוססת על כוונה להפלות אדם בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת. במילים אחרות, ההלכה אינה מאפשרת לפרט, אשר אינו משתייך לקבוצה מופלית, לטעון כי החוק נאכף סלקטיבית כנגדו כפועל יוצא משרירות גרדא.

דרישת הכוונה להפלות על בסיס קבוצתי הופיעה בפסיקה פדרלית רבה בערכאות הנמוכות יותר אשר צטטו את הלכת *Oyler*. בדרך כלל, בהחלטות אשר קיבלו את טענת האכיפה הסלקטיבית, הפסיקה רפכה, מזערה או התעלמה מדרישת המניע<sup>20</sup>. כך למשל, בית משפט פדרלי מחוזי קיבל טענה של אי-אכיפה סלקטיבית וביטל את הרשעתו של בלש פרטי בגין האזנת סתר, לאחר שהובהר כי רשויות האכיפה כלל לא פעלו כנגד סוכנים פדרליים שהפרו את החיקוק הרלוונטי<sup>21</sup>. במקרה זה הוכחה הטענה כי החוק נאכף באופן כללי, למעט כלפי קבוצה מסוימת (קבוצת הסוכנים הפדרליים), ומי שלא השתייך לקבוצה זו ואשר כלפיו נאכף החוק, היה זכאי לסעד בגין אפליה, בלא שנדרשה הוכחה פוזיטיבית של כוונה<sup>22</sup>.

19 שם, בעמ' 453. יצוין כי קיימת גם דעת מיעוט בפסק הדין, אך זו מתייחסת בעיקר להליכים הראויים שיש לנקוט על פי החוק (חובת הודעה מוקדמת) ולא לפגיעה בעקרון השוויון; ראו שם, בעמ' 455-457.

20 Bernhardt (לעיל, הערה 14), בעמ' 511.

21 *U.S. v. Robinson* 311 F. Supp. 1063 (W.D. Mo. 1969).

22 בית המשפט הסיק שמדובר באכיפה מפלה מכוונת מכמה עובדות: 1. סוכנים פדרליים היו מעורבים בהאזנות סתר; 2. האזנות אלה היו עבירה פלילית; 3. משרד המשפטים ידע על כך, אך באופן שיטתי לא העמיד אותם לדין. ראו Note "Constitutional Law: Intentional

### פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

לעומת זאת בדרך כלל במקרים שבהם עמדו בתי המשפט על דרישת המניע באופן מהותי – הגנת האכיפה הסלקטיבית נדחתה. אחת ההלכות, השנויה במחלוקת ומצוטטת באופן נרחב, נקבעה על ידי בית המשפט לערעורים של המחוז השני בעניין *Berrios*<sup>23</sup>, אשר קבע מבחן דו־שלבי כדלקמן:

To support a defense of selective or discriminatory prosecution, the defendant bears the heavy burden of establishing, at least *prima facie*, (1) that, while others similarly situated have not generally been proceeded against because of conduct of the type forming the basis of the charge against him, he has been singled out for prosecution, and (2) that the government discriminatory selection of him for prosecution has been invidious or in bad faith, i.e., based upon such impermissible considerations such as race, religion, or the desire to prevent his exercise of constitutional rights<sup>24</sup>.

דרישת הסף המגולמת בחלקו הראשון של המבחן, דורשת להראות כי בוצעה סלקציה כלשהי. לכאורה זו דרישה ברורה אשר ניתן לבססה תוך שימוש בכלים סטטיסטיים או בעדויות אחרות, אך בתי המשפט נחלקו בשאלה אם ההגנה דורשת רק הוכחה שמפרי חוק אחרים לא הועמדו לדין, או הוכחה שמפרי חוק אחרים לא הועמדו לדין ושהרשויות ידעו על קיומם. זאת ועוד, לא ברור אם הטוען לאכיפה סלקטיבית צריך להראות שרק חברי הקבוצה "המסומנת" הועמדו לדין, או מספיק להראות שהם הועמדו לדין באופן לא פרופורציונלי. חלקו השני של המבחן עוד יותר בעייתי: על פי הפרשנות הליברלית – מספיק להוכיח שהתובע פעל על פי סיווג בלתי חוקתי, גם אם בתום לב, בעוד על פי הגישה הדווקנית והמקובלת יותר – יש צורך להוכיח מעבר לסיווג הבלתי חוקי גם מניע עויני<sup>25</sup>. עיקר הקושי ביישום המבחן נעוץ, כאמור, בדרישת המניע. "אפליה מכוונת" יכולה לכסות מצבים שונים, החל מאפליה שאינה תוצאה של רשלנות גרדא, וכלה באפליה כתוצאה מכוונה ספציפית להפרת הזכות. ההחלטות השונות אינן מבהירות אם המניע המפלה צריך להיות המניע היחיד, המניע העיקרי, או מניע כלשהו, דבר שמקשה על הבנת המבחן ועל העברת ביקורת עליו<sup>26</sup>.

"Discriminatory Enforcement of Criminal Statute held to Violate the Fifth Amendment"

.55 *Minn. L. Rev.* (1971) 1234, 1239

*U.S. v. Berrios* 501 F. 2d 1207 (2d Cir. 1974) (להלן: פרשת *Berrios*) 23

שם, בעמ' 1211. 24

לניתוח מרכיבי המבחן ראו Coplan (לעיל, הערה 14), בעמ' 146-147. 25

Bernhardt (לעיל, הערה 14), בעמ' 504. 26

## אכיפה סלקטיבית

בית המשפט העליון חזר על דרישת הכוונה בפרשת *Armstrong*<sup>27</sup>, אשר נתנה אמנם מענה לסימני השאלה שנותרו מפרשת *Berrios*, אך העמידה את ההלכה על מבחן נוקשה ביותר מבחינתו של הטוען לסלקטיביות באכיפה. בעניין זה נאשמים שחורים שהועמדו לדין בעבירות סמים טענו לאכיפה סלקטיבית על בסיס גזע, תוך שהם מצרפים מחקר שלפיו בכל אחד מ-24 המקרים שבהם נעברו עבירות סמים דומות ואשר הוגשו בגינם אישומים באותה שנה על ידי התביעה הפדרלית באותו מחוז – הנאשמים היו שחורים. בית המשפט הדגיש כי לא די להראות שלמדיניות התביעה תוצאה מפלה (discriminatory effect) אלא שיש להוכיח שהיא הונעה על ידי כוונת אפליה. בנסיבות כדלקמן, בהנחה שהנאשם הוכיח על פניו אכיפה סלקטיבית על בסיס גזע, ובהיעדר הודאה של התביעה על כוונת אפליה, עליו להראות שאנשים מגזע אחר שעברו בדיוק את אותן עבירות – לא הועמדו לדין<sup>28</sup>. פסק הדין מדגים מקרה, שבו הדרישה להוכחת קיומה של קבוצת ביקורת אשר אינה מועמדת לדין, מחייבת אינפורמציה הנתונה בידי הממשל ואינה נתונה בידי הנאשם. בעוד בפרשת *Yick Wo* קבוצת הביקורת הייתה ברורה, שכן קיים מספר ידוע של בעלי מכבסות ונקל היה לבחון מי מהם הועמד לדין, הרי שברוב המקרים של המקרים קיים קושי רב לנאשם לזהות מפרים אחרים אשר כלל לא הופנו מאמצי חקירה כנגדם, או לחילופין נתפסו, אך לא הועמדו לדין<sup>29</sup>. יש לציין כי קיימת פסיקה של בתי משפט מדינתיים בארצות הברית התומכת בגישה כי גם אכיפה סלקטיבית שיסודה בשרירות, שיקולים זרים ופגמים אחרים בשיקול דעת המינהלי, היא פסולה. פסיקה זו מסתייגת מהיכולת של רשויות האכיפה לערוך סיווגים שהמחוקק לא ערך ובוחנת קשר רציונלי בין מטרות האכיפה לתכלית החוק. דהיינו, תחת הדרישה להוכיח מניע להפלות על בסיס סיווג פסול כגון דת, מין או גזע, נבדק קיומו של קשר רציונלי לתכלית החיקוק. כך למשל, בית המשפט לעניינים פליליים של ניו-יורק, אשר דן בטענה של עובדי חנות ספרים "למבוגרים" בדבר אכיפה סלקטיבית של חוקי בנייה ותברואה רק כלפי בניינים שבהם מנוהלים עסקים הקשורים במין, הסתייג מפורשות מההשקפה כי לרשויות האכיפה סמכות לבצע סיווגים סבירים בדומה לאלה שבסמכות המחוקק, באומרו:

It has been suggested that the test should be identical to that applied to a statute in judging its constitutionality, and that any distinction that a Legislature could reasonably create is permissible for the executive or prosecutor... This court disagrees with such a test. To say that the

27 (1996) 517 U.S. 456 *U.S. v. Armstrong* (להלן: פרשת *Armstrong*).

28 שם, בעמ' 465.

29 ראו A.B. Poulin "Prosecutorial Discretion and Selective Prosecution: Enforcing

Prosecution after *U.S. v. Armstrong*" 34 *Am. Crim. L. Rev.* (1997) 1071, 1098-1101

לדין נרחב בפסק הדין ובביקורת עליו ראו להלן, פרק שביעי, סעיף ב2.

### פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

prosecutor has a range of discretion equal to that of the Legislature is not to say that it is identical. To equate the two is to permit the prosecutor to abrogate or change legislative decisions at will. The test of whether a prosecutor has made a reasonable classification would better be judged along more traditional lines of permissible prosecutorial discretion<sup>30</sup>.

לגופו של עניין בית המשפט לא הטיל ספק בקשר הרציונלי בין מאמצי האכיפה שנעשו לבין מטרות החיקוקים הנדונים. הודגש שאין מדובר בחיקוקים שהתעלמו מהם, אלא בחיקוקים המשמשים את המשטרה להסדרת הבריאות, הביטחון ורווחת הציבור. לאור זאת, כל אזור אשר שיעור הפשיעה בו הוא גבוה, מהווה בחירה ראויה למאמצי אכיפה מוגברים<sup>31</sup>. בית המשפט לערעורים של אילינוי דן בהרשעת נערה ברכיבה על אופניים ללא פעמון, מכוח חוק עזר שלא נאכף ברגיל. השוטרת עצרה את הנערה מאחר שחשדה שהיא עוסקת בזנות. השוטרת העידה כי לא הייתה עוצרת אותה מסיבה אחרת, ויתרה מזאת שבמהלך עבודתה היא נתקלה באותו אזור במאות, אם לא אלפי, אופניים ללא פעמון, אך לא עצרה אף אחד מן הרוכבים עליהם. בית המשפט ציין כי שיקול הדעת של רשויות האכיפה אינו יכול להיעשות על בסיס סיווג שרירותי, וכי כאשר אין המדובר בקבוצה "חשודה" סיווג זה צריך להיות בעל קשר רציונלי לאינטרסים לגיטימיים של הממשל:

While the State has broad discretion to enforce its laws, that discretion may not be exercised on the basis of an arbitrary classification. Claims of selective enforcement of the laws are appropriately judged according "to ordinary equal protection standards"... Where heightened scrutiny is inappropriate, the challenged State action is presumed to be valid and will be sustained where the classification is rationally related to a legitimate State interest... However, the State "may not rely on a classification whose relationship to an asserted goal is so attenuated as to render the distinction arbitrary or irrational"<sup>32</sup>.

בהתאם לכך בית המשפט פסק כי אין כל קשר רציונלי, בין הסיווג של חשודות בזנות לבין המטרות הלגיטימיות שביסוד חוק העזר הדורש התקנת פעמון באופניים, וההרשעה בוטלה<sup>33</sup>.

*People v. Mantel* 388 N.Y.S. 2d 565, 568 (1976) 30

ראו שם, בעמ' 569. 31

*People v. Kail* 501 N.E. 2d 979, 981 (Ill. App. 1986) 32

שם, בעמ' 982. 33

## אכיפה סלקטיבית

למותר לציין כי גישה זו מקלה מאוד על הוכחת העילה, שכן הנאשם יכול לערער על הרציונליות של החלטת ההעמדה לדין באמצעות הצבעה על אי העמדה לדין של אחרים המצויים באותה סיטואציה. הוכחה כזו תעביר את הנטל לרשויות האכיפה להסביר את החלטת ההעמדה לדין, בלא צורך בהוכחת כוונה<sup>34</sup>. עם זאת פסיקה זו אינה מייצגת את הדין הנוהג במישור המדינתי, ובוודאי לא במישור הפדרלי.

### (ב) דרישת המניע בהקשר של אכיפה סלקטיבית הפוגעת בחופש הביטוי

דרישת הכוונה מקבלת היבט ייחודי כאשר האכיפה הסלקטיבית מבוססת לא על השתייכות קבוצתית, אלא על שימוש שעושה אדם (ללא קשר להשתייכות קבוצתית) בחופש הביטוי שלו המוגן בתיקון הראשון לחוקה<sup>35</sup>. בפרשת *Cox v. Louisiana*<sup>36</sup> ביטל בית המשפט העליון את הרשעתו של פעיל זכויות האזרח, שהורשע בעבירה של הפרת הסדר הציבורי, לאחר שנעצר במהלך קיומה של הפגנה שקטה כנגד מדיניות המפלה את השחורים במדינת לואיזיאנה. החוק הרלוונטי אסר על הפרעה לשימוש בדרכים ציבוריות, למעט במקרים של הפגנות לגיטימיות. שיקול הדעת הרחב שהעניק החוק לרשויות, איפשר להן לאוכפו באופן סלקטיבי על פי השקפתן ורצונן להתיר או להגביל ביטויים מסוימים. עמד על כך השופט Goldberg באומרו כי:

It is clearly unconstitutional to enable a public official to determine which expressions of view will be permitted and which will not or to engage in invidious discrimination among persons or groups whether by the use of a statute providing a system of broad discretionary licensing power, or as in this case, the equivalent of such a system by selective enforcement of an extremely broad prohibitory statute<sup>37</sup>.

במקרה זה הוכחה דרישת הכוונה הפסולה להגביל ביטוי, אם כי הדגש שניתן בפסק הדין היה על הפרת הזכויות לחופש הביטוי וחופש ההתאגדות, ולא על האכיפה הסלקטיבית כשלעצמה.

בעניין *Crowthers*<sup>38</sup> נדונה אכיפה סלקטיבית של תקנה שאסרה על הפרעות בשטח הפנטגון. הנאשמים ערכו מיסה שבה השתתפו כ-185 איש והואשמו בעבירה על התקנה. הם הודו כי אכן המיסה יצרה רעש, אך רמת הרעש לא הייתה גבוהה יותר מאשר ב-16 אירועים

34 ראו Clymer (לעיל, הערה 3), בעמ' 733. לסוגיית ההוכחה ראו להלן פרק שביעי.

35 U.S. Const., Amend. I

36 379 U.S. 536 (1965)

37 שם, בעמ' 557-558.

38 *U.S. v. Crowthers* 456 F. 2d 1074 (4<sup>th</sup> Cir. 1972)

### פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

אחרים שנערכו באותה שנה, שלהם ניתן אישור לשימוש במקום לצורך טקסים פוליטיים ודתיים. בית המשפט של המחוז הרביעי לא הטיל ספק בכך שהממשל רשאי לאסור קיומם של כנסים למיניהם בשטח הפנטגון, אך קבע שהממשל אינו רשאי לאשר את הביטויים שהוא אוהד ולדכא את אלה שהוא אינו אוהד. במקרה זה, "אבסורד הוא לטעון שהגיטרה של הנאשמים יצרה רעש בלתי סביר, אשר הרטיטל של התזמורת לא יצר"<sup>39</sup>. מסקנתו הייתה כי הממשל במקרה זה דיכא עמדה אשר הוא לא היה מעוניין לשמוע, במסווה של אכיפת תקנה כללית האוסרת על הפרעות בשטח הממשל. הסיווג לא נעשה על בסיס בחינת כמות ההפרעה או הרעש, אלא על בסיס חוסר ההסכמה של הממשל עם העמדות שהביעו הנאשמים. זוהי אכיפה סלקטיבית המהווה הפרה של הזכות לשוויון:

For officials of the United States government to selectively and discriminatorily enforce [the regulation] so as to turn it into a scheme whereby activities protected by the First Amendment are allowed or prohibited in the uncontrolled discretion of these officials violates the defendant's right to equal protection of the law embraced within the due process of law clause of the Fifth Amendment<sup>40</sup>.

עניין שעורר במיוחד את הגנת האכיפה הסלקטיבית בהקשר של חופש הביטוי, הוא "מדיניות האכיפה הפסיבית" (passive enforcement). על פי מדיניות זו, רשות האכיפה אינה עושה כל מאמץ כדי לגלות מפרי חוק, אך היא פועלת כנגד אנשים שהתגלו כמפרי חוק הן משום ש"הסגירו את עצמם" באמצעות משלוח מכתבים או מחאה כנגד מדיניות הממשל, הן באמצעות צד שלישי. המשמעות היא למעשה אכיפה סלקטיבית כנגד מי שבאופן גלוי מביע דעתו כנגד הממשל. על פי המבחנים שהוצגו לעיל, לא די בהוכחת סלקציה לא פרופורציונלית, אלא יש צורך להראות כי ביסוד האכיפה מניע פסול של הרשות להעניש את מי שעושה שימוש בזכותו לחופש הביטוי. כוונה כזו קשה להוכחה, שכן מנגד מעלות הרשויות טיעון משולש להצדקת האכיפה הפסיבית: המחסור במשאבים; הערך המרתיע של הענשת מי שמפר את החוק בגלוי; הערך ההוכחתי של התבטאויות פומביות<sup>41</sup>. יתרה מזאת, יש ובתי המשפט מגלים אהדה רבה לטיעונים אלה. כך למשל בעניין שבו טען נציג בית המחוקקים של מדינת מינסוטה כי הוא "סומן" לצורך העמדה לדין בעבירות מס בשל

39 שם, בעמ' 1078.

40 שם, בעמ' 1080. מאחר ומדובר בממשל הפדרלי ולא המדינתי, הזכות לשוויון מעוגנת בתיקון החמישי (U.S. Const. Amen. V); ראו לעיל הערה 4.

41 ראו Coplan (לעיל, הערה 14), בעמ' 144.



## אכיפה סלקטיבית

התנגדותו הפומבית למלחמת ויטנאם, בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז השמיני דחה לגופה את טענת האכיפה הסלקטיבית, הגם שהיא הוכחה לכאורה<sup>42</sup>, באומרו כי:

The government lacks the means to investigate and prosecute every suspected violation of the tax laws. Selection based in part upon the potential deterrent effect on others serves a legitimate interest in promoting more general compliance with the tax laws, which depend substantially upon a system of voluntary disclosure and reporting. It is difficult to conceive of a more legitimate object of prosecution than one who exploits his own public office and reputation to urge a political position by announcing publicly that he had gone on strike against the tax laws of the nation<sup>43</sup>.

למרות הקושי בהוכחת הכוונה, קיימים מקרים שבהם בתי המשפט הפדרליים של המחוזות השונים קיבלו את טענת האכיפה הסלקטיבית. כך למשל בעניין *Steele*<sup>44</sup> המערער הורשע בעבירה על החוק בשל כך שסרב לענות על שאלות במפקד התושבים. לטענתו הרשויות בחרו להגיש כנגדו אישום משום שהוא הפגין בפומבי התנגדות לדרישות המפקד. בית המשפט של המחוז התשיעי חזר על ההלכה שלפיה סלקטיביות גרדא בהגשת אישומים אינה מהווה הפרה חוקתית. עם זאת מאחר והממשל לא הציג הסבר מספק לסלקציה, בית המשפט השתכנע כי ההסבר ההגיוני היחיד הוא זה של המערער, ולפיו הליך האכיפה התמקד במפרים אשר גילו התנגדות פומבית למרשם, באופן שמעורר חשד שהם נענשו בשל כך שהביעו דעתם<sup>45</sup>. למעשה בית המשפט ייחס בפרשה זו כוונה בשל ראיות נסיבתיות שיצרו חזקה לכוונה שכזו, ובכך ריכך מאוד את דרישת הוכחת המניע<sup>46</sup>.

בפרשת *Falk*<sup>47</sup> המערער הואשם בכך שלא היה ברשותו פנקס שירות צבאי בניגוד ל- Selective Service Act. לטענתו, מטרת הגשת האישום כנגדו הייתה להענישו לא על הפרת החוק, אלא על חברותו בארגון המתנגד לגיוס ולמלחמת ויטנאם. זאת ועוד, רשויות הצבא היו מודעות להפרות רבות של החוק, אך המדיניות הרשמית – שבאה לביטוי בהצהרה של

*U.S. v. Ojala* 544 F. 2d 940 (8<sup>th</sup> Cir. 1976) 42

F.H. Easterbrook "Criminal Procedure as a שם, בעמ' 945. לתמיכה בטיעונים אלה ראו גם 43  
Market System" 12 *J. Legal Stud.* (1983) 289, 306

*U.S. v. Steele* 461 F. 2d 1148 (9<sup>th</sup> Cir. 1972) 44 (להלן: פרשת *Steele*).

שם, בעמ' 1152: "An enforcement procedure that focuses upon the vocal offender is 45  
inherently suspect, since it is vulnerable to the charge that those chosen for prosecution  
are being punished for their expression of ideas, a constitutionally protected right"

ראו ניתוחו של Bernhardt (לעיל, הערה 14), בעמ' 512. 46

*U.S. v. Falk* 479 F. 2d 616 (7<sup>th</sup> Cir. 1973) 47 (להלן: פרשת *Falk*).

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

ה-Director of Selective Service – הייתה שלא לנקוט בהליך מינהלי ולא פלילי כנגד מי שהחזיר את הפנקס, להבדיל ממי ששרף אותו. ואכן, מעל 25,000 נבחרו שירות לא החזיקו את הפנקס, בלא שהופעלו כנגדם סנקציות פליליות. בית המשפט של המחוז השביעי, בדעת רוב, סבר כי צירוף הנסיבות: המדיניות המוצהרת של הצבא שלא להגיש כתבי אישום; הסטטוס של המערער כמתנגד פעיל של מלחמת וייטנאם ומדיניות הגיוס; ההצהרה של התובע המקומי שלפיה פקידים בכירים במשרד המשפטים השתתפו בהחלטה להגיש את כתב האישום; העיכוב הרב בהגשת כתב האישום – כל אלה מעידים לכאורה על אכיפה מפלה של החוק ולכן יש לאפשר למערער לנסות ולהוכיח את טענתו<sup>48</sup>. יצוין כי לא זו בלבד שפסיקה זו של דעת הרוב לא סתתה מהלכת Oylar, אלא שהיא הדגישה שדרישות הלכה זו מתקיימות, דהיינו האכיפה במקרה הנדון מכוונת ומבוססת על סיווג לא ראוי – התנגדותו הפומבית של המערער לרשויות הצבא:

Falk's allegations indicate that he was singled out for selective and discriminatory treatment on the basis of activities which form an unjustifiable standard for selectivity in prosecution... just as discrimination on the basis of religion or race is forbidden by the Constitution, so is discrimination on the basis of the exercise of protected First Amendment activities, whether done as an individual or, as in this case, as a member of a group unpopular with the government<sup>49</sup>.

הצהרה שיוזם נשיא ארצות-הברית ג'ימי קארטר בשנת 1980, מכוח סמכותו על פי ה-Military Service Act, נתנה הזדמנות לבית המשפט העליון של ארצות-הברית להתייחס לנושא האכיפה הסלקטיבית בהתייחס למדיניות אכיפה פסיבית. ההצהרה דרשה מכל האזרחים האמריקניים הזכרים שנולדו בשנת 1960 למסור פרטים לגבי עצמם לצורך שירות צבאי במידה ויהיה צורך בכך. לא הוקנה פטור לאיש מחובת הרישום, גם לא בשל שיקולי מצפון או השקפת עולם. מי שהפר את הוראות ההצהרה חשף עצמו לעונשי קנס כספי ומאסר שיכול היה להגיע לחמש שנים. לאחר פרק זמן הסתבר כי 674,000 איש לא נרשמו, בין בשל חוסר תשומת לב ובין בשל התנגדות מפורשת לעשות כן. רשויות האכיפה נקטו

48 שם, בעמ' 623. דעת הרוב ניתנה מפי השופט Sprecher. בפסק הדין הייתה דעת מיעוט של השופטים Pell ו-Cummings. שופטים אלה סברו כי המערער לא הוכיח כי האחרים אשר החזירו את פנקס השירות ולא הועמדו לדין היו באותו מצב כמוהו, פרט לעובדה שהם לא עשו שימוש בזכותם לחופש הביטוי. זאת ועוד, גם אם פעולותיו של המערער כנגד רשויות הצבא היו אחת הסיבות לכך שהוגש נגדו כתב אישום, אין לומר שזו סיבה אסורה, שכן אכיפת החוק כנגד אדם שנמצא בעמדה המאפשרת לו להשפיע על אחרים היא לגיטימית על מנת לקדם את הציות לחוק.

49 שם, בעמ' 619-620.

## אכיפה סלקטיבית

בקו אכיפה פסיבי, כלומר רק מי שמחה בהפגנתיות, בין בחוצות ובין בכתיבת מכתבי מחאה – ננקטו כלפיו הליכים פליליים<sup>50</sup>. הסוגיה הובילה לפסיקה סותרת של בתי המשפט הפדרליים לערעורים במחוזות השונים. בית המשפט של המחוז התשיעי, בעניין *Wayte*<sup>51</sup>, דבק במבחן המסורתי של המניע, בקובעו שלא די בכך שהמערער הראה שמבין כל האנשים שלא התפקדו הוגשו כתבי אישום רק כנגד שלושה עשר מתנגדים "קולניים" לרישום, אלא היה עליו להוכיח את המניע האסור של הממשל, דהיינו שהממשל התמקד בחקירה כנגדו בשל פעולות המחאה שלו. מאחר שכל מה שהצליח המערער להוכיח היה שהממשל היה מודע לכך שמדיניות אכיפה סלקטיבית תוביל להעמדה לדין של אנשים המתנגדים בגלוי, אך הוא לא הביא הוכחות למניע אסור – נדחתה טענתו בדבר אכיפה סלקטיבית פסולה. לעומת זאת בעניין *Schmucker*<sup>52</sup>, בית המשפט של המחוז השישי הסתפק בדיעה של הממשל כי תוצאות מדיניות אכיפה פסיבית יובילו להעמדה לדין של אלה שעושים שימוש בחופש הביטוי שלהם, ומאחר ומדובר בסיווג אסור, כאמור בהלכת *Falk*, סבר כי המערער זכאי להישמע בטענת האכיפה הסלקטיבית. פסק הדין של המחוז התשיעי בעניין *Wayte* הגיע בערעור אל בית המשפט העליון של ארצות הברית<sup>53</sup>, אשר בחר שלא ללכת באפיק הפגיעה בחופש הביטוי, אלא לבחון את הנושא במשקפי הגנת השוויון. דעת הרוב חזרה ואימצה את ההלכה, שלפיה על העותר כנגד אכיפה סלקטיבית לבסס כוונת אפליה פסולה מצד רשויות האכיפה. כוונה מפלה לעניין זה משמעותה יותר מאשר מודעות לתוצאות – יש להראות כי בחירת קו האכיפה נעשה לפחות חלקית בגלל (להבדיל מ"למרות") השלכותיו על קבוצות מסוימות:

"Discriminating Purpose" implies more than... intent as awareness of consequences. It implies the decision maker... selected or reaffirmed a particular course of action at least in part "because of", not merely "in spite of", its adverse effects upon an identifiable group<sup>54</sup>.

### (ג) סיכום דרישת המניע

על פי הדין הנוהג בארצות הברית, הטוען לאכיפה סלקטיבית אינו יכול להסתפק בהוכחת אפליה כשלעצמה, אלא עליו להראות כי הוא "קרוב" של אפליה מכוונת ושהחלטה להעמידו לדין מבוססת על גזע, מין, לאום או סיווג פסול אחר<sup>55</sup>. גם כאשר

- 50 לתיאור עובדתי של הפרשה ראו *Bernhardt* (לעיל, הערה 14), בעמ' 498-499.  
51 *U.S. v. Wayte* 710 F. 2d 1385 (9<sup>th</sup> Cir. 1983).  
52 *U.S. v. Schmucker* 721 F. 2d 1046 (6<sup>th</sup> Cir. 1983).  
53 *Wayte v. U.S.* 470 U.S. 598 (1985) (להלן: הלכת *Wayte*).  
54 שם, בעמ' 610.  
55 *Amsterdam* (לעיל, הערה 3), בעמ' 17.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

מדובר באכיפה פסיבית שתוצאותיה מובילות להעמדה לדין של מי שעושה שימוש בחופש הביטוי שלו, בית המשפט העליון האמריקני לא הסתפק בהוכחת הידיעה של הממשל על תוצאות מדיניות האכיפה הפסיבית לגבי קבוצות מסוימות, אלא דרש הוכחה של כוונה מפלה, שלעניין זה משמעותה הוכחה כי בחירת קו האכיפה נעשה לפחות חלקית בגלל השלכותיו על קבוצות מסוימות<sup>56</sup>. בפסק דין שבו נטען לאכיפה סלקטיבית כנגד שחורים<sup>57</sup> חזר בית המשפט העליון על ההלכה כי לא די להראות שלמדיניות התביעה תוצאה מפלה, אלא שיש להוכיח שהיא הונעה על ידי כוונת אפליה. כמו כן חזר בית המשפט על דרישת ההוכחה, שלפיה על הנאשם להראות שאנשים מגזע אחר, שעברו בדיוק אותן עבירות, לא הועמדו לדין. מהלכה זו עלה בבירור כי אין בכוונת בית המשפט העליון להגמיש את דרישות העילה. יצוין כי דרישת המניע חלה הן במישור הפדרלי הן במישור המדינתי<sup>58</sup>, אם כי ניתן למצוא פסקי דין בעיקר במישור המדינתי, אשר סוטים מהלכה זו ואשר מהם משתמע כי גם שרירות באכיפה או אכיפה על פי סיווג שלא נקבע על ידי המחוקק – מהווים סלקטיביות פסולה.

### (ד) הביקורת על דרישת המניע

התפתחותה של דרישת המניע בארצות-הברית נעוצה באופייה המיוחד של הביקורת השיפוטית על פי סעיף השוויון בחוקה, ובאופייה של הביקורת השיפוטית על רשויות אכיפה, בכלל, ועל רשויות התביעה, בפרט<sup>59</sup>. כפי שאראה בהמשך<sup>60</sup>, מאפיינים אלה אינם חלים על המשפט הישראלי. יתרה מזאת, גם בארצות-הברית קמו מבקרים רבים לדרישת המניע, אשר טוענים, בין היתר, כי היא אינה מתחייבת מן המצב המשפטי הקיים. ההוראה החוקתית בדבר "הגנה שווה"<sup>61</sup> פורשה על ידי בית המשפט העליון של ארצות-הברית כמכפיפה את המחוקק ואת רשויות המינהל לאמת מידה של סבירות בסיווגים הנעשים על ידיהם. לאור זאת, במסגרת המגבלות שמטיל סעיף השוויון על המחוקק המדינתי, הוא אינו אוסר על כל הבחנה שנעשית בחוק בין אנשים, אלא קיימת הכרה בכך שחקיקה ששמה דגש על קבוצות מסוימות היא כלי הכרחי בידי המדינה לקידום הרווחה הכללית<sup>62</sup>. לכן, כל הנדרש מסיווג על מנת שיהיה סביר (reasonable classification) הוא

56 הלכת *Wayte* (לעיל, הערה 53).

57 פרשת *Armstrong* (לעיל, הערה 27).

58 לדרישה במישור המדינתי ראו Comment (לעיל, הערה 5), בעמ' 1113-1115.

59 לביקורת השיפוטית, ראו להלן, פרק חמישי, סעיף ג.

60 ראו להלן, סעיף ד.

61 הדיון בהוראה החוקתית בדבר "הגנה שווה" מבוסס על: L.H. Tribe *American Constitutional Law* (2<sup>nd</sup> ed., The Foundation Press, New York, 1988), 1439-1446.

62 ראו D.J. Givelber "The Application of Equal Protection Principles to Selective Enforcement of the Criminal Law" *U. Ill. L. F.* (1973) 88, 90. בפסק הדין הראשון אשר

"קשר רציונלי" בין האמצעי למטרה. הביקורת הרגילה על פי סעיף השוויון מכונה rational relationship review ובמסגרתה בתי המשפט יאשרו מיונים וסיווגים שעורך השלטון, אף אם הם פוגעים בשוויון, כל עוד יש להם קשר רציונלי להגשמת אינטרס לגיטימי של הממשל<sup>63</sup>. מובן שחקיקה שמטרתה היא אפליה אינה תקפה, וסיווגים המבוססים על גזע, דת או מין הם באופן אינהרנטי בלתי סבירים. על כן לגבי קבוצות מסוימות נקבע מבחן "המיון החשוד" (suspect classification). הבחנות המתיחסות לקבוצות אלה מוגדרות כ"חשודות" או "מעין חשודות" מאחר והאפליה כנגדן טבועה עמוק<sup>64</sup>. בית המשפט יתייחס בחשד למיון רציונלי כביכול, במקום שהוא מקפח את אחת הקבוצות הללו, ויעביר אותו בביקורת קפידה (strict scrutiny). ביקורת כזו דורשת סטנדרט גבוה מהביקורת הרגילה בשני אספקטים. האחד, הסיווג צריך להיתמך על ידי יותר מ"אינטרס לגיטימי": פעולה שלטונית אשר קשורה בהבחנה "מעין חשודה" (כמו מין) צריכה להתבסס על אינטרס חשוב (important interest); בעוד פעולה הקשורה בהבחנה "חשודה" (כמו גזע, דת או לאום) צריכה להתבסס על מטרה מכרעת (compelling governmental goal). אספקט שני שבו מתבטא השוני הוא שהקשר בין הפעולה המפלה לבין המטרה השלטונית צריך להיות יותר מאשר "רציונלי": עבור הבחנה "מעין חשודה", הקשר צריך להיות מהותי (substantial); ועבור הבחנה "חשודה" הפעולה צריכה להיות "תפורה" במדויק לאינטרס השלטוני הנדון (precisely tailored to the governmental interest at issue)<sup>65</sup>.

הכיר בדוקטרינת הסיווג הסביר, בית המשפט העליון אישר את תוקפו של צו שאסר על הפעלה לילית של מכבסות רק באזורים מסוימים, תוך שהוא מכיר בכך שלעתים ניתן לענות על צורכי החברה רק באמצעות חקיקה שאינה משפיעה על כולם באורח שווה; ראו *Barbier v. Connolly* 113 U.S. 27 (1885).

63 ראו R.C. Farrell "Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court From the 1971 Term Through *Romer v. Evan*" 32 *Ind. L. Rev.* (1999) 357, 358.

64 הקונספציה של סיווג חשוד היא כלי עזר המקל על הבנת חוסר השוויון, אשר אחרת היה יכול להסתתר מאחורי דעות קדומות. יש בכך הכרה שחוסר הערכה כלפי הקבוצה האמורה כל כך מורש, שיש להתייחס בחשדנות גם לסיווג רציונלי לכאורה המבוסס על שוני בין קבוצה זו לבין מי שעורך את הסיווג, כאשר הסיווג פוגע בקבוצה אשר סובלת מסטיגמות שליליות וחוסר הערכה; ראו F. Raday "Socio-Dynamic Equality: The Contribution of the Adversarial Process *The Constitutional Bases of Political and Social Change in the United States* (S. Slonim ed., New York, 1990) 141, 151.

65 R. Kennedy *Race, Crime and the Law* (Vintage Books, New York, 1998), 147; N. Redlich, J. Attanasio, J.K. Goldstein *Understanding Constitutional Law* (3<sup>rd</sup> ed., Matthew Bender, Newark, 2005), 378-379 Harvard Law Review, *Sexual Orientation and the Law* (Harvard University Press, Cambridge, 1990), 55. למדרוג האמריקני ראו גם א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), 522; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (להלן: בג"ץ חורב), 62.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

אלא שטענת אפליה יכולה להתייחס גם לאפליה דה פקטו ולא רק לאפליה דה יורה. אפליה דה יורה קיימת במצבים ה"רגילים" שבהם החוק מבחין בין פרטים אשר יש לנהוג כלפיהם כשווים. לעומת זאת אפליה דה פקטו נוצרת למשל על ידי חוקים הנחזים על פניהם כניטרליים, אך הם גוררים השלכות המפלגות באופן לא פרופורציונלי (disparate impact) קבוצה חשודה<sup>66</sup>. במצבים כאלה, שבהם נטען כי חוק משפיע לרעה באופן לא פרופורציונלי על קבוצה חשודה, העלתה הפסיקה בארצות-הברית את דרישת המניע. דהיינו: הטענה כשלעצמה, שיישום מסוים של חוק גורר תוצאה המפלה באופן בלתי פרופורציונלי קבוצה חשודה – אינה גוררת מיניה וביה ביקורת קפידה. רק כוונה להפלות – גוררת בחינה שכזו<sup>67</sup>. זהו המקור לדרישת הכוונה במסגרת הדוקטרינה של סיווגים בחקיקה. דרישה זו, הבעייתית כשלעצמה, עוררה ביקורת רבה גם ככל שהיא נוגעת למחוקק<sup>68</sup>. מדוקטרינה זו נעשה היקש, בעייתי עוד יותר, שלפיו גם סיווגים סיסטמטיים ומכוונים, הנעשים על ידי רשויות המינהל במסגרת הפעלה ויישום של חוקים – הם סיווגים תקפים, ובפרט שהם סבירים. רק הוכחת כוונה להפלות תשלול את תקפותם. ומכאן המקור לדרישת הכוונה להפלות על בסיס סיווג אסור, שהתפתחה במסגרת הדוקטרינה של האכיפה הסלקטיבית<sup>69</sup>.

דרישה זו הותקפה מכוונים שונים: ראשית, נטען כי לא ראוי להגביל את סעיף השוויון לאפליה קבוצתית, שכן הוא מגן מפני אפליה כנגד "כל אדם". הדגש המסורתי שניתן לאפליה קבוצתית נובע מהכרה בכך שבדרך כלל לא תהיה דרך אחרת להוכיח שפעולה שלטונית נגד אדם מונעת על ידי כוונה להפלותו לעומת אחרים. הוכחה זו קשה בייחוד לאור שיקול הדעת העצום הניתן לתביעה הפלילית בארצות-הברית, אך מכך אין להסיק כי רק סלקטיביות המבוססת באופן מכוון על סטנדרט לא מוצדק כמו גזע או דת – אסורה<sup>70</sup>. יתרה מזאת, מעבר לסיווגים ברורים כמו גזע או דת, הפסיקה לא סיפקה כל מבחן אנליטי לקביעה מהו סיווג בלתי מוצדק בהקשר של אכיפה סלקטיבית<sup>71</sup>. מביקורת זו משתמע כי יש לאפשר גם לפרט שנפגע מאפליה ואשר אינו משתייך לקבוצה "חשודה" כלשהי, להוכיח את טענתו גם אם יש קושי בהוכחת הטענה.

66 להבחנה בין סוגי האפליות ראו Tribe (לעיל, הערה 61), בעמ' 1438.  
67 Coplan (לעיל, הערה 14), בעמ' 155-156; Bernhardt (לעיל, הערה 14), בעמ' 508.  
68 ראו למשל C.L. Lawrence "The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism" 39 *Stan. L. Rev.* (1987) 317; R.H. Lenhardt "Understanding the Mark: Race, Stigma and Equality in Context" 79 *NYU L. Rev.* (2004) 803.  
69 ראו Comment (לעיל, הערה 5), בעמ' 1117.  
70 ראו R.G. McCloskey "The Supreme Court 1961 Term" 76 *Harv. L. Rev.* (1962) 54.  
71 Givelber (לעיל, הערה 62), בעמ' 95.

## אכיפה סלקטיבית

שנית, כנגד ההיקש האמור, שלפיו קיימת גם סמכות מינהלית לבצע סיווג סביר באכיפה של חוק<sup>72</sup> (ולכן אכיפה סלקטיבית דורשת הוכחת כוונה להפלות), ניתן לטעון כי ההבדלים בין הפונקציות של המחוקק והמינהל דורשים הבחנה בין היקף הסיווג שמותר למחוקק ולמינהל לבצע לאור סעיף השוויון בחוקה. דהיינו מההנחה שלפיה הגשמה של מטרות המחוקק דורשת סמכות לסלקטיביות סבירה – שהיא המקור, כאמור, לדרישת המניע – לא ניתן להסיק בהכרח שגם לפקידי הממשל שאמונים על אכיפת החוקים יש אותה סמכות לסווג, משום שלא מתפקידם לבצע את הכרעות המדיניות אשר דורשים סיווגים מסוג זה<sup>73</sup>. תמיכה בטיעון זה ניתן למצוא גם בפסק דין של בית המשפט העליון של פנסילבניה, אשר הכיר בטענה של אכיפה סלקטיבית. בעניין *Bargain City U.S.A., Inc v. Dilworth*<sup>74</sup> נתקף חיקוק של פילדלפיה, אשר אסר על מכירת פריטים מסוימים בימי ראשון. נטען, בין היתר, כי המשטרה אוכפת את החוק רק כנגד חנויות כלבו גדולות ועובדיהן, אך מעלימה עין מהפרות המבוצעות על ידי חנויות קטנות. בית המשפט העליון של פנסילבניה קיבל את הטענה שהמינהל אינו יכול לערוך סיווגים אשר המחוקק לא ערך:

In deciding this phase of the case, we are initially confronted by the fact that the constitutionality of the statute cannot be governed by its enforcement unless the discrimination in enforcement flows directly from the discrimination intended by the statute, a conclusion we cannot here draw<sup>75</sup>.

אכן, אף לדעתי, לא ראוי שהמינהל יערוך סיווגים אשר המחוקק לא ערך ועל בסיסם יאכוף את החוק באופן סלקטיבי<sup>76</sup>. ראשית, הדבר נוגד את העקרונות הבסיסיים של שלטון החוק וחוקיות המינהל. אמנם, רעיונות אלה, בטוהרתם, אינם יכולים להתקיים במדינת המינהל המודרנית, לאור שיקול הדעת הרחב המוענק לרשויות המינהל<sup>77</sup>, אך דומה

72 הנחה זו משתמעת למשל מפסק הדין של בית המשפט העליון של ארקנסו: *Taylor v. City of Pine Bluff* 289 S.W. 2d 679 (Ark. 1956), שבו הועלה נושא הסיווג הסביר על מנת לאשר את הפעלתו של ה־Sunday Blue Law, חוק רחב בהיקפו, אשר נאכף רק כנגד חנויות מכולת. בית המשפט קבע כי מאחר שמותר היה למחוקק, אם רצה, לאסור רק על חנויות מכולת להיפתח בימי ראשון, הרי שהמשטרה – אשר אוכפת את החוק בעל התחולה הרחבה יותר – רשאית לערוך את אותו סיווג. בקשה ל־certiorari בבית המשפט העליון של ארצות-הברית נדחתה; ראו *Taylor v. City of Pine Bluff* 352 U.S. 894 (1956).

73 ראו Comment (לעיל, הערה 5), בעמ' 1117.

74 179 A. 2d 439 (1962).

75 שם בעמ' 442-443.

76 להרחבת עמדתו ראו להלן, סעיף ד.2.

77 להשלכות בעיית שיקול הדעת על המודל המסורתי של מדינת המינהל ראו ' דותן הנחיות מינהליות (תשנ"ו), 328-329.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

שלמצער, מתחייב להגביל את שיקול הדעת המינהלי, רק לפעולות הבאות להגשים את מטרות החוק המסמך. זאת ועוד, הדבר עלול להוביל למצבים בלתי תקינים שבהם חוקתיות של חוק תלויה למעשה באופן שבו הוא נאכף. כך למשל, במצב שבו חוק ניטרלי נאכף בצורה מפלה ולכן נטען כי הוא בלתי חוקתי, כמו במקרה של החיקוק בפילדלפיה, או מצב אבסורדי עוד יותר, שבו חוק מפלה מוכשר, משום שהסיווג שיצרו רשויות האכיפה נחשב בעיני בית המשפט כסיווג חוקתי<sup>78</sup>.

שלישית, יש הטוענים כי במסגרת הביקורת השיפוטית על פעולות רשויות האכיפה יש להפעיל רמות שונות של בחינה, בדומה לנהוג בביקורת השיפוטית על המחוקק. על פי גישה זו יש להתעלם לחלוטין משאלת הכוונה להפלות ולהעמיד במרכז את השאלה "כמה משכנעות צריכות להיות הסיבות של המדינה על מנת להצדיק את האכיפה הסלקטיבית"? או, במילים אחרות, "מהי רמת הבחינה שיש ליישם"? הכלל הרגיל הוא הבסיס הרציונלי, כלומר אכיפה סלקטיבית תאושר אם הסיווג קשור באופן רציונלי לאינטרס מדינה לגיטימי<sup>79</sup>. דרישת הרציונליות אינה אוסרת על סלקטיביות מכוונת בהעמדה לדין, אך היא מחייבת את התובע להציג סיבות רלוונטיות להבחנה בין מי שהחוק נאכף נגדו לבין אחרים, וכן קשר רציונלי בין הסיבה ליחס השונה לבין מטרות ממשל לגיטימיות<sup>80</sup>. מבחן הקשר הרציונלי לא יחול במקרה שהסיווג הוא על בסיס גזע, לאום או זכות חוקתית. קלסיפיקציות כאלה יקימו את הבחינה הקפידה ויאשרו רק אם הן הכרחיות לצורך השגת מטרה מכרעת של המדינה<sup>81</sup>.

78 ראו למשל *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986) – בעניין זה נדון חוק של מדינת ג'ורג'יה שאסר על מעשה סדום באופן כללי, אך המדינה אכפה אותו רק כנגד הומוסקסואלים. החוק נתקף בשל כך שהוא מנוגד ל-Due Process. מאחר ודעת הרוב התנגדה להרחבת הוראה חוקתית זו באופן שתכסה גם את זכותם של ההומוסקסואלים לבצע מעשה סדום, ומאחר והחוק נאכף רק כנגד הומוסקסואלים – נקבע שהחוק תקף. לעומת זאת דעת המיעוט התייחסה לאכיפה הסלקטיבית של החוק ועמדה על הבעייתיות בכך שתקפותו של החוק תלויה באכיפתו: "Georgia's exclusive stress before this court on its interest in prosecuting homosexual activity despite the gender neutral terms of the statute may raise serious questions of discriminatory enforcement..." (שם, בעמ' 203, הערה 2). פסק דין *Hardwick*

נהפך מאוחר יותר; ראו *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003). ניתן לפרש את הלכת *Oyler*, אשר אוסרת על סיווגים שרירותיים, כאוסרת החלטות העמדה לדין שאינן קשורות באורח רציונלי למטרות לגיטימיות של הממשל; ראו *Clymer* (לעיל, הערה 3), בעמ' 687.

80 שם, בעמ' 692-693. ראו גם *Givelber* (לעיל, הערה 62), בעמ' 117: "Once there has been proof of classification, then the court must determine whether the reasons for the unequal treatment of similarly situated people bear a rational relationship to legitimate state purposes"

81 ראו *Folster* (לעיל, הערה 10), בעמ' 718. רמז לגישה זו ניתן למצוא בדברי בית המשפט בפרשת *Steele* (לעיל, הערה 44), בעמ' 1152: "An enforcement procedure that focuses upon the vocal offender is *inherently suspect*, since it is vulnerable to the charge that



## אכיפה סלקטיבית

ביקורת זו התעוררה, בין היתר, בעקבות פסק דינו של בית המשפט לערעורים של ניר-יורק<sup>82</sup>, אשר קבע שאי-אכיפת חוקי המס באשר למכירת סיגריות ודלק בשמורות של אינדיאנים (מכירה על ידי אינדיאנים ללא אינדיאנים), אינה מהווה אכיפה סלקטיבית, שכן אין להתייחס אל האינדיאנים כאל קבוצה גזעית אלא כקבוצה מעין ריבונית<sup>83</sup>. ההשלכה של אי-אכיפת תכנית המס בשמורות האינדיאנים הייתה שקמעונאים בשמורות יכלו למכור מוצרים אלה במחירים נמוכים בהרבה מאלה שמציעים קמעונאים שמחוץ לשמורות. אלה האחרונים טענו כי מדובר באכיפה סלקטיבית פסולה. אכיפה סלקטיבית זו אינה טיפוסית, בכך שהיא משפיעה באופן לא שוויוני על קבוצת רוב ומעניקה יתרון לקבוצה שלא זו בלבד שהיא קבוצת מיעוט אלא שהיא מהווה גם ריבונות לאומית. מבקרי פסק הדין מסכימים עם טענה זו ומיישמים את רמת הבחינה שבה מועבר חוק המסווג סיווג גזעי: אי-האכיפה כנגד אינדיאנים, בעוד החוק נאכף כנגד כל האחרים, מהווה סיווג גזעי שגורר בחינה קפידה. סיבות המדינה לאי-האכיפה הן לא מספיק משכנעות ולא מספיק הכרחיות לצורך השגת מטרת החוק. לפיכך אי-האכיפה כנגד הקמעונאים האינדיאנים מפרה את הזכות לשוויון של הקמעונאים האחרים, גם בהיעדר כל כוונה להפלות<sup>84</sup>.

רביעית, הועברה ביקורת על מיעוט המקרים שבהם מכירה הפסיקה בטענות אכיפה סלקטיבית, בשל דרישת ההוכחה של כוונה להפלות על בסיס סיווג לא ראוי. בפרשת *Falk*<sup>85</sup> היה לעותר מזל יוצא דופן, בכך שהוא הצליח להראות שהוא הועמד לדין משום שהיה מתנגד אקטיבי של הצבא ושל מלחמת וייטנאם, שהתביעה כנגדו עמדה בניגוד להצהרה של ה־Director of Selective Service ושמעל 25,000 אחרים הפרו את החוק הרלוונטי, אך לא הועמדו לדין. אך נתונים כאלה בדרך כלל אינם נגישים לנאשמים, דבר שהופך את הוכחת הכוונה להפלות למשימה כמעט בלתי אפשרית<sup>86</sup>. ואכן, שופטי הרוב בעניין *Falk* ביקשו להביע את חוסר שביעות רצונם מהקלות שבה דוחים טענות של אכיפה סלקטיבית, מכוח ההלכה המכשירה סלקטיביות באכיפה כל עוד אינה מכוונת להפלות על בסיס סיווג לא

those chosen for prosecution are being punished for their expression of ideas, a constitutionally protected right" (ההדגשות שלי – מ' ט').

*New York Association of Convenience Stores, et al. v. Urbach, As Commissioner of the Department of Taxation and Finance of the State of New York, et al.* 677 N.Y.S. 2d 280 (1998).

ליחס ה"נפרד אך שווה" לאינדיאנים ראו Tribe (לעיל, הערה 61), בעמ' 1466-1474. כן ראו א' בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים "עיוני משפט כא (תשנ"ח) 769, 783.

Folster (לעיל, הערה 10), בעמ' 734-735.

לעיל, הערה 47.

ראו Goldstein (לעיל, הערה 5), בעמ' 11. להדגמה ראו פרשת *Armstrong* (לעיל, הערה 27). לקשיי הוכחת אכיפה סלקטיבית ראו להלן, פרק שביעי.

פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

ראוי. לשיטתם, עיקרון זה פעמים רבות אינו נותן מענה נכון לשאלה אם מדובר באפליה בלתי הוגנת בניגוד לסעיף השוויון בחוקה. וכך סיכם את הדברים השופט Sprecher:

In conclusion, we wish to note our disapproval of the apparently frequent, and often too easy, practice of simply dismissing all allegation of illegal discrimination in the enforcement of criminal laws with a reference to *Oyler v. Boles* and its statement that the conscious exercise of some selectivity in the enforcement of laws does not violate the Constitution<sup>87</sup>.

חמישית, בית המשפט העליון של ארצות-הברית קבע בכמה פסקי דין שמניע אינו סטנדרט ראוי כבסיס להעברת ביקורת חוקתית על המחוקק<sup>88</sup>. מעבר לכך שקשה מאוד לעמוד על כוונה של גוף קולקטיבי, הרי שאם יש הגיון כלשהו להתחקות אחר כוונה כזו במסגרת פרשנות רגילה של חוק, אין צורך לעשות זאת במסגרת ביקורת חוקתית, שכן בית המשפט יכול להתבסס על קריטריונים אחרים על מנת לקבוע אם קיימת הפרה חוקתית. כמו כן אם בית המשפט יבטל חוקים על בסיס מניע לא ראוי, אין דבר שימנע מהמחוקק לחוקק את החוק מחדש, אך הפעם תוך הצהרה על מניע ראוי. ויתרה מזאת, עצם העובדה שהמניע לחקיקת חוק היה בלתי ראוי, אינה מעידה בהכרח על כך שהחוק הוא חוק רע<sup>89</sup>. יש הטוענים שלמרות שביקורת שיפוטית על המחוקק אינה אקוויוולנטית לחלוטין לביקורת שיפוטית על רשויות המינהל, הרי שהבעיות שהועלו קיימות גם במסגרת ביקורת שיפוטית על אלה האחרונות<sup>90</sup>. ניתן גם לטעון כי הפעלת שיקול דעת על ידי רשויות המינהל צריכה להיות כפופה לפחות לאותן מגבלות חוקתיות המוטלות על הקונגרס המעניק להן את שיקול הדעת, ומאחר ומניע חיובי אינו רלוונטי כאשר הקונגרס פוגע בזכות חוקתית, אין סיבה שיהיה רלוונטי כאשר מדובר ברשות המינהלית<sup>91</sup>.

אכן, עצם ההתחקות אחר כוונת רשויות האכיפה אינה פשוטה, דבר שמוביל לקשיי ההוכחה שעמדנו עליהם, אך גם בהתעלם מקשיים אלה, הקושי הרעיוני בהעמדת דרישת כוונה להפלות במרכז ביקורת שיפוטית על בסיס חוקתי, מקבל לדעתי משנה תוקף כאשר

87 פרשת Falk (לעיל, הערה 47), בעמ' 624.  
88 פסק הדין המוביל הוא *U.S. v. O'Brein* 391 U.S. 367 (1968) – המערער שרף את תעודת החייל שלו על מנת להשפיע על אחרים לאמץ את עמדותיו האנטי-מלחמתיות. הוא הורשע על הפרת חוק השירות הצבאי, מכוח תיקון שהוסף בשנת 1965 ואשר אוסר על השמדת או השחתת התעודה. המערער טען כי התיקון הוא בלתי חוקתי, שכן הוא חוקק במטרה לדכא את חופש הביטוי. בית המשפט פסק כי הכוונה בחקיקת חוק אינה מהווה בסיס להצהרה על חוק – שהוא חוקתי לפי כל קנה מידה אחר – כבלתי חוקתי.  
89 ראו דבריו של השופט Warren, שם, בעמ' 383-384.  
90 Bernhardt (לעיל, הערה 14), בעמ' 506-505.  
91 Coplan (לעיל, הערה 14), בעמ' 160.

## אכיפה סלקטיבית

מדובר ברשויות האכיפה. כאשר רשויות אלה אוכפות חוק ניטרלי על פניו באופן מפלה, יש להתרכז בתוצאה המפלה ולא בכוונה להפלות. יחס בלתי שוויוני פוגע גם אם אינו נובע ממניע להפלות<sup>92</sup>. על כן תוצאה מפלה היא אפשרית לדעת רב אם היא פועל יוצא של סיווג שיצר המחוקק ואשר עומד במגבלות החוקתיות. המניע של רשויות האכיפה רלוונטי אפוא רק לצורך בחינת השאלה אם הוא מגשים את מטרת החוק. מעבר לכך המניע אינו רלוונטי אם התוצאה היא אכיפה מפלה של חוק, שלא על פי סיווג התואם את מטרת החוק. ואכן, דרישת הכוונה להפלות במסגרת הביקורת השיפוטית על אכיפה סלקטיבית בארצות-הברית, היא דרישה יוצאת דופן בנוף החוקתי, ובשום מקרה אחר לא נדרש להוכיח כוונה להפר את הזכות החוקתית<sup>93</sup>.

ביקורת שישית הקשורה לקודמתה, גורסת כי מאחר ודרישת הכוונה אינה קיימת במסגרת דיונים בהפרת חופש הביטוי, הרי שבכל הנוגע לאכיפה סלקטיבית הפוגעת בחופש הביטוי, הביקורת השיפוטית צריכה להיעשות מכוח התיקון הראשון ולא מכוח התיקון ה-14. ניתוח רגיל על פי התיקון הראשון, אינו דורש הוכחה של כוונת הממשל להפר את חופש הביטוי, והפרה גרדא מספיקה על מנת להקים את העילה. סירוב בית המשפט להתחקות אחר הכוונה נובע הן מרתיעתו להתעסק "בפסיכואנליזה", הן מהתפיסה הבסיסית שמניעים טובים אינם רלוונטיים כאשר חופש הביטוי נפגע<sup>94</sup>. לדעת המבקרים, רגישות זו לפגיעה בחופש הביטוי, אינה צריכה להיות תלויה בשאלה אם הבחינה נעשת במשקפי התיקון הראשון או התיקון ה-14 ויש להחיל את אותו מבחן. זאת ועוד, הצורך להוכיח כוונה להפלות כאשר מדובר בחוק ניטרלי בעל תוצאה שלילית באופן בלתי פרופורציונלי לגבי קבוצה "חשודה" – אשר מהווה את המקור לדרישת המניע – אינו רלוונטי כאשר מדובר בפגיעה בשוויון אשר גוררת הפרה של זכות חוקתית אחרת כמו חופש הביטוי<sup>95</sup>. ולבסוף, רשויות האכיפה נהנות מהנחת הניטרליות ומהנחת הרגולריות, המבוססות על כך שהרשויות מבצעות פעמים רבות את אותם אקטים מינהליים ולכן אין מקום להניח שהטיפול בעניינו של אדם ספציפי היה נגוע בשיקולים שסטו מהפרקטיקה המקובלת באותו עניין<sup>96</sup>. אכן, מגבלת המשאבים אינה מאפשרת אכיפה כוללת ומחייבת לבצע בחירות מסוימות ועל כן קיימת הכרה ביכולת של רשויות האכיפה לקיים מידה מסוימת של סלקטיביות באכיפה. דא עקא, שרציונלים אלה אינם מסבירים מדוע רק כוונה להפלות תפריך את ההנחות האמורות. מדוע למשל לא ניתן יהיה להפריך את חזקת הרגולריות

92 השוו Poulin (לעיל, הערה 29), בעמ' 1091.  
93 Bernhardt (לעיל, הערה 14), בעמ' 504; Amsterdam (לעיל, הערה 3), בעמ' 4.  
94 Coplan (לעיל, הערה 14), בעמ' 149.  
95 שם, בעמ' 157-155; Bernhardt (לעיל, הערה 14), בעמ' 518.  
96 להנחת הרגולריות ראו דותן (לעיל, הערה 77), בעמ' 140; Clymer (לעיל, הערה 3), בעמ' 722. ראו גם דברי בית המשפט העליון של ארצות-הברית בפרשת Armstrong (לעיל, הערה 27), בעמ' 464.

### פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

באמצעות הוכחה שהתובע פתח בהליכים רק כנגד רוכל אחד מתוך 20 אשר הפרו את חוק יום המנוחה? הסיבה אינה יכולה להיות נעוצה רק בסמכותם של פקידי האכיפה לבצע בחירות, שכן פקידי מינהל רבים אחרים נדרשים לבצע בחירות בהתאם למגבלות המשאבים, וניתן להפריך את חזקת הרגולריות שממנה הם נהנים, גם בהיעדר הוכחת כוונה פוזיטיבית להפלות<sup>97</sup>.

### 3. אבחונים נוספים של הלכת *Yick Wo*

#### (א) איסורים פליליים

קיימת מחלוקת אם הלכת *Yick Wo* ישימה גם לפעולות של רשויות האכיפה הפלילית. בבסיס הרציונל לאי ישימות ההלכה בתחום האכיפה הפלילית, עומדת ההנחה שסעיף השוויון אוסר רק על אפליה השוללת זכויות קיימות, אך לא יוצר זכות עצמאית לאי-אפליה בהעמדה לדין פלילי, משום שאין זכות קיימת לביצוע עבירות פליליות. זאת ועוד, שיקולי מדיניות מחייבים שמחדלי אכיפה כנגד אנשים מסוימים, לא יביאו לאיזון של חוקים תקפים ויפטרו עבריינים מעונש<sup>98</sup>.

פעמים רבות כאשר נטענה הגנת האכיפה הסלקטיבית במסגרת הליך פלילי, בתי המשפט אבחנו את הלכת *Yick Wo* על בסיס הטענה שמאחר ושם דובר בסלקטיביות במתן היתרים לפעילות חוקית כשלעצמה, הרי שההלכה אינה ישימה לסלקטיביות באכיפת עבירות פליליות, דהיינו פעולות שהן אסורות על פי החוק. כך למשל, בית המשפט העליון של מישיגן דחה בקשה ליישם את ההלכה בהתייחס לאכיפה סלקטיבית של חוק האוסר ביצוע הגרלות<sup>99</sup>. באותו עניין, ארגון צדקה בעיר דטרויט, אשר ערך משחקי בינגו האסורים על פי החוק, טען כי בעוד ארגוני צדקה רבים אחרים ערכו משחקי הגרלה בעיר, רק הוא היה אובייקט להתערבות משטרתית. אף שבית המשפט קיבל את הטענה העובדתית, הוא איבחן את הלכת *Yick Wo* על בסיס העובדה ששם דובר בשימוש לרעה בהפעלת שיקול דעת למתן רשיונות לעסק חוקי כשלעצמו, בעוד שבמקרה זה אופייה של הפעילות הוא בלתי חוקי, והחוק אינו משאיר שיקול דעת בשאלה כלפי מי לאכוף אותו. זאת ועוד, בית המשפט הביע חששו שאם ארגון זה יקבל סעד, ארגוני צדקה אחרים יהיו זכאים לאותו סעד, והתוצאה

97 ראו Givelber (לעיל, הערה 62), בעמ' 101. לדחיית חזקת הרגולריות בהקשר של אכיפה סלקטיבית ראו גם Amsterdam (לעיל, הערה 3), בעמ' 15-17.

98 לפירוט הטיעונים כנגד ישימות ההלכה במסגרת אכיפה פלילית ראו Comment "Discriminatory Law Enforcement and Equal Protection FROM the Law" 59 *Yale L.J.* (1950) 354, 357-358.

99 *Society of Good Neighbors v. Mayor of Detroit* 36 N.W. 2d 308 (Mich. 1949).

## אכיפה סלקטיבית

תהא איונו של חוק תקף. לאור האמור הוא סיכם את דבריו בכך, כי רפיון באכיפה אין בו כדי ליצור זכות להפרת החוק<sup>100</sup>.

הנמקות אלה ראויות לביקורת<sup>101</sup>. ראשית, ההנחה שהמשטרה אינה יכולה להפעיל שיקול דעת מתעלמת ממציאיות אכיפת החוק. כאמור, למרות שהחוקים בארצות-הברית מנוסחים בדרך כלל בצורה המטילה על המשטרה חובה בלתי מסויגת לאוכפם, הלכה למעשה קיים שיקול דעת רחב, אכיפה סלקטיבית רבה ואף הקשרים שבהם יש מדיניות מפורשת של אי-אכיפה<sup>102</sup>. שנית, הנחתו של בית המשפט כי המשטרה אינה אמורה להפעיל שיקול דעת עמדה בניגוד ברור לקבלתו את הטענות העובדתיות של ארגון הצדקה. תוצאה של גישה כזו היא שלעולם לא ניתן להוכיח טענה של אכיפה מפלה על ידי המשטרה. על בית המשפט היה להבחין בין חוסר היכולת לאכוף את החוק באופן מושלם בשל המחסור במשאבים, לבין אכיפה סלקטיבית אסורה<sup>103</sup>. ושלישית, החשש של בית המשפט שמתן סעד לארגון הצדקה יאפשר למפעילים אחרים של משחקי בינגו לצורכי צדקה לקבל את אותו סעד ובכך יגרום לאיון חלקי של חוק פלילי תקף – נראה חסר בסיס. שכן, ממה נפשך: אם החוק נאכף רק בסלקטיביות רציונלית, דהיינו במגבלות הנתונות של המשאבים, אך בלא שנופלים באכיפה פגמים שונים כמו שרירות או אפליה – אזי לא ניתן יהיה להרים את הנטל להוכחת אכיפה סלקטיבית פסולה. לעומת זאת אם החוק מכוון לאכיפה כללית והמשטרה אוכפת אותו רק כנגד הגרלות מסחריות ולא כנגד הגרלות של מוסדות צדקה, אזי על בית המשפט להכריע אם הסיווג שערכה המשטרה תואם את מטרות החוק. אם המסקנה היא שלילית, ינבעו מכך שתי תוצאות: ראשית, לארגון הצדקה הבודד שהחוק נאכף כנגדו מגיע סעד, שכן המשטרה פעלה כנגדו בניגוד לדין-למעשה שיצרה. ושנית, החוק "יוקם לתחייה" במונח זה שהוא ייאכף מאותו הרגע והלאה בדרך שאינה מפלה. לעומת זאת אם התשובה היא חיובית, דהיינו בית המשפט מחליט כי הסיווג שיצרה הרשות (אכיפה רק כנגד ארגונים מסחריים) תואם את מטרות החוק, עדיין מגיע לארגון הצדקה שהחוק נאכף כנגדו סעד והחוק ימשיך להיאכף כנגד ארגונים מסחריים בלבד, בכפוף לתגובת המחוקק אשר יכול לשנות את המדיניות באמצעות הבהרת החוק. בכל אחד מהמצבים הללו החוק אינו מאוין<sup>104</sup>.

- 100 שם, בעמ' 310: "...a right to violate the law can never be conferred by laxity in its enforcement as to others".
- 101 להתמודדות מקיפה עם השיקולים כנגד הכרה בטענת הגנה של אכיפה סלקטיבית ראו להלן, פרק רביעי, סעיף ב.
- 102 ראו לעיל, פרק שני, סעיף ד(א).
- 103 ראו Comment (לעיל, הערה 98), בעמ' 356.
- 104 להתמודדות עם טענת איון החוקים ראו גם להלן, פרק רביעי, סעיף ב(א).

פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

מנגד לפסיקה שסירבה להחיל את הלכת *Yick Wo* במישור הפלילי, קיימים גם פסקי דין שבהם הופעלה ההלכה<sup>105</sup>. בית המשפט הפדרלי של המחוז השביעי קבע בפרשת *Falk* באופן החלטי<sup>106</sup> כי הלכת *Yick Wo* ישימה גם באשר לפעולות רשויות האכיפה והתביעה:

*Yick Wo* was concerned with an abuse of discretion in the administration of a public ordinance by a city licensing board, and not with the activities of law enforcement officials who presumably prosecuted all Chinese who violated the commands of the licensing board. The underlying principle has nevertheless been properly held to apply to the actions of prosecutors and police officials<sup>107</sup>.

הלכה זו ראויה בעיניי. עילת האכיפה הסלקטיבית ישימה לפעולות רשויות האכיפה השונות, כולל רשויות התביעה הפלילית. יתרה מזאת, ההכרה בעילה מקבלת משנה תוקף בתחום הפלילי לאור המשמעות החמורה של הגשת אישום פלילי. ואכן, בהתאם לדברים המצוטטים לעיל, דעת הרוב ביטלה, ובצדק, את הרשעתו של המערער בעבירות על חוק השירות הצבאי, שכן הוא הצליח להוכיח שהוא הועמד לדין מאחר שהיה מתנגד אקטיבי של מלחמת וייטנאם ושל הצבא, ושמודיניות התביעה הייתה שלא להעמיד לדין בעבירות דומות.

(ב) התנהגויות אסורות כשלעצמן (*malum in se*)

בפרשת *Ah Sin v. Wittman*<sup>108</sup> העותר, שהורשע בביקור במקום שבו התנהלו הימורים תוך הפרת צו של סן פרנסיסקו, תקף את ההרשעה על בסיס הטענה שהצו נאכף באופן מפלה רק כנגד סינים. בית המשפט העליון של ארצות הברית עמד על כך שבפרשת *Yick Wo* דובר בשימוש חוקי ברכוש, בעוד שבעניין זה מדובר בהימורים אשר בסמכותה של המדינה לדכא אותם:

That case [*Yick Wo*] concerned the use of property for lawful and legitimate purposes. The case at bar is concerned with gambling, to suppress which is recognized as a proper exercise of governmental

105 לדוגמאות ראו Comment (לעיל, הערה 5), בעמ' 1104, 1109.  
106 בפסק הדין הייתה אמנם דעת רוב ומיעוט, אך המחלוקת לא סבה סביב שאלת ישימות ההלכה במישור הפלילי. נקודות המחלוקת היו דרישת הכוונה ושאלת ההוכחה.  
107 פרשת *Falk* (לעיל, הערה 47), בעמ' 618.  
108 198 U.S. 500 (1905).

## אכיפה סלקטיבית

authority, and one which would have no incentive in race or class prejudice or administration in race or class discrimination<sup>109</sup>.

פסק הדין בוסס, בסופו של דבר, על כך שבניגוד לפרשת *Yick Wo*, כאן לא הוכחה כוונה של אפליה, כלומר העתירה נדחתה מטעמים של הוכחה. עם זאת ההבחנה בין התנהגויות שיש בהן רעה טבועה ויסודן בהפרת עקרונות המוסר (*malum in se*), לבין עבירות הקובעות איסור שאין לו עיגון חיצוני (כגון הסבר מוסרי) זולת הגדרתו של החוק (*malum prohibitum*)<sup>110</sup>, מופיעה גם בפסיקה אחרת<sup>111</sup>. למרות שלא ניתן הסבר מפורש להבחנה זו בהקשר של אכיפה סלקטיבית, ההבחנה משקפת ככל הנראה מדיניות בלתי מוצהרת, שלפיה הסדר החברתי דורש שאנשים המעורבים בפעילויות מזיקות כשלעצמן ייענשו, אפילו אם העונש הוא תוצאה של אכיפה לא שוויונית; בעוד הסדר החברתי אינו דורש שפעולות שאינן מזיקות כשלעצמן תיענשנה כאשר מעורבת אכיפה מפלה<sup>112</sup>. דומה כי הנטייה כיום בארצות-הברית היא לעבר הדעה שלפיה ההגנה חלה בכל הליך פלילי, ללא הבחנה בין סוג העבירות<sup>113</sup>. עם זאת מאחר וההבחנה קיימת בפסיקה, ראוי להבהיר כי נראה שהיא מיותרת בהקשר של אכיפה סלקטיבית. ראשית, שכיחותה של אכיפה סלקטיבית בעבירות מובהקות שהן *malum in se* קטנה מאוד והתופעה מאפיינת בעיקר עבירות קלות<sup>114</sup>. שנית, עצם ההבחנה היא בעייתית, שכן תתכן מחלוקת אם עיקרו של איסור הוא מוסרי, חוקי בלבד, או שמא עירוב של השניים. ניתן להדגים זאת באמצעות שתי פרשות, אמריקנית וישראלית, הדנות בעבירת הסרסרות לזנות. בית המשפט העליון לערעורים של קליפורניה אישר הרשעה בעבירת סרסרות לזנות, למרות טענה לאכיפה מפלה של החוק<sup>115</sup>. בית המשפט ציין כי קיימת הבחנה ברורה בין הגנה על אנשים המפעילים עסק מועיל ולא מזיק של מכבסות כמו בעניין *Yick Wo*, לבין הרחבת ההגנה על אנשים אשר מתעסקים "בנגע החברתי של סרסרות"<sup>116</sup>. בית המשפט הציע כי היישום האפשרי היחיד

109 שם, בעמ' 507.

110 להבחנה בין סוגי העבירות הללו ראו 'לוי, א' לדרמן עיקרים באחריות הפלילית (תשמ"א), 20.

111 ראו Bernhardt (לעיל, הערה 14), בעמ' 502, הערה 25 והטקסט שלידה.

112 ראו Comment (לעיל, הערה 5), בעמ' 1108.

113 ראו דברי הסיכום של בית המשפט העליון של קליפורניה בפרשת *Murgia v. The Municipal Court for the Bakersfield Judicial District Court of Kern Country* 15 Cal. 3d 286, 306 (1975).

114 ראו לעיל, פרק שני, סעיף ב1.

115 *The People v. Montgomery* 117 P. 2d 437 (2<sup>nd</sup> Dist. Ct. App, 1941).

116 שם, בעמ' 446: "Applying the rule to the instant case, there is an obvious distinction between extending protection to persons of the Chinese race in pursuit of the harmless and somewhat necessary business of laundering and the extension of a like protection to those engaged in the vicious social evil of pandering".

פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

של הלכת *Yick Wo* בהליכים פליליים, יהיה במקרה שבו מדובר בפעילות בלתי מזיקה אשר פליליותה נובעת רק מכוח קביעתו של המחוקק (דהיינו עבירות *malum prohibitum*)<sup>117</sup>. ההבחנה בין פעילות "מזיקה" ושאינה "מזיקה" נותרה עמומה. אכיפה סלקטיבית של עבירות הסרסרות לזנות נדונה גם על ידי בית המשפט העליון הישראלי בפרשת תורג'מן<sup>118</sup>. המערערת שהורשעה בסרסרות למעשה זנות ובהחזקת מקום לשם זנות, טענה כי מכוני העיסוי הפכו לתופעה שהכל משלימים עמה, ורק במקרים בודדים ונדירים, עקב תלונות השכנים, פועלת המשטרה כנגד מכון. לטענתה, סלקטיביות זו שבידי רשויות המשטרה מן הראוי שיהא בה להקל בדינה. המשנה לנשיא מנחם אלון, בדעת רוב, דחה את הטענה, מן הטעם שאין באוזלת היד של המשטרה – שאנוסה לנהוג כך בשל המחסור בכוח אדם – כדי להקל עם עבריינים המובאים לדין כתוצאה מהגשת תלונה נגדם על ידי השכנים<sup>119</sup>. טעם הפסק לא הושתת אפוא על ההבחנה בין *malum in se* ל-*malum prohibita*, אך הבחנה זו משתמעת מדבריו של המשנה לנשיא באומרו כי "סרסרות למעשי זנות עבירה בזוויה ומבזה היא, כך נראית היא בעיני המחוקק וכך נראית היא בעינינו"<sup>120</sup>. לעומת זאת השופט מישאל חשין, בדעת מיעוט, הבחין בין שני הפנים של העבירות שבהן הורשעה המערערת: שמירת "המוסר הציבורי" ומניעת ניצול נשים, מחד גיסא, וביעור מטרדים ליחיד ולרבים, מאידך גיסא. מדיניותה של המשטרה הדגישה בייחוד את פן המטרדים ולכן החוק לא נאכף אלא כאשר שכן הגיש תלונה. ככל שהמערערת נוגעת בדבר, מדיניות זו של המשטרה הפכה חלק מן הדין (חוק דה פקטו), ודין-למעשה זה הוא גורם ראשון במעלה בשיקולי גזירת עונשה<sup>121</sup>. התוצאה היא, לשיטתו, שיש למדוד עבירות שעוברים מנהלים של מכוני עיסוי באמת מידה ובפלס של עבירת המטרד. "כל זאת, כמובן, בכפוף לנסיבות מיוחדות המפקיעות מקרה פלוני מהיותו מטרד גרדא והמביאות אותו אל מעגל העבירות האופייניות שהן *mala in se*: העבירות שבהן מתגלה כיעורו של אדם, עבירות הנבנות על מעשיו הבזויים של העברייין"<sup>122</sup>. לדעת השופט חשין, עניינה של המערערת לא הפקיע עצמו ממשפחת המטרדים הפליליים, ועל רקע זה הוא הציע לדון אותה ליום מאסר אחד בלבד.

117 שם, שם: "In this connection, it should be stated that the only possible application of the doctrine of the *Yick Wo* case to a criminal prosecution would appear to be in an instance where a person was under prosecution for the commission of some otherwise harmless act which ordinarily had not theretofore been treated as a crime"

118 ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441 (להלן: פרשת תורג'מן).

119 שם, בעמ' 448.

120 שם, בעמ' 447.

121 שם, בעמ' 453-454.

122 שם, בעמ' 463.



## אכיפה סלקטיבית

שתי פרשות אלה מדגימות אפוא את בעייתיות ההבחנה. בית המשפט הקליפורני ראה בסרסרות לזנות פעילות מזיקה, אך לא הבהיר מהי פעילות בלתי מזיקה אשר אסורה רק מכוח צו המחוקק. בבית המשפט העליון הישראלי, בעוד המשנה לנשיא אלון ראה בכל עבירת סרסרות לזנות עבירה בזויה כשלעצמה, השופט חשין הבחין בין הפנים השונות של העבירה וסבר כי יש לבחון כל מקרה לגופו. התניית ישימותה של עילת האכיפה הסלקטיבית לעבירות *malum prohibitum* בלבד היא אפוא חסרת כל ערך. לשיטתי, יש לבחון – על פי הדגשים שאנסה להתוות בפרק זה – את התקיימותו של הפגם המקים את עילת הביקורת בדבר אכיפה סלקטיבית. מהותה של העבירה, תשמש אחד הקריטריונים אשר ישפיעו על מישור הסעד, במידה ואכן תוכח העילה<sup>123</sup>.

### (ג) הליכי גירוש

בפברואר 1999 בית המשפט העליון של ארצות-הברית, בפרשת *Reno*<sup>124</sup>, אישר הוראת חוק<sup>125</sup>, אשר הגבילה את יכולת בתי המשפט הפדרליים לבקר פעולות של גירוש זרים המתבצעות על ידי ה-INS (Immigration and Naturalization Service) רק לעילות מסוימות הקבועות בחוק. בכך הגיע לסימו תיק גירוש שהתנהל 12 שנים ואשר עסק בזכויותיהם החוקתיות של מהגרים בארצות-הברית ובסמכות בתי המשפט הפדרליים לבקר את פעולות ה-INS<sup>126</sup>. תחילת הפרשה בשנת 1987, כאשר ה-INS עצר ותבע את גירושם של קבוצת פלשתינאים שנודעה בשם L.A. Eight בשל פעילות קומוניסטית ובהתבסס על קשריהם עם ארגון טרוריסטי (PFLP)<sup>127</sup>. הקבוצה טענה שמדובר באכיפה סלקטיבית, שכן חבריה סומנו כמטרה בשל השתייכותם לקבוצה פוליטית לא פופולרית, תוך הפרת זכויותיהם לחופש הביטוי ולשוויון המעוגנים בתיקונים הראשון והחמישי לחוקה<sup>128</sup>. הפרשה התגלגלה עד

- 123 להבחנה בין מישור העילה למישור הסעד ראו להלן, פרק שישי, סעיף ג.  
124 *Reno, Attorney General v. American-Arab Anti-Discrimination Committee (AADC)* 525 U.S. 471 (1999). (להלן: פרשת *Reno*).  
125 Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act (1996) (IIRIRA) 8 U.S.C.S 1252(g)  
126 להצגת המקרה וההיסטוריה שלו ראו G.L. Neuman "Symposium: Deportation, National Security, and Aliens' Rights After *Reno v. AADC*: Introductory Comment" 31 *Colum. Human Rights L. Rev.* (2000) 473  
127 The Popular Front for the Liberation of Palestine – ארגון שהתנגד לתהליך השלום בין אש"ף (PLO) לבין ישראל.  
128 ניתן לנסח את טענותיהם בדבר אכיפה סלקטיבית בשתי דרכים: האחת, שה-INS בחר לגרש אותם בשל הפרות חוק קטנות שהוא בדרך כלל מתעלם מהן וזאת בשל קשריהם עם ה-PFLP; השנייה, שה-INS לא בחר לגרש זרים שנמצאים באותו מצב, כלומר קשורים לארגונים טרוריסטיים אחרים אשר הממשל מתנגד פחות לעמדותיהם. בכתבי הטענות נטען כי במשך 26 שנים לא גורש אף אדם אחר בעילה של תמיכה בקומוניזם. ראו הודעה מטעם האגודה

### פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

לבית המשפט העליון, אשר הפך את קביעתו של בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז התשיעי, וקבע ברוב של חמישה שופטים כנגד ארבעה כי זרים אינם יכולים לתקוף את פעולות ה-INS בטענה כי הוחלט לגרשם בשל עמדותיהם הפוליטיות השנויות במחלוקת. השופט Scalia התייחס בפרק השלישי לפסק דינו לטענה שלפיה דוקטרינת "הספק החוקתי" (constitutional doubt)<sup>129</sup> מחייבת לפרש את הוראת החוק באופן המאפשר ביקורת שיפוטית על הליכי גירוש בעילה של אכיפה סלקטיבית, וקבע שככלל – ובפרט לאור נסיבות המקרה הנדון – לזרים השוהים בארץ באופן בלתי חוקי אין זכות חוקתית לטעון להגנה של אכיפה סלקטיבית כנגד גירושם:

As a general matter – and assuredly in the context of claims such as those put forward in the present case – an alien unlawfully in this country has no constitutional right to assert selective enforcement as a defense against his deportation<sup>130</sup>.

השופט ציין כי קבלת טענה של אכיפה סלקטיבית היא דבר נדיר גם בתחום המשפט הפלילי, שכן יש בכך חדירה לשיקול הדעת באכיפה, הנתפס כטריטוריה מיוחדת של הרשות המבצעת. השיקולים הרבים כנגד הכרה בטענה זו, ואשר נכונים להליך הפלילי, מקבלים לשיטתו משנה תוקף בהקשר של גירוש, מהסיבות הבאות<sup>131</sup>: (1) בעוד השלכות עיכוב של הליך פלילי רגיל הן רק דחייה של העונש הראוי המגיע לעבריין, בהליכי גירוש התוצאה היא הארכת ההפרה הנמשכת של חוקי ארצות הברית; (2) עיכוב ההליך מהווה פעמים רבות מטרה כשלעצמה בהליכי גירוש, שכן הזרים מקווים בזמן זה לשנות סטטוס, למשל על ידי נישואין לאזרח ארצות-הברית. הערמת המכשול הנוסף כנגד תביעות בעילת אכיפה סלקטיבית, תעמיד את ה-INS בלחץ דרישות של זרים לשינוי סטטוס; (3) בעוד בהליכים פליליים הטענה מובילה לחשיפת סדרי עדיפויות ושיטות אכיפה, הרי שבהליכי גירוש הדבר יגרור גם חשיפה של מדיניות חוץ ואפילו חומר מודיעיני. אין לצפות מהרשות המבצעת לחשוף את הסיבות "האמיתיות" לכך שהיא רואה בנתיני מדינה מסוימת איום מיוחד, או לכך שהיא בוחרת להתנגד למדינה מסוימת על ידי התמקדות בנתיני אותה מדינה; (4) גם אם הרשות המבצעת תגלה את הסיבות לכך, לבית המשפט לא יהיו הכישורים להעריך אם

האמריקנית לזכויות האזרח שהצטרפה להליך כ"ידיד בית המשפט", באתר האינטרנט של האגודה: <http://www.aclu.org/scotus/1998/226011g119980911.html>.

129 על פי דוקטרינה זו כאשר תוקפו של חוק של הקונגרס מועלה לדיון, ואפילו אם מועלה ספק רציני בדבר חוקתיותו, הרי כלל מנחה מרכזי הוא שבית המשפט יבדוק תחילה אם אפשרית פרשנות סבירה, אשר לאורה שאלת החוקתיות תימנע. ראו דברי השופט Brandeis בפסק דין *Ashwander et. al. v. Tennessee Valley Authority et. al.* 297 U.S. 288, 348 (1935).

130 פרשת *Reno* (לעיל, הערה 124), בעמ' 488.

131 שם, בעמ' 490-491.

## אכיפה סלקטיבית

סיבות אלה כנות וראויות; (5) האינטרס של האדם במניעת "יחס סלקטיבי" פחות מכריע בהליך של גירוש מאשר בהליך פלילי, שכן תוצאות של גירוש, חמורות ככל שתהיינה, אינן מוטלות כעונש. במקרים רבים הגירוש מתבצע רק משום שאשרת השהייה פגה או שהסתיימה הפעילות בגינה ניתנה אשרה. יתרה מזאת, אפילו כאשר גירוש מתבקש בעקבות פעולה שביצע הנתין הזר, הרי שמשמעותו אינה הטלת סנקציה עונשית, אלא שהתקיימו התנאים שמאפשרים גירוש.

למרות כל האמור, השופט Scalia הכיר באפשרות כי ייתכנו מקרים נדירים שבהם האפליה תהיה כה שערורייתית, עד כי היא תכריע את השיקולים האמורים. עם זאת הוא סבר כי לא זה המקרה שלפניו<sup>132</sup>. השופט Souter היה שופט המיעוט היחיד אשר סבר כי דוקטרינת "הספק החוקתי" מחייבת לאפשר לזרים הטוענים לאכיפה סלקטיבית לפנות לבית המשפט הפדרלי לפני שמוצא צו גירוש סופי. הוא כינה את הפרק השלישי לפסק הדין של דעת הרוב "אמרת אגב" (dictum), וכן הביע דעתו שהאינטרס במניעת אכיפה סלקטיבית של החוק הפלילי – למנוע מרשויות התביעה להפעיל שיקול דעת באופן המפר את הזכויות החוקתיות לשוויון וחירות – ישים באותה מידה להתדיינויות בנושא הגירה, אף שגירוש אינו מהווה סנקציה פלילית ולמרות אופייה הנמשך של הפרת החוק. כך למשל, לשיטתו, אם הרשויות תבחרנה להעמיד לדין רק עברייני מס מסוימים בשל דעה קדומה או מתוך מטרה להגביל את חירותם, הרי שהאופי הנמשך של עבירות המס אינו גובר על האינטרס במניעת האכיפה הסלקטיבית<sup>133</sup>. השופטת Ruth Ginsburg בדעת היחיד שכתבה, השאירה בצריך עיון את האפשרות לטעון, בהליכים שלפני גירוש סופי, טענה של אכיפה סלקטיבית שיסודה בשימוש שנעשה בחופש הביטוי. השופטת ציינה שלפי הדוקטרינה של אכיפה סלקטיבית, אין לבסס העמדה לדין באופן מכוון על סטנדרט לא ראוי כמו גזע, דת או קלסיפיקציה שרירותית אחרת, כולל שימוש בזכויות חוקתיות מוגנות. דוקטרינה זו ישימה, לשיטתה, גם כאשר הממשל מחליט לגרש אדם בשל סיבות האסורות על ידי החוקה, שכן גירוש – גם אם טכנית אינו סנקציה פלילית – מהווה סנקציה חמורה. עם זאת במקרה זה היא לא סברה שפעולות ה-INS כה בלתי ראויות, או שהפגיעה בחופש הביטוי של הקבוצה חמורה דיה, עד כדי צורך בהתערבות שיפוטית מידית<sup>134</sup>.

פסק הדין היווה כר לפרשנויות שונות ולביקורת נרחבת, בין היתר סביב השאלה אם דבריו האמורים של בית המשפט בנוגע לאכיפה הסלקטיבית מהווים אובייטר בלבד, ואם הם מתייחסים למישור העילה או למישור הסעד בלבד. פרופ' Gerald Neuman כתב מאמר<sup>135</sup>

132 שם, בעמ' 491-492.

133 שם, בעמ' 511.

134 שם, בעמ' 497-498.

135 G.L. Neuman "Terrorism, Selective Deportation and the First Amendment after *Reno v.*

*AADC*" 14 *Geo. Immigr. L.J.* (2000) 313

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

שבו הוא טען כי הפרק השלישי לפסק הדין מהווה כולו אמרת אגב, מאחר והוא משאיר את שאלת הגבול בין טענות לגיטימיות ובלתי לגיטימיות של אכיפה סלקטיבית – פתוחה. לאור זאת יש, לשיטתו, מקום לשקילה נוספת של הנושא במקרה עתידי שבו, בניגוד להליך האמור, השיקולים השונים יפורטו באופן מקיף על ידי בעלי הדין<sup>136</sup>. גם בהנחה שאין מדובר באמרת אגב, ניתן, לדעתו, ליישב את הפסיקה עם התיקון הראשון, שכן לא נטען שה-INS מפלה בין תומכים של אותו ארגון טרור על בסיס השקפותיהם האינדיווידואליות או על בסיס מסרים שונים שניסו להעביר, אלא שנעשתה הבחנה בין ארגונים שונים שהזרים השתייכו אליהם. לשיטתו, במקרה כזה אכן ניתן לומר כי הממשל רשאי לרכז את המשאבים שלו במקרים שמערבים את הנזק הרב ביותר לביטחון הלאומי ולמדיניות החוץ<sup>137</sup>. המחבר דוחה את הטענה שהחלק האמור של פסק הדין מתייחס לסעד ולא לעילה, לאור דבריו המפורשים של בית המשפט, שלפיהם גירושו של זר אשר נוכחותו המתמשכת מנוגדת לחוקי ההגירה בשל הסיבה הנוספת של תמיכתו בטרור, אינה מהווה הפרה של זכות חוקתית<sup>138</sup>.

בתגובה לדברים האמורים, כתב עורך דינם של העותרים, David Cole, מאמר שבו הוא מציע הסבר אלטרנטיבי להחלטת בית המשפט כעוסקת בסעדים ולא בזכויות<sup>139</sup>. לשיטתו, הקריאה הטובה ביותר של פסק הדין היא שכאשר קיימת עילה תקפה לגירוש, אכיפה סלקטיבית של חוקי ההגירה אינה מצדיקה סעד של צו כנגד הגירוש. כלומר, פסק הדין אינו מהווה הערכה של היקף זכויותיהם החוקתיות של הזרים, אלא עוסק במידת ההתאמה של סעד מסוים. עם זאת עובדה זו אינה משככת את הנזק הרב שגרם פסק הדין לקהילת המהגרים, בקובעו שה-INS חופשי להפעיל שיקול דעת באופן סלקטיבי כנגדם, אם הם משתתפים בפעילות פוליטית שאינה אהודה על הממשל. זאת ועוד, קריאת פסק הדין כמתייחס לסעד משאירה פתוחה את השאלה האולטימטיבית באשר לזכויות הזרים לחופש הביטוי – כפי שנראה שבית המשפט התכוון לעשות – אך הדבר אינו מבטל את הנזק

136 שם, בעמ' 314, 320, 346.

137 שם, בעמ' 336-337. לדעת המחבר המקרה בפסק הדין אינו טיפוסי, שכן מדיניות הגירוש הייתה קשורה באופן הדוק למדיניות החוץ, הן בשל האופי של אחת מעילות הגירוש הן בשל האופי של טענת האכיפה הסלקטיבית (אפליה בין ארגוני טרור). בהקשר הגאו-פוליטי של טרור בין-לאומי, מובן מדוע בית המשפט שם דגש על הפרספקטיבה של הריבונות במדיניות החוץ, אך אין להעריך יתר על המידה את הרלוונטיות של פרספקטיבה זו ויש לעשות דיפרנציאציה בגישתו של בית המשפט כאשר דנים במגבלות החוקתיות על הגירוש.

138 שם, בעמ' 337. המחבר מתייחס לדבריו של בית המשפט בעמ' 492 לפסק הדין: "When an alien's continuing presence in this country is in violation of the immigration laws, the Government does not offend the Constitution by deporting him for the additional reason that it believes him to be a member of an organization that supports terrorist activity"

139 D. Cole "Damage Control? A Comment on Professor Neuman's Reading of *Reno v. AADC*" 14 *Geo. Immigr. L.J.* (2000) 347

## אכיפה סלקטיבית

המהותי שנגרם כבר<sup>140</sup>. מאמר תגובה נוסף נכתב על ידי David Martin, אשר סבור כי בית המשפט התכוון לאסור באופן קטגורי על טענת אכיפה סלקטיבית בהליכי גירוש, להוציא מקרים של התנהגות שעוררייתית של שלטונות ההגירה<sup>141</sup>. קביעה זו, אשר אין לראות אותה כאוביטר בלבד, נכונה, לדעתו, בטווח הרחוק גם מנקודת המבט של המהגרים, שכן היא תעודד שימוש הומני יותר בשיקול הדעת באכיפה ומתן מספר רב יותר של אשרות שהייה מיוחדות. עם זאת הוא סבור שיש לקרוא את פסק הדין כמתייחס לסעד ולא לעילה, שכן הגיוני יותר לומר שהחוקה אינה מעניקה סעד מהסוג הנטען, מאשר לומר כי לחוקה אין כל השפעה על החלטות אכיפה מהסוג הנדון<sup>142</sup>.

ביקורות נוספות שמות דגש על הפגיעה בחופש הביטוי של הזרים. נטען כי דחיית הגנת האכיפה הסלקטיבית מעידה על כך שזרים השוהים באופן בלתי חוקי בארצות-הברית אינם נהנים מהגנת התיקון הראשון, וכי זכותם לחופש הביטוי אינה רלוונטית אם לממשל יש סיבה בלתי תלויה אחרת לגרשם<sup>143</sup>. כן נטען כי פסק הדין מאפשר אפליה על בסיס גזע ולאום (כנגד פלשתינאים אינדיווידואליים) ומונע מהם יחס שווה בכל הנוגע למימוש זכויות חוקתיות מוגנות כמו חופש הביטוי וזכות ההתאגדות, לעומת זרים אחרים הנמצאים באותו מצב<sup>144</sup>.

סוגיית הזרים הופכת להיות יותר ויותר רלוונטית גם לישראל. לפיכך נראה כי יש לקבוע עמדה עקרונית בסוגיית תחולת עילת האכיפה הסלקטיבית על הליכי גירוש. הטיעונים שהביא בית המשפט בעניין *Reno*, הגם שהם כבדי משקל, אינם צריכים לשלול לדעתי את עצם תחולתה של העילה במידה שמתקיימים כל תנאיה. יש לזכור כי אדם יוכל להצליח בטענה של אכיפה סלקטיבית רק אם יראה שהרשויות אינן מגרשות אנשים אחרים שהפרו באותו אופן את החוקים הנוגעים לשהייה בארץ. אם הרשויות כעיקרון סובלות הפרות כאלה, נראה בלתי ראוי לסמן קבוצה מסוימת על בסיס בלתי רלוונטי, דהיינו על בסיס בלתי חוקתי או שרירותי גרדא. השיקולים המיוחדים שיש לרשויות בנושאים רגישים אלה יבואו לביטוי במסגרת שאלת הרלוונטיות, שכן כפי שאראה בהמשך, שרירותיות היא תלוית הקשר<sup>145</sup>. זאת ועוד, שיקולים אלה ישפיעו כמובן על מישור הסעד, שגם הוא תלוי בכלל

- 140 שם, בעמ' 362-361.  
D.A. Martin "On Counterintuitive Consequences and Choosing the Right Control Group: A Defense of *Reno v. AADC*" 14 *Geo. Immigr. L.J.* (2000) 363  
142 שם, בעמ' 365-366.  
M.Y. Miyamoto "The First Amendment After *Reno v. AADC*: A Different Bill of Rights for Aliens" 35 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties L. Rev.* (2000) 183  
144 ראו B.E. Hernandez-Truyol "Symposium: Deportation, National Security, and Aliens' Rights After *Reno v. AADC*: Nativism, Terrorism, and Human Rights – The Global Wrongs of *Reno v. AADC*" 31 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* (2000) 521  
145 ראו להלן, סעיף ד7.

פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

נסיבות העניין<sup>146</sup>. כך למשל ניתן לאמץ סעד צר יותר במקרים של הליכי גירוש שנפתחים בעקבות מעשה שעשה הזר, להבדיל מהליכים שנפתחים כתוצאה מפגיעה של אשרת שהייה. ויתרה מזאת, הגנה של אכיפה סלקטיבית לא תקנה חסינות לזר מהליכי גירוש עתידיים, הדבר רק ימנע מהשלטונות לגרש את הזר ממניעים לא ראויים.

(ד) עיכוב, חיפוש ותפיסה באמתלה אחרת (pretext stop, search and seizure)

עיכוב, חיפוש או תפיסה ב"אמתלה אחרת" מתבצעים כאשר אנשי משטרה משתמשים במניע חוקי לעצור כלי רכב על מנת לחפש ראיות לעבירה שאינה קשורה לסיבת העצירה, ואשר לגביה למשטרה אין חשד סביר הנדרש לשם הצדקת העצירה, דהיינו האקט הראשוני מבוצע בשל סיבה שונה מזו המוצגת לאחר מכן על ידי הרשויות<sup>147</sup>. תופעה זו קשורה באופן הדוק לפרקטיקה פסולה אחרת והיא השימוש בפרופיל גזעי (racial profiling) במסגרת אכיפה. פרקטיקת הפרופיל הגזעי מוגדרת כ:

[A]ny police-initiated action that relies on the race, ethnicity, or national origin rather than the behavior of an individual or information that leads the police to a particular individual who has been identified as being, or having been, engaged in criminal activity<sup>148</sup>.

בענייננו, הכוונה היא בייחוד לתופעה שרווחה בשנות השמונים והתשעים, שלפיה אנשי משטרה עצרו נהגים שחורים באמתלה של הפרת חוקי תנועה, על מנת לערוך חיפושים הקשורים בעבירות החזקת סמים ונשק<sup>149</sup>. התוצאה הייתה מספר בלתי פרופורציונלי של

146 ראו להלן, פרק שישי, סעיף ד.

147 A.J. Pulliam "Note: Developing a Meaningful Fourth Amendment Approach to Automobile Investigatory Stops" 47 *Vand. L. Rev.* (1994) 477, 479. כן ראו C.M. Glantz "Supreme Court Review: 'Could' This be the End of Fourth Amendment Protections for Motorists?" 87 *J. Crim. L. & Criminology* (1997) 864, 865.

148 D. Ramirez, J. McDevitt, A. Farrell *A Resource Guide on Racial Profiling Data Collection Systems – Promising Practices and Lessons Learned* (A Report Submitted to the U.S. Department of Justice, November 2001), 3.

149 למשל ד"ר ח שנתן צוות חקירה אשר הוקם על ידי התובע הכללי של ניו-ג'רסי בשנת 1999, הציג בבירור נתונים שלפיהם נהגים בני מיעוטים היו חשופים באופן בלתי פרופורציונלי לחיפושים בכלי הרכב שלהם; ראו P.H. Zoubek, R. Susswein "Symposium Article: On the Roll Road to Reform: One State's Efforts to Put the Brakes on Racial Profiling" 3 *Rutgers Race & L. Rev.* (2001) 223, 223-226.

## אכיפה סלקטיבית

נהגים שחורים הנעצרים בכבישים בשל ההנחה כי הם מעורבים בפעילויות בלתי חוקיות של נשק או סמים<sup>150</sup>.

בשנת 1996 קבע בית המשפט העליון של ארצות-הברית בפרשת *Whren*<sup>151</sup> כי חוקיות עצירת רכב אינה קשורה למניע הסובייקטיבי של השוטר, דהיינו כל עוד קיימת עילה אובייקטיבית – הפעולה חוקית. בעניין זה נטען כי המשטרה עוצרת רכבים על פי פרופיל גזעי באמתלה של הפרת חוקי תנועה, אך בפועל היא חוקרת הפרות חוק אחרות כגון החזקת סמים, וזאת כאשר בשל הפרת אותם חוקי תנועה לא נעצרים אנשים לבנים. בית המשפט הסכים כי החוקה אוסרת על אכיפה סלקטיבית על בסיס גזעי, אך קבע כי המבחן שיש ליישם הוא מבחן "העילה המסתברת" (probable cause) של התיקון הרביעי לחוקה<sup>152</sup>. כל עוד למשטרה עילה מסתברת להניח כי בוצעה עבירת תנועה, עצירת הרכב חוקית, גם אם בסופו של דבר הובילה (ולטענת העותרים – נועדה) לחקירת הפרת חוק שלא הייתה עילה מסתברת לקיומה:

[T]he Constitution prohibits selective enforcement of the law based on considerations such as race. But the constitutional basis for objecting to intentionally discriminatory application of laws is the Equal Protection Clause, not the Fourth Amendment. Subjective intentions play no role in ordinary, probable-cause Fourth Amendment analysis<sup>153</sup>.

אך לא כל עיכוב דורש "עילה מסתברת". בפרשת *Terry v. Ohio*<sup>154</sup> נקבע מבחן מקל יותר עם המשטרה לשם ביצוע עיכוב שאינו עולה כדי מעצר ולשם ביצוע חיפוש שטחי (stop and frisk). המבחן לשם הפעלת אמצעים אלה, שנחשבים חמורים פחות, הוא מבחן "החשד הסביר" (reasonable suspicion)<sup>155</sup>. אך אפילו לצורך המבחן המקל יותר נקבע בפסק הדין כי בית המשפט צריך לשאול עצמו שתי שאלות: ראשית, אם לשוטר היה חשד סביר המבוסס על הערכה אובייקטיבית של העובדות הידועות לו בזמן ביצוע העיכוב (כלומר סטנדרט אובייקטיבי לבחינת חוקיות העצירה); שנית, אם היקף החיפוש היה קשור

- D.D. Fredrickson, R.P. Siljander *Racial Profiling* (Charles C. Thomas Publisher, 150  
Springfield, Illinois, 2002), 21-22  
*Whren v. U.S.* 517 U.S. 806 (1996) (להלן: פרשת *Whren*). 151  
U.S. Const., Amend. IV: "The right of the people to be secure in their persons, houses, 152  
papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated,  
and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation,  
and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be  
.seized"  
פרשת *Whren* (לעיל, הערה 151), בעמ' 813. 153  
.392 U.S. 1 (1968) 154  
שם, בעמ' 27-20. 155

פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

באופן סביר לעובדות ולנסיבות, אשר באורח ראשוני הצדיקו את העצירה<sup>156</sup>. לעומת זאת בעניין *Whren*, בית המשפט הצדיק עצירת רכב כל עוד יש עילה מסתברת להאמין שבוצעה עבירת תנועה<sup>157</sup>, דהיינו לא יישם את השלב השני של הבדיקה, ויש הטוענים שלעניין זה הוא סטה מהמבחן שנקבע בפרשת *Terry*<sup>158</sup>.

על פסק דין *Whren* נמתחה ביקורת נרחבת. נטען כי בכך שבית המשפט הוציא את המניע הסובייקטיבי של השוטר העוצר מגדר השיקולים שנבדקים לאור התיקון ה-14, הוא הכשיר את אחת השיטות הפופולריות ליישום של פרופיל גזעי – עיכוב באמתלה אחרת – ובכך הקטין באופן משמעותי את היכולת של הנאשמים להיאבק בכך ולהוכיח ששיקול זר כמו גזע מילא תפקיד בהחלטה לעכב או לעצור אותם<sup>159</sup>. התופעה של שימוש בפרופיל גזעי כאמתלה לעיכוב, לא רק שפוגעת בפרט, אלא שהיא חותרת תחת היושרה של המדינה בכך שהיא הופכת אותה למכשיר להתנהגות מפלה כנגד קבוצה<sup>160</sup>.

אחת הטענות הקשות כנגד הפסיקה בפרשת *Whren* היא שבית המשפט העניק לשוטרים שיקול דעת בלתי מוגבל אשר יכול להגיע עד כדי שרירות, באופן הנוגד את הוראות התיקון הרביעי, שמטרתו למנוע חיפוש ותפישה שרירותיים<sup>161</sup>. מטרה זו הוכרה מפורשות על ידי בית המשפט העליון בפרשת *Brown v. Texas*<sup>162</sup>, שבה נקבע כי האינטרסים והאיזונים הגלומים בתיקון הרביעי נועדו בראש ובראשונה להבטיח ששוטרים לא יוכלו לפלוש לתחום הסביר של פרטיות האדם רק מכוח שיקול דעתם הבלתי מוגבל<sup>163</sup>. חדירה לפרטיות

- 156 ראו Pulliam (לעיל, הערה 147), בעמ' 494-496.
- 157 ראו Glantz (לעיל, הערה 147).
- 158 J.K. Levit "Pretextual Traffic Stops: *United States v. Whren and the Death of Terry*" 28 *Loy. U. Chi. L.J.* (1996) 145.
- 159 ראו למשל A. Abramovsky, J.I. Edelstein "Pretext Stops and Racial Profiling after *Whren v. United States*: The New York and New Jersey Responses Compared" 63 *Alb. L. Rev.* (2000) 725, 732-733. מאידך קיימת טענה כי אין להרחיב את דוקטרינת השוויון של התיקון ה-14 למצב שנדרש בפרשת *Whren*, אלא להכיר בהבחנות החשובות שבין אכיפה על ידי המשטרה לבין הגשת כתבי אישום על ידי התביעה; ראו C.J. Schifferle "After *Whren v. United States*: Applying the Equal Protection Clause to Racially Discriminatory Enforcement of the Law" 2 *Mich. L. & Policy Rev.* (1997) 159.
- 160 ראו P.W. Beck, P.A. Daly "State Constitutional Analysis of Pretext Stops: Racial Profiling and Public Policy Concerns" 72 *Temple L. Rev.* (1999) 597. ראו גם T. Maclin "Race and the Fourth Amendment" 51 *Vand. L. Rev.* (1998) 333.
- 161 ראו למשל Glantz (לעיל, הערה 147), בעמ' 864; Pulliam (לעיל, הערה 147), בעמ' 517.
- 162 להצעה להילחם בשרירות באכיפת החוק ובסכנות שיקול הדעת הבלתי מוגבל של המשטרה באמצעות ביקורת אזרחית ראו S. Hecker "Race and Pretextual Traffic Stops: An Expanded Role for Civilian Review Board" 28 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* (1997) 551.
- 162 443 U.S. 47 (1979).
- 163 שם, בעמ' 51.



#### אכיפה סלקטיבית

היא "שרירותית" אם הגורם המבצע מפעיל את שיקול דעתו בעריצות או בקפריזיות<sup>164</sup>. חשש זה בא לידי ביטוי בדעת מיעוט של השופטת O'Connor בפרשת *Atwater*<sup>165</sup>. בפרשה זו דעת הרוב קבעה כי התיקון הרביעי אינו מונע מעצר בעבירה קלה כגון אי-חגירת חגורת בטיחות<sup>166</sup>. בהסתמך על פרשת *Whren* הטעים בית המשפט כי למרות שהתיקון הרביעי דורש איזון בין האינטרסים של הממשל לזכויות הפרט, הרי שתוצאת האיזון כמעט שאינה שנויה במחלוקת כאשר קיימת עילה מסתברת למעצר<sup>167</sup>. דהיינו כל עוד יש סיבה חוקית כלשהי למעצר, ולו בעבירה פעוטה שבדרך כלל לא נעצרים בגינה, האינטרסים של הממשל יגברו על זכויות הפרט. השופטת O'Connor הביעה דאגתה מפסיקה זו באומרה:

My concern lies not with the decision to enact or enforce these [fine-only misdemeanors] laws, but rather with the manner in which they may be enforced. Under today's holding, when a police officer has probable cause to believe that a fine-only misdemeanor offense has occurred, that officer may stop the suspect, issue a citation, and let the person continue on her way... Or, if a traffic violation, the officer may stop the car, arrest the driver... search the driver... search the entire passenger compartment of the car including any purse or package inside, and impound the car and inventory all of its contents... Although the Fourth Amendment expressly requires that the latter course be a reasonable and proportional response to the circumstances of the offense, the majority gives officers unfettered discretion to choose that course without articulating a single reason why such action is appropriate. Such unbounded discretion carries with it grave potential for abuse<sup>168</sup>.

בעיה נוספת היא שקרבנות של פרופיל גזעי באכיפה נופלים בין הכסאות של המבחנים החוקתיים. אכן, אי-קבלת הטענה של פגיעה בתיקון הרביעי לחוקה אינה שוללת טענת

164 ראו Glantz (לעיל, הערה 147), בעמ' 865: "Invasions are 'arbitrary' if they are conducted at the discretion of executive officials who may act despotically and capriciously in the exercise of the power to search and seize". A.G. Amsterdam "Perspectives of the Fourth Amendment" 58 *Minn. L. Rev.* (1974) 349, 411

165 *Atwater v. City of Lago Vista* 532 U.S. 318 (2001) (להלן: פרשת *Atwater*).

166 לדיון ראו M. Tamir "Public Law as a Whole and Normative Duality: Reclaiming Administrative Insights in Enforcement Review" 12 *Tex. J. Civ. Liberties & Civ. Rts.* (2006) 43, 91-94.

167 פרשת *Atwater* (לעיל, הערה 165), בעמ' 325.

168 שם, בעמ' 370-371 (הערות השוליים הושטמו).

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

אכיפה סלקטיבית על פי מבחני התיקון הארבעה-עשר, אלא שבדרך כלל הקרבנות נותרים קרחים מכאן ומכאן בשל הדיכוטומיה של מבחנים סובייקטיביים/אובייקטיביים. כל עוד הייתה סיבה אובייקטיבית חוקית כלשהי לעיכוב – יקשה עליהם להוכיח טענה של הפרת התיקון הרביעי, ואילו טענה לאכיפה סלקטיבית דורשת הוכחת כוונה מיוחדת להפליה על בסיס חוקתי – טענה שכאמור לעתים נדירות ניתנת להוכחה<sup>169</sup>.

בפועל, בעוד רוב בתי המשפט אכן הכשירו את פרקטיקת הפרופיל הגזעי במסגרת החלטות על עיכוב, מעצר או חיפוש, כל עוד היה לכך קשר סביר לאכיפה הפלילית<sup>170</sup>, יותר ויותר אנקדוטות באשר לתופעה שכונתה "driving while black" החלו להצטבר<sup>171</sup>. הדבר הוביל לביקורת נוקבת מצד הממשל<sup>172</sup> ולאיסור מפורש של פרקטיקת הפרופיל הגזעי במדינות שונות<sup>173</sup>. למרות זאת תופעת הפרופיל הגזעי נמשכת. גינוי התופעה, ואפילו הפיכת סוגים מסוימים של עצירות לבלתי חוקיים אינם פותרים את אחד הנושאים הסבוכים ביותר אשר מעסיקים את רשויות האכיפה באמריקה<sup>174</sup>. על רקע ארועי הטרור נעשית כיום אנלוגיה בין המלחמה בסמים שהובילה לפרופיל הגזעי בכבישים, למלחמה בטרור אשר הובילה לפרופיל גזעי בשדות התעופה. עד שהיה מי שאמר כי "Flying While Arab" "threaten[s] to replace 'Driving While Black'"<sup>175</sup>.

הפרקטיקה של פרופיל גזעי בכבישים מדגימה את מורכבותה של בעיית האכיפה הסלקטיבית: אין ספק כי לא ניתן לאכוף את החוק כלפי כל מפרי התנועה ושמטבע הדברים המשטרה תעצור רק חלק מהמכוניות אשר עוברות עבירה מסוימת. אך כיצד על המשטרה לבחור כלפי מי היא אוכפת את החוק? ומהי, בהקשר זה, התנהגות העולה כדי התנהגות

- 169 לניתוח מפורט יותר ראו Tamir (לעיל, הערה 166), בעמ' 93-94.
- 170 Kennedy (לעיל, הערה 65), בעמ' 141; P. Butler "Blind Faith: the Tragedy of Race Crime and the Law" 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 1270, 1286.
- 171 D.A. Harris *Profiles in Injustice* (New Press, New York, 2002); M. Heumann, L. Cassak *Good Cop, Bad Cop – Racial Profiling and Competing Views of Justice* (Peter Lang Publishing, New York, 2003).
- 172 ביוני 1999 הנשיא ביל קלינטון אמר כי: "racial profiling is in fact the opposite of good police work, where actions are based on hard facts, not stereotypes. It is wrong, it is destructive, and it must stop" Attorney General's Conference on Strengthening Police-Community Relationships, Report on the Proceedings (Washington, DC: US Department of Justice, June 9-10, 1999), 22-23.
- 173 Heumann & Cassak (לעיל, הערה 171), בעמ' 4.
- 174 R.G. Schott "The Role of Race in Law Enforcement" *Law Enforcement Bulletin* (FBI Publications; November 2001) 24, 31; G. Carrick "Professional Police Traffic Stops" *Law Enforcement Bulletin* (FBI Publications, November 2000) 8-10.
- 175 D. Harris "Flying While Arab: Lessons from the Racial Profiling Controversy" *Civil Rights Journal* (Winter 2002) 8 (<http://www.usccr.gov/pubs/crj/wint2002/wint02.pdf>).

## אכיפה סלקטיבית

”שרירותית” ופסולה? כפי שאטען בהמשך<sup>176</sup>, הסיווג שמבצעת הרשות האוכפת חייב להיות תואם את מטרות הנורמה הספציפית הנאכפת. לאור זאת, אכיפה של עבירות תנועה צריכה להיעשות למטרה של אכיפת עבירות תנועה ולא למטרות אחרות. לעומת זאת אכיפה רנדומלית (אקראית), שאינה על בסיס סיווג גזעי, בהקשר של עבירות תנועה מהסוג הנדון היא לגיטימית, בעוד בהקשרים אחרים רנדומליות יכולה לעלות כדי שרירות<sup>177</sup>.

### 4. אכיפה סלקטיבית ואכיפה בחוסר תום לב

מאחר ובארצות-הברית אכיפה סלקטיבית היא עילה עצמאית, הרי שהיא מובחנת מטענה בדבר העמדה לדין בחוסר תום לב (bad faith prosecution), אשר בדרך כלל מועלית בהקשר של אכיפה למטרת רדיפה או למטרת מניעת שימוש בזכויות מוגנות. אכן, הן אכיפה סלקטיבית הן חוסר תום לב יכולים לערב יחס מפלה של התביעה ואלמנטים של שתי התופעות יכולים להופיע באותו מקרה נתון, אך עם זאת מדובר בדוקטרינות שונות ומובחנות. כך למשל הכלל שלפיו ככל שהסתברות האשמה של הנאשם גדולה יותר כך גדלה גם ההסתברות שההעמדה לדין היא חוקית, מתאים לעילה של אכיפה חסרת תום לב, כאשר אחת הטענות המבססות את הרדיפה היא ביצוע כמה מעצרים חסרי יסוד. במקרה כזה, אם יש הסתברות גבוהה לאשמה התומכת במעצר – המעצר אינו חסר יסוד. לעומת זאת מידת הוכחת האשמה אינה רלוונטית לשאלה אם הנאשם נבחר באופן סלקטיבי והועמד לדין בשל דעתו הפוליטית או סיבה בלתי מוצדקת אחרת<sup>178</sup>. זאת ועוד, על פי ההלכה של בית המשפט העליון על מנת למנוע אישום בטענה של העמדה לדין חסרת תום לב, על העותר להראות שהאישום הוגש “ללא ציפיות כנות להרשעה”<sup>179</sup>. זהו סטנדרט דווקני וקשיח, אשר כשלעצמו זכה לביקורת<sup>180</sup>, אך הוא ללא ספק אינו מתאים לסוגיה של סלקטיביות באכיפה.

דוגמה למקרה שאמנם עירב אכיפה סלקטיבית מסוימת, אך בבסיסו עסק באכיפה חסרת תום לב, הוא *Shaw v. Garrison*<sup>181</sup>. מיד לאחר ש-Shaw זוכה מאשמה של קשירת קשר להתנקשות בחייו של הנשיא קנדי, התובע המחוזי של ניו-אורלינס הגיש נגדו כתב אישום

176 ראו להלן, סעיף ד2.

177 ראו להלן, סעיף ד3.

178 Amsterdam (לעיל, הערה 3), בעמ' 22-25.

179 *Allee v. Medrano* 416 U.S. 802, 819 ראו “with no genuine expectation of conviction”; (1974).

180 Amsterdam (לעיל, הערה 3), בעמ' 24-25. המחבר מציע קריטריון אלטרנטיבי, המסתפק בכך שהנאשם יוכיח שהאישום מהווה רדיפה ושמטרתו לפגוע בשימוש של הנאשם בזכויותיו המוגנות.

181 467 F. 2d 113 (5<sup>th</sup> Cir., 1972) (להלן: פרשת *Shaw*). בקשת certiorary (רשות ערעור לבית המשפט העליון) נדחתה; ראו *Garrison v. Shaw* 409 U.S. 1024 (1972).

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

חדש באשמת שבועת שקר. בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז החמישי מצא כי האישום הוגש למטרות רדיפה ונימק מסקנתו זו בנימוקים רבים המשתרעים על ארבעה עמודים<sup>182</sup>. במסגרת זו הוזכר בקצרה כי לא זכור מקרה אחר שבו אדם, אשר הועמד לדין וזוכה – הועמד לדין אחר כך באשמה של שבועת שקר. כמו כן, אישום כזה לא הוגש אף פעם כנגד עדי מדינה, אף שעדותם במשפט עצמו סתרה עדות קודמת שהם מסרו<sup>183</sup>. עובדה זו אמנם יכולה להוות בסיס לטענת הגנה של אכיפה סלקטיבית, אלא שמדברי בית המשפט משתמע שזה היה רק אלמנט מינורי במסקנתו בדבר הרדיפה ושהוא היה מונע את האישום בשבועת שקר גם בהיעדר נתון זה<sup>184</sup>.

גם בתי המשפט בבלו לעתים בין שתי הטענות, בהתייחסם למשל לטענה של אכיפה חסרת תום לב כמערכת אכיפה סלקטיבית. כך למשל בפסק דין *U.S. v. Berrigan*<sup>185</sup> הנאשמים הועמדו לדין בקשירת קשר לחטוף את הנרי קיסינג'ר, בשליחת מכתב בדואר הכולל איום בחטיפה ובהברחת מכתבים אל הכלא וממנו בלא אישור הרשויות. הנאשמים טענו שהם הועמדו לדין מסיבות פוליטיות, בשל מאמציהם להביא קץ לפעילות הצבאית של ארצות-הברית בדרום אסיה, וכן מסיבות אישיות שעניינן הצדקת המוניטין של מפקד ה-F.B.I. באשר לסעיף בדבר הברחת המכתבים שבו הם הורשעו, נטען כי מעט מאוד אישומים הוגשו בסעיף האמור, וגם אלה שהוגשו התייחסו למכתבים בנוגע לתנאי המאסר, ואף לא אחד מהם התייחס למכתב שכתב מי שאינו אסיר, כפי שהיה מצב הדברים לגבי אחת מהנאשמים באותו מקרה. לאור כל זאת האכיפה כנגדם היא מפלה ונוגדת את זכותם החוקתית לשוויון<sup>186</sup>. בית המשפט התייחס לטענות כטענות בדבר אכיפה סלקטיבית ודחה אותן לגופן, שכן מאחר שהרעיון לחטוף את הנרי קיסינג'ר הוא כל כך מוזר וייחודי, הדבר סותר מיניה וביה סלקטיביות באכיפה<sup>187</sup>. ניתן לטעון שבית המשפט יכול היה להתייחס

182 פרשת *Shaw*, שם, בעמ' 116-120.

183 ראו שם, בעמ' 118 : (1) No witness who testified at the hearing before the district court, including Garrison, could recall an instance where a defendant who took the stand and was acquitted was later charged with perjury. (2) No perjury charges were filed against State witnesses although their testimony at the conspiracy trial contradicted their testimony previously given.

184 ראו דברי הסיכום של בית המשפט, שם, בעמ' 122 : "When the federal right sought to be protected is the right not to be subjected to a bad faith prosecution or a prosecution brought for purposes of harassment, the right cannot be vindicated by undergoing the prosecution... The decision of the district court enjoining Garrison from further prosecution of the pending state perjury proceeding against Shaw is affirmed"

185 482 F. 2d 171 (3<sup>rd</sup> Cir. 1973).

186 שם, בעמ' 173.

187 ראו שם, בעמ' 179.

## אכיפה סלקטיבית

לכך כטענה לאכיפה חסרת תום לב, שכן העובדה שהאישום בחטיפה הוא ייחודי, אינה שוללת את הוכחת האלמנט של חוסר תום הלב בהגשת כתב האישום<sup>188</sup>.  
עילת האכיפה הסלקטיבית בארצות-הברית היא אפוא עילה מובחנת (הנגזרת מטענה לחוסר שוויון), בעלת קריטריונים ברורים להקמתה, ושונה מהעילה בדבר אכיפה חסרת תום לב. זהו מצב שונה מהדין באנגליה למשל, שם לא קיימת עילה מובחנת וייתכן שהטענה תידון במסגרת טענה לשימוש לרעה בהליך<sup>189</sup>. עם זאת ייתכנו כאמור מקרים שבהם אלמנטים של שתי העילות יתקיימו בו-זמנית ואף הסעדים הפוטנציאליים כתרופה להוכחת כל אחת מהעילות האמורות – הם סעדים זהים בבסיסם<sup>190</sup>.

## ג. הגדרת העילה בישראל

אכיפה סלקטיבית הוגדרה לראשונה בישראל רק בשנת 1999 בבג"ץ זקין<sup>191</sup>. אמנם, עד אז נדונו טענות בדבר אכיפה סלקטיבית, אך לא נעשו ניסיונות להגדירה וממילא גם לא נערך דיון יסודי בדרישת הוכחת מרכיבים כגון קיומו של מניע או סיווג על בסיס פסול.

### 1. הפסיקה שקדמה להלכת זקין

בפסקי דין רבים בית המשפט העליון דחה כליל את הרעיון כי מאחר ומעשה שהוא בגדר עבירה או הפרת כלל, כבר אירע בעבר בלי שננקטו צעדים משפטיים, קיימת בעייתיות בהעמדה לדין בגין אותו מעשה<sup>192</sup>. בהקשר זה ראוייה לציון פרשת תורג'מן<sup>193</sup>, שבה המערערת, אשר הורשעה בעבירות הקשורות בסרסרות לשם זנות ובהחזקת מקום לשם זנות, טענה כי מן הראוי היה שבית המשפט המחוזי יטיל עליה עונש מאסר סמלי בלבד, שכן מדיניותה הרשמית של המשטרה הייתה שלא לפעול כנגד מכוני ליווי, אלא במקרים מיוחדים ונדירים שבהם קיימות תלונות של השכנים. לדבריה, סלקטיביות זו שבידי רשויות

188 Amsterdam (לעיל, הערה 3), בעמ' 23-24.

189 ראו להלן, פרק חמישי, סעיף 4.

190 הכוונה בעיקר לדחייה על הסף של אישום, זיכוי במסגרת תקיפה עקיפה בהליך פלילי, או מתן צו מניעה כנגד הגשת האישום במסגרת תקיפה ישירה; ראו Amsterdam (לעיל, הערה 3), בעמ' 22. לסוגיית הסעדים בעילת האכיפה הסלקטיבית בארצות-הברית, ראו להלן, פרק שישי, סעיף 2.

191 בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג' (3) 289 (להלן: בג"ץ זקין).

192 ראו למשל בג"ץ 301/69 שמילביץ ורון נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כד' (1) 302; בג"ץ 146/66 הרשקוביץ נ' הוועדה המחוזית לבניה ולתכנון עיר, פ"ד כ' (2) 518; בג"ץ 178/74

בר-חורין נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, פ"ד כח' (2) 757; בג"ץ 174/84 חפץ נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד לח' (3) 412; בג"ץ 458/85 בת ישראל נ' שר הפנים, פ"ד לט' (3) 701; בג"ץ 100/85 בן ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט' (2) 45.

193 לעיל, הערה 118.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

המשטרה, מן הראוי שיהא בה להקל בדינו של מי שהורשע. דעת הרוב, מפי המשנה לנשיא מנחם אלון דחתה את הטענה, שכן לשיטתו אין באוזלת ידה של הרשות המבצעת לעשות לשם אכיפה מלאה של החוק, להביא לדרישה כי גם הרשות השופטת תגלה אוזלת יד ותוסיף פגם על פגם על ידי הקלה בדין של עבריין שהורשע<sup>194</sup>. לפיכך דעת הרוב כלל לא דנה בהגדרת העילה או במרכיביה. השופט מישאל חשין, אשר היה בדעת מיעוט, התייחס ברצינות לטענה ואף סבר שעליה להשפיע באופן משמעותי על הענישה, אך לא כינה את התופעה בשם, אלא התמקד במדיניות המשטרה אשר יצרה "דין למעשה"<sup>195</sup>. עם זאת דעת מיעוט זו חשובה במיוחד, משום שניתן למצוא בה רמז לגישה האוסרת גם על שרירות באכיפה. השופט חשין סבר כי "הפעלת החוק באורח מקרי – שלא על דרך מדיניות קבועה, ברורה ומבוקרת מראש – משמיעה שרירות, ושרירות הינה אויבת שלטון החוק"<sup>196</sup>. מאחר שהסיבה לחקירה כנגד המערערת הייתה תלונתו של שכן, לשיטתו של השופט חשין בהטלת עונש מאסר על המערערת יש משום שרירות ו"מקרויות שאינה מבוקרת מראש". שכן ניתן לתלות בתלונתו של שכן חקירת קיומה של עבירה, במקום שאותה עבירה עניינה רווחתו ונוחתו של השכן, אך אין לקבל מדיניות אשר תתלה בתלונתו של שכן חקירה בעבירת מוסר כבדה. בהתאם לכך הציע השופט חשין כי עונש המאסר (שהיה עונש חובה בעבירה שבה הורשעה המערערת) יופחת למאסר של יום אחד בלבד.

בפסיקה אחרת נדונה טענת האכיפה הסלקטיבית באמרת אגב בלבד ולכן, גם אם כונתה בשמה, לא נדונה לעומקה<sup>197</sup>. זאת ועוד, גם במקרים שבהם דנו בתי המשפט בטענה לגופה, ואפילו קיבלו אותה, לא נעשה דיון יסודי במרכיביה, אלא הושם דגש על הפגיעה בשוויון ויושמה עילת האפליה, אשר מתמקדת בבחינת רלוונטיות ההבחנה בלבד. כך למשל בבג"ץ אלוני<sup>198</sup> נטען על ידי חברות ישראליות שעיסוקן בייצוא ויבוא של מרצפות, כי רשויות המדינה עורכות ביקורות תקן קפדניות על איכות המרצפות שלהן, אך אינן עורכות ביקורות

194 שם, בעמ' 448.

195 שם, בעמ' 456.

196 שם, שם.

197 ראו למשל רע"א 1367/95 פרופורציה מרכז רפואי בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 28 – השופט זמיר התייחס לטענת אכיפה סלקטיבית באמרת אגב, שכן לגוף העניין הוא פסק שלא הייתה הפרת חוק; בג"ץ 4169/93 ילין נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 31.7.94) – השופטת דורנר התייחסה באופן אוהד לטענה בדבר אכיפה שרירותית, מפלה ובלתי שוויונית של חוק, אלא שלשיטתה מקום הטענה היה בערעור ולא בעתירה לבג"ץ. ראו גם תעבורה (נת') 1469/98 מדינת ישראל נ' איצקוביץ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי – השופטת בן שלמה העירה בשולי הדברים כי מן הראוי להסדיר בחקיקה את כל הנושא של שימוש במכשירי קשר המשרתים מגזרים נרחבים באוכלוסייה כמו משטרה וצבא "ולא בדרך של אכיפה סלקטיבית של התקנה [המחייבת החזקת הגה בשתי ידיים], שבחלקה, ייתכן ומוצדקת, אולם יש בה כדי לקומם".

198 בג"ץ 53/96 תשלוכת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד נב(2) 1.

## אכיפה סלקטיבית

תקן של מרצפות בלתי תקניות המיוצרות בחבל עזה ומיובאות ארצה. השופט חשין קבע כי העותרות הופלו לרעה וכי המדינה לא עשתה את המוטל עליה לאכיפת התקן הרשמי של מרצפות, בסכמו כי "אכיפה סלקטיבית בלתי שוויונית של חוק לא תסכון ולא תעמוד"<sup>199</sup>. בעניין קולנוע דקל<sup>200</sup>, בעלי בית קולנוע, אשר הורשעו בעקבות הפעלת סרטים בלילות שבת בעבירות על חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968 והתקנות שלפיו, טענו לאפליה מאחר שבתי קולנוע רבים הופעלו בשבת בלא שננקטו לגביהם הליכים משפטיים על ידי העירייה. השופט משה בייסקי קיבל את הטענה וסיכם כי "חוק העזר (גם אם בסמכות הוחק) אינו נאכף באורח שווה לגבי בתי-קולנוע אחרים"<sup>201</sup>. הדגש בפסקי הדין האמורים היה אפוא על טענת האפליה, ולמרות שבית המשפט קיבל את טענת האכיפה הסלקטיבית, לא נדונו מרכיביה ולא נרמזו כי יש צורך בהוכחת שיקולים זרים או מניע פסול.

דיון הרומז על דרישות נוספות מעבר לקיומה של אפליה מצוי דווקא בפסק דין של בית הדין האזורי לעבודה במחוז באר שבע<sup>202</sup>, שבו נטען על ידי נאשמים בעבירות על חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, כי אכיפת החוק היא סלקטיבית ונעשית באופן שרירותי שלא למטרות המוגדרות בחוק. בית הדין דן בטענת האכיפה הסלקטיבית משלושה היבטים שונים, הגם שלא הבחין ביניהם מפורשות: ראשית, אכיפה סלקטיבית שיסודה בשיקול זר. לשיטת בית הדין, מדובר בחוק סוציאלי שבא להיטיב עם העובד ואין מדובר בחוק קונסטיטוציוני הבא להסדיר את היחסים שבין האדם לבוראו, לפיכך יש לבחון את המקרה על פי אמות מידה סוציאליות ולא דתיות. בהתאם לכך, השופט בדק אם נעשה שימוש בחוק סוציאלי כדי להשיג מטרות זרות אחרות:

על פי תפיסות היסוד של המשפט המינהלי שלנו, רשות מינהלית, המפעילה סמכות שלטונית, רשאית להתחשב בשיקולים רלבנטיים ובהם בלבד. אסור עליה שיקול זר... רלבנטיות השיקול היא לעולם פונקציה של התכלית המונחת ביסוד הסמכות השלטונית. כקן פרשני מנחה – הכפוף לתכליתו הספציפית של כל דבר חקיקה – ניתן לקבוע, כי ההתחשבות בשיקולי הדת ובאורח החיים הדתי אסורה היא, אם הפעלת הסמכות נועדה לכפות על אדם את מצוות הדת. ההתחשבות בשיקולי הדת ובאורח החיים הדתי מותרת היא, אם היא נועדה לתת ביטוי לצורכי הדת של האדם... במקרה שלפנינו...

199 שם, בעמ' 12.

200 בש"פ 738/89 קולנוע דקל בע"מ נ' עיריית ת"א-יפו, פ"ד מג(3) 759.

201 שם, בעמ' 763. חוק העזר שנדון הוא חוק עזר לתל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות), תש"ם-1980.

202 ת"פ (ב"ש) 800032/97 מדינת ישראל נ' ארז ואבי נקודת חן 92 בע"מ (לא פורסם); הכרעת הדין ניתנה ביום 25.11.98; גזר הדין – במסגרתו נטענו טענות האכיפה הסלקטיבית – ניתן ביום 17.3.99.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

ניתן להסיק בוודאות כי מפעיל הסמכות דנן (כב' שר העבודה והרווחה) אינו פועל לרווחתו של העובד, אלא עושה שימוש בחוק שעות עבודה ומנוחה כאמצעי וכמסווה לאכיפת איסורי דת ומצוות על מי שאינם שומרי מצוות<sup>203</sup>.

שנית, נדונה אכיפה סלקטיבית שיסודה בסיווג פסול. בית הדין ציין כי לא נמצא כל נתון שלפיו מפעיל הסמכות דאג לרווחתו של העובד הנוצרי (מנוחה ביום א'), או לרווחתו של העובד המוסלמי (מנוחה ביום ו'). לעומת זאת ניתן למצוא מאות כתבי אישום כנגד מי שמעביד יהודי בשבת. שלישי, נדונה אכיפה סלקטיבית של החוק הספציפי מבין חוקי המגן<sup>204</sup>. בית הדין ציין כי בעוד הוגשו מאות כתבי אישום בגין עבירות על חוק שעות העבודה והמנוחה, תשי"א-1951, לא דאגה המדינה לקיום הוראות חוקי מגן אחרים. כך למשל לא נאכף חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951 המחייב את המעביד לנהל פנקס חופשה. לדעתי, את פסק הדין האמור יש לקרוא לגופם של הדברים. העובדה שהיה ניתן לזהות במקרה זה שיקול זר וסיווג פסול, אינה שוללת קיומה של אכיפה סלקטיבית גם במקרים שיסודם בשרירות גרדא. על כל פנים פסק הדין אינו קובע כל הלכה מחייבת, אף לא במסגרת בתי הדין לעבודה, וסוגיית האכיפה הסלקטיבית של החוק הנדון הובילה לפסיקות סותרות בבתי הדין לעבודה<sup>205</sup>.

203 שם, בסעיפים 11-12 לגזר הדין (ההדגשות שלי – מ' ט').  
204 יצוין כי חוקתיותו של החוק נתקפה פעמים אחדות בבית המשפט העליון בטענה כי הוא פוגע בחוק-יסוד: חופש העיסוק. בית המשפט קבע כי החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה; ראו רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 1. בקשה לדין נוסף נדחתה; ראו דנ"פ 3211/03 הנדימן עשה זאת בעצמך נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 11.5.03). ראו גם בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רע"נ היתרי עבודה בשבת, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 4.4.05).

205 טענות דומות בדבר אכיפה סלקטיבית של חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 נדחו במשך זמן רב בבית הדין לעבודה. ראו למשל ת"פ (י"ם) 103/00 מדינת ישראל נ' שמרייה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 23.9.01) (שם נקבע כי אכיפת החוק כלפי מי שאינם יהודים קשה ואולי בלתי אפשרית, מאחר ובידיהם הבחירה ביום המנוחה הרצוי להם. נקיטת אמצעים נוספים בדרך של עריכת רישום ומעקב אחר העובדים שאינם יהודים גם ביום המנוחה על פי דתם וגם ביום השבת נראית מוגזמת ואין זה סביר לדרוש זאת מהרשויות. באשר לטענה כי המשאבים המושקעים באכיפת החוק הנדון אינם פרופורציונליים למשאבים המושקעים בשאר חוקי העבודה הפליליים, נקבע כי מן המפורסמות שבבתי הדין נדונים עניינים פליליים נוספים וכי לא הוכח שבהיקף פחות מאשר ביחס לחוק הנדון); ת"פ (ת"א) 1249/01 הום סנטרס נ' משרד העבודה והרווחה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 24.12.04) (טענת הגנה מן הצדק נדחתה משום שלא הוכח שהעמדה לדין נעשתה משיקולים פסולים וטענת אכיפה סלקטיבית כנגד מי שאינם יהודים קשה ואולי אף בלתי אפשרית); ב"ש (ת"א) 10/04 סקאל ספורט בע"מ נ' משרד העבודה והרווחה, נבו – המאגר



## 2. הלכת זקין

בעניין זה<sup>206</sup> נטען כי חוק עזר שהסדיר שילוט נאכף רק כנגד מי שמתח ביקורת אישית כנגד ראש העיר. העותרים, אשר התגוררו בבניין גדול באחת השכונות בבאר שבע, החליטו להביע מחאתם על הזנחת השכונה במטרה לשכנע את העירייה לכלול את השכונה בתכנית שיקום שכונות. למטרה זו הם תלו כרזות על קירות הבניין וכתבו דברי ביקורת ומחאה כלפי ראש העיר והעירייה. למחרת הופיעו פקחי העירייה שטענו שהכרזות נתלו שלא כחוק משום שעל פי חוק העזר חובה היה לבקש ולקבל מראש העיר רישיון לתליית הכרזות<sup>207</sup>. מאחר ולא ניתן רישיון, תלשו הפקחים כרזות שמתחו ביקורת על ראש העיר באופן אישי, אך הותירו כרזות אחרות. השופט יצחק זמיר כינה את התופעה אכיפה בדרנית והגדיר אותה כ:

אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או על יסוד שרירות גרידא<sup>208</sup>.

הגדרה זו היא הגדרה רחבה, במובן זה שהיא אוסרת גם על אכיפה שרירותית ולא רק על אכיפה על בסיס שיקולים זרים, וכן אינה מחייבת הוכחת מניע לאפליה. מפסק הדין מסתמנת גישה שונה לחלוטין מהדין בארצות-הברית, אשר מתיר סלקטיביות באכיפת החוק, כל עוד אינה מבוססת על קריטריון פסול, ואשר דורש הוכחת מניע לאפליה הפסולה. גישה זו ממשיכה את גישתו של השופט חשין בפרשת תורג'מן<sup>209</sup> – אשר השופט זמיר נטה להסכים לה. בהתחייס לכך הטעים השופט זמיר כי אם ייקבע שהגנה על הרגשות והנחות של השכן היא בגדר מטרה זרה בהקשר של איסור על סרסרות למעשה זנות והחזקת מקום לשם זנות,

המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 31.5.04) (הטענה נדחתה מהטעם שלא מדובר "בהתנהגות נלוזה ושעוררייתית של המדינה שבגינה הפעילה המבקשת את החנויות והעסיקה בהן את עובדיה בימי המנוחה השבועית שלהם", ומהטעם ש"לא נטען כי המבקשת 'נבחרה' מטעמים פסולים ולא ענייניים למצות כנגדה את אכיפת החוק"). טענת אכיפה סלקטיבית של חוק שעות עבודה ומנוחה התקבלה בת"פ (ת"א) 1121/01 קשת היפרטוי שותפות מוגבלת נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 28.1.07), אך בית הדין הארצי לעבודה הפך לאחרונה את ההחלטה; ראו ע"פ (ארצי) 14/07 מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה נ' הום סנטרס (עשה זאת בעצמך) בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 26.11.07).

206 לעיל, הערה 191.

207 המדובר בחוק העזר לבאר-שבע (שילוט), תשמ"ט-1989, אשר הוחק מכוח סמכויותיה של העירייה בפקודת העיריות. סעיף 249(א13) מציין, בין סמכויותיה של העירייה, את שמירת המראה של חזיתות הבתים; סעיף 246 מחייב את העירייה לפקח על הצבת מודעות; סעיף 250 מאפשר התקנת חוקי עזר וסעיף 251 מאפשר קביעת הוראות בדבר מתן רשיון.

208 בג"ץ זקין (לעיל, הערה 191), בעמ' 305.

209 ראו לעיל הערות 194-196 והטקסט הצמוד אליהן.

### פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

הרי שהחלטה להגיש אישום פלילי בעבירות אלה רק משום ששכן הגיש תלונה – היא החלטה פסולה<sup>210</sup>.

הגישה העולה מהלכת זקין ומדעת המיעוט של השופט חשין בפרשת תורג'מן מציגה אפוא הכרה בעילה רחבה של אכיפה סלקטיבית, השוללת גם סלקטיביות שיסודה בשרירות גרדא, ומאפשרת גם לפרט, שאינו משתייך לקבוצה מקופחת כלשהי, להוכיח את העילה. העילה כפי שהוגדרה, חלה כמובן לעניין כל רשויות האכיפה, בלא הבחנה בין רשויות האכיפה הפלילית לרשויות אחרות.

### 3. פסיקה מאוחרת להלכת זקין

למעט פסקי דין בודדים של ערכאות נמוכות, אשר התכחשו לחלוטין לקיומה של ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית<sup>211</sup>, פסקי הדין המאוחרים להלכת זקין נוהגים לצטט את ההלכה, אך עדיין מגלים חוסר עקביות ובלבול רב בשאלת תוכנה ומהותה של העילה.

בבג"ץ שקם<sup>212</sup> הותקפו האמצעים שמשמשים לאכיפת ההסדר הנוהג בחנויות פטורות ממכס בנמל התעופה בן גוריון<sup>213</sup>. מעבר לטענות נקודתיות של העותרת בנוגע לאכיפת החיוב לשלם מסים במסגרת ההסדר, העותרת העלתה גם טענה כללית נגד המכס על שאינו נוקט פעולות תקיפות ונמרצות די הצורך כדי לאכוף את החיוב לשלם מסים עבור טובין מיובאים מעבר לתקרת הפטור. במסגרת הדיון על הביקורת השיפוטית אשר מעביר בית המשפט על רשויות האכיפה, ציין השופט יצחק זמיר כי בית המשפט אמור לבקר אם אכיפת החוק מתבצעת על ידי הרשות המוסמכת באופן בררני (סלקטיבי) על יסוד שיקולים זרים<sup>214</sup>. לכאורה יש באמירה זו צמצום של הלכת זקין, שכן הודגשה דרישת השיקולים הזרים, בעוד הלכת זקין אסרה גם על אכיפה סלקטיבית שיסודה בשרירות. עם זאת נראה כי לא הייתה בדברים אלה כוונה לצמצם את ההלכה. ראשית, משום שהדברים נאמרו לאחר ציטוט הלכת

210 ראו בג"ץ זקין (לעיל, הערה 191), בעמ' 306.

211 ראו למשל ע"פ (ת"א) 80074/99 ג'רבי נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.3.00); ת"פ (ת"א) 4162/02 מדינת ישראל נ' פולק, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 15.2.04).

212 בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 112 (להלן: בג"ץ שקם).

213 הסדר זה מאפשר לאדם היוצא מישראל דרך נמל התעופה לקנות טובין בחנויות הפטור, לאחסן אותם במחסן החנות ולקבל אותם עם שובו לישראל, בפטור מתשלום מכס, מס קניה ומס ערך מוסף. פטור זה מוגבל בתקרה. ההסדר הותקף בעתירה קודמת ונקבע שהוא חוקי (ראו בג"ץ 4140/95 סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 49). לפיכך ההסדר עצמו לא הותקף בעתירה הנוכחית אלא רק האמצעים המשמשים לאכיפתו.

214 בג"ץ שקם (לעיל, הערה 212), בעמ' 126.

## אכיפה סלקטיבית

זקין, האוסרת כאמור אכיפה בררנית על בסיס של שרירות; שנית, משום שהדברים נאמרו באמרת אגב, שכן לא הייתה כל טענה של ממש, שלפיה האכיפה מתבצעת באופן בררני. בעניין מוטיל<sup>215</sup> המערער, אשר עבד כצלם בטלוויזיה החינוכית, הודה שרשם בכרטיס הנוכחות שלו דיווחים שלא תאמו את נוכחותו בעבודה, אך טען שאין בכך עבירת משמעת, שכן הנוהג היה שעובדים, אשר שעות עבודתם נקבעות על פי סידור עבודה שבועי, אינם רושמים בכרטיס רק את שעות העבודה בפועל, אלא רושמים נוכחות משעה 8:00 עד שעה 15:00 (אף אם לא היו נוכחים בשעות אלה) ובנוסף הם רושמים את השעות שבהן עבדו על פי סידור העבודה אחר הצהריים או בערב. נוהג זה היה קיים לטענתו תקופה ממושכת בידיעה ובהסמכה של הנהלת הטלוויזיה החינוכית ואף בידיעה של נציבות שירות המדינה. לפי טענתו, הנהלת הטלוויזיה החליטה להתנכל דווקא לו בשל התנגדותו במסגרת ועד העובדים לתכנית שיזמה ההנהלה. בית הדין המשמעתי של עובדי המדינה הרשיע אותו, אף שהשתכנע שדיווחים בכרטיסי נוכחות של עובדים אחרים תאמו את אופן דיווחי הנאשם. גם השופט זמיר, במסגרת הערעור בבית המשפט העליון, הסכים כי היה מדובר בתופעה רווחת, שלפיה עובדי צילום העובדים על פי לוח זמנים גמיש בהתאם לצורכי העבודה, נוהגים לרשום על גבי כרטיס העבודה דיווחים שאינם אמתיים. עם זאת השופט סבר כי הטענה כי עובדים רבים נוהגים לעבור את אותה עבירה באופן גלוי ומתמשך אינה מכשירה את העבירה. השופט סיכם כי "יהיה המניע של מנהלת הטלוויזיה החינוכית אשר יהיה, ברור כי במקרה זה ההנהלה מילאה את חובתה בהגשת התלונה נגד המערער, ואין לבוא כלפיה בטרוניה על כך"<sup>216</sup>. פסק הדין צוטט בהסכמה בעניין פרנס<sup>217</sup> שבו נדונה הרשעתו של המערער בבית הדין למשמעת של רשות השידור בגין עיסוק בעבודות פרטיות, במקביל לעבודתו ברשות השידור, בניגוד לנוהל וללא היתר. המערער טען להפלייתו אל מול עובדים אחרים, שכן הנוהל לא נאכף במשך תקופה ארוכה ושררה "הפקרות", כפי שבית הדין המשמעתי כינה זאת, ככל הנוגע לביצוע עבודה פרטית ללא היתר. השופט דורית ביניש סברה שאין בכך להקים זכות לעובד ואין בכך למנוע מרשות השידור לשנות ממדיניותה הפסולה ולעמוד על קיום הנוהל.

טענת האכיפה הסלקטיבית נדחתה אפוא בלא קשר לשאלת הוכחת המניע. אמנם, פסקי הדין של בית המשפט העליון לאחר פרשת זקין מעידים על חוסר עקביות בהתייחסות אל טענת האכיפה הסלקטיבית במשפט הישראלי, אך הם אינם מעידים על דרישה של הוכחת מניע כמרכיב הכרחי לעניינה של אכיפה סלקטיבית אסורה. פסיקת בתי המשפט הנמוכים יותר חוזרת בעיקרה על הלכת זקין כהלכה כללית האוסרת על כל אכיפה חלקית שאינה

215 עש"מ 6978/00 מוטיל נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נד(4) 865.

216 שם, בעמ' 879 (ההדגשה שלי – מ' ט').

217 עש"מ 5205/01 פרנס נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד נו(2) 9.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

שוויונית, אם ביסודה טעמים לא ענייניים ואם מקורה בשרירות<sup>218</sup>. עם זאת מפסיקה מסוימת של בתי המשפט הנמוכים ניתן גם ללמוד על דרישה להוכחת מניע פסול, לצורך הקמתה של העילה<sup>219</sup>. בפסק דין אחד אף נעשה ניסיון להבחין בין גישתו של השופט חשין בעניין תורג'מן לבין גישתו של השופט זמיר בעניין זקין. לפי גישה זו, בעניין זקין הובהר כי השאלה אם הרשות פעלה כפי שפעלה לשם השגת מטרה פסולה או על יסוד שיקולים זרים, היא חשובה ביותר לקביעת קיומה של אכיפה סלקטיבית. גישה זו אינה מתעלמת מכך שהשופט זמיר נקט גם במונח "שרירות" באותו הקשר, אולם מאחר שבהמשך דבריו הובאה דוגמה שעניינה שיקולים זרים, הרי שעל פי ניתוח זה אין מקום ליתן למונח "שרירות" שבדבריו, מובן רחב ברוח דברי השופט חשין בעניין תורג'מן<sup>220</sup>.

218 ראו למשל דברי השופט וסרקרוג בת"א (חי) 1555/00 המטה למען ארץ ישראל חיפה והצפון נ' עמרם מצנע, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 19.4.01) שבו נטענה הסרה סלקטיבית של שלטים פוליטיים. לעניין איסור האכיפה הסלקטיבית השופטת הפנתה להלכת זקין, ולא ניסחה את האיסור כחל רק במצבים של מניעים פסולים כגון טעמים פוליטיים: "...בכל מקרה משמופעלת סמכות הורדת הכרזות, אם אכן קיימת סמכות כזו, צריך היישום להיעשות בדרך של אכיפה שוויונית, ולא בדרך של אכיפה בדרנית, אכיפה שלמעשה איננה חוקית, גם כאשר ישנה סמכות לפעול". ראו גם ת"פ (ק"ג) 647/02 מדינת ישראל נ' אלשלאפה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 17.2.02) שבו נטען לאכיפה סלקטיבית של חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952. השופט אבי זמיר אמר את הדברים הבאים: "בבג"צ [זקין] התבררה הסוגיה של אכיפה בדרנית, סלקטיבית. הובהר כי אין הכוונה לסיטואציה של העדר אכיפה מלאה; מבחינה מעשית לא תתכן אכיפה מלאה; אכיפה חלקית, אפילו מדגמית, איננה פסולה, שהרי המשאבים מוגבלים. אולם, כאשר האכיפה החלקית היא בדרנית, הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה בין דומים מתוך שרירות או בהעדר טעמים ענייניים, אזי ניתן לקבוע שדבק בה פסול".

219 ראו למשל ב"ש (י"ם) 1766/02 בן גביר נ' אהרונישקי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 18.9.02). בעניין זה נדון ערעור על החלטת מפכ"ל המשטרה, אשר הורה על סגירתם של משרדי תנועת כך בירושלים ועיקול הרכוש המצוי בהם – בהתאם לסמכותו לפי סעיף 6(א) לפקודת מניעת טרור, תש"ח-1948. המערערים טענו לאכיפה סלקטיבית כנגד ארגונים שהוכרו כארגוני טרור יהודיים, בעוד שהארגונים הפלסטיניים, המסווגים אף הם כארגונים טרוריסטיים, ממשיכים לנהל ענייניהם באין מפריע. השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור סברה כי טענה זו לא הוכחה, אך למעלה מן הצורך הוסיפה כי "בנסיבות בהן המדובר באכיפה המתייחסת לארגוני טרור, יש לצאת מנקודת הנחה שרק בנסיבות מיוחדות וחריגות ביותר – כאשר ניכרת התעמרות שלטונית חדה ומכוונת, ניתן יהיה לבטל את החלטתה". זו למעשה דרישה להוכחת כוונה ואפילו רדיפה. עם זאת יש לזכור כי מדובר באמרת אגב של בית המשפט המחוזי, אשר מתייחסת למצבים מאוד מוגדרים של אכיפת איסור הפעילות של ארגוני טרור. בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון נדחתה משום שהטענה לאכיפה בדרנית נטענה מבלי שהובאו הוכחות כלשהן לנכונותה ולא הופרכה חזקת החוקיות שממנה נהנית הרשות המינהלית; ראו רע"פ 3344/06 בן גביר נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 6.11.06).

220 ראו דברי השופטת מרים מזרחי בת"פ (י"ם) 1274/00 מדינת ישראל נ' מודגל בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.9.02).

## אכיפה סלקטיבית

ניסיון מסוים לעשיית סדר בהלכה נעשה על ידי בית המשפט העליון בפרשת בורוביץ<sup>221</sup>. בעניין זה נדון ערעורה של חברת הביטוח איילון, אשר טענה כי העמדתה לדין באשמה של יצירת קרטל מהווה אכיפה סלקטיבית פסולה<sup>222</sup>. בין היתר נטען כי קבלת הטענה אינה מותנית בהוכחת מניע פסול של התביעה. בית המשפט העליון קבע כי השאלה אם מדובר באכיפה חלקית מותרת או שמא אכיפה ברונית פסולה תהא לרוב תלויה בשאלה אם הרשות הבחינה בין המעורבים על יסוד שיקולים ענייניים או שמא פעלה לשם השגת מטרה פסולה או על יסוד שיקול זר. עם זאת בית המשפט לא פסל את האפשרות – שמטבעה תהיה נדירה ביותר – שההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה ברונית פסולה תיגזר מנסיבות מיוחדות אחרות, ולא דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים<sup>223</sup>. בעניין הנדון בית המשפט לא מצא כי החלטת התביעה להסתפק באכיפה חלקית הייתה פסולה, שכן לא נמצא פגם במבחן "הדומיננטיות" שלפיו החליטה התביעה את מי להעמיד לדין<sup>224</sup>. יודגש כי בעניין זה בית המשפט קשר את טענת האכיפה הסלקטיבית עם טענת ההגנה מן הצדק, שתידון להלן, ואף הסביר כי יסוד דרישת המניע בהיגיון שלפיו "החלטת בית המשפט לבטל כתב אישום מטעמי הגנה מן הצדק מותנית בכך שהחלטה להגישו פוגעת באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות של בית-המשפט"<sup>225</sup>. חשיבות פסק-הדין היא אפוא בהרחבת גבולותיה של ההגנה מן הצדק ובמתן משקל לפגיעה בזכויות הנאשם ולא רק להתנהגותה של הרשות, אך לא בהתוויה ברורה של עילה מובחנת בדבר אכיפה סלקטיבית פסולה.

### 4. פסיקה בנוגע לעילת ההגנה מן הצדק

פסקי דין רבים מנסים לטפל בטענות של אכיפה סלקטיבית במסגרת העילה של הגנה מן הצדק. תורת ההגנה מן הצדק מקורה בדוקטרינה אמריקנית, שלפיה במצב שבו התנהגותה של הרשות השלטונית הייתה כה חמורה ושעוררייתית (outrageous conduct), נוצר מחסום חוקתי<sup>226</sup> מפני העמדה לדין, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם<sup>227</sup>. בעניין יפת<sup>228</sup> השופט דב לוין הסכים כי "ייתכנו מצבים, אמנם חריגים, שבהם המניעות

- 221 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (להלן: ע"פ בורוביץ).
- 222 ראו לעיל, הערה 244 והטקסט שלידה.
- 223 ע"פ בורוביץ (לעיל, הערה 221), בעמ' 814-815.
- 224 שם, בעמ' 820-823.
- 225 שם, בעמ' 814.
- 226 המחסום נובע מהתיקון ה-14 לחוקה המחייב את המדינה בניהול הליך הוגן (Due Process); ראו לעיל, הערה 2 והטקסט שלידה.
- 227 לתיאור הדוקטרינה האמריקנית ראו י' נקדימון הגנה מן הצדק (תשס"ד), 37-42.
- 228 ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

הפלילית ממלאת תפקיד מרכזי וחשוב בריסון עוצמתה של הרשות, כשזו האחרונה עשתה שימוש פרוע, לא הוגן ובלתי חוקי בסמכויות שניתנו לה<sup>229</sup>. השופט לא פרט את המקרים שבהם יש קיום לדוקטרינה של הגנה מן הצדק, אך התווה עיקרים לבחינת הטענה, תוך הדגשה כי הגנה זו תופעל במשורה, במקרים נדירים שבהם בית המשפט סבור שניהול המשפט פוגע בחוש הצדק וההגינות, וכי יישומה ייעשה ממקרה למקרה בזהירות ובקפידה<sup>230</sup>. בעניין כץ<sup>231</sup> בית המשפט העליון חזר על הקביעה שלפיה דוקטרינת ההגנה מן הצדק נקלטה למשפט הישראלי מכוחה של ההלכה הפסוקה<sup>232</sup>, והרחיב את האפשרות להעלות את הטענה עוד בטרם הגשת כתב אישום, כאשר התנהגות הרשות – שהייתה "בלתי נסבלת" בעליל – אינה צריכה הבאה והערכה של ראיות והגשתו של כתב אישום מוסיפה חטא על פשע<sup>233</sup>. בהמשך, בית המשפט העליון חזר והדגיש את הזהירות שבה יש לבחון את הטענה, כאמור בדבריו של השופט חשין:

ה"הגנה מן הצדק", כדברו של השופט דב לוין, מסיבה עצמה על "התנהגות שערווריתית [של הרשות] שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית-המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו." נוסחה זו של ה"הגנה מן הצדק", כך דומה עליי, עיקרה הוא – בראש ובראשונה – בהתנהגות הרשות, ובהמשך לכך – אך רק בהמשך לכך – ביחס בין אותה התנהגות לבין כל החומר שהונח לפני בית-המשפט: העבירה שבה מדובר, מצבור הראיות שהונחו לפני בית-המשפט ונסיבות העניין בכללן. בית-המשפט חייב לתמרון בזהירות בין סקילה לבין פריבדיס – אם תרצו: בין הארי הדב והנחש של עמוס – תוך שהוא בוחן ובודק את עומקה ואת עוצמתה של התנהגות הרשות כפי שנמצאה לו, ובהמשך לכך, להוסיף ולבחון ולבדוק את המכלול שהונח לפניו ואת המידתיות היחסית בין

229 שם, בעמ' 368. השופט ד' לוין אמנם הכיר בקיומה של ההגנה, אך דחה את הטענה בדבר התקיימותה במקרה הספציפי. לעומת זאת השופט טל סבר כי בנסיבות העניין הרשויות היו מושקות מלהגיש את האישום בעבירה הנדונה; ראו דבריו שם, בעמ' 492.

230 שם, בעמ' 359-360, 370.

231 בג"ץ 1563/96 כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(1) 529.

232 ראו דבריו של השופט קדמי, שם, בעמ' 544: "לנוכח דברים ברורים אלה, שוב אין מקום לויכוח בדבר עצם קליטתה של הדוקטרינה של 'הגנה מן הצדק' במשפט הפלילי הישראלי, מכוחה של ההלכה הפסוקה; ושוב אין מקום למחלוקת, כי בנסיבות חריגות, בהן מגעת התנהגות הרשות כדי 'התנהגות-בלתי-נסבלת' במשמעות האמורה, רשאי בית-המשפט, מכוח סמכותו הטבעית, לבטל את כתב האישום."

233 שם, בעמ' 550-551. ראו גם בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67 (להלן: בג"ץ קוגן), 94.

## אכיפה סלקטיבית

'ההתנהגות השערורייתית' לבין יתרת המכלול ובו סוג העבירה שבה מדובר.  
מלאכה זו אינה קלה כל-עיקר; יש בה באותה מלאכה גם מן האמנות גם מן  
האמנות, והאמן-האמן – הלא הוא השופט – ישכיל ויעשה כחוכמתו<sup>234</sup>.

לאור הנחיות מפורשת אלה של בית המשפט העליון, נדירים הם אכן המקרים שבהם  
התקבלה הטענה<sup>235</sup>.

בספרות הובעה הדעה שלפיה מעגל המקרים שבהם תופעל ההגנה מתייחס גם למצבים  
שבהם מבקשים להפעיל נגד אדם הוראת חוק שלא הופעלה<sup>236</sup>, מצבים שבהם אדם טוען  
להפלייתו לרעה לעומת אחרים שביצעו מעשי עבירה דומים או זהים ולא הועמדו לדין<sup>237</sup>  
ומצבים אחרים שבהם נטען כי הגשת כתב האישום עומדת בניגוד לעקרונות של צדק  
והגינות משפטית<sup>238</sup>. ואכן, טענת ההגנה האמורה נשמעה בבתי המשפט גם בהקשר של  
אכיפה סלקטיבית. בשני מקרים שבהם הועמדו נאשמים לדין בגין עשיית שימוש חורג  
בנכסים ללא היתר כדין, בוטלו כתבי האישום בשל העובדה שהרשות המקומית עשתה גם

- 234 דנ"פ 3039/02 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 337, 342 (ההדגשות שלי – מ' ט'). ראו גם ע"פ בורוביץ (לעיל, הערה 221). בעניין זה בית המשפט אמנם לא שלל את האפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות אלא לרשלנות או לנסיבות שאינן תלויות בהן אך פגעו בהליך ההוגן, עם זאת בית המשפט הדגיש כי "מצב-דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר"; שם, עמ' 806-808.
- 235 כך למשל בית משפט השלום בתל אביב קיבל את טענת ההגנה בעניין שבו היועץ המשפטי לממשלה החליט להגיש כתב אישום חמש שנים לאחר שהחליט לסיים את החקירה מחוסר עניין לציבור. השופט רוזן עמד על כך כי יש להתייחס בזהירות אל הטענה, אך הגיע למסקנה כי במקרה זה גוברים האינטרסים של הנאשמים (עינוי הדין של שנים, הגנתם שנתקפחה, המצב המשפטי שהשתנה, חומר הראיות שאינו נקי מספיקות), על פני אינטרס הציבור (השמירה על שלטון החוק והרצון לבוא חשבון עם מפירי החוק). ראו ת"פ (ת"א) 6650/93 מדינת ישראל נ' תומרקין, פ"מ תשנ"ה(4) 415. לזהירות בקבלת הטענה, ראו פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעפ"א (ת"א) 80315/01 לויין נ' עיריית תל-אביב, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 2.7.02) – השופטת אסתר קובו בדעת מיעוט סברה שיש לזכות נאשם שהואשם בעבירות בנייה, בשל התנהגותה הבעייתית של העירייה אשר הכשילה אותו בכך שנתנה לו היתר בנייה רק כעבור שלוש שנים של טיפול בבקשתו. לעומת זאת שופטי הרוב התקשו לקבל את טענת ה"הגנה מן הצדק" וסברו שלא מתקיים כאן אחד המקרים הנדירים שבהם התנהגות התביעה מזעזעת את המצפון ואת תחושת הצדק. להרחבת הטענה להליך משמעותי וקבלתה על ידי בית המשפט העליון ראו על"ע 2531/01 חרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, פ"ד נח(4) 55, שם בוטל הליך משמעותי בשל השיהוי הרב שנקטה לשכת עורכי הדין החורג מאמות מידה סבירות באכיפה של דין משמעותי.
- 236 ב' אוקון, ע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג (תשנ"ו) 265, 271.
- 237 נקדימון (לעיל, הערה 227), בעמ' 343; א' פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" קריית המשפט א (תשס"א) 381, 384-386.
- 238 "קדמי על סדר הדין בפלילים (חלק שני, תשס"ג), 978.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

היא שימוש חורג בחלק מאותם נכסים, אך לא הועמדה לדין. בפרשת הירש<sup>239</sup> התברר במהלך משפט כנגד בעלים פרטיים של נכסים בתל-אביב כי חלק מהנכסים הושכרו על ידי הנאשמים לעיריית תל-אביב, אשר אף היא עשתה בהם שימוש חורג. העירייה – אשר הייתה מופקדת על הגשת כתבי האישום – לא הועמדה לדין. בית המשפט ראה בכך "הפליה זועקת" של הנאשמים ו"התנהגות בלתי נסבלת" של הרשות אשר פוגעת בחוש הצדק. בדומה, בפרשת א.א.ד. שירותי כוח אדם בע"מ<sup>240</sup>, שבה הועמדו נאשמים לדין בגין שימוש במבנה המיועד למגורים כמשרד, התברר כי המועצה המקומית (אבן יהודה) וכן בעלת הנכס (הסתדרות העובדים הכללית) עשו שימוש חורג בחלק מהנכס, אך לא הוגש נגדן כתב אישום. גם כאן ראה בכך בית המשפט אפליה, שיש בה משום התנהגות בלתי נסבלת של הרשות ופגיעה בחוש הצדק, וקבע כי "האינטרס של העמדת הנאשמים לדין נסוג מול אינטרס אחר והוא הבטחת התנהגות נאותה מצד הרשות".

במקרים אחרים, בתי המשפט לא מצאו כי התנהגות הרשות עולה כדי "התנהגות שעוריייתית" המקימה את ההגנה מן הצדק. כך נקבע בהקשר לטענת נאשמים, אשר הואשמו בהפעלת תחנות רדיו בלתי מורשות, לכך שהאכיפה היא סלקטיבית לאור העובדה שערוץ 7 פעל באותה עת ללא הפרעה ושידר מתחומי מדינת ישראל<sup>241</sup>. השופט ציינה, בין היתר, כי טענת ההגנה מן הצדק שמורה למקרים שבהם מדובר בהתנהגות שעוריייתית של הרשות וקיבלה את ערעור המדינה על פסק דינו של בית המשפט השלום, אשר נמנע מהרשעה והסתפק בהטלת ביצוע שירות לתועלת הציבור, בשל העובדה שבמשך שנים ארוכות בחר השלטון לא להפעיל כל אמצעי אכיפה כנגד ערוץ 7<sup>242</sup>. הנאשמים קיבלו רשות לערער לבית המשפט העליון רק לעניין טענת האכיפה הסלקטיבית ובית המשפט דחה את הערעור, בלא לחוות דעה סופית לגבי האפשרות להעלות טענה של אכיפה סלקטיבית במסגרת הליך פלילי כנימוק לזיכוי או להקלה בעונש, שכן לא הונחה תשתית עובדתית מספקת המצדיקה להיזקק במקרה הנוכחי לטענה זו<sup>243</sup>.

בפרשה אחרת, נאשמים שהועמדו לדין בעבירות של עשיית הסדר כובל בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1998, טענו כי הופלו לרעה לעומת חברות ואנשים אחרים

239 ת"פ (ת"א) 1024/95 מדינת ישראל נ' הירש, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 13.5.98).

240 ת"פ (נת' 3346/99 מדינת ישראל נ' א.א.ד. שירותי כוח אדם בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 7.11.00).

241 ע"פ (ת"א) 4085/98 מדינת ישראל נ' באבו, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 23.12.99) (להלן: ע"פ באבו).

242 ת"פ (רמ') 627/97 מדינת ישראל נ' נחמני, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן על ידי השופט שמואל ברוך ביום 12.7.98). יוער כי בינתיים ניתן על ידי בית משפט השלום בירושלים פסק דין המרשיע את מפעילי ערוץ 7; ראו ת"פ (י"ם) 4830/98 מדינת ישראל נ' כץ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 20.10.03 על ידי סגן הנשיא נועם).

243 רע"פ 889/00 תומר נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 3.7.00) (להלן: רע"פ תומר).



## אכיפה סלקטיבית

שיש לגביהם ראיות לכאורה כי עברו את אותן עבירות<sup>244</sup>. השופט דוד חשין צטט את דבריו של השופט דב לוין, שלפיהם יש צורך להראות כי התנהגות התביעה הייתה בלתי נסבלת ומזעזעת את המצפון על מנת לבטל כתב אישום, וציין כי במרבית פסקי הדין שבהם התקבלה טענת הגנה מן הצדק בגין אכיפה סלקטיבית או אפליה בהעמדה לדין, היה מדובר במקרים שבהם התביעה או הרשות המוסמכת נהגו באפליה מכוונת, מתוך מניע פסול, על בסיס גזעני וכיוצא באלה, בעוד במקרה זה גם בא כוח הנאשמים אינו מיחס לתביעה מניע פסול, אלא לכל היותר רשלנות. "ואם כך הדבר" סיכם השופט, "אז אני מרשה לעצמי לומר בבירור, ורשלנות בהעמדה לדין בעבירות מהסוג שהנאשמים הועמדו לדין בתיק זה, איננה מהווה בעיני דבר שמזעזע את המצפון או פוגע אנושות בחוש ההגינות המקובל בחברה שלנו, או בחוש ההגינות והצדק של בית המשפט". בערעור שנדון בבית המשפט העליון<sup>245</sup>, בית המשפט קיבל באורח עקרוני את האפשרות כי גם שרירות או רשלנות עשויים להקים אכיפה סלקטיבית פסולה, אך לגופו של עניין לא התקבלה הטענה<sup>246</sup>.

קיימים פסקי דין נוספים שבהם בתי המשפט דרשו הוכחה של התנהגות שערורייתית של הרשות על מנת לקבל את טענת האכיפה הסלקטיבית<sup>247</sup>, ובמקרה מסוים אף נדרשה מפורשות הוכחה של מניע פסול או אפליה מכוונת על בסיס גזעי או אחר<sup>248</sup>. דומה כי

244 ת"פ (י"ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 7.4.98).

245 פרשת בורוביץ, לעיל, הערה 221.

246 ראו להלן, דיון בסעיף 4.

247 ראו למשל ת"פ (ראשל"צ) 1015/02 מדינת ישראל נ' קבוץ גבעת ברנר, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 30.1.03). בעניין זה הוגש כנגד קיבוץ גבעת ברנר כתב אישום בשל הצטברות פסולת במתקן שפכים המופעל על ידיו. בא כוח הנאשמים טען לתחולתה של ההגנה מן הצדק נוכח אכיפה סלקטיבית בין האחראים לזיהום, שכן לא הוגש כתב אישום כנגד גורם הזיהום (מפעל "תדיראן") ומזרימת הזיהום (המועצה המקומית). השופטת נאוה בכור דחתה את הטענה, שכן "לא הונחה... תשתית ראייתית שדי בה כדי להצביע על כי יקשה על הנאשם לזכות למשפט הוגן או כי יש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות". ראו גם ת"פ (י"ם) 377/04 מדינת ישראל נ' וול, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 26.9.04), שבו נטענה אכיפה סלקטיבית של חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988. וכך אמר השופט יוסף שפירא: "...לא מצאתי בהגשת כתב האישום, כפי שהוא, מטרה פסולה או שיקול זר... למותר לציין שגם אם ניתן, מבחינה עיונית, להגיש האישום גם נגד גורמים נוספים, אין בכך הפליה ה'צועקת לשמים' או יחס של עוינות אישית או פוליטית".

248 ראו גם הערתו של בית משפט השלום בנצרת בת"פ (נצ') 5196/01 מדינת ישראל נ' בשארה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 1.4.03). כנגד ח"כ עזמי בשארה ושני עוזריו הפרלמנטריים הוגש כתב אישום בשל מגעים שניהלו עם גורמים בממשל הסורי בעניין של כניסת אזרחים ישראליים לתחומי סוריה. ההגנה הלינה על הבחירה בשלושת הנאשמים דווקא מבין אלו שנסעו לסוריה. בית המשפט סבר כי קיים שוני מהותי בין חלקם של שלושת הנאשמים – אשר היה חלק הארי בפרשה בהיותם מי שאפשרו את הנסיעות בפועל – לבין חלקם של הנוסעים. בשולי הדברים בית המשפט הוסיף כי "זה המקום לציין, כי במרבית פסקי הדין, אם לא בכולם, שבהם התקבלה טענת ההגנה מן הצדק בגין אכיפה סלקטיבית או הפליה

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

העמידה על דרישות אלה לא תמיד נבעה מתוך הכרה בחשיבותן לצורך הוכחת טענה של אכיפה סלקטיבית, אלא מאחר שנטענו במסגרת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק, אשר שורשיה במשפט האמריקני. עמידה על דרישת המניע גם בהקשר זה אינה נקייה מביקורת, שכן יש הטוענים כי הגנה זו אינה מתמקדת בשאלה אם נפל פגם בעצם ההליך של ההעמדה לדין, ולעניין הפעלתה אין בהכרח חשיבות לכנות מניעה של הרשות המאשימה או לכשרותם<sup>249</sup>. על פי גישה זו, עניינה של ההגנה אינו בהטחת ביקורת על הרשות אלא במצבם של הנאשמים. לפיכך אף אישום שהוגש בתום לב לא צריך לחסום את הפעלת ההגנה, בכפוף לבדיקה אינדיווידואלית של מצב הנאשמים. טענה ברוח זו נטענה על ידי הנאשם יולי עופר בפרשת אחים עופר נכסים בע"מ<sup>250</sup>, שבה הוא הועמד לדין בצוותא עם חברות שבבעלותו בגין תרומות מס שנגעו לבחירות לרשויות המקומיות. הנאשם טען כי אף שעמד בכל הקריטריונים המקובלים, הוחלט להמשיך לגביו בהליך משפטי, בעוד לגבי אחרים הסתפקו הרשויות בהמרת ההליך הפלילי בכופר. הוא ציין כי טענתו אינה לשיקולים פסולים או לאפליה, אלא שגם בהיעדר מניע פסול של התביעה, התוצאה של העמדתו לדין היא עצמה מפלה ולפיכך על בית המשפט לעשות שימוש בסמכותו הטבועה ולבטל את כתב האישום. הטענה נדחתה מהסיבה הראייתית שלא הובא על ידי ההגנה חומר המצביע על כך שאנשים שביצעו מעשי עבירה דומים זכו ליחס טוב יותר מהרשות<sup>251</sup>, ובית המשפט לא נדרש להבעת דעה בסוגיית הצורך במניע.

גישה השוללת אכיפה סלקטיבית גם כאשר יסודה בשרירות גרדא, ומכירה ביכולת להעלות את הטענה גם ללא הוכחת מניע מצד הרשויות, הובעה גם בפרשת דהן<sup>252</sup>. בעניין זה הוגש כתב אישום כנגד הנאשם בעבירות של תקיפה ואיומים בעקבות תלונות שהגישו נגדו אשתו ובנו. לעומת זאת תלונות שהגיש הנאשם נגד אשתו ובנו בעבירות הזהות במהותן לאלה שמיוחסות לו ואשר אירעו במועדים זהים או סמוכים – לא הובילו להעמדתם לדין. התברר שהוגשה בקשה משותפת של כל המעורבים בפרשה לסגירת כל התיקים, אך בעוד בקשת כל בני המשפחה התקבלה, בקשת הנאשם סורבה. השופטת ליאורה פרנקל אמנם לא ראתה בהתנהגות הרשות התנהגות שערורייתית או בלתי נסבלת, אך למרות זאת היא סברה שיש פה פגיעה בחוש הצדק וההגינות המצדיקים את ביטול האישום מטעמי הגנה מן הצדק, שכן "מראית פני הצדק דורשת כי דין שווה יהיה לנאשמים, אשר עניינם זהה".

בהעמדה לדין, המדובר היה במקרים שהתביעה או הרשות המוסמכת נהגה בהפליה מכוונת, מתוך מניע פסול, על בסיס גזעני וכיוצא באלה... במקרה דנא, לא שוכנענו כי עסקינן באחד המקרים הנ"ל, ולמצער ההגנה לא הוכיחה כי החלטתו של היועץ המשפטי נשענת על שיקולים זרים בדבר הפליה ו/או גזענות".

249 ראו ב' אוקון "פרשת כלא 6" המשפט ד (תשנ"ט) 53, 57.

250 ת"פ (ת"א) 4311/93 מדינת ישראל נ' אחים עופר נכסים בע"מ, פ"מ תשנ"ד (4) 151.

251 שם, בעמ' 155.

252 ת"פ (רמ') 1704/98 דהן נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 3.10.00).

## אכיפה סלקטיבית

החלטות בתי המשפט הנמוכים המנתחות את סוגיית האכיפה הסלקטיבית במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, בדרך כלל אינן מאזכרות את הלכת זקין. אין ספק כי החלת ההלכה הייתה מובילה לתוצאה שונה למצער בחלק מן המקרים הללו, מאחר שהתנאים שהיא קובעת לשם הכרה בסלקטיביות פסולה באכיפה, מחמירים הרבה פחות מדרישת ההתנהגות השערוייתית הנדרשת בגדר דוקטרינת ההגנה מן הצדק. הגנה מן הצדק חלה, כאמור, במצב שבו התנהגותה של רשות שלטונית הייתה כה חמורה ושערוייתית עד כי נוצר מחסום חוקתי מפני העמדה לדין. התנהגות כזאת אינה חייבת להתבטא בעצם העמדה לדין, אלא יכולה להתייחס גם להתנהגות מכוונת פסולה של המשטרה או הפרקליטות בניהול החקירה או המשפט. לעומת זאת תורת האכיפה הסלקטיבית מטפלת באכיפה שיסודה בהפעלה שלא כדין של שיקול הדעת, באופן המביא להבחנה לא ראויה בין מקרים דומים. אכיפה כזו מקוממת משום שהיא פוגעת בשוויון ובציפיות הלגיטימיות של הציבור, אשר אינו למד על הדין מספרי החוקים אלא מהתנהגות רשויות האכיפה. באכיפה כזו יש לעתים משום יישום רטרואקטיבי של החוק, והיא אף עלולה לגרום לפגיעות כלכליות ופגיעות בתחרות<sup>253</sup>. לכן, אכיפה סלקטיבית ראוי שתיפסל ללא קשר לכשרות המניעים של רשויות האכיפה, אלא בשל עצם התוצאה המפלה.

נוצרה אנומליה, שלפיה בעוד מכל שאר רשויות המדינה נדרש לפעול בסבירות, הרי שמרשויות האכיפה מסתפקים בהתנהגות שאינה "שערוייתית". לפיכך יש להבחין בין הגנה מן הצדק, המתייחסת להתנהגות פסולה שאינה נוגעת לעצם ההעמדה לדין ולכן השימוש בה חייב להיות מוגבל ומצומצם, לבין אכיפה סלקטיבית, המתייחסת לעצם אכיפת הדין, שהיחס כלפיה אינו צריך להיות שונה מהיחס כלפי כל פעולה שלטונית פגומה אחרת<sup>254</sup>. על כל פנים, אנומליה זו, כמו גם עצם הגישה הבלתי עקבית של הפסיקה בהתייחס לטענת אכיפה סלקטיבית, מוכיחות את הצורך בהתוויית יסודות לעילת האכיפה הסלקטיבית, במנותק מהדרך הדיונית שבה מועלית הטענה<sup>255</sup>. הקווים שיתוו להלן

253 ראו להלן, פרק רביעי, סעיף ב.

254 ראו מ' טמיר "אכיפה סלקטיבית" *News First Class (Nfc)* (11.3.07); <http://www.nfc.co.il/Archive/003-D-20642-00.html?tag=15-52-34>.

255 ניתן להדגים את הבעייתיות בהקשר לדרך הדיונית באמצעות ע"פ (י-ם) 1521/98 עזיון נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.6.98) – המערער הואשם בעבירה של התקהלות אסורה בהר הבית וקבל על כך שמכל חבריו לתפילה הוא היחיד שהוגש כנגדו כתב אישום. השופט סגל סבר שאין להקל ראש בטענתו, אך מאחר שבמרכז הדיון עומדת סבירות החלטת היועץ המשפטי לממשלה ולא האופי הבלתי נסבל של התנהגות הרשות, עתירת העותר צריכה להיות מופנית, אם בכלל, לבג"ץ. גם השופט גל הסכים כי לעניין האכיפה הסלקטיבית, המדובר בבחינת שיקול הדעת של רשויות התביעה, ובחינה שכזו אינה יכולה להיעשות ברגיל במסגרת ההליך הפלילי שבו אין נפרשת יריעת השיקולים במלואה.

פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

לדמותה של עילת האכיפה הסלקטיבית, יהיו יפים בין שטענה זו מועלית בתקיפה ישירה ובין שבתקיפה עקיפה<sup>256</sup>.

## ד. הדין הרצוי

התזה המוצעת בחיבור זה היא שיש לפתח עילת ביקורת שיפוטית מובחנת שתפקידה להתמודד עם התופעה של אכיפה סלקטיבית פסולה. מרכיביה של עילה זו ראוי שיהיו שונים מאלה הקיימים בדין האמריקני ויותאמו למשפט החוקתי והמינהלי הישראלי. בהקשר זה ייטען כי:

1. עילת האכיפה הסלקטיבית אינה תלויה בהוכחת מניע פסול של רשויות האכיפה. יש לתת דגש לתוצאה המפלה ולא לכוונת האפליה.
2. בהפעילן שיקול דעת בשאלה כלפי מי לאכוף את החוק, האיסור שחל על רשויות האכיפה משתרע לא רק על פעולה על יסוד סיווגים מפלים, כאמור בהלכה בארצות-הברית, אלא אף על פעולות שיסודן בשרירות, חוסר סבירות, שיקולים זרים או חוסר מידתיות, ככל שאלה מובילים לאכיפה סלקטיבית של החוק. רשויות האכיפה רשאיות לשקול אך ורק שיקולי מדיניות הנאמנים למטרות החוק. ייתכן סיווג, שאילו נעשה על ידי המחוקק היה הוא סיווג כשר, אך רשויות האכיפה אינן רשאיות לעשותו מאחר ואין זה מסמכותן לפעול על פי מטרות שלא נקבעו על ידי המחוקק.
3. שאלת קיומה של שרירות באכיפה היא תלוית הקשר.
4. ראוי לאמץ גישה של שוויון מהותי במסגרת בחינתה של אכיפה סלקטיבית פסולה.

### 1. שלילת דרישת המניע

כאמור, גם בארצות-הברית קיימת ביקורת נרחבת על דרישת המניע ונטען שלא זו בלבד שהיא אינה ראויה, אלא שהיא אף אינה מתחייבת מהמשפט החוקתי, אשר ככלל שם דגש על עצם הפגיעה החוקתית ולא על כוונת הפוגע<sup>257</sup>. דומה כי הדין בארץ אינו מותיר כל ספק כי הדגש בשאלות של שוויון הוא בתוצאה ולא בכוונה<sup>258</sup>. הפסול שבאפליה טמון במעשה

256 לדרך העלאת הטענה ראו להלן, פרק שלישי, סעיף ה.

257 ראו לעיל, סעיף ג(ד).

258 "זמיר, מ' סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (תש"ס) 165, 188. ראו גם דבריו של השופט ברנזון בבג"ץ 118/62 לנדאו נ' שר החקלאות, פ"ד טז 2540, 2544: "...הפליה הקיימת בפועל, אף שלא במתכוון, באין לה הצדקה תיפסול גם היא". כן ראו דבריו של המשנה לנשיא ברק בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 764: "אכן, ההפליה אינה נקבעת אך על-פי רצונו ומחשבתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה". יצוין שעמדה אחרת עולה מפסיקה ישנה

## אכיפה סלקטיבית

האפליה ולעניין זה המהות קובעת ולא הצורה. בית המשפט בודק הן את הצורה החיצונית הן את המהות הפנימית של מעשי השלטונות, "ולא ישאיר על מכונם מעשים העטופים אמנם בלבוש חיצוני כשר אלא שתוכם אינם כברם"<sup>259</sup>. יחס שונה למי שלא מתקיים ביניהם שוני רלוונטי הוא פסול, גם אם מבחינה סובייקטיבית לרשות המפלה לא הייתה כל כוונה להפלות. די בכך שרשות מבצעת חוק באופן היוצר אפליה על מנת לפסול את הביצוע, ואין בכך שלא הוכחה כוונה להפלות או שהכוונה להפלות מוכחשת כדי להכשיר את האפליה<sup>260</sup>. עמד על כך השופט גבריאלי כך בפרשת נבו<sup>261</sup>, בדונו באפליה בתחום דיני העבודה:

מוכן אני להניח, כי לא היה בכוונת מעסיקיה של העותרת להפלות אותה ואת יתר העובדות לרעה כאשר חתמו על חוקת העבודה. אך כוונתה של המשיבה אינה קונקלוסיבית לעניין השאלה שעלינו להכריע בה, שכן המבחן לבדיקת קיומה או אי-קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית<sup>262</sup>.

השופט בכך אף ציטט בהקשר זה פסק דין של בית הלורדים באנגליה שבו נאמר כי:

[T]he purity of the discriminator's subjective motive, intention or reason for discriminating cannot save the criterion applied from the objective taint of discrimination on the ground of sex<sup>263</sup>.

אם כן באנגליה, כמו גם בישראל, הדין אינו מחייב הוכחה של כוונה להפלות. דומה כי הדבר נובע מהתפתחותן של זכויות היסוד במדינות אלה כזכויות הלכתיות ועל כן גם יחסיות. בעוד בארצות-הברית מנוסחות הזכויות החוקתיות, ובכללן הזכות להגנה שווה בפני החוק<sup>264</sup>, כזכויות מוחלטות אשר אין לפגוע בהן, הרי שבאנגליה ובישראל, בהיעדר חוקה פותחו זכויות היסוד באמצעות ה-Common Law, תוך הכרה בכך כי כל זכות יסוד,

מאוד. ראו בג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט 1261, 1265.

259 בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות (להלן: בג"ץ לזרוביץ), פ"ד י 40, 47; בג"ץ 1/98 כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241, 259.

260 ראו בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 176.

261 בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749.

262 שם, בעמ' 759. ראו גם בג"ץ 100/92 כבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 242.

263 *James v. Eastleigh Borough Council* [1990] 2 All. E.R. 607, 612.

264 ראו לעיל, הערה 2.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

חשובה ככל שתהיה, אינה זכות מוחלטת אלא יש לאזנה עם זכויות ואינטרסים אחרים. לאור זאת, בעוד בארצות הברית על מנת שניתן יהיה לומר במצבים מסוימים שלא מתקיימת פגיעה חוקתית, קבעו בתי המשפט לזכויות היסוד חריגים נוקשים היוצאים מגבולות הגדרתן או יישמו נוסחאות איזון שיפוטיות מצומצמות המאפשרות פגיעה בזכות בנסיבות חריגות<sup>265</sup>, הרי שבאנגליה ובישראל לא נרתעו מהגדרה רחבה של זכויות היסוד. בהיותה של כל זכות יסוד באנגליה ובישראל זכות יחסית, הרי שגם אם תחום פרישתה רחב, ניתן לממש אותה תוך התחשבות בשיקולים אחרים, באופן שכל שיקול מותר באופן חלקי על מלוא התפרסותו, בלא שיותר על עצם קיומו<sup>266</sup>. על כן בעוד שבארצות הברית דרישת הכוונה נובעת, בין היתר, מחשש להרחבת המקרים המוגדרים כאכיפה מפלה אסורה המובילה לבטלות כתב אישום, הרי שבשיטות משפט המאזנות ממילא את השוויון עם זכויות ואינטרסים אחרים, אין מניעה לומר כי בנסיבות קונקרטיות זכות או אינטרס אחר גובר על הפגיעה בזכות.

באשר לזכות לשוויון, כבר בבג"ץ פורז שבו הוכרה בישראל הזכות כערך יסודי, עמד השופט אהרן ברק על יחסיותו של ערך זה באומרו כי "השוויון הינו עיקרון חשוב, אך זהו עיקרון יחסי. בהיעדר הכוונה חוקתית, אין לו משמעות מוחלטת"<sup>267</sup>. לאור זאת קובעת

265 הדבר בולט במיוחד בהקשר של התיקון הראשון לחוקה האמריקנית המגן על חופש הביטוי ומנוסח בצורה המוחלטת ביותר (Congress shall make no law... abridging the freedom of "speech"). לאור נוסח זה, אומץ מבחן איזון שיפוטי מצמצם ביותר, המאפשר פגיעה בחופש הביטוי בנסיבות חריגות של סכנה ברורה ומידית מהביטוי (clear and present danger). ראו למשל דבריו של השופט Brandeis בפסק דין *Whitney v. California* 274 U.S. 357, 373 (1927): "That the necessity which is essential to a valid restriction does not exist unless speech would produce, or is intended to produce, a clear and imminent danger of some substantive evil which the State constitutionally may seek to prevent has been settled". יצוין כי קיימת אף גישה קיצונית יותר, הגישה האבסולוטית, המעניקה לחירות הביטוי, לאור נוסחה המפורש בחוקה, מעמד עליון. ראו למשל בפסק הדין שעסק בדיני לשון הרע, שבו היו שופטים שחשבו שצריך לבטל את דיני לשון הרע כליל, או לפחות ביחס לאנשי ציבור, לאור התיקון הראשון לחוקה: *New York Times v. Sullivan* 376 U.S. 254, 293-305 (1964) (Black, J., Douglas, J., Goldberg, J., concurring) ו"החירות (תשנ"ד), 203.

266 ראו דבריו של השופט ברק בבג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (להלן: בג"ץ פורז), 336. להגדרה הרחבה של הזכויות באנגליה והצורך בפרשנותן על ידי בית המשפט ראו 111, *G. Williams Learning the Law* (11<sup>th</sup> ed., Stevens, London, 1982). לשיטת האיזון הישראלית כמנוגדת לתפיסת הזכויות האבסולוטיות ראו M. Kremnitzer "Constitutionalization of Substantive Criminal Law: A Realistic View" 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 720, 723-725.

267 בג"ץ פורז (לעיל, הערה 266), בעמ' 336.

## אכיפה סלקטיבית

ההלכה כי יש לערוך איזון בין השוויון לבין הערכים האחרים<sup>268</sup>. נקודת האיזון ההולמת לכל הסדר נורמטיבי עשויה להשתנות בהתאם למשקל שיש ליחס לאינטרסים העומדים מול ערך השוויון, שהרי לא כל איסור על אפליה הוא בעל אותה חומרה. כך למשל כאשר הזכות לשוויון מהווה ערך כשלעצמה ואין לה זיקה לזכות יסוד אחרת – היא זכות פגיעה יותר וייתכן שנקודת האיזון תנוע מן השוויון לעבר האינטרסים המתחרים. לעומת זאת כאשר מעורבות גם פגיעות בזכויות יסוד אחרות, האיזון עשוי להשתנות<sup>269</sup>. נראה אפוא כי בישראל נקל לוותר על דרישת המניע לאפליה, תוך שימת דגש על התוצאה המפלה ועל הערכים והאינטרסים העומדים על הפרק. כך למשל בסיטואציה שנדונה בבג"ץ זקין<sup>270</sup> האכיפה הסלקטיבית הייתה חמורה במיוחד, שכן אכיפת חוק העזר כנגד מי שתלה מודעות כנגד ראש העיר, היוותה לא רק אפליה פסולה לעומת מי שתלה מודעות אחרות, אלא אף פגיעה בערך נוסף – חופש הביטוי הפוליטי של העותרים<sup>271</sup>.

ניתן לטעון כי הטיעון בדבר יחסיותה של הזכות לשוויון והיעדר הצורך בקביעת דרישת המניע כתנאי הכרחי לפגיעה בה ראויים לבחינה מחודשת, לאור הגישה הרווחת שלפיה עלה מעמדה של הזכות מזכות הלכתית לזכות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>272</sup>. אלא שכפי שאראה, לא זו בלבד שאין בגישה זו כדי לשנות מהיותה של הזכות יחסית, אלא שהיא נותנת משנה תוקף לעמדה המייתרת את דרישת הכוונה.

השאלה הראשונה שיש להתמודד איתה היא אם אמנם הזכות לשוויון מעוגנת בחוק היסוד. שאלת מעמדו של עקרון השוויון לאור חקיקת חוק היסוד זכתה להתייחסות נרחבת במאמרים<sup>273</sup> ולמספר רב של אמירות בפסיקה<sup>274</sup>. לאחרונה התגבשה הלכה בסוגיה, שלפיה

268 ראו בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 152; רע"ב 3967/97 מדינת ישראל נ' אבו רביע, פ"ד נא(5) 479, 479; בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 366.

269 ראו דברי השופטת ביניש בבג"ץ 441/97 צנוירט נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נג(2) 798, 813.

270 לעיל, הערה 191.

271 ראו דבריו של השופט זמיר בהקשר לפרשנות חוק העזר שנדון בבג"ץ זקין: "חופש הביטוי הפוליטי ראוי להגנה מרבית, הן משום שנודעת לו חשיבות יתרה מבחינה חברתית, כיסוד מוסד של המשטר הדמוקרטי, והן משום שהוא חשוף יותר מכל צורה אחרת של ביטוי להתנכלות מצד השלטון. יש גם משמעות לכך שמדובר בביטוי פוליטי על גבי קניין פרטי, כלומר על גבי ביתו של אדם... וגם זאת יש לציין, שמדובר בביטוי פוליטי אשר בנסיבות המיוחדות של העותרים, לא היה לו תחליף ראוי. כל אלה מביאים למסקנה כי מן הראוי לתת לחוק העזר פירוש מצמצם שימתן את הפגיעה בחופש הביטוי"; שם, בעמ' 302.

272 להלן: חוק היסוד.

273 ראו למשל י' קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 345-361; א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ג-תשנ"ד) 271, 279; ה' סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257, 274-303.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון, עד כמה שהזכות לשוויון קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק<sup>275</sup>. על כל פנים, ניתן להמשיך את הדיון גם בהנחה כי הזכות לשוויון בכללותה מעוגנת בחוק היסוד, שכן כפי שאראה למרות המעמד החוקתי של הזכויות המוגנות, הן נותרו יחסיות.

השאלה השנייה היא אם עיגונה של הזכות לשוויון במסגרת חוק היסוד אינה מחייבת את הגדרתם של חריגים ברורים לזכות, על מנת שניתן יהיה לפגוע בה לטובת הגנה על אינטרסים אחרים. התשובה לכך היא שלילית. סעיף 8 לחוק היסוד<sup>276</sup> קובע כדלקמן:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

כלומר, בה בעת שחוק היסוד העלה את הזכויות המעוגנות בו למעמד חוקתי, הוא הכיר ביחסיותן והעניק אפשרות לפגוע בהן בהתקיים התנאים הקבועים בו<sup>277</sup>. ואכן, גם המצדדים מפורשות בעיגונן של עקרון השוויון בחוק היסוד, הכירו בכך כי אין הוא זוכה להגנה על מלוא היקפו. פגיעה כדיון בעקרון השוויון עשויה להתקיים אם זו תואמת את ערכיה של מדינת ישראל, אם היא לתכלית ראויה ואם פגיעתה אינה מעבר למידה הדרושה<sup>278</sup>.

274 ראו למשל דבריו של השופט אור בבג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 362, 353; דבריו של המשנה לנשיא ברק בעניין דנילוביץ (לעיל, הערה 258), בעמ' 760; דברי השופטים מצא וזמיר בבג"ץ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501; דברי השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (להלן: בג"ץ מילר), בעמ' 133-131 ובבג"ץ 8238/96 אבו ערער נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 47-46. להדגמת חוסר רצונם של השופטים להכריע בסוגיה ראו למשל בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, בייחוד עמדתו של השופט גולדברג בעמ' 494 ועמדתו של השופט זמיר בעמ' 497-496.

275 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 11.5.06), בסעיפים 30-40 לפסק דינו של הנשיא ברק; סעיפים 31-40 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.5.06), סעיף 39 לפסק דינו של הנשיא ברק.

276 להלן: פסקת ההגבלה.

277 לדיון נרחב ראו א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253.

278 ראו דבריו של המשנה לנשיא ברק בבג"ץ דנילוביץ (לעיל, הערה 258), בעמ' 760 והאסמכתאות הנוספות המובאות על ידיו.



## אכיפה סלקטיבית

הזכות לשוויון פותחה אפוא באנגליה ובישראל כזכות יחסית, ואף עיגונה החוקתי<sup>279</sup> אינו שולל את אופייה זה ואת היכולת לאזן אותה עם זכויות ואינטרסים אחרים. לאור זאת, אין מניעה להחיל את הזכות לשוויון גם בהקשרים של אכיפה ולהכיר בעילה רחבה של אכיפה סלקטיבית, ללא דרישות מצירות כמו כוונה להפלות או קביעת חריגים כגון אי-תחולת הטענה בהקשר של אכיפה פלילית. האינטרסים הראויים האחרים יובאו כולם בחשבון במסגרת האיזון שייעשה לגוף העניין. זאת ועוד, השיקולים המתנגשים כבדי המשקל, אשר גרמו בארצות-הברית לצמצום העילה, יוכלו לבוא לביטוי בארץ בהשפעתם על מישור הסעד<sup>280</sup>.

יצוין כי גישה פחות חד-משמעית, שאינה שוללת לחלוטין את דרישת המניע, אך מקבלת את האפשרות כי סלקטיביות פסולה תתקיים גם ללא מניע פסול, הוצגה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בפרשת בורוביץ<sup>281</sup>. וכך אמר בית המשפט:

נמצא כי ההכרעה בשאלה, אם העמדתם לדין של חלק מן המעורבים בביצוע עבירה הינה בבחינת אכיפה חלקית מותרת או שמא בבחינת אכיפה בררנית פסולה, תהא לרוב תלויה (כפי שצוין בפרשת זקין) בבירור השאלה אם הרשות הבחינה בין המעורבים על יסוד שיקולים ענייניים או שמא פעלה "לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא". יסודו של כלל זה בהיגיון: כפי שכבר ציינו, החלטת בית-המשפט לבטל כתב-אישום מטעמי הגנה מן הצדק מותנית בכך שההחלטה להגישו פוגעת באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות של בית-המשפט. כאשר הסיבה להפליה נעוצה בהתנהגות מכוונת וזדונית של הרשות, דבר קיומה של פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות הוא לכאורה גלוי וברור, בעוד

279 גם באנגליה חלה התפתחות בכיוון עיגון זכויות יסוד בחקיקה. ה- Human Rights Act 1998, אשר נכנס לתוקפו באוקטובר 2000 נתן תוקף לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם (European Convention on Human Rights). החוק החיל את האמנה במשפט האנגלי בכמה דרכים וביניהן חיוב רשויות השלטון לפעול בהתאם לזכויות הקבועות באמנה (סעיף 6) והוראה כי יש לפרש את החקיקה בהתאם לעקרונות הקבועים באמנה (סעיף 3). מאחר שסעיף 14 לאמנה מגן על עיקרון השוויון, הרי שהוא זכה לעיגון חקיקתי גם באנגליה. עם זאת אין ספק כי הזכויות הוכרו כזכויות יחסיות. כך למשל סעיף 6 מסייג את ההוראה לרשויות השלטון לפעול על פי האמנה, בכך שהוראה זו לא תחול בהתקיים דרישה סותרת בחקיקה ראשית. לעניין זה ראו J.R. Spencer "English Criminal Procedure and the Human Rights Act" (1999) 664, 667-669 *Isr. L. Rev.* 33 (1998). כמו כן החוק מגביל מאד את כעלי האפשרות לטעון בבתי המשפט באנגליה לפגיעה בזכות המוגנת באמנה. לעניין זה ראו J. Miles "Standing under the Human Rights Act 1998: Theories of Rights Enforcement & The Nature of the Public Law Adjudication" 59 *Cambridge L.J.* (2000) 133

280 להבחנה בין מישור העילה למישור הסעד ראו פרק שישי, סעיף ג.

281 לעיל, הערה 221.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

שדבר קיומה של פגיעה כזאת הוא פחות מובן מאליו מקום שהרשות פעלה בתום-לב. עם זאת איננו רואים מקום לפסול את האפשרות – שמטבעה תהא נדירה ביותר – שההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בדרגית פסולה תיגזר מנסיבות מיוחדות אחרות, ולא דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים... ובדומה לאמת-המידה שעל-פיה מנחה בית-המשפט את עצמו, לעניין ביקורתן של החלטות מינהליות אחרות, אף בביקורת החלטותיה של התביעה עשוי בית-המשפט לבטל כתב-אישום שהוגש – מטעמי הגנה מן הצדק – אם אכן שוכנע, כי בנסיבותיו של המקרה הנתון, ההחלטה להאשים את פלוני ושלא להאשים את אלמוני חורגת בכירור ממתחם הסבירות<sup>282</sup>.

כאמור<sup>283</sup>, הדגש הרב שניתן לדרישת המניע, נובע – כפי שבית המשפט ציין בעצמו – מדיון בעילה בהקשר של הגנה מן הצדק, אשר במקור דורשת התנהגות שעורריית של הרשות ומובילה לתוצאה חד-משמעית של בטלות כתב האישום. הכרה בכך כי אכיפה סלקטיבית היא עילה מובחנת שאינה קשורה דווקא בהגנה מן הצדק, עשויה להוביל להשתחררות מדרישת המניע, מתן דגש על התוצאה המפלה ולא על הכוונה להפלות, ואיזון השיקולים השונים במישור הסעד.

## 2. שלילת הדרישה לאפליה קבוצתית

לכאורה ניתן לתאר שלושה תרחישים אפשריים לאכיפה סלקטיבית: 1. אכיפה סלקטיבית שהיא תוצאה של סיווג על בסיס חוקתי פסול, כגון דת, גזע או מין; 2. אכיפה סלקטיבית על בסיס סיווג אחר; 3. אכיפה שאינה תוצאה של סיווג אלא תוצאה של פגם אחר במעשה המינהלי, שיקול זר, חוסר סבירות, חוסר מידתיות או אפילו שרירות גרדא. בארצות-הברית רק אכיפה סלקטיבית מהסוג הראשון אסורה. כאמור, גישה זו – הדורשת הוכחה של סיווג חוקתי פסול – מניחה קורלציה בין היכולת של המחוקק המדינתי לערוך "סיווג סביר" בעל "קשר רציונלי" למטרת החיקוק, לבין היכולת של פקידי המינהל לערוך סיווגים סבירים לצורך אכיפה<sup>284</sup>. דהיינו כפי שרק חקיקה היוצרת סיווג על בסיס גזע, דת או מין תעבור בחינה קפידה, אזי רק אקטים מינהליים שיוצרים סיווגים כאלה צריכים לעמוד בדרישות שמעבר לקשר רציונלי למטרה. קורלציה זו מוטעית בעיניי. ראשית, הפרדת הרשויות, עקרון החוקיות וההבדלים בין הפונקציות של המחוקק והמינהל דורשים הבחנה בין היקף הסיווג שמותר לכל אחת מהרשויות לבצע. עקרון השוויון, על אף

282 שם, בעמ' 814-815 (ההדגשות שלי – מ' ט').

283 ראו לעיל דיון בהערה 223 ובטקסט הצמוד אליה.

284 ראו לעיל, סעיף א(ד).

חשיבותו הוא עיקרון יחסי והמחוקק אכן רשאי לפגוע בו על מנת להגשים מטרות אחרות. בארצות הברית, כאשר הסיווג אינו על בסיס "חשוד", מטרות אלה צריכות להיות בעלות "קשר רציונלי" למטרת החיקוק. בארץ, לפי הגישה הרואה בשוויון חלק מ"כבוד האדם", על הפגיעה בשוויון להיות לתכלית ראויה, להלום את ערכי מדינת ישראל ולא לעלות על הנדרש, אך משבחר המחוקק את התכלית, על הרשות המבצעת לפעול להגשימה ואין זה מסמכותה ליצור סיווגים שאינם הולמים את המטרה שקבע המחוקק. הדבר מתחייב מעקרונות היסוד בדבר שלטון החוק וחוקיות המינהל. על פי עקרון חוקיות המינהל, שהוא אחד מהיבטיו של שלטון החוק, לא זו בלבד שמקור סמכותה של הרשות המינהלית חייב להיות בחקיקה, אלא שהפעלת הסמכות חייבת ליפול בגבולות שהוגדרו על ידי המחוקק<sup>285</sup>. אמנם, עקרון החוקיות בטוהרתו אינו מתקיים במדינה המודרנית, בשל קיומו של שיקול דעת רחב לרשות המבצעת ואף אצילה של סמכויות חקיקה מהמחוקק למינהל<sup>286</sup>, אך דומה כי, למצער, יש לפרש את החובה לפעול בגבולות שהוגדרו על ידי המחוקק כמחייבת לפעול על פי המטרות שהוגדרו על ידיו, ולא על פי סיווגים חדשים כפי ראות עיני הרשות<sup>287</sup>. אכן, ניתן לטעון כי סמכותה של התביעה הפלילית לשיקול שיקולים של עניין לציבור, טומנת בחובה מניה וביה, את הסמכות ליצור סיווגים ללא הסמכה מפורשת של המחוקק<sup>288</sup>. עמדה זו אינה מקובלת עליי. פגיעה בזכויות אדם, בין שהן הלכתיות ובין שהן מעוגנות בחוק יסוד, דורשת הסמכה מפורשת של המחוקק ואינה יכולה להילמד באופן משתמע<sup>289</sup>. יתרה מזאת, לא די בהסמכה מפורשת אלא שיש צורך בהסמכה שאינה כללית מדי ואשר קובעת את ההסדרים הראשוניים<sup>290</sup>. מכאן כי יצירת סיווג לאכיפה צריכה להילמד לכל הפחות ממטרות החוק הנאכף<sup>291</sup> ואינה יכולה להתבצע מכוח הסמכה כללית לשיקול שיקולי עניין לציבור.

- 285 ראו I. Zamir "Administrative Law" *The Law of Israel: General Surveys* (I. Zamir, S. Colombo eds., Faculty of Law – University of Haifa, 1995) 51, 52-53.
- 286 ראו דותן (לעיל, הערה 77), בעמ' 311-315.
- 287 השוו עמדתו של השופט חשין בפרשת תורג'מן (לעיל, הערה 118), בעמ' 455: "דומה בעיני כי יש ליתן משקל מלא למדיניות יוצרת זו של המשטרה, שכן התעלמות מאותה מדיניות יהיה בה כדי לפגוע בעקרון החוקיות, לא פחות".
- 288 עמדה ברוח זו הביעה עו"ד נאוה בן-אור, המשנה לפרקליטת המדינה, בריאיון שערכתי עמה (להלן, נספח ד).
- 289 באשר לזכויות הלכתיות ראו העיקרון שנקבע בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב(1) 80; באשר לזכויות הקבועות בחוקי היסוד ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
- 290 לפי כלל ההסדרים הראשוניים, מדיניות כללית ועקרונות מנחים צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך הסדרים משניים. ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 502-524.
- 291 למותר לציין כי מטרות החוק וסיווגים הנעשים על ידי המחוקק יכולים להילמד גם באופן משתמע. כך למשל בת"פ (נת') 2158/02 מדינת ישראל נ' פואד, נבו – המאגר המשפטי

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

שנית, יצירת סיווגים דורשת מדיניות רציונלית קבועה מראש אשר מטרתה לקדם פילוסופיה מסוימת שביסוד פעולת האכיפה. אלא שפקידי אכיפת החוק פועלים פעמים רבות באופן ריאקטיבי, על בסיס מידע שהגיע מתלוננות או מחקירת המשטרה, והם צריכים לתת מענה מידי לשאלות שעולות ולקבל החלטות אד הוק. הבסיס לקבלת החלטות אלה אינו בהכרח אחיד ולא תמיד הוא מונחה על ידי מדיניות קבועה מראש. אם כן, במציאות ההחלטה להעמיד לדין על בסיס סיווג סלקטיבי כלשהו לא נעשית על בסיס מדיניות רציונלית כלשהי או על בסיס מומחיות, אלא יכול שתהא תוצאה של מתן אישור על ידי התובע לפעולה קודמת שביצע שוטר וכדומה<sup>292</sup>. לכן, גם אם נסכים שלרשויות האכיפה צריך להיות שיקול דעת רחב, שכן להן נתונה המומחיות בתחומים כגון הערכת ראיות או סיכויי ההרשעה, הרי ששיקול דעת זה לא צריך להשתרע על היכולת לבצע סיווגים שלא יצר המחוקק.

שלישית, אחת העילות המרכזיות להתערבות בשיקול הדעת של הרשות היא פעולה על יסוד מטרה זרה או שיקולים זרים<sup>293</sup>. כל סמכות וכל שיקול דעת מופעלים למטרה מסוימת ובהתבסס על שיקולים מסוימים הנלמדים מהחוק המסמיך. שימוש בסמכות למטרה פסולה או שקילת שיקולים זרים במסגרת הסמכות פוסלים את מעשה הרשות, גם אם תאורתית הרשות הייתה יכולה להגיע לאותה תוצאה על סמך מטרה ושיקולים כשרים<sup>294</sup>. סמכויות אכיפה הן מהסמכויות הרגישות ביותר הקיימות לרשויות המינהל. כך למשל, האפשרות המוקנית לרשות המבצעת לחזור ולאכוף חוק בניגוד למנהגה לא לאוכפו, פותחת פתח להפעלה מגמתית של החוק ולשקילת שיקולים זרים. בעוד החלטה שלא להיזקק לחוק מסוים יכול שתיעשה מתוך מדיניות כללית הצופה קטגוריה של מקרים דומים, ההחלטה

הישראלי (ניתן ביום 23.6.02) נטען לאכיפה סלקטיבית של חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 כנגד תושבי ה"אזור", כאשר בד בבד אין הקפדה על יישום הוראות החוק כנגד אזרחים זרים שתוקף אשרת שהייתם בארץ פג. המדינה טענה כי ההבחנה בין תושבי השטחים ו"זרים" אחרים נלמדת מהוראותיו של המחוקק, שכן סעיף 12 א אשר הוסף לחוק כהוראת שעה, מחמיר עם העסקה של תושבי האזור בשל ההיבט הביטחוני. הטענה התקבלה על ידי השופט חאלד כבוב אשר אמר: "...במקרה שבפני ובבואי לשקול אם אכן דבק באכיפה בררנית זו פסול ו/או פגם משום יישומה אך ורק כנגד תושבי שטחים ולא כנגד עובדים זרים, הרי תשובתי היא דווקא שלילית. למצער, מספרם של תושבי ואזרחי המדינה שמצאו מותם ו/או נפגעו קשות כתוצאה מפגיעה קשים ב-20 החודשים האחרונים מצדיקה ומחייבת התייחסות שונה ומחמירה מטעם רשויות אכיפת החוק כלפי תושבי האזור".

292 ראו Givelber (לעיל, הערה 62), בעמ' 103-104.

293 ראו למשל בג"ץ לזרוביץ (לעיל, הערה 259), בעמ' 46-49; בג"ץ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד טז 2665, 2667-2668; בג"ץ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236, 245-246; בג"ץ חורב (לעיל, הערה 65), בעמ' 34-36.

294 ר' הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז), 448-449. לעמדה שממנה עולה גישה שונה הבוחנת את התוצאה האובייקטיבית ראו בג"ץ חורב (לעיל, הערה 65), בעמ' 76.

## אכיפה סלקטיבית

לשוב ולהפעיל את החוק עלולה לנבוע משיקולים שאינם לגופו של עניין הקשורים בנאשם הספציפי<sup>295</sup>. הטענה שלפיה רשויות האכיפה רשאיות לערוך סיווגים לצורך אכיפה, ובלבד שאין יסודם במין, גזע, דת או קריטריונים דומים לאלה, משמעה הכשרה של פעולה למטרות פוליטיות, אישיות או מטרות אחרות הזרות לחקיקה. דרישת הוכחת שיקול זר שיסודו בסיווג פסול, משמעה צמצום משמעותי ביותר של העילה בדבר איסור מטרות ושיקולים זרים. לא יעלה על הדעת כי עילת ביקורת שיפוטית התקפה לגבי כלל סמכויות המינהל, תצומצם במידה כה ניכרת באשר לרשויות האכיפה. אכן, רשויות האכיפה שוקלות שיקולים מגוונים ולעתים המטרות העומדות ביסוד פעולתן מעורבות. לעניין זה ניתן ליישם את ההלכות הכלליות בדבר מטרות מעורבות, כשרות ופסולות, של הרשות. בהקשר זה נעשה שימוש בארץ במבחן "ההשפעה הממשית" – הבוחן אם הייתה לשיקול הפסול או למטרה הפסולה השפעה ממשית על מעשה הרשות<sup>296</sup>, ובמבחן "המטרה הדומיננטית" – הבוחן מה הייתה המטרה המכרעת (הדומיננטית) שלמענה הופעלה הסמכות<sup>297</sup>.

מעבר לחובות האמורות של הרשות המינהלית לנהוג בשוויון וללא שיקולים זרים, מוטלות עליה חובות נוספות מכוח המשפט המינהלי המגבילות את אופן הפעלת שיקול דעתה<sup>298</sup>. על רשות מינהלית לפעול "בהגינות (מהותית ודיונית), ביושר, בסבירות, תוך שוויון, בתום לב, ללא שרירות, שלא בדרך של ניגוד עניינים ושלא בדרך מפלה"<sup>299</sup>. חובות אלה חלות גם על רשויות האכיפה<sup>300</sup>. לכך ניתן להוסיף גם את החובה לפעול באופן מידתי, העוסקת ביחס בין התכלית לבין האמצעים הננקטים להגשמתה. במסגרת זו נבחן אם האמצעי שננקט מתאים למטרה, אם הוא פוגע בפרט במידה הפחותה ביותר ואם קיים יחס ראוי בין הפגיעה בפרט לבין התועלת שמופקת מהשימוש באמצעי האמור לצורך הגשמת התכלית<sup>301</sup>. למבחן המידתיות חשיבות רבה בכל הנוגע לאכיפה, שכן אין די בכך שהנורמה

- 295 ד' אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 477, 497-496.
- 296 ראו בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז(2) 764, 773.
- 297 ראו בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1.
- 298 לפירוט עילות הביקורת העיקריות ראו הר-זהב (לעיל, הערה 294), בעמ' 437-438.
- 299 בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 91.
- 300 דוגמא לכפיפות רשויות האכיפה לעילת הסבירות ניתן לראות בבג"ץ 6579/99 פילבר נ' ממשלת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 1.11.99) – עתירה שביקשה לצוות על הממשלה לאכוף באופן יעיל את דיני התעבורה ב"מעבר הבטוח" שנפתח בהסכם בין ממשלת ישראל לבין הרשות הפלשתינאית. בית המשפט, בדחותו את העתירה, אמר: "כדי שבית-המשפט יתערב ברמת האכיפה של חוק זה או אחר, צריך שהרשויות המוסמכות יתנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק, דבר שאינו קיים במקרה זה, או יימנעו ממילוי חובתן באופן בלתי סביר, דבר שלא הוכח במקרה זה" (ההדגשה שלי – מ' ט')
- 301 ראו למשל בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מט(5) 1, 10-13; בג"ץ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מו(1) 858, 860; בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217, 219; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

העונשית היא מידתית, גם השימוש בה חייב לעמוד במבחן זה, וישנם מקרים שבהם הפגיעה בנחקר או בנאשם עולה על התועלת החברתית שבהעמדה לדין, ולכן היא "מעל הנדרש"<sup>302</sup>. לאור כל זאת, לטענתי, בהפעילן שיקול דעת בשאלה כלפי מי לאכוף את החוק, האיסור שחל על רשויות האכיפה משתרע לא רק על פעולה על יסוד סיווגים מפלים, כאמור בהלכה בארצות-הברית, אלא אף על פעולות שיסודן בשרירות, חוסר סבירות, שיקולים זרים או חוסר מידתיות, ככל שאלה מובילים לאכיפה סלקטיבית של החוק<sup>303</sup>.

התוצאה היא שרשויות האכיפה רשאיות לשקול אך ורק שיקולי מדיניות הנאמנים למטרות החוק<sup>304</sup>. כמובן שרשויות האכיפה רשאיות ואף חייבות לשקול תמיד שיקולים

התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 435; בג"ץ חורב (לעיל, הערה 65), בעמ' 53-54. לעילת המידתיות ראו גם ז' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט (תשנ"א) 507; דורנר (לעיל, הערה 1), בעמ' 281.

302 ראו מ' קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה (תשנ"ז) 173, 184. להפעלת ביקורת שיפוטית בעילת המידתיות על רשות אכיפה ראו בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 900. השופט טירקל פסק כי מאחר וקיים בהרצליה חוק עזר ספציפי האוסר חניה על מדרכות, אין לעשות בהקשר זה שימוש בחוק העזר העוסק בניקיון. מאחר שהקנסות על פי חוק העזר הספציפי הם גם הרבה יותר נמוכים, הרי שהשימוש בו מתחייב גם על פי עקרון המידתיות (סעיף 7 לפסק הדין).

303 לכך שפגמים אלה עשויים להוביל לפגיעה בשוויון ראו א' בנדור "שוויון ושיקול-דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" ספר שמגר (חלק א, תשס"ג) 287, 299-302.

304 שאלה מעניינת יכול שתתעורר במצב שבו הסיווג תואם את מטרות החוק, אך כשלעצמו יוצר אכיפה סלקטיבית. מצב כזה מתעורר לדעתי בתכנית החסינות של הרשות להגבלים עסקיים. אחד מייעדיה המרכזיים של הרשות הוא חשיפתם של הסדרים כובלים בין מתחרים והעמדת המעורבים בהם לדין פלילי. במסגרת קידום מטרותיה ועל מנת ליעל את האכיפה (הן בהיבט של תפיסת הקרטל הן בהיבט של קיצור אורך חייו) גיבשה הרשות תכנית חסינות, שאומצה בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ולפיה כל אדם לרבות תאגיד, מנהל בתאגיד או עובד בו, יזכה בחסינות מפני העמדה לדין בעבירה על חוק ההגבלים העסקיים, אם יהיה הראשון שפונה לרשות ומוסר לה את מלוא הפרטים הידועים לו בקשר להסדר הכובל שהוא היה מעורב בו. תכנית זו תואמת את מטרות החוק במובן זה שהיא מיעלת אכיפה, אלא שהיא יוצרת סלקטיביות במספר רב של מישורים: ראשית, התכנית חלה רק על עבירות קרטל ולא על עבירות מונפוליסטיות אחרות; שנית, היא נותנת חסינות רק למי שפונה ראשון ונותן אינפורמציה שלא הייתה בידיעת הרשות; שלישית, היא אינה נותנת חסינות ל"מנהיג המובהק של הקרטל"; רביעית, מתעוררות שאלות לגבי חסינות בעבירות נגזרות שאינן על חוק ההגבלים העסקיים וחסינות אנשים שאינם עובדים ישירים של התאגיד, כגון רואה החשבון שלו. החסינות המוחלטת הניתנת ל"מלשין" רחבה הרבה יותר מזו הניתנת לעד מדינה על פי שיקול דעת הפרקליטות, ומאידך, מעוררת שאלות ראייתיות ודיוניות בדבר הוכחתם של נתונים שבידיעתה הבלעדית של הרשות כמו מיהו הפונה הראשון והאם האינפורמציה לא הייתה ידועה קודם לכן. לאור כל האמור, ראוי כי סיווגים אלה, הגם שמטרתם לקדם אכיפה ייעשו על ידי המחוקק ולא בהנחיות פנימיות של רשויות האכיפה. ראו הנחיות היועץ המשפטי

## אכיפה סלקטיבית

כלליים כמו כיבוד זכויות אדם<sup>305</sup>, אך שיקולים כלליים אלה אין בהם כדי לאפשר יצירת סיווגים שאינם תואמים את מטרות החוק<sup>306</sup>. ייתכן סיווג שאילו נעשה על ידי המחוקק היה הוא סיווג כשר, אך רשויות האכיפה אינן רשאיות לעשותו מאחר ואין זה מסמכותן לפעול על פי מטרות שלא נקבעו על ידי המחוקק<sup>307</sup>.

כך למשל, אילו המחוקק היה שם את הדגש בעבירות הזנות על המטרד, סביר שסיווג זה לא היה בלתי חוקתי. אך משהמטרה פעלה מיוזמתה על פי סיווג זה והשלימה עם התופעה של מכוני לווי, להוציא מקרים שבהם היו תלונות של השכנים, כפי שהיה בפרשת תורג'מן<sup>308</sup>, הרי שהיא ביצעה אכיפה סלקטיבית אסורה המקימה עילת ביקורת. ויודגש כי אין חולק כי גברת תורג'מן לא סומנה לאכיפה בשל מוצאה, מינה או בשל סיווג פסול אחר כלשהו. הפסול הוא בכך שהמטרה יצרה לצורך אכיפה סיווג, אשר אינו תואם את מטרותיו הראשיות של החוק, ועל בסיסו בחרה ליישם את החוק דווקא כנגד גברת תורג'מן. המטרד הוא אכן היבט מסוים, אך משני, של עבירת הסרסרות לזנות, אשר מטרתו העיקרית להגן על

למשלה, הנחיה מספר 4.7000, <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/E0B7B726-DAC2-4408-946B-5F0A1D6D3C04/0/47000.pdf>.

305 לשיקולים כלליים ("חזקות בעלות תחולה כללית") לעומת שיקולים פרטיקולריים ("מטרות למעשה") ראו בג"ץ פורז (לעיל, הערה 266), בעמ' 326-334.

306 השוו עמדתו של דן ביין לעניין פרשנות סעיף 9א(א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971. סעיף זה קובע כי מפכ"ל המשטרה יוציא הוראות "שיקבעו עקרונות לעניין ארגון המשטרה, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בה והבטחת פעולתה התקינה". לדעת פרופ' ביין, יש לפרש את המילים "הבטחת פעולתה התקינה" כרחבות מספיק לאפשר קביעת מדיניות בנושאים של אכיפת החוק, אך אין נוסח זה מקנה את הסמכות לאימוץ מדיניות של אי-אכיפת הוראת חוק מסוימת מכל וכל, אלא רק להורות על סדרי עדיפויות בהקצאת כוחות במקום ובזמן לעניין אכיפת החוק, וכן להנחות את השוטרים לעניין השימוש באמצעים משטרתיים; ד' ביין "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" פלילים ב (תשנ"א) 133, 160-161.

307 דוגמה למצב שבו החוק הסמיך באופן מפורש לאכיפה סלקטיבית, אשר הייתה פסולה אילו נעשתה על ידי הרשות המינהלית, היא אכיפת תנאי הזיכיון כלפי ערוץ 10 וערוץ 2. בעוד התנאים נאכפים ככתבם וכלשונם כלפי ערוץ 2, ערוץ 10 קיבל הקלות אשר נתמכו על ידי המחוקק. חודשיים לאחר שערוץ 10 עלה לשידור פנו ראשיו בבקשה למועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו לעבור למתכונת של "שידורי היערכות". המועצה אישרה זאת והמשמעות הייתה דחיית המחויבויות לשלבים מאוחרים יותר – הקלה משמעותית ביותר גם כאשר מביאים בחשבון "הגנות ינוקא" שקיימות לערוץ חדש. בחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 18), תשס"ג-2002 הכנסת פטרה את הערוץ ממחויבויותיו בשנה הראשונה, ובלבד שאם לא יעמוד בהן בשנה השנייה יישלל זיכיונו. כאשר מועצת הרשות החלה בהליכי שלילת זיכיון, תוקן החוק שוב ובחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 19), תשס"ג-2003 ניתן לערוץ פטור של שנתיים. זהו למעשה מצב שבו הרשות המינהלית רצתה לנקוט באכיפה שוויונית והמחוקק כפה עליה את הסלקטיביות. אין ספק שאילו היחס השונה לשני הערוצים לא היה מעוגן בחוק, היה מדובר באכיפה סלקטיבית פסולה.

308 לעיל, הערה 118.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

נשים<sup>309</sup>. הפסול נובע אפוא לא ממניע להפלות ואף אינו קשור לשיוך קבוצתי כלשהו של גברת תורג'מן, אלא מכך שתלונות של השכנים היוו את הסיווג הבלעדי לצורך אכיפה – דבר שגרר תוצאה אבסורדית, שלפיה מבין מאות מכוני ליווי – המערערת הייתה אחת הבודדות שהועמדה לדין<sup>310</sup>. יצוין כי גם כעשור לאחר פרשת תורג'מן, ממשיכה המשטרה, ככל הנראה, לאכוף את החוקים האמורים לטפל בזנות על פי סיווגים שאינם תואמים בהכרח את המטרות העיקריות של החוק. הדברים עולים מדברי בית המשפט המחוזי בתל-אביב:

כשאנו מציגים בפני התביעה את השאלה מדוע זרוע החוק אינה נוקטת בצעדים מתאימים לסגירת אותם מכוני, שאין ספק שהם פועלים בניגוד להוראות החוק – אנחנו נענים שהמדיניות המוסכמת של שלטונות החוק היא, "להעלים עין" מאותם מכוני, אם אין הם מהווים מטרד לשכנים; אם לא מבוצעת בהם עבירה של סחר בנשים או עבירות חמורות אחרות; ואם הם שומרים על סטנדרטים מקובלים של שקט והיגיינה<sup>311</sup>.

דברים אלה מתיישבים גם עם הנחיות פרקליטת המדינה בנוגע למדיניות החקירה וההעמדה לדין בעבירות זנות וסחר בבני אדם לעיסוק בזנות, אשר שמות דגש על הלוחמה בסחר בנשים, בעוד שכאשר המידע שבידי המשטרה אינו מצביע על חשד לסחר בנשים, חקירה תתבצע רק בנסיבות מיוחדות כמו מעורבות קטינים בעסקי הזנות או כאשר מקום העיסוק בזנות מהווה מטרד לשכנים<sup>312</sup>. הכרה בעילת ביקורת האוסרת על סלקטיביות באכיפה גם כאשר אין יסודה בסיווג קבוצתי כגון מין, דת או גזע, עשויה לסייע בקעקוע

309 ראו שם, בעמ' 453-454.

310 יצוין שלא זו בלבד שתלונות של השכנים אינן שיקול זר, אלא שהן שיקול רלוונטי מאוד. ראשית, משום שכאשר קיימת תלונה המשטרה מחויבת לחקור. שנית, משום ששכנים מתלוננים יכולים לתת מידע רלוונטי, כמו האם מועסקות קטינות וכו'. ושלישית, תלונות השכנים מחזקות את היבט העניין הציבורי שבחקירה. אלא שבכל הנוגע להעמדה לדין עדיין הייתה קיימת כאן סלקטיביות פסולה. ניתן לטעון שזו אכיפה בלתי מידתית, שכן בעוד החוק כלל לא נאכף כלפי מי שניהל בית ליווי והשכנים לא התלוננו עליו, הרי שלאור תלונת השכנים של גברת תורג'מן המשטרה לא הסתפקה באזהרה אלא היא הועמדה לדין, על כל המשתמע מכך, ואף הוטלו עליה סנקציות פליליות. לפער בלתי מידתי בענישה השווה ער"ם 3813/03 יפת נ' עיריית נתניה, פ"ד נח(1) 985, 959.

311 תפ"ח (ת"א) 1127/01 מדינת ישראל נ' רפאילוב, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 15.1.02), סעיף 6 לפסק דינו של השופט עמית.

312 ראו הנחיות פרקליט המדינה (ערכון אחרון 10.1.06), הנחיה מספר 2.2 – מדיניות האכיפה בעבירות הנלוות לעיסוק בזנות, סעיף 7. ראו גם דבריה של נאוה בן-אור, המשנה לפרקליטת המדינה, בריאיון שערכתי עמה (נספח ד), וכן דבריו של מפכ"ל המשטרה לשעבר, יהודה וילק, בריאיון שערכתי עמו (נספח ז).



## אכיפה סלקטיבית

התופעה שלפיה המשטרה פועלת במשך שנים רבות על פי סיווגים שחלקם אינו תואם את מטרותיו העיקריות של החוק<sup>313</sup>.

המסקנה מכל האמור היא כי ראוי שאכיפה סלקטיבית תהא אסורה גם כאשר מקורה בשרירות גרדא (למעט כמובן מצבים של חוסר ידיעה על מפרים אחרים), בניגוד לדין בארצות-הברית הדורש הוכחה של רדיפה מכוונת על בסיס מין, גזע, לאום או קלסיפיקציה אסורה אחרת<sup>314</sup>. התוצאה המעשית של גישה זו היא שגם פרט אשר אינו משתייך ל"קבוצה מופלית", יוכל לטעון שאכיפת החוק כנגדו מהווה אפליה אסורה. זו גם הסיבה שבגינה נראה כי עדיף לכנות את העילה "אכיפה סלקטיבית" ולא "אכיפה מפלה" – כפי שהיא מכונה לעתים בארצות-הברית.

לטענתי, הן אכיפה סלקטיבית על בסיס אפליה קבוצתית הן אכיפה סלקטיבית על בסיס פגמים אחרים שנפלו בשיקול הדעת המינהלי, אסורים על פי המצב המשפטי בישראל. אכיפה סלקטיבית שמקורה בשיקולים זרים כגון מין, גזע או דת, כלומר אכיפה המפלה לרעה על רקע קבוצתי, מפירה את הזכות לכבוד שבחוק היסוד, שכן אין ספק כי מדובר בפגיעה אשר קשורה לכבוד בקשר ענייני הדוק<sup>315</sup>. ואילו אכיפה סלקטיבית שמקורה בפגמים כגון חוסר סבירות, חוסר מידתיות או שרירות גרדא, מפירה את הזכות להליך נאות

313 חיזוק לגישה הרואה פסול בכל אכיפה סלקטיבית של החוק ניתן לראות בהערת אגב של הנשיא מאיר שמגר בבג"ץ 5021/91 אפרגן נ' אגף רישוי עסקים עיריית תל-אביב-יפו, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 1.4.92). הנשיא אמנם דחה את טענת האפליה למתן היתר למכירת אלכוהול, אך הוסיף: "כמובן, שישנו פגם בכל סלקטיביות בהשלטת חוק, ומי שמבקש לקיים כללים פלוניים בדבר דרכי השמירה על שלום הציבור איננו רשאי לפסוח על מוקד זה או אחר של פגיעה אפשרית בשלום הציבור, ולהפנות כל כוחו ותשומת ליבו לאתרים נבחרים בלבד באותו אזור".

314 אינדיקציה מסוימת לגישה הרצויה ניתן למצוא גם בפסיקה האמריקנית. כך למשל בעניין *Falls v. Town of Dyer, Indiana* 875 F. 2d 146 (7<sup>th</sup> Cir. 1989) (להלן: עניין Falls), טען בעל חנות כי העירייה אוכפת את חוק העזר המסדיר שילוט באופן סלקטיבי כנגדו. העירייה טענה מנגד כי מאחר שבעל החנות עבר על החוק, אלא אם יראה אפליה על בסיס גזע, דת, מין או קלסיפיקציה אסורה אחרת – אכיפה כנגדו אינה יכולה להיחשב בלתי חוקתית. מדבריו של בית המשפט הפדרלי של המחוז השביעי בהתייחס לטענה זו עולה כי הוא סבור שגם אכיפה שרירותית כנגד אדם בודד אסורה: "Dyer does not say that Falls' shop is distinctive or that his portable signs are more of a problem than anyone else's... It rests on the proposition that so long as Falls actually broke the law, no pattern of selectivity other than on account of race or a proscribed characteristic can be unconstitutional. Not so. If Falls can prove that the law of Dyer is that 'Phillip H. Falls may not use portable signs, and everyone else may', then he has stated a claim of irrational state action, of a bill of attainder by another name" (שם, בעמ' 149).

315 ראו לעיל, הערה 275.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

הנובעת אף היא מכוח זכות היסוד של האדם לכבודו ולחירותו<sup>316</sup>. איסורים אלה חלים על רשויות האכיפה מכוח סעיף 11 לחוק היסוד<sup>317</sup>. לאור זאת ניתן לטעון כי חוק היסוד השפיע על המצב המשפטי בכל הנוגע ליכולת הרשויות לאכוף את החוק באופן סלקטיבי<sup>318</sup>, והוא מחדד את הצורך בהכרה בעילת ביקורת מתאימה<sup>319</sup>.

לכאורה, תוצאת גישה זו היא שסלקטיביות באכיפת חוק מותרת רק כאשר אין ידיעה על מפרים אחרים<sup>320</sup>. דא עקא, שגם את נושא אי-הידיעה יש לבחון בזהירות רבה, שהרי הידיעה, ככל שמדובר באכיפה יזומה להבדיל מאכיפה בעקבות תלונה, היא פועל יוצא של הקצאת המשאבים<sup>321</sup>. כאשר הקצאת המשאבים נעשית על פי סיווג זמן/מקום לפי מידת הנפוצות של העבירות בעבר באותו זמן/מקום, הרי שזוהי החלטה עניינית<sup>322</sup>. הוא הדין כאשר נעשה על ידי רשויות האכיפה סיווג התואם את מטרות החוק. הבעיה מתעוררת כאשר

316 בג"ץ קוגן (לעיל, הערה 233), בעמ' 81; א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, 22; ברק (לעיל, הערה 273), בעמ' 281; י' קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי-היסוד" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 275, 277; י' קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"א) 64, 82; אוקון (לעיל, הערה 249), בעמ' 53.

317 הסעיף קובע: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". לתחולת הסעיף על רשויות האכיפה ראו E. Harnon "The Impact of Basic Law: Human Dignity and Liberty on the Law of Criminal Procedure and Evidence" 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 678, 683-684.

318 ראו דבריו של השופט שמואל ברוך בת"פ (רמ"ז) 627/97, לעיל הערה 242, בסעיף 17 לפסק הדין. הנקודה לא זכתה להתייחסות במסגרת הערעורים שהוגשו בפרשה לבית המשפט המחוזי (ע"פ באבו (לעיל, הערה 241)) ולבית המשפט העליון (רע"פ תומר (לעיל, הערה 243)).

319 גם אם נסכים לגישה שלפיה החוק מצהיר על זכויות קיימות מכוח ההלכה, הרי שהוא מעניק משנה תוקף לאיסורים האמורים, וכן מתווה באופן ברור, באמצעות פסקת ההגבלה, את האופן שבו ניתן לחרוג מהאיסורים לטובת אינטרסים אחרים.

320 השוו נקדימון (לעיל, הערה 227), בעמ' 342: "קשה להסכין עם מצב שבו ייאכף החוק באופן בלתי שוויוני באותם מקרים שבהם יש לרשויות אכיפת החוק מידע בדבר הפרתו".

321 דוגמאות שהובאו על ידי מפכ"ל המשטרה לשעבר, יהודה וילק, בריאיון שערכתי עמו (נספח ז), הן למשל קביעה כי יערכו מספר מסוים של מבצעי אכיפה נגד תחנות רדיו פירטיות בחודש; קביעה כי יחידת בילוש תפעיל בכל רגע נתון סוכן אחד לסחר בסמים; קביעה כי בכביש מסוים האכיפה תהיה 24 שעות ביממה כל השבוע ובאחר רק פעמיים בשבוע.

322 דוגמה שהובאה גם היא על ידי מפכ"ל המשטרה לשעבר, יהודה וילק (נספח ז), היא התופעה של חטיפת תיקים שרווחה בעיר נתניה הרבה יותר מאשר בערים אחרות. נפוצות העבירה בעיר נתניה הובילה כמובן לאכיפה ממוקדת של העבירה, יותר מאשר בכאר-שבע למשל. זו דוגמה לסלקטיביות שבבסיסה סיווג ענייני ולכן אינה פסולה.

## אכיפה סלקטיבית

רשויות האכיפה, במסווה של מחסור במשאבים, מקצות משאבים לאזור מסוים לא משום שיש בו שכיחות עבריינית גבוהה יותר אלא בשל שיקולים הזרים למטרות החוק<sup>323</sup>.

### 3. איסור אכיפה שרירותית

מהגישה שלפיה אין צורך בהוכחת כוונה להפלות על בסיס דת, גזע, מין וכדומה העומדת ביסוד האכיפה, ואף לא בהוכחת סיווג פסול על אחר העומד ביסודה, עולה כי אפילו אכיפה שיסודה בשרירות גרדא היא אכיפה פסולה.

התפיסה המסורתית של שלטון החוק רואה כל הפעלה של כוח שלטוני שאינה נעשית על ידי יצירה ויישום של חוקים כלליים – כהפעלה של כוח שרירותי<sup>324</sup>. תפיסה זו בעייתית כיום לאור קיומו המתחייב של שיקול דעת רחב למינהל. אמנם, ניתן לטעון כי קיומו של חוק כללי יחד עם שיקול דעת אם לאכופף אותו נותנים לנו אשליה של שלטון החוק, אך מאפשרים למעשה שרירות ועריצות של אלה שבידיהם מופקד הכוח<sup>325</sup>. דא עקא, שגם החלטות שביסודן שיקול דעת רחב יכול שתהיינה סבירות וצודקות ואין להסכים להפעלת כוח קפריזי, חסר עקביות ולא מובהר מראש<sup>326</sup>.

שרירות הוגדרה על ידי השופט מאיר שמגר כ"מעשה שנעשה על ידי רשות, מבלי לתת את הדעת לנתונים ולנימוקים שלפניה, תוך הסתמכות על כוחה השלטוני ותו לא. לא המרמה שולטת בכיפה במעשי השרירות אלא היעדר ההתחשבות וחוסר תשומת הלב"<sup>327</sup>. שרירות משמשת בדיונים על אכיפת החוק כביטוי לגילויים של "עריצות" ו"קפריזיות" של גורמי האכיפה, דהיינו להתנהגות המסתמכת על הכוח השלטוני באופן בלתי מבוקר או שאינו מונחה על ידי כללים<sup>328</sup>. הגדרה נוספת המופיעה בספרות להחלטה שרירותית היא "החלטה המבוססת על קריטריונים לא ראויים שאינם קשורים באופן רציונלי למטרה"

323 כדוגמה למצב שבו תחת מעטה של הקצאת משאבים נאכף חוק כנגד קבוצה מסוימת באופן לא שוויוני ראו *People v. Harris* 5 Cal. Rptr. 852 (1960) (הקצאה גאוגרפית של המשאבים המשטורתיים הביאה לאכיפת חוקים שאסרו על הימורים באופן לא פרופורציונלי כנגד שחורים).

324 ראו דותן (לעיל, הערה 77), בעמ' 304.

325 ר' גביון שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א), 54.

326 K.C. Davis *Discretionary Justice – A Preliminary Inquiry* (University of Illinois, 1971), 29.

327 בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449, 460. לעומת זאת בפסיקה ישנה יותר ההתייחסות לשרירות הייתה במובן של חוסר תום לב; ראו ד"ר 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209, 1216: "רשות הפועלת בשרירות לב, פועלת שלא בתום-לב ומעשיה ניתנים לביטול, יהא שיקול-הדעת שניתן לה רחב כאשר יהא...".

328 ראו Amsterdam (לעיל, הערה 164), בעמ' 411.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

הרלוונטיות<sup>329</sup>. פרופ' Galligan מסביר כי שרירות במובן זה היא אנטייתזה לרציונליות. פעולה היא רציונלית אם המבצע מאמין שהיא משמשת למטרה מסוימת; הפעולה שרירותית – אם הוא לא מאמין בכך. כאשר מדובר בהפעלת סמכויות ציבוריות, קיימת הגבלה נוספת, שכן אין די באמונה בכך שהפעולה משמשת למטרה הנדונה, אלא צריכות להיות עדויות אובייקטיביות או אמפיריות לכך שהאמצעי יוביל לתוצאה המיוחלת<sup>330</sup>. הגדרה זו – הקושרת בין שרירות לחוסר רציונליות – מועדפת עליו, שכן היא שמה דגש על חובתן של רשויות האכיפה לערוך סיווגים הנאמנים למטרות החוק. סיווג שאינו קשור באופן רציונלי למטרות החוק, הוא למצער סיווג שרירותי. השרירות היא אפוא תלוית נסיבות והקשר, דהיינו הנתונים והנימוקים אשר אמורים לעמוד בבסיס החלטות אכיפה ואשר נגזרים ממטרת החוק הספציפי – משתנים ממקרה למקרה.

באופן בסיסי יש להבחין בתחום האכיפה בין אכיפה הנעשית נוכח תלונה לבין מבצעי אכיפה יזומים<sup>331</sup>. משהוגשה תלונה, מחויב גוף האכיפה הרלוונטי להתייחס אליה ולחקור. במצב כזה עצם החקירה ודאי שלא תעלה כדי שרירות<sup>332</sup>. מצב אחר הוא כאשר נעשית פעילות אכיפה יזומה. פעילות כזו ודאי שאינה יכולה לכסות את כל המקרים, ותכנית העבודה מראש תניח אכיפה חלקית<sup>333</sup>. אכיפה חלקית יכולה להתבטא, בין היתר, באכיפה רנדומלית (random enforcement), כגון מתן דו"חות חניה למספר אקראי של מכוניות החונות במקום אסור, או באכיפה מדגמית (sample enforcement), על דרך הגשת אישומי

D.J. Galligan *Discretionary Powers – A Legal Study of Official Discretion* (Clarendon, 329  
A.L.-T. Choo *Abuse of Process and Judicial Stays of* Oxford, 1986), 143  
*Criminal Proceedings* (Clarendon, Oxford, 1993), 123

Galligan (לעיל, הערה 329), בעמ' 143.

331 על פי דבריו של מפכ"ל המשטרה לשעבר, יהודה וילק, בריאיון שערכתי עמו (נספח ז), למעלה מ-90% מהאכיפה היא בגין "עבירות מדווחות" שבהן קיים מתלונן. יתר האכיפה מתייחסת ל"עבירות חשיפה", שלגביהן יש לקבוע תכנית עבודה. המצב שונה ברשויות אכיפה רגולטוריות. כך למשל על פי דבריו של היועץ המשפטי של אגף המכס והמע"מ, עו"ד משה מזרחי, בריאיון שערכתי עמו (נספח ח), רוב האכיפה באגף נעשית על פי תכנית עבודה קבועה מראש.

332 השוו דבריו של נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים אמנון כהן בת"פ (י"ם) 4701/02 מדינת ישראל נ' חסן, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 13.7.04): "...אין בנמצא בחומר החקירה כל פרט מזהה אחר שיש בכוחו כדי לסייע באיתורו של אותו מוטי... בנסיבות המקרה דנן, שעה שהנאשם נתפס 'על חם'... והודה במעשה, הרי שלא היה מנוס מהעמדתו לדין. לכל היותר מדובר בענייננו ב'אכיפה חלקית' ולא ב'אכיפה בררנית'".

333 האכיפה היזומה מתבטאת בדרך כלל במבצעי אכיפה ממוקדים כאשר עבירה מסוימת הופכת לתופעה רווחת או שעומדים על הבעייתיות שבה. לדוגמה, ההתמקדות כיום באכיפת חגירת חגורות בטיחות במושב האחורי ברכב בעקבות ההכנה שיש לחגירה ערך רב. לאחר שלב מסוים שבו הנושא נמצא בסדר עדיפות גבוה, מכניסים אותו לסדר עדיפות שוטף. ראו דבריו של מפכ"ל המשטרה לשעבר, יהודה וילק (נספח ז).

## אכיפה סלקטיבית

מבחן שאם יצליחו ניתן יהיה לפתוח בהליכים גם כנגד מפריס אחרים. יש לבחון באילו נסיבות נוהגי אכיפה אלה לגיטימיים ובאילו נסיבות הם עולים כדי שרירות. כאשר לאכיפה מדגמית דומה כי קיימת הסכמה כי שיטה זו לגיטימית בהתחשב במגבלות המשאבים וכצעד לקראת אכיפה כוללת. בעניין *Falls*<sup>334</sup>, אשר בו בית משפט פדרלי בארצות-הברית הציג גישה שלפיה גם אכיפה שרירותית היא בגדר אכיפה סלקטיבית אסורה, לא הוטל ספק בכך שהמדינה רשאית לאכוף את החוק כנגד מספר מועט של אנשים (ואפילו כנגד אדם אחד) על מנת ליצור תקדים ולהוביל בסופו של דבר לידי ציות כולל לחוק<sup>335</sup>. גם השופט זמיר בבג"ץ זקין הזכיר אכיפה מדגמית בגדר אכיפה חלקית שאינה פסולה<sup>336</sup>. בית המשפט העליון אף קיבל את טענתה של המדינה שהייתה רשאית לנקוט בהליכים של הגשת אישומי מבחן כנגד תחנות רדיו פירטיות בודדות, שאם יצליחו – אפשר יהיה לנקוט בהליכים יעילים גם כנגד תחנות אחרות<sup>337</sup>. לדעתי, אכיפה מדגמית מאבדת את הלגיטימיות שלה כאשר המדגם הוא פרט בודד אחד. במצב כזה גובר החשש כי שיקולים זרים השפיעו על בחירתו של הפרט המסוים מבין הפרטים הרבים הידועים לרשויות האכיפה כמפירים את הנורמה הרלוונטית. זאת ועוד, גם אם לחשש זה אין בסיס בנסיבות, הרי שתחושתו הקשה של הפרט כי הוא "שעיר לעזאזל", וכי המדינה פועלת בשרירות<sup>338</sup> – מטה את הכף לעבר שלילת מדגם הכולל רק פרט אחד<sup>339</sup>. השאלה מה גודלו הראוי של

334 לעיל, הערה 314.

335 שם, בעמ' 148: A. "Selectivity is not the same as applying the law to one person alone. government legitimately could enforce its law against a few persons (even just one) to establish a precedent, ultimately leading to widespread compliance"

336 בג"ץ זקין (לעיל, הערה 191), בעמ' 304.

337 רע"פ תומר (לעיל, הערה 243).

338 השוו *Givelber* (לעיל, הערה 62), בעמ' 100: "Even if the application of the criminal law to only one or a fraction of all violators does have a rational purpose... there remains a final problem with this kind of law enforcement. It creates the appearance of a fundamentally unfair and arbitrary government. It can only exacerbate the already deep divisions within society when, for whatever reason, the law is applied only against the relatively powerless or the dissenters, and not against the relatively powerful"

339 ניתן כמובן לחשוב על חריגים אפשריים. כך למשל, אם מדובר בנושא מורכב כמו הגבל עסקי והתביעה היחידה מוגשת כנגד גוף רב כוח, ללא חשש לאפליה מטעמים פסולים, וזאת על מנת להבהיר את הדין ולקבוע תקדים – ייתכן שהלגיטימיות של האכיפה אינה נשללת בשל כך שהאכיפה מדגמית וכוללת רק פרט אחד. למרות זאת בריאיון שערכתי עם הממונה על ההגבלים העסקיים, עו"ד דרור שטרומ (נספח ג), הוא אמר כי אינו משתמש בדין הפלילי כ-"test case", שכן צריך להיות גילוי דעת מראש שהתנהגות היא בגדר עבירה פלילית. תופעה נוספת היא אכיפת החוק כנגד גוף שהנזק שהוא יוצר קשה יותר, וזאת לכאורה בגין עבירה שגם אחרים עוברים אותה. הסיבה לכך היא שבתחום האכיפה הכלכלית – ככל שהנזק הכלכלי רב יותר כך גם התוצאות מבחינת האכיפה הפלילית הן חמורות יותר. נציבת מס הכנסה, עו"ד טלי ירון אלדר, אמרה בריאיון שערכתי אתה (נספח ה) כי מס הכנסה בהחלט נוקט באכיפה

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

המדגם צריכה להיות מונחית על פי מבחן של סבירות בהתחשב במספר מפירי הנורמה הידוע לרשויות<sup>340</sup>.

דפוס אכיפה בעייתי יותר מהווה האכיפה הרנדומלית. לכאורה זוהי אכיפה תקינה בהיותה משוללת אלמנטים סובייקטיביים כמו שיקולים זרים או כוונה להפלות. ואכן, בתי משפט מסוימים בארצות-הברית קבעו כי דפוס זה חוקתי, מאחר ולכל אדם סיכוי שווה "להיבחר" לצורך האכיפה<sup>341</sup>. לעומת זאת בתי משפט אחרים קבעו כי אכיפה רנדומלית היא בעייתית, וככל הנראה אף בלתי חוקתית, משום שהבסיס לסלקטיביות אינו קשור במטרות ממשל לגיטימיות<sup>342</sup>. לשיטתי, אין להסכים לאכיפה רנדומלית כאשר המקריות הופכת לשרירות. מקריות באכיפה היא תוצאה בלתי נמנעת של חוסר היכולת לבצע אכיפה מלאה, לכן ככל שמקריות זו אינה נובעת מהקצאה בלתי ראויה של משאבים, יש להשלים עם העובדה שרק חלק ממפרי החוק יתפסו. דא עקא, כאשר המקריות סוטה מהכללים החולשים עליה<sup>343</sup>, הרי שהיא הופכת, כדברי השופט חשין, ל"שרירות שהיא בת המקריות הבלתי מבוקרת"<sup>344</sup>, אשר אף היא מהווה בסיס פסול לאכיפה<sup>345</sup>.

מדגמית במסגרת האכיפה הפלילית, במצבים שבהם אין ביטחון ביכולת לעמוד בנטל ההוכחה במישור הפלילי. גם היועץ המשפטי של אגף המכס והמע"מ, עו"ד משה מזרחי, אמר כי הוא נוהג להביא מקרה בוחן לבית המשפט כדי לקבל גושפנקה. גודל המדגם תלוי בכל מקרה לגופו (ראו להלן, נספח ח).

340 מראיונות שערכתי עם בכירים בתחום האכיפה עולה כי אכיפה מדגמית רלוונטית בייחוד כאשר יש צורך לבחון דרך הוכחה חדשה או אמצעי זיהוי חדש. כך למשל, עוד בטרם נחקקו תקנות הסמים המסוכנים (בדיקה מדגמית של סמים), תשנ"א-1991, היה מקובל להוכיח שהחומר הוא סם על פי מדגם סטטיסטי. במקרה כזה יש צורך בהגשת אישומי מבחן, כדי לראות איזו רמת הוכחה ידרוש בית המשפט. במצבים כאלה, לדעתי, המדגם ודאי שאינו יכול לכלול פרט בודד אחד.

341 ראו למשל דעת המיעוט של בפרשת *People v. Walker* 200 N.E. 2d 779, 781 (1964). בעניין זה הנאשמת הורשעה בעבירות הקשורות בהחזקת בתים שבבעלותה. היא טענה שהופרה זכותה החוקתית לשוויון, שכן כתב האישום הוגש נגדה בעקבות שחיתות שהיא חשפה במשרד הבנייה. וכך אמר השופט Burke: "No one has a constitutional right to random enforcement of the law. No one has a constitutional right to sincere enforcement of the law. The right is to equal enforcement of the law." יצוין שהנאשמת בסופו של דבר זוכתה, מאחר שהוכח שהרשויות התייחסו אליה באופן שונה מאל בעלי הבתים האחרים והקצו לה במכוון זמן קצר באופן בלתי סביר על מנת לתקן את הליקויים הנדרשים. ראו *People v. Walker* 271 N.Y. 2d 447, 448 (1966).

342 ראו *Clymer* (לעיל, הערה 3), בעמ' 712 והערות השוליים הצמודות לטקסט.

343 כך למשל אם מחליטים לאכוף את החוק כנגד כל אדם שלישי ואוכפים את החוק כנגד מישהו שאינו נופל לכפולה זו, ייתכן שהרשות צריכה לתת הסבר לכך. השו"ת Note "Constitutional Law – Equal Protection of the Laws – Defendant Permitted to Prove Discriminatory Enforcement of Statute that is Generally Enforced" 78 *Har. L. Rev.* (1965) 884, 885-886.

344 פרשת תורג'מן (לעיל, הערה 118), בעמ' 456.

## אכיפה סלקטיבית

השאלה מתי המקריות הופכת לשרירות היא, כאמור, תלויה נסיבות. כך למשל נטען לגבי הדין בארצות-הברית כי גם אם אכיפה רנדומלית בנסיבות מסוימות היא אפשרית, הרי שלא ניתן להשלים עם בחירה רנדומלית של העמדה לדין בבתי משפט פדרליים בגין עבירות שניתן להעמיד לדין בגינן בבתי משפט מדינתיים<sup>346</sup>. הסיבה לכך היא שסבירות הטלת העונשים וחומרתם שונה בין מערכות המשפט השונות, כך שהתוצאה של הרנדומליות היא חוסר שוויון ואפליה לרעה של אלה המועמדים לדין בבתי המשפט הפדרליים<sup>347</sup>. לעומת זאת ייתכן שמדיניות עקרונית של המשטרה שלפיה היא עוצרת כל רכב שלישי אשר עובר עבירת תנועה היא מדיניות חוקית, שכן היא נובעת מחוסר היכולת לבצע אכיפה מלאה, אין ביסודה שיקול זר ולכל אדם סיכוי שווה להיות "המכונת השלישית". לעומת זאת נניח שבמקום לעצור אחד משלושה נהגים באופן רנדומלי המשטרה עוצרת רק נהגים עם שיער ארוך או בעלי מכוניות כחולות – זו ודאי שרירות, שכן אין קשר בין אורך השיער או צבע הרכב למטרה של הסדרת התנועה. החשוב הוא שמדיניות הרשות, ובמקרה זה המשטרה, תעוגן בהנחיות ברורות וידועות, ושדבר לא יהיה נתון לקפריזה של שוטר זה או אחר. במילים אחרות, ניתן לקדם את הבסיס הרציונלי, להבדיל מהשרירותי, של החלטות: ראשית, על ידי יישום רמה מסוימת של כללים; שנית, על ידי עקביות<sup>348</sup>.

סטייה מהקריטריונים החולשים על "המקריות שבאכיפה" או חוסר עקביות יכול שיעידו על שרירות. ואכן חריג התמוטטות המדיניות הוכר בפסיקה הישראלית, במאטריה שונה אך קרובה, בהקשר ליכולתה של הרשות לחזור בה ממדיניות אי-אכיפה למרות הפגיעה הנגרמת לראשונים שכלפיהם מופנית האכיפה. בבג"ץ הורמן<sup>349</sup> נדון סירוב של ראש עיריית תל-אביב לתת רישיון לפתיחת מסעדה לעותרת, על יסוד קריטריונים שקבע ולפיהם אין עוד לתת רישיונות לבתי אוכל בצפון תל-אביב. מ"מ הנשיא משה לנדוי ציין כי היה מקבל את הטענה של העירייה אילו אכן העידו מעשיה כי ראתה את הסאה כגדושה ונקטה קו עקבי בהתאם לקריטריונים שנקבעו, אלא שהוכח שניתנו רישיונות לבתי אוכל אחרים לאחר התאריך הקובע. לפיכך "כאשר המשיבים מוסיפים כך כמו ידיהם לסאה שכבר הוגדשה לטענתם, לא יישמעו עוד בטענה שמנעו את הוצאת הרישיון לעותרת על יסוד קריטריונים שהם עצמם אינם מקפידים על שמירתם. אילו היה בית משפט זה משלים עם חוסר עקביות

345 השוו בנדור (לעיל, הערה 303), בעמ' 289-290: "מקום שבו כלל משפטי מקנה לרשות שיקול-דעת, נראה כי אסור לה להפעילו באופן מקרי, משום שהחלטה שתתקבל כך תלקה בשרירותיות, שהיא וודאי אסורה".

346 לבעייתיות זו שאינה נטית לשיטת המשפט בארצות-הברית ראו לעיל, פרק שני סעיף ד(ב)2.

347 ראו Clymer (לעיל, הערה 3), בעמ' 713-714.

348 ראו Choo (לעיל, הערה 329), בעמ' 124.

349 בג"ץ 10/79 הורמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ג לגן (3) 60.

### פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

שכזה, היה נותן את הגושפנקה שלו להפליה חמורה כלפי העותרת. וזאת אין להרשות מטעמי צדק ושוויון בין אזרחים<sup>350</sup>.

מאידך, גם אי-הפעלה של שיקול דעת ספציפי במקרים שבהם קיימת מדיניות יכול לעלות כדי שרירות. הלכה היא שאם בנסיבות של מקרה מסוים קיימים שיקולים ענייניים המצדיקים סטייה מהנחיות מינהליות, הרשות רשאית לסטות מההנחיות ולעתים אף ייתכן שהנסיבות מחייבות אותה לעשות זאת<sup>351</sup>. הדברים מקבלים משנה תוקף לעניין מדיניות אכיפה, שכן החלטות אכיפה פעמים רבות תלויות במשתנים מגוונים והשלכותיהן הוות גורל. כך למשל בית המשפט העליון של וושינגטון דן במקרה שבו הורשע אדם ברצידיביזם על בסיס מדיניות המאפשרת להעמיד לדין בעבריינות חוזרת במקרים שקיימות שלוש או יותר הרשעות קודמות<sup>352</sup>. הנאשם טען כי המדיניות שמחייבת העמדה לדין במקרה זה מונעת מהתובע לשיקול נסיבות מקלות, כלומר מונעת ממנו להפעיל שיקול דעת עצמאי, באופן שיכול להוביל לתוצאות לא הוגנות ולשרירות. דעת הרוב הסכימה לכך:

In the present case, the prosecutor... admitted that he relied on the record alone in deciding to file the habitual criminal information... In our view, this fixed formula which requires a particular action *in every case* upon the happening of a specific series of events constitutes an abuse of the discretionary power lodged in the prosecuting attorney<sup>353</sup>.

לבסוף, יש להבחין הבחן היטב בין שרירות לבין רשלנות גרדא. כאשר "אוזלת היד" של הרשות התבטאה ברשלנות גרדא – הצבעה על מספר מקרים שבהם רשות האכיפה התרשלה ולא העמידה לדין, אינה מעידה על אכיפה סלקטיבית של החוק. כמובן שגם הקביעה בדבר רשלנות, כמו הקביעה בדבר שרירות, היא תלוית הקשר. כך למשל כאשר קיימים עוד מאות מכונים באותה העיר, לא יעלה על הדעת לייחס מצב שבו מועמדת אישה אחת לדין פלילי בגין ניהול מכון ליווי לרשלנות גרדא. אוזלת היד של המשטרה במצב שכזה יכול שתנבע מסיבות רבות, אך ודאי שאין מדובר אך ברשלנות, וגם אם כך טוענת המשטרה – יש לדחות את הטענה. לעומת זאת בטענות לאכיפה סלקטיבית של עבירות פחות המוניות, כמו למשל עבירות על חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, בהחלט ייתכן שנאשמים שעברו עבירות

350 שם, בעמ' 65.

351 ראו ז'מיר הסמכות המינהלית (כרך ב, תשנ"ו), 786; דותן (לעיל, הערה 77), בעמ' 157-158 וכן בג"ץ הורמן (לעיל, הערה 349) – אף שההנחיות שקבעו שאין לתת יותר רישיון למסעדות באזור צפון תל-אביב נראו לבית המשפט סבירות, הוא פסק כי במקרה זה מדובר במסעדה טבעונית שלא תגרום מטרד ולכן ציווה על ראש העיר לסטות מההנחיות ולתת את הרישיון המבוקש.

352 *State v. Pettitt* 609 P. 2d 1364 (Wash., 1980).

353 שם, בעמ' 1368.



## אכיפה סלקטיבית

דומות לא הועמדו לדין כתוצאה מרשלנות<sup>354</sup>. יטען הטוען כי אין הבדל בין אכיפה סלקטיבית שיסודה בחוסר סבירות לבין אכיפה סלקטיבית שיסודה ברשלנות, שהרי רשלנות היא סטייה מסטנדרט התנהגות סביר. על כך יש לענות שקיים שוני משמעותי בין שני הדברים. בעוד עילת חוסר הסבירות במשפט המינהלי מתייחסת לחוסר סבירות קיצוני<sup>355</sup>, הרי שהמונח רשלנות מתייחס לסטייה, שאינה דווקא קיצונית, מסטנדרט התנהגות סביר<sup>356</sup>. אם כן ההבדל נעוץ במידה. לא הרי סטנדרט הרשלנות שיש בו להקים עוולה נזיקית של הרשות המינהלית<sup>357</sup>, כהרי סטנדרט הרשלנות שיש בו להקים אכיפה סלקטיבית פסולה. רק רשלנות שבבסיסה סטייה קיצונית מסטנדרט התנהגות סביר, יכול שתהווה בסיס לטענה של אכיפה סלקטיבית פסולה<sup>358</sup>.

## 4. שוויון מהותי

מאחר והבעייתיות העיקרית באכיפה הסלקטיבית היא היותה פוגעת בזכות לשוויון, האופן שבו נתפסת זכות זו משפיע על הגדרת אכיפה כאכיפה פסולה. קיימות שתי גישות

354 בפרשת בורוביץ (לעיל, הערה 221) בית המשפט לא מצא כי "החלטת התביעה להסתפק באכיפה חלקית הייתה שרירותית או רשלנית"; ראו עמ' 822.

355 ראו למשל בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 443-444.

356 רשלנות כשלעצמה היא מונח שמשמעותו משתנה על פי הקשרו. לא דומה רשלנות פלילית לרשלנות נזיקית. באופן כללי ניתן לומר כי יסוד "ההתשלכות" שברשלנות עניינו בסטייה מסטנדרט התנהגות סביר על פי הנסיבות. כך למשל סעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] העוסק בעוולת הרשלנות קובע כדלקמן: "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלנות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה". כלומר, במישור דיני הנזיקין, אחד התנאים המגדירים רשלנות הוא התנהגות בלתי סבירה של הנתבע. כדי שהתנהגות תיחשב ככזו, היא צריכה ליצור "סיכון בלתי סביר", אשר הייתה יכולת סבירה לצפותו. לא קיימת דרישה ל"סיכון בלתי סביר באופן קיצוני"; ראו י' גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 320, 321.

357 לרשלנות נזיקית של רשויות מינהל ראו S.H. Bailey, M.J. Bowman "Public Authority Negligence Revisited" 59 Cambridge L.J. (2000) 85. כן ראו י' גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 339.

358 השוו לדברי בית המשפט בפרשת בורוביץ (לעיל, הערה 221), בעמ' 823: "לא ניתן לומר כי החלטת התביעה... לקחה בחריגה ממשית ממתחם הסבירות". לעומת זאת ראו ת"א (ת"א) 2906/98 י. שפילמן שירותי רכב (1989) בע"מ נ' עיריית הרצליה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.5.07). בית המשפט המחוזי בתל אביב קבע כי אכיפה בררנית של עיריית הרצליה במתן רשיונות לניהול עסק מהווה סטייה מסטנדרט התנהגות סביר, וכי מכלול התנהגותה בא בגדר עוולת הרשלנות. בית המשפט החיל את מבחני הרשלנות הרגילים ובחן חובת זהירות מושגית וקונקרטי.

## פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

עקרוניות לפירוש הזכות לשוויון: האחת פורמלית-טכנית, ולפיה שוויון משמעו מתן יחס שווה למי שמצויים במעמד זהה בנסיבות הרלוונטיות. השנייה, גישה של שוויון מהותי הגורסת כי שוויון בתוצאה הוא היעד שאליו יש לשאוף, ולפיכך מן הראוי להתחשב בנתוני פתיחה שונים או בהבדלים אחרים הקיימים בין האנשים או הקבוצות<sup>359</sup>. כתנאי להשגתו של השוויון המהותי, חובה לקבוע שאת עצם הרלוונטיות של השונות ומידתה יש לבחון בכל מקרה נתון בשים לב למטרה הפרטיקולרית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה. כלומר, הזיקה הנדרשת בין התכונות המצויות באחד ואשר אינן מצויות באחר, לבין המטרה שלשם השגתה מבקשים להעדיף את האחד על פני האחר, צריכה להיות ישירה וקונקרטית<sup>360</sup>. כיום מקובל כי החובה לנהוג בשוויון המוטלת על הרשות המינהלית, אינה החובה להבטיח שוויון פורמלי – שלעתים עלול לגרום אי-צדק ואף לסכל את תכלית החוק – אלא השגת שוויון מהותי, אשר נעוצה בעמידה על ההבדלים הרלוונטיים ועל המטרות שאותן בא החוק להגשים<sup>361</sup>. החוק עצמו מחייב במקרים מסוימים לקיים סטיות מן השוויון הפורמלי על מנת להשיג שוויון מהותי. בהקשר של אכיפה למשל קובע החוק הליך מיוחד לגבי שופטים וחברי כנסת<sup>362</sup>. הסיבה לכך היא שלקבוצות אלה מאפיינים הדורשים זהירות מיוחדת לפני ההחלטה על נקיטה בהליכים פליליים, ואשר מצדיקים סטייה מהשוויון הפורמלי שלפיו אין לנקוט בהליכים שונים לגבי אנשים מסוימים או אין להביא בחשבון את זהות הנאשמים בהחלטה על העמדה לדין<sup>363</sup>.

- 359 ראו זכויות האדם בישראל – תמונת מצב 1996 (נ' ישובי עורך, תשנ"ו), 29; מ' טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה (תש"ס) 94, 122. להתייחסות לשוויון מהותי (מטריאלי) כשוויון בתוצאות ראו גם בג"ץ 720/82 אליצור איגוד ספורטיבי דתי נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17, 21, שם הדרישה לשוויון בתוצאה הביאה להעדפת קבוצת שחיה, שכבר הוכיחה את עצמה על פני קבוצות אחרות לצורך הקצאת זמן לשימוש במתקני ספורט. לשוויון מהותי כמעניק למפלגות מבוססות זמן רב יותר בשידורי תעמולה ראו בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (להלן: בג"ץ דרך ארץ), בעמ' 11. לשוויון מהותי כחלק מ"נגזרות הצדק וההגינות" ראו עמדתו של השופט חשין בבג"ץ 7111/95 (לעיל, הערה 274), בעמ' 499-503.
- 360 בג"ץ מילר (לעיל, הערה 274), בעמ' 110; בג"ץ 8223/99 ניר נ' עזריאל – מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד נו(3) 742, 752; בג"ץ 2618/00 פארות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נה(5) 49, 58-59.
- 361 ראו בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות, פ"ד נא(4) 259, 281; בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 699; בג"ץ דרך ארץ (לעיל, הערה 359), בעמ' 8.
- 362 ראו סעיף 12 לחוק-יסוד: השפיטה וסעיף 25 לחוק הדיינים, תשט"ז-1955, אשר דורשים הסכמה של היועץ המשפטי לממשלה לחקירה פלילית והעמדה לדין של שופטים ודיינים; סעיף 13 לחוק חסינות חברי-הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951 הדורש הליך של נטילת חסינות לפני חיפוש, מעצר או העמדה לדין של חבר כנסת.
- 363 באשר לחברי כנסת, החשש הוא מפני התנכלות של הרשות המבצעת במטרה להצר את צעדיהם ואת חופש הפעולה הפוליטי שלהם. באשר לשופטים, החשש הוא מפני פגיעה חמורה

## אכיפה סלקטיבית

מגישת השוויון המהותי מתבקשות מסקנות אחדות לעניינה של סוגיית האכיפה הסלקטיבית: ראשית, לא זו בלבד שרשויות האכיפה רשאיות לבצע רק סיווגים התואמים את מטרות החוק, אלא שהמסקנה הסופית בדבר קשר רציונלי בין הסיווג לבין המטרות צריכה להיעשות על בסיס של שוויון מהותי<sup>364</sup>, דהיינו להביא בחשבון את המאפיינים שבהם הקבוצות נבדלות ואת האינטרסים שעל בסיסם יצר החוק את הסיווג האמור<sup>365</sup>. כאנגליה הדבר בא לביטוי בהנחיות באשר להעמדה לדין<sup>366</sup>. ההנחיות כוללות רשימה לא סגורה של שיקולים נפוצים בעד ונגד העמדה לדין, אשר יש להביאם בחשבון בהתאם לנסיבות המקרה. בין השיקולים כנגד העמדה לדין או לצורך הקלה בעונש מצויים למשל נתונים אישיים של הנאשם, כמו גיל או מצב בריאותי או נפשי. ההצדקה לשיקולים אלה נעוצה ברעיון של שוויון מהותי – הבוחן את מידת ההשפעה שיש להעמדה לדין על הפרט – וברעיון המידתיות – כאשר העמדה לדין תהווה תגובה חמורה באופן לא פרופורציונלי לעבירה שבוצעה<sup>367</sup>. הדבר מוביל אותנו אל המסקנה השנייה, שלפיה גישה של שוויון מהותי מכירה גם בבעייתיות הטמונה באפליה עקיפה, דהיינו בהסדרים שהם שוויוניים לכאורה, אך השפעתם לשלילה על קבוצות מסוימות באוכלוסיה גדולה באופן לא פרופורציונלי<sup>368</sup>. בפרשת *Yick Wo*<sup>369</sup> ההשפעה הלא פרופורציונלית של האכיפה על המכבסות הסיניות הייתה כל כך ברורה שלא היה צורך בהודאה של הרשויות במדיניות אכיפה כנגד הסינים. במקרים אחרים ההשפעה יכולה להיות פחות ברורה, אך עדיין יכולה

באמון הציבור ברשות השופטת ורצון להבטיח כי שופט יועמד לדין רק אם יש בכך הכרח חיוני ורק לאחר בדיקה זהירה; ראו ר' גביון "שימוע, שוויון לפני החוק והיועץ המשפטי לממשלה" עיוני משפט טו (תש"ן) 457, 466-467.

364 ראו Givelber (לעיל, הערה 62), בעמ' 123.

365 יצוין כי סיווגים הנראים הגיוניים ובלתי מפלים מעוררים לעתים בעיה של שוויון מהותי. כך למשל נטיית גורמי האכיפה להתמקד בעבירות סמים של בעלי עבר פלילי ולמחול על עבירות סמים של צעירים ללא עבר פלילי שנתפסו עם סמים לשימוש עצמי, נראית לכאורה לגיטימית. שכן, מחד, עבר פלילי מעיד על מסוכנות לציבור, ומאידך, קיים רצון לשקם צעירים בדרכים שאינן פליליות (ראו גישתה של עו"ד נאוה בן-אור, המשנה לפרקליטת המדינה, בריאיון שערכתי אתה, להלן נספח ד). עם זאת יש לדעת בעייתיות מסוימת בקריטריון משום שברור ש"בני הטובים" בדרך כלל יהיו ללא עבר פלילי. האכיפה תתמקד אפוא בקבוצות השוליים החלשות ותנציח את חוסר השוויון המהותי.

366 (Code for Crown Prosecutors (5<sup>th</sup> ed., November 2004). ראו לעיל, פרק שני, סעיף ד3(ב).

367 A. Ashworth, M. Redmayne *The Criminal Process* (3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2005), 185.

368 יצוין כי מעבר לפסול העקרוני שבאכיפה המשפיעה באופן לא פרופורציונלי על בני מגזר חברתי מסוים או מיעוט לאומי או דתי, קיימת גם סיבה מעשית להימנע מאכיפה כזו, שכן היא עלולה להביא לעוינות של אותו ציבור (לרבות הרוב המקיים את החוק) ובכך לסכל את האפשרות להשיג שיתוף פעולה מטעמו בעתיד. ראו ביין (לעיל, הערה 306), בעמ' 156.

369 לעיל, הערה 6.

לסייע בהוכחת הכוונה להפלות<sup>370</sup>. בדוקטרינה כפי שאני מציעה – שאינה דורשת הוכחת כוונה לצורך קיומה של אכיפה סלקטיבית – הרי שהוכחה שיש לאכיפה השפעה בלתי פרופורציונלית על קבוצה מסוימת תעביר את נטל ההוכחה לרשויות להראות שאין מדיניות מפלה ביסוד האכיפה<sup>371</sup>. שלישית, גישה של שוויון מהותי מאירה בפרספקטיבה שונה סלקטיביות לטובת קבוצות מיעוט, שלכאורה היא פסולה. כאשר המדובר בסיווגים קבוצתיים על בסיס גזע, דת, מין וכדומה, הרי שהשוויון המהותי משמעו הכרה בכך שיש לעשות חלוקה מחדש של הכוח ולהעדיף קבוצות חלשות יותר על מנת להשיג שוויון<sup>372</sup>. עיקרון קבוצתי מעמדי זה הוא תוצאה של התפתחות היסטורית של רעיון צדק שבו נוסחת השוויון האריתמטי של אריסטו – "יחס שווה אל שווים"<sup>373</sup> – פינתה את מקומה לתפיסת "שוויון סוציודינמי", המביא בחשבון את האפליה המובנית והמושרשת עמוק במוסדות

- 370 ראו Coplan (לעיל, הערה 14), בעמ' 164-165.
- 371 הנוסחה הפורמלית של השוויון מותירה לדורשי השוויון את הנטל להוכיח כי הם בעלי תכונות אשר הופכות אותם לזכאים ליחס זהה. כתוצאה מכך לקרבן האפליה הקבוצתית קושי להתמודד יחידי בתהליך ההתדיינות שבו הוא צריך להוכיח שקיימת אפליה במקרה הספציפי; ראו J. Stone "Equal Protection and the Search for Justice" 22 *Ari. L. Rev.* (1980) 4. לאור זאת אחת הדרכים להתמודד עם אפליה קבוצתית מושרשת היא באמצעות טכניקות שיפוטיות המעבירות את הנטל להצדקת מדיניות המקפחת את חברי הקבוצה המופלה – אל יוצרי המדיניות.
- 372 עמד על כך השופט אור בעתירה שתקפה את מינהל מקרקעי ישראל בשל החכרת מגרשים מסוימים רק לברואים; ראו בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, 299.
- 373 על פי הנוסחה הפורמלית של שוויון שהוגדרה על ידי אריסטו, יש לנהוג בשווים באופן שווה, ובלא שווים – באופן בלתי שווה, בהתאם לשוני שביניהם. נוסחה זו התקבלה בפסיקה הישראלית על ידי השופט אגרנט, אשר הגדיר בד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 7, 35 שוויון כ"יחס שווה אל בני האדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה". התועלת של הגדרה זו תלויה תמיד ביכולת של בית המשפט לקבוע אם המעשה הנדון הוא בבחינת אפליה או הבחנה בין שונים. ואולם כאשר מדובר באפליה המכוונת נגד פרטים עקב היותם חברים בקבוצה המזוהה על בסיס גזע, דת, לאום או מין ואשר מקופחת היסטורית, מבוססת היכולת של בית משפט להשוות בין אנשים, על אותם סטריאוטיפים ודעות קדומות שמנסים לבטל באמצעות ההשוואה. כתוצאה מכך, על פי נוסחה פורמלית זו, היה ניתן להצדיק במהלך ההיסטוריה קיפוח של קבוצות חלשות כמו נשים, על סמך הטענה שהן שונות ואינן שייכות לתחום ההגנה החוקתית על אזרחים. ראו פ' רדאי "על השוויון" מעמד האשה בחברה ובמשפט (פ' רדאי, כ' שלו, מ' ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה) 19, 33-34. לניתוח פמיניסטי של הבעייתיות בגישת השוויון המסורתית ראו גם D.L. Kirp, M.G. Yudof, M.S. Frank *Gender Justice* (The University of Chicago, Chicago & London, 1986), 90 וכן C. MacKinnon "Sex Equality: Difference and Dominance" *Feminist Frameworks* (3<sup>rd</sup> ed., A.M. Jaggar, P.S. Rothenberg eds., McGraw-Hill, Inc., 1993) 182.

## אכיפה סלקטיבית

החברה ובפסיכולוגיה של האדם<sup>374</sup>. כך למשל בבג"ץ לנדאו<sup>375</sup> נטען כנגד "מדיניות כללית על פיה אין אוכפים בפועל את חוקי התכנון והבניה בשטחי העיר שבמזרח ירושלים, למעט שכונות או חלקי שכונות המאוכלסים על-ידי יהודים"<sup>376</sup>. בהנחה שהתושבים הערבים מופלים היסטורית ומבנית בכך שלא מאושרות תוכניות לגבי שטחי המגורים שלהם או שהם אינם מקבלים היתרי בנייה<sup>377</sup>, אזי ייתכן שהוצאת צווי הריסה כלפי יהודים הבונים שלא כחוק אך לא כלפי ערבים, גם אם היא מהווה אכיפה סלקטיבית פסולה, דהיינו קיימת עילה – לא ראוי לתת כנגדה כל סעד<sup>378</sup>.

למרות כל האמור יש לזכור כי האפליה המבנית של קבוצות מקופחות באוכלוסיה גורמת להן להיות מעורבות יותר בפשע. כך למשל מחקרים מראים כי מעורבותם הגדולה של בני מיעוטים בהליכים פליליים באנגליה, נובעת משילוב של אפליה כנגד קבוצה זו ושיעור פשיעה גבוה בקרב אותה קבוצה<sup>379</sup>. אין בכך כמובן להפחית מחשיבות המאמצים שיש לעשות למניעת אפליה באכיפה, אלא הכרה בכך שהתוצאה של הבניות חברתיות מסוימות היא שחוסר שוויון יתקיים גם אם החוק ורשויות האכיפה יפעלו בהגינות מרבית. עם בעייתיות זו עילת האכיפה הסלקטיבית אינה מתמודדת. כאמור, הקצאת משאבים באזורים שמוכח שהם מועדים יותר לפשע אינה מהווה סלקטיביות פסולה<sup>380</sup>. אין מנוס מלהבין שלעתים פתרונות מצויים במהפכות חברתיות ולא דווקא משפטיות<sup>381</sup>.

374 פ' רדאי "הפרטת זכויות האדם' והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג (תשנ"ד) 21, 36; פ' רדאי "על הערפה מתקנת" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 145, 172.

375 בג"ץ 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403.

376 שם, בעמ' 406.

377 מפכ"ל המשטרה לשעבר, מר יהודה וילק, בריאיון שערכתי עמו (נספח ז) הביא כדוגמה לאי-אכיפה סלקטיבית את תופעת הבנייה הבלתי-חוקית במגזר הערבי, אם כי הוא ציין כי לעתים תופעה זו נבעה מהיעדר תכניות מתאר. ראו גם ע' בן דוד, א' שחר "תוכנית: מאות מבנים ייהרסו במגזר הערבי" מעריב (29.9.03): "חשש ממהומות בנגב ובגליל, בעקבות תוכנית הממשלה להקים 'מנהלת הריסה', שתהרוס מאות מבנים בלתי חוקיים. המשטרה: 'אי אכיפת החוק יוצרת בשטח תחושה של מערב פרוע'".

378 העובדה שמתקיימים יסודותיה של עילה אינה מחייבת מתן סעד בגינה. להבחנה בין מישור העילה למישור הסעד, ראו להלן, פרק שישי, סעיף ג.

379 M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.) *The Oxford Handbook of Criminology* (3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2002), 609-612.

380 לאכיפה מוגברת באזור לוד ראו א' אשכנזי "מנקים את לוד בסגנון אמריקני" מעריב (29.9.03): "כספומטים' שמוכרים מנות סם בשכונות, עבריינים כבדים וחמושים, בנייה בלתי-חוקית בכל פינה – במשטרת לוד החליטו לעשות סוף לפשע הגואה בעיר. הם אימצו את המודל המצליח של ראש עיריית ניו-יורק לשעבר, רודולף ג'וליאני: יד קשה נגד פשיעה קלה". ראו גם דבריה של המשנה לפרקליטת המדינה, עו"ד נאוה בן-אור (נספח ד): "אם יש מידע שתחנות סמים 'משתוללות' בלוד, אז השוטרים יעבדו חודשיים בלוד...".

381 לשינויים מבניים-חברתיים יכולת להשפיע הן על רמת הפשיעה הן על יחס רשויות האכיפה לקבוצות המיעוט. כך למשל יש הטוענים כי יחסן של רשויות האכיפה בישראל כלפי הערבים

## ה. סיכום

עילת האכיפה הסלקטיבית בארצות-הברית היא עילה מובחנת אשר נגזרת מהזכות החוקתית לשוויון. זוהי אחת הסיבות לכך, שהדין בארצות-הברית – למרות הביקורת הרבה המופנית נגדו – עדיין דורש הוכחת מניע פסול לצורך הקמת העילה. לעומת זאת העילה המוצעת בישראל, היא עילה מובחנת אשר יכולה להיגזר מפגמים שונים במעשה המינהלי, כגון אפליה, שיקולים זרים, שרירות, חוסר סבירות וחוסר מידתיות. לאור זאת ניתן להקיש וללמוד על הדין המהותי ועל הפרתו מדוקטרינות שונות החולשות על שיקול הדעת המינהלי. מאחר שהדין בארץ אינו מותיר כל ספק כי הדגש בביקורת השיפוטית על מעשי המינהל הוא במהות, המניע שביסוד מעשה הרשות לא צריך להיות תנאי להוכחת העילה. תוצאה נחזית של אכיפה סלקטיבית היא פסולה – גם אם מבחינה סובייקטיבית לרשות האכיפה לא הייתה כל כוונה.

גם אם נשים את הדגש בדיון באכיפה סלקטיבית על הפרת הזכות לשוויון, הרי שזכות זו פותחה באנגליה ובישראל כזכות יחסית, ואף עיגונה החקיקתי אינו שולל את אופייה זה ואת היכולת לאזן אותה עם זכויות ואינטרסים אחרים. אין מניעה אפוא להחיל את הזכות לשוויון גם בהקשרים של אכיפה ולהכיר בעילה רחבה של אכיפה סלקטיבית, ללא דרישות מציירות כמו כוונה להפלות, או קביעת חריגים כגון אי-תחולת הטענה בהקשר של אכיפה פלילית. האינטרסים הראויים האחרים יובאו כולם בחשבון במסגרת האיזון שיעשה לגוף העניין. זאת ועוד, השיקולים המתנגשים כבדי המשקל, אשר גרמו בארצות-הברית לצמצום העילה, יוכלו לבוא לביטוי בארץ בהשפעתם על מישור הסעד.

הגישה העומדת ביסוד הצורך בהוכחת סיווג פסול בארצות-הברית, מניחה קורלציה בין היכולת של המחוקק המדינתי לערוך "סיווג סביר" בעל "קשר רציונלי" למטרת החיקוק,

מושפע מהאווירה האפלייתית הכללית השוררת כנגדם. פרופ' רטנר ופרופ' פישמן, אשר ערכו מחקר שבדק את היחס של מערכת המשפט לערביי ישראל, טוענים כי עולה תמונה ברורה המצביעה באופן עקבי על פערים בין יהודים לערבים בשלבי קבלת ההחלטות שנבדקו. כך לדוגמה נבדקה ההסתברות של יהודים וערבים להיות מורשעים בקבוצות ספציפיות של עבירות (אלימות, סדר ציבורי ורכוש). בכל אחת מקבוצת העבירות ובכל רמה של עבר פלילי, מעמדם של הערבים נחות לעומת היהודים והם ניצבים בפני הסתברות גבוהה משל היהודים להיות מורשעים בבית המשפט. המחברים מסכמים את המחקר במילים הבאות: "נראה כי גם אם ממצאי המחקר הנוכחי אינם מבטאים עמדות גזעניות, ומדיניות אפלייתית של ממלאי תפקידים במערכת המשפט בישראל, הם כן משקפים את האווירה הכללית השוררת בחברה הישראלית ביחסה כלפי הזר והשונה, אווירה שכפי הנראה חלחלה גם לתוך מערכת המשפט במדינה"; ראו א' רטנר, ג' פישמן צדק לכל? יהודים וערבים במערכת המשפט בישראל (דו"ח מחקר, 1998). יצוין כי ממצאי מחקר חדש שערכו השניים מאששים את ממצאי המחקר הקודם. ראו גם ש' רגב "מחקר חדש מאשר: מערכת המשפט מפלה לרעה ערבים" עורך הדין 48 (2004) 48.

## אכיפה סלקטיבית

לבין היכולת של פקידי המינהל לערוך סיווגים סבירים לצורך אכיפה. לאור זאת, ככל שהסיווג שנעשה על ידי הרשות המינהלית אינו בלתי חוקתי, הוא חוקי גם אם אינו תואם את מטרות החוק המסמיך. קורלציה זו נוגדת את עקרונות הפרדת הרשויות וחוקיות המינהל. לשיטתנו, בהפעילן שיקול דעת בשאלה כלפי מי לאכוף את החוק, האיסור שחל על רשויות האכיפה משתרע לא רק על פעולה על יסוד סיווגים מפלים, כאמור בהלכה בארצות הברית, אלא אף על פעולות שיסודן בשרירות, חוסר סבירות, שיקולים זרים או חוסר מידתיות, ככל שאלה מובילים לאכיפה סלקטיבית של החוק. התוצאה היא שרשויות האכיפה רשאיות לשקול אך ורק שיקולי מדיניות הנאמנים למטרות החוק. כמובן שרשויות האכיפה רשאיות ואף חייבות לשקול תמיד שיקולים כלליים כמו כיבוד זכויות אדם, אך שיקולים כלליים אלה אין בהם כדי לאפשר יצירת סיווגים שאינם תואמים את מטרות החוק. לפיכך ייתכן סיווג, שאילו נעשה על ידי המחוקק היה הוא סיווג כשר, אך רשויות האכיפה אינן רשאיות לעשותו מאחר ואין זה מסמכותן לפעול על פי מטרות שלא נקבעו על ידי המחוקק.

המסקנה מכל האמור היא כי ראוי שאכיפה סלקטיבית תהא אסורה גם כאשר מקורה בשרירות גרדא, דהיינו גם פרט, אשר אינו משתייך ל"קבוצה מופלית", יוכל לטעון שאכיפת החוק כנגדו מהווה אפליה אסורה. הן אכיפה סלקטיבית על בסיס אפליה קבוצתית הן אכיפה סלקטיבית על בסיס פגמים אחרים שנפלו בשיקול הדעת המינהלי, אסורים על פי המצב המשפטי בישראל. אכיפה סלקטיבית שמקורה בשיקולים זרים כגון מין, גזע או דת, כלומר אכיפה המפלה לרעה על רקע קבוצתי – מפירה את הזכות לכבוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו אכיפה סלקטיבית שמקורה בחוסר סבירות, חוסר מידתיות או שרירות גרדא – מפירה את הזכות להליך נאות.

תוצאת גישה זו היא שסלקטיביות באכיפת חוק מותרת רק כאשר אין ידיעה על מפריס אחרים. גם נושא אי-הידיעה צריך להיבחן בזהירות רבה, שכן הידיעה, ככל שמדובר באכיפה יזומה להבדיל מאכיפה בעקבות תלונה, היא פועל יוצא של הקצאת המשאבים. כאשר הקצאת המשאבים נעשית על פי סיווג זמן/מקום לפי מידת הנפוצות של העבירות בעבר באותו זמן/מקום, הרי שזוהי החלטה עניינית. הוא הדין כאשר נעשה על ידי רשויות האכיפה סיווג התואם את מטרות החוק. הבעיה מתעוררת כאשר רשויות האכיפה, במסווה של מחסור במשאבים, מקצות משאבים לאזור מסוים לא משום שיש בו שכיחות עבריינית גבוהה יותר אלא בשל שיקולים הזרים למטרות החוק.

שרירות בהקשר של אכיפה היא תלוית הקשר, עם זאת הבחנה בסיסית שיש לערוך היא בין אכיפה הנעשית בעקבות תלונה לבין מְבַצְעֵי אכיפה יזומים. משהוגשה תלונה, גוף האכיפה הרלוונטי מחויב להתייחס אליה ולחקור. במצב כזה עצם החקירה ודאי שלא תעלה כדי שרירות. לעומת זאת פעילות אכיפה יזומה ודאי שאינה יכולה לכסות את כל המקרים ותכנית העבודה תניח אכיפה חלקית. אכיפה חלקית יכולה להתבטא, בין היתר, באכיפה רנדומלית, כגון מתן דו"חות חניה למספר אקראי של מכוניות החונות במקום אסור, או באכיפה מדגמית, על דרך הגשת אישומי מבחן שאם יצליחו ניתן יהיה לפתוח בהליכים גם

### פרק שלישי: אכיפה סלקטיבית מהי

כנגד מפריס אחרים. אכיפה מדגמית היא שיטה לגיטימית בהתחשב במגבלות המשאבים וכצעד לקראת אכיפה כוללת, אלא שראוי לתת את הדעת לסבירות גודלו של המדגם. נראה כי ברוב המקרים מדגם של מקרה אחד לא יהיה סביר. דפוס אכיפה בעייתי יותר מהווה האכיפה הרנדומלית. לכאורה זוהי אכיפה תקינה בהיותה משוללת אלמנטים סובייקטיביים כמו שיקולים זרים או כוונה להפלות, אך הבעייתיות קיימת כאשר המקריות הופכת לשרירות. על מנת למנוע מצב כזה, יש לקדם את הבסיס הרציונלי – להבדיל מהשרירות – של החלטות, על ידי יישום רמה מסוימת של כללים ועל ידי עקביות. סטייה מהקריטריונים החולשים על "המקריות שבאכיפה" או חוסר עקביות יכול שיעידו על שרירות, עם זאת גם אי-הפעלה של שיקול דעת ספציפי במקרים שבהם קיימת מדיניות יכול לעלות כדי שרירות. ראוי גם להבחין בין שרירות לבין רשלנות גרדא. כאשר "אוזלת היד" של הרשות התבטאה ברשלנות גרדא – הצבעה על מספר מקרים שבהם רשות האכיפה התרשלה ולא העמידה לדין – אינה מעידה בהכרח על אכיפה סלקטיבית של החוק. רק רשלנות שיש בה סטייה קיצונית מסטנדרט של התנהגות סבירה יכולה להוות בסיס לאכיפה סלקטיבית פסולה.

לבסוף, בבחינת השאלה אם מדובר באכיפה סלקטיבית פסולה יש לנקוט בגישה של שוויון מהותי. מגישה זו עולה: ראשית, כי לא זו בלבד שרשויות האכיפה רשאיות לבצע רק סיווגים התואמים את מטרות החוק, אלא שהמסקנה הסופית בדבר קשר רציונלי בין הסיווג לבין המטרות, צריכה להביא בחשבון את המאפיינים שבהם הקבוצות נבדלות ואת האינטרסים שעל בסיסם יצר החוק את הסיווג האמור; שנית, הכרה בבעייתיות הטמונה באפליה עקיפה, דהיינו בהסדרים שהם שוויוניים לכאורה, אך השפעתם לשלילה על קבוצות מסוימות באוכלוסיה גדולה באופן לא פרופורציונלי; שלישית, לגיטימציה מסוימת של אכיפה סלקטיבית לטובת קבוצות מיעוט, בבחינת סוג של "העדפה מתקנת".



## חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

### א. הקדמה

לאחר שהותוו הקווים המנחים לבחינת השאלה מהי אכיפה סלקטיבית פסולה, וכפועל יוצא מכך מהי דמותה של עילת ביקורת בדבר אכיפה סלקטיבית, מתעוררת שאלת הצורך ומידת התועלת בהכרה בעילה זו. סוגיה זו שני פנים לה: הפן הראשון עניינו בשאלה אם ראוי שבית המשפט יעביר ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית, דהיינו ייתן נפקות כלשהי להוכחת התופעה<sup>1</sup>. בהנחה שהתשובה לכך חיובית, קם ועולה הפן השני של השאלה, שעניינו במידת הצורך בדיון המובחן בתופעת האכיפה הסלקטיבית, להבדיל מדיון בתופעה תחת המסגרת של עילות ביקורת אחרות כגון אפליה, שיקולים זרים או חוסר סבירות. לצורך מתן מענה לשאלה זו, על שני פניה, יובהרו ראשית הבעיות הקשות שמעוררת תופעת האכיפה הסלקטיבית ואשר מצדיקים, לדעת, ביקורת שיפוטית שתתן נפקות להוכחת התופעה. לאחר מכן אנסה להתמודד עם הטענות שהועלו בארץ ובעולם כנגד העברת ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית. לבסוף אסביר מדוע, לדעתי, יש מקום לדיון מובחן בתופעה, הגם שברוב המקרים ניתן לזהות אותה גם עם פגמים אחרים בפעילות המינהלית, כגון אפליה, שיקולים זרים, שרירות, חוסר סבירות או חוסר מידתיות. דהיינו גם אם אכיפה סלקטיבית אינה עילת ביקורת עצמאית אלא עילה נגזרת, הרי שיש מקום לדיון מובחן בתופעה, על היבטיה הייחודיים, ולכינוי העילה בשם.

### ב. הבעיות שמעוררת אכיפה סלקטיבית

#### 1. פגיעה בציפיות הלגיטימיות של הציבור

במשפט הפלילי המהותי מקפידים על עקרון החוקיות, שלפיו אין עבירה ללא חוק, וחוק לעניין זה הוא חוק חקוק<sup>2</sup>. לעקרון החוקיות עקרונות משנה, וביניהם עקרון הפומביות

1 שאלה זו קודמת כמובן גם לשאלה, שאעסוק בה בהמשך (ראו להלן, פרק שישי), בדבר מהותה של נפקות זו – שאלה שמעבירה את הדיון ממישור העילה אל מישור הסעד.  
2 ר' גביון שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א), 77.

## אכיפה סלקטיבית

והפרסום, שלפיו חוק מחייב רק אם הוא פורסם ברבים, שכן "אין עונשין אם אין מזהירין תחילה"<sup>3</sup>. דא עקא, שעל קיומו של החוק, תוכנו ודרך מימושו, יודע הפרט יותר מתוך התבוננות בדרך פעולתה של הרשות המבצעת, מאשר מתוך עיון בקבצי החוקים<sup>4</sup>. ציפיותיו הלגיטימיות של האזרח מתבססות באופן סביר על מנהגי האכיפה של הרשות<sup>5</sup>. הציבור רואה ברשויות האכיפה את נושאות דברה של השיטה המשפטית, ולפיכך מנהגי האכיפה של הרשויות הם בעלי עוצמה חזקה פי כמה מהפרסום ברשומות – אשר מטבעו מגיע רק לידיעת יודעי הדין. קיומו של מנהג שלא לאכוף חוק או אכיפה בלתי עקבית לחלוטין עלולים לטעת בלב הציבור את התחושה כי האיסור אינו קיים, או שהוא בוטל, או שלפחות יש ערפול באשר לגבולות המותר והאסור<sup>6</sup>. כך למשל אם חוקי איסור עבודה ביום מנוחה אינם נאכפים בקהילה מסוימת תקופה ארוכה, איזו אינדיקציה יש לרוכל, אשר פותח את עסקו ביום המנוחה, שפעילותו אינה חוקית? אכן, החוק הכתוב מורה לו לסגור את העסק, אך התנהגות הרשויות ופעילותם של הרוכלים האחרים, מעבירים מסר אחר לחלוטין. אדם ממוצע עשוי לסבור שהתנהגותו אינה חוקית דה יורה, אך חוקית דה פקטו<sup>7</sup>.

הבלבול האמור כתוצאה מפרקטיקת האכיפה של הרשויות, פוגע באחת הפונקציות המרכזיות של החוק – הכוונת התנהגות של אנשים, על ידי יידועם מראש בדבר התגובה האפשרית או הצפויה של הרשויות על התנהגותם<sup>8</sup>. ה"דרישה ל-fair notice", דהיינו אזהרה מוקדמת של הציבור בדבר התנהגות שהיא פלילית, עומדת גם ביסוד דוקטרינת ה-"void-for-vagueness" האמריקנית, אשר לפיה בית המשפט יפסול חוק הלוקה ב"חוסר ודאות בלתי חוקית" (unconstitutional uncertainty). במסגרת דוקטרינה זו פסל בית המשפט

- 3 ראו דברי השופט חשין בע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441 (להלן: ע"פ תורג'מן), 455; כן ראו ד' ביין "מנהג ונוהג במשפטנו הפלילי – מקור משפטי מצוי או ראוי" ספר יצחק כהן (א' אלון, מ' בן-זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ, מ' לנדוי עורכים, תשמ"ט) 310, 333.
- 4 השוו ד' ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" עיוני משפט כז (תשס"ג) 209, 224: "עמדת היא שהציפיות לגבי התנהגותו של הזולת הן יצירות התרבות הכללית של חברה נידונה, ולא רק יצירות הדין. הדגם התרבותי הוא המגדיר גם את הנסיבות שבהן קיימות ציפיות להתנהגות מסוימת מצידו של הזולת".
- 5 ראו ד' אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 477, 494.
- 6 ביין (לעיל, הערה 3), בעמ' 332.
- 7 ראו D.J. Givelber "The Application of Equal Protection Principles to Selective Enforcement of the Criminal Law" *U. Ill. L. F.* (1973) 88, 98.
- 8 R. Gavison "Custom in the Enforcement of the Law: The Power of the Attorney-General to Stay Criminal Proceedings" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 333, 335. למטרה L.M. בדבר הכוונת ההתנהגות האנושית, כאחת המטרות הראשוניות של המשפט ראו Friedman *Law and Society – an Introduction* (Prentice Hall, 1977), 599-603. למטרה זו כמטרה ישירה של המשפט ראו J. Raz *The Authority of Law* (Clarendon, Oxford, 1979), 165-177.

פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

העליון בארצות-הברית הוראות חוק שנקבע שהן כה לא בהירות, עד כי עונש המוטל על בסיס הפרתן, מהווה הפרה של הזכות להליך הוגן<sup>9</sup>. דוקטרינה זו מעוררת שאלות חוקתיות הקשורות בפסלות חוקים ואשר חורגות מתחומו של חיבור זה, אשר עניינו בביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת ולא על הרשות המחוקקת. עם זאת יש לדוקטרינה השלכות על סוגיית האכיפה הסלקטיבית. ראשית, לעתים פסלותו של החוק העמום אינה נובעת רק מכך שהוא אינו מספק אזהרה ברורה לאזרחים בדבר ההתנהגות האסורה, אלא גם בשל כך שחסר הבהירות שלו גורר מתן שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל לרשויות האכיפה ומעודד אכיפה סלקטיבית של החוק, כאמור בדבריו של השופט Douglas:

Where... there are no standards governing the exercise of the discretion granted by the ordinance, the scheme permits and encourages an arbitrary and discriminatory enforcement of the law. It furnishes a convenient tool for "harsh and discriminatory enforcement by local prosecuting officials, against particular groups deemed to merit their displeasure"<sup>10</sup>.

שנית, דוקטרינת ה-void-for-vagueness מדגימה, כאמור, את החשיבות של החוק בהכוונת ההתנהגות העתידית של הציבור. בהמשך לקו מחשבה זה ניתן לטעון כי חובותיו של האזרח בהתייחס למשפט הפלילי אינן יכולות להיקבע רק על פי מילות החוק. גישה זו כמובן שאינה רווחת בשיטות משפט כמו זו של גרמניה – שבה עדיין קיים שיקול דעת צר יותר באכיפת החוק, אך היא מוסכמת על רבים בארצות-הברית – שבה אזרחים לומדים רבות מדפוסי האכיפה<sup>11</sup>. יתרה מזאת, גישה זו הגיונית שכן החלטות המדיניות המתקבלות על ידי פקידי האכיפה אינן יישום של סמכות נחזית, אלא הפעלה של שיקול דעת שמערכת המשפט מקנה לפקידים אלה במפורש או במשתמע. בנסיבות אלה ניתן לומר שבלתי מציאותי לדרוש מאזרח ללמוד על חובותיו מהחוק בלבד<sup>12</sup>. עמד על כך השופט Frankfurter בעניין שבו נתקפה חוקתיות של חוק שאסר על ביצוע הפלות<sup>13</sup>:

- Note "The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court" 109 *U. Pa. L. Rev.* 9  
67 (1960).
- ראו *Papachristou v. City of Jacksonville* 405 U.S. 156, 170 (1972) 10
- ראו M.R. Kadish, S.H. Kadish *Discretion to Disobey* (Stanford, California, 1973), 11  
129-130.
- 12 שם, בעמ' 131. כאמור, לשיטתי לפקיד האכיפה אין סמכות ליצור סיווגים שאינם תואמים את מטרת החוק המסמיך, אך גישה זו אינה הגישה הרווחת בארצות-הברית. ראו לעיל, פרק שלישי, סעיפים 2(א), ד2.
- 13 *Poe v. Ullman* 367 U.S. 497 (1961) – לאור קביעתו של בית המשפט שאין לרופא על מה להלין, שכן החוק אף פעם לא נאכף, טענתו לפגיעה בזכויות נראתה רחוקה וספקולטיבית ולכן בלתי מספיקה לשם העברת ביקורת שיפוטית על תקפות החוק.

## אכיפה סלקטיבית

“Deeply embedded traditional ways of carrying out state policy...” – or not carrying it out – “are often tougher and truer law than the dead words of the written text”<sup>14</sup>.

תמיכה בגישה זו ניתן למצוא גם באמירות של שופטים ישראליים. הדברים עולים בבירור מדבריו של השופט מישאל חשין בע”פ תורג’מן – שבו, כאמור, הורשעה המערערת בעבירות סרסרות לזנות בשל ניהול מכון ליווי, אף שהמטרה השלימה בדרך כלל עם תופעה זו. וכך אמר השופט:

ככל שהמערערת נוגעת בדבר, והיא עיקר לענייננו עתה, מדיניות המשטרה הפכה חלק מן הדין; הדין ברחוב – תרתי משמע – הוא כפי שהמשטרה הציבה אותו לפני המערערת ולפני הבריות כולם. מדיניות המשטרה יצרה דין למעשה, בחיי היומיום – ולדעתי אסור לנו להתעלם מאותו דין ולדון לכף חובה אורחות חיים, שבנו עצמם על אותו דין שהכול ידעוהו והנהיגו חייהם לפיו<sup>15</sup>.

זאת ועוד, יש הטוענים כי כאשר עסקינן במצב שבו היה קיים מנהג שלילי שלא לאכוף את החוק, ניתן לטעון שנוצרה טעות משותפת לציבור רחב של אזרחים<sup>16</sup>. לפיכך ניתן לתמוך בהגנה פלילית גם אם מתנגדים להגנת הטעות בחוק הפלילי, שהיא עניין אינדיווידואלי. אחת ההצדקות לקיומו של הכלל שלפיו אי-ידיעת הדין אינה פוטרת מעונש, היא שההכרה בהגנה האמורה כמוה כהעדפת כללי המוסר של הפרט על אלה של הציבור המבוטאים באיסור הפלילי. הצדקה זו אינה חלה במקום שבו המוסר של רוב הציבור, כפי שהוא מתגלם במנהג השלילי, הוא דווקא לצדו של הנאשם. לאור זאת בחלק ניכר של המקרים שבהם מופר האיסור כחלק ממנהג כללי, יש בסיס לטענה כי בהתחשב במנהג זה, לא יכול היה הנאשם להימנע באורח סביר מהטעות<sup>17</sup>.

אכיפה סלקטיבית פוגעת באינטרס ההסתמכות וביציבות הלגיטימיות של האזרח, גם כאשר אין המדובר באכיפת איסור פלילי דווקא<sup>18</sup>. כך למשל סלקטיביות במתן היתרים או

14 שם, בעמ' 502.

15 ע”פ תורג’מן (לעיל, הערה 3), בעמ' 554.

16 השוו ברק-ארז (לעיל, הערה 4), בעמ' 226: “בתחום המנהלי נודעת חשיבות מיוחדת להגנה על הציפייה כאמצעי להגנה על ההסתמכות. החלטות מנהליות רבות חלות לא רק על פרט מסוים, אלא על קבוצה של פרטים, ולעיתים אף על הציבור בכללותו”.

17 ביין (לעיל, הערה 3), בעמ' 332.

18 לאינטרס ההסתמכות במשפט ולרציונלים להגנה עליו ראו מ' מאוטנר “יוצרי סיכונים ו'נקלעי סיכונים' – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה” משפטים טז (תשמ"ו) 92; ד' ברק-ארז “הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי” משפטים כז (תשנ"ו) 17,

## פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

רשימות פוגעת באינטרס ההסתמכות של האזרח, אשר מצפה כי הרשות תנהג כלפיו, כפי שנהגה לגבי אחרים שאין בינו לבינם הבדלים רלוונטיים<sup>19</sup>. משפעל כפי שאחרים פעלו, אך לא קיבל את אותו היתר או רישיון, והרשות בוחרת לאכוף החוק כנגדו, האכיפה הופכת לאכיפה סלקטיבית. לא בכדי אחד הרציונלים להגנה על אינטרס ההסתמכות במשפט המינהלי הוא הצדק המתקן. על פי תפיסה זו קיים מצב של חוסר הדדיות בין הרשות המינהלית לפרט, בשל היקפה של המעורבות השלטונית בחיי היום יום. מעורבות זו גורמת לכך שבמקרים רבים האזרח חייב להיזקק לרשות, כמו למשל בתחומים הנתונים למשטר של רישוי, בעוד היפוכו של דבר אינו קיים. מבחינתו של האזרח, ההסתמכות על פעולותיה של הרשות היא חיונית ויש לה השפעה מהותית על מהלך חייו<sup>20</sup>.

## 2. יישום רטרואקטיבי של החוק

מאחר שהאזרח למד על החוק בעיקר מהתנהגות רשויות האכיפה, נוצרת הסתמכות על המדיניות הקיימת. כך למשל אם רשויות האכיפה התעלמו באופן סיסטמטי מהפרות חוק, נוצרת ציפייה סבירה שהרשויות תמשכנה לנהוג כך. שינוי פתאומי במדיניות שקול כנגד יישום רטרואקטיבי של החוק, ומבחינתו של האזרח כמוהו כהרשעה בגין פעולות שכאשר נעשו לא היו אסורות על פי החוק<sup>21</sup>.

ההלכה בישראל ובמדינות אחרות מסתייגת מתחולה למפרע של חוקים, שכן "חקיקה למפרע פוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות. היא פוגעת בעקרון שלטון החוק, בודאות ובבטחון הציבור במשפט. היא פוגעת בעקרונות היסוד של צדק ושל הגינות, ובאמון הציבור במוסדות השלטון"<sup>22</sup>. לאור זאת קיימת חזקה שלפיה חקיקה היא פרוספקטיבית, דהיינו חלה מכאן ולהבא, אלא אם משתמעת כוונה אחרת במפורש או במשתמע (אך באופן ברור)

L.L. Fuller, W.R. Perdue "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 *Yale L.J.* (1936) 52, 57-66. 37-31, 29-19. כן ראו

19 כן למשל בבג"ץ 159/73 יצחקי נ' שר המשפטים, פ"ד כח(2) 692 (להלן: בג"ץ יצחקי). העותר טען כי הופלה לרעה בכך שמחברים אחרים קיבלו היתר להשתמש בחומר המצוי בארכיון צה"ל בנוגע לקרבות לטרון ואף לפרסמו, ואילו הוא פנה אל שר המשפטים בבקשת היתר לפרסם בספרו "המערכה על לטרון" חומר שנודע לו עליו במהלך עבודתו במחלקת ההיסטוריה של צה"ל וסורב. למעשה, מדובר בטענה לאכיפה סלקטיבית, שכן אימתן ההיתר הפך פעולה בניגוד לו לעבירה פלילית. העתירה אמנם נדחתה, אך היא מדגימה את הפגיעה האפשרית באינטרס ההסתמכות של האזרח במצבים של סלקטיביות במתן רשימות או היתרים.

20 ראו ברק-ארז (לעיל, הערה 18), בעמ' 33-34.

21 Kadish & Kadish (לעיל, הערה 11), בעמ' 130.

22 ראו דברי השופט ברק בע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 777.

## אכיפה סלקטיבית

מן החוק<sup>23</sup>. על פי הגישה הרווחת בפסיקה כיום, חזקה זו חלה גם לעניינה של חקיקת משנה, "שהרי אם חזקה היא כי המחוקק לא התכוון להקנות לחוק תוקף למפרע, הדעת נותנת שגם הוראת חוק המעניקה סמכות לרשות מינהלית לא התכוונה להסמיך את הרשות לקבל החלטה שתוקפה למפרע. מה שאינו ראוי למחוקק עצמו, ודאי שאינו ראוי לרשות מינהלית"<sup>24</sup>. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר ביישום החוק על ידי הרשות המינהלית, הלכה למעשה. היוזקות מחודשת לחוק שלא נאכף או אכיפת החוק באופן סלקטיבי כמוה כהיוזקות לחוק לא ידוע, והיא נוגדת עיקרון משנה נוסף של עקרון החוקיות, בדבר איסור הרטרואקטיביות<sup>25</sup>.

אכן, אין ספק כי יש לאפשר לרשויות האכיפה לתקן מציאות פגומה ומנהגי אכיפה בלתי ראויים, אלא ששינוי זה מן הראוי שיעשה מכאן ולהבא<sup>26</sup>, דהיינו יש ליצור הסדרי ביניים או מנגנון המתריע על שינוי המדיניות, באופן ששינויה לא יהווה יישום רטרואקטיבי של החוק<sup>27</sup>. ניתן להדגים זאת באמצעות פסק דין של בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז התשיעי בארצות-הברית<sup>28</sup>. באותו עניין נהפכה קביעה של בית הדין ליחסי עבודה, שלפיה מעסיק נהג באופן לא ראוי בכך שחתם הסכם עם ארגון עובדים מסוים, זאת מאחר שהמעביד היה שייך לתעשיית הבנייה אשר לגביה בית הדין ליחסי עבודה סירב בדרך כלל

23 שם, בעמ' 776. כן ראו למשל ע"א 238/53 כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 4, 38; ע"א 398/65 רימון נ' הנאמן לנכסי שפילס, פ"ד כ(1) 401, 405; בר"ע 3/73 גלעד נ' סופר, פ"ד כז(1) 596, 600; ע"א 27/64 בדר נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד יח(1) 295, 300.

24 דברי השופט זמיר בבג"ץ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(3) 837, 855. להסכמה עם דבריו ראו דברי השופט חשין בבג"ץ 5290/97 עזרא נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410, 422; כן ראו דברי השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 1149/95 ארקו תעשיות חשמל נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד נד(5) 547, 571.

25 ראו אבן-להב (לעיל, הערה 5), בעמ' 498; דברי השופט חשין בע"פ תורג'מן (לעיל, הערה 3), בעמ' 455.

26 השוו לדברי השופט ברוך ת"פ (רמ') 627/98 מדינת ישראל נ' נחמני, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 12.7.98) (טענה לאכיפה סלקטיבית של חוק הרשות השניה לטלויזיה ורדיו, תש"ן-1990) בסעיף 15 לפסק הדין, שלפיהם שינוי במדיניות ענישה חייב להיעשות בזהירות ובאיטיות בלא שהציבור יופתע ממנו, שכן יהיה זה בלתי הוגן כלפי נאשמים אם לפתע פתאום תאמץ התביעה גישה מיליטנטית דווקא כלפיהם, שעה שבעבר הייתה גישה שונה בתכלית. בערעור השופטת ברלינר סברה כי עניינה של הטענה הוא עקרון אחידות הענישה ולגופו של עניין לא הייתה סטייה בולטת מעיקרון זה במקרה הנדון. ראו ע"פ (ת"א) 4085/98 מדינת ישראל נ' באבו, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 23.12.99) (להלן: פסק דין באבו), בסעיף ו לפסק הדין. רשות הערעור בבית המשפט העליון לא ניתנה לצורך דיון בנקודה זו אלא בטענת האכיפה הסלקטיבית, ובית המשפט העליון קבע כי המדינה הייתה רשאית לנקוט בהליכים של הגשת אישומי מבחן נגד תחנות בודדות.

27 לאופן שינוי המדיניות ראו להלן פרק שמיני, סעיף ה.

28 *National Labor Relations Board v. Guy F. Atkinson Co. et al.* 195 F. 2d 141 (9<sup>th</sup> Cir. 1952).

פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

להפעיל את סמכותו השיפוטית. בית הדין ליחסי עבודה טען לשינוי מדיניות, אך בית המשפט הפדרלי קיבל את טענת המעביד, שלפיה הפעלת המדיניות החדשה לגבי כמות כיישום רטרואקטיבי של החוק:

[S]ince the agreement was made... at a time when the Board was refusing to exercise jurisdiction over the industry, an application of a contrary policy in this proceeding amounts to adjudging contrary to law actions, which, when taken, were not subject to the application of sanctions under the law. This, it is said, is the equivalent of a retroactive application of a newly adopted rule, and a denial of due process<sup>29</sup>.

זאת ועוד, בית המשפט קבע כי אף שהמעביד ידע על החוק הכתוב, העמדתו לדין הייתה בלתי הוגנת, משום שהוא לא יכול היה לדעת על שינוי המדיניות:

The inequity of such an impact of retroactive policy making upon a respondent innocent of any conscious violation of the act, and who was unable to know, when it acted, that it was guilty of any conduct of which the Board would take cognizance, is manifest. It is the sort of thing our system of law abhors<sup>30</sup>.

לעומת זאת הפסיקה בישראל איפשרה לרשות לשנות מדיניות באופן פתאומי וללא כל הסדרי ביניים. הגישה, כפי שהובעה על ידי השופט צבי ברנזון, הייתה כי "שגגה שיצאה מלפני הרשות, אין היא חייבת לחזור עליה עוד ועוד... יתירה מזאת: אפילו מה שנעשה עד כה היה כדין וכשורה, מותר לרשות... לומר ברגע מסוים: 'עד כאן ולא יותר. מלאה הסאה ואין להוסיף עליה'".<sup>31</sup> על פי עמדה זו, גם אם בעבר לא ננקטו צעדים כנגד מפרי חוק מסוים, אף על פי שצעדים אלה התחייבו, אין בכך כדי לכבול את ידי הרשות, שהוסמכה להפעיל סמכויות על פי חוק, ואין בכך כדי לשלול ממנה מכאן ואילך את האפשרות לתקן את דרכיה ולמלא את תפקידה כדין<sup>32</sup>. גישה זו, המאפיינת בעיקר את הפסיקה הישנה, מופיעה גם בפסיקה חדשה מסוימת. כך למשל השופטת דורית ביניש קבעה בעניין שבו נדונו עבירות משמעת של עובדי מדינה כי "העובדה שנוהל או הוראה מחייבת בשירות

29 שם, בעמ' 143.

30 שם, בעמ' 149. לניתוח פסק הדין ראו גם Kadish & Kadish (לעיל, הערה 11), בעמ' 131-130.

31 בג"ץ 301/69 שמילביץ ורון נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כד(1) 302, 305. ראו גם דבריו בבג"ץ 146/66 הרשקוביץ נ' הוועדה המחוזית לבניה ולתכנון עיר, פ"ד כ(2) 518, 519.

32 ראו למשל בג"ץ 174/84 חפץ נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד לח(3) 412, 415.

## אכיפה סלקטיבית

המדינה אינה נאכפת במשך זמן, או שהאכיפה היא חלקית ביותר, אינה כשלעצמה מקימה זכות לעובד, ואינה מונעת מן הרשות לשנות ממדיניותה הפסולה ולעמוד על קיום הנוהל<sup>33</sup>.

לעומת זאת הנחיה 51.051 של היועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר מדצמבר 1985 מכירה בכך שמי שקבע מדיניות אכיפה מוסמך גם לשנותה ואף לבטלה בכל עת, אך קובעת כי "שינוי המדיניות מן הראוי שיעשה באותה דרך בה נקבעה המדיניות, ובכלל זה לעניין התפוצה והפרסום, ויכנס לתוקף ממועד השינוי או מועד מאוחר יותר שיקבע במפורש"<sup>34</sup>. הנחיות אלה מרמזות כי בדרך כלל לא ראוי לשנות מדיניות לגבי מקרה מסוים ללא שינוי מדיניות כללי מכאן ולהבא<sup>35</sup>. דומה כי ההוראה – שלפיה השינוי צריך שיעשה באותה דרך שבה נקבעה המדיניות ומכאן ולהבא – מנסה להתמודד, בין היתר, עם בעיית הרטרואקטיביות שבאכיפה הסלקטיבית. הדבר אף מתיישב עם הלכה שהתפתחה בינתיים בבית המשפט העליון, שלא דווקא בהקשר לסוגיות של אכיפה, ואשר עניינה בצורך בקביעת הסדרי ביניים (או הוראות ביניים) כדי לתת סיפק להתכונן לשינוי בדין או במדיניות<sup>36</sup>.

### 3. פגיעה בשוויון בפני החוק

שיקול הדעת הנתון לרשויות האכיפה יכול לגרום למצב שבו שני אנשים שראוי היה שיקבלו טיפול דומה, למשל משום שביצעו אותה עבירה ונסיבותיהם הרלוונטיות דומות, יקבלו טיפול שונה משום שרשויות האכיפה אוכפות את החוק באופן סלקטיבי. סלקטיביות זו – בין שיסודה בשיקולים זרים, בשקילת שיקולים רלוונטיים באופן שונה, בשרירות, בחוסר סבירות או בפגמים אחרים שבשיקול הדעת – נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במונח הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט<sup>37</sup>. הפגיעה בעקרון השוויון במצב זה נתפסת כבסיסית, משום שמקרים דומים אינם מטופלים באופן זהה. זהו הטיעון האלמנטרי

33 עש"מ 5205/01 פרנס נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד נו(2) 9, 20. השופטת ביניש מסתמכת על דבריו של השופט זמיר בעש"מ 6978/00 מוטיל נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נד(4) 865, 876.

34 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, מדיניות חקירה ותביעה: שיקולים כלליים (הנחיה מס' 51.051 מיום 1.12.85).

35 גביוון (לעיל, הערה 2), בעמ' 160.

36 בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 472, 466; בג"ץ 2832/96 בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד נו(2) 582 (להלן: בג"ץ בנאי), בעמ' 594-600; בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 112, 120.

37 דברי השופט זמיר בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (להלן: בג"ץ זקין), 305. ראו גם דברי השופט חשין ב בג"ץ 53/96 תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד נב(2) 1 (להלן: בג"ץ אלוני), 9. כן ראו Gavison (לעיל, הערה 8), בעמ' 335.



לשוויון: אם מספר אזרחים מפרים את החוק בלא הפרעה מצד אלה האמונים על אכיפתו – לא צודק להתייחס לאזרח אחר באופן שונה, לפחות אם הפרת החוק על ידיו בוצעה בנסיבות שאינן שונות באופן מהותי. אכיפת החוק כנגד האזרח במצב כזה נוגדת את ההגינות הבסיסית ומהווה אפליה בלתי צודקת<sup>38</sup>.

פרופ' Kenneth Davis ניסה להתמודד עם השאלה מדוע אכיפה סלקטיבית היא כל כך בלתי צודקת<sup>39</sup>. אם אזרח א ואזרח ב ראויים באותה מידה שיוגש נגדם כתב אישום, או אם ראוי יותר שיוגש כתב אישום כנגד אזרח א מאשר כנגד אזרח ב – האם החלטה להגיש כתב אישום כנגד ב ולא כנגד א היא בהכרח בלתי צודקת? ניתן לטעון כי התחמקות של כמה מפרים מאכיפה היא גורם אינהרנטי למשפט הפלילי, דהיינו בלתי נמנעת ולכן אינה בלתי צודקת. המטרה של אכיפה אינה היעד הבלתי ריאליסטי של אכיפה כנגד כל המפרים, אלא השגת רמה מספקת של ציות. לכן הדרישה העיקרית של הצדק אינה להעניש את כל המפרים אלא להימנע מהענשת החפים מפשע. אך מנגד טוען פרופ' Davis, ובצדק, שיש להבחין בין כישלונות לגלות מפרים – שהם בדרך כלל לא אישיים – לבין חוסר אחידות בשיקול הדעת שהפעילו הרשויות – שמערב את שאלת איכות הצדק שיושם. קבלת ההנמקה שצדק נעשה כל עוד רק האשמים מואשמים, משמעה שלמרות שלאזרח א ולאזרח ב מגיע באותה מידה עונש – נעשה צדק בכך שב מוענש ר-א לא – למרות שהסיבה לכך ש-א לא מוענש יכולה להיות חיצונית לצדק, כמו התערבות פוליטית. לדעתו מצב שבו ב-א ראויים באותה מידה לעונש, או ש-א ראוי יותר, ורק ב מוענש – הוא מצב בלתי צודק. חוסר הצדק רק מוחמר אם נוסף עובדה נוספת שהסיבה להחלטה היא חיצונית לצדק, למשל חוסר אהדה אישית ל-ב, התערבות אישית של אדם לטובת א וכו'. אם כך לגבי ענישה – המוטלת על ידי טריבונלים שיפוטיים – כך גם לגבי רשויות האכיפה. המטרה היא שוויון בפני החוק והשגת צדק שוויוני, ואידיאל זה צריך לעמוד ביסוד כל החלטה שיפוטית או מעין שיפוטית וכן ביסוד החלטות שמתקבלות על ידי רשויות האכיפה. המסקנה היא שמאחר ששוויון הוא אחד הקריטריונים לצדק, הרי שלא ניתן להחליט אם אכיפה במקרה קונקרטי צודקת, ללא בחינת מקרים בני השוואה. יתרה מזאת, יש קשר ישיר בין הגנה על הציפייה לבין הגנה על השוויון, שכן התנהגות מפלה היא התנהגות עוכרת ציפיות. הגנה על השוויון מגנה על הציפייה להתנהגות שוויונית, במצבים שבהם מידע באשר להתנהגות מן העבר משמש בסיס להנחה שהתנהגות זו תישנה גם בעתיד בהתקיים אותן נסיבות. בתחום הציבורי – בו דרישת השוויון אינה רק הנחה סבירה אלא חובה משפטית – כאשר הרשות נוהגת בדרך מסוימת

A.L.-T. Choo *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings* (Clarendon, 38 Oxford, 1993), 125. ראו גם ביינ (לעיל, הערה 3), בעמ' 333 Kadish & Kadish (לעיל, הערה 11), בעמ' 130.

K.C. Davis *Discretionary Justice – A Preliminary Inquiry* (University of 39 Illinois, 1971), 167-169.

## אכיפה סלקטיבית

כלפי אדם או קבוצת אנשים, היא מחויבת לנהוג כך כלפי אחרים שנמצאים באותו מצב, משום שמכוח עקרון השוויון לאותם אנשים יש ציפיה מוגנת<sup>40</sup>.

הפגיעה האמורה בשוויון וחוסר הצדק שנובע מאכיפה סלקטיבית מלווים בתחושות קשות ביותר<sup>41</sup>. כאשר המדובר באכיפה כנגד קבוצות מסוימות, הדבר תורם ליצירה או להנצחה של חלוקות הרסניות בקרב החברה. זאת ועוד, אם השלטונות, במודע או שלא במודע, בוחרים לאכוף את החוק נגד קבוצת מיעוט מסוימת, הדבר גורר זיהוי של הקבוצה עם פעילות פלילית. קבוצות מיעוט אלה תסבולנה הן מתפיסה חברתית שלילית הן מדיכוי על ידי השלטונות, בכך שהן תשאנה על כתפיהן באופן לא פרופורציונלי את נטל האכיפה<sup>42</sup>. גם כאשר האכיפה מופנית כלפי אדם שלא בשל השתייכותו לקבוצה מופלית מסוימת – אכיפת החוק באופן סלקטיבי כנגדו מלווה בתחושות קשות. למרות שדפוס האכיפה הסלקטיבית מופיע בדרך כלל בעבירות לא חמורות, אכיפת החוק כנגד אדם מסוים שוללת ממנו את האפשרות לבצע את ההתנהגות האמורה, מדביקה לו סטיגמה פלילית וחושפת אותו לסנקציות שונות כגון קנס ומאסר. האדם יתהה מדוע הוא מוענש. שכן, ממה נפשך: אם מטרת העונש היא הרתעה – הרי שהרתעה מתקיימת רק כאשר אנשים יודעים שגורלם עשוי להיות זהה, אלא שהחוק נאכף כנגדו בעוד אינו נאכף כלפי אחרים; אם המטרה היא שיקום – הרי שהוא מבולבל וממורמר ובוודאי לא משוקם; גם מטרת הגמול אינה הגיונית משום שהחברה בדרך כלל אינה דורשת גמול עבור התנהגויות שאינן מהוות איום עליה; האדם בוודאי לא יקבל את הטעוץ שהוא מוענש על מנת לחנך אחרים ולהסביר להם את הגבולות בין מותר לאסור. המסקנה היחידה שהוא יוכל להסיק היא, שלמדינה סמכות לבחור מפר חוק אחד מיני רבים, להעניש אותו ולהתעלם מהאחרים<sup>43</sup>.

אכיפה סלקטיבית פוגעת אפוא בשוויון בצדק ובהגיונות, על המשמעויות הקשות הנלוות לכך, אך שאלה נפרדת היא אם מדובר בהכרח בפגיעה בזכות יסוד. עקרון השוויון הוא אמנם עיקרון בסיסי אחד, אשר מושרש עמוק במהות המשפט ואשר ניתן לתמצתו במשפט

- 40 ראו ברק-ארוז (לעיל, הערה 4), בעמ' 223, 226.
- 41 לתחושת "השעיר לעזאזל" ראו כתבתם של ש' מולא, ע' פטרסבורג "אני העפר שדורכים עליו" ידיעות אחרונות (7 ימים, 12.3.04): "עודד טל, לשעבר מנהל מחוז מרכז במינהל מקרקעי ישראל, נאשם שסידר לקבלן דוד אפל הטבות בשווי עשרות מיליוני שקלים בניגוד לחוק... טל לא מבין למה נטפלו דווקא אליו. הרי כולם במינהל הדליפו לקבלנים, עשו שגיאות שעלו למדינה מיליונים, ניסו לגייס פטרונים פוליטיים כדי להתקדם. ומה עם הפוליטיקאים? מה עם שרון? אולמרט וראשי הערים? גם הם עזרו לאפל. איפה כתבי האישום נגדם?"
- 42 A.B. Poulin "Prosecutorial Discretion and Selective Prosecution: Enforcing Prosecution 42 A. Ashworth, after *U.S. v. Armstrong*" 34 *Am. Crim. L. Rev.* (1997) 1071, 1086
- 43 M. Redmayne *The Criminal Process* (3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2005), 377-379  
ראו Givelber (לעיל, הערה 7), בעמ' 97-100.

"הכל שווים בפני החוק"<sup>44</sup>, אך עם זאת יש להבחין בין משמעויות, מובנים, פנים והיבטים שונים שלו. במסגרת זו יש להבחין בין "שוויון חוקתי" ל"שוויון מינהלי"<sup>45</sup>. השוויון המינהלי הוא חלק מחובותיה של הרשות כנאמן הציבור. על רשות מינהלית מוטלת חובה מכוח המשפט המינהלי לפעול "בהגינות (מהותית ודיונית), ביושר, בסבירות, תוך שוויון, בתום לב, ללא שרירות, שלא בדרך של ניגוד עניינים ושלא בדרך מפלה"<sup>46</sup>. שוויון בהקשר זה פירושו שוויון רלוונטי והוא דורש לעניין המטרה הנדונה "טיפול שווה" באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. השוויון הוא אף ערך יסודי בשיטתנו – זהו השוויון החוקתי. בבג"ץ פורז<sup>47</sup> הכיר השופט אהרן ברק בערך השוויון כערך יסודי באומרו:

מבין ערכי היסוד של השיטה מקובל ומוכר הוא הערך בדבר השוויון... אכן השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית, "אשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות להמחישו... "על כן יש לקיים שוויון בין בני אדם המשתייכים לדתות, לאומים, עדות, גזעים, מפלגות, השקפות גופים וקבוצות שונות. למותר לציין כי רשימה זו אינה שלמה ואינה מקיפה...<sup>48</sup>.

השוויון החוקתי אוסר אפוא על האפליה הקבוצתית. "אפליה קבוצתית הינה תופעה היסטורית שבה חברי קבוצה המסומנת (stigmatized) בשל קריטריון גזע, דת, או מין, סובלים מקיפוח סוציו-כלכלי-משפטי. חברי קבוצות מסומנות אלה הוצאו בעבר מתחום התחולה של העקרונות החוקתיים, בכלל, ומתחום ההגנה של זכויות האדם והאזרח, בפרט"<sup>49</sup>. אם כן אפליה קבוצתית אינה אפליה אינדיווידואלית אקראית אשר אפשר לבטלה באופן נקודתי, אלא אפליה המושרשת בדעות קדומות היסטוריות ועכשוויות<sup>50</sup>. יצחק זמיר ומשה סובל במאמרם "השוויון בפני החוק"<sup>51</sup> מבחינים בין השוויון "כעיקרון ביצועי", אשר אוסר על רשויות מינהליות להפעיל את סמכויותיהן באופן מפלה<sup>52</sup>, לבין השוויון כ"זכות משפטית", דהיינו אינטרס הזוכה להכרת המשפט ולהגנתו<sup>53</sup>.

44 ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א, מהדורה חמישית, תשנ"ז), 271 (הפרק על השוויון טרם מופיע במהדורה השישית של הספר).

45 לדיון בהבחנה ראו מ' טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביבות" הפרקליט מה (תש"ס) 94, 109-111.

46 בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 91.

47 בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (להלן: בג"ץ פורז).

48 שם, בעמ' 331-332.

49 פ' רדאי "הפרטת זכויות האדם' והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג (תשנ"ד) 21, 34.

50 ראו פ' רדאי "על השוויון" מעמד האשה בחברה ובמשפט (פ' רדאי, כ' שלום, מ' ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה) 19, 34.

51 משפט וממשל ה (תש"ס) 165.

52 שם, בעמ' 185-186.

המחברים סבורים כי לכשתגיע שעת ההכרה בשוויון כזכות יסוד המעוגנת בחוק יסוד, ראוי יהיה להגביל הכרה זו לעילות השוויון הקלאסיות ולעילות שוויון שנתווספו מעת לעת, כגון גזע, דת, מין, נטיה מינית ונכות. לעומת זאת עילות השייכות להבחנות אחרות בין אנשים וגופים, כגון הבחנה על פי פעילות עסקית, אינן כלולות בזכות לשוויון ואינן ראויות למעמד של זכות יסוד. די להן בהגנה שדיני המינהל הציבורי מעניקים, באמצעות הכללים המסדירים את שיקול הדעת המינהלי, כגון הכלל בדבר שיקולים זרים או חוסר סבירות<sup>54</sup>. בבית המשפט העליון התקבלה מאז הגישה שלפיה עקרון השוויון מעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ככל שהזכות לשוויון קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק<sup>55</sup>. על כל פנים, כל עוד אין מגבילים את עילות השוויון לרשימה סגורה, יש להסכים עם הגישה העקרונית כי השוויון החוקתי עניינו בהגנה על קבוצות מקופחות ואין עניינו בחובה הכללית של רשויות המינהל לנהוג בשוויון בין כל הפרטים שאין ביניהם הבדלים רלוונטיים.

השוויון כערך יסוד (השוויון החוקתי) משפיע כמובן גם על העקרונות הביצועיים החלים על הרשות המינהלית. הלכה פסוקה היא כי אין רשות רשאית לפגוע בזכויות הפרט, אלא אם הוסמכה לעשות כן בלשון מפורשת בחוק<sup>56</sup>. כיום, אם מדובר בזכות המעוגנת בחוקי היסוד, הרי שנדרשת הסמכה מכוח חוק העומד בתנאי חוק היסוד<sup>57</sup>. עם זאת בעבר הייתה קיימת נפקות רבה להבחנה בין שוויון מינהלי לחוקתי מבחינת הביקורת השיפוטית. טענת אפליה יכולה ללבוש שתי צורות שונות: האחת, הטענה כי הפרט נכנס לגדר קריטריון מסוים ובכל זאת הוא מופלה ביישום הקריטריון; השנייה, הטענה כי הקריטריון גופו מפלה את הפרט. כאשר עסקינן בשוויון המינהלי, על מנת שאדם יצליח בטענה כי הופלה, היה עליו להראות כי קיים קריטריון מסוים אשר הוא נופל לגדרו ולמרות זאת מופלה לעומת אחרים (טענה מן הסוג הראשון). טענה מן הסוג השני לא צלחה, שכן בית המשפט בדרך כלל לא התערב בקריטריון אלא לכל היותר בחן את סבירותו<sup>58</sup> ולא החליף את שיקול דעת

53 שם, בעמ' 205-206.

54 שם, בעמ' 212.

55 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 11.5.06) (להלן: בג"ץ התנועה לאיכות השלטון), בסעיפים 30-40 לפסק דינו של הנשיא ברק; סעיפים 31-40 לפסק הדין של המשנה לנשיא חשין; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.5.06) (להלן: בג"ץ עדאלה), סעיף 39 לפסק דינו של הנשיא ברק.

56 בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז (3) 337, 358.

57 ראו דברי השופט דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94 (להלן: בג"ץ מילר), 139.

58 ראו למשל בג"ץ 720/82 אליצור איגוד ספורטיבי דתי נ' עיריית נהריה, פ"ד לז (3) 17 (להלן: בג"ץ אליצור) – המקרה עסק בזכות של שתי אגודות ספורט להשתמש בבריכה עירונית; פסילת הקריטריון לא נעשתה משום שבית המשפט ראה לנכון להתערב בשיקול דעתה של העירייה, אלא משום חוסר סבירותם של הקריטריונים שקבעו את חלוקת שעות המסלול בין אגודות הספורט.

הרשות בשיקול דעתו<sup>59</sup>. לעומת זאת כאשר מדובר בשוויון חוקתי, דהיינו השוויון המגן מפני האפליה הקבוצתית, בית המשפט לא החיל את "כלל הריסון", שלפיו אין הוא מחליף את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו, והיה מוכן לבדוק *de novo* את הקריטריון<sup>60</sup>. לפיכך השוויון החוקתי היה יכול לחפור לכלל האוסר שיקולים זרים, במובן זה שלעתים נקבע כי שיקולי דת, מין, או גזע הם שיקולים זרים<sup>61</sup>; אך השוויון החוקתי לעתים הוסיף לכלל בדבר שיקולים זרים, במובן זה שגם כאשר שיקולים אלה ענייניים, הוא עשוי היה להביא לפסילת החלטה מינהלית שהתבססה עליהם. דוגמאות לכך מצויות בפסקי דין פורז<sup>62</sup> ואליס מילר<sup>63</sup>. במקרים אלה בית המשפט סבר אמנם כי השיקול בדבר המין הוא ענייני<sup>64</sup>, אך עם זאת קבע כי עצם הפלייתן של נשים מהווה פגיעה בזכותן לשוויון. כלומר גם כאשר האפליה של הנשים היא שיקול ענייני, ההחלטה המפלה פוגעת בעקרון השוויון ובית המשפט יבחן אם פגיעה זו מוצדקת<sup>65</sup>.

אכיפה סלקטיבית היא פסולה כאמור, בין שהסלקטיביות מבוססת על אבחנה קבוצתית כלשהי, ובין שהיא אינדיווידואלית ונובעת מפגמים שונים שביסוד שיקול הדעת המינהלי. בכל מקרה, הפגיעה בשוויון, בצדק ובהגינות היא חמורה ומלווה בתחושות קשות. עם זאת ככל שהאבחנה בין שוויון חוקתי ומינהלי קיימת גם כיום, אכן ראוי שהביקורת השיפוטית במצב שבו הפגיעה היא בשוויון החוקתי, תהיה קפידה יותר. דהיינו, במצבים שבהם הטענה היא לאכיפה סלקטיבית על בסיס סיווג חוקתי, בית המשפט יתערב אף בקריטריונים שגוררים סלקטיביות באכיפה ולא רק ביישומם הסלקטיבי של הקריטריונים.

59 ראו למשל בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501 – עתירה של יישוב להיכלל ברשימת הישובים שבתוספת לתקנות מס הכנסה (הנחות ממס בישובי גבול הצפון), תשמ"ח-1985; בית המשפט סרב להתערב בקריטריונים שקבועים בתוספת, אך משהראה כפר ורדים כי ברשימת הישובים בתוספת ישנם ישובים אשר אין מקום לאבחן בינם לבינו, קיבל סעד.

60 ראו דברי הנשיא ברק ב בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 389: "ריסון שיפוטי אסור לו שיביא לשיתוק שיפוטי. כאשר המחוקק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק היסוד והפגיעה היא מעבר למידה הדרושה, אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה".

61 לאפליה כשיקול זר ראו זמיר וסובל (לעיל, הערה 51), בעמ' 186-187.

62 לעיל, הערה 47.

63 לעיל, הערה 57.

64 בג"ץ פורז (לעיל, הערה 47), בעמ' 326 (חשש שהשתתפות נשים בגוף הבוחר רב עיר, תמנע התמודדות של רבנים על המשרה); בג"ץ מילר (לעיל, הערה 57), בעמ' 144 (החשש שנשים תשרתנה פחות שנים, העובדה שנשים הוות פטורות ממילואים וכו').

65 בג"ץ פורז (לעיל, הערה 47), בעמ' 336; בג"ץ מילר (לעיל, הערה 57), בעמ' 135. כן ראו ש' אלמוג "על נשים, צבא ושוויון – בעקבות בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח"י משפט וממשל ג (תשנ"ו) 631, 634.

## אכיפה סלקטיבית

הרטוריקה המקובלת יותר כיום בבית המשפט העליון בהתייחס לטענות אפליה, עוסקת בקבוצות שוויון. מונח זה התווה השופט יצחק זמיר בפרשת תאטרון ארצי לנוער<sup>66</sup>, תוך שהוא מבחין בין שלבים בבחינת חובת השוויון:

חובת השוויון, שבדרך כלל רואים אותה כמקשה אחת, היא בעצם חובה כפולה. כדי לצאת ידי חובה צריך, ראשית, להחליט מהי קבוצת השוויון. החלטה זאת ניתנת לביקורת שיפוטית כמו כל החלטה מינהלית: אפשר לפסול אותה אם היא מבוססת על שיקולים זרים, לוקה בחוסר סבירות, וכיוצא באלה. שנית, לאחר שקבוצת השוויון נקבעה, חובה היא להחליט באופן שוויוני בתוך קבוצה זאת. גם החלטה זאת, כמובן, ניתנת לביקורת שיפוטית: אפשר לפסול אותה אם היא מפלה על יסוד שיקולים זרים, וכיוצא בכך<sup>67</sup>.

בעניין זה נדונה הבחנה בין תאטרונים חדשים לוותיקים לעניין מתן תמיכות, דהיינו טענת שוויון "מינהלי", אך נראה שפסק דין זה והפסיקה המאוחרת המסתמכת עליו, בוחנים את טענת האפליה במבחן הכפול האמור, בכל מקרה וללא הבחנה אם מדובר בטענת שוויון "מינהלי" או "חוקתי"<sup>68</sup>. הדברים ישימים אף לטענות בדבר אכיפה סלקטיבית. ראשית, יש לבחון מהי קבוצת השוויון הרלוונטית. לעניין זה הודגש כי אפשר שהיא תוקם על יסוד שיקול ענייני, אך בכל זאת לא תהיה הצדקה לקיום של קבוצת שוויון נפרדת, משום שמשקלו של השיקול הענייני קטן מדי בכדי להצדיק זאת<sup>69</sup>. לדעתי, ייתכנו גם מצבים שבהם לא תהיה הצדקה לקיום נפרד של קבוצת שוויון, מהטעם שהשיקול עליו היא הוקמה אמנם ענייני, אך אינו בגדר השיקולים שהמחוקק הסמיך את רשויות האכיפה לשקול. כך

66 בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות, פ"ד נא(4) 259 (להלן: בג"ץ תאטרון ארצי לנוער).

67 שם, בעמ' 283-284.

68 ראו בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 304 (הבחנה בין דיילי קרקע לדיילי אוויר לעניין גיל פרישה); בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 510-511 (הבחנה בין קרנות פנסיה לבין מסלולים אחרים של חסכון לעניין תמיכה ממשלתית באמצעות אגרות חוב); בג"ץ 4906/96 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 513-514 (הבחנה בין רוכשי דיור לעניין מתן הטבות); בג"ץ 441/97 צנוירט נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נג(2) 798, 807-811 (הבחנה בחוק עזר בין המתגוררים באזורי חניה מוסדרים לבין בעלי עסקים באותו אזור); בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79, 88-89 (שאלת הכללת הישובים הערבים בפרויקט שיקום שכונות); בג"ץ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה(4) 540 (להלן: בג"ץ מרדי), 555-557 (הבחנה במתן מענקים למגדלי פרחים על יסוד לוח מועדים); בג"ץ 6741/99 יקותיאלי נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 713-714 (הבחנה בין משפחות מרובות ילדים למשפחות מעוטות יכולת אחרות לעניין תשלומי ארנונה).

69 בג"ץ תאטרון ארצי לנוער (לעיל, הערה 66), בעמ' 283.

פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

למשל בפרשת תורג'מן<sup>70</sup> השיקול בדבר תלונות של השכנים אמנם לא נראה היה על פניו זר או בלתי סביר, אך בנסיבות העניין הוא היה בלתי ראוי שכן עבירות סרסרות לזנות לא נועדו להסדיר מטרדים. לאור זאת לקבוצת השוויון שיצרה המשטרה – קבוצת בעלי מכוני הליווי עליהם התלוננו השכנים – לא הייתה הצדקה. קבוצת השוויון שצריכה הייתה להיבחן היא קבוצת כל בעלי מכוני הליווי.

#### 4. פגיעה כלכלית ופגיעה ביכולת התחרות

מעבר לחוסר הצדק, לתחושה הקשה ולסכנה למערכת המשפט – הטמונים בכל פגיעה קשה בשוויון, בהקשר של אכיפה סלקטיבית יכולות להיות לכך אף השלכות כלכליות שונות כמו פגיעה ביכולת התחרות, במוניטין ובהכנסות של אלה אשר החוק נאכף לגביהם. בעייתיות זו עלתה בארצות הברית כבר בשנת 1886 בפרשת המכבסות הסיניות (*Yick Wo*)<sup>71</sup>. כאמור, בפרשה זו טען בעל מכבסה סיני שהוא ועוד 200 איש מבני עמו, ביקשו אישור לניהול מכבסה בבית עץ ונדרחו, בעוד כל שאר הבקשות של אזרחים שאינם סינים, למעט בקשה אחת, אושרו. טענתו של העותר, אשר התקבלה על ידי בית המשפט, הייתה כי בעוד הוא ואחרים נאסרו באשמת ניהול מכבסות ללא אישור, הרי שמכבסות אחרות אשר מנוהלות בתנאים דומים פועלות ללא הפרעה וחופשיות להנות מהרווחים המוקנים להן כתוצאה מאפליה בלתי הוגנת זו. התוצאה – כמבואר בדברי בא כוחו של העותר – הרסנית לעסקי המכבסות הסיניות:

The effect of the execution of this ordinance in the manner indicated in the record would seem to be necessarily to close up the many Chinese laundries now existing, or compel their owners to pull down their present buildings and reconstruct of brick or stone, or to drive them outside the city and county of San Francisco, to the adjoining counties, beyond the convenient reach of customers, either of which results would be little short of absolute confiscation of the large amount of property shown to be now, and to have been for a long time, invested in these occupations<sup>72</sup>.

הפגיעה הכלכלית עשויה להשפיע גם על צדדים שלישיים. כך למשל בעניין מסוים ביקש בעלים של חנות גדולה, אשר השכיר שטחים לזכיינים, למנוע מהמשטרה לעצור את העובדים של הזכיינים שלו מכוח החיקוק אשר אסר על מכירות ביום ראשון. לטענתו המשטרה אכפה את החוק באופן סלקטיבי רק כנגד בתי כלבו ואיפשרה לחנויות קטנות

70 ע"פ תורג'מן (לעיל, הערה 3).

71 *Yick Wo v. Hopkins, Sheriff* 118 U.S. 356 (1886).

72 שם, בעמ' 362.

## אכיפה סלקטיבית

לבצע מכירות ביום ראשון. הצו נדרש לו על מנת שלא יאלץ לחסל את עסקיו<sup>73</sup>. זוהי דוגמה שבה לא העותר הפר את החוק הרלוונטי אלא הזכיינים שלו ועובדיהם, עם זאת הוא עלול היה להינזק, מאחר שהזכיינים – שלא היו מוכנים לשאת בסיכון של סנקציות עונשיות – עלולים היו להפסיק לעשות עסקים ביום ראשון, דבר שיגרום להם ולו הפסדים כלכליים עד כדי סגירת הכלבו<sup>74</sup>. פגיעות כלכליות אלה הנובעות ממחדלי רשויות האכיפה, גרמו לכך שבית המשפט העליון האמריקני, למרות נטייתו שלא להתערב בהחלטות של רשויות אכיפה מקצועיות שונות, סייג את עצמו בכך שיתערב במקרים שבהם מדובר באכיפה שבאופן שרירותי פוגעת באחד ממפרי החוק מתוך ענף תעשייתי שלם<sup>75</sup>. טענות לפגיעות כלכליות הועלו גם בארץ פעמים אחדות ואף זכו לאהדה של שופטים. כך למשל עמד על הבעיה השופט משה בייסקי בהחלטתו בעניין קולנוע דקל<sup>76</sup>, שבו נדונה טענת אפליה בהקשר לחוק עזר האוסר הקרנת סרטים בערב שבת:

הנה כי כן, חוק העזר (גם אם בסמכות הוחק) אינו נאכף באורח שווה לגבי בתי-קולנוע אחרים. ועל כך מלינים בעיקר המבקשים, שכן המוניטין וגם ההכנסות בחלקן הגדול מופקים בלילות שבת, וקיים החשש, כי אם תיפסקנה פעילויות אלה, כאשר בתי-קולנוע אחרים מופעלים ללא הפרעה, תהא הפגיעה קשה וללא נשוא – גם אם בסופו של דבר תימצאנה טענותיהם מוצדקות והערעור יתקבל<sup>77</sup>.

גם בבג"ץ אלוני<sup>78</sup> התקבלה טענתן של העותרות כי אי-אכיפת חוקי התקנים על מרצפות המיוצרות בחבל עזה, מצמיחה יתרון בלתי הוגן למתחרים מחבל עזה ומביאה לתחרות בלתי הוגנת בין המתחרים וביניהן<sup>79</sup>. בעניין זה עתרו חברות ישראליות שעיסוקן ביצוא ויבוא של מרצפות. לטענתן, רשויות המדינה, מכוח סמכותן על פי חוק התקנים, תשי"ג-1953, עורכות ביקורות תקן קפדניות על איכות המרצפות שהחברות העותרות מייצרות ומייבאות, אך בה בעת אין נערכות ביקורות תקן ראויות של מרצפות בלתי תקניות המיוצרות בחבל עזה ומיובאות ארצה. העותרות לא הלינו על הביקורות הנערכות במפעליהן, אלא על

73 ראו *Bargain City U.S.A., Inc v. Dilworth* 179 A.2d 439 (1962).  
74 ראו "The Right to Nondiscriminatory Enforcement of State Penal Laws" Comment 61 *Colum. L. Rev.* (1961) 1103, 1137.  
75 ראו: *Federal Trade Commission v. Universal-Rundle Corp.* 387 U.S. 244, 251 (1967): "...the Federal Trade Commission does not have unbridled power to institute proceedings which will arbitrarily destroy one of many law violators in an industry".  
76 בש"פ 738/89 קולנוע דקל בע"מ נ' עירית ת"א-יפו, פ"ד מג(3) 759.  
77 שם, בעמ' 763 (ההדגשות שלי – מ' ט').  
78 לעיל, הערה 37.  
79 שם, בעמ' 4.



כך שלא נערכות ביקורות של מרצפות המיוצרות בחבל עזה, והלכה למעשה מרצפות אלה אינן עומדות בביקורת התקן הישראלי הרשמי. למרות זאת משווקות אותן מרצפות בישראל באורח חופשי ומאחר שהן נמכרות במחיר זול יחסית – הן מתחרות באופן בלתי הוגן במרצפות המיוצרות והמשווקות בידי העותרות. השופט מישאל חשין קיבל את טענתן בקובעו כי "ביבוא החופשי של מרצפות תת-תקן נפגעת בעליל יכולת התחרות של העותרות, תחרות שהיא בת לחופש העיסוק"<sup>80</sup>.

אכן, ביסודה של הפגיעה הכלכלית הנגרמת כתוצאה מאכיפה סלקטיבית – פגיעה חמורה בזכויות יסוד. הדברים נכונים גם כאשר האכיפה הסלקטיבית מכוונת כנגד תאגיד, שכן זכויות שקיומה של ישות פיזית אינה חיונית בהן – כמו חופש העיסוק או זכות הקניין – הן נחלתה של כל אישיות משפטית<sup>81</sup>. ראשית, הפגיעה בתחרות החופשית מהווה פגיעה בחופש העיסוק. הזכות לחופש העיסוק כוללת גם את שוויון ההזדמנויות. פעולה שלטונית המגינה על מתחרה מסוים ושוללת תחרות חופשית מאחר – פוגעת בחופש העיסוק<sup>82</sup>. כל זאת גם לפי ההלכה שנתגבשה עוד בטרם הוחק חוק-יסוד: חופש העיסוק<sup>83</sup>, ואשר חלה ביתר שאת לאחר חקיקתו:

חופש העיסוק כולל לא רק את זכותו של אדם לעסוק במקצוע שבו יבחר, אלא גם את זכותו של אדם להתחרות בעוסקים האחרים באותו ענף: "חופש התחרות מונח, בין היתר, בבסיס חופש העיסוק המוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק".... כך ידענו כי תחרות חופשית, בהיבטה האחד – הציבורי – חיונית להשגת יעילות במשק, והיא הערובה לאספקת מוצרים ושירותים בתנאים הטובים ביותר. התחרות היא שמבטיחה את הקצאת המשאבים האופטימלית בחברה... בהיבטה השני – האישי – משרתת התחרות את פיתוח אישיותו של הפרט, מהווה היא ערוץ למימוש שאיפותיו ומקנה היא את החיוניות הנדרשת לפעילותו. בהיבטה זה הייתה התחרות החופשית לזכות חוקתית המוגנת במסגרת חופש העיסוק... זכות זו מוקנית היא לעוסק בין כפרט ובין כתאגיד. פגיעה בחופש התחרות על-ידי התערבות שלטונית

80 שם, בעמ' 10.

81 ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 213; לעניין תחולת חופש העיסוק על תאגיד ראו י' אליאסוף "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 173, 177-178.

82 ראו נ' כהן "תחרות מסחרית וחופש עיסוק" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 353; א' ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 357, 369.

83 ראו רע"א 371/89 ליבוביץ נ' אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309 (להלן: רע"א ליבוביץ), 326-327; ע"א 4/74 ברמן נ' משרד להובלת משאות פרדס-חנה-כרכור והסביבה עמל בע"מ, פ"ד כט(2) 718, 722; ע"א 901/90 נחמיאס נ' קולומביה סחר ותעשייה בע"מ, פ"ד מז(1) 252, 264.

## אכיפה סלקטיבית

הינה פגיעה בחופש העיסוק. הענקת זכות לאחד ושלילתה מאחר פוגעת בזכות לתחרות חופשית; הטלת מגבלות על פעולתו של עוסק פלוני והסרת אותן מגבלות מעוסק אלמוני – פוגעות בזכותו של פלוני לחופש תחרות.<sup>84</sup>

אכיפה סלקטיבית מהווה התערבות שלטונית על דרך של מחדל. אי-אכיפת החוק כנגד מתחרים עסקיים מקנה להם יתרון בלתי הוגן כלפי זה שהחוק נאכף כנגדו ומהווה פגיעה בתחרות החופשית ובחופש העיסוק.<sup>85</sup> הפגיעה בחופש העיסוק הובילה את בית המשפט העליון לבטל את תיקון החוק, אשר נועד להכשיר את שידורי ערוץ 867. בית המשפט קבע כי התיקון פוגע בחוק-יסוד: חופש העיסוק, מאחר שהוא פוגע בחופש התחרות של כלל המתחרים הפוטנציאליים (תחנות רדיו אזוריות) על השימוש במשאב התדרים לשידורי רדיו ארציים, בכך שהוא מעניק זיכיון ורישיון לשידורי רדיו ארציים-פרטיים לגוף משדר העומד בתנאי התיקון לחוק, ללא מכרו וללא קריטריון חלוקה שוויוני אחר כלשהו.<sup>87</sup> פגיעה זו בחופש התחרות לא עמדה בתנאי פסקת ההגבלה, שכן תכליתה הייתה פסולה – להכשיר תחנה שפעלה ללא רישיון<sup>88</sup>, והיא אף לא הייתה מידתית – לא כללה חובת מכרו ולא הבטיחה חובת ייצוג לאוכלוסיות הזקוקות לכך.<sup>89</sup> בפסלו את החוק, בית המשפט מנע למעשה הכשרה חקיקתית של אכיפה סלקטיבית של חוק הבזק. אכיפה סלקטיבית זו, אשר

84 בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 463, 451 (ההדגשות שלי – מ' ט'). ראו גם בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 471, 441; בג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נ(4) 410, 397; ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 592, 577; בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 671, 661; בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קווי אוויר למיטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 228-227, 193. לצורך להצדיק פגיעה בתחרות החופשית במסגרת פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: חופש העיסוק ראו א' ברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195, 202.

85 לדעה נוגדת ראו א' גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג (תש"ס) 229. המחבר מצדד ב"תפיסה האישית" לחופש העיסוק, דהיינו חופש העיסוק כזכות האדם לבחור במקצוע ולהתפרנס ממנו. לשיטתו, ה"תפיסה התחרותית" המעלה את עקרון התחרות למדרגה של זכות חוקתית, עלולה לעקר את הפוטנציאל של הזכות לחופש העיסוק – הקיים ב"תפיסה האישית" – כזכות חברתית וכנגזרת של כבוד האדם.

86 הכוונה לתיקון חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 (להלן: חוק הבזק) באמצעות סעיף שהעניק רישיון וזיכיון להפעלת תחנות לשידורי רדיו למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנה כזו, אשר שידוריה נקלטו במרבית מדינת ישראל.

87 ראו בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640.

88 שם, בעמ' 664.

89 שם, בעמ' 667-669.

מאפשרת הפעלתן של תחנות רדיו פירטיות מסוימות, פוגעת בחופש התחרות וגוררת פגיעות כלכליות נלוות<sup>90</sup>.

זכות יסוד נוספת שנפגעת היא זכות הקניין המעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>91</sup>. מעבר לנזקים הכלכליים שיש בהם משום פגיעה בזכות הקניין<sup>92</sup>, אכיפה סלקטיבית כנגד אחד ולא כנגד האחר – פוגעת במוניטין (goodwill) המהווה אף הוא זכות

90 מחדלי האכיפה של המדינה על רשויותיה השונות (רשות השידור, משרד התקשורת ומשרד החינוך) כנגד תחנות הרדיו האזורי הפירטיות הביאו את זכייני הרדיו האזורי להגשת תביעה כספית (ניקית וחוזית) כנגד המדינה. בסעיף 10 לכתב התביעה נאמר כי "למן תחילת הדרך מצאו עצמן התובעות משדרות בסביבה בלתי אפשרית ובלתי תחרותית המתאפיינת במספר בלתי סביר של תחנות רדיו פירטיות, רובן במתכונת מקומית ואזורית, באופן המפריע לשידורי התובעות, הן על דרך הפרעה פיזית לשידוריהן והן על דרך הפרעה למימוש הפוטנציאל הכספי הגלום בוזיכוונות שהוענקו לתובעות, באמצעות קיום תחרות בלתי הוגנת"; ראו ת"א (י"ם) 5303/03 רדיוס שידורים בע"מ נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 4.6.07). מחדלי האכיפה הובילו גם להגשת עתירה לבג"ץ על ידי תחנת רדיו קול חי בע"מ כנגד משרד התקשורת והרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו. בכתב התשובה שהוגש לבית המשפט מטעם המשיבים התברר כי לאחר שניתן הצו שיצא מלפני בית המשפט ננקטו צעדים לשינוי המצב. המצהירים מטעם משרד התקשורת פרטו כיצד כוונת רשויות האכיפה לאכוף את החוק על התחנות הפירטיות ופעולות שכבר נעשו בתחום זה. על יסוד ההצהרות, בית המשפט הניח כי התחנות שביחס אליהן מצוי חומר ראיות במשטרה יועמדו לדין תוך זמן סביר. לפיכך העותרת קיבלה את ההמלצה למשוך את העתירה; ראו בג"ץ 3995/02 רדיו קול חי בע"מ נ' שר התקשורת, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.10.03). נקודה מעניינת באשר להשלכות האכיפה הסלקטיבית בסוגיית הרדיו הפירטי הועלתה על ידי עו"ד דורון אבני, היועץ המשפטי של הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, בריאיון שערכתי עמו (נספח 1). התחנות האזוריות טענו כלפי הרשות השנייה כי מאחר והן לא קיבלו תדרים נקיים והתחנות הפירטיות גורמות להן לנזקים, הן רשאיות שלא לשלם אגרת תדרים למדינה. הרשות השנייה נדרשה לכך כאשר על הפרק עמדה הארכת זיכיון של תחנות רדיו אזורי, אשר הרשות מוסמכת להאריך בארבע שנים ללא מכרז בהתקיים תנאים מסוימים וביניהם שבעל הזיכיון עמד בהוראות הדין. הרשות החליטה שיש לתת את הדעת לטענות כבדות המשקל בסוגיה, אולם לא היא הגורם להכריע בסכסוך בין המדינה (משרד התקשורת שאחראי על אכיפת חוק הבזק) לבעל הזיכיון. בנסיבות העניין הוענקה הארכה של חצי שנה ובלבד שבמסגרתה יגובש הסדר לתשלום אגרת התדרים. זו למעשה בקשה של זכיינים מרשות רגולטורית שלא לאכוף את החוק בתחום אגרת התדרים, בשל אכיפה סלקטיבית של המדינה בתחום השידור הפירטי.

91 זכות הקניין היא זכות סבוכה והיקפה טרם התגבש סופית בפסיקה בישראל (ראו ברק (לעיל, הערה 82), בעמ' 368). עם זאת בית המשפט העליון קבע כי במסגרת זכות הקניין – מוגן גם הקניין הרוחני (ראו רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 266) וכן מוגנות זכויות רכושיות (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431). הדיון יוצא אפוא מנקודת הנחה של הגנה חוקתית על הקניין הפיזי, הרכושי והרוחני.

92 לזכות הקניין ככוללת את כל הזכויות בעלות הערך הכלכלי ראו י' ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב (תשנ"ה) 258, 267.

קניינית<sup>93</sup>, הראויה להגנה חוקתית<sup>94</sup>. המונח "מוניטין" מתייחס לתדמיתו החיובית של מוצר או עסק מסוים בעיני הציבור, אשר הודות לה קיים שוק של לקוחות בכוח, אשר מעוניינים ברכישתו של המוצר או בהתקשרות עם בית העסק<sup>95</sup>. כיום הנטייה היא להרחיב את מושג המוניטין ולכלול בתוכו כל יתרון הקשור לעסק, בין שיתרון זה נגזר ממיקומו המיוחד, משמו המקצועי הטוב או מכל גורם רלוונטי אחר המשפיע ישירות או בעקיפין על ערכו של העסק. המוניטין כולל את מכלול היתרונות הנובעים מעסק פלוני מעבר לערך החשבונאי שלו<sup>96</sup>. אכיפה סלקטיבית כנגד פרט מסוים עלולה לפגוע במוניטין שלו בשל זיהוי העסק עם פעילות פלילית, ירידה בהכנסותיו, סגירתו בעוד בתי עסק אחרים פתוחים וכדומה. אכן, ניתן לטעון כי יש הצדקה לכך שאכיפת חוק כנגד עסק מסוים תפגע במוניטין שלו, דהיינו בזכות הקניין שלו. זכות זו היא זכות יחסית, אשר יש לאזן בינה לבין אינטרסים נוגדים אחרים<sup>97</sup>, כמו האינטרס באכיפת החוק. אלא שהבעייתיות נובעת מחוסר השוויון שבאכיפה, אשר יש בו להשפיע על היחס שבין הפרטים בכל הנוגע לזכויות הקנייניות שלהם. ישראל היא דמוקרטיה ליברלית, אשר מאופיינת בשני עקרונות יסודיים: העיקרון האחד הוא הדרישה לשוויון מוחלט בזכויות הפוליטיות של הפרטים הכפופים להכרעות של מוסדות השלטון; העיקרון השני הוא הוויתור, הנובע מתפיסת העולם הליברלית, על דרישה דומה של שוויון בין אותם פרטים בכל הנוגע לזכויות הכלכליות שלהם. בין שני העקרונות הללו שורר מתח תמידי ובין שתי הממלכות – זו של התחום הפוליטי, השוויוני וזו של התחום הכלכלי, הלא שוויוני – מצוי קו תיחום, שגבולותיו לא תמיד ברורים<sup>98</sup>. האכיפה הסלקטיבית משמעה הפרת האיזון בין ממלכות אלה, שכן יש בה התייחסות בלתי שוויונית של השלטון, דהיינו הפרת השוויון הפוליטי, באופן המשפיע על היחס הכלכלי בין הפרטים. חוסר השוויון הכלכלי אמור להיקבע במדינה הליברלית במסגרת התחרות החופשית ולא בשל התערבות שלטונית. תמיכה ביכולתו של הנפגע מהתערבות כזו לבקש סעד ניתן לראות בהלכת

93 'ויסמן דיני קניין – חלק כללי (תשנ"ג), 354. כן ראו ע"א 283/85 מוסכי צומת גהה מאוחדים בע"מ נ' וייל, פ"ד מא(3) 25, 28; ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1) 104 (להלן: ע"א נתן), 114. לדעה נוגדת שלפיה המוניטין הוא זכות רכושית ולא קניינית ראו מ' דויטש קניין (חלק א, תשנ"ז), 20-21.

94 להגנה החוקתית על המוניטין ראו ויסמן (לעיל, הערה 92), בעמ' 269.

95 ויסמן (לעיל, הערה 93), בעמ' 360. כן ראו רע"א ליבוביץ (לעיל, הערה 95), בעמ' 314; ע"א 5689/94 ורגוס בע"מ נ' נגה הנדסה בע"מ, פ"ד נב(1) 521, 525.

96 ע"א נתן (לעיל, הערה 93), בעמ' 114.

97 ליחסיותה של זכות הקניין ראו דויטש (לעיל, הערה 93), בעמ' 255-262. כן ראו 'בהט "ההגנה החוקתית על הקניין – הלכה למעשה" שערי משפט א (תשנ"ז) 15, 33; בג"ץ 2481/93 דיין נ' וילק, פ"ד מח(2) 456, 469-474. ליחסיותן של כל זכויות היסוד בישראל ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ד' 1.

98 ראו 5-6, J. Rawls *Political Liberalism* (Columbia, New York, 1993). כן ראו 'דוּתן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 535, 537.

קרגל<sup>99</sup>, המכירה בזכות העמידה של מתחרה עיסקי לטעון כי אינטרס עסקי שלו נפגע מהטבה הניתנת שלא כדין למתחרהו באותו ענף<sup>100</sup>.

יצוין כי ניתן לזהות פגיעות קנייניות כתוצאה מאכיפה סלקטיבית, גם בהיעדר פגיעה ביכולת התחרות. כך למשל כאשר הרשות שוללת מהאזרח ללא סיבה טובה היתר או רישיון שניתן לאחרים ואשר פעולה בניגוד לו מהווה עבירה פלילית, הרי שזוהי אכיפה סלקטיבית פסולה. ניתן לטעון כי גם במצבים כאלה נפגעת זכות הקניין של האזרח. טענה זו מעוגנת בעיקר בתאוריית ה"קניין החדש" שהועלתה על ידי פרופ' Charles Reich<sup>101</sup>. לשיטתו, במדינת המינהל המודרנית, שבה מעורבות המינהל בחיי האזרח היא מרובה, הסמכויות המינהליות הופכות להיות מקור עושר ומעניקות לפרטים סוג של "קניין חדש". כך למשל רשיונות, זיכיונות וחוזים הם מקורות עושר, בעלי השפעה מכרעת על חייהם של אזרחים רבים התלויים בהם. להתפתחות זו השפעה רבה על מעמד האזרח ועל יחסי הכוחות בחברה. אחת ההשלכות היא שיש לראות במקורות העושר הממשלתיים זכויות קניין מוגדרות ולהעניק להם הגנה מתאימה<sup>102</sup>. מאמרו של פרופ' Reich מתייחס אמנם מפורשות למצב בארצות-הברית, אך הדברים מקבלים משנה תוקף בישראל, שבה חלוקת העושר על ידי המינהל הציבורי, היא היבט חשוב במסגרת התלות הרבה ביחסים בין האזרח למינהל<sup>103</sup>. בהתאם לכך, ניתן בצדק לטעון למשל כי אכיפה סלקטיבית של מתן מכסות יבוא, כפי שנטען בעניין אבנעל<sup>104</sup>, פוגעת בזכות הקניין, גם בהתעלם מהפגיעה ביכולת התחרות.

## 5. פגיעה בשלטון החוק, בציות לחוק ובאמון הציבור במערכת המשפט

עד כה הודגשו הנזקים שאכיפה סלקטיבית גורמת לפרט בהיותה נוגדת עקרונות משנה רבים של שלטון החוק, כגון עקרון השוויון בפני החוק, עקרון הפומביות ואיסור

- 99 בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד מו(2) 852.
- 100 ראו דברי השופט גולדברג שם, בייחוד בעמ' 861.
- 101 ראו 733 (1964) 73 Yale L.J. "The New Property" C.A. Reich.
- 102 לדיון במאמרו של Reich שם, ראו י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו), 33; ברק-ארז (לעיל, הערה 18), בעמ' 35.
- 103 ראו זמיר, שם. כן ראו לעיל, פרק שני, סעיף ג1.
- 104 ת"א (י"ם) 782/91 אבנעל חברה להפצה נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ט(2) 625. בעניין זה נדונה סלקטיביות במתן מכסות יבוא נעלי ספורט. התובעים טענו לקיפוחם בקביעת מכסת היבוא השנתית בשנים 1988-1989 ואי-אכיפת המכסות על המתחרות. בית המשפט קבע עובדתית כי אכן המתחרה העיקרית של התובעים חרגה ממכסת היבוא שהוקצתה לה, והסנקציה שנקטה כנגדה (קיצוז כמות הנעליים שיובאו מעבר למכסה ממכסת היבוא של שנה שלאחר מכן) הייתה חלקית בלבד ולא שיקפה את מלוא החרגה. לעומת זאת בערעור קבע בית המשפט העליון כי לא בוססה קיומה של אכיפה מפלה, משום שלא שרירות אלא חשדות בדבר עבירות על חוקי היבוא הן שעמדו ביסוד מדיניות האכיפה. חשדות דומים לא התעוררו ביחס לחברות אחרות. ראו ע"א 1081/00 אבנעל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193.

## אכיפה סלקטיבית

הרטרואקטיביות, אך תוצאותיה של אכיפה סלקטיבית הרסניות גם לחברה בכללותה. הפער שבין חוקי המדינה כפי שנקבעו בספר החוקים, לבין חוקי המדינה כפי שהם מבוצעים בפועל, משקף את רמת שלטון החוק מבחינתו הפורמלית<sup>105</sup>. חוק נחקק על ידי המחוקק על מנת שיושם כלפי כל מי שנכנס לגדרו. החוק המושלם ביותר מבחינת ערכיו ותכניו הופך לחסר משמעות כשהוא אינו מבוצע. אינטרס המדינה בביצוע דווקני של חוקיה גדל והולך ככל שמתרחקים מהמשפט הפרטי, שבו החוקים דיספוזיטיביים מטבעם ועוברים לתחום המשפט הציבורי. טובת הציבור דורשת דווקנות יתירה בהפעלת דברי חקיקה הקובעים סנקציה עונשית בצד, דהיינו בהפעלת החקיקה הפלילית במובנה המקובל והחקיקה הפלילית המינהלית<sup>106</sup>. אם החוק הפלילי נאכף כראוי, אזי ההתנהגות הלא רצויה ממוגרת במידה המקסימלית האפשרית, בעוד מחדלי אכיפה – ובכללם אכיפה סלקטיבית – גוררים הרחבה של אי-הציות<sup>107</sup>. אם המחוקק טעה והפיכת התנהגות מסוימת לפלילית אינה הדרך הראויה להתמודד עם הבעיה – אזי קיימות דרכים פוליטיות במדינה דמוקרטית לתיקון הטעות החקיקתית, אך אם החוק נאכף רק כנגד מספר מועט של אנשים או כנגד קבוצות מסוימות – יש בכך לעשות פלסתר את כוונת המחוקק. יתירה מזאת, דווקא החוקים הראויים ביותר לבחינה מחודשת של המחוקק – יישארו על כנם, משום שהם שפיעו על מספר מועט מדי של אנשים שלא יספיק על מנת להניע את התהליך הפוליטי-דמוקרטי<sup>108</sup>. זאת ועוד, אכיפה סלקטיבית חותרת תחת הסמכותיות והמעמד של מערכת המשפט. בחברה דמוקרטית, פעולות האכיפה חייבות להתבסס על הסכמה ציבורית רחבה ככל האפשר. הצורך בקיום הסכמה כזו אינו אידיאולוגי גרדא, אלא נחוץ על מנת שהאכיפה תהיה יעילה ותתקיים במחיר מינימלי הן מבחינת ההוצאות הכספיות הן מבחינת השחיקה של כוחות האכיפה והפגיעה בציבור<sup>109</sup>. לכאורה ניתן לומר שמאחר שהחוק הוא תוצר של הרשות המחוקקת, האמורה לבטא את רצון העם, הרי שמי שממונה על אכיפתו פועל מניה וביה מכוח הסכמה ציבורית, אך במציאות אין הדברים פשוטים. פרופ' דן ביין מונה כמה

- 105 למוכנים השונים של שלטון החוק ראו לעיל, פרק שני, סעיף ג1.  
106 ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (תשס"ה), כרך א – עקרונות יסוד, 266-267. ראו גם שם, כרך ב – רשויות השלטון ואזרחות, 1014-1015.  
107 לאכיפה סלקטיבית של חוקי התקשורת אשר הובילה לפריחה של ערוצי רדיו פירטיים ראו י' קרניאל "סגירת ערוץ 7 – ניצחון חשוב לשלטון החוק" עורך הדין 42 (דצמבר 2003) 52: "העובדה שניתן לפעול בישראל באופן גלוי ופומבי תוך ביצוע עבירות פליליות, השפיעה ועדיין משפיעה לרעה באופן חמור על תרבות הציות לחוק בישראל. ערוץ 7 הביא לפריחה של ערוצים פירטיים נוספים, וכן תרם בעקיפין לתודעה החברתית הרווחת בישראל לפיה לא חשוב מה אומר החוק, אלא מהו הכוח הפוליטי של העבריינים".  
108 Givelber (לעיל, הערה 7), בעמ' 96-97.  
109 ראו ד' ביין "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" פלילים ב (תשנ"א) 133, 143.

סיבות לכך<sup>110</sup>: ראשית, הסכמה ציבורית רחבה לעצם קיומו של חוק מסוים, אין בה ללמד בהכרח שקיימת גם הסכמה לאכיפתו בכל הנסיבות, המצבים והשיטות; שנית, בשל חלוף הזמן בין חקיקת החוק לבין הנסיבות היוצרות את אכיפתו, ייתכן שיחול שינוי בקונצנזוס שהביא לקבלת החוק; שלישית, לעתים מדובר באכיפת חקיקת משנה, שאמנם אינה חורגת ממסגרת ההסמכה הכללית שניתנה לרשות המבצעת באותו חוק, אך ה"תרגום" של אותה סמכות לשפה של איסור קונקרטי אינו מוצא חן בעיני הציבור; רביעית, במשטר קואליציוני כמו שלנו, ניתן לעתים לסיעה קטנה המייצגת מיעוט כוח "לסחוט" חקיקת חוקים שהם לזרא לרוב הציבור. גורמים אלה בכללותם מביאים לכך שאין רשויות האכיפה יכולות לצאת מההנחה ששיתוף הפעולה הציבורי נתון "בכיסן". אין מנוס מנקיטה בפעולות שיגבירו את אמון הציבור ברשויות האכיפה ויטעו בציבור את ההרגשה כי אין החוק נכפה "מלמעלה", וכי הוא שותף לתהליך אכיפת החוק<sup>111</sup>. נטיעת ההרגשה של שוויון באכיפת החוק, היא אחת הדרכים המרכזיות לכך.

כאשר החוק נאכף באופן לא שוויוני יש בכך לפגוע ביושרה של רשויות האכיפה ולפגוע באמון הציבור בהן ובכל המערכת המשפטית<sup>112</sup>. הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות האכיפה ואמונה כי הן מקבלות את החלטותיהן מתוך שוויון. כך למשל הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת פגיעה משולשת במשטר הדמוקרטי, כמובהר בדברי השופט אהרן ברק בבג"ץ גנור<sup>113</sup>:

- 110 שם, בעמ' 144-145.
- 111 על טיעון זה, בדבר הצורך ב"דמוקרטיזציה של המינהל", עמד כבר השופט זילברג בבג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2) 1493, 1511: "חיים אנו באמצע המאה ה-20. התרחקנו כבר דרך ארוכה מן המדינה ה'מנצ'סטריאנית', מדינת ה- LAISSEZ FAIRE, LAISSEZ PASSER של המאה ה-19. בימינו, גם הממשל הדימוקרטי ידו בכל, והוא פורש את מצודתו על כל ענפי החיים. אף הוא אינו נרתע, ואינו רשאי להירתע, מפני חדירה לרשות היחיד, אלא שבמשטר דימוקרטי החדירה אינה באה מן החוץ ואינה ניתנת מלמעלה, כי השלטון גופו – עצמו ובשרו של האזרח הוא, ודר עמו יחד באקלים רוחני אחד. קירבה זו מקהה את חודה של ההתערבות, ומכפרת על רוע הגזירה הפוגעת באינטרסים של הפרט. כי 'נאמנים פצעי אוהב'. לכן, ולשם טיפוחה של הרגשת קירבה זו, חייבת המדינה הדימוקרטית לשקוד על כך, שלא תהא כל מחיצה חיצונית, ביורוקרטית, חוצצת בין השולט והנשלט. למען יידע האזרח וירגיש, כי אם נצטוו להביא קרבן משלו, הרי נעשה הדבר לא מתוך 'עמדה של כוח', אלא לאחר שיקול זהיר של ה'זה-כנגד-זה' אשר בעיני הכלל והפרט. זו היא על רגל אחת כל תורת הממשל הדימוקרטי כולה – ואידך זיל גמור; כי הכל צרור ומקופל במכסימה היסודית האמורה".
- 112 לחשיבות נתינת דעתו של בית המשפט ל"אמון הציבור", למרות אי-היותו של אמון הציבור יסוד מכונן של הרשות השופטת ראו מ' חשין "אמון הציבור בבית המשפט" המשפט 15 (תשס"ג) 4.
- 113 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485.

## אכיפה סלקטיבית

ראשית, שימוש מפלה בכוח התביעה פוגע בהנחות שביסוד הענקת שיקול-דעת לתובע; שנית, הפליה בהגשת אישומים פוגעת באמון שהציבור רוחש לרשויות התביעה בפרט ולרשויות שלטון בכלל, ובכך מכרסמת בעבותות, המקשרים את בני החברה; שלישית, הפעלה לא שוויונית של כוח התביעה פוגעת בכוח המרתיע של המשפט הפלילי<sup>114</sup>.

הקושי השלישי שעמד עליו השופט ברק נוגע להשלכות האכיפה הסלקטיבית על הציות לחוק. אכן, המראית הבלתי הוגנת של מערכת האכיפה גוררת עידוד אי-ציות לחוק וכן לקיחה של החוק לידים, על דרך של עשיית דין עצמי במצבים שבהם אנשים חשים כי קיימת הזנחה לא ראויה של רשויות האכיפה<sup>115</sup>. התוצאה הסופית היא רפיון כללי בציות של הציבור לחוק. עמד על כך גם השופט מישאל חשין בבג"ץ אלוני<sup>116</sup>:

כל-כך באשר לפגיעה ביחיד... ועדיין לא דיברנו – ויכולנו להוסיף ולדבר ארוכות – על המכה האנושה שמחדלי-אכיפה עלולים להביא על עצם קיומו של שלטון החוק. חוק שהרשויות אינן עושות לאכיפתו כהילכתו, יפה היה לו שלא נחקק משנחקק. חוק שאינו נאכף מוטב לו שלא ייחקק, משייחקק ולא ייאכף. חוקים לא נועדו לצדיקים גמורים. ומי שאינו צדיק גמור, אל נביאנו לידי ניסיון שמא יחטא. חוק המבזזה בשער בת-רבים יביא לרפיון גם מעבר לתחומיו, ובית-המשפט לא ישלים עם תופעה זו<sup>117</sup>.

ניתן להדגים את חשיבותה המכרעת של אכיפה יעילה לאמון הציבור במערכת המשפט, באמצעות נושא גביית הקנסות בישראל, דהיינו אכיפה של סוג ענישה מסוים. שיעור גביית הקנסות בישראל היה בעבר נמוך מאוד מסיבות שונות, וביניהן היעדר סמכות מרכזית אשר עסקה באכיפה ובגבייה של הקנסות. בהיעדר מערכת יעילה של אכיפה וגבייה, התוצאה הייתה כישלון של הקנס כאמצעי ענישה אפקטיבי. בנסיבות אלה, שופטים נטו לסבור שהקנס לא ייגבה ועבריינים נטו להניח שהם אינם צריכים לשלם. כתוצאה מכך האטרקטיביות של עונש הקנס – הגמיש והלא יקר באופן יחסי – נשחקה, יחד עם האמינות

114 שם, בעמ' 512.

115 ראו Poulin (לעיל, הערה 42), בעמ' 1087. ראו גם דברי מפכ"ל המשטרה לשעבר, יהודה וילק (נספח ז): "דוגמה אחרת היא גביית חובות בשוק האפור – ברגע שמערכת ההוצאה לפועל קרסה ולא הצליחה לתת סעד לחייב, אז נוצרו גופים אלטרנטיביים, לא חוקיים, אשר משתמשים באמצעים לא חוקיים, והם הפכו להיות גובי חובות. אם מנגנון ההוצאה לפועל היה יעיל, לא היו הולכים לגופים הללו. זו דוגמה לא רק של היעדר משאבים אלא גם של פלטפורמה משפטית. ברגע שאפשר לקבל חזר חוב בדרכים אחרות, אז אין אפקטיביות להוצאה לפועל".

116 לעיל, הערה 37.

117 שם, בעמ' 10-11.



והסמכותיות של המערכת המטילה את הקנס ושל הרשויות המינהליות המנסות לאכוף אותו. כך איבד הקנס מכוחו המעניש והמרתיע ולא שימש כאלטרנטיבה מעשית לענישה<sup>118</sup>. חוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, תשנ"ה-1995 הקים גוף אחד, כפוף להנהלת בתי המשפט, אשר אחראי לכל שלבי תהליך הגביה והאכיפה של הקנסות. ליעילות המרכז השלכות רחבות הרבה מעבר לעליית שיעורי הגביה והגדלת הכנסות המדינה: קנס כאלטרנטיבה אפקטיבית למאסר – קיים בזכות מדיניות אכיפה יעילה של קנסות אשר שמה דגש על מעקב אחר העבריינים, ממריצה אותם לשלם ומוסמכת להפעיל אמצעי כפייה במקרים של אי-תשלום. לאכיפה יעילה השלכות ישירות על הסטטוס של אמצעי ענישה זה. ככל שיש התאמה גדולה יותר בין הטלת קנסות לגבייתם, כך השימוש בקנס יעיל יותר ויש אמון רב יותר ביעילות ואמינות מערכת המשפט הפלילי. ואכן, התוצאות שהושגו בישראל תומכות בקנס כאמצעי ענישה יעיל וכפועל יוצא מכך, בדימוי של מערכת המשפט הפלילי בעיני הציבור. שיפור תהליך האכיפה אף איפשר שימוש רחב יותר בסנקציה על ידי בתי המשפט<sup>119</sup>.

### ג. התמודדות עם טיעונים כנגד הכרה בעילה

אכיפה סלקטיבית טומנת בחובה אפוא סכנות רבות וגורמת לנזקים משמעותיים לפרט ולחברה. לכאורה הדבר מחייב ביקורת שיפוטית, אשר תתן נפקות כלשהי להוכחת אכיפה סלקטיבית פסולה על פי הסעד הראוי בנסיבות העניין<sup>120</sup>. אך ראשית יש להתגבר על טענה מקדמית, שלפיה בתי המשפט כלל אינם מוסמכים להעביר ביקורת בעילה של אכיפה סלקטיבית. בשיטת המשפט שלנו לבתי המשפט אין הרבה כלים פורמליים לצורך פיקוח על ההעמדה לדין<sup>121</sup>. שיטת המשפט בישראל היא במהותה שיטה אדברסרית. בית המשפט חייב לשמוע ראיות ולפסוק על פיהן את הדין, בחריגים ספורים שבהם הוא יכול שלא להרשיע נאשם – אף אם הוכחה אשמתו, או שלא להטיל על נאשם עונש – אף אם הורשע. הפיקוח הישיר היחיד על ההחלטה להעמיד לדין הוא ביקורת שיפוטית על ידי בג"ץ, משום שמדובר בפעולה של רשות ציבורית על פי דין<sup>122</sup>. לאור כל האמור מתעוררת השאלה אם ראוי שלבית המשפט הדין בהליך פלילי יוקנה שיקול דעת לבטל אישום או לזכות נאשם, רק

T. Einat "How Effective is Criminal Fine Enforcement in the Israeli Justice System?" 33 118  
*Isr. L. Rev.* (1999) 322, 326-327  
שם, בעמ' 336-337. 119  
להבחנה בין מישור העילה למישור הסעד ראו בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, 120  
פ"ד מח(5) 291, 304; בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית  
בישראל, פ"ד נ(2) 177, 194-195. כן ראו להלן, פרק שישי, סעיף ג.  
ראו ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ג) 155, 162. 121  
גביוון (לעיל, הערה 2), בעמ' 80-81, 203. 122

משום שהועמד לדין על עבירה שאחרים אינם מועמדים לדין בגינה<sup>123</sup>. גישה כזו מעוררת אף היא כמה בעיות קשות שעומדות ביסוד הרתיעה של הפסיקה בארץ ובעולם מהעברת ביקורת שיפוטית בעילה זו.

## 1. הפרדת הרשויות

תפיסת היסוד של השיטה הדמוקרטית מחייבת הפרדת רשויות. מאחר והעם – או במינוח של התאוריה הכלכלית "מיפי הכוח" (the principals) – אינו יכול לשלוט בעצמו או ליישם את ההחלטות הקולקטיביות של החברה, עליו להפקיד את הכוח בידי נציגים, דהיינו "סוכנים" (agents). אחד מהאמצעים שמטרתם למנוע שימוש לרעה בכוח זה, הוא הפרדה בין פונקציות שונות, אשר תבוצענה על ידי ענפים שונים של הממשל שיבלמו ויאזנו האחד את השני<sup>124</sup>. הוגה רעיון הפרדת הרשויות הוא מונטסקייה, אשר טען כי לא תיתכן חירות במקום שהסמכויות לחקיקה ולביצוע מאוחדות באותו אדם עצמו או באותו חבר שליטים עצמו, או אם אין הפרדה בין הסמכות לשפוט לבין סמכויות החקיקה והביצוע. ריכוז כל הסמכויות – החקיקה, השפיטה והביצוע – באותן ידיים, משמעותה עריצות<sup>125</sup>. הפרשנות המאוחרת יותר לדבריו וזו אשר התקבלה על ידי מנסחי החוקה האמריקנית, היא שאין הכוונה שאסור שתהיה לרשויות האלה כל שותפות חלקית זו במעשי זו וכל שליטה זו על מעשי זו. כוונתו הייתה שבמקום שכל הסמכות של רשות אחת מופעלת על ידי אותן ידיים, אשר מחזיקות בכל הסמכות של רשות אחרת – מתעררים עקרונות היסוד של חוקה חופשית<sup>126</sup>. מאחר שהשלטון הוא פולשני ויש למנוע ממנו לעבור את הגבולות שהוקצו לו, מטרת הכלל של הפרדת הרשויות להבדיל בין סוגי הסמכויות השונים ולהמציא לכל אחת מהן מידה של ביטחון מעשי מפני פלישתם של האחרים<sup>127</sup>. מטרה זו הולידה מודלים

123 כיום האפשרות קיימת לבית המשפט מכוח תוספת טענה מקדמית של "הגנה מן הצדק" לרשימת הטענות שנאשם רשאי להעלות בתחילת משפט. ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), תשס"ז-2007, ס"ח 308. לדיון ראו להלן, אחרית דבר.

124 E.M. Salzberger "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary?" 13 *Int'l Rev. L. & Econ.* (1993) 349. לחשיבות ההקפדה על חלוקת סמכויות בין רשויות השלטון לשם הגנה מפני עריצות הרוב ראו גם א' בנבנשתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא (תשס"א) 797, 798.

125 לכלל כפי שהוצג על ידי מונטסקייה ראו S. de Smith, R. Brazier *Constitutional and Administrative Law* (8<sup>th</sup> ed., Penguin, 1998), 18-19. לפרשנות המסורתית לרעיון הפרדת הרשויות ראו M. Trooper "The Development of the Notion of Separation of Powers" 26 *Isr. L. Rev.* (1992) 1, 2-4.

126 א' המילטון, ג' מדיסון, ג' ג'י הפדרליסט (י' חזוני עורכת, א' אמיר מתרגם, תשס"ב), מאמר מס' 47.

127 שם, מאמר מס' 48.

מעשיים שונים להפרדת הרשויות, ודיונים בשאלה מהי הדרך הטובה ביותר לקדם את שלושת העקרונות העומדים בבסיס הפרדת הרשויות המודרנית – לגיטימיות הייצוג הדמוקרטי, התמקצעות פונקציונלית והגנה על זכויות האדם<sup>128</sup>.

#### (א) הרשות המחוקקת מול הרשות המבצעת

בהתאם לעקרון הפרדת הרשויות, הרשות המחוקקת מבטאת את דעת הרוב ובידה התפקיד ליצור חוקים ולעצב את הוראותיה הנורמטיביות של השיטה. כל עוד קיים חוק תקף המטיל חובה או איסור, התנהגות בניגוד לו היא בגדר הפרתו. מתן כוח למנהגי אכיפה לסייג חוקים שנחקקו כדין, משמעו סיכול רצונו של המחוקק או אינום של חוקים תקפים – וזו תוצאה שאינה דמוקרטית<sup>129</sup>. לאור זאת ניתן לטעון כי בית המשפט מחויב לבחון את אחריותו של מפר החוק ולהענישו אם נמצא אשם, משום ש"הצד השני" של עקרון החוקיות – שלפיו אין עבירה בלא חוק – מחייב שלא לפטור מאחריות אלא מכוח חוק<sup>130</sup>. לטענות אלה ניתן להשיב בכמה מישורים: ראשית, הטיעון שלפיו האופי הדמוקרטי של המשטר מכתוב כי הרשות המחוקקת הנבחרת היא המופקדת על יצירת החוק, נסמך על תפיסת הדמוקרטיה הייצוגית. ניתן לטעון מכוח האידיאל האמיתי של "דמוקרטיה עממית", כי מנהגי אכיפה הם יצירה פופולרית, מעין תוצר של דמוקרטיה ישירה, ולכן יש להם משקל, דווקא מטעמים של דמוקרטיה ולמרות החוקים החוקים<sup>131</sup>. אכן, טיעון זה אינו תואם את המציאות המדינית הקיימת של דמוקרטיה ייצוגית, אך הוא תואם מאוד את המציאות "בשטח", שלפיה הציבור למד על קיומו של החוק ותוכנו יותר מתוך התבוננות בדרך פעולתה של הרשות המבצעת מאשר מתוך עיון בקבצי החוקים. שנית, ניתן לטעון כי בשיטה האנגלו-אמריקנית לא נקלט "הצד השני" של עקרון החוקיות – האוסר על פטור מאחריות אלא מכוח חוק – שכן קיים שיקול דעת רב בהעמדה לדין, אשר נועד בין היתר לתקן את הפגיעה בעקרון החוקיות, הנובעת מערפול בעבירות פליליות ומריבוין המופרז<sup>132</sup>. למעשה שיקול דעת רחב ביותר בהעמדה לדין קיים כבר כיום למינהל,

128 ראו B. Ackerman "The New Separation of Powers" 113 *Harv. L. Rev.* (2000) 633  
129 ראו אבן-להב (לעיל, הערה 5), בעמ' 497; ר' גביוון "ביטול המג'לה: המנהג ועקרונות הפיקה" משפטים יד (תשמ"ה) 325, 340. יצוין כי אפילו השופט חשין בע"פ תורג'מן (לעיל, הערה 3), אשר סבר כי מן הראוי היה לתת למנהג אי-אכיפת החוק כנגד מכוני ליווי נפקות, נימק את רתיעתו מלהחיל את "הדין-למעשה" שיצרה המשטרה גם על ההרשעה, בכך שאין במדיניות המשטרה כדי לבטל את דין העונשין. לפיכך הוא מקנה נפקות למנהג רק במסגרת העונש ומטיל על המערערת עונש סמלי בלבד.  
130 הטיעון מובא אצל פרידמן (לעיל, הערה 121), בעמ' 165.  
131 ראו גביוון (לעיל, הערה 129), בעמ' 340-341; השו"ט Trooper (לעיל, הערה 125), בעמ' 15.  
132 פרידמן (לעיל, הערה 121), בעמ' 166.

## אכיפה סלקטיבית

ומשקבענו כי הוא הכרחי ואפילו רצוי לשלטון החוק<sup>133</sup>, השאלה אינה אם יש פסול במתן שיקול דעת בתחום ההעמדה לדין, אלא אם יש מקום לתת אותו לרשות השופטת. דומה כי הענקת סמכות כזו לבית המשפט תשפיע רבות על דרך הפעלת שיקול הדעת העתידי על ידי רשויות האכיפה ותהווה הכוונה לפעילותם לעתיד לבוא. הדבר יעודד קביעת קריטריונים על ידי רשויות אלה, שיהיו גלויים, חשופים לדין ולהערכה ומופעלים על בסיס של שוויון, ויפחית את הסיכויים לפגמים שונים ביסוד הפעלת שיקול הדעת באכיפה<sup>134</sup>.

הטיעון השלישי מתייחס לאכיפת החוק הפלילי. על פי הגישה המרחיבה יש לראות במשפט הפלילי מכשיר לקידום מטרה חברתית. תכליתו המרכזית של ההליך היא מניעת הפשע ולא נקמה על ביצועו. ההנחה היא שהעבירה אינה מתבצעת רק כנגד הקרבן אלא כנגד הקהילה כולה שכלליה הופרו. מכאן הצורך לאזן בין אינטרס הציבור בהקפדה על קיום חוקים והאינטרס הספציפי המוגן באמצעות העבירה לבין אינטרסים אחרים ותכליות כלליות – המגולמים בכל דבר חקיקה<sup>135</sup> – וביניהם למשל מניעת שימוש באמצעי שלילי לשם השגת מטרה כשרה<sup>136</sup>. ניתן לטעון כי ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית, מונעת שימוש באמצעי הפסול של אכיפה סלקטיבית, לשם השגת מטרה כשרה של יישום חוק תקף של המחוקק. הדבר מוביל אותנו אל הטיעון הרביעי, אשר שולל את ההנחה כי משמעות ההכרה בעילה היא איון חוקים. הכרה בנפקות מנהגי אכיפה אינה מחייבת לגרוע מתוקפם של הדינים. די בכך שייקבע כי יש במנהג או בהתנהגות הרשות משום טעם מספיק שלא לאכוף את הדין (או יצירת מניעות מפני אכיפת הדין) במקרה המסוים אשר נדון בפני בית המשפט<sup>137</sup>. מדובר באיזון אינטרסים נקודתי, בין אינטרס הכלל באכיפת הדין לבין אינטרס הפרט בהליך ראוי – המייצג גם הוא אינטרס של כלל החברה ומגולם בהקפדה על הגינות האמצעים שמפעילה החברה כלפי יחידה<sup>138</sup>. זאת ועוד, מאחר שהחוק תקף, הרי

133 ראו לעיל, פרק שני סעיף ג.

S.D. Clymer "Equal Justice: The Federalization of Criminal Law" 70 S. Cal. L. Rev. 134  
134 (1997) 643, 734-735. ראו גם פרידמן (לעיל, הערה 121), בעמ' 167 Givelber; (לעיל, הערה

7), בעמ' 106-105 Poulin; (לעיל, הערה 42), בעמ' 1091.

135 לתכליות כלליות לעומת תכליות פרטיקולריות, ראו בג"ץ פורז (לעיל, הערה 47), בעמ' 338-326.

136 ראו ב' אוקון, ע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוט" המשפט ג (תשנ"ו) 268, 265.

137 ראו אבן-להב (לעיל, הערה 5), בעמ' 503-502 Givelber; (לעיל, הערה 7), בעמ' 105.

138 Choo (לעיל, הערה 38), בעמ' 121 – המחבר מדגיש כי מדובר בהחלטה שמערכת שיקול דעת רחב של בית המשפט, אשר צריך להעריך את הנסיבות של המקרה הספציפי. כן ראו אוקון ושחם (לעיל, הערה 136), בעמ' 269-268 – המחברים מכנים את אי-אכיפת הדין במקרה המסוים "היעדר שפיטה", שאין בו משום זיכוי או הרשעה אלא תוצאה של איזון האינטרסים האמור. אך השוו עמדתו של קלסן, שלפיה אם נורמה נותרת באופן עקבי יעילה היא מאבדת מתוקפה על ידי desuetude (מנהג שלילי). המנהג המנוגד לנורמה מאיין את הנורמה על ידי יצירת נורמה אחרת. קלסן מדגיש כי הנורמה שאוינה באמצעות המנהג השלילי, הייתה

שאם יש לו השלכות אחרות מלבד אישום פלילי ניתן לעשות בהן שימוש. ויתרה מזאת, פתוחה הדרך בפני הרשות לשנות את המצג שיצרה, "להקים לתחיה" את החוק ולאכפו בדרך שאינה מפלה<sup>139</sup>.

### (ב) הרשות השופטת מול הרשות המבצעת

על פי עקרון הפרדת הרשויות לכל אחת משלוש הרשויות – המחוקקת, המבצעת והשופטת – תפקידים קונסטיטוציוניים מוגדרים, ואל לה לאחת להתערב בביצוע הפונקציות של האחרת או להפריע לה בעבודתה<sup>140</sup>. הפרדת הרשויות במסגרת ההליך הפלילי מחייבת שהגורם המאשים, הגורם השופט והגורם האוכף את העונש יהיו נפרדים ובלתי תלויים. "השתלטות" של הרשות השופטת על כל המוקדים של הפעלת שיקול דעת שבהליך הפלילי, באמצעות הביקורת השיפוטית, עומדת בניגוד לתפיסה האמורה של ביזור מוקדי הכוח הנובעת מעקרון הפרדת הרשויות<sup>141</sup>.

בתי המשפט נרתעים פעמים רבות מהעברת ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית בשל החשש להפר את עקרון הפרדת הרשויות, שכן בחינת הטענות בדבר אכיפה סלקטיבית מחייבת מתן גישה למסמכי רשויות האכיפה ובחינת תהליכי קבלת ההחלטות שלהן. בתי המשפט אינם מעוניינים לעשות זאת, בראש ובראשונה משום שהדבר נוגד את תפיסתם המוסדית לגבי שיטת המשפט. בתי המשפט תופסים עצמם כבוררים ניטרליים גם במשפטים שרשויות האכיפה – ובראשן התביעה – צד להם<sup>142</sup>. על הבעיה המוסדית עמד השופט Cummings במסגרת דעת המיעוט שכתב בעניין *Falk*<sup>143</sup>, שבו נטענה אכיפה

תקפה תקופת זמן ניכרת למרות חוסר יעילותה. רק חוסר יעילות מתמשך גורר סיום תקפות של נורמה; ראו H. Kelsen *General Theory of Law and State* (Harvard, 1961), 119-120.  
139 Comment "Discriminatory Law Enforcement and Equal Protection FROM the Law" 59 *Yale L.J.* (1950) 354, 358. כן ראו ד' אבן "מנהג מבטל הלכה? מנהגה של הרשות שלא לאכוף חוק" הצודק והבלתי צודק (מ' דסקל עורך, 1977), 127, 129.  
140 A.S. Goldstein *The Passive Judiciary* (Louisiana State U.P., 1981), 53.  
141 ראו מ' בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה (תשנ"ז) 5, 19. המחבר סבור כי בישראל המחוקק הפקיד את שקילת אינטרס הציבור בידי רשויות התביעה כבעלות סמכות ייחודית, ושיקולים אלה הם מחוץ לסמכותו של בית המשפט. המחבר רואה בסייג "זוטי הדברים" אשר בסעיף 34 לז' לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) יוצא מן הכלל המעיד על הכלל. על פי סעיף זה "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך". לשיטתו, רק במקרה זה ניתנה לבית המשפט הסמכות לבחון את המעשה לפי נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי; ראו שם, בעמ' 23. לתפיסה נוגדת ראו דבריה של פרופ' ר' גביוון ברב שיח "פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג (תשנ"ו) 15, 36.  
142 Clymer (לעיל, הערה 134), בעמ' 719-720.  
143 *U.S. v. Falk* 479 F. 2d 616 (7<sup>th</sup> Cir. 1973).

## אכיפה סלקטיבית

סלקטיבית של חוק השירות הצבאי שיסודה בשימוש שעשה המערער בחופש הביטוי והבעת התנגדות גלויה לרשויות הצבא ולמלחמת וייטנאם:

I could hardly take issue with the proposition that “the judiciary has always borne the basic responsibility for protecting individuals against unconstitutional invasions of their rights by all branches of the Government”... However, the judiciary can only exercise that responsibility within the confines of its institutional competence in our constitutional system. Even if it is conceded that the executive acted lawlessly in prosecuting the defendant out of an evil animus, this Court likewise acts lawlessly when it undertakes to right a wrong it has no competence to right. Unless the Court suggests that its purposes or motives may be inquired into and their nobility balanced against the baseness of the executive’s, I fail to see how the Court’s action can be any less lawless than the executive’s<sup>144</sup>.

זאת ועוד, במסגרת חלוקת התפקידים שבין הרשויות אין ספק שהרשות המבצעת היא הרשות המקצועית בכל הנוגע לאכיפת החוק, ולבתי המשפט הערכה רבה למקצועיות רשויות האכיפה ולשיקול הדעת הרחב שניתן להן לשם ביצוע עבודתן. שיקול הדעת שמפעילות רשויות אלה מושפע ממשתנים רבים ומורכבים והחלטותיהן מצריכות ידע ומומחיות מקצועיים, כמו גם מנגנון שיאפשר איסוף נתונים עובדתיים בהיקף רחב. בתי המשפט אינם רוצים לפגוע ביעילות עבודתן של רשויות האכיפה ולגרום לעיכוב – ובסופו של דבר ל“צינון” – אכיפת החוק<sup>145</sup>. שיקול המקצועיות של הרשות המינהלית עמד בבסיס החלטות של בית המשפט העליון האמריקני הן באשר לרשויות התביעה הן באשר לרשויות אכיפה אחרות<sup>146</sup>. כך למשל בפרשת *Reno*<sup>147</sup>, אשר בה נדונה אכיפה סלקטיבית שביצעו

144 שם, בעמ' 636.

145 ראו Poulin (לעיל, הערה 42), בעמ' 1077-1078 וכן האסמכתאות המופיעות שם בהערה 23. לטיעון חוסר המקצועיות של השופטים כסיבה לצמצום ביקורת שיפוטית על רשויות המינהל באופן כללי ראו דותן “החובה לקבוע כללים מינהליים” משפטים כג (תשנ"ד) 437, 466; מ' לנדוי “כוחו של בית-המשפט ומגבלותיו” משפטים י (תש"ם) 196, 198; מ' טמיר (יצחקי) “עילת חוסר הוודאות במשפט הציבורי” משפט וממשל ה (תש"ס) 497, 532-534.

146 ראו למשל פרשת *Moog Industries, Inc. v. Federal Trade Commission* 355 U.S. 411 (1958), שם החליט בית המשפט העליון שלא להתערב בצווים שהוציאה הרשות הפדרלית כנגד עסקים שהפרו צווי מחירים, אף שהוכח שלא הוצאו צווים דומים כנגד עסקים מתחרים “This is but recognition of the fact that in the shaping of its remedies within the framework of regulatory legislation, an agency is called upon to exercise its specialized, experienced judgment. Thus, the decision as to whether or not an order

פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

רשויות ההגירה בהוצאת צווי גירוש, בית המשפט הסביר כי גם לולא היה מדובר ברשויות ההגירה, הרי שהוא היה נרתע מלהתערב בשיקול הדעת של רשויות התביעה:

This broad discretion [afforded the Executive] rests largely on the recognition that the decision to prosecute is particularly ill-suited to judicial review. Such factors as the strength of the case, the prosecution's general deterrence value, the Government's enforcement priorities, and the case's relationship to the Government's overall enforcement plan are not readily susceptible to the kind of analysis the courts are competent to undertake. Judicial supervision in this area, moreover, entails systemic costs of particular concern. Examining the basis of a prosecution delays the criminal proceeding, threatens to chill law enforcement by subjecting the prosecutor's motives and decision making to outside inquiry, and may undermine prosecutorial effectiveness by revealing the Government's enforcement policy. All of these are substantial concerns that make the courts properly hesitant to examine the decision whether to prosecute<sup>148</sup>.

against one firm to cease and desist from engaging in illegal price discrimination should go into effect before others are similarly prohibited depends on a variety of factors peculiarly within the expert understanding of the Commission. Only the Commission, for example, is competent to make an initial determination as to whether and to what extent there is a relevant 'industry' within which the particular respondent competes and whether or not the nature of that competition is such as to indicate identical treatment of the entire industry by an enforcement agency" (שם, בעמ' 413). יצוין כי בית המשפט הוסיף הסתייגות בפסק דין מאוחר יותר, שלפיה הוא יתערב במקרים שבהם הרשות אוכפת את החוק באופן שרירותי כנגד אחד מבין מפרי חוק רבים בתעשייה מסוימת. ראו לעיל, הערה 75. *Reno, Attorney General v. American-Arab Anti-Discrimination Committee (AADC)* 525 U.S. 471 (1999). 147

שם, בעמ' 490-489. ראו גם *U.S. v. Armstrong* 517 U.S. 456, 464 (1996) (להלן: פסק דין *Armstrong*), שם סירב בית המשפט העליון האמריקני לתת סעד כנגד אכיפה סלקטיבית של עבירות סמים כנגד שחורים, למרות עדויות שלפיהן בכל אחד מ-24 המקרים שבהם הוגשו אישומים בעבירות סמים דומות באותה שנה על ידי התביעה הפדרלית באותו מחוז – הנתבעים היו שחורים. הנימוק הרשמי לדחיית הטענה היה אי-עמידה בנטל ההוכחה, שכן הנתבעים לא הראו שהמשל לא העמיד לדין חשודים שמצויים באותן נסיבות, אך שייכים לגזע אחר. עם זאת אין ספק שדרישות ההוכחה הקשות שהועמדו בפסק הדין נובעות מרתיעתו של בית המשפט להעביר ביקורת בעילת אכיפה סלקטיבית, בין היתר בשל שיקולים של הפרדת רשויות; ראו Poulin (לעיל, הערה 42), בעמ' 1078-1079. 148

## אכיפה סלקטיבית

גם לטיעונים אלה ניתן לענות בכמה מישורים: ראשית, כאשר עסקינן באכיפת החוק הפלילי, הרי שבתחום זה מעורבות כל שלוש הרשויות: המחוקק, אשר קובע את העבירות; הרשות המבצעת – המשטרה והפרקליטות – אשר חוקרות ומעמידות לדין; בתי המשפט, אשר תפקידם להכריע סופית תוך יישום החוק על האירוע הספציפי. עקרון הפרדת הרשויות – במובנו המודרני של “בלמים ואיזונים” – מחייב כי במלאכה זו תעסוקנה שלוש הרשויות תוך סינכרוניזציה והיזון חוזר ביניהן, ומטיל על בית המשפט – בהיותו החולייה האחרונה בשרשרת – תפקיד חשוב של תיאום<sup>149</sup>. כך למשל אם בית המשפט סבור כי הגשת כתב אישום במקרה הספציפי אינה תואמת את מטרת החוק אשר יצא מפי המחוקק, עליו לפעול לתיקון המעוות. הקניית סמכות לבית המשפט להפעיל ביקורת במקרים של אכיפה סלקטיבית, איננה משפיעה על מהות ההליך הפלילי או על הגישה הרואה בסמכות זו סמכות ריבונית. בתי המשפט גם הם גורם ממלכתי המייצג את הריבון ובמסגרת חלוקת התפקידים בין הגופים הממלכתיים, מוטל עליהם תפקיד הביקורת על רשויות האכיפה במצבים כאלה<sup>150</sup>. שנית, תפקידו של בית המשפט המעביר ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה השונות אינו להחליף את שיקול דעתן בשיקול דעתו, אלא לוודא שהסלקטיביות שבה נוקטות רשויות האכיפה תואמת למטרות החוק. בחינה זו, לא זו בלבד שאין בה חדירה לתחומי המקצועיות המיוחדת של הרשות המבצעת, אלא שהיא שייכת לתחום המומחיות של בתי המשפט העוסקים ברגיל בפרשנות החוק וביישומו<sup>151</sup>. על כשירותו של בית המשפט ניתן ללמוד אף מהוראות החוק השונות המאפשרות לו לשקול את מידת ה“עניין הציבורי” בהעמדה לדין<sup>152</sup>. בהקשר זה, יש הטוענים כי מקצועיותה של השפיטה לא רק

149 ראו דברי השופט חשין בע”פ תורג’מן (לעיל, הערה 3), 456-457. כן ראו S.H. Kadish, S.J. Schulhofer *Criminal Law and Its Processes – Cases and Materials* (7<sup>th</sup> ed., Aspen, 2001), 1: “The criminal justice system has three separately organized parts – the police, the courts, and corrections – and each has distinct tasks. However, these parts are by no means independent of each other. What each one does and how it does it has a direct effect on the work of the others”

150 השוו פרידמן (לעיל, הערה 121), בעמ’ 167. הדברים נובעים גם ממסקנתו של Ackerman (לעיל, הערה 128), בעמ’ 727: “From the side of functional specialization, the center is constrained not only by an independent court system, but also by an integrity branch scrutinizing the government for corruption and similar abuses...”

151 השוו Givelber (לעיל, הערה 7), בעמ’ 104; Clymer (לעיל, הערה 134), בעמ’ 720-722.

152 ראו ז’ סגל, א’ זמיר “הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי” הפרקליט (תשס”ד) 42, 48-49. המחברים מציינים את הגנת “זוטי הדברים” (סעיף 34 לחוק העונשין), המאפשרת לבית המשפט לפטור מאחריות פלילית אם לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי – המעשה הוא קל ערך; את סמכותו של בית המשפט להטיל סנקציה על נאשם בלא הרשעה (סעיף 71 לחוק העונשין); את תפקידו של בית המשפט בדיני לשון הרע והגנת הפרטיות לקבוע אם בפרסום יש “עניין ציבורי”,



### פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

שאינה צריכה להרתיע מבחינת שיקול הדעת המינהלי אלא שצריכה היא להגביר את מעורבותה מעבר למקובל עד כה, דהיינו בית המשפט אינו צריך להסתפק בטענות אלא לדרוש הוכחות ונתונים על המדיניות, ביצועה והשלכותיה<sup>153</sup>. שלישית, התפתחות מדינת המינהל והסמכויות העצומות הניתנות לרשויות המינהליות בתחומים רבים הנוגעים לחיינו, מחייבת הרחבה של הביקורת השיפוטית עליהן. כפועל יוצא מכך, גם בארצות-הברית קיימת כיום הבנה כי לא ניתן להיתלות בשיקול חוסר המקצועיות של השופטים, וכי גם בתי המשפט, כמו גם רשויות המינהל, הם רשויות שלטוניות אשר ראוי שיפעלו לטובת הציבור:

The judges are coming to realize that abdication of the field to the administrator is not a valid way of performing the task. "It will not do to say that it must all be left to the skill of experts". The judiciary too, has a vital part to perform. "Courts no less than administrative bodies", the Supreme Court has stated significantly, "are agencies of government. Both are instruments for realizing public purposes"<sup>154</sup>.

כך באשר לסמכויות הרשות המבצעת, בכלל, ובהתייחס לסמכויות אכיפה, בפרט. שילוב הגורמים של שיקול הדעת העצום שנתון לרשויות האכיפה, הרגישות הרבה המאפיינת סמכויות אלה והמשמעות הקשה שיש להפעלתן על הפרט – מחייב את בתי המשפט להפעיל ביקורת למרות ההערכה שהם רוכשים למקצועיותם של העוסקים במלאכת האכיפה. דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר במדינת ישראל, שבה מערכת הבלמים והאיזונים, שתפקידה למנוע שימוש לרעה בכוח, חלשה יותר בשל כמה סיבות: ראשית, הרשות המבצעת במדינת ישראל מרכזת בידיה כוח עצום ולא רק בתחום הביצוע, וכתוצאה מכך תלותו של האזרח במינהל עולה אף על זו שבארצות-הברית. מבחינה היסטורית, הדבר נובע מהבעיות המיוחדות בפניהן ניצבה מדינת ישראל מאז הקמתה (בעיות ביטחוניות, הצורך בקליטת כמויות גדולות של עלייה, הצורך בפיתוח תשתית כלכלית) ואשר הובילו להענקת תפקידים רבים וסמכויות רחבות למינהל הציבורי. בנוסף, בישראל אין חוקה שתגביל את הכנסת בהעברת סמכויות לממשלה ובפועל לממשלה השפעה רבה על הכנסת שעשויה להגיע לידי שליטה באמצעות הרוב הקואליציוני. זאת ועוד, הכנסת מורכבת מבית אחד ואין לה בית שני אשר תהיה לו השפעה ממתנת על החקיקה וכוח מרסן. לאור כל זאת, סמכויות הביצוע המוקנות למינהל בישראל, ובכללן

המהווה חלק מיסודות ההגנה (סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 וסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981).

153 ראו א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז), 490.

154 B. Schwartz "American Administrative Law – A Synoptic Survey" 4 *Isr. L. Rev.* (1979) 154 .413, 426.

סמכויות האכיפה לסוגיהן רחבות ביותר, דבר ההופך את הביקורת השיפוטית ל"אבן פינה במערכת של בלמים ואיזונים"<sup>155</sup>.

במסקנה זו תומכים גם מודלים חדשניים מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט. יש הטוענים כי העיקרון הנורמטיבי שראוי להנחות את המערכת המשפטית הוא "עקרון ההסכמה", ולא עקרון "מקסום העושר המצרפי" אשר מזוהה בדרך כלל עם הניתוח הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט<sup>156</sup>. עקרון ההסכמה הוא עיקרון נורמטיבי של ענף הבחירה הציבורית (Public Choice), אשר מטפל בשאלות מעולם המשפט באמצעות מודלים כלכליים שלא נבנו לשימוש במסגרת השוק<sup>157</sup>. על פי עקרון ההסכמה, מערכת משפט, כלל או פעולה מוצדקים נורמטיבית אך ורק אם הם משקפים הסכמה של כל הפרטים המושפעים מהם. זהו עיקרון פרוצדורלי-מוסדי אשר מתמקד בפרוצדורה שעל פיה התקבלו החלטות או במוסד שבו הוחלטו<sup>158</sup>. השימוש בפועל בכלל ההחלטה פה אחד מוגבל על פי עקרון ההסכמה לשלב החוקתי ולהחלטות מסוימות בשלב הפוסט-חוקתי, ואילו החלטות אחרות יתקבלו בהליכים אחרים (כמו החלטות רוב של נציגים) השואבים את הלגיטימציה שלהם מעקרון ההסכמה<sup>159</sup>. עקרון ההסכמה מקבל את הרעיון ההיסטורי של החוקה כחווה חברתית<sup>160</sup>. המדינה, המוקמת על ידי החוקה, משמשת לשתי מטרות: תפקיד

155 ראו זמיר (לעיל, הערה 102), בעמ' 69-70. לשוני בין התרבות הפוליטית של ישראל וארצות-הברית וליישום לקחי כינון החוקה האמריקנית לנסיבות המיוחדות לישראל ראו ר' גביון, א' שפירא "מבוא" הפדרליסט (לעיל, הערה 126), בייחוד עמ' מד-מט והערה 79.

156 הניתוח הקלאסי של הגישה הכלכלית למשפט מיוצג, כאמור, על ידי ריצ'רד פוזנר. על פי טענתו, הסדר משפטי המגדיל את סך העושר בחברה הוא רצוי נורמטיבית, וההסדר המשפטי הטוב ביותר הוא זה הממקסם את עושרה המצרפי של החברה. לפיכך הקצאת המשאבים בחברה צריכה להיות מונחית על פי הרצון למקסם את העושר. ראו לעיל, פרק שני, סעיף 2ב והאסמכתאות המובאות שם.

157 ראו D. Farber, P. Frickey *Law and Public Choice* (The University of Chicago, 1991). גישת הבחירה הציבורית דימתה את המערכת הפוליטית כשוק לכל דבר שבו פועלים פוליטיקאים, בירוקרטים וקבוצות אינטרסים, כל אחד במטרה להשיא לעצמו את המרב. לפי תאוריה זו למשל המחוקקים ימכרו את המוצר שאותו הם יכולים להפיק – חקיקה – לקבוצת האינטרסים שתציע את התמיכה הגבוהה ביותר בהם. ראו בנבנשתי (לעיל, הערה 124), בעמ' 799.

158 ע' זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב (תשנ"ג) 261, 292.

159 שם, בעמ' 298.

160 תפיסות האמנה החברתית רואות במדינה מכשיר להגדלת אושרו של כל אחד מחבריה. המעבר ממצב הטבע למצב המדיני הוא תוצר של הסכמה חברתית כללית או חוזה חברתי, אשר כולם יצטרפו אליו מאחר והוא יגדיל את אושרם. ביטוי המשפטי של חוזה זה הוא החוקה. ראו ז' רוסו על האמנה החברתית (מהדורה חמישית, י' אור תרגם, תשל"ה), בייחוד בעמ' 23-31; ג' לוק על הממשל המדיני (מהדורה שנייה, י' אור תרגם, תשי"ט), בייחוד בעמ' 4-39,

הגנתי (protective role) ותפקיד יצרני (productive role)<sup>161</sup>. במישור החוקתי, למדינה תפקיד הגנתי, "חיצוני" לפרטים אשר קיבלו את ההסכמה, והיא משמשת ככוח האכיפה של החוזה ביניהם. בתפקידה זה המדינה עוסקת באכיפת כללים וזכויות שהוסכמו בין הפרטים ובאכיפת חוזים שנכרתים ביניהם על יסוד כללים אלה. על המדינה להחליט באופן "מדעי" אם הייתה הפרה של הכללים ולהטיל את העונשים שהפרטים קבעו על הפרתם<sup>162</sup>, וזאת בלא לערב הערכה סובייקטיבית של המדינה באשר לטיבם<sup>163</sup>. בשלב הפוסט-חוקתי, למדינה תפקיד יצרני, במסגרתו היא מייצרת את המוצרים הציבוריים, אשר אינם מיוצרים בשוק החופשי בשל כשלי שוק שונים (כגון בעיית ה-free rider)<sup>164</sup> בתפקיד זה המדינה משמשת גורם "פנימי" בקהילה. היא אינה מגינה על זכויות מוגדרות של פרטים אלא משתתפת בתהליך היצרני אשר מאפשר לקהילה להעלות את רמת החיים הכללית. בתפקיד זה על המדינה לקבל החלטות ערכיות, אשר תוצאותיהן משפיעות על חלוקת העושר בין הפרטים<sup>165</sup>. ישנו מתח אינהרנטי בין שתי הפונקציות של המדינה, שכן המדינה היצרנית תיטה להסיג את גבולות המדינה המגינה. המדינה היצרנית עוסקת בייצור מוצרים ציבוריים שעלותם מתחלקת בין התושבים, ולכן אחת מפעולותיה היא חלוקה מחדש של משאבים, דבר שעלול להתנגש בהסכמה הכללית של החוזה הראשוני. התפקיד ההגנתי של המדינה נועד אפוא למנוע גם מהמדינה כיצרנית לחרוג מתנאי החוזה הראשוני<sup>166</sup>. מניתוח זה נובעות מסקנות חשובות באשר להפרדת הרשויות<sup>167</sup>: ראשית, מתחייבת הפרדה בין

- 97-99; ת' הובס לויטן או החומר הצורה והשלטון של הקהילה (י' אור תרגם, תשכ"ב), בייחוד בעמ' 161-167.
- 161 ראו J.M. Buchanan *The Limits of Liberty – Between Anarchy and Leviathan* (The University of Chicago, 1975), 68-69.
- 162 שם, בעמ' 95-97.
- 163 ברמה התאורטית תפקיד האכיפה של המדינה "מדעי" לחלוטין, במובן זה שהיא אמורה לקבוע אם הכלל הופך או לא ולהטיל את העונש על הפרה. אך כמובן שהתפקיד אינו טכני לחלוטין והוא טומן בחובו שיקול-דעת. כך למשל לעתים על המדינה להחליט אם החוזה שנדרש לאוכפו הוא כשלעצמו "חוקתי"; ראו שם, בעמ' 104.
- 164 מוצרים ציבוריים הם כאלה אשר קיימת אפשרות להשתמש בהם גם ללא מתן תמורה ישירה, ולכן כל פרט מנסה להיות "רוכב חופשי", דהיינו ליהנות מהמוצר או מהשירות הציבורי, בלא להשתתף בהוצאות; ראו N. Elkin-Koren, E.M. Salzberger *Law, Economics and Cyberspace* (Edward Elgar, 2003), 49-55.
- 165 Buchanan (לעיל, הערה 161), בעמ' 97-98.
- 166 שם, בעמ' 98.
- 167 ראו ע' זלצברגר "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל" פלילים ה (תשנ"ז) 149, 154. למסקנות ראו גם N. Elkin-Koren, E.M. Salzberger "The Effects of Cyberspace on the Economic Theory of the State" *Law and the State* (A. Marciano, J.M. Josselin eds., 2005) 58, 79-87. כן ראו E.M. Salzberger "The

## אכיפה סלקטיבית

הפונקציה ההגנתית לפונקציה היצרנית של המדינה<sup>168</sup>. שנית, מתחייבת הפרדה בין האורגנים השלטוניים המבצעים את הפונקציות הללו, אשר יתמקצעו כל אחד בתחומו (חקיקה – יצירת הכללים; ביצוע – פעילות על פי הכללים; שפיטה – בחינה אם תאמה הפעילות את הכללים). הרציונל העומד מאחורי הפרדה זו הוא אנטי מונופולי. ריכוז כל סמכויות השלטון בידי אורגן אחד יוצר מונופול, שגורם לחוסר יעילות וגם לחלוקה מעוותת של המשאבים. הפיקוח הדמוקרטי התקופתי של האזרחים על הממשל אינו מספיק כדי למנוע מהממשל לנצל את כוחו לרעה, ולכן יש לנקוט באמצעים אנטי מונופוליים, שאחד מהם הוא פיצול כוח השלטון בידי אורגנים שונים<sup>169</sup>. ושלישית, נדרשת הפרדה פרסונלית של המאיישים את האורגנים הללו, דהיינו לא אותם אנשים יכהנו באורגנים השלטוניים השונים. אין משמעות להפרדה מוסדית, ללא הפרדה פרסונלית, שכן התמריצים של כל נושא תפקיד בכובעו הציבורי מושפעים ממבנה הייצוג של תפקידו, מידת עצמאותו ושאר המרכיבים המבניים-מוסדיים של עמדתו. לכל אלה אין משמעות אם אותו אדם עצמו מכהן בתפקיד שלטוני אחר<sup>170</sup>.

עם זאת מתכון היחסים הראוי בין הרשויות אינו של הפרדה מוחלטת בין הפונקציות על ידי ייחוד האורגנים אלא של בקרה ואיזונים. מודל הבקרה והאיזונים מרמז שיש חפיפה פונקציונלית בין האורגנים ולכן לא תתכן הפרדה מוחלטת בין הרשויות. הפרדה מוחלטת, על פי הגישה הכלכלית, יוצרת מצב של קרטל – שהוא מצב גרוע ממונופול מבחינת רווחת התושבים, שכן היכולת לנצל את הכוח לרעה רב יותר. לעומת זאת אפשרות הבקרה של כל פונקציה על האחרת, הביקורת ההדדית והאיזון של הרשויות זו את זו – משמשים כגורם אנטי מונופוליסטי ומגבירים את היעילות השלטונית<sup>171</sup>. לאור זאת ביקורת בית המשפט על הרשות המבצעת נתמכת גם על פי המודלים הכלכליים הללו<sup>172</sup>.

Independence of the Judiciary: An Economic Analysis of Law Perspective” *Judicial Integrity* (András Sajó ed., 2004) 69, 78-84

168 בעולם האנגלו-אמריקני מקובל שהתפקיד ההגנתי של המדינה מסור בידי מערכת בתי המשפט הכללית. לעומת זאת במדינות הקונטיננטליות כמו גרמניה וצרפת, התפקיד מסור לבית המשפט החוקתי. תפקידו של בית המשפט החוקתי אינו נתפס כתפקיד הקונבנציונלי של הכרעה בסכסוכים, אלא כתפקיד המיוחד של אכיפת החוזה החברתי; ראו זלצברגר (לעיל, הערה 167), בעמ' 154.

169 שם, בעמ' 155-156. ראו גם ע' זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 679, 685.

170 זלצברגר (לעיל, הערה 167), בעמ' 157.

171 שם, בעמ' 157-159. ראו גם בנבנשתי (לעיל, הערה 124), בעמ' 799.

172 השווה Buchanan (לעיל, הערה 161), בעמ' 69.

## 2. היעדר זכות לשוויון

הטיעון בדבר "היעדר זכות לשוויון" מכוון בייחוד כנגד ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית במסגרת ההליך הפלילי. הרציונל של הטיעון הוא כדלקמן: טענת אכיפה סלקטיבית אינה מכוונת כנגד האישום עצמו, אלא מהווה טענה עצמאית התוקפת את הבסיס שלפיו נבחר הנאשם לצורך העמדה לדין. במסגרת זו, הנאשם אינו טוען כי הוא חף מפשע אלא שהופלה לרעה בכך שהועמד לדין במצב שבו אחרים אינם מועמדים לדין, דהיינו הופרה זכותו לשוויון<sup>173</sup>. דא עקא, שמאחר שלאדם אין זכות לעבור על החוק, אין לו גם זכות ליחס שוויוני באכיפת החוק, שכן הזכות ליחס שוויוני מהמדינה כלל אינה חלה במקום שהיחס המפלה אינו פוגע בזכות קיימת<sup>174</sup>. בעיה זו מעוררת אף בעיית משנה שעניינה ניקיון כפיו של הטוען לאכיפה סלקטיבית, לאחר שהפר את החוק.

### (א) עצמאות הזכות לשוויון

קיים קושי בתפיסת השוויון כמושג בשל השוני בינו לבין זכויות אדם אחרות. בדרך כלל כל אחת מזכויות האדם מסדירה תחום פעילות מסוים ומבטיחה לאדם חופש פעולה באותו תחום. כך למשל חופש הביטוי, העיסוק התנועה וההתאגדות. לעומת זאת השוויון לא רק שאינו תוחם את ההתנהגות שאליה הוא מתייחס, אלא שרמת ההפשטה שלו כה גבוהה עד שהוא עשוי לחול גם בהיעדר זכות כלשהי (למשל שוויון בהענקת סובסידיות, כאשר אין ליצרן זכות מוקנית לקבלת הסובסידיה). תחולה רחבה זו של הזכות לשוויון מעוררת את השאלה אם הוא יוצר זכות משפטית עצמאית, אם הוא מחזק זכות אחרת או שמא הוא רק מכשיר לבירור או ליישום זכויות משפטיות<sup>175</sup>.

קיימת גישה קיצונית שלפיה השוויון הוא רעיון ריק מתוכן. האמירה "יחס שווה לשווים" היא אמירה טאטולוגית שעל מנת להקנות לה תוכן יש להשתמש בערכים חיצוניים שיעזרו להחליט אילו אנשים והתנהגויות שווים. בהימצא ערכים חיצוניים אלה, העיקרון של שוויון הופך להיות מיותר. על פי דעה זו, הצהרות לגבי שוויון הן למעשה הצהרות לגבי זכויות אחרות, והשימוש בטרימינולוגיה של שוויון, לא זו בלבד שמיותר אלא שהוא גורם לבלבול. המסקנה של הגישה האמורה היא שיש להוציא את הרעיון של שוויון, כולל השוויון הקבוצתי, מהשיח המוסרי והמשפטי<sup>176</sup>. גם בלא לקבל גישה קיצונית זו, הרעיון שלפיו השוויון מטרתו להגן על זכויות אחרות, בא לביטוי בפסיקה ובחקיקה בארץ

173 לעצמאותה של הטענה המנותקת משאלת החפפות ראו פסק דין *Armstrong* (לעיל, הערה 148), בעמ' 463 Poulain (לעיל, הערה 42), בעמ' 1076-1077.  
174 אכן, קיימים מצבים שבהם היחס המפלה פוגע בזכות אחרת. לאכיפה סלקטיבית הפוגעת בחופש הביטוי ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ב(2). כן ראו להלן, פרק שישי, סעיף ד(ג).  
175 ראו זמיר וסובל (לעיל, הערה 51), בעמ' 170-172.  
176 ראו P. Western "The Empty Idea of Equality" 95 *Harvard L. Rev.* (1982) 537.

## אכיפה סלקטיבית

ובעולם<sup>177</sup>. לעניין זה בולט סעיף 14 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם<sup>178</sup>. סעיף זה שעניינו איסור אפליה, אינו מבטיח שוויון באופן עצמאי אלא מגן מפני אפליה רק בהתייחס לאחת הזכויות המפורטות באמנה<sup>179</sup>. לאחר קביעת הכלל שלפיו יש להגן על הזכויות באופן שוויוני, מונה הסעיף רשימה לא סגורה של קטגוריות, שאפליה על בסיסן אסורה. על פי המבחן שקבע בית הדין האירופי לזכויות אדם, שימוש בסעיף 14 ייעשה רק כאשר יחס לא שוויוני ברור בהגנה על אחת הזכויות, הוא היבט מהותי של המקרה<sup>180</sup>.

הטיעון שלפיו השוויון אינו זכות עצמאית ולפיכך אכיפה מפלה אסורה אך ורק כאשר מדובר בפגיעה בזכות קיימת הוזכר גם בפסיקה, אשר עסקה באכיפה סלקטיבית של חוקים פליליים. כאמור, בארצות-הברית קיימת מחלוקת בשאלה אם הלכת *Yick Wo*, אשר כוננה את הגנת האכיפה הסלקטיבית בהקשר של מתן היתרים על ידי רשות ציבורית, ישימה גם לאכיפה סלקטיבית של חוקים פליליים<sup>181</sup>. מקרים רבים אִבחנו את ההלכה, אף שהסכימו כי גם פעילות המשטרה והפרקליטות מהווים מעשה מדינה, מהטעם שהיקפה של הזכות לשוויון אינו אבסולוטי וההגנה אינה חלה בנושא שאין זכות העומדת בבסיסו. על פי טיעון זה, מאחר ואין זכות להפר חוקים פליליים – לא קיימת זכות ליחס שוויוני בהעמדה לדין פלילי<sup>182</sup>. כנגד גישה זו נטען כי היא אינה קונסיסטנטית עם קביעות מסוימות של בית המשפט העליון האמריקני, ולפיהן כאשר מדינה מעניקה פריבילגיה או הטבה מסוימת, כגון חינוך ציבורי, סעיף השוויון בחוקה מחייב אותה לעשות זאת באופן שוויוני<sup>183</sup>. נטען כי

177 לתמיכה בגישה שלפיה השוויון אינו בעל תוכן משל עצמו במסגרת הפסיקה בארץ ראו דברי השופטת נתניהו בבג"ץ אליצור (לעיל, הערה 58), בעמ' 20: "השוויון אין לו תוכן מהותי משל עצמו ואינו מטרה בפני עצמו. השוויון הינו אמצעי להשגת צדק, דרך לביצוע תפקידיה של הרשות ביושר ובהגינות, על-מנת להגיע לתוצאה צודקת... וכן הינו אמת מידה לבחון, אם אמנם כך נהגה הרשות".

178 European Convention on Human Rights, Article 14: "The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status"

179 ראו Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 42), בעמ' 35.  
180 "If a clear inequality of treatment in the enjoyment of the right in question is a fundamental aspect of the case" ראו L.R. Helfer "Lesbian and Gay Rights: Strategies for a United Europe" 32 *Va. J. Int'l L.* (1991) 157, 169-170.  
R. Wintemute *Sexual Orientation and Human Rights* (Oxford, 1995), 119-121.

181 ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף 33(א).

182 ראו Comment (לעיל, הערה 74), בעמ' 1110.

183 ראו למשל דברי השופט Hughes בפסק דין *Missouri ex rel. Gaines v. Canada* 305 U.S. 337, 349 (1938): "The question here is not of a duty of the State to supply legal training, or of the quality of the training which it does supply, but of its duty when it provides such training to furnish it to the residents of the State upon the basis of an equality of right. By the operation of the laws of Missouri a privilege has been created for white law

מפסקי דין אלה ניתן ללמוד כי גם כאשר אין זכות לדרוש מהמדינה להעניק את ההטבה מלכתחילה, סעיף השוויון יוצר זכות נפרדת ועצמאית לקבל את ההטבה לפי אותו בסיס אשר אחרים באותו מצב מקבלים אותה<sup>184</sup>. אף לדעת פרופ' Kenneth Davis הביקורת השיפוטית אינה צריכה להיות שונה כאשר מדובר בהטבה. ההשקפה העומדת בבסיס גישתו היא, שאנשים בתפקידי מינהל עלולים לעשות שימוש לרעה בסמכותם ושהגנה מפני שימוש לרעה בסמכות זו נדרשת, בין שמדובר במתן הטבות על ידי המינהל ובין שמדובר בעיסוק בזכויות<sup>185</sup>. דהיינו חובת הרשות לנהוג בשוויון קיימת גם כאשר עסקינן במתן הטבה שאין זכות מוקנית בבסיסה.

גם בישראל ניתן למצוא תימוכין לגישה הדוחה את טענת האפליה בשל היעדר זכות מוקנית ביסודה. בבג"ץ יצחקי<sup>186</sup> העותר טען כי הופלה לרעה בכך שמחברים אחרים קיבלו היתר להשתמש בחומר המצוי בארכיון צה"ל בנוגע לקרבות לטרון ואף לפרסמו, ואילו הוא פנה אל שר המשפטים בבקשת היתר לפרסם בספרו "המערכה על לטרון" חומר שנודע לו אודותיו במהלך עבודתו במחלקת ההיסטוריה של צה"ל וסורב. למעשה מדובר בטענה לאכיפה סלקטיבית, שכן אי-מתן ההיתר הפך פעולה בניגוד לו לעבירה פלילית<sup>187</sup>, בדומה למצב בפרשת *Yick Wo*. בעוד מ"מ הנשיא יואל זוסמן דחה את הטענה לגופה משום שסבר שקיימים הבדלים רלוונטיים בין המקרים, השופט אלפרד ויתקון סבר שגם אם העותר הופלה לרעה, יש לדחות את עתירתו משום שלא נפגעה זכות מהזכויות הקנויות לאזרח, אשר את כיבודן הוא זכאי לדרוש מהרשות. לשיטתו, המידע של הרשות "אין הוא מצרך ואין התרתו לשימוש חופשי מעין שירות שהרשות חייבת לספק לאזרחיה ללא אפליה, כאילו המדובר בשירותי בריאות, חינוך, שיכון סעד וכיוצא באלה"<sup>188</sup>.

גם אם נסכים לעמדה השנויה במחלוקת<sup>189</sup>, שלפיה בג"ץ יצחקי עסק בהטבה ולא בזכות – הרי שכיום גם ההלכה בישראל, אשר עוסקת בהטבות הניתנות לאחר, תומכת בגישה שלפיה השוויון הוא זכות עצמאית. אכן, בעבר בית המשפט כלל לא הכיר בטענה

students which is denied to negroes by reason of their race. The white resident is afforded legal education within the State; the negro resident having the same qualifications is refused it there and must go outside the State to obtain it. That is a denial of the equality of legal right to the enjoyment of the privilege"  
*Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483, 493 (1954).

- Comment (לעיל, הערה 74), בעמ' 1111. 184  
Davis (לעיל, הערה 39), בעמ' 180. 185  
לעיל, הערה 19. 186  
מכוח סעיף 27 לחוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז-1957, אשר היה בתוקף אז. 187  
בג"ץ יצחקי (לעיל, הערה 19), בעמ' 698-700. 188  
לביקורת על עצם הגישה שלפיה המידע שייך לרשות ולא לאזרח ראו פ' להב "חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים" משפטים ו (תשל"ה) 562. 189

מסוג "אפליה לטובת אחר"<sup>190</sup>, אלא שבבג"ץ חוקה למדינת ישראל<sup>191</sup> השופט אהרן ברק פיתח את ההלכה מתוך נקודת מוצא כי עקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של משפטנו ורשות שלטונית חייבת לפעול בכל פעולותיה – הציבוריות והפרטיות – מתוך שוויון<sup>192</sup>. בפסק הדין נעשתה הבחנה בין שלושה מצבים עקרוניים שבהם פלוני טוען לאפליה. במצב הראשון, לפלוני ולאחרים שכמותו אינטרס המוגן בדין באופן אובייקטיבי, ללא היזקקות לשיקול הדעת של הרשות השלטונית. הרשות השלטונית מכירה באינטרסים של אחרים, אך בדרך מפלה שוללת זאת מפלוני. במצב דברים זה האפליה הפסולה מביאה לביטול ההחלטה של הרשות המינהלית ומשמעות הדבר היא הכרה בזכותו של פלוני, שכן אילו הרשות שקלה שיקולים ענייניים וסבירים, היא הייתה מעניקה לפלוני את אותה הכרה בזכותו כפי שהיא מעניקה לאחרים<sup>193</sup>. במצב השני, אין לפלוני ולאחרים זכות המוגנת בדין ואין לרשות המינהלית שיקול דעת להעניק את אותה זכות. חרף זאת מעניקה הרשות המינהלית את אותה טובת הנאה לאחרים ואינה מעניקה אותה לפלוני ובכך מפלה אותו ביחס לאחרים. במקרה כזה האפליה בטלה, אך אין בכוח ביטולה להעניק לפלוני זכות שהדין אינו מאפשר להעניק לו. בית המשפט לא יצווה על הרשות לעשות מעשה אשר עומד בניגוד לחוק. תרופתו של פלוני במצב זה היא בעלת "היבט שלילי" – מניעת טובת הנאה שניתנה שלא כדין לאחרים, ולא בעלת "היבט חיובי" – הענקת טובת הנאה לעצמו. תרופה שלילית זו עשויה להיות חשובה לפלוני, משום שייתכן שהוא מצוי במצב תחרותי עם אותם אחרים או שהמשך האפליה מזיק לו בדרך אחרת. אך מעבר לכך, תרופה זו חשובה משום שהיא מגבירה את שלטון החוק ומונעת מהרשות להמשיך בהפרת החוק<sup>194</sup>. מצב הדברים השלישי שבו קיימת אפליה הוא כאשר החוק אינו מעניק לפלוני ולאחרים זכות, עם זאת החוק מעניק לרשות המוסמכת שיקול דעת להעניק את הזכות האמורה. משהחליטה הרשות השלטונית לקבוע מדיניות שלפיה האחרים זכאים לטובת הנאה מסוימת, הרי מחויבת היא, מכוח עקרון השוויון, להעניק טובת הנאה זו גם לפלוני<sup>195</sup>. מה הדין אם הרשות השלטונית מחליטה במצב הדברים השלישי לאמץ מדיניות חדשה ולהפעילה באופן שוויוני בעתיד? אם הרשות חדלה לתת את טובת הנאה גם לאלה שקיבלו בעבר – אזי גם פלוני לא זכאי לקבל מכוח הכלל בדבר "עד כאן ולא יותר", לעומת זאת אם המדיניות פועלת רק לעתיד

- 190 ראו דברי השופט זוסמן בהמ' 460/63 לש נ' ועדת השומה שלידי עיריית נהריה, פ"ד יח(1) 318 (להלן: פסק דין לש), בעמ' 324.
- 191 בג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191 (להלן: בג"ץ חוקה למדינת ישראל).
- 192 שם, בעמ' 201.
- 193 שם, שם. ניתן לטעון כי במקרה הראשון כלל אין צורך בטענת האפליה, שכן לעותר מגיע מבוקשו מכוח הדין.
- 194 שם, בעמ' 202-204.
- 195 שם, בעמ' 205.



ואלה שהופלו לטובה בעבר ממשיכים לקבל טובות הנאה למרות שניתן לחזור ממדיניות זו כדין – אזי גם פלוני זכאי לקבל כמותם<sup>196</sup>.

בג"ץ חוקה למדינת ישראל הבהיר שהסעד הראוי במקרה של אפליה לטובת אחר תלוי בנסיבות העניין. במקרה שבו רשות מינהלית נותנת טובת הנאה, כגון מענק, על פי שיקול דעתה ולא במצוות החוק, והיא יוצרת אפליה – הסעד הנדרש הוא החלטה המסלקת את האפליה. דרך אחת היא שלילת טובת ההנאה מאלה שקיבלו אותה בגין האפליה, ודרך אחרת היא לתת את טובת ההנאה לאלה שלא קיבלו אותה<sup>197</sup>. בין כך ובין כך, מצב הדברים השלישי מבהיר כי גם כאשר לא קיימת זכות שבדין, על הרשות המינהלית לנהוג באופן שוויוני. ואכן, השופט ברק הבהיר כי מצב הדברים השלישי (שבו אין זכות בדין) דומה למצב הדברים הראשון (שבו יש זכות בדין) והשוני ביניהם הוא בדרגה בלבד, שכן זכותו של פלוני היא ששיקול הדעת של הרשות השלטונית יופעל כלפיו כדין<sup>198</sup>. הגישה המתחייבת אפוא מההלכה בישראל העוסקת בפריבילגיות והטבות שאינן קבועות בדין, היא שהשוויון הוא זכות עצמאית שאינה תלויה בקיומה של זכות אחרת בבסיסה.

הדבר מוביל אותנו לטיעון ההתחלתי, שאתו אנו מתמודדים, ולפיו מאחר ומדובר באנשים שעברו על החוק – אין כל סיבה למחוק את כתב האישום כנגדם, לזכותם או להוציאם לחופשי רק משום שאחרים לא נענשו. התשובה לכך היא שההגנה על זכויות הפרט (ובראשן הזכות לשוויון) וכן ההקפדה על השימוש הראוי (ובין היתר, השוויוני) בשיקול הדעת שנתון לרשויות – נושאות מוצדקות אף כאשר הן נושאות בחובן עלויות. לעתים זכויות הפרט תגברנה על אינטרסים אחרים. גם בתחום הפלילי קיימים מצבים שבהם זכות הנאשם גוברת על האינטרס בענישה. לזכויות חוקתיות יש מחיר. הנכונות של החברה לשלם את המחיר על מנת להגן על זכות היסוד, צריכה להתבטא בכך שהשגת הרשעה במשפט פלילי תוכפף לנורמות היסוד, דהיינו שהשגת ההרשעה לא תוכל להיעשות תוך פגיעה בזכויות היסוד<sup>199</sup>. כך למשל לעתים נפסול ראיות מהטעם שהן הושגו בדרכים לא כשרות<sup>200</sup>. כפי שבדוגמה זו, הזכות להליך ראוי תגבר לעתים על האינטרס שבהרשעת

196 שם, בעמ' 206-207.  
 197 ראו דבריו של השופט זמיר בבג"ץ מרדי (לעיל, הערה 68), בעמ' 566-567.  
 198 בג"ץ חוקה למדינת ישראל (לעיל, הערה 191), בעמ' 206.  
 199 ראו דברי השופט גדעון גינת בת"פ (נצ') 511/97 מדינת ישראל נ' עודה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 31.12.97), בסעיף 20 לפסק הדין.  
 200 א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" ספר לנדוי (כרך ב, תשנ"ה) 983; א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 139; א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, 23-24; א' שטיין "האזנת-סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית ובטחונות" משפטים יד (תשמ"ה) 527, 549-553. ראו גם בג"ץ

הנאשם וענישתו; כך העובדה שדרישת היחס השוויוני באכיפה הפלילית תפגע לעתים באינטרס העמדה לדין של עבריינים – אינה הופכת את דרישת השוויון לבלתי ראויה<sup>201</sup>.

(ב) חוסר ניקיון כפיים

על פי מסורת המשפט האנגלי, השלטון כמו כל אדם פרטי, כפוף לבתי המשפט הרגילים וחייב לתת בפניהם דין וחשבון על מעשיו. לצורך זה, פיתח המשפט האנגלי מערכת של כללים משפטיים ובראשם הצווים הפרווגטיביים שנועדו למנוע בעד רשות מינהלית לעשות מעשה שלא כחוק, לכפות עליה לעשות מעשה שהיא חייבת לעשות לפי חוק או לבטל החלטה בלתי חוקית. שיטה זו אומצה במדינות אחרות שהיו נתונות לשליטה אנגלית, ובהן ארצות-הברית<sup>202</sup>. הסמכות הפרווגטיבית היא סמכות שבשיקול דעת, אשר אין המשפט החקוק מתערב בהפעלתה<sup>203</sup>. בארץ, הוענקה הסמכות לתת צווים פרווגטיביים לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, אשר על פי סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה רשאי לדון "בעניינים אשר הוא רוצה צורך לתת בהם סעד למען הצדק"<sup>204</sup>. מורשת המשפט האנגלי בשילוב עם התפיסה המנדטורית של הרצון להגן על השלטון מפני הטרדות משפטיות מיותרות, הביאו לכך שהסעד בבג"ץ נתפס כ"יתרוני" (פרווגטיבי), דהיינו דבר שבית המשפט "מעניק" לעותר, אך לזה האחרון אין זכות לקבלו. בהתאם נהג בג"ץ בעבר לדחות עתירות משום שלא מצא "טעם מן הצדק" לסייע לעותר, גם במקום שבו ייתכן שמבחינה משפטית הוא צודק בעתירתו<sup>205</sup>. האופי הדיסקרציוני של התערבות בג"ץ הוביל גם לפיתוח עילות סף, שבמסגרתן הוא רשאי, על פי שיקול דעתו, לדחות עתירה אף

5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 4.5.06).

- 201 השוו Comment (לעיל, הערה 74), בעמ' 1112.
- 202 ראו זמיר (לעיל, הערה 102), בעמ' 72-73.
- 203 ראו ב' אקצין "הפרווגטיבה במדינת ישראל" הפרקליט – ספר היוכל (תשנ"ד) 176, 177.
- 204 סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק נתגלגלה במשך השנים מחוק לחוק בלי לשנות את מהות הסמכות והיא כיום קבועה בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. סעיף 15(ד) מפרט, מבלי לפגוע בכלליות סעיף 15(ג), את סוגי הצווים הפרווגטיביים שבסמכות בג"ץ לתת, כפי שנתגלגלו מן המשפט האנגלי; ראו זמיר (לעיל, הערה 102), בעמ' 73-74.
- 205 ראו למשל בג"ץ 36/68 בלאן נ' שר החקלאות, פ"ד כב(1) 617. פסק הדין הלקוני קבע כדלקמן: "קטילת בעלי-חיים לצורך ספורט אינה מן הדברים שבית-משפט זה רואה עצמו חייב, מטעמי צדק, להן עליהם". לביקורת ראו י' זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו (תש"ל) 212 – המחבר סבור כי השימוש במונח "צדק" מקורו בתרגום לא נכון מאנגלית של המונח "Administration of Justice", שעניינו "שפיטה" ולא "צדק". גם מבחינת המשפט הרצוי לא ראוי להשתמש במונח מעורפל וסובייקטיבי זה, אשר תלוי בהשקפות ונטיות לב השופט, ותחת זאת יש לעבור למושג "שיקול דעת" שעניינו בכללים ברורים ומגובשים יותר (שם, בעמ' 223-224). לתמיכה בשימוש במושג "צדק" ראו ע' פרוש "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית-המשפט הגבוה-לצדק" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 453.

אם היא מגלה עילה<sup>206</sup>. כך למשל המבקש סעד מבית המשפט הגבוה לצדק חייב לבוא נקי כפיים, שאחרת לבית המשפט שיקול דעת לדחות את בקשתו גם ללא בחינתה לגופה. חוסר ניקיון כפיים יכול להתבטא, בין השאר, בהפרת הדין בנוגע לעתירה<sup>207</sup> או בהתנהגות בחוסר תום לב עם הרשות המינהלית עובר למתן ההחלטה הנדונה<sup>208</sup>.

לכאורה ניתן לטעון כי מי שמפר את החוק ולהגנתו טוען לאכיפה סלקטיבית של אותו חוק, לוקה בחוסר ניקיון כפיים ואין סיבה שבית המשפט ייתן לו סעד. טענה זו נראית לי בלתי נכונה, הן לגוף העניין הן מבחינת השימוש הראוי שיש לעשות כיום בעילת הסף הנדונה. לגוף העניין, התנהגות לא ראויה של עותר, אשר עשויה להגיע לכדי חוסר ניקיון כפיים, צריכה להתייחס לאקט העומד לדיון ולא לפעולות אחרות של העותר כלפי המינהל הציבורי<sup>209</sup>. גם אם העותר פעל באופן לא ראוי בעבר והפר את החוק, הרי שהוא תוקף את שיקול הדעת של רשויות האכיפה בהקשר לאכיפת אותו החוק, דהיינו מנסה למנוע אקט עתידי שלדעתו הוא בלתי ראוי. אין הדבר דומה למי שפועל בניגוד לדין תוך שבמקביל הוא תוקף את פעולת הרשות בהקשר לאותו דין. זאת ועוד, גם כאשר מדובר בהפרת דין בנוגע לעתירה, הרי שכאשר קיימת מחלוקת בתום לב על חוקיות האקט, דהיינו על עצם תוקפו – אין זה חוסר ניקיון כפיים להתעלם ממנו. קל וחומר כאשר העותר טוען למשל שאי-אכיפה לאורך זמן יצרה דין-למעשה, באופן שאיפשר לו לפעול על פי דין זה ולהתעלם מהחוק הכתוב<sup>210</sup>. כמוכן שהטיעון בדבר חוסר ניקיון כפיים כלל אינו רלוונטי כאשר העותר הפונה לסעד כלל לא הפר את החוק, אלא עשוי למשל לסבול נזק בלתי ניתן לתיקון משום שעובדיו או לקוחותיו מועמדים לדין באופן מפלה וכתוצאה מכך מחויבים להפסיק את מערכת היחסים העסקית עמו<sup>211</sup>.

באשר לעילת חוסר ניקיון הכפיים כשלעצמה, הרי שהיא מייצגת תפיסה אנכרוניסטית שאינה תואמת את השאיפה להגן על ערכים כמו שלטון החוק, השוויון בפני החוק וחזיון "הזכות המינהלית". עילת חוסר ניקיון הכפיים יש בה להחליש את הזכות המינהלית

206 ראו י' זמיר השפיטה בעניינים מינהליים (תשל"ה), 102-101. כן ראו בג"ץ 83/70 אוחנה נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד כד(1) 771, 783.

207 הדוגמה השכיחה מתייחסת למצב שבו אדם עותר כנגד אי-מתן רישיון עסק או ביטול רישיון עסק, תוך שהוא מפעיל את העסק בינתיים ללא רישיון. ראו למשל בג"ץ 197/81 פרידמן נ' ראש עיריית אילת, פ"ד לו(2) 425.

208 ראו למשל בג"ץ 129/76 אבו סנינה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(3) 250.

209 ראו למשל בג"ץ 305/77 סלאמה נ' נציבות בתי-הסוהר, פ"ד לא(3) 667, 670 – התנהגותו חסרת המשמעת של האסיר פסלה אותו מלעבור לבית המשפט בבקשת סעד, רק בהקשר לטענה כי נשללו ממנו טובות הנאה שהוענקו לו לפני משורת הדין, כתגובה על ההתנהגות הפסולה שלו.

210 השוו Comment (לעיל, הערה 74), בעמ' 1139.

211 ראו למשל פסק דין Bargain City (לעיל, הערה 73), והטקסט הצמוד להערה 73.

המהותית של האדם כלפי השלטון וליצור נחיתות ביחס לזכות המהותית במשפט הפרטי. בשל שיקול דעתו של בג"ץ, הוא רשאי להותיר את הזכות המינהלית של האזרח בלא סעד – רק בשל אי-היותו נקי כפיים. בנסיבות מקבילות, לא היה רשאי בית המשפט האזרחי להימנע מדיון בתביעה "אזרחית", אלא היה שומע את תביעתו של התובע שאינו נקי כפיים, וחוסר ניקיון הכפיים עשוי היה להיות מובא בחשבון במהלך התביעה או בסופה<sup>212</sup>. ממילא הרלוונטיות של עילה זו נשחקת לאור תהליך ההעברה של השיפוט המינהלי לבתי המשפט האזרחיים ולבתי המשפט לעניינים מינהליים, אשר לא ניתן לומר שהם "יתרוניים"<sup>213</sup>. בוודאי שאין לשלול את העלאת הטענה בתקיפה עקיפה במסגרת משפט פלילי, משום שדרישת ניקיון הכפיים הייתה שומטת את היסוד תחת כל טענות ההגנה<sup>214</sup>. יתרה מזאת, אין לקשור בין מידת הוכחת אשמתו של הנאשם לבין בחינת חוקיותה של עבודת התביעה. העובדה שקיימות ראיות כנגד נאשם אינה מעידה על כך שהוא לא הועמד לדין באופן סלקטיבי<sup>215</sup>. כאמור, גם למי שהפר את החוק נתונות זכויות יסוד, וביניהן הזכות לשוויון ולהליך ראוי.

### 3. בתי המשפט אינם אחראים למשמעות התקציבית של החלטותיהם

הנטל התקציבי של הניסיון לבצע אכיפה כוללת (דהיינו אכיפה בכל המקרים הידועים של הפרות חוק, ללא ביצוע סלקטיביות על בסיס סיווגים שאינם נאמנים למטרות החוק) – יוטל על הרשות המבצעת. בהקשר זה מתעוררת טענה כללית המופנית כלפי ביקורת שיפוטית על רשויות המינהל, ולפיה השופטים יכולים להרשות לעצמם להתמקד בהגנה על זכויות ואינטרסים משום שמבחינה מוסדית הם אינם צריכים לשאת במשמעויות התקציביות

212 ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 692, 678; דברי השופט זמיר בבג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח-תקווה, פ"ד מח(5) 630, 641-640.

213 סעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000 מאפשר לבית המשפט המינהלי לדון "בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בשניוניים המחויבים לגבי עתירה מינהלית ולגבי ערעור מינהלי". העילות שלפיהן דן בג"ץ כוללות את עילות הסף, ולפיכך הסמכות הפורמלית לדחות עתירה בשל חוסר ניקיון כפיים קיימת גם לבית המשפט המינהלי, אם כי ראוי לדעת שישתמש בסמכות זו במשורה ובשניוניים המחויבים. לחוסר ההתאמה של עילת חוסר ניקיון כפיים לבתי המשפט האזרחיים, ראו דבריו של השופט חשין בע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מח(3) 749, 787.

214 להבחנה בין השיקולים הנוגעים להגשת כתב האישום לבין ההגנות אשר יכולות לעמוד לנאשם בהליך הפלילי, ראו ב' אוקון "פרשת כלא 6" המשפט ד (תשנ"ט) 53, 54.

215 ראו M.L. Amsterdam "The One-Sided Sword: Selective Prosecution In Federal Courts" 15-16, 6 Rutgers Camden L.J. (1974) 1, 15-16.

פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

של החלטותיהם<sup>216</sup>. טענה זו מופיעה ביתר שאת כאשר מדובר בביקורת שיפוטית על הפעלת שיקול הדעת של רשויות האכיפה, ויש שהיא עמדה בבסיס פסקי דין שהכשירו סלקטיביות באכיפה. עמד על כך למשל בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Moog Industries, Inc. v. Federal Trade Commission*<sup>217</sup>, שבה הוחלט שלא להתערב בצווים שהוציאה הרשות הפדרלית כנגד עסקים שהפרו צווי מחירים, אף שהוכח שלא הוצאו צווים דומים כנגד עסקים מתחרים:

[T]he Commission alone is empowered to develop that enforcement policy best calculated to achieve the ends contemplated by Congress and to allocate its available funds and personnel in such a way as to execute its policy efficiently and economically<sup>218</sup>.

יתרה מזאת. יש הטוענים, על בסיס ניתוח כלכלי, כי אין כלל מקום לטענות של שוויון במשפט הפלילי<sup>219</sup>. ניתוח זה יוצא מנקודת הנחה כי מטרת האכיפה היא הרתעה. היכולת של התובע להעמיד לדין באופן סלקטיבי או שלא להעמיד לדין, חשובים ביותר על מנת לאפשר לו למקסם את ההרתעה בגבולות התקציב שלו<sup>220</sup>. התובע בדרך כלל ינקוט באכיפה סלקטיבית כאשר תוספת ההרתעה הנובעת מהעמדה לדין בעבירה מסוימת פוחתת מאוד לאחר מספר אישומים (התובע אמור, לפי גישה זו, להעמיד לדין כאשר ההרתעה השולית מכל אישום היא זהה. ירידה משמעותית בתוספת ההרתעה שמקנים אישומים בעבירה מסוימת – משמעה שיש להקצות משאבים להעמדה לדין בעבירות אחרות). הפחתה שכזו בהרתעה השולית יכול שתיווצר, משום שמספר מועט של אישומים מספיק על מנת להרתיע אחרים מפני פעולות דומות. מצב כזה קיים למשל כאשר הדין אינו ברור בזמן שנוקטים באכיפה הסלקטיבית, ולעומת זאת ההתנהגות האמורה ניתנת לזיהוי בקלות. אלה אשר מעורבים בהתנהגות האסורה, מצפים לכך שיועמדו לדין מיד לאחר שאחרים הועמדו לדין ויתאימו את התנהגותם לכלל כפי שהובהר מהמקרים שבהם התביעה זכתה. לעומת זאת אם התביעה הפסידה במספר המקרים שבהם בחרה באופן סלקטיבי להעמיד לדין – הרי שהסלקטיביות סייעה לשימור המשאבים לטובת עניינים אחרים<sup>221</sup>.

D.L. Horowitz *The Courts and Social Policy* (The Brookings Institution, Washington, 1977), 38

לעיל, הערה 146.

שם, בעמ' 413.

F.H. Easterbrook "Criminal Procedure as a Market System" 12 *J. Legal Stud.* (1983) 289, 302

שם, בעמ' 305.

יתרה מזאת, טיעון זה מצדד בהעמדה לדין של מי שמפר את החוק באופן גלוי יותר, על מנת למקסם את ההרתעה. העמדה לדין בעבירות מסוימות של אנשים שמפרים את החוק באופן

## אכיפה סלקטיבית

ראשית, יש להדגיש כי ככל שטיעונים אלה תומכים באכיפה מדגמית או רנדומלית של החוק, הרי שאין בהם לשלול ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית. הסכמנו כאמור<sup>222</sup> כי במצבים רבים אכיפה מדגמית היא לגיטימית בהתחשב במגבלות המשאבים וכצעד לאכיפה כוללת. גם אכיפה רנדומלית אפשרית, לשיטתנו, ככל שהמקרים אינה הופכת לשרירות. מאחר שההתנגדות שהבענו לאכיפה סלקטיבית, ברוב המקרים אינה חלה על דפוסי אכיפה אלה, הרי שהטיעונים התקציביים התומכים בהם אינם שוללים הכרה בעילת ביקורת שיפוטית במקרים אחרים שבהם מתעוררת סלקטיביות באכיפה. גם לגופו של עניין, אין בטיעון התקציבי כדי לשלול ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית. אין ספק כי הטלת איסור על רשויות האכיפה לאכוף את החוק באופן סלקטיבי על בסיס סיווגים שאינם נאמנים למטרת החוק, ואיסור סלקטיביות שיסודה אף בשרירות גרדא – יגדילו את הנטל התקציבי על רשויות האכיפה. אך כפי שראינו, אכיפה סלקטיבית טומנת בחובה בעיות קשות ויש בה משום פגיעה בזכויות היסוד לשוויון ולהליך ראוי. אכן, מימושן של זכויות יסוד אלה עשוי לעלות בכסף, אך חברה המחשיבה את זכויות היסוד צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר עבור מימוש הזכויות<sup>223</sup>. באשר ליכולתם של בתי המשפט לאמוד את המשמעויות התקציביות של החלטותיהם, הרי שאין הדבר שונה מביקורת שיפוטית בעילות אחרות הבוחנות את שיקול הדעת המינהלי. טענות באשר לקושי מינהלי או תקציבי הן טענות שבעובדה, הדורשות תשתית ראייתית<sup>224</sup>. באם תוצג תשתית כזו על ידי הרשות הרלוונטית, בית המשפט ישמע את עמדתה, יחליט אם קשיים אלה מצדיקים

פחות גלוי – לא תוביל להרתעה משמעותית, בעוד אי-העמדה לדין באותן עבירות של אנשים שמפריס את החוק בפרהסיה – תפגע בהרתעה. הדבר בא לביטוי למשל בעבירות של התחמקות ממס או משירות צבאי, שלגביהן יש המביעים את מחאתם באופן גלוי. ראו שם, בעמ' 306.

222 לדין נרחב באכיפה מדגמית, באכיפה רנדומלית ובמצבים שבהם דפוסי אכיפה אלה תקינים ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ד' 3.

223 עע"א 7440/97, רע"ב 6172/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1 (להלן: עע"א גולן), 9; בג"ץ מילר (לעיל, הערה 57), בעמ' 113, 144; עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי-הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 170; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ג נ(5) 241, 281-282. כן ראו א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), 528: "הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית".

224 לחשש של רשות מנוק כספי כטענה הדורשת תשתית ראייתית, ראו בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (להלן: בג"ץ קווי זהב), 428-422; לחשש של רשות מסיכון לציבור כהחלטה הדורשת תשתית ראייתית, ראו בג"ץ 4681/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים – גוש צפון, פ"ד נא(4) 679, 685.

פגיעה בזכויות היסוד האמורות<sup>225</sup> ויחתור לאיזון הראוי בין ההגנות ליעילות. כך פועל בית המשפט בדרך כלל וכך יפעל בביקורת שיפוטית בעילת אכיפה סלקטיבית<sup>226</sup>.

#### 4. מדרון חלקלק

רבגוניות התופעה של אכיפה סלקטיבית מקשה להגדיר ברורות את הנסיבות שתשמשה בסיס ליצירת ההגנה<sup>227</sup>. הדבר יוצר חשש למדרון חלקלק והצפת בתי המשפט בטענות שתגרורנה את בית המשפט לבירורים עובדתיים קשים<sup>228</sup>. חשש זה הוא שהוביל, בין היתר, את בתי המשפט בארצות-הברית להגדיר את עילת האכיפה הסלקטיבית בצורה מצמצמת ובאופן שיש בו למזער את מספר המקרים שבהם תתקבל הטענה<sup>229</sup>. על בעיית המדרון החלקלק עמד שופט המיעוט Pell בעניין *Falk*<sup>230</sup>, שבו נטענה, כאמור, אכיפה סלקטיבית של חוק השירות הצבאי שיסודה בשימוש שעשה המערער בחופש הביטוי והבעת התנגדות גלויה לרשויות הצבא ולמלחמת וייטנאם. השופט סבר שדעת הרוב, אשר קיבלה את טענת האכיפה הסלקטיבית, לא נתנה משקל מספיק להשלכות ארוכות הטווח של ההחלטה, שמשמעותן הרחבת היקף הביקורת השיפוטית ויצירת "משפטי זוטא", שבהם אנשי התביעה יאלצו להעיד על מנת להרים את נטל ההוכחה שהוטל עליהם להראות שלא עמדו מגיעים מפלים בבסיס האכיפה<sup>231</sup>.

לדעתי, טיעונים אלה אין בהם כדי לשלול הגנה על זכויות יסוד. כל ליברליזציה שנעשית בדוקטרינה מסוימת – משמעה בטווח הקצר הגדלת מספר ההתדיינויות, אך שיקול זה הוא רק אחד מיני שיקולים רבים אחרים שיש להביא בחשבון. מאחר שיש יסוד להניח שהדוקטרינה האמריקנית המצומצמת בדבר אכיפה סלקטיבית, אינה מגנה במידה מספקת על הזכות לשוויון ולהליך ראוי בהקשר האמור, הרי שהטיעון בדבר המדרון החלקלק אינו

- 225 השוו בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 369.
- 226 ראו טמיר (לעיל, הערה 145), בעמ' 535.
- 227 ראו לעיל, הדיון בפרק השלישי והניסיון לתחום את המקרים שבהם אכיפה חלקית הופכת לסלקטיבית ופסולה.
- 228 ביין (לעיל, הערה 3), בעמ' 333.
- 229 Givelber (לעיל, הערה 7), בעמ' 104-105; Amsterdam (לעיל, הערה 215), בעמ' 25.
- 230 לעיל, הערה 143.
- 231 שם, בעמ' 637. החשש מפני מדרון חלקלק עמד גם ביסוד פסק דין *Society of Good Neighbors v. Mayor of Detroit* 36 N.W. 2d 308 (Mich. 1949). בעניין זה, ארגון צדקה בעיר דטרויט, אשר ערך משחקי בינגו האסורים על פי החוק, טען כי בעוד ארגוני צדקה רבים אחרים ערכו משחקי הגרלה בעיר, רק הוא היה אובייקט להתערבות משטרתית. למרות שבית המשפט קיבל את הטענה העובדתית, הוא דחה את טענת האכיפה הסלקטיבית, בין היתר בשל החשש שאם ארגון זה יקבל סעד, ארגוני צדקה אחרים יהיו זכאים לאותו סעד.

## אכיפה סלקטיבית

צריך להוביל גם אותנו להגדרה מצמצמת מדי של עילת האכיפה הסלקטיבית<sup>232</sup>. פסיקת בית המשפט תיצור עם הזמן מסגרת נאותה להעלאת טענות של אכיפה סלקטיבית כך שבמשך הזמן לא ימצא טעם להעלאת טענות סרק<sup>233</sup>. יתרה מזאת, לטווח רחוק אף מערכת המשפט תצא נשכרת, שכן הצורך של רשויות האכיפה להצדיק את החלטותיהן בפני בתי המשפט, יוביל אותן לשקול ולהסביר את החלטותיהן ביתר קפידה. הענקת סמכות הביקורת לבית המשפט תתרום לקביעת קריטריונים גלויים, חשופים לדיון ולהערכה ומופעלים על בסיס של שוויון, כך שבטווח הרחוק התוצאה תהיה הפחתה במקרים של אכיפה סלקטיבית וירידה גם במספר ההתדיינות העוסקות בכך<sup>234</sup>.

### 5. פגיעה באינטרס הציבור ובאמון הציבור במערכת המשפט

מאחר שהימנעות מאכיפה נובעת לפעמים מגורמים אובייקטיביים, כגון חוסר משאבים או הצורך לתת עדיפות למשימות דוחקות יותר, קבלת טענת ההגנה של אכיפה סלקטיבית במקרים שכן נאכפו עשויה לנגוד את אינטרס הציבור<sup>235</sup>. אינטרס זה כולל את הצורך להקפיד על כך שחוק יקויים ולא ייעשה פלסטר, וכי מדיניות הענישה של בתי המשפט תהיה יעילה, אפקטיבית ומרתיעה<sup>236</sup>. זאת ועוד, יש הטוענים כי אם בית המשפט יקח על עצמו את תפקיד הביקורת על רשויות האכיפה בסיטואציות כגון דא, הדבר יגרום לו לקונפליקט רציני ולאבדן אמון הציבור<sup>237</sup>.

גם טיעונים אלה, חשובים ככל שיהיו, אין בהם לשלול את הביקורת השיפוטית בעילת האכיפה הסלקטיבית. ניתן למצוא בעקרונות המשפט הפלילי דווקא תמיכה בלגיטימיות הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה, שכן אינטרס הציבור אינו רק בהרשעת העבריין ובזיכוי החף מפשע, אלא גם ביושרה המוסרית של ההליך הפלילי<sup>238</sup>. כאמור, על פי הגישה הרחבה יש לראות במשפט הפלילי מכשיר לקידום מטרה חברתית. ההנחה היא שהעבירה אינה מתבצעת רק כנגד הקורבן אלא נגד החברה כולה, ומכאן הצורך לאזן בין

232 ראו Givelber (לעיל, הערה 7), בעמ' 104-105. השוו Comment (לעיל, הערה 139), בעמ' 358.

233 השוו סגל וזמיר (לעיל, הערה 152), בעמ' 75.

234 לחשיבות הביקורת השיפוטית להכוונת פעולות התביעה ובסופו של דבר להפחתת התופעה של אכיפה סלקטיבית ראו Poulin (לעיל, הערה 42), בעמ' 1091; Clymer (לעיל, הערה 134), בעמ' 734-735; פרידמן (לעיל, הערה 121), בעמ' 166.

235 ביין (לעיל, הערה 3), בעמ' 333.

236 ראו דברי השופטת ברלינר בפסק דין באבו (לעיל, הערה 26), בסעיף ט לפסק הדין שבו דחתה השופטת את טענת ההגנה של אכיפה סלקטיבית של חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990.

237 ראו דברי השופט בדימוס משה בייסקי ברב שיח (לעיל, הערה 141), בעמ' 36.

238 לחשיבות היושרה המוסרית של ההליך הפלילי ראו Choo (לעיל, הערה 38), בעמ' 111.



## פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

אינטרס הציבור בהקפדה על קיום חובותיו לבין אינטרסים אחרים וביניהם – מניעת שימוש באמצעים שליליים להשגת מטרות כשרות<sup>239</sup>. בהתאם, אין לראות את תפקיד התובע כמי שיש לו עניין מיוחד בהרשעה דווקא או כמי שעניינו רק ב"אכיפת זכויות הציבור", אלא כמי שמופקד באותה מידה על גילוי האמת, הגנת החף מפשע ושמירת זכויות הנאשם<sup>240</sup>. דברים אלה הודגשו כבר בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה משנת 1976:

נזק לאינטרס הציבורי אין ביטויו דווקא בכך שעברייני פלוני, שלא יעמוד לדין, יעבור עבירה נוספת. פירושו גם פגיעה באימונו של הציבור כי אכן נעשה צדק, וכי השלטונות אינם נוקטים אמת-מידה של איפה ואיפה... השלטת משפט נעשית לא רק למען הענשת עבריינים אלא גם לשם מניעת עבירות נוספות, ואין מניעת עבירות, כאשר מאבד הציבור אימונו בדרכי פעולתן של הרשויות המשליטות את המשפט<sup>241</sup>.

במסגרת זו יש להקפיד על הזכויות להליך ראוי ולשוויון, שאף הן חלק מהאינטרס הציבורי, ולצקת בהן תוכן ראוי. תוכן זה צריך שיכלול, לדעתי, גם את האיסור על אכיפה סלקטיבית. כפי שראינו דפוס אכיפה שכזה הוא פסול וגורר בעיות חמורות ופגיעה בזכויות יסוד. ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית תחזק את שלטון החוק ואף תגביר את אמון הציבור ברשות השופטת<sup>242</sup>.

## ד. האם יש מקום לדיון מובחן באכיפה סלקטיבית

ראינו כי הגשמת עקרונות היסוד של שיטת המשפט שלנו מחייבת את בתי המשפט להעביר ביקורת על התנהגותן של רשויות האכיפה ועל האופן שבו הן מפעילות את שיקול

239 ראו אוקון ושחם (לעיל, הערה 136), בעמ' 268.

240 תפיסה זו אופינית לשיטות המשפט האקוונטוריות, והיא באה לביטוי גם בארצות-הברית שבה התובע מתואר כ-"Minister of Justice"; ראו מ' קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה (תשנ"ז) 173, 175-176.

241 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה: מדיניות בקשר להסכמים עם הסנגוריה (הנחיה מס' 50.050 מיום 1.8.76). ראו גם בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 734, 718.

242 ראו לעיל סעיף א.5. והשוו ברק (לעיל, הערה 153), בעמ' 491: "הרשות השופטת עוסקת אך בביקורת. במהלכה של זו, וכתוצאת לוואי, צריכה זו לבחון אם המדיניות שגובשה על ידי הרשויות הפוליטיות היא במתחם הסבירות, אם לאו. רק דבקות בתפיסה מאוזנת זו תביא לאמון הציבור ברשות השופטת". כן ראו סגל וזמיר (לעיל, הערה 152), בעמ' 48: "הצבתו של בית-המשפט כגורם נוסף בשקילת האינטרס הציבורי יכולה לחזק את האמון הציבורי כי ההחלטה נעשתה כדין, כך שהינה עומדת באמות המידה המחייבות רשויות ציבוריות שבידיהן מופקד כבוד האדם".

## אכיפה סלקטיבית

הדעת שלהן: עקרון היסוד של שלטון החוק, אשר מעמיד דרישות יסוד כגון ודאות הדין, פומביות הדין ואיסור רטרואקטיביות מחייב מתן נפקות למנהגי האכיפה. עקרון הפרדת הרשויות – במובנו המודרני של "בלמים ואיזונים" – מחייב כי במלאכת אכיפת החוק תעסקנה שלוש הרשויות, תוך סינכרוניזציה והיזון חוזר ביניהן, ומטיל על בית המשפט תפקיד חשוב בהיותו החוליה האחרונה בשרשרת. יתרה מזאת, אף עקרונות המשפט הפלילי תומכים בלגיטימיות הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה, שכן אינטרס הציבור אינו רק בהרשעת העבריין ובזיכוי החף מפשע אלא גם ביושרה המוסרית של ההליך הפלילי.

זאת ועוד, ההתפתחויות האחרונות בשיטת המשפט שלנו, ובראשן חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מחזקים את היכולת של בית המשפט – ברמה העקרונית – ומעניקים לו את הכלים – ברמה המעשית – להעביר ביקורת על אכיפה סלקטיבית המבוצעת על ידי רשויות האכיפה. אכיפה סלקטיבית שמקורה בשיקולים זרים כגון מין, גזע או דת, כלומר אכיפה המפלה לרעה על רקע קבוצתי, אסורה מכוח הזכות לכבוד שבחוק היסוד, ואילו אכיפה סלקטיבית, שמקורה בחוסר סבירות, חוסר מידתיות או שרירות גרדא, אסורה לאור חוק היסוד על פי ההשקפה כי החוק מעגן את הזכות להליך נאות.

שאלה אחרת נוגעת כאמור לחשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית. אכן, ברוב המקרים ביסודה של אכיפה סלקטיבית פסולה ניתן לזהות אף פגמים אחרים בפעולת רשויות האכיפה. כך למשל אכיפה סלקטיבית פוגעת בזכות לשוויון ולכן ניתן לדון בה כטענת אפליה. ניתן לטעון גם כי אכיפת החוק על בסיס סיווג שלא תואם את מטרות החוק עולה כדי חוסר סמכות, שכן למרות שיקול הדעת הרחב הנתון לרשויות האכיפה, הרי שהן אינן מוסמכות לאכוף את החוק באופן סלקטיבי. אכיפה סלקטיבית שיסודה בשרירות עשויה להוות חוסר סבירות או חוסר מידתיות, אשר יש בהם לפסול את המעשה המינהלי, ואילו אכיפה סלקטיבית שיסודה בשיקול זר עשויה להיפסל על סמך הכלל האוסר על שיקולים זרים.

התופעה של אכיפה סלקטיבית יכולה אפוא להקים עילות ביקורת רבות, אך היא נוגעת בהיבטים יחודיים שלהן ובחלקים מהן, באופן שניסיון לקשר את התופעה עם עילה אחת או עם עילות שונות במצבים שונים, יגרע הן מהיכולת לזהות את התופעה הן מהיכולת להעביר ביקורת שיפוטית ראויה עליה. ברצוני לתמוך בגישה הכללית המקדמת קונקרטיזציה של עילות הביקורת בעידן שיקול הדעת המינהלי, דהיינו פיתוח עילות פרטניות בעלות תוכן קונקרטי, כחלק מהניסיון להתמודד עם שיקול הדעת הרחב המוקנה לרשות המינהלית בדמוקרטיה המודרנית וכביטוי להתפתחות הטבעית של המשפט הצועד, כמו כל תחומי החיים, לעבר מודרניזציה והתמקצעות ספציפית<sup>243</sup>. לשם כך יש להבין תחילה את תהליך התפתחותה של הביקורת השיפוטית במדינת ישראל והמעבר מביקורת בעילת חוסר סמכות,

243 ראו גם טמיר (לעיל, הערה 145), בעמ' 513.

לביקורת בעילת הסבירות ומשם להתפתחות של עילות נוספות. במסגרת התפתחות מבורכת זו, אין ספק לדעתי כי תופעת האכיפה הסלקטיבית, הטומנת בחובה היבטים ייחודיים ובעייתיים, ראויה לדיון פרטני ומובחן, גם אם עילת הביקורת תיגזר מעילות קיימות.

### 1. התמוטטות דוקטרינת ה-*ultra vires*

המודל המסורתי של המשפט המינהלי, המכונה "מודל חגורת ההעברה" (transmission belt) או "המודל הדייסיני" (ע"ש Dicey)<sup>244</sup>, מבוסס על תפיסת המדינה הדמוקרטית, כמדינה שבה לפרלמנט מונופול על קביעת הכללים. את הלגיטימציה לקביעת הכללים מקבל הפרלמנט מהעם והוא המעניק לגיטימציה לפעולתה של הרשות המבצעת<sup>245</sup>. תפקידה של זו האחרונה מתמצה ביישום הוראות החוק למקרה הקונקרטי. תפיסה זו, שעמדה בבסיס המשפט המינהלי במדינת ישראל, כמו גם בדמוקרטיות מערביות אחרות, העמידה את הצורך בהגבלת כוחו של השלטון בראש סדר העדיפויות של המשפט, בכלל, ושל המשפט הציבורי, בפרט<sup>246</sup>. בהתאם לכך, הביקורת השיפוטית התבססה על דוקטרינת ה-*ultra-vires*, הבוחנת את השאלה אם הרשות המינהלית חרגה מהמנדט שניתן לה על ידי המחוקק. דוקטרינה זו היא ביטוי לעקרון חוקיות המינהל, אשר הוא אחד מהיבטיו של עקרון שלטון החוק. על פי עיקרון זה, מקור הסמכות חייב להיות בחקיקה, ויתרה מזאת הפעלת הסמכות חייבת ליפול בגבולות שהוגדרו על ידי המחוקק<sup>247</sup>. באמצעות דוקטרינת ה-*ultra-vires* בית המשפט ראה עצמו אוכף את כוונת המחוקק, תוך הדגשה כי הוא בוחן את תוקף ההחלטה ולא את טיבה, ועל כן מעביר ביקורת שיפוטית, אך אינו משמש כערכאת ערעור על הרשות המינהלית<sup>248</sup> ואף אינו מבקש להתערב בכושרה ויעילותה ובאופן שבו היא מנהלת את ענייניה<sup>249</sup>. כפועל יוצא מכך, כאשר הרשות המינהלית לא חרגה מגבולות

244 R.B. Craig *Administrative Law* (5<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2003), 4-5; P.P. Stewart "The Reformation Of American Administrative Law" 88 *Harv. L. Rev.* (1975) 1667, 1675.

245 I. Loveland *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights* (4<sup>th</sup> ed., Oxford, 2006), 58.

246 "דוח הנחיות מינהליות (תשנ"ו)", 302.

247 ראו לעיל, פרק שני, סעיף 11.

248 Craig (לעיל, הערה 244), בעמ' 7.

249 ראו דברי השופט זוסמן בבג"ץ 311/60 מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 1996: "פיקוחו של בית משפט זה על הרשות המינהלית יהא בהכרח פיקוח משפטי בלבד, היינו הפיקוח יהא מוגבל בשאלה, אם חרגה הרשות מסמכויותיה כפי שהחוק קבע, או אם נתגלתה אגב השימוש בשיקול הדעת שגיאה משפטית. ואילו יעילות השימוש בשיקול הדעת ומידת תבונתו – להבדיל מחוקיותו – אינן ניתנות לבדיקה על-ידי בית משפט זה, מן הטעם הפשוט שאין בידי ערכאה משפטית זו הכלים והמכשירים הדרושים לשם כך".

## אכיפה סלקטיבית

ההסמכה של החוק, בית המשפט נמנע מלהתערב, משום שהוא חייב היה להניח כי פעולת הרשות המבצעת נעשתה ברשותה ותחת הסמכתה של הרשות המחוקקת<sup>250</sup>.

דוקטרינת ה-*ultra-vires* עוררה בעיות רבות<sup>251</sup>, אשר המרכזית מביניהן היא חוסר התאמתה למבנה המדינה המודרנית שבה נחקקים חוקים רבים המעניקים סמכויות נרחבות למינהל הציבורי והמנוסחים בלשון המאפשרת לרשות המינהלית להפעיל שיקול דעת<sup>252</sup>. בהקשר זה מתעוררת במלוא חריפותה בעיית חוסר הקביעות (*indeterminacy*) של דוקטרינת ה-*ultra-vires*: על מנת לבחון אם קיימת חריגה מסמכות, על בית המשפט לקבוע ראשית את מתחם הסמכות על פי כוונת המחוקק<sup>253</sup>. דא עקא, שככל ששיקול הדעת המוענק בחוק רחב יותר, אמנם מתחם זה לכאורה רחב יותר, אך גבולותיו קשים יותר לקביעה ויישומה של הסמכות במקרה הפרטני מעורר יותר מחלוקת. נוצר מצב שבו בית המשפט מתערב למעשה באופן שבו מפרשת הרשות המינהלית את הסמכות שהוענקה לה בחוק<sup>254</sup>, וההבחנה בין ביקורת על תוקף ההחלטה לבין ביקורת על טיבה – מיטשטשת. הסיבה לכך היא שכל ביקורת ניתנת להצדקה בכך שכוונת המחוקק הייתה שמתחם הסמכות יהיה שונה, ואין בנמצא כל קריטריון אובייקטיבי לקביעת מתחם הסמכות<sup>255</sup>.

תהליך הגידול של סמכויות המינהל הציבורי ושיקול הדעת המוענק לו, הוביל אף לשינוי הפונקציה המרכזית של המשפט המינהלי: לא רק הגנה על הפרט מפני כוחו של השלטון, אלא בחינת השאלה עד כמה הרשות הגיעה להחלטה המאזנת כראוי בין האינטרסים הפרטיים לבין האינטרס הציבורי. לפונקציה זו המודל המסורתי ודוקטרינת ה-*ultra-vires* כבר אינם מתאימים, שכן הם מהווים בעיקרם אמצעי שלילי לבחינת פעולתה של הרשות, אשר אינו בוחן את הפן הפוזיטיבי של פעולתה, דהיינו את מידת ההתחשבות באינטרסים של הפרטים השונים ואת פיתוח המדיניות לטובתם<sup>256</sup>.

דומה כי בהקשר של תופעת האכיפה הסלקטיבית – מגבלות עילת חוסר הסמכות ברורים. שיקול הדעת הנתון לרשויות האכיפה רחב ביותר, באופן המקשה על הגדרת גבולות הסמכות. במצב זה, יהיה מאולץ לומר כי על בית המשפט לבחון רק את תוקף ההחלטה על פי גבולות הסמכות כפי שהוגדרה בחוק, שהרי אין מנוס מהתערבות בית המשפט באופן שבו מפרשת הרשות את סמכותה. כך למשל בית המשפט יצטרך לקבוע אם הסיווג שיצרה הרשות לצורך אכיפה הוא סיווג כשר על פי המחוקק – קביעה שיש בה משום

- 250 דותן (לעיל הערה 246), בעמ' 308.
- 251 לסקירה מקיפה ראו Craig (לעיל, הערה 244), בעמ' 17-12.
- 252 להמחשה ראו Loveland (לעיל, הערה 245), בעמ' 511-504.
- 253 D.J. Galligan *Discretionary Powers – A Legal Study of Official Discretion* (Clarendon, Oxford, 1990), 13.
- 254 I. Sykes, R.R. Tracy *Cases and Materials on Administrative Law* (4<sup>th</sup> ed., Butterworths, 1982), 7.
- 255 Craig (לעיל, הערה 244), בעמ' 13.
- 256 Stewart (לעיל, הערה 244), בעמ' 1670, 1687.

ביקורת על טיבה של ההחלטה, מעבר לתוקפה. זאת ועוד, הפעלה של סמכות אכיפה, אולי יותר מכל סמכות אחרת, דורשת איזון עדין בין אינטרסים פרטיים שונים מול האינטרסים הציבוריים על כל קשת גווניהם (החל מהאינטרס המוגן באמצעות הכלל המשפטי הנאכף, וכלה במגבלות משאבים ומחסור בתקציב). ביקורת על סמכות מסוג זה אינה יכולה להסתפק בבחינה שלילית בדבר אי-חריגה מסמכות ועליה לבחון באופן פוזיטיבי את מדיניות הרשות הרלוונטית ואת יישומה הפרטני לנסיבות המקרה.

אחת הדרכים שהתפתחו לצורך התמודדות עם חוסר ההתאמה של עילת חוסר הסמכות לעידן המודרני היא הפעלת מבחן הסבירות, אשר במסגרתו נבחנת גם השאלה אם האיזון אשר נעשה על ידי הרשות המינהלית בין האינטרסים השונים שיש להתחשב בהם הוא איזון ראוי<sup>257</sup>.

## 2. עילת הסבירות

עילת הסבירות כפי שפותחה בפסקי דין מרכז הקבלנים<sup>258</sup> ודפי זהב<sup>259</sup> כעילה עצמאית לבחינתו של שיקול דעת מינהלי, מעבירה כל החלטה מינהלית בכור ההיתוך של "הרשות המינהלית הסבירה" או "עובד הציבור הסביר", והשאלה היא אם הם היו עשויים באותו מצב לקבל את אותה החלטה. עם זאת העילה מותירה לרשות חופש בחירה מינהלי מסוים הפועל ב"מתחם הסבירות", שבו לא יתערב בית המשפט ולא יחליף את שיקול הדעת המינהלי בשיקול דעתו. ואולם בחירה של הרשות המינהלית באופציה שהיא מחוץ למתחם הסבירות, אשר אף הוא עצמו נקבע על ידי בית המשפט, תגרום להתערבותו ולפסילת ההחלטה. הבסיס להלכה זו קיים היה כבר במשפט האנגלי<sup>260</sup>, אך החלת המבחן גם על תקנות המותקנות על ידי שרים נעשתה בישראל כבר בשנות ה-60<sup>261</sup>, בצעד שבו הקדים בית המשפט בישראל את בית המשפט באנגליה<sup>262</sup>. דומה כי תהליך זה הוא תוצאה בלתי נמנעת של מעורבות היתר של מדינת ישראל בחיי אזרחיה, העולה אף על המעורבות המקובלת במדינות דמוקרטיות אחרות<sup>263</sup>. דא עקא, יש שראו בפיתוחה של עילת הסבירות

257 ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (להלן: בג"ץ דפי זהב), 445.

258 בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729.

259 לעיל, הערה 257.

260 פסק הדין המנחה בסוגיה הוא *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1947] 2 ALL. E.R. 680.

261 ראו ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026.

262 ראו י' זמיר "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?" משפטים יט (תש"ן) 563, 566.

263 ראו לעיל, סעיף ב(ב).

## אכיפה סלקטיבית

כעילה עצמאית "מהפכה שיפוטית"<sup>264</sup> של ממש, בייחוד נוכח הקביעה כי כל מעשה שלטוני בישראל כפוף עקרונית לביקורת על פי עילה זו<sup>265</sup>.  
עילת הסבירות זכתה לביקורת קשה בספרות מטעמים שונים: ראשית, היו שעמדו על חוסר הקביעות שבעילה. הטענה היא כי בהיעדר קריטריון אובייקטיבי או פרוצדורה רציונלית לקביעת מתחם הסבירות, הופכת ההכרעה לתלויה בשיפוטו הסובייקטיבי של השופט:

קיימת סתירה פנימית בין עצם גמישותו של מושג הסבירות, שהפוסק יכול לצקת בו תוכן על פי הבנתו, לבין העלאת אותו מושג לדרגת קנה מידה קשיח. כך נהפכת נוסחת הסבירות לכעין מילת צופן, חסרת תוכן מוגדר משלה, המשמשת מכשיר אובייקטיבי, כביכול, בידי השופט, אך לאמיתו של דבר מופעל באמצעותו שיקול הדעת הסובייקטיבי של השופט, המתבטא במלאכת האיזון בין אינטרסים נוגדים, כפי שאלה נראים בעיני השופט.<sup>266</sup>

באופן זה עלולה העילה להביא לאוסף החלטות בודדות וסובייקטיביות, המוכרעות באופן צר על פי נסיבות המקרה הנדון ודעות השופטים, ואשר אינן נשענות על עקרונות וכללים ואינן מתמזגות לכלל מסכת אחת<sup>267</sup>. נמצא כי דוקטרינת הסבירות – אשר התפתחה, בין היתר, בשל אי-יכולתה של דוקטרינת ה-*ultra-vires* לשמש מכשיר מספק לביקורת השיפוטית – לוקה גם היא בחוסר קביעות, בדומה לדוקטרינת ה-*ultra-vires* המשוללת, כאמור, קריטריון אובייקטיבי לקביעתו של "מתחם הסמכות". שנית, נטען כי העילה יוצרת חוסר ודאות, בשל חוסר האפשרות לצפות אילו ממעשיה של הרשות המינהלית יעמדו בביקורת שיפוטית ואילו מהם ייפסלו<sup>268</sup>. שלישית, הודגש חוסר היכולת של העילה לשמש

264 ד' קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט (תש"ן) 551. לביקורת על הכינוי "מהפכה שיפוטית" ראו זמיר (לעיל, הערה 262). לדעת פרופ' זמיר, מדובר במבחן ישן שמקורו במשפט האנגלי ואשר היה בשימוש גם במשפט הישראלי. בפסק דין דפי זהב (לעיל, הערה 257) בית המשפט הוסיף את המבנה התאורטי של המבחן, אך בפועל הוא לא הרחיב את גבולותיו ולא נתרבו המקרים שבהם נפסלו הנחיות בשל חוסר סבירות. החידוש הוא אפוא בצורה ולא בתוכן.

265 ראו בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441.

266 מ' לנדוי "על שפיטות וסבירות בדיון המינהלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5, 12. וראו גם ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטית" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7, 12: "השופט יוצר את הסובייקט הסביר רק על מנת לשוב ולהצמיחו לכוח המקבע של סבירותו הוא".

267 מ' שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 102, 126.

268 שם, בעמ' 127. שקד אף מעלה את החשש כי מידת אי-הוודאות הכרוכה בעילת חוסר הסבירות היא כה גדולה, עד שהיא עלולה להוביל לשרירות לב שיפוטית. העומס המוטל על

הנחיה למינהל. בהקשר זה נטען כי בעוד אחד מתפקידיו העיקריים של בג"ץ הוא לקבוע נורמות וסטנדרטים אשר יחייבו את המינהל הציבורי בפעולותיו, הרי שהחלטותיו של בג"ץ תחת עילת הסבירות, אפילו כאשר הן נכונות ומועילות לגופן, אין בהן כדי לשמש הנחיה למינהל. רביעית, היו שקשרו בין עילת הסבירות לאקטיביזם שיפוטי וטענו כי עילת הסבירות, המותירה את שאלת היקף התערבות בית המשפט לשיקול דעתו ממקרה למקרה, משבשת את קווי ההפרדה בין פוליטיקה ומשפט ועלולה להביא לריכוז יתר של כוח בידי הרשות השופטת, תוך חדירה אל התחום השייך לרשות המבצעת<sup>269</sup>. וחמישית, הועלה החשש כי יש בשימוש בעילת הסבירות להביא לכדי החלשה או ויתור על כלל הריסון השיפוטי<sup>270</sup>. בהקשר זה נטען כי למרות הרטוריקה של בית המשפט בדבר "מתחם סבירות", שבתוכו כל החלטה מינהלית תהא תקפה גם אם היא שונה מההחלטה שהיה מקבל בית המשפט, הרי שבפועל גישתו של בג"ץ בדונו על פי מבחן הסבירות דומה יותר לגישה ערעורית מאשר לגישה של ביקורת שיפוטית, כאשר הרתיעה מדיון *de novo* בהחלטות מינהליות נתעמעמה<sup>271</sup>.

למרות כל האמור, מעניין לציין כי נכונות בית המשפט לבחון את סבירותן של פעולות המינהל לא הובילה לביטולן של פעולות רבות. יתרה מזאת, בשני פסקי הדין המרכזיים שבהם פותח מושג הסבירות, מרכז הקבלנים ודפי זהב, הגיע בית המשפט למסקנה שלא להתערב<sup>272</sup>. דומה כי הדבר נובע מהדגשתו של בית המשפט, במסגרת פיתוח עילת הסבירות, כי רק חוסר סבירות קיצוני יביא לפסילת אקט מינהלי, דהיינו כדי שסטייה מסטנדרט ההתנהגות המקובל על רשות מינהלית סבירה תביא לביטול המעשה המינהלי, יש

בתי המשפט, המחסור בכלים טכניים, ליקויי המינהל, הרצון לסייע לאדם העומד בפני בית המשפט וטוען שקופח, דוחפים את בית המשפט לעשות "צדק" כמרב יכולתו, על פי המקרה הקונקרטי העומד בפניו.

269 לנדוי (לעיל הערה 266), בעמ' 13; מ' מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 25, 45. לדעה נוגדת, שלפיה אין קשר הכרחי בין אקטיביזם שיפוטי לבין הכרה בעילת הסבירות כמכשיר ביקורת ראו א' זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 291, 301.

270 הכלל שלפיו בית המשפט לא יחליף את שיקול הדעת המינהלי בשיקול דעתו הוא. ראו למשל פסק דין דפי זהב (לעיל, הערה 257), בעמ' 443.

271 לנדוי (לעיל, הערה 266), בעמ' 11; שקד (לעיל, הערה 267), בעמ' 104-105.

272 לדיון בנקודה זו ראו קרצמר (לעיל, הערה 264), בעמ' 553 – פרופ' קרצמר סבור כי השאלה החשובה אינה אם בסופו של דבר בית המשפט מתערב במעשה המינהלי. עצם הנכונות לבחון מעשה לגופו, יש בה, לשיטתו, משמעות רבה, הן מבחינת מערכת המינהל הציבורי הן מבחינתה של הרשות השופטת. לעומת זאת פרופ' זמיר מציין את אי-ריבוי המקרים שבהם התערב בית המשפט בהחלטות הרשות המינהלית, כהוכחה לכך שיש בפיתוח עילת הסבירות אמנם תרומה חשובה לתורת המשפט, אך אין בכך שינוי דין – ראו זמיר (לעיל, הערה 262), בעמ' 566.

## אכיפה סלקטיבית

צורך בסטייה מהותית היורדת לשורשו של העניין<sup>273</sup>. דווקא דרישה זו יכולה להביא להשאתן על כנן של החלטות מינהליות, אשר פגיעתן בפרט רבה, הגם שאין בהן חוסר סבירות קיצוני<sup>274</sup>. ואכן קיימים, לדעתי, מקרים שבהם בית המשפט נותן לרשות המינהלית מתחם סבירות רחב מדי, ונראה שהדבר נובע מרתיעתו הטבעית של בית המשפט ממתן החלטה שתצטייר כהחלפת שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו<sup>275</sup>.

גם הבעיות שהועלו בהקשר לעילת הסבירות, בדומה לאלה שהועלו בהקשר של חוסר סמכות, מקבלות משנה תוקף בדוננו בתופעת האכיפה הסלקטיבית. המושג העמום "סבירות" מעלה שאלות קשות כאשר עסקינן בסלקטיביות באכיפה: כיצד נקבע "מתחם הסבירות" במצבים שבהם אכיפה היא לכאורה חוקית, אך נטען כי החוק לא נאכף כלפי אחרים באותו מצב? מתי "חוסר הסבירות" הופך ל"קיצוני" בנסיבות אלה? כיצד החלטה על "חוסר סבירות" יכולה לשמש הנחיה לעתיד לרשויות האכיפה? מאחר ולא כל אכיפה חלקית היא אכיפה סלקטיבית פסולה וההבדל ביניהן טמון לעתים בניואנסים קטנים – עילה כללית כמו סבירות אינה יכולה להתמודד עם הבעיה. יתרה מזאת, מתעורר החשש כי בשל שיקול הדעת הרחב שמוקנה לרשויות האכיפה, מתחם הסבירות שיינתן לרשויות אלה יהיה כה רחב, עד כי לעתים נדירות ביותר בית המשפט יפסול סלקטיביות באכיפה בשל חוסר סבירותה הקיצוני.

אכן, חוסר סבירות כמו גם פגמים אחרים שבשיקול הדעת המינהלי יכול שיעמוד בבסיסה של אכיפה סלקטיבית פסולה, עם זאת עילת הסבירות כשלעצמה, למרות חשיבותה כעילה הבוחנת את שיקול הדעת המהותי של הרשות, אינה נותנת פיתרון מספק למטרה של טיפול בתופעת האכיפה הסלקטיבית, מתן נפקות להוכחתה וסעד ראוי לנפגע ממנה.

### 3. דוקטרינת התכליתיות

בעיית שיקול הדעת המינהלי וחוסר ההתאמה של דוקטרינת ה-*ultra-vires* ככלי לביקורת שיפוטית במדינת המינהל המודרנית, הובילו במהרה לחיפוש אחר פתרונות

273 ראו למשל פסק דין דפי זהב (לעיל, הערה 257), בעמ' 443-444.

274 ז' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט (תשנ"א) 507, 529; ז' סגל "סמכות ביטחונית, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית" משפט וממשל א (תשנ"ג) 477, 482.

275 ראו למשל בג"ץ 1101/96 אברהם נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.6.97). בעתירה זו נתקפה חוקיותן של תקנות מסוימות בתקנות התעבורה, העוסקות במתן רשיונות למוניות. בית המשפט מתח ביקורת על ההסדר הקיים, כפי שנקבע בתקנות, אשר התבסס על הפרדה חדה בין רשיונות לנסיעות מיוחדות לבין רשיונות לנסיעות שירות, וציין כי יש לבדוק אם לא ראוי לשנות או להגמיש את ההסדר הקיים. עם זאת בית המשפט פסק כי גם אם ניתן לקבוע הסדרים טובים יותר לשירותי מוניות מאשר ההסדר שנקבע בתקנות, אין יסוד לומר כי ההסדר שנקבע בתקנות הוא בלתי סביר באורח קיצוני, עד שצריך לפסול אותו.



חלופיים<sup>276</sup>. בין השאר, הביאה הבעיה לפיתוחם של כלים נוספים לביקורת השיפוטית. כך למשל הורחבה דוקטרינת ה־*ultra-vires* גם לדוקטרינה של תכליתיות, הפוסלת פעולה של הרשות שנעשתה למטרה זרה, מתוך הנחה כי לרשות סמכות לפעול רק לשם המטרה שנקבעה בחוק<sup>277</sup>, והורחב השימוש בכללי הצדק הטבעי (rules of natural justice), שהם כללים של הגינות דיונית בהליך המינהלי<sup>278</sup>. דא עקא, שאלה הם רק פתרונות נקודתיים: דוקטרינה של תכליתיות תלויה בקיומו של חוק מסגרת אשר מטרתו ברורה ואילו כללי הצדק הטבעי נותנים מענה רק לסיטואציות שבהן מתעוררת בעיה של הפרתם. ניתן לטעון כי במסגרת פתרונות נקודתיים אלה, דוקטרינת התכליתיות, על ענף המשנה שלה האוסר על הרשות המינהלית לשקול שיקולים הזרים למטרות החוק – יכולה להוות פיתרון ראוי להתמודדות עם הביקורת השיפוטית על תופעת האכיפה הסלקטיבית, אך גם פיתרון זה אינו נותן דגש מספיק למובחנות של הבעיה. כאשר האכיפה הסלקטיבית מבוססת על שיקולים כגון גזע או דת, אין ספק כי שיקולים אלה זרים למטרותיו של כל חוק באשר הוא. אך אכיפה סלקטיבית, כפי שהוגדרה לעיל, יכול שתנבע גם מסיווג שיצרו רשויות האכיפה ואשר אינו תואם את החוק המסמיך. אכיפה על פי סיווג לא ראוי אינה זהה בהכרח לשקילת שיקול זר. ניתן להדגים זאת באמצעות ע"פ תורג'מן<sup>279</sup>. בעניין זה אכפה המשטרה את חוקי הסרסרות לזנות רק במצבים שבהם התקבלו תלונות של השכנים. התוצאה הייתה כי בעוד מכוני ליווי רבים פעלו בתל-אביב, תוך שהמשטרה מעלימה עין מהם, המערערת הייתה אחת הבודדות שהועמדו לדין ואף הורשעה. השופט מישאל חשין בדעת מיעוט סבר כי המשטרה לא הייתה מוסמכת לאכוף את החוק רק כנגד מי שהתלוננו כנגדו השכנים, שכן הדגש בעבירת הסרסרות לזנות אינו רק בהיותה מטרד. אכן, אף לשיטתי מדובר באכיפה סלקטיבית פסולה. אלא שהפסלות אינה נובעת דווקא מהיות השיקול בדבר המטרד לשכנים שיקול זר, אלא בשל כך שזהו הסיווג הבלעדי שיצרה המשטרה לצורך אכיפה. הבעיה אינה בכך ששיקול המטרד לשכנים נשקל אלא בתוצאה הבלתי ראויה, שלפיה כמעט ורק המערערת הועמדה לדין. ייתכן כי גם אם בדרך כלל המשטרה הייתה אוכפת את הדין כנגד בעלי מכוני ליווי, לא ניתן היה למצות את הדין עם כולם. במצב כזה, שבו המשטרה הייתה מתאמצת לאכוף את החוק, תלונות של השכנים יכולות היו לסייע בעדה ולא היו מהוות

276 לסקירת ההצעות השונות והמגוונות להתמודדות עם הבעיה ראו דותן (לעיל, הערה 246), בעמ' 341-336 Stewart; (לעיל, הערה 244), בעמ' 1711-1688.

277 ראו Sykes & Tracey (לעיל, הערה 254), בעמ' 71-61 Loveland; (לעיל, הערה 245), בעמ' 510-509.

278 במרכזם של כללי הצדק הטבעי עומדים שני כללים מרכזיים: הכלל נגד הטיה, הכולל איסור משוא פנים וניגוד עניינים, והכלל בדבר זכות השמיעה – ראו Loveland (לעיל, הערה 245), בעמ' 537-536. בארצות הברית פותחו הכללים במסגרת דרישת ה־*due process* של התיקון ה־14 לחוקה.

279 לעיל, הערה 3.

שיקול זר לאכיפה<sup>280</sup>. אף מדבריו של השופט חשין עולה כי לא זו בלבד שתלונות השכנים אינן שיקול זר, אלא שמניעת מטרדים לשכנים היא פן אחד של העבירה:

המערערת, כמוה כאחרים – כמותה ושלא כמותה. לעבירות שהמערערת הורשעה בהן שני פנים: מעבר מזה – ובו הורתן ולידתן – נועדו אותן עבירות לשמירת "המוסר הציבורי", למניעתה של "השחתת המידות", לאכיפת נורמות של מוסר על בני החברה, למניעת ניצולן לרעה של נשים, ועוד כיוצא באלו מטרות... מן הצד האחר, יועדה לעבירות אלו שלפנינו המטרה של ביעור מיטרדים, בין מיטרדים ליחיד ובין מיטרדים לרבים. מטרה זו אין היא נגזרת לא מהשקפת עולם, לא מערכי מוסר נעלים ולא מן הצורך לעשות לתיקון החברה ולהגנת החלשים בה. מזין אותה הצורך הפשוט והבסיסי, כי יותן לו לאדם – לאותו "שכן" – לחיות את חייו בשקט ובשלווה, בהשקט ובביטחה, שלא יבוא לידי טירדה ושלא יפגעו ברווחתו. מדיניותה של המשטרה כיום מדגישה בעיקר פן זה האחרון של העבירות נושא ענייננו – פן המיטרדים – אשר על כן אין מנגנון המשטרה נכנס לכלל פעולה, אלא במקום ששכן מגיש תלונה על "מיטרד", הנגרם לו עקב שימוש במקום לשם עיסוק בזנות<sup>281</sup>.

הפסול נובע אפוא לא מכך שתלונות של השכנים הם שיקול זר, אלא מכך שהן היוו את הסיווג הבלעדי לצורך אכיפה, דבר שגרר תוצאה אבסורדית, שלפיה מבין מאות מכוני ליווי – המערערת הייתה אחת הבודדות שהועמדו לדין. דהיינו הפסול אינו מותנה באי-חוקיות של השיקולים שביסוד ההחלטה אלא מאי-העקיבות של הפעולות השונות (החלטות אכיפה או מחדלים של אי-אכיפה), שכן החלטה של רשות מינהלית נדרשת להיות עקיבה להחלטותיה האחרות של הרשות ולמדיניותה<sup>282</sup>. יטען הטוען כי זו התגלמותה של עילת

280 כפי שכבר ציינתי (ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ד3) לא זו בלבד שתלונות של השכנים אינן שיקול זר, אלא שהן שיקול רלוונטי מאוד. ראשית, משום שכאשר קיימת תלונה המשטרה מחויבת לחקור. ושנית, משום ששכנים מתלוננים יכולים לתת מידע רלוונטי, כמו האם מועסקות קטינות וכו'. אלא שבכל הנוגע להעמדה לדין, עדיין הייתה קיימת כאן סלקטיביות פסולה. בדומה, אם למשל רשויות המס מנסות לאכוף את הדין כנגד כל מעלימי המס ולשם כך נעזרות בתלונות של אנשים על מעלימים אלה, לא ניתן לטעון כי זהו שיקול זר, כל עוד הדין לא נאכף רק כנגד מי שמתחרה שלו או אדם אחר מתלונן עליו (אכן, מהריאיון שערכתי עם נציבת מס הכנסה, עו"ד טלי ירון-אלדר, עולה שהגם שאין מתעלמים מתלוננות, רוב האכיפה נעשית על סמך מדיניות. ראו להלן, נספח ה).

281 ע"פ תורג'מן (לעיל, הערה 3), בעמ' 453-454.

282 ראו א' בנדור "שוויון ושיקול-דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" ספר שמגר (חלק א, תשס"ג) 287, 302 – המחבר מסביר כי גם בשיטה המכירה בשיקול דעת שלטוני, ייתכנו מצבים שבהם הפרה של השוויון לא תהיה טפלה לסוג אחר של הפרה של כללים

חוסר הסבירות, אשר עניינה במתן משקל מכריע לשיקול ענייני אחד על חשבון שיקולים עניינים אחרים<sup>283</sup>, פרטניים (כמו מניעת ניצול נשים) וכלליים (כמו שיקול השוויון). טענה זו נכונה, אך היא מחזירה אותנו אל עילת הסבירות הרחבה והכללית – על כל בעיותיה שפורטו לעיל.

זאת ועוד, לעתים הוכחת הפגם של שיקולים זרים דורשת התחקות אחר המניעים הסובייקטיביים של הרשות, דהיינו מעין בחינה "פסיכולוגית" של מה ש"עבר למקבלי ההחלטה בראש", גם אם מבחינה אובייקטיבית ניתן להצדיק את ההחלטה על סמך שיקולים כשרים<sup>284</sup>. לגישה זאת אמנם יש יתרון מסוים, בייחוד אם ככלל אנחנו ספקנים לגבי מידת הענייניות של הרשות המינהלית במקרה הנדון. עם זאת הגישה ששמה דגש על המניע הסובייקטיבי גוררת קשיי הוכחה משמעותיים<sup>285</sup>, ואף מעוררת טיעון של סיבתיות: מה הטעם לפסול החלטה, שניתן עקרונית להשתיתה על בסיס חוקי כשר, אם הרשות תוכל לחזור ולקבל את אותה החלטה? לאור זאת קיימת מגמה בפסיקה לעבור למבחנים אובייקטיביים<sup>286</sup>. עילת האכיפה הסלקטיבית אכן יכולה להיגזר אף מפגמים אובייקטיביים, ויסודותיה, לשיטתי, אינם כוללים הוכחת מניע סובייקטיבי פסול דווקא.

- הנוגעים לשיקול דעת שלטוני: כלומר, אי-התחשבות בשיקולים רלוונטיים, התחשבות בשיקולים זרים, אי-סבירות או אי-מידתיות לסוגיהן.
- 283 ראו בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד (2) 105, 95; בג"ץ 2013/91 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד מו(1) 271, 278.
- 284 ראו ר' הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז), 448-449. לגישה סובייקטיבית ראו בג"ץ 392/72 ברגר נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז(2) 764 (להלן: בג"ץ ברגר), שם נפסלה החלטה להפקיע נכס מהעותרת בשל העובדה שלשיקול הפסול (היותה מיסיונרית) הייתה השפעה ממשית על מקבלי ההחלטה. לגישה אובייקטיבית, אשר בוחנת אם היה ניתן להגיע לתוצאה בהתעלם מהשיקול הזר, דהיינו בחינת סבירות התוצאה, ראו גישתו של הנשיא ברק בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (להלן: בג"ץ חורב), 76: "העובדה שהאלימות היא שהעלתה את הנושא על סדר היום השלטוני, והיא שהביאה לשקילת העניין מחדש, אין בה כשלעצמה כדי לפסול את ההחלטה שנתקבלה בעקבות שקילה מחודשת זו, ובלבד שתוכנה של ההחלטה לא יהיה מושפע מאותה אלימות". כן ראו דברי השופט דורנר בדנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מט(2) 195, 209: "פסילת החלטתו של שר הביטחון נובעת מאי-התחשבותו, הלכה למעשה, בשיקול שלעניין. במקרה זה ההתעלמות מן השיקול הרלוואנטי הפכה את ההחלטה אף לבלתי-סבירה".
- 285 ראו י' זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א (תשנ"ג) 295, 296-297: "אי אפשר לסמוך על הרשות המינהלית שבכל מקרה ומקרה תגלה לבית-המשפט את התמונה המלאה והאמיתית של השיקולים מהם הושפעה. אפילו פעלה הרשות בתום לב, כדי למלא את תפקידה כראוי, עדיין היא עשויה לחשוש שמא שיקולים מסוימים ימצאו על-ידי בית-המשפט בלתי-ראויים או בלתי-חוקיים. קל וחומר במקרים החמורים, כאשר הרשות התבססה על שיקולים פסולים ביודעין, ויש לה מניע חזק להסתיר את חרפתה".
- 286 ראו למשל דבריו של השופט ברק בבג"ץ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236, 247: "העותר ניגש שלוש פעמים לבחינה במקצוע 'השומה למעשה' ונכשל בכל

#### אכיפה סלקטיבית

שיקולים זרים יכולים אפוא לעמוד ביסודה של אכיפה<sup>287</sup> ואף ביסודה של אכיפה סלקטיבית, אך הם אינם זהים לפגם של אכיפה סלקטיבית והאיסור לשקול שיקולים זרים אינו יכול להוות פתרון כללי לתופעה.

#### 4. סבירות דיונית

מבין הדוקטרינות הכלליות יותר שהתפתחו ככלים לביקורת שיפוטית ב"עידן שיקול הדעת", בולטות דוקטרינת הסבירות המהותית, שנדונה לעיל, ואשר בוחנת את איזון האינטרסים הראוי, תוך התמקדות בסבירות התוצאה של ההליך המינהלי, ודוקטרינת הסבירות הדיונית, אשר בוחנת את הליך קבלת ההחלטה ואת המידה שבה הוא עומד בדרישות של הבניה רציונלית. במסגרת מבחן זה, יבדוק בית המשפט שורה של פרמטרים כגון האם הרשות המינהלית בחנה את כל העובדות הרלוונטיות, האם הרשות נקטה באמצעים מתאימים לברור שיטתי של העובדות (עריכת מחקרים וכדומה), האם הרשות קיימה הליך מסודר של גיבוש מדיניות (כולל היוועצות עם מומחים ועם סקטורים נוגעים בדבר), האם הרשות גיבשה הנחיות וכללים קודם שהחלה לקבל החלטות קונקרטיות, האם נבחנו כל החלופות השונות לפעולה באופן יסודי והאם הרשות נימקה באופן מסודר ושיטתי את החלטתה<sup>288</sup>.

שלוש הפעמים. דבר זה משתלב בתמונה הרחבה יותר של כישלונות כלל הנבחנים בבחינה במקצוע 'השומה למעשה'. מתוך חמישה מועדי בחינות, אחוז ההצלחה הגבוה ביותר היה 35% והנמוך ביותר 2%. נראה לי, כי נתונים אלה יש בהם כדי להצביע, לכאורה, על מדיניות מכוונת של הכשלת נבחנים. אכן, נטל קשה מוטל על עותר, החייב להוכיח שיקול סובייקטיבי פסול של רשות מוסמכת. מחשבות קשות הן להוכחה, ומחשבות שלא כדין על אחת כמה וכמה. מכאן המגמה המודרנית במשפט המינהלי לעבור ממבחנים סובייקטיביים באשר לפסלות שיקול הדעת (כגון שיקולים זרים) לעבר מבחנים אובייקטיביים (כגון סבירות). במסגרת המבחנים הסובייקטיביים, ניתן להיעזר בחזקות שונות, המבססות עצמן על ניסיון החיים. אחת מאותן חזקות עניינן המשקל המצטבר הנובע ממערכת נתונים סטטיסטיים. נתונים סטטיסטיים אלה מעניקים אמת מידה אובייקטיבית, ממנה ניתן להסיק מסקנות שבהגיון על שיקול-דעת סובייקטיבי פסול... נתונים סטטיסטיים עשויים, במקרים ראויים, ליצור חזקה שבעובדה, המעבירה את נטל הבאת הראיות על שכם הרשות השלטונית, הצריכה ליתן הסבר המניח את הדעת לפעולתה. במקרה שלפנינו, אחוז ההצלחה הנמוך במספר ניכר של בחינות, המשתרעות על תקופה ארוכה, יש בו כדי להצביע, לכאורה, על שיקול פסול, שכן ניסיון החיים גורס, כי אחוז ההצלחה בבחינות מקצועיות אינו כה נמוך. זוהי, כמובן, רק ראייה לכאורה, אשר ניתן לסותרה".

287 להעמדה לדין מטעמים זרים שאינם דווקא טעמים מפלים, ראו " נקדימון הגנה מן הצדק (תשס"ד), 333-329.

288 לשימוש בדוקטרינת סבירות דיונית ראו גישתו של מ"מ הנשיא שמגר, לעומת גישתו של השופט ברק בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (להלן: פרשת ברגר). בארצות-הברית הדבר בא לביטוי בדוקטרינת ה-hard look, אשר עומדת על האספקטים הפרוצדורליים

ההנחה העומדת ביסוד הדוקטרינה היא כי הליך ראוי יבטיח כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, וכי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה באופן שיוביל להבטחת האינטרסים המהותיים וזכויותיו המהותיות של הפרט<sup>289</sup>. דוקטרינה כזו נותנת מענה חלקי לבעיות חוסר האובייקטיביות וחוסר הוודאות שהזכרתי בהקשר לדוקטרינת הסבירות המהותית, שכן היא יוצרת מבחן ברור ומוגדר שתלוי הרבה פחות בתפיסתו הסובייקטיבית של השופט לגבי מתחם הסבירות. זאת ועוד, הדוקטרינה מתמקדת בעניינים דיוניים של קבלת החלטות, שבהם, על פני הדברים, יש לבית המשפט יתרון יחסי על רשויות המינהל<sup>290</sup>. הנחה נוספת של הדוקטרינה היא כי עמידה על דרישות פרוצדורליות גורמת לפרט להרגיש כי החלטות המתקבלות בהקשר אליו נלקחות ברצינות ואינן מתקבלות בצורה שרירותית או קפריזית<sup>291</sup>. למרות כל האמור, לדעתי אין בגישה פורמלית כדי לשמש תחליף לביקורת מהותית של החלטות מינהליות. אכן, גם במסגרת ההתמודדות עם תופעת האכיפה הסלקטיבית בהחלט יש לשים דגש על הליך קבלת החלטות האכיפה. בהקשר זה ראוי לעמוד על כך שרשויות האכיפה יקבעו מדיניות וקריטריונים לאכיפה, וכל מקרה קונקרטי ייבדק לגופו לאור המדיניות האמורה<sup>292</sup>. אין לזלזל בהנחה כי הליך תקין יוביל להחלטות טובות יותר, אך לא מן הנמנע כי גם הליך ראוי יוביל לעתים להחלטות בעייתיות שיש להתערב בהן. גישה זו

- של הסיביות בפעולת הרשות. ראו *A.C. Aman Administrartive Law in a Global Era* (Cornell University Press, New York, 1992), 26, 34.
- 289 ראו דבריו של מ"מ הנשיא שמגר בפרשת ברגר (לעיל, הערה 288), בעמ' 49. כן ראו Aman (לעיל, הערה 288), בעמ' 34: "The underline premise of this purely procedural version of the hard look doctrine was that the process of agency reasoning produced good results, which not only enhanced the legitimacy of the agency itself, but also increased the likelihood of wise policies that furthered statutory goals" ראו גם Loveland (לעיל, הערה 245), בעמ' 535: "The first argument speaks to the instrumental value of a concern with procedural standards. It would maintain that there is a linkage between the substance of the decision and the way in which the decision is made"
- 290 עם זאת יש לגישת הסבירות הדיונית גם חסרונות לא מבוטלים. למרות היותה מושכת את העין, הרי גישה זו עשויה לגרור את בית המשפט לגישה תובענית ביותר ופורמליסטית באופייה, שתכפה על רשויות המינהל דרכי החלטה הדומות (בצורה מוגזמת) לדרכי ההחלטה המשפטיות. בכך, התערבות בית המשפט יוצרת נטל כבד על רשויות המינהל, ועשויה לחבל ביעילות של פעולתם. השוו Loveland, שם, בעמ' 536.
- 291 ראו Loveland (לעיל, הערה 245), בעמ' 535: "The second argument is concerned with the intrinsic importance of fair procedures... it might be thought that we all as citizens are more likely to accept the legitimacy of the governmental process as a whole if governmental decision-makers are known to be prevented from acting in arbitrary or capricious ways"
- 292 לחשיבות קביעת מדיניות, ראו להלן, פרק שמיני, סעיף ב1.

מחזירה אותנו מחד, אל הצורך בעילה מהותית להתמודדות עם התופעה, ומאידך, אל הבעייתיות שמעוררת עילת הסבירות המהותית.

## 5. מידתיות

בשנות השמונים-תשעים של המאה העשרים התפתחה עילת מסגרת נוספת, אשר מהווה, במובן מסוים, עידון לעילת הסבירות המהותית. במסגרת עילת הסבירות בית המשפט מאזן בין השיקולים השונים, על מנת לבדוק אם האיזון שעשה המינהל נותר בגדר מתחם הסבירות. לעומת זאת המידתיות מניחה איזון ראוי בין השיקולים, אך בוחנת אם האמצעי שנקט להגשמת אותו איזון הוא האמצעי הראוי<sup>293</sup>. המידתיות התפתחה בארץ כעילה מינהלית ושודרגה אף לתנאי חוקתי בהיותה חלק מפסקת ההגבלה<sup>294</sup>. החובה לפעול באופן מידתי התפרשה כעוסקת ביחס בין התכלית לבין האמצעים הננקטים להגשמתה: לא די שהתכלית "ראויה" אלא גם האמצעים צריכים להיות ראויים ואמצעי ראוי הוא אמצעי מידתי<sup>295</sup>. על כן עניינה של בדיקה זו, בין היתר, בבחינת החלופות להשגת התכלית. לאחר שהוכשרה התכלית, יש לבחון במסגרת דרישת המידתיות שלושה מבחני משנה<sup>296</sup>: מבחן ההתאמה – דורש קשר רציונלי בין הפעולה להשגת תכליתה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – מורה כי מבין האמצעים החלופיים העשויים לקדם את הגשמת התכלית יש לנקוט אמצעי שמידת פגיעתו בזכות או באינטרס המוגנים היא הפחותה; מבחן המידתיות במובן הצר – דורש יחס סביר בין הפגיעה בפרט לבין היתרון החברתי הצומח ממנה.

מבחן המידתיות נחשב כיום לאחד מהכלים העיקריים לביקורת שיפוטית על רשויות המינהל בהיותו אמצעי יעיל למניעת שימוש לרעה בכוח<sup>297</sup>. לעיקרון זה חשיבות רבה בכל

- 293 בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מט(5) 1 (להלן: בג"ץ בן עטייה), 17.
- 294 למידתיות כעילה מינהלית וכתנאי חוקתי ראו ד' דורנר "מידתיות" ספר ברנזון (א' ברק, ח' ברנזון עורכים, תש"ס) 281.
- 295 בג"ץ התנועה לאיכות השלטון (לעיל, הערה 55), בסעיף 57 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ עדאלה (לעיל הערה 55), בסעיף 64 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 296 ראו למשל בג"ץ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מו(1) 858, 860; בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217 (להלן: בג"ץ תורקמאן), 219; בג"ץ קווי זהב (לעיל, הערה 224), בעמ' 435; בג"ץ חורב (לעיל, הערה 284), בעמ' 53-54; בג"ץ 4542/02 עמותת קו לעובד נ' ממשלת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 30.3.06), סעיפים 47-57 לפסק דינו של השופט לוי; בג"ץ התנועה לאיכות השלטון (לעיל, הערה 55), בסעיפים 58-60 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 297 I. Zamir "Unreasonableness, Balance of Interests and Proportionality" *Public Law in Israel* (I. Zamir, A. Zysblat eds., 1996) 327, 333.

פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

הנוגע לאכיפה, שכן אין די בכך שהנורמה העונשית היא מידתית<sup>298</sup>, גם השימוש בה חייב לעמוד במבחן זה, וישנם מקרים שבהם הפגיעה בנחקר או בנאשם עולה על התועלת החברתית שבהעמדה לדין ולכן היא "מעל הנדרש"<sup>299</sup>. כך למשל ניתן לטעון שבעניין תורג'מן<sup>300</sup> ביסוד הסלקטיביות הפסולה, עמדה בין היתר, אכיפה בלתי מידתית, שכן בעוד החוק כלל לא נאכף כלפי מי שניהל בית ליווי והשכנים לא התלוננו עליו, הרי שלאור תלונת השכנים של גברת תורג'מן המשטרה לא הסתפקה באזהרה אלא העמידה את גברת תורג'מן לדין, על כל המשתמע מכך, ואף הוטלו עליה סנקציות פליליות. גם הפגם של חוסר מידתיות יכול אפוא לעמוד לעתים ביסודה של אכיפה ואף ביסודה של אכיפה סלקטיבית פסולה, אך החפיפה היא חלקית ואין מדובר בפתרון כולל לבעיה.

יודגש כי גם במצבים שבהם עולה החשש כי האכיפה הסלקטיבית היא תוצאה של החלטה בלתי מידתית, ראוי לשים דגש למובחנות של תופעת האכיפה הסלקטיבית. ניתוח שלושת מרכיבי עילת המידתיות שפורטו לעיל, מגלה כי לצורך העברת ביקורת שיפוטית בעילה זו על בית המשפט לברר אם התשתית העובדתית שהציב לעצמו בעל הסמכות, ואשר לפיה בחר בדרך פעולה מסוימת – מבוססת על הערכה סבירה, ואם בהינתן התשתית העובדתית ה"סבירה" – ההחלטה שהתקבלה היא זו הראויה. ביקורת זו מערבת אפוא שקילה של ההחלטה במונחים של "סבירות" והיא חייבת להיעשות על בסיס הערכת המשקל הראוי של כל אחד מן השיקולים הבאים בחשבון, קביעה של הערכים המקודמים באמצעות בחירה בדרך פעולה מסוימת וזיהוי הערכים שנפגעים<sup>301</sup>. בהקשר זה, סוגיות של אכיפה מערבות שיקולים יחודיים, אשר ראוי שיובאו בחשבון בעריכת המאזן האמור. זאת ועוד, אמת המידה של המידתיות, כמו זו של הסבירות, אף היא אינה מדויקת. כפי שבית המשפט מעניק לרשות המינהלית "מתחם סבירות", קיים גם "מתחם הגבלה", דהיינו מרחב

298 לפסילת ענישה, בין היתר, בשל חוסר מידתיות (באנגליה) ראו *R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex parte Hook* [1976] 3 ALL. E.R. 452. לפער בלתי מידתי בענישה

השוו ער"ם 3813/03 יפת נ' עיריית נתניה, פ"ד נח(1) 985.

299 ראו קרמניצר (לעיל, הערה 240), בעמ' 184. להפעלת ביקורת שיפוטית בעילת המידתיות על רשות אכיפה ראו בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 900, 910-909. השופט טירקל פסק כי מאחר וקיים בהרצליה חוק עזר ספציפי האוסר חניה על מדרכות, אין לעשות בהקשר זה שימוש בחוק העזר הכללי העוסק בניקיון. מאחר שהקנסות על פי חוק העזר הספציפי הם גם הרבה יותר נמוכים, הרי שהשימוש בו מתחייב גם על פי עקרון המידתיות.

300 לעיל, הערה 3.

301 יש הטוענים כי מימוש "מבחן המידתיות במובן הצר" יש בו משום החלה של סדר העדיפויות הערכי-סובייקטיבי של השופטים. ראו מ' כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט (תשס"ו) 297, 304.

## אכיפה סלקטיבית

תמרון מסוים במסגרתו לא יתערב בית המשפט<sup>302</sup>. מתחם זה כולל בתוכו מטרות ראויות ואמצעים ראויים, שניתן לשזרם זה בזה, תוך יצירת מנגנון של אפשרויות חוקתיות להגבלה כדין של זכות מסוימת. לפיכך מבחני המשנה של המידתיות אינם מוחלטים או דווקניים. לרשויות יש שיקול דעת ביישומם ודי כי הפגיעה בזכות תימצא במסגרת "מתחם המידתיות" כדי שהנורמה תעמוד בדרישת המידתיות<sup>303</sup>. רוחבו של מתחם המידתיות ומידת הדווקנות שבה מוחלים מבחני המשנה מושפעים ממהותן של הזכויות העומדות על הפרק<sup>304</sup>. על כן יישום מבחן המידתיות בהקשר של אכיפה סלקטיבית ראוי שיעשה תוך מודעות לייחודיות של תחום האכיפה על מאפייניו השונים, כגון שיקול הדעת הרחב במיוחד הנתון לרשויות האכיפה, ההבדל בין אכיפה יזומה לאכיפה על בסיס של תלונות וכדומה.

## 6. אפליה

מהמסקנה שהשוויון הוא זכות עצמאית בישראל, אשר אינה תלויה בקיומה של זכות אחרת בבסיסה<sup>305</sup>, עולה לכאורה שניתן להתמודד עם תופעת האכיפה הסלקטיבית באמצעות טענת האפליה. יתרה מזאת, ניתן לטעון כי עצמאות הזכות מאפשרת להתמודד עם אכיפה סלקטיבית של הדין הפלילי, גם כאשר לא הופרה כל זכות אחרת של הנאשם (כגון זכותו לחופש הביטוי, שאז הזכות לשוויון באה להגן על זכות זו), וכאשר אין חולק

302 ראו א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004), 373; ברק (לעיל, הערה 223), בעמ' 624-625; פרשת בנק המזרחי (לעיל, הערה 91), בעמ' 437-438; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 280; בג"ץ התנועה לאיכות השלטון (לעיל, הערה 55), בסעיף 61 לפסק דינו של השופט ברק. לרעיון של "margin" או "latitude" שמאפשר לרשות המינהלית חופש בחירה מסוים ראו גם M. Fordham, T. de la Mare "Identifying the Principle of Proportionality" *Understanding Human Rights Principles* (J. Jowell, J. Cooper eds., 2001) 28.

303 ראו דברי השופט דורנר בבג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה, פ"ד נב(2) 433, 451-453. ראו גם דברי השופט ברק בבג"ץ בן עטייה (לעיל, הערה 293), בעמ' 13-14: "בהפעלת עקרון המידתיות – ובעיקר בבחינת האמצעי שפגיעתו פחותה – יש להכיר במרחב התמרון של הרשות השלטונית. לעתים קרובות מצויות מספר דרכים בהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. לא פעם המקרה הוא גבולי. במצבים אלה ואחרים, יש להכיר בקיום מתחם התחשבות של הרשות השלטונית. מתחם זה דומה למתחם הסבירות של הרשות המבצעת... הכרה זו במרחב של שיקול דעת שלטוני מבוססת על יתרונה המוסדי של הרשות השלטונית בבחינת החלופות האפשריות, ובאחריותה הלאומית – אחריות המוטלת עליה במסגרת עקרון הפרדת הרשויות – לביצוע התכלית הראויה".

304 השוו לעמדתו של כהן-אליה (לעיל, הערה 301). כהן-אליה מציע גישה הקשורת להחלת דרישת המידתיות, אשר לפיה: א. כל הגבלה על זכות חוקתית צריכה לעמוד בתנאים של המידתיות במובן הפורמלי; ב. רק פגיעות משמעותיות בזכויות יסודיות צריכות לעמוד בדרישת המידתיות במובן המהותי.

305 ראו לעיל, סעיף 2א(א).



שאינן לו כל זכות להפר את החוק הפלילי. עם זאת יש להדגיש שאכיפה סלקטיבית אינה זהה בכל מקרה לטענת אפליה, ולדעתי אף לא ראוי לדון בה כמקרה פרטי של עילת ה"אפליה לטובת אחר". על כן אף אם טענת אכיפה סלקטיבית יכולה מבחינה דוקטרינרית לחסות תחת טענת שוויון, הרי שראוי לטפל בתופעה בצורה מובחנת בשל ההיבטים המיוחדים של האכיפה.

ראשית, יש להבהיר כי אכיפה סלקטיבית שונה מ"אפליה רגילה", שלענייננו משמעה יישום סמכות חוקית על ידי הרשות או הפעלת נורמה מינהלית באופן מפלה, ללא האלמנט של הפרת החוק על ידי האזרח או אילווצו להפר את החוק בשל אי-מתן רישיון או היתר הנחוצים לפעילותו. כך למשל הרשות המינהלית יכולה ליישם את סמכותה החוקית להפקיע קרקע באופן מפלה, על בסיס שיקול זר, אך אין הדבר מהווה אכיפה סלקטיבית של החוק אלא אפליה רגילה או שיקולים זרים בהפעלת הסמכות<sup>306</sup>. על כן גם אם אכיפה סלקטיבית היא סוג של אפליה, כמובן שאינה זהה עם אפליה.

שנית, יש להיזהר מטשטוש תחומים בין אפליה לבין אכיפה סלקטיבית, שעלול להוביל למצב של תת-הכרה בטענות של אכיפה סלקטיבית – כאשר התופעה קיימת, אך יסודה בשרירות גרדא או בהבחנות שהיו יכולות להיחשב רלוונטיות אילו לא היה מדובר במאטריה המיוחדת של אכיפה. כך למשל בעניין אלוניאל<sup>307</sup>, שבו נטענה אכיפה סלקטיבית כנגד מסעדת מקדונלד'ס של חוק עזר האוסר פתיחת עסקים בשבת, הטענה נדחתה על ידי השופטת אשר סברה שבין המסעדה למסעדות אחרות הפועלות במרכז העיר ואשר כנגדן לא נאכף החוק קיים הבדל רלוונטי, שכן כנגד מקדונלד'ס הוגשה תלונה ומשכך לא מדובר באפליה "בין שווים". אכן, קיומה של תלונה הוא הבדל רלוונטי, אך הדיון באכיפה הסלקטיבית תחת הכותרת של "אפליה" טשטש ניואנסים חשובים. ראשית, ראוי היה לדון בשאלה אם מדיניות העירייה לאכוף את חוק העזר – אשר קל מאוד לאכפו באכיפה יזומה – רק כאשר קיימת תלונה, היא מדיניות ראויה. שנית, בהיעדר אכיפה יזומה – האם תלונה אחת שהוגשה כנגד מקדונלד'ס על ידי אזרח, שהוא גם פקח עירייה, מספקת דיה על מנת

306 ראו בג"ץ ברגר (לעיל, הערה 284) – ההחלטה להפקיע את הנכס של העותרת הושפעה באופן ממשי מזהותה כגרמניה נוצריה. ראו גם א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א, מהדורה רביעית, תשנ"א), 311 (המחבר מביא כדוגמה את חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), תשי"ג-1953 שקבע שיטה מיוחדת של הפקעה, אשר לא לוותה בתשלום פיצוי מלא ואשר הופעלה רק כנגד קרקעות של ערבים. הדוגמה לא מופיעה במהדורות החמישית והשישית של הספר). כדוגמה נוספת לאפליה שמקורה בשיקול זר, אך אינה מהווה אכיפה סלקטיבית, ראו בג"ץ 5107/96 נוח נ' המועצה המקומית עומר (לא פורסם, ניתן ביום 18.8.96) (הוכח שהשימוש שעשתה הרשות המקומית בסמכותה להשכיר נכסים לצורך קיום הופעות נעשה באופן מפלה על בסיס זהותו של האומן – אביב גפן – ועמדתו של ראש המועצה ביחס אליו).

307 ב"ש (פ"ת) 2/01 אלוניאל בע"מ נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 15.4.03 על ידי השופטת באום-ניקוטרה).

## אכיפה סלקטיבית

לומר כי אכיפה חלקית זו אינה אכיפה סלקטיבית פסולה. התלונה האמורה, שנראתה לשופטת "הבדל רלוונטי" לעניינה של טענת האפליה, ראויה לדיון מובחן במסגרת של טענה לאכיפה סלקטיבית פסולה.

שלישית, לדעתי אכיפה סלקטיבית אינה גם בהכרח מקרה פרטי של העילה בדבר "אפליה לטובת אחר". עילה זו מתייחסת למקרים שבהם פלוני טוען כי הוא מופלה לרעה בכך שהרשות המינהלית מעניקה לאחרים טובת הנאה, אך מסרבת לעשות כן במקרה שלו. אפליה כזו יכולה ללוש צורות שונות. במישור המינהלי הדבר יכול להתבטא למשל בסיווג שונה של מקרקעין זהים לכאורה באופן המשפיע על שומת אותם מקרקעין לצרכי מיסוי<sup>308</sup>. במישור האכיפה הפלילית, הדבר יכול להתבטא בטענה כי החיקוק נאכף רק כלפי קבוצות או פרטים מסוימים (אכיפה סלקטיבית), או שהחיקוק נאכף כלפי כולם למעט קבוצות או פרטים מסוימים (אי-אכיפה סלקטיבית). טענתי היא כי סוגיית האכיפה מעוררת בעיות מיוחדות, אשר מחייבות טיפול פרטני בה תחת הכותרת "אכיפה סלקטיבית".

בבג"ץ חוקה למדינת ישראל<sup>309</sup> השופט ברק הבחין בין שלושה מצבים שבהם פלוני טוען לאפליה<sup>310</sup>. במצב הראשון, לפלוני ולאחרים שכמותו אינטרס המוגן בדין באופן אובייקטיבי, ללא היזקקות לשיקול הדעת של הרשות השלטונית. הרשות השלטונית מכירה באינטרסים של אחרים, אך בדרך מפלה שוללת זאת מפלוני. במצב השני, אין לפלוני ולאחרים זכות המוגנת בדין ואין לרשות המינהלית שיקול דעת להעניק את אותה זכות. חרף זאת הרשות המינהלית מעניקה את אותה טובת הנאה לאחרים ואינה מעניקה אותה לפלוני ובכך מפלה אותו ביחס לאחרים. במצב השלישי, החוק אינו מעניק לפלוני ולאחרים זכות, עם זאת החוק מעניק לרשות המוסמכת שיקול דעת להעניק את הזכות האמורה, ומשהחליטה הרשות השלטונית לקבוע מדיניות שלפיה האחרים זכאים לטובת הנאה מסוימת, היא מחויבת מכוח עקרון השוויון להעניק טובת הנאה זו גם לפלוני. שאלה היא לאיזה מבין המצבים, אם בכלל, נופלת האכיפה הסלקטיבית, וכיצד הדינים העקרוניים שנקבעו בהקשר זה לכל אחד מהמצבים האמורים משליכים על הסוגיה<sup>311</sup>.

308 ראו פסק דין לש (לעיל, הערה 190).

309 לעיל, הערה 191.

310 לפירוט נרחב ראו לעיל, סעיף ג(א).

311 פרופ' יואב דותן, במאמרו "הפליה לטובת אחר" משפט וממשל א (תשנ"ג) 489, מתייחס לנושא האכיפה הסלקטיבית במסגרת הדיון במצב השני, דהיינו בסיטואציות שבהן ניתנת לאחר טובת הנאה בניגוד לדין. לשיטתו, התופעה של אכיפה סלקטיבית במדינה המודרנית היא תופעה בלתי נמנעת, שכן המציאות המינהלית גוברת בעניינים מסוג זה על כל עיקרון משפטי פורמלי. לאור זאת וכל זמן שהמציאות המינהלית המתפתחת יוצרת פערים בין העקרונות הפורמליים (ובראשם עקרון החוקיות) לבין דרישת המדינה המודרנית, אין מנוס מלהכיר במצבים שבהם הפעילות המינהלית מצויה ב"תחום האפור" של "הספק החוקתי". הכרה כזו צריכה להביא עמה גם החלה של הדרישות המהותיות של המשפט הציבורי – ובראשן דרישת השוויון – על פעילות המינהל בתחומים אלו (שם, בעמ' 498). דהיינו, מצד

לדעתי, אין לנסות ולסווג את סוגיית האכיפה הסלקטיבית בהכרח במסגרת אחד המצבים הטיפוסיים ל"אפליה לטובת אחר". ראשית, מבחינה טרימינולוגית, מאחר ואי-אכיפה אינה מקרה קלאסי של "מתן הטבה" לאחר, ספק אם אכן יש לראות אכיפה סלקטיבית כמצב של אפליה לטובת האחר (זה שהדין לא נאכף כנגדו), או שמא כסיטואציה של "אפליה לרעה" (כנגד זה שהדין כן נאכף כנגדו). שנית, ניתן לומר שאי-אכיפה מנוגדת לדין, אשר מטיל את החובה לאכוף את החוק על רשויות האכיפה, ולפיכך שייכת למצב הראשון שהוגדר, ולפיו שלטון החוק גובר ומונע מהרשות השלטונית להמשיך בהפרת החוק. על פי קו מחשבה זה שלטון החוק מחייב אכיפה במקרה הפרטי הנדון. אלא ששלטון החוק מחייב גם שוויון באכיפה, וניתן לטעון כי אין לאכוף את החוק כנגד הפרט כאשר הוא אינו נאכף כנגד אחרים. מכאן ששלטון החוק, אשר אמור לגבור על הפרת הדין במסגרת "המצב הראשון", אינו מוביל כאן למסקנה חד-משמעית. שלישית, סמכויות האכיפה הן סמכויות שבשיקול דעת ולכן ניתן לטעון כי מדובר דווקא במצב השלישי שהוגדר, ואשר עוסק בסיטואציות שבהן לרשות המינהלית שיקול דעת לקבוע את המדיניות שלפיה היא מעניקה את ההטבה האמורה. דא עקא, שעל פי הלכת חוקה למדינת ישראל, הרשות רשאית במצב זה לאמץ מדיניות אחידה ולהפעילה באופן שוויוני בעתיד, תוך הפסקת ההטבה מאלה שקיבלו אותה בעבר. אלא שבסוגיית האכיפה הסלקטיבית הדבר מעורר בעייתיות מיוחדת של התנגשות עם הכלל הבסיסי שלפיו "אין עונשין אם אין מזהירין". יש קושי בחיתוך הדין בנקודה מסוימת ובוודאי שלא ניתן "לשלול את ההטבה מאלה שקיבלו אותה בעבר". יתרה מזאת, העובדה שבתי המשפט רואים עצמם כיום מוסמכים במצב כזה לחייב את הרשות לנהוג כלפי פלוני כפי שנהגו כלפי אחרים שלא הועמדו לדין, דהיינו לבטל את העמדתו לדין

אחד פרופ' דותן מסווג את האכיפה הסלקטיבית במסגרת המצבים שבהם שיקול הדעת מופעל שלא כדין; מצד אחר, הוא סבור שמדובר בתופעה בלתי נמנעת ולכן על בית המשפט לאכוף כאן את החובה לנהוג בשוויון, דהיינו להחיל את אי-האכיפה גם כלפי אחרים. בהמשך מתייחס המחבר אל אכיפה סלקטיבית כחריג ל"הפליה לרעה בניגוד למדיניות הנוהגת". הוא מסביר כי המצב הקלאסי של טענת אפליה לרעתו של פלוני הוא כאשר הרשות המינהלית מעניקה טובות הנאה כלשהן בהתאם למדיניותה ביחס לסקטור כלשהו של נהנים. פלוני טוען שלמרות שהוא שייך לאותו סקטור ועומד בתנאים הנדרשים על פי המדיניות, אין הרשות מעניקה לו את אותה טובת הנאה. ברגיל, במצב דברים זה דינה של טענת האפליה להתקבל. אלא שחריג לכך, על פי ההלכה שהייתה קיימת במועד כתיבת המאמר, הוא כאשר המדיניות שהעותר מסתמך עליה היא מדיניות בתחום האכיפה של חקיקה מסוימת. במצב זה הטענה לא תתקבל ובית המשפט לא יאסור על הרשות המינהלית להפעיל את סמכותה לאכוף את הדין. לדעת דותן, ניתן להסביר זאת בכך שלמרות שלרשויות האכיפה יש בדרך כלל שיקול דעת חוקי, הרי שבתי המשפט מהססים לתת גושפנקה מלאה למדיניות של אי-אכיפת חוקים מסוימים, על ידי התערבות המחייבת את הרשות להימנע מאכיפה באותם מקרים שהיא מחליטה לסטות מהמדיניות ולאכוף את הדין (שם, בעמ' 499, הערה 24).

## אכיפה סלקטיבית

פלילי<sup>312</sup> – מעידה על מובחנותה של הסוגיה גם אם היא נדונה במסגרת המצב השלישי שבו הרשות מפעילה שיקול דעת<sup>313</sup>.

חיוזוק מסוים לעמדה שלפיה סלקטיביות באכיפה טומנת בחובה הן מצבים של אפליה לטובה הן מצבים של אפליה לרעה עולים מדו"ח ועדת שמגר, אשר דנה בנושאים שונים הקשורים לכהונתו של היועץ המשפטי לממשלה<sup>314</sup>:

בכל הנוגע לחובתו של היועץ המשפטי עליו להיזהר משיקולים זרים ולפעול את פעולתו המקצועית, בין היתר מבלי שינחו אותו שיקולים פוליטיים או אישיים בלתי רלבנטיים. מן הראוי להדגיש כי יש לכך שני היבטים שבסיסם משותף והם: איסור ההפליה הפסולה לטובה, ואיסור ההפליה הפסולה לרעה. כל אחד משני ההיבטים הנ"ל הוא בעל חשיבות כשלעצמו; היועץ המשפטי אינו רשאי לפעול את פעולתו המקצועית באופן שיש בו משום הבחנה או הפליה אישית או פוליטית בין אנשים שונים אשר לגביהם ניתנת החלטתו או חוות דעתו. אולם, אין די בכך שהחלטתו בתחום דיני העונשין, למשל, לגבי חשוד פלוני מוצדקת ומבוססת בדין, אם החלטתו או חוות דעתו הן סלקטיביות במובן זה, שדבר שהוא מורה לגבי פלוני, הוא אינו מורה בנסיבות זהות או דומות כלפי פלמוני. משמע, אל איסור ההפליה הפסולה לרעה של אדם כלשהו – כלל שהוא מנשמת אפו של שלטון החוק – מתלווה גם איסור ההעדפה הפסולה לטובה של כל גורם.

312 לדיון בסעד זה ראו להלן, פרק שישי, סעיף ב(ד).

313 ויודגש כי למובחנותה של הסוגיה בהקשר זה שני היבטים: ראשית, מאחר שלרשות שיקול דעת בית המשפט ירשה לעצמו להורות לה לבטל העמדה לדין, בעוד הוא לא יורה לרשות (הגם שהפלתה) לעשות דבר שהינו מנוגד לחוק. ראו בג"ץ 221/99 חליפה נ' משרד התחבורה, פ"ד נג(5) 567, 575: "הכלל הוא, כי אם מתברר שרשות מינהלית פעלה בניגוד לדין במקרה אחד או במקרים אחדים, אין בכך יסוד לחייב אותה לפעול בניגוד לדין במקרים נוספים. בית המשפט לא יצווה על הרשות לשוב ולהפר את הדין, אפילו אם מתברר כי הפרת הדין בעבר גרמה הפליה. הדרך הנכונה ללכת בה, במצב כזה, היא לפעול ככל שניתן להפסיק את הפרת הדין, וכך לסלק את ההפליה". שנית, בדרך כלל במצבים כאלה הרשות יכולה להנהיג מדיניות אחידה ושוויונית מכאן ולהבא. בעניין של אכיפה, גם מדיניות אחידה מכאן ולהבא יכולה לסתור את הכלל של "אין עונשין אם אין מזהירין" לגבי הפרט הראשון שהחוק נאכף נגדו, ויש לבצע את שינוי המדיניות באופן שלא יפגע במי שהסתמך על מדיניות אי-האכיפה. לעניין שינוי המדיניות ראו להלן, פרק שמיני, סעיף ה.

314 דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (ועדה בראשות מאיר שמגר) (ירושלים, תשנ"ט) (להלן: דו"ח ועדת שמגר).

פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

האמור כאן לגבי האיסור של הפליה לטובה או לרעה עולה מניה וביה מתוך חובת היישום של אמת-מידה כללית ורחבה יותר, והיא אמת המידה של השוויון בפני החוק. נורמת השוויון מחייבת קיום גישה אחידה ושוויונית מצד הגורם המקצועי המפעיל את החוק. מתוך אימוצה של נורמה זו צומח ועולה שיקול דעת שהוא נטול נטיות, הטיות והעדפות או, להבדיל, הפליות שאינן מותרות לפי גופו של העניין. שיקול הדעת בנוי לעולם על החלטה נייטרלית והוגנת, אשר היא תוצאה של בחינת מהותו של הנושא באופן אובייקטיבי<sup>315</sup>.

דו"ח ועדת שמגר עומד אפוא על העובדה שביסודה של סלקטיביות באכיפה יכולים להיות מצבים שונים כגון שיקולים זרים, הפליה לטובה, הפליה לרעה או כל פגם אחר בשיקול הדעת ההופך אותו לבלתי נייטרלי ובלתי הוגן. עם זאת מעבר לאיסור האמור על סלקטיביות, הדו"ח אינו נותן מענה לשאלה לאילו מבין המצבים של "אפליה לטובת אחר" נכנסת הסלקטיביות הפסולה.

לאור כל האמור, מדובר, לדעתי, בסיטואציה ייחודית שמחייבת התייחסות מובחנת המגדירה את העילה ואת הסעדים בגינה. מסקנה זו אינה שוללת את תחולתה של עילת האכיפה הסלקטיבית במסגרת הזכות לשוויון. גם אם אין מדובר ב"הטבה" הניתנת לאחרים, הרי שלמצער מדובר בסלחנות באכיפה. גם אם לעתים סבורים העוסקים באכיפה כי סלחנות היא הדרך להימנע מחוסר צדק, הרי שהיא יוצרת חוסר צדק בפני עצמה<sup>316</sup>. הכוח לסלוח הוא הכוח להפלות<sup>317</sup>. סמכות שבשיקול דעת להעדיף פרט מסוים – משמעה הסמכות להפלות והסמכות לנהוג שלא על פי צדק שוויוני. לכן גם אם סמכות זו מהווה הפחתה או הקלה מדרישות החוק – אין זה מצדיק שלא לתחום אותה, להבנות אותה ולפקח עליה.

## 7. קונקרטיזציה של עילות הביקורת

נוסף על הביקורת שהוזכרה לעיל על השימוש בעילת הסבירות המהותית כעילה עצמאית, מתעוררת גם שאלת סיווג עילות הביקורת והיחס בין עילת הסבירות לבין עילות אחרות. בקרב מבקרי עילת הסבירות נשמעה ביקורת, שלפיה ברוב המקרים שבהם התערב בית המשפט בהחלטה מינהלית על בסיס עילת הסבירות, יכול היה להתערב באותה מידה

315 שם, בעמ' 13-14.

316 ראו Davis (לעיל, הערה 39), בעמ' 172.

317 לויתור ולסלחנות באכיפת קנסות על ידי עיריית תל-אביב שהובילו לאפליה ולחוסר צדק ראו דברי השופט דורנר בבג"ץ 1618/97 סצ"י נ' עיריית תל-אביב, פ"ד נב(2) 542, 576. השופטת עמדה על כך שהויתור לימד אזרחים כי ההתחמקות משלום הקנס הייתה כדאית, וכי "ראוי, איפוא, כי הרשות תשוב למושכלות ראשוניים ותשקוד על אכיפת החוק. בתוך כך תימנע הפלייתם לרעה של אזרחים המקיימים את חובתם לשלם קנסות שהושתו עליהם".

## אכיפה סלקטיבית

על סמך עילה אחרת, כגון אפליה או שיקולים זרים<sup>318</sup>. מנגד, מבין תומכי השימוש בעילת הסבירות, היו שטענו כי יש להכפיף עילות נוספות תחת הכותרת של "אי-סבירות"<sup>319</sup>. למרות שאף אני איני נמנית עם השוללים שלילה מוחלטת את עילת הסבירות ודווקא מתוך הכרה בחשיבות הביקורת המהותית, לדעתי המסקנה העולה מהבעייתיות בסיווג עילות הביקורת אינה בצמצומן ואיחודן לעילה אחת של סבירות, אלא בגיבוש עילות פרטניות בעלות תוכן קונקרטי. או בלשונו של פרופ' זאב סגל: "לנסות ולבודד ביער אי-הסבירות ענפים בעזרתם יכולה העילה להתייבב"<sup>320</sup>. גישה זו תסייע להתמודד עם הבעיות שהועלו במסגרת הביקורת על עילת הסבירות, מחד גיסא, ותועיל להתגברות על הרתיעה מפני השימוש בעילה זו במקרים ראויים, מאידך גיסא – רתיעה הנובעת כאמור מהחשש מאיון כלל הריסון השיפוטי והגוררת את הדרישה להוכחת חוסר סבירות קיצוני. להלן אדון ביתרונות המרכזיים הטמונים בקונקרטיזציה של עילות הביקורת, ובמסגרת זו בהכרה באכיפה סלקטיבית כתופעה הזכאית לדיון מובחן וקונקרטי שלא במסגרת עילת הסבירות.

### (א) הגברת יכולת הצפיה והודאות המשפטית

הצבת אמות מידה פרטניות לביקורת השיפוטית יש בה לתת מענה, לפחות חלקי, לטענות בדבר חוסר הוודאות והיעדר ההכוונה של הרשות, שהועלו כנגד עילת חוסר הסבירות. עילות בעלות תוכן קונקרטי יותר תהיינה ברורות יותר לרשות המינהלית ותסייענה בגיבושן של נורמות משפטיות בתחום פעולתן של המינהל הציבורי. ניתן להדגים זאת באמצעות פסק דינו של השופט חשין בע"פ תורג'מן<sup>321</sup>. השופט סבר כי מדיניות המשטרה, אשר אכפה את החוק רק בעקבות תלונות של השכנים, הפכה חלק מן הדין, וכי "דין למעשה" זה הוא גורם ראשון במעלה בשיקולי גזירת העונש<sup>322</sup>. אך מהו "דין למעשה"? במילים אחרות, מדובר במנהגה של המשטרה באכיפת החוק<sup>323</sup>. המשטרה אכפה את החוק באופן סלקטיבי רק כנגד מי שהתלוננו נגדו השכנים. עוד קבע השופט כי הפעלת החוק באורח מקרי, שלא על דרך מדיניות קבועה ברורה ומבוקרת, משמעותה שרירות<sup>324</sup>. אלא

318 ראו למשל ד' קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה (תשנ"ז) 121, 140, וכן קרצמר (לעיל, הערה 264), בעמ' 553.

319 ראו למשל זמיר (לעיל, הערה 269), בעמ' 294. לדעת זמיר, די בשלושה כללי פסילה כדי לכסות את כל הסיטואציות של שימוש לא נאות בשיקול דעת: א. שיקולים זרים; ב. אי-שקילות שיקולים רלוונטיים; ג. אי-סבירות.

320 סגל (תשנ"א) (לעיל הערה 274), בעמ' 511.

321 לעיל, הערה 3.

322 שם, בעמ' 453-454.

323 השוו אבן-להב (לעיל, הערה 5), בעמ' 502.

324 ע"פ תורג'מן (לעיל, הערה 3), בעמ' 456.

שכפי שראינו, השאלה מתי מקריות הופכת לשרירות היא תלויה נסיבות<sup>325</sup>. יטען הטוען כי במקרה זה אין המדובר בשרירות, שכן המשטרה אכפה את החוק לא כנגד מי שיש לו עיניים כחולות אלא כנגד מי שהתלוננו כנגדו השכנים – סיווג הגיוני כשלעצמו. אלא שסיווג זה לא נעשה על ידי המחוקק ולכן הוא פסול ומהווה אכיפה סלקטיבית אסורה, כפי שהוגדרה בפרק הקודם. אמנם, מדיניותה של המשטרה נתפסת בבירור תחת עילת חוסר הסבירות, שכן היא הובילה לתוצאה בלתי סבירה שלפיה המערערת הייתה אחת הבודדים שהועמדו לדין מבין מאות מפעילי מכוני ליווי. עם זאת השימוש בעילה הקונקרטי של אכיפה סלקטיבית – הנגזרת מהחובה הכללית לנהוג במקרה זה בשוויון – יש בו לתת הסבר והנחיה ברורים יותר למשטרה, מדוע פעלה באופן לא ראוי במקרה זה וכיצד עליה לפעול במקרים הבאים.

כאמור, השימוש בסבירות ובשרירות לא נותן מענה מספק לכך. הדבר מוביל לשאלת היחס בין עילות מסגרת, כגון סבירות או שרירות, לבין עילות פרטניות. בהחלט תיתכן החלטה שהיא סבירה מבחינת תוכנה, אבל לוקה בפגם קונקרטי אחר<sup>326</sup>, אך תתכן גם החלטה בלתי סבירה שהיא תולדה של פגם קונקרטי במעשה המינהלי<sup>327</sup>. בנוסף, תתכן החלטה שיפוטית, שבה הסבירות והעילה הקונקרטי יותר תשמשנה כהנמקות חלופיות<sup>328</sup>. מצב זה מגביר את הצורך בשימוש בעילות הקונקרטיות על מנת להגביר את יכולת הציפייה והוודאות המשפטית, והדברים מקבלים אך משנה תוקף כאשר מדובר בעילה מורכבת וייחודית כמו אכיפה סלקטיבית, אשר לעתים עומדים ביסודה גם פגמים אחרים שבשיקול הדעת.

זאת ועוד, ביסוד טענת האכיפה הסלקטיבית וטענות לפגמים אחרים שבשיקול הדעת יכול שיעמדו גם עובדות שונות ודגשים שונים. כך למשל בעניין אלוניאל<sup>329</sup> אשר נדון בבית משפט השלום בפתח תקווה, התבקש ביטול צו איסור פתיחת עסק בימי מנוחה שניתן כנגד מסעדת מקדונלד'ס מכוח חוק העזר העירוני<sup>330</sup>. המבקשים טענו כי החלטת העירייה להגיש את הבקשה לצו סגירה נגועה בפגמים שונים וביניהם חוסר סבירות קיצוני, שיקולים זרים ואכיפה סלקטיבית. טענת חוסר הסבירות נומקה בכך שהמסעדה ממקמת במרכז

325 ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ד'.

326 ראו למשל בג"ץ בן עטייה (לעיל, הערה 293). הנשיא ברק קבע כי ההחלטה הנדונה היא סבירה אך בלתי מידתית. לעומת זאת ראו גישתו של השופט קדמי, אשר בחר לבחון את אותה ההחלטה במשקפיים של סבירות (שם, בעמ' 7-8).

327 ראו למשל בג"ץ תורקמאן (לעיל, הערה 296), שבו נפסלה החלטה בדבר הריסתו של בית, תוך שנקבע שהחלטה בלתי סבירה בשל היעדר היחסיות שבה (שם, בעמ' 220). לביקורת על כך שבג"ץ בחן את עילת היעדר היחסיות במשקפיים של אי-סבירות, ראו סגל (תשנ"ג) (לעיל, הערה 274).

328 ראו למשל בג"ץ בנאי (לעיל, הערה 36). השופט זמיר קבע כי תחולתה המידית של החלטת לשכת עורכי הדין היא בלתי סבירה, ולאותה מסקנה הגיע בדרך חלופית, שלפיה התחולה המידית אינה עומדת במבחן המידתיות (שם, בעמ' 602-603).

329 לעיל, הערה 307.

330 חוק עזר לפתח תקווה (פתיחת עסקים וסגירתם), תשכ"ד-1963.

## אכיפה סלקטיבית

מסחרי, שאינו מהווה חלק מבניין מגורים, המסעדה מנוהלת באופן שאינו מפריע לאיש ורוב האוכלוסיה בסביבה חילונית. טענה זו נדחתה על ידי השופטת, אשר ערכה ביקור במקום ונוכחה לדעת כי המרכז שבו ממוקמת המסעדה נמצא בעיבורה של שכונת מגורים. ביסוד טענת השיקולים הזרים עמדה אמירה של ראש העיר, שלפיה היענות לפתיחת המסעדה בשבת "תפוצץ את הסטטוס קוו הקואליציוני בעיר" וכן העובדה שהתלונה כנגד המסעדה הוגשה על ידי אדם שמשמש כפקח בעירייה. לעניין זה קבעה השופטת כי גם פקח בעירייה הוא תושב העיר ושמורה לו הזכות להתלונן. לשיטתה הוכח כי השיקול העיקרי בבקשת צו הסגירה היה להביא למניעת הפרעה לתושבים המתגוררים בסמיכות. שיקול זה אינו פסול, וגם אם הצטרף אליו השיקול של שמירת הסטטוס קוו בעירייה – הרי שאין זה השיקול המכריע, ולפיכך אין לבטל את הצו מחמת שיקולים פסולים. טענת האכיפה הסלקטיבית נטענה כאמור באופן עצמאי כפגם נוסף בשיקול הדעת המינהלי. מטעם המבקשים הוגשו תצהירים אחדים של אנשים שטענו שסיירו ברחבי העיר פתח תקווה ומצאו מסעדות ובתי אוכל שונים (ששמותיהם וכתובותיהם פורטו בתצהירים האמורים) פתוחים ופועלים במהלך השבת. לעניין זה נקבע על ידי השופטת כי מדובר בהבחנה רלוונטית, שכן דובר במסעדות הפועלות מחוץ לריכוזי אוכלוסין, אשר כנגדן אכן העירייה אינה פועלת לאכיפת חוק העזר, או בבתי אוכל הפועלים במרכז העיר, אשר לא נתקבלו בגינם תלונות. משכך, לשיטתה של השופטת, אין זו אפליה בין שווים אלא הבחנה מותרת בין שונים. ניתן כמובן לבקר את גישתה של השופטת אשר כינתה את הטענה "אכיפה סלקטיבית", אך דנה בה כטענת אפליה רגילה.<sup>331</sup> החשוב לעניינו הוא שביסוד שלושת הפגמים הנטענים בשיקול הדעת עמדו דגשים שונים, אשר חייבו התייחסות מובחנת. כפי שראינו בפרק הקודם, הגדרתה של "אכיפה סלקטיבית" אינה פשוטה. מאחר ולא כל אכיפה חלקית היא אכיפה פסולה, קיימים ניואנסים ההופכים את החלקיות לסלקטיביות פסולה. דומה כי הקפדה על השימוש בעילה הקונקרטית, תוך הדגשת הגדרתה ומרכיביה, תסייע לא רק בהכוונת רשויות האכיפה אלא גם בהכוונת בתי המשפט הנמוכים המתמודדים עם טענות שונות ביחס לפגמים באכיפה, ובכך תגביר את יכולת הציפיה והוודאות המשפטית של הרשויות והציבור גם יחד.

### (ב) לגיטימציה של הציבור

אחד החששות שהועלו בעקבות הביקורת בעילת הסבירות היה כי טענות מוצדקות כלפי בית המשפט יגררו אחריהן טענות שאינן מוצדקות, שכן הציבור מתקשה להבחין בין התערבות בשיקול הדעת המינהלי לצורך הכרעה משפטית לבין התערבות "סתם"<sup>332</sup>. נראה לי כי דווקא לציבור שאינו משפטן, יהיה קל יותר לקבל ביקורת שיפוטית בעילות ביקורת

331 לדיון ראו להלן, סעיף 57.

332 שקד (לעיל, הערה 267), בעמ' 125.



### פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

ממוקדות, אשר נשמעות "משפטיות" יותר (כגון "מידתיות" או "אכיפה סלקטיבית"), מאשר ביקורת שיפוטית בעילה של "חוסר סבירות" או "שרירות", שאמנם מקורן במונחים יום-יומיים השגורים אף בפי הציבור שאינו משפטן, אך הן מקשות על ציבור זה לשים את האצבע על הבעיה שהובילה להתערבות השיפוטית. כאמור, אחת הסיבות להירתעות בתי המשפט מלבקר את רשויות האכיפה הייתה הפגיעה באמון הציבור<sup>333</sup>, אך דומה שבאמצעות שימוש בעילה הקונקרטית של אכיפה סלקטיבית – גם במצבים שבהם ניתן לעשות שימוש בעילה כללית יותר כמו סבירות או שוויון – יגבר דווקא אמון הציבור במערכת המשפט, שכן ההחלטות השיפוטיות תיראנה יותר אובייקטיביות ופחות שרירותיות או תלויות בשופט המקרי היושב בדין. זו אף אחת הסיבות שבגינן אני סבורה שיש חשיבות לרטוריקה שבה נוקט בית המשפט בפסקי הדין, הגם שלעתים ניתן להעביר את אותה ביקורת שיפוטית ולהגיע לאותה תוצאה מהותית, גם ללא כינויה של העילה בשם<sup>334</sup>.

### (ג) מודרניזציה של המשפט

המשפט, כמו תחומים רבים אחרים בעידן המודרני מתפתח, באופן טבעי, בכיוון של פרטנות והתמקצעות. כחלק ממגמה זו ראוי לפתח עילות קונקרטיות המתבקשות מן המצבים החדשים הבאים בפני בית המשפט. עמד על כך נשיא בית המשפט העליון לשעבר, משה לנדוי:

תחת קנה המידה של סבירות, שכוללניותה מדומה, אני חוזר ומציע ללכת בהליכה אינדוקטיבית בהכרעות קונקרטיות המביאה בסופו של תהליך, ולא בתחילתו, לגיבוש עילות בעלות תוכן קונקרטי, כגון חריגה מסמכות, פרשנות מוטעית של דין חרות, שרירות, אפליה, אי הגינות דינונית, התחשבות בגורם שאינו נוגע בעניין ואי התחשבות בגורם הנוגע בעניין, וגם החלטה מינהלית כה מופרכת על פניה (אבסורדית) עד שיש לראות בה חריגה מסמכותה של הרשות המחליטה. שיטה זו מיטיבה להבטיח את צמיחתה האורגנית של חקיקה שיפוטית יוצרת, כי רשימת העילות אינה

333 ראו לעיל, סעיף 5.

334 הרטוריקה חשובה לדעתי מסיבה נוספת. הגם שלכאורה העיקר טמון בניתוח קביעותיו המהותיות של בית המשפט ובאופן שבו הופעלה הביקורת השיפוטית, הרי בסופו של דבר כל הסוגיות הללו עוברות על ידי הרשות המינהלית רדוקציה לשאלה, אם החלטה מסוימת "עוברת בג"ץ" (או מקבילותיו כיום בבתי המשפט המינהליים והאזרחיים) או "לא עוברת בג"ץ". לעניין זה חשיבות רבה לכינוי עילות בשם ולניתוח יסודותיהן באופן אנליטי.

## אכיפה סלקטיבית

סגורה, אלא היא עשויה להתפתח על סמך הנסיון השיפוטי המצטבר ממקרה למקרה.<sup>335</sup>

ככל שהמשפט המינהלי גדל במהירות, כך הוא דורש עקרונות מדויקים יותר שיכוונו את התפתחותו:

[A]s a subject of administrative law grows apace, it demands more precise principles to guide its orderly development. Vague phrases (such as "unreasonableness") wheeled out on the "rickety chariots" of myth and fallacy no longer hold up<sup>336</sup>.

נראה שמגמה חיובית ברוח זו, אשר מציבה את עילת הסבירות לצד עילות פרטניות נוספות, תוך הקפדה על הבחנה ביניהן ועל כינוין בשמות, הוביל בבית המשפט העליון השופט יצחק זמיר, אשר היה כאמור הראשון שכונה את עילת האכיפה הסלקטיבית בשם<sup>337</sup>. מגמה זו הובעה על ידו במפורש באחד מפסקי הדין שבו כתב כי:

מבחן הסבירות חל על נציב שירות בתי הסוהר, לצד מבחנים אחרים המסדירים את שיקול הדעת המינהלי, כמו מבחן הענייניות ומבחן המידתיות, כשם שהוא חל על כל רשות מינהלית<sup>338</sup>.

## 8. היעדר הגנה מתאימה בדין הפלילי

לחשיבות ההכרה בעילת האכיפה הסלקטיבית כעילת ביקורת על שיקול דעתן של רשויות מינהליות במסגרת קונקרטיזציה של עילות הביקורת, מתווסף הצורך הנדרש בעילה כעילת הגנה בדין הפלילי, במקרה שהטענה עולה בתקיפה עקיפה במסגרת ההליך הפלילי עצמו. במצב שבו נאשם פעל לפי נורמה אסורה אך רווחת בשל אי-אכיפתה על ידי הרשויות, התחושה הבסיסית היא כמובן של חוסר הגינות כלפי הנאשם. דא עקא, שהמכשירים הקיימים בתחום הפנימי של המשפט הפלילי, דהיינו היסוד הנפשי של הנאשם והגנות הטעות והצידוק, אינם עונים על מלוא היקפה של הבעיה<sup>339</sup>.

335 לנדוי (לעיל, הערה 266), בעמ' 13. יודגש כי הדברים נאמרו בהקשר לביקורת על עילת הסבירות, שלה איני שותפה, אך אין בכך כדי למנוע הסכמה עם גישת הקונקרטיזציה.

336 J. Jowell "Courts and the Administration in Britain: Standards, Principles and Rights" 22 *Isr. L. Rev.* (1988) 409, 422

337 ראו בג"ץ זקין (לעיל, הערה 37). השופט זמיר כינה את העילה "אכיפה ברונית".

338 עע"א 7440/97, רע"ב 6172/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1, 7 (ההדגשות שלי – מ' ט').

339 ראו אוקון ושחם (לעיל, הערה 136), בעמ' 270.

היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירה של "מחשבה פלילית" הוא מודעות לכל אחד מרכיבי היסוד העובדתי שבעבירה (ובמקום שמדובר בעבירה תוצאתית גם מודעות לגרימת התוצאות)<sup>340</sup>. מאחר שמשמעותה של דרישת המודעות מתמצה בהבנת מהותו של המעשה<sup>341</sup>, הרי שהשימוש במכשיר היסוד הנפשי לצורך שחרור מאחריות מוגבל במצב שבו הנאשם פעל על פי נורמה אסורה, שכן הוא היה מודע לפעילותו ולטיבה. נאשם אשר עשה מעשה אסור, אך רווח, גם לא תמיד יוכל להישען על הגנת טעות במצב דברים<sup>342</sup>, אשר מטרתה לדון אדם לפי מצב הדברים כפי שדימה אותו כאילו היה המצב לאמיתו<sup>343</sup>, משום שמצב הדברים שהוא דימה מתייחס לנוהגי האכיפה ואינו קשור לרכיב הנסיבתי של היסוד העובדתי שבעבירה הפלילית<sup>344</sup>. גם אם נאמר כי מדובר בטעות בדיון, הרי שהגנת טעות במצב משפטי אינה עומדת, אפילו במצב של חוסר ידיעה לגבי האיסור הפלילי<sup>345</sup>, וספק אם ניתן להכניס את המצב לגדר החריג שלפיו לא היה ניתן למנוע את הטעות באורח סביר<sup>346</sup>. אמנם, הגנת הצידוק נועדה לספק פתרון למצבים שבהם אדם נתון לכאורה לשלטון של שתי נורמות סותרות<sup>347</sup>, אך חלופתה הרלוונטית שמורה למי שפעל תחת צו או הוראה של רשות מוסמכת<sup>348</sup>, דהיינו על פי דין שמצווה עליו באורח פוזיטיבי להתנהג בדרך מסוימת. חלופה זו אינה משתרעת על מצבים שבהם קיימת הגנה לפי דין חוץ-פלילי, אך ההתנהגות כשלעצמה אסורה או פסולה במקור<sup>349</sup>. למרות תחושת אי-הצדק המתעוררת נוכח הפעלת נורמות משפטיות השונות מאלה הרווחות, גם הגנת הצידוק אינה מסייעת אפוא למי שפעל מתוך רצונו בהתאם לנוהג הנחה – אשר פעמים רבות כוחה רב משל

- 340 ראו חוק העונשין, חלק כללי, פרק ד, סימן ב – היסוד הנפשי שבעבירה. סעיף 19 קובע את דרישת המחשבה הפלילית וסעיף 20 מגדיר מהי מחשבה פלילית: "מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה...".
- 341 ראו י' קדמי על הדין בפלילים (חלק ראשון, תשס"ה), 166.
- 342 סעיף 34 יח לחוק העונשין (טעות במצב דברים) קובע כדלקמן: "(א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו. (ב)..."
- 343 ראו קדמי (לעיל, הערה 341), בעמ' 558.
- 344 ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (חלק ב, תשמ"ז), 634.
- 345 סעיף 34 יט לחוק העונשין קובע: "לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר".
- 346 לסייג האמור, ראו קדמי (לעיל, הערה 341), בעמ' 570-571.
- 347 ראו ד' ביין דיני העונשין החלק הכללי (אוניברסיטת חיפה), 26.
- 348 סעיף 34 יג לחוק העונשין (צידוק) קובע כדלקמן: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה: (1) ... (2) עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא בדיון; (3)..."
- 349 פלר (לעיל, הערה 344), בעמ' 605.

## אכיפה סלקטיבית

צו<sup>350</sup>. להגנת האכיפה הסלקטיבית פוטנציאל למלא את הריק שנוצר וליצור צדק במצבים שבהם ההגנות ה"פנים פליליות" אינן מסייעות.

לבסוף יודגש כי אפשרות השימוש בטענת ההגנה מן הצדק, אשר נדונה לעיל<sup>351</sup>, תלויה בהוספת התוכן הקונקרטי של עילת האכיפה הסלקטיבית למסגרת המצבים שניתן לטעון לגביהם "הגנה מן הצדק". עילת ההגנה מן הצדק היא, הגנה רחבה הכוללת מגוון רחב של התנהגויות בעייתיות של הרשות היכולות להקים את הטענה, מחד גיסא, והגנה מצומצמת במובן זה שהיא דורשת "התנהגות שערורייתית" של הרשות, מאידך גיסא, ולפיכך מתקבלת במקרים נדירים בלבד<sup>352</sup>. לכך יש להוסיף את הרתיעה הטבעית הנובעת מהתוצאה הקשה של קבלת טענת ההגנה – ביטול כתב האישום.

כפי שאראה בהמשך<sup>353</sup>, חלחולה של תורת ההשתק למשפט המינהלי הישראלי במקביל להכרה בהגנה מן הצדק במשפט הפלילי, הכשירו את הקרקע המשפטית להרחבת הביקורת השיפוטית גם למצב שבו ההסתמכות היא על דפוסי אכיפה. דהיינו, ראוי במצבים מסוימים להכיר במסגרת האפשרויות לטעון להגנה מן הצדק, גם בקטגוריה של השתק בשל אכיפה סלקטיבית<sup>354</sup>. עם זאת אין הדבר מיתר התווית יסודות עצמאיים לעילת האכיפה הסלקטיבית, במנותק מהדרך שבה מועלית הטענה. הקווים שהועלו לדמותה של עילת האכיפה הסלקטיבית, יהיו יפים בין שטענה זו מועלית בתקיפה ישירה ובין שבתקיפה עקיפה<sup>355</sup>. ייתכנו מצבים שבהם תוכח אכיפה סלקטיבית גם אם התנהגותה של הרשות אינה

350 אוקון ושחם (לעיל, הערה 136), בעמ' 270.

351 ראו פרק שלישי, סעיף 41.

352 בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, בית המשפט אמנם לא שלל את האפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות אלא לרשלנותן או לנסיבות שאינן תלויות בהן אך פגעו בהליך ההוגן, עם זאת בית המשפט הדגיש כי "מצב-דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר" (עמ' 807). יצוין כי בתיקון מס' 51 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 הוסף ס"ק (10) לסעיף 149 העוסק בטענות מקדמיות, ולפיו נאשם יכול לטעון כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההתיק הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". להשלכות התיקון ופרשנותו על ידי הפסיקה ראו להלן, אחרית דבר.

353 ראו להלן, פרק חמישי, סעיף 5.

354 טענת אכיפה סלקטיבית שהועלתה במסגרת של טענת הגנה מן הצדק התקבלה על ידי השופטת מיכל אגמון-גונן בת"פ (י"ם) 3531/00 מדינת ישראל נ' אורה מושב עובדים להתיישבות, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.6.03). בעניין זה יוחסה לנאשמים עבירה של שימוש חורג בשטחי מושב אורה. השופטת קבעה כי שימוש חורג זה הוא חלק מתופעה ידועה שאינה חוקית, אך נפוצה. לפיכך יש בהעמדה לדין משום חוסר הגינות של הרשות, מה גם שהממשלה אימצה בהחלטה דו"ח שמטרתו להכשיר את סוג הפעילות הנדון. יצוין כי פסק דין זה בוטל על ידי בית המשפט המחוזי, אשר החזיר את פסק הדין לבית משפט השלום וקבע כי יתקיימו הוכחות רק בשאלת ההגנה מן הצדק; ראו שם, החלטה מיום 4.2.04.

355 לדרך העלאת הטענה ראו להלן, פרק שלישי, סעיף ה.

בהכרח "שעוריינית" במובן הנדרש לצורך טענת ההגנה מן הצדק, מחד גיסא, והשלכות קבלת הטענה תהיינה מתונות יותר ותבואנה לידי ביטוי בסעדים אחרים שאינם דווקא בטלותו של כתב האישום, מאידך גיסא<sup>356</sup>.

## ה. סיכום

אכיפה סלקטיבית היא תופעה שלילית היוצרת בעיות רבות: היא פוגעת בציפיות הלגיטימיות של הציבור, אשר יודע על קיומו של החוק, תוכנו ודרך מימושו, יותר מתוך התבוננות בדרך פעולתה של הרשות המבצעת, מאשר מתוך עיון בקבצי החוקים. כפועל יוצא מכך, נוצרת גם הסתמכות על המדיניות הקיימת. שינוי פתאומי במדיניות שקול כנגד יישום רטרואקטיבי של החוק, ומבחינתו של האזרח כמוהו כהרשעה בגין פעולות שכאשר נעשו לא היו אסורות על פי החוק. זאת ועוד, סלקטיביות באכיפת החוק נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה, משום שמקרים דומים אינם מטופלים באופן זהה. אם מספר אזרחים מפרים את החוק בלא הפרעה מצד אלה האמונים על אכיפתו – לא צודק להתייחס לאזרח אחר באופן שונה, לפחות אם הפרת החוק על ידיו בוצעה בנסיבות שאינן שונות באופן מהותי. מעבר לחוסר הצדק, לתחושה הקשה ולסכנה למערכת המשפט – הטמונים בכל פגיעה קשה בשוויון, בהקשר של אכיפה סלקטיבית יכולות להיות לכך אף השלכות כלכליות שונות כמו פגיעה ביכולת התחרות, במוניטין ובהכנסות של אלה אשר החוק נאכף לגביהם. ויתרה מזאת, תוצאותיה של אכיפה סלקטיבית הרסניות לא רק לפרט אלא גם לחברה בכללותה. הפער שבין חוקי המדינה כפי שנקבעו בספר החוקים לבין חוקי המדינה כפי שהם מבוצעים בפועל – משקף את רמת שלטון החוק מבחינתו הפורמלית. אכיפה סלקטיבית גוררת אפוא פגיעה בשלטון החוק, בציות לחוק ובאמון הציבור במערכת המשפט.

לאור כל האמור, ראוי שבתי המשפט יעבירו ביקורת שיפוטית על רשויות המינהל בעילה של אכיפה סלקטיבית. בכך אין משום סיכול רצונו של המחוקק, שכן הכרה בנפקות מנהגי אכיפה אינה מחייבת לגרוע מתוקפם של הדינים. מדובר באיזון אינטרסים נקודתי בין אינטרס הכלל באכיפת הדין לבין אינטרס הפרט בהליך ראוי – המייצג גם הוא אינטרס של כלל החברה ומגולם בהקפדה על הגינות האמצעים שמפעילה החברה כלפי יחידה. יתרה מזאת, בפני הרשות פתוחה הדרך לשנות את המצג שיצרה, "להקים לתחיה" את החוק ולאכפו בדרך שאינה מפלה. בכך גם אין משום פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות והתערבות יתר של הרשות השופטת בעבודת הרשות המבצעת, שכן עיקרון זה – במובנו המודרני של "בלמים ואיזונים" – מחייב כי במלאכה זו תעסוקנה שלוש הרשויות, תוך סינכרוניזציה

356 לסעדים האפשריים ראו להלן, פרק שישי, סעיף ד.

## אכיפה סלקטיבית

והיזון חוזר ביניהן, ומטיל על בית המשפט – בהיותו החוליה האחרונה בשרשרת – תפקיד חשוב לוודא שהסלקטיביות שבה נוקטות רשויות האכיפה תואמת למטרות החוק. בחינה זו, לא זו בלבד שאין בה חריגה לתחומי המקצועיות המיוחדת של הרשות המבצעת, אלא שהיא שייכת לתחום המומחיות של בתי המשפט העוסקים ברגיל בפרשנות החוק וביישומו. אף עקרונות המשפט הפלילי תומכים בלגיטימיות הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה, שכן אינטרס הציבור אינו רק בהרשעת העבריין ובזיכוי החף מפשע, אלא גם ביושרה המוסרית של ההליך הפלילי.

אכן, קיימת בעייתיות מסוימת בטענת שוויון של אנשים אשר הפרו את החוק, אלא שההגנה על זכויות הפרט (ובראשן הזכות לשוויון) וכן ההקפדה על השימוש הראוי (ובין היתר, השוויוני) בשיקול הדעת שנתון לרשויות – נושאות בחובן עלויות ומחיר. הנכונות של החברה לשלם את המחיר, על מנת להגן על זכות היסוד, צריכה להתבטא בכך שהשגת הרשעה במשפט פלילי תוכף לנורמות היסוד, ובראשן ערך השוויון. גם הטענה כי מי שמפר את החוק ולהגנתו טוען לאכיפה סלקטיבית של אותו חוק, לוקה בחוסר ניקיון כפיים ואין סיבה שבית המשפט ייתן לו סעד – נראית לי בלתי נכונה. שכן גם אם העותר פעל באופן לא ראוי בעבר והפר את החוק, הרי שהוא תוקף את שיקול הדעת של רשויות האכיפה בהקשר לאכיפת אותו החוק, דהיינו מנסה למנוע אקט עתידי שלדעתו הוא בלתי ראוי ובהקשר לכך אין בעייתיות עם ניקיון כפיו.

באשר לטיעון בדבר הנטל התקציבי של האכיפה, אף הוא אינו חזק מספיק כדי לשלול ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית. בית המשפט ישמע את עמדת הרשות, יחליט אם הקשיים התקציביים מצדיקים את אופן פעולתה ויחתור לאיזון הראוי בין ההגנות ליעילות. כך פועל בית המשפט בדרך כלל וכך יפעל בביקורת שיפוטית בעילת אכיפה סלקטיבית. אין גם לחשוש מתופעת המדרון החלקלק. פסיקת בית המשפט תיצור, עם הזמן, מסגרת נאותה להעלאת טענות של אכיפה סלקטיבית כך שבמשך הזמן לא ימצא טעם להעלאת טענות סרק. יתרה מזאת, לטווח רחוק אף מערכת המשפט תצא נשכרת, שכן הצורך של רשויות האכיפה להצדיק את החלטותיהן בפני בתי המשפט, יוביל אותן לשקול ולהסביר את החלטותיהן ביתר קפידה. הענקת סמכות הביקורת לבית המשפט תתרום לקביעת קריטריונים גלויים, חשופים לדיון ולהערכה ומופעלים על בסיס שוויון, כך שבטווח הרחוק התוצאה תהיה הפחתה במקרים של אכיפה סלקטיבית וירידה גם במספר ההתדיינות העוסקות בכך. ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית תחזק את שלטון החוק ואף תגביר את אמון הציבור ברשות השופטת.

התופעה של אכיפה סלקטיבית יכולה להקים עילות ביקורת רבות, כמו אפליה, חוסר סבירות, חוסר מידתיות, שיקולים זרים או שרירות. דא עקא, שהיא נוגעת בהיבטים יחודיים שלהן ובחלקים מהן באופן שניסיון לקשר את התופעה עם עילה אחת או עם עילות שונות במצבים שונים, יגרע הן מהיכולת לזהות את התופעה הן מהיכולת להעביר ביקורת שיפוטית

### פרק רביעי: חשיבות הדיון המובחן באכיפה סלקטיבית

ראויה עליה. ברצוני לתמוך בגישה הכללית המקדמת קונקרטיזציה של עילות הביקורת, דהיינו פיתוח עילות פרטניות בעלות תוכן קונקרטי, כחלק מהניסיון להתמודד עם שיקול הדעת הרחב המוקנה לרשות המינהלית בדמוקרטיה המודרנית, וכביטוי להתפתחות הטבעית של המשפט הצועד, כמו כל תחומי החיים, לעבר מודרניזציה והתמקצעות ספציפית. במסגרת התפתחות מבורכת זו, אין ספק לדעתי כי תופעת האכיפה הסלקטיבית, הטומנת בחובה היבטים ייחודיים ובעייתיים, ראויה לדיון פרטני ומובחן, הגם שעילת הביקורת השיפוטית נגזרת מעילות קיימות. הקפדה על השימוש בעילה קונקרטית זו, תוך הדגשת הגדרתה ומרכיביה, תסייע לא רק בהכוונת רשויות האכיפה אלא גם בהכוונת בתי המשפט הנמוכים המתמודדים עם טענות שונות ביחס לפגמים באכיפה, ובכך תגביר את יכולת הציפייה והוודאות המשפטית של הרשויות והציבור גם יחד. שימוש בעילה הקונקרטית של אכיפה סלקטיבית – גם במצבים שבהם ניתן לעשות שימוש בעילה כללית יותר כמו סבירות או שוויון – יתרום גם ללגיטימציה של הציבור ולאמונו במערכת המשפט, שכן ההחלטות השיפוטיות תיראנה יותר אובייקטיביות ופחות שרירותיות או תלויות בשופט המקרי היושב בדין.

## הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

### א. הקדמה

בפרק הקודם הגענו למסקנה כי יש מקום להכיר בעילת ביקורת מובחנת שעניינה אכיפה סלקטיבית, אך בכך אין לתת מענה לשאלה אם בתי המשפט יהיו נכונים להעביר ביקורת שיפוטית בעילה זו. בפרק זה ברצוני לבחון את התפתחות הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה בארץ, בארצות-הברית, באנגליה ובגרמניה, על מנת לסרטט תמונת מצב עדכנית ולבחון את המסגרת שבתוכה תשתלב הביקורת השיפוטית בעילה המוצעת.

אנסה להראות כי המשפט הישראלי ירש מסורת אנגלו-אמריקנית של אי-התערבות בשיקול דעת רשויות האכיפה, ובכלל זה רתיעה מהתערבות באכיפה של חוק המנוסח באופן ניטרלי. גישה זו שונה מאוד מגישת המשפט הגרמני, אשר אינו מסתייג מהעברת ביקורת שיפוטית על רשויות מינהליות, ובכללן רשויות אכיפה, ואף אינו נרתע מהתערבות בשיקולי מדיניות של רשויות אלה והחלפת שיקול דעתן בשיקול דעתו. עם זאת המשפט הישראלי השתחרר במידה רבה מהמסורת האנגלו-אמריקנית ונכונותו להעביר ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה רחבה יותר מאשר בארצות-הברית ובאנגליה. יתרה מזאת, גם באנגליה אשר נעדרת חוקה – אף שלא קיימת עילה מובחנת המטפלת בתופעת האכיפה הסלקטיבית – יש כיום תימוכין לפיקוח שיפוטי על התנהגותן של הרשויות המופקדות על אכיפת החוק עד כדי ביטול אישום במקרים המתאימים לכך. בארצות-הברית התפתחה דרישת מניע כמרכיב של עילת האכיפה המפלה, אשר מהווה מכניזם שמאפשר לבתי המשפט להכיר בשיקול הדעת הרחב של רשויות האכיפה, אך עם זאת להעביר ביקורת שיפוטית במקרים הנדירים שבהם הפגיעה היא בלתי חוקתית. בישראל קיימים טעמים טובים שלא לאמץ את דרישת המניע הקיימת בארצות-הברית, ומאידך ההתפתחויות בתחום הביקורת המינהלית והחוקתית מעידים על כך כי למרות ההכרה בשיקול דעתן הרחב של רשויות האכיפה, אין רתיעה מהעברת ביקורת שיפוטית עליהן במקרים המתאימים לכך. קיים אפוא מתאם בין עילת הביקורת המוצעת, אשר אינה דורשת הוכחה של חוסר תום לב דווקא מצד רשויות האכיפה, לבין נכונותו של בית המשפט בישראל לבקר את רשויות האכיפה על בסיס רחב החורג מבחינה של תום הלב גרדא.



## ב. ישראל

### 1. הקונבנציה בדבר עצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה

תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה<sup>1</sup>, כפי שהתפתח במשך השנים, הוא מורכב וכולל כמה סמכויות, אשר ריכוזן ביד אחת הופך את התפקיד לבעל עוצמה אדירה. סמכויות אלה כוללות אחריות עליונה לאכיפת החוק הפלילי, ייעוץ לרשויות השלטון לגבי חוקיות פעולותיהן, ייצוג רשויות המדינה בבתי המשפט והגנה על האינטרס הציבורי. בכל אלה היועץ המשפטי אמור לפרש את החוק, לפעול על פיו ולהניע גם את רשויות השלטון האחרות לעשות זאת<sup>2</sup>. בהתאם לנוהג שהתגבש במדינת ישראל, קבעה ההלכה הפסוקה כי היועץ המשפטי הוא גם הפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת, וחוות דעתו היא המחייבת את רשויות המדינה ומשקפת עבורן את המצב המשפטי<sup>3</sup>. כך למשל, אף שהפרקליט הצבאי הראשי (הפצ"ר) הוא הממונה על השלטת המשפט בצבא, בכל הנוגע

- 1 להלן: היועץ המשפטי.
- 2 ראו ר' גביוון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה (תשנ"ז) 27, 34; י' זמיר "היועץ המשפטי בשעת משבר: פרשת שירות הביטחון הכללי" ספר אורי ידין (כרך ב, א' ברק, ט' שפניץ עורכים, תש"ן) 47, 48-47; ראו גם לעיל, פרק שני, סעיף ד1(ג).
- 3 ראו למשל בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473; בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 425. כן ראו י' זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 411, 417; ד' ברק-ארוז "בג"צ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה (תשנ"ז) 219, 220; א' רובינשטיין "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק – מטלות ומורכבות במדינה יהודית דמוקרטית מקוטבת" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 7, 10. דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (ירושלים, תשנ"ט) (להלן: דו"ח ועדת שמגר) קבע כי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה משקפת ומייצגת את הפרשנות המשפטית המוסמכת, כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת. רשות ממלכתית שבוחרת לבצע מדיניות בניגוד לעצה המשפטית המוסמכת היעוצה לה, עושה זאת על אחריותה הציבורית והמשפטית. עם זאת ההכרעה המשפטית הסופית והחלוטה בעניין הפרשנות המשפטית המוסמכת היא בידי בית המשפט (עמ' 21-22 לדו"ח). לעמדה שלפיה טעות לקבוע כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה כוח מחייב ראו א' לבונטין, ר' גביוון "עמדתו המחייבת של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר (חלק א, תשס"ג) 221. עם זאת נראה כי בית המשפט העליון עדיין דבק בגישה שלפיה עמדתו המשפטית של היועץ המשפטי היא המחייבת. ראו בג"ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241, 279: "הדין הוא, כי עמדתן של הממשלה ורשותיה (להבדילה מדעותיהם האישיות של הנבחרים ועובדי-הציבור המכהנים בהן) בשאלות בדבר תוכן הדין הקיים נקבעת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה...". לדעה שלפיה בהצהרות האתיות של היועץ המשפטי לממשלה, להבדיל מהמשפטיות, אין בכדי לחייב את רשויות השלטון לפעול על פיהן ראו א' בנדור, ז' סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והמימשל" הפרקליט מד (תש"ס) 423, 440.

## פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

למדיניות אכיפת החוק עליו להביא בחשבון את המדיניות הנקוטה על ידי היועץ המשפטי. יתרה מזאת, בעניינים בעלי חשיבות מיוחדת היועץ המשפטי אף יכול להתערב בשיקול דעתו של הפצ"ר ועמדתו תחייב<sup>4</sup>. מעמד היועץ המשפטי בשיטת המשפט שלנו היא של איש מקצוע בכיר ביותר, שמקורות סמכותו והבסיס ללגיטימיות החלטותיו הם מקצועיותו, יושרו ועצמאותו. דהיינו, הרטוריקה באשר ליועץ המשפטי והשירות הציבורי המשפטי, אשר מובנת בייחוד בכל הנוגע לסמכויות האכיפה, מציגה את השירות המשפטי כגורם "אובייקטיבי" שעצמאותו חיונית, על מנת שהשלטון לא יחלוש על מנגנון אכיפת החוק<sup>5</sup>. בעבר הרחוק הסמכות להגשת כתב אישום בעבירה מסוג פשע הייתה נתונה בידי בית משפט השלום. על פי פקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב האשמה), 1924<sup>6</sup>, המשטרה הייתה מציגה ראיות לבית המשפט, וזה היה מחליט אם קיימות ראיות לכאורה לביצוע העבירה על ידי הנאשם הפוטנציאלי<sup>7</sup>. בכך שימש שופט השלום מגן אובייקטיבי וניטרלי מפני פזיזות בהגשת כתבי אישום וחוסר התעמקות בטיב הראיות. אף שהחלטה זו התייחסה לדיות הראיות ולא להיבט הציבורי בהגשת האישום, עריכתה של החקירה המוקדמת חייבה את המדינה לבדוק את עצמה היטב גם בתחום זה לפני הגשת הבקשה המוקדמת לשופט השלום, כך שניתן לטעון שהיה בכך לגרוע מהסכנה שבתביעה לא מוצדקת<sup>8</sup>. מוסד החקירה המוקדמת לגבי עבירות היה קיים עד 1965. חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965 ביטל את ההסדר האמור, בשל האמונה כי הביקורת השיפוטית על החלטות להעמיד לדין לא הייתה יעילה<sup>9</sup>. לעניין שיקול הדעת בהעמדה לדין, סעיף 3 לחוק לתיקון

4 ראו בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714 (להלן: בג"ץ עטייה), 732.

5 גביוון (לעיל, הערה 2), בעמ' 35. לחשיבות פיצול הסמכויות בשלבי ההליך הפלילי ראו גם מ' בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה (תשנ"ז) 5, 17.

6 ר' ה' דרייטון חוקי פלשתינה (א"י) (כרך א, 1933), 446. סעיף 6 לפקודה עוסק בכתב הזמנה לדין או צו כפייה שמוצא על ידי שופט השלום; סעיף 7 עוסק בתוכנו של צו כפייה והוצאתו לפועל.

7 מוסד זה של בדיקה מוקדמת נשאב מהמשפט האנגלי, שבו נוהל מוסד של חקירה מוקדמת (committal) שמטרתו לבדוק אם קיימות מספיק ראיות לאישום. להליך החקירה המוקדמת בשיטה האנגלו-אמריקנית ולחשיבותו ראו ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ג) 155, 162-163.

8 ראו ק' מן "זכות הטיעון והביקורת על שיקול-הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין" פלילים ה (תשנ"ז) 189, 192-193; בן-יאיר (לעיל, הערה 5), בעמ' 22; פרידמן (לעיל, הערה 7), בעמ' 162.

9 בהצעת חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ג-1963, ה"ח 155, נאמר: "לאחר שהחוק משנת תשי"ח-1958 הנהיג את החובה למסור לעיון הנאשם או סניגורו כל חומר ראיות שבידי הקטיגוריה, ניטל עיקר חשיבותה המעשית של החקירה המוקדמת. גם הניסיון הוכיח כי רק בחלק קטן מאד של המקרים נתבקשה חקירה מוקדמת. גם מבין אלה בוטלה בקשת הנאשם לערוך את החקירה במקרים רבים אחרי שהומצא לו או לסניגורו העתק חומר הראיות ועוד לפני התחלת החקירה,

## אכיפה סלקטיבית

סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות), תשי"ח-1958<sup>10</sup> קבע כי המשטרה תעביר את חומר החקירה בעבירה שהיא פשע לפרקליט המחוז, ואם מצא פרקליט המחוז שהראיות מספיקות להאשמת אדם פלוני, יעמידו לדין בבית המשפט, זולת אם היה סבור שאין בניהול המשפט משום טובת הציבור. בכך הופקד מלוא שיקול הדעת בהוצאת כתבי אישום בידי נציגי התביעה ולבית המשפט לא ניתנה כל סמכות לשיקול שיקולים של טובת הציבור בכל הנוגע לבידור האשמה ולהגשת כתב אישום<sup>11</sup>. עיקרון זה, שלפיו שקילת אינטרס הציבור בהחלטה על הגשת כתב אישום נתונה בידי התביעה – נשמר עד היום<sup>12</sup>.

באכיפת החוק הפלילי, היועץ המשפטי פועל מכוח דינים המעניקים לו סמכויות<sup>13</sup>, כגון ההחלטה אם להעמיד לדין, ההחלטה באיזה סעיף להעמיד לדין, ההחלטה מתי לחקור ומתי להפסיק לחקור וההחלטה אם לעכב הליכים פליליים<sup>14</sup>. כאמור, שיקול הדעת של היועץ המשפטי בהפעלת סמכויות אלה הוא רחב למדי ומבוסס הן על קביעות, כגון פירוש יסודות העבירה או קיומן של ראיות, הן על הכרעות בדבר קיומו של אינטרס ציבורי בניהול המשפט. במסגרת סמכויותיו אלה בתחום אכיפת החוק, היועץ המשפטי חייב נאמנות בראש ובראשונה לחוק ולשמירת שלטון החוק<sup>15</sup>. נאמנות זו יוצרת דואליות עם הנאמנות המתחייבת לממשלה בהיותה "לקוחה" של היועץ המשפטי. עם זאת ניתן לטעון כי

ומתוך כל החקירות שהתנהלו מאז שנת תשי"ח רק במקרים ספורים ממש הוחלט שאין מקום להעמיד את הנאשם לדין. לפיכך מוצע לבטל את החקירה המוקדמת כליל" (עמ' 191). ראו גם ר' גביוון "שימוע, שוויון לפני החוק והיועץ המשפטי לממשלה" עיוני משפט טו (תש"ן) 457, 459.

10 לפי סעיף 225 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965 שונה שם החוק ל"חוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958". כמו כן, סעיפים 1-18 בוטלו מכוח סעיף 226 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965.

11 בן-יאיר (לעיל, הערה 5), בעמ' 22; מן (לעיל, הערה 8), בעמ' 193; פרידמן (לעיל, הערה 7), בעמ' 161.

12 סעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) קובע: "ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט ענין לציבור...".

13 היועץ המשפטי שואב את מרבית סמכויותיו ישירות מהחוק. יחיאל גוטמן ציין בספרו משנת 1995 כי קיימים למעלה מ-120 חוקים בספר החוקים של מדינת ישראל המעניקים ליועץ המשפטי לממשלה סמכויות ישירות ואליהם נוספים מדי שנה חוקים נוספים; ראו י' גוטמן "טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300" ידיעות אחרונות (1995) 148.

14 לפירוט תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה בכל שלבי אכיפת החוק ראו ר' גביוון שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א), 111-168.

15 גביוון (לעיל, הערה 2), בעמ' 42; זמיר (לעיל, הערה 3), בעמ' 412-413; א' וינרוט "שניות בתפקידי היועץ המשפטי לממשלה" המשפט ג (תשנ"ו) 85, 86.

פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

"הלכות" האמיתי של היועץ המשפטי הוא הציבור<sup>16</sup>, או למצער, שהמחויבות לאינטרס הציבורי ולנורמות של יושרה מקצועית מגבילה את המחויבות שיש ליועץ המשפטי כלפי הרשות<sup>17</sup>.

עצמאות היועץ המשפטי קיבלה גושפנקה ברו"ח ועדת אגרנט<sup>18</sup>, אשר דן בייחוד בסמכויות אכיפת החוק של היועץ המשפטי וביחס בין היועץ המשפטי לבין שר המשפטים בכל הנוגע להפעלת סמכויות אלה. ועדת אגרנט כינתה את סמכותו של היועץ המשפטי, על כל היבטיה, כ"משפטית-דיסקרציונית" והבחינה בין המרכיב המקצועי-המשפטי בהחלטות על אכיפת חוק לבין המרכיב של מדיניות: הצד המשפטי של התפקיד הוא להחליט אם קיימות מספיק ראיות לצורך העמדה לדין והצד הדיסקרציוני הוא להחליט אם שורת הצדק או אינטרס ציבורי מסוים מחייבים שלא להפעיל את המשפט הפלילי<sup>19</sup>. בהקשר זה, קבעה הוועדה כי תפקידו של היועץ המשפטי מחייב אותו "לפסוק" בין הציבור לבין הפרט ולהכריע בין אינטרס ציבורי אחד למשנהו, על כן החלטתו הסופית אם להגיש או לא להגיש את כתב האישום נושאת אמנם אופי "מינהלי", אך הוא מצווה להגיע אליה בדרך "שיפוטית". זוהי אמנם הגישה שעל פיה חייבת לנהוג כל רשות מוסמכת "רגילה", כאשר עומדת בפניה השאלה כיצד להשתמש בסמכות הדיסקרציונית שהחוק העניק לה, אולם לתוצאות העשויות לצמוח משימוש בסמכויות שהוענקו ליועץ המשפטי בתחום העונשין נודעת משמעות יתר. לפיכך היועץ המשפטי חייב לנהוג באשר להחלטותיו והכרעותיו בתחום האכיפה, מתוך גישה עצמאית ובלי שיהיה אנוס לציית להוראותיהם של אחרים<sup>20</sup>. עם זאת הוועדה ציינה כי היועץ המשפטי חייב להתייעץ עם שר המשפטים ולפעמים עם הממשלה כולה, על דרכי פעולתו בתחום העונשין, בייחוד לגבי סוגי פעולות שיש להם משמעות ביטחונית, מדינית או ציבורית. במקום שקיימים חילוקי דעות – נתונה ההכרעה הסופית בידי היועץ המשפטי<sup>21</sup>. קביעה זו מבטאת את רגישותו של דו"ח ועדת אגרנט לבעיה של היעדר האחריות הפוליטית של היועץ המשפטי ולאיוון העדין הנדרש בתפקיד בין עצמאות מקצועית-משפטית לבין השתלבות והתחשבות הנדרשות לצורכי הפעולה של מערכות שלטוניות מורכבות<sup>22</sup>. עצמאות היועץ המשפטי קיבלה אף ביטוי בשלילת יכולתו של שר המשפטים ליטול את סמכותו של היועץ המשפטי באכיפת החוק, בהיותה סמכות

16 'זמיר' היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי ('זמיר עורך, תשנ"ג) 451, 454.

17 גביוון (לעיל, הערה 2), בעמ' 42.

18 "דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי ('זמיר עורך, תשנ"ג) 421 (להלן: דו"ח ועדת אגרנט).

19 שם, בעמ' 423.

20 שם, בעמ' 427-428.

21 שם, בעמ' 433.

22 גביוון (לעיל, הערה 2), בעמ' 56, 63.

## אכיפה סלקטיבית

מעין שיפוטית<sup>23</sup>. בכך קיבלה על עצמה המערכת הפוליטית את הקביעה כי גם אם לעתים יהיו החלטות ההעמדה לדין של היועץ המשפטי בלתי קבילות עליה – אין לה סמכות להתערב בהן<sup>24</sup>.

פרופ' רות גביון סבורה כי דו"ח ועדת אגרנט מהווה את הביטוי המגובש ביותר של הקונבנציה בדבר עצמאות היועץ המשפטי. עם זאת לשיטתה העקרונות הקבועים בדו"ח זה לא היו מביאים לאותה תוצאה לבדם, לולא הצטברותם של כמה גורמים נוספים: נחישותם של יועצים משפטיים, עד כדי איום בהתפטרות, אם לא תוכר עצמאותם; תמיכתו של שר המשפטים ביועצים המשפטיים ובעצמאותם בתקופות קריטיות; תבונתם המדינית של כל ממלאי התפקידים, שהשכילו לצמצם את המחלוקות החזיתיות רק לעניינים שנתפסו כחיוניים ממש; הבנה של הממשלה כי לא ראוי להפגין שליטה פוליטית במערכות של אכיפת החוק<sup>25</sup>. יש הרואים בהתפתחות המוסד של היועץ המשפטי – כמוסד עצמאי – תופעה מבנית ופחות פרסונלית. פרופ' עלי זלצברגר ניתח את מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה בישראל במשקפיים של ניתוח כלכלי פוזיטיבי<sup>26</sup> של הפרדת הרשויות<sup>27</sup>. לשיטתו, קיומם של רשויות או מוסדות הנתפסים כעצמאיים בעיני הציבור, מאפשר לפוליטיקאים למקסם את האינטרסים שלהם באמצעות האצלת סמכויות לרשויות אלה. האצלה זו פותרת בעיות של הכרעות קולקטיביות שמאפיינות החלטות ממשלתיות או חקיקתיות, והיא מאפשרת לפוליטיקאים להסיט את האחריות מעצמם<sup>28</sup>. קיימות לדעתו דוגמאות שבהן היועצים המשפטיים פתרו את בעיית ההכרעה הקולקטיבית בכך שהם שימשו אמצעי להטיית הכף לטובת עמדת ראש הממשלה בניגוד לעמדת הממשלה. כן קיימות דוגמאות

23 סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) קובע: "שר, לרבות ראש ממשלה, הממונה על ביצועו של חוק, רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על-פי אותו חוק לעובד מדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק...".

24 גביון (לעיל, הערה 2), בעמ' 57.

25 שם, בעמ' 57-58. העמדה שלפיה האופי והאישיות של היועצים המשפטיים הביאו לגיבוש האופי של מוסד היועץ המשפטי לממשלה, נתמכת גם בדעתו של היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, יצחק זמיר, בריאיון שערכתי עמו (נספח א).

26 המישור הפוזיטיבי של הניתוח הכלכלי למשפט מבקש למצוא קשרים בין משתנים מסוימים המרכיבים את המודל, כששאר המשתנים מקובעים. במישור זה מנסה הגישה הכלכלית לנסח מערכת של הנחות או תחזיות הניתנות לאימות בעזרת כלים אמפיריים. יש להבדיל מישור זה מהמישור התיאורי, שבו הניתוח הכלכלי מבקש לתאר את הכללים, ההחלטות וההליכים המשפטיים תוך שימוש בשפה של מדע הכלכלה; כן יש להבדיל זאת מהמישור הנורמטיבי, אשר מדרג רציות ושופט באופן ערכי כללים, החלטות ומוסדות משפטיים. ראו ע' זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב (תשנ"ג) 261, 270-271.

27 ראו ע' זלצברגר "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל" פלילים ה (תשנ"ז) 149, 161-170.

28 שם, בעמ' 164.

## פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

רבות לשימוש ביועץ המשפטי כמי שהאחריות מוסטת אליו, במצבים שבהם הפוליטיקאים סברו שכל החלטה תגרום לאבדן תמיכה מסוימת של הבוחר או רצו לספק את רצונם של שותפים קואליציוניים.<sup>29</sup>

כך או כך, הרטוריקה בדבר עצמאותו של היועץ המשפטי, מקצועיותו ושיקול הדעת הרחב המוקנה לו בחקיקה, השפיעו על אופייה והיקפה של הביקורת השיפוטית עליו.

## 2. המסגרת הנורמטיבית

### (א) סמכות העמדה לדין

התובעים הציבוריים העיקריים במדינת ישראל שהם נציגיו של היועץ המשפטי לממשלה, הם תובעים מפרקליטות המדינה<sup>30</sup>, תובעים משטרתיים, תובעים צבאיים שבראשם הפצ"ר, תובעים מטעם רשויות מקומיות ותובעים מטעם משרדי ממשלה, כגון תובעי רשויות המס במשרד האוצר<sup>31</sup>. בראש מנגנון התביעה הפלילית עומד היועץ המשפטי, אך הסמכות להעמיד לדין מוקנית בדרך כלל גם לנציגו (פרקליט המדינה, משנהו או סגניו, פרקליטי מחוז וכו'), כאמור בסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי<sup>32</sup>.

כראש מערכת התביעה, עומדת בפני היועץ המשפטי לממשלה הסמכות המינהלית העליונה הן באשר למדיניות התביעה, הן באשר להחלטה לחקור עניין מסוים, הן בשאלת הגשת כתב אישום<sup>33</sup>. מאחר שמדובר במערכת גדולה ועמוסה, ברור שהיועץ המשפטי אינו יכול להיות מעורב בכל ההחלטות בתיקי חקירה ספציפיים, ועיקר תפקידו מתמצה בקביעת מדיניות והתערבות במקרים מיוחדים וקשים<sup>34</sup>. היועץ המשפטי רשאי גם להורות על עריכת בדיקה מקדמית, על מנת לבחון אם יש מקום להורות על פתיחת חקירה משטרתית או לא. מתן הוראה על עריכת בדיקה, בדומה למתן הוראה על הגשת כתב אישום, הוא עניין

29 שם, בעמ' 165-166.

30 הפרקליטות בישראל מאוחדת וכלל ארצית, להבדיל מהמקובל בארצות בעולם האנגלו-אמריקני שבהן נוהגת שיטה של ביזור, דהיינו הפעלת פרקליטויות נפרדות ועצמאיות לפי חלוקה אזורית. ראו התייחסותו של דו"ח ועדת שמגר (לעיל, הערה 3), בעמ' 15.

31 ראו גביון (לעיל, הערה 14), בעמ' 134.

32 סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי קובע מיהם התובעים וסעיף 62 קובע מי מוסמך להחליט על העמדה לדין ועל סגירת תיק.

33 סמכות זו של הפוסק האחרון בסוגיה הרגישה של העמדה לדין פלילי – היא מקור עוצמתו העיקרי של היועץ המשפטי. בעניין זה הפרקליטות, המשטרה וכל רשויות החקירה והתביעה האחרות כפופות לשיקול דעתו; ראו גוטמן (לעיל, הערה 13), בעמ' 148.

34 ראו מן (לעיל, הערה 8), בעמ' 203.

שבשיקול דעת<sup>35</sup>. בנוסף, היועץ המשפטי רשאי לפי ראות עיניו להתייצב בכל הליך ולהשמיע דברו, או להסמיך את נציגו לעשות זאת מטעמו, אם הוא סבור כי זכות של מדינת ישראל, זכות ציבורית או עניין ציבורי עלולים להיות מושפעים או כרוכים בהליך האמור<sup>36</sup>. לגבי עבירות מסוימות מתנה החוק כי היועץ המשפטי יתן מראש את הסכמתו להגשת כתב אישום<sup>37</sup>. כמו כן חקירה פלילית או העמדה לדין של שופט או דיין יכולים להתבצע רק בהסכמת היועץ המשפטי<sup>38</sup>, ובידיו בלבד נתונה אף הרשות לבקש ליטול חסינות של חבר כנסת לצורך חיפוש, מעצר או דיון פלילי<sup>39</sup>. ניתן לראות במקרים אלה סטייה מהשוויון ה"פורמלי" באכיפת החוק<sup>40</sup>, שכן החוק דורש כי בעבירות מסוימות, להבדיל מעבירות אחרות, ההחלטות על החקירה או ההעמדה לדין ייעשו על ידי הבכיר ביותר במערכת, וכן הוא קובע הליכים מיוחדים על פי זהות החשוד<sup>41</sup>. דרישת ההסכמה לגבי עבירות מסוימות, נובעת מרגישותן, ואילו דרישת ההסכמה לגבי קבוצות מסוימות של אנשים מעידה על כך כי המחוקק סבר שיש לקבוצות אלה מאפיינים מיוחדים המצדיקים זהירות מיוחדת לפני ההחלטה על העמדה לדין<sup>42</sup>.

35 בבג"ץ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.1.02) עתרה התנועה למען איכות השלטון כנגד החלטת הפרקליטות שלא להורות על פתיחת חקירה משטרתית בעקבות תלונה של העותרת. העותרת פנתה לפרקליטות וטענה כי יושבת ראש הרשות לניירות ערך ביצעה עבירה פלילית. נציגי העותרת הוזמנו להשמיע את טענותיהם בפני היועץ המשפטי ופרקליטת המדינה, ובעקבות התלונה הוחלט בפרקליטות על עריכת בדיקה כדי לקבוע אם להורות למשטרה לחקור את התלונה. אנשי הפרקליטות, במסגרת הבדיקה, שמעו עדים ואספו מסמכים והחליטו על סמך בדיקה זו שלא להורות על פתיחה בחקירה. טענת העותרת הייתה כי הפרקליטות אינה רשאית לערוך בדיקה מקדימה במקום המשטרה שהיא הגוף המוסמך לחקור עבירות. העתירה נדחתה ובית המשפט קבע כי היועץ המשפטי רשאי להסתפק בעריכת בדיקה ראשונית, על מנת להכריע אם להורות על ביצוע חקירה משטרתית. עתירה לקיום דיון נוסף נדחתה; ראו דנג"ץ 1396/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 24.4.03).

36 ראו סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].

37 ראו למשל סעיף 38(ד) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, וסעיף 9(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 העוסקים בהעמדה לדין בעבירות חוץ. כן ראו סעיף 123, שם, שעניינו העמדה לדין בעבירות ביטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים.

38 ראו סעיף 12 לחוק-יסוד: השפיטה וסעיף 25 לחוק הדיינים, תשט"ז-1955.

39 ראו סעיף 13 לחוק חסינות חברי-הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951.

40 לגישת השוויון המהותי מול גישת השוויון הפורמלי, ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף 47.

41 ראו גביון (לעיל, הערה 9), בעמ' 466-467.

42 החשש לגבי חברי כנסת הינו מפני התנכלות של הרשות המבצעת לחברי כנסת מתוך רצון להצר את צעדיהם ואת חופש הפעולה הפוליטי שלהם. החשש לגבי שופטים הוא מפני פגיעה

(ב) סמכות בערר

במקום שהמשטרה החליטה שלא לחקור תלונה שהוגשה בפניה<sup>43</sup> או במקום שהתובע המוסמך החליט לסגור את התיק ולא להעמיד לדין<sup>44</sup>, רשאי המתלונן להגיש ערר<sup>45</sup>. הסמכות לדון בערר קבועה בסעיף 64 לחוק סדר הדין הפלילי, אשר מפרט בפני איזה דרג מהפרקליטות יוגש כל ערר. בכל מקרה, אם יוגש ערר, תהא ליועץ המשפטי, אשר מצוי בראש ההיררכיה של התביעה, הסמכות האחרונה להכריע בשאלה אם יש להעמיד לדין את האדם שבגינו נערכה החקירה או הוגשה התלונה<sup>46</sup>.

(ג) הסמכות לעכב הליכים פליליים

סעיף 231 לחוק סדר הדין הפלילי מקנה ליועץ המשפטי סמכות לעכב הליך פלילי בכל עת שלאחר כתב אישום ולפני הכרעת הדין. מדובר בהליך הכרוך בהפעלת שיקול דעת בעל אופי מעין שיפוט. תכלית הסמכות היא לאפשר את הפסקת ההליכים הפליליים, ללא החלת התוצאות של חזרה מאישום, דהיינו בלא שיהא בכך להביא לזיכוי של הנאשם<sup>47</sup>. סמכות זו יש בה להראות שהשליטה על המשך ניהול ההליך הפלילי או על הפסקתו, נתונה בידי היועץ המשפטי, אשר ממונה על שמירת אינטרס הציבור<sup>48</sup>. תיקון החוק מתשס"א איפשר ליועץ המשפטי לאצול למשנהו – דרך כלל, לסוגי עניינים או לעניין מסוים – את סמכותו להחליט בבקשות עיכוב הליכים, וכן לאצול למנהל התחום לעיכובי הליכים בפרקליטות המדינה את סמכותו לעכב הליכים בעבירות מסוג עוון שכתב האישום לגביהן הוגש על ידי

חמורה באמון הציבור ברשות השופטת ורצון להבטיח ששופט יועמד לדין רק אם יש בכך הכרח חיוני ורק לאחר בדיקה זהירה. ראו שם, בעמ' 467.

43 על פי סעיף 58 לחוק סדר הדין הפלילי רשאי כל אדם להגיש תלונה למשטרה. לפי סעיף 59 "בעבירה שאינה פשע רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שאין בדבר עניין לציבור או אם היתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה".

44 על פי סעיף 63 על החלטה שלא לחקור תימסר למתלונן הודעה בכתב בציון טעם ההחלטה. לסמכות לסגור תיק, ראו סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי. על פי סעיף 63 לחוק סדר הדין הפלילי גם על החלטה שלא להעמיד לדין תימסר למתלונן הודעה בכתב בציון טעם ההחלטה.

45 בכך הופך המתלונן לקבוצת הביקורת החשובה ביותר על מנגנון האכיפה המשטרתי. ראו דבריו של מפכ"ל המשטרה לשעבר, יהודה וילק, בריאיון שערכתי עמו (נספח ז).

46 ראו דו"ח ועדת אגרנט (לעיל, הערה 18), בעמ' 422.

47 סמכות החזרה מאישום קבועה בסעיף 93 לחוק סדר הדין הפלילי. על פי סעיף 94(4) חזרה מאישום לפני תשובת הנאשם – תוביל לביטול האישום; ואילו חזרה לאחר תשובת הנאשם – תגרור זיכוי. לסמכות עיכוב ההליכים מול סמכות החזרה מאישום, ראו בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 538.

48 דו"ח ועדת אגרנט (לעיל, הערה 18), בעמ' 422-423.



## אכיפה סלקטיבית

תובע משטרת<sup>49</sup>. תיקון החוק מתשס"ד הוסיף בעלי תפקידים נוספים שלהם ניתן לאצול את סמכות העיכוב או נסיבות נוספות שבהן ניתן לעשות כן<sup>50</sup>. לשון החוק אינה נוקטת עמדה בשיקולים שרשאי בעל הסמכות לשקול בבואו להחליט אם לעכב הליכים, ולמעשה לא מוכרת בישראל הבחנה כלשהי בין שיקולים של עניין לציבור, שהם במסגרת תפקיד השקילה של רשויות התביעה בבואם להחליט אם להעמיד לדין, לבין השיקולים המופעלים בלעדית על ידי היועץ המשפטי (או מי שהואצלה לו הסמכות) במסגרת בקשות לעיכובי הליכים<sup>51</sup>. לדעת פרופ' רות גביון ההיגיון של מנגנון ההחלטה הדו-שלבי אינו מחייב הפרדה מלאה בין השיקולים. לעתים אין מנוס משימוש בסמכות העיכוב דווקא, שכן העובדות המצדיקות הפסקת ההליך – בין שאלה נסיבות אישיות מיוחדות ובין שאלה היבטים ציבוריים – התגבשו או התבררו רק בשלב שבו האפשרות היחידה להפסיק את ההליך (ללא זיכוי) היא בדרך של עיכוב הליכים<sup>52</sup>. על כל פנים, בגדר "העניין הציבורי" כלולה מדיניות אכיפת החוק שעליה מופקד היועץ המשפטי, והשתלבותו של העניין שבפניו במדיניות הכללית<sup>53</sup>. ליועץ המשפטי מוקנה אפוא שיקול

49 דברי ההסבר להצעת החוק נאמר שמוגשות כ-1600 בקשות לעיכוב הליכים בשנה, מתוכן למעלה מ-700 בקשות הנוגעות לעבירות פשע שהחלטה בהן הייתה נתונה ליועץ המשפטי בלבד. הטיפול בבקשות אלה מתווסף על תפקידיו הרבים של היועץ המשפטי לממשלה ומטיל עליו נטל בלתי סביר ההולך וגדל נוכח ריבוי עבירות הפשע שבהן מוגשות בקשות עיכוב הליכים. ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 32) (העמדה לדין וסגירת תיקים), תשס"א-2001, ה"ח 607, 611-612.

50 ראשית, ניתן לאצול את הסמכות גם לפרקליט המדינה או למשנהו. שנית, ניתן לאצול את הסמכות למנהל התחום לעיכובי הליכים גם לגבי עבירות מסוג חטא ולא רק בעבירות עוון, ואף כאשר האישום לא הוגש על ידי תובע משטרת. שלישית, בעבירות על דיני התכנון, הבנייה והמקרקעין, ובעבירות מס ועבירות הנלוות לעבירות מס, רשאי היועץ המשפטי לאצול את סמכות העיכוב לפרקליטים האחראים על תחומים אלה בפרקליטות המדינה. הסייג לכל אלו הוא כי פרט למשנה ליועץ המשפטי לממשלה, שהסמכות לאצול לו אינה מוגבלת, לכל יתר הגורמים שנמנו לא ניתן לאצול את הסמכות באישום שהוגש לפי סעיף 12(א)(1)(א) לחוק (קרי בידי פרקליט המדינה, משנהו, פרקליטי המחוז ופרקליטים אחרים מפרקליטות המדינה ששר המשפטים קבע את תאריהם בצו שפורסם ברשומות). בהצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 40) (אצילת סמכויות היועץ המשפטי לממשלה), תשס"ד-2004, ה"ח 354, נומק התיקון בשאיפה לאפשר גמישות בהפעלת הסמכות. בכל הנוגע לעיכוב הליכים בעבירות תכנון, בנייה ומקרקעין, דובר גם על ההתמחות המיוחדת הנדרשת בתחום זה, ועל הצורך בשמירה על אמות מידה אחידות במדיניות ההעמדה לדין במסגרתו (עמ' 354-355).

51 ראו גביון, (לעיל, הערה 14), בעמ' 579-581.

52 שם, בעמ' 587-588.

53 בג"ץ עטייה (לעיל, הערה 4), בעמ' 723.

דעת רחב בשאלה אם לעכב הליך, ויתרה מזאת מוקנית לו גם הסמכות, במגבלות מסוימות, להחליט על חידוש ההליכים שעוכבו<sup>54</sup>.

### 3. התפתחות הביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי לממשלה

שאלת היקף הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי התעוררה לראשונה בבג"ץ שור<sup>55</sup>, שם התבקש ביטול צו שנתן היועץ המשפטי ובו הורה לעכב את הפעולות המשפטיות בתיק פלילי שהוגש על ידי תובע פרטי. השופט שמעון אגרנט עמד על סמכותו הבלתי מוגבלת של ה־Attorney General באנגליה להפסיק בכל שלב את ההליכים במשפט פלילי. הסיבה לכך היא שבייצגו את הכתר – מייצג היועץ המשפטי באנגליה את הריבון, ובייצגו את הריבון – הרי שהוא מייצג את האינטרס הציבורי שהוא אחראי בשמירה עליו. אינטרס זה הוא המצדיק את ההקניה בידו – ללא הגבלה – של השליטה על המשך הדיון הפלילי והוא המכתיב לו אם עליו להשתמש בכוח זה או לא<sup>56</sup>. לשיטתו של השופט אגרנט, "בהעתיקו" את המוסד האנגלי האמור למערכת המשפט בארץ, המחוקק המנדטורי התכוון לתת תוקף לעיקרון שהשליטה בדיון הפלילי המקומי תישאר בידי הריבון המיוצג על ידי היועץ המשפטי<sup>57</sup>. עם זאת סמכותו של היועץ המשפטי אינה סופית ובידי בג"ץ נתון הכוח לפקח עליה. אלא שהתערבות בית המשפט מן הראוי שתתבצע על שטח צר, שכן מצד אחד, מושג "האינטרס הציבורי" הוא רחב, ומצד אחר, השיקולים בדבר טובת הכלל חייבים להיות של היועץ המשפטי<sup>58</sup>. מסקנתו אפוא היא כי בית המשפט יתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי רק כאשר יסודה בחוסר תום לב, או שהיא מנוגדת לאינטרס הציבורי, באופן הגובל בחוסר תום לב<sup>59</sup>.

54 סעיף 232 לחוק סדר הדין הפלילי קובע: "עוכבו הליכים לפי סעיף 231 רשאי היועץ המשפטי לממשלה, בהודעה בכתב לבית המשפט, לחדשם כל עוד לא עברו מיום עיכובם, בפשע – חמש שנים, ובעוון – שנה; הוגשה הודעה כאמור יחדש בית המשפט את ההליכים, ורשאי הוא להמשיך בהם מן השלב שאליו הגיע לפני ההפסקה; עוכבו ההליכים בשניה לא יחודשו עוד".

55 בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא(1) 285 (להלן: בג"ץ שור).

56 שם, בעמ' 299.

57 שם, בעמ' 299-300.

58 הסבר זה של בית המשפט מעיד לכאורה כי היקפה הצר של ההתערבות בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה אינו פונקציה של מעמדו, אלא של אופי ההחלטה שהחוק מפקיד בידיו: שיקול הדעת של מי שהוסמך להחליט מה דורש האינטרס הציבורי הוא רחב – ומכאן שהיקף ההתערבות הוא צר; ראו ד' קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה (תשנ"ז) 121, 125.

59 בג"ץ שור (לעיל, הערה 55), בעמ' 300-301: "לפיכך מכוחו של בית-משפט זה לפקח ולבקר, בעת שבא לפניו ערעור על פעולה מסוג זה, אך אם יסודה ביושר ובתום-לב; במניעים טהורים ולא נפסדים; במטרה הכרוכה באינטרס הציבורי ומכל מקום, שאינה עומדת – כאשר היועץ המשפטי מבקש, מטעמים שבצדק, את טובתו של הנאשם – בסתירה ברורה לאינטרס הזה. אכן, בבדקו את המטרה שלשמה ניתן צו-העיכוב, יימנע בית-משפט זה מלסמוך את ידו עליה

## אכיפה סלקטיבית

בית המשפט דבק בהלכה המצמצמת את עילות ההתערבות במשך כ-25 שנים, שבהן נדחו כל העתירות שהוגשו כנגד היועץ המשפטי<sup>60</sup>. עם זאת בעוד הפסיקה נצמדה להלכת שור, לעתים חל שינוי בהסבר שניתן להלכה זו. היקף ההתערבות הצר לא הוסבר דווקא כנגזר מאופיו הרחב של המושג "אינטרס ציבורי" ומכיבוד עצמאותן של רשויות מוסמכות, אלא כהלכה הנובעת ממעמדו של היועץ המשפטי<sup>61</sup>. מתקופה זו ראוי לציון בג"ץ וינוגרד<sup>62</sup>, אשר העלה לדיון את נושא מנהגי אי-האכיפה של התביעה הפלילית<sup>63</sup>. בעניין זה דרש העותר להורות ליועץ המשפטי להגיש כנגד המפקח הארצי על התעבורה ושניים מפקדיו אישום פלילי בשל הגשת חשבונות פיקטיביים לדמי נסיעה. פרשה זו נחקרה על ידי המשטרה, אך החקירה נפסקה והעניין הועבר לבית הדין המשמעתי של עובדי המדינה. שניים מבין הנחקרים הודו במעשיהם, אך טענו כי הייתה קיימת "נורמה חברתית" שלפיה חלק מהמשכורת משולם על דרך דמי הנסיעה, וכי מדובר ב"שקר שבהסכמה" המקובל מזה שנים במשרד<sup>64</sup>. השופט אלפרד ויתקון חזר על ההלכה, שלפיה בעוד שלגבי גורמים שלטוניים אחרים אף סבירות החלטותיהם וביסוסן האובייקטיבי במערכת העובדות עשויים להיות נושא לביקורת שיפוטית, החלטתו של היועץ המשפטי ניתנת להשגה רק אם התקבלה בחוסר תום לב. השופט ציין כי דעה זו מקובלת עליו בשל כמה טעמים: מעמדו הרם של היועץ המשפטי במערכת המשפט הפלילי, העיקרון שאין המדינה חייבת להגיש אישום פלילי בכל מקרה שבו היא סבורה שנעברה עבירה (שכן מוסמכת היא להימנע מכך מתוך שיקולים משיקולים שונים שאינם שיקוליו של בית המשפט) והעובדה שחשיפת החלטות היועץ המשפטי לביקורת בג"ץ פירושה שכל תלונה של אדם תהפוך לדיון משפטי, אף אם היועץ המשפטי סבור שדיון כזה אינו רצוי. נוכח זאת, הנימוק היחיד שיכול היה להניע את בית המשפט להתערב בשיקול דעת היועץ המשפטי הוא הנימוק שהוא פעל בחוסר תום לב – ודבר זה לא נטען<sup>65</sup>. למעלה מן הצורך התייחס השופט לשאלת הלגיטימיות של

רק במקרה, בו יבלוט ניגוד גמור בינה לבין טובת הכלל, דבר הגובל למעשה עם חוסר תום לב.

60 ראו למשל בג"ץ 125/71 אלויס (ישראל) בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כה (1) 701; בג"ץ 340/72 ניניו נ' מדינת ישראל, פ"ד כז (1) 325.

61 ראו קרצמר (לעיל, הערה 58), בעמ' 127-128 והדוגמאות המובאות על ידיו.

62 בג"ץ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד (2) 634 (להלן: בג"ץ וינוגרד)

63 פרופ' גביון מציינת כי קיימת א-סימטריה הנובעת מטבע התפקיד השיפוטי: בית המשפט יכול להתייחס למנהגי אי-אכיפה כאשר אכן מגיע לפניו מקרה של אכיפה. קשה יותר לבית המשפט להתייחס למנהגי אי-אכיפה בלתי רצויים אם הם אכן "מצליחים" וגורמים לכך שהמקרים אינם מגיעים כלל לבית המשפט. בג"ץ וינוגרד מדגים את היוצא מן הכלל, שבו מגיעה לבית המשפט תלונה על אי-אכיפה; ראו ר' גביון "ביטול המג'לה: המנהג ועקרונות הפיקה" משפטים יד (תשמ"ה) 325, 343.

64 בג"ץ וינוגרד (לעיל, הערה 62), בעמ' 635-636.

65 שם, בעמ' 637-638.

### פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

ההתחשבות בעובדה כי אכן דובר בשקר מוסכם. הוא ציין כי היועץ המשפטי הצהיר כי הוא רואה בכך תופעה חמורה שיש לעקרה מן השורש. דהיינו עובדה זו לא נמנתה עם שיקוליו להעביר את הנושא לדין משמעתי. בהקשר לכך אמר השופט ויתקון:

אכן, לאור הצהרת היועץ המשפטי, אין השאלה אם שיקול לגיטימי לאי הגשת אישום פלילי הוא העובדה שהמעשה הפסול נפוץ ומקובל הוא בחברתנו, מתעוררת לפנינו. אך ברצוני להוסיף שאפילו היתה אותה שאלה מתעוררת לפנינו, הייתי נמנע מלהביע עליה דעה. עם כל סלידתי מהמעשה האמור, לא הייתי יכול לומר שיועץ משפטי נוהג שלא בתום לב, כשהוא מתחשב במציאות מסוימת הקיימת בתחום מסויים, כמו, למשל, בתחום מס הכנסה. יתכן שהתחשבות זו בטעות יסודה. יתכן שלשם הרמת המוסר בין עובדי הציבור אין להסתפק בהליכים משמעתיים, ושהתגובה הנכונה היא לתבוע עבריינים בפלילים. כאשר ציבור מסויים (ובפרט ציבור של בני אדם הנחשבים בדרך כלל כבני אדם מסורים וחיוביים) סוטה בהתנהגותו מהדפוסים הקבועים בחוק או בכללי המוסר, מתעוררות לפנינו שאלות קשות, אך כפי שהראיתי לעיל, זוהי הפררוגטיבה של היועץ המשפטי – וגם חובתו – להידרש לשאלות אלו ולהכריע בהן כמיטב הכרתו. המדיניות שהוא קובע לעצמו וההנחיות המנחות אותו, ענין הן שאין בית-המשפט מתערב בקביעתו<sup>66</sup>.

כאמור, בעוד השופט ויתקון שקל אם היועץ המשפטי רשאי להביא בחשבון שיקוליו להעמדה לדין את עובדת היות העבירה נוהג מוסכם, השופט מאיר שמגר הסתייג באופן חד-משמעי מהתחשבות כזו<sup>67</sup> ואילו השופט משה בייסקי סבר שיש לבדוק מחדש את העניין כולו, משום "שאינ מתקינין תקנות שאין הציבור יכול לעמוד בהן" ואשר מטבע הדברים יביאו לבעייתיות באכיפת החוק<sup>68</sup>. פסק הדין עוסק אמנם במנהג אי-אכיפה של התביעה הפלילית שתאם מנהג של האזרחים שלא לקיים את החוק ולא באכיפה סלקטיבית, עם זאת מפסק הדין עולה כי גם אילו היה מדובר באכיפה סלקטיבית, הרי שרק סלקטיביות שיסודה בחוסר תום לב הייתה גוררת התערבות שיפוטית<sup>69</sup>.

66 שם, בעמ' 639 (ההדגשות שלי – מ' ט'). להתייחסות לדברים אלה של השופט ויתקון כהכרה בכך שיש לעשות הפרדה בין גינוי עקרוני לתופעה לבין הימנעות מהטלת סנקציה על יחיד שסרח בתוך גבולות התופעה המקובלת ראו א' רוזן-צבי "על משפט ומציאות" הפרקליט – ספר היובל (תשנ"ד) 77, 101.

67 בג"ץ וינוגרד (לעיל, הערה 62), בעמ' 640.

68 שם, בעמ' 644.

69 ראו דבריו של השופט ויתקון שם, בעמ' 638: "כאמור, הנימוק היחיד היכול להניענו להתערב בשיקול דעת היועץ המשפטי הוא הנימוק שהוא פעל בחוסר תום לב. דבר כזה לא נטען

## אכיפה סלקטיבית

במהלך השנים, ובמקביל להרחבת הביקורת השיפוטית על רשויות המינהל בכללותן, הורחבה גם המסגרת של עילות הביקורת. נפסק שבג"ץ יתערב אם בפעולת היועץ המשפטי יש משום שרירות<sup>70</sup>, הפליה<sup>71</sup>, משוא פנים<sup>72</sup>, שיקולים "נפסדים"<sup>73</sup> ושיקולים "פסולים"<sup>74</sup>. התפתחות בהלכה חלה בבג"ץ נוף<sup>75</sup>, אשר בו נדונה עתירתה של אשת ח"כ נוף בשל כך שלא נפתחו כדרישתה הליכים פליליים כנגד בעלה, למרות שורה של תלונות שהיא הגישה כנגדו. מ"מ הנשיא מאיר שמגר חזר על ההלכה באשר לעילות ההתערבות בהחלטות היועץ המשפטי, אך ציין כי "חוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין יכול להיות עילה להתערבותו של בית-משפט זה, גם אם אין מתלווים לכך סימנים של העדר תום-לב דווקא"<sup>76</sup>. ואילו השופט אהרן ברק סבר בדעת יחיד כי אין דין מיוחד לעניין היועץ המשפטי וראוי שהיקף הביקורת השיפוטית עליו, יעמוד על אותו בסיס נורמטיבי כמו הביקורת על החלטותיו של כל נושא תפקיד ציבורי אחר<sup>77</sup>. גישה זו רצויה לשיטתו מכמה טעמים: ראשית, היא מונעת קיומן של הבחנות קלושות ורעועות בדבר היקף הביקורת השיפוטית; שנית, היא משליטה את השוויון בפני החוק על הכול, בלא להפלות בין נושאי משרה שונים; שלישית, העוצמה הרבה שמרוכזת בידי של היועץ המשפטי, אשר נהנה מעצמאות שיקול הדעת ומאי-תלות, מחייבת ביקורת שיפוטית ראויה<sup>78</sup>. עמדה זו הייתה אמנם עמדת יחיד, אך לאור דבריו של מ"מ הנשיא שמגר, שלהם הסכימה השופטת שושנה נתניהו, ניתן לומר כי בג"ץ נוף צמצם את הפער בין רשויות אכיפת החוק הפלילי לבין רשויות אחרות, לעניין היקף ההתערבות בהחלטותיהם.

גם לאחר בג"ץ נוף נדחו עתירות רבות אשר תקפו החלטות של הממונים על רשויות האכיפה השונות, כמו היועץ המשפטי<sup>79</sup>, פרקליטת המדינה<sup>80</sup> והפרקליט הצבאי הראשי<sup>81</sup>.

לפנינו. נשמעה, אמנם, טענה שבמקרים אחרים דומים הוגשה תביעה פלילית ושיש כאן איפה ואיפה, אך הטענה הייתה סתמית ולא פורשו מקרים ספציפיים, שניתן היה לבדקם ולהתייחס אליהם בתשובת המשיבים."

- 70 ראו למשל בג"ץ 119/59 רייכבך נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג(2) 1486, 1487.
- 71 בג"ץ 317/76 מוסטפא נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 477, 479.
- 72 בג"ץ 334/77 גולן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(1) 264, 262.
- 73 בג"ץ 4/64 וגנאר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(1) 29, 31.
- 74 בג"ץ 746/80 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 453, 455.
- 75 בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326 (להלן: בג"ץ נוף).
- 76 שם, בעמ' 332.
- 77 שם, בעמ' 334.
- 78 שם, בעמ' 334-335.
- 79 ראו למשל בג"ץ 292/86 העצני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מב(4) 406 (טענה לחוסר סבירות קיצוני בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את עו"ד דרוויש נאסר).
- 80 ראו בג"ץ 506/89 בארי נ' ראש מדור תביעות אגף חקירות, המטה הארצי, פ"ד מד(1) 604 (עתירה כנגד החלטת פרקליטת המדינה לדחות ערר לפי סעיף 64 לחוק סדר הדין הפלילי, שהופנה נגד החלטתה של משטרת ישראל שלא להעמיד לדין את ד"ר מתיתיהו פלד).

פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

מקרה חריג נדון בפסק דין שפטל<sup>82</sup>, שבו קבע בית המשפט כי השיקולים שהביאו את היועץ המשפטי למסקנה כי אינטרס הציבור אינו מחייב חקירה בחשד של עבירת סוביודיצה הם מוטעים וחסרי יסוד, והטיל עליו להורות למשטרה לבצע חקירה<sup>83</sup>. מקרה חריג נוסף, רלוונטי ביותר לסוגיית האכיפה הסלקטיבית, נדון בבג"ץ צופאן<sup>84</sup>. בעניין זה נדונה עתירה כנגד הפרקליט הצבאי הראשי (הפצ"ר) בדרישה כי יורה על הגשת כתב אישום לבית דין צבאי מיוחד כנגד אל"מ יהודה מאיר, בשל אירועים שאירעו בכפר שבשומרון ושבהם לטענת העותרים הם הוכו לפי פקודה שנתן אל"מ מאיר. בין היתר נטען כי בהחלטתו לגבי אל"מ מאיר, הפלה אותו הפצ"ר לטובה על פני חיילים, אשר הועמדו לדין בפני בית דין צבאי מיוחד אף בעבירות קלות בהרבה, והכל בתקופה שמאז תחילת האינתיפאדה ובקשר אתה<sup>85</sup>. אל"מ מאיר טען מנגד כי הפומביות של הפרשה, הנזיפה שקיבל והפסקת הקריירה הצבאית שלו – היו ענישה ראויה וענישה נוספת תהיה בלתי צודקת<sup>86</sup>. באשר לביקורת השיפוטית על הפצ"ר קבע בית המשפט כי בנתון השינויים הנובעים מהמסגרת הצבאית המיוחדת וממעמדו של הפצ"ר – המופקד על מערכת התביעה הצבאית על צרכיה

- 81 ראו בג"ץ 442/87 שאול נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מב(2) 749 (עתירה שעניינה דין משמעתי צבאי שנתקיים על יסוד הוראותיו של חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ואשר לגביו העלה העותר טענת בטלות); בג"ץ 372/88 פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מב(3) 154 (טענה כי החלטת התובע הצבאי בשומרון בדבר העמדה לדין של תושבת נפת שכם בפני בית משפט צבאי של דן יחיד לוקה בחוסר סבירות קיצוני, וכי מן הראוי שבית המשפט יתערב ויצווה על בירור המשפט בפני בית משפט צבאי בהרכב של שלושה שופטים).
- 82 בג"ץ 223/88 שפטל נ' מדינת-ישראל, פ"ד מג(4) 356.
- 83 דובר בתלונה שהגיש עורך דינו של דמיאניוק כנגד עיתונאי, אשר סיקר את משפט דמיאניוק תוך הבעת עמדה ודעה באשר להליך המשפטי. הנמקתו המרכזית של היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי אין אינטרס ציבורי בפתחה בחקירה, בשל המטען האמוציונלי הרב הכרוך במשפט הנוגע לפשעי הנאצים. השופט גבריאל בך חזר על ההלכה שלפיה תיתכן התערבות בשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה רק במקרים נדירים מאוד, שכן החלטתו מושתתת הן על בחינת הראיות והערכת משקלן, הן על פירוש החוק, הן על שקילת האינטרס הציבורי. עם זאת הוא סבר כי ההתערבות בנימוק, שהגשת התביעה אינה תואמת את האינטרס הציבורי – אפשרית, אם השיקולים המובאים על ידי היועץ המשפטי לביסוס מסקנתו בדבר סגירת תיק החקירה הם בבירור מוטעים או זרים לעניין (ראו דברי השופט בך שם, בעמ' 367-368). ואכן, בדעת רוב הסיק בית המשפט מסקנה זו ביחס להחלטה נשוא העתירה (העתירה התקבלה בדעת רוב של השופטים בך וחלימה, כנגד דעתו החולקת של השופט אור).
- 84 בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718 (להלן: בג"ץ צופאן).
- 85 העותרים הביאו בפני בית המשפט רשימה מפורטת של 52 מקרים שבהם הוגשו כתבי אישום נגד 86 חיילים בפני בית דין צבאי מיוחד, הכל בהקשר להתנהגות בתקופת ההתקוממות מאז 9.12.87, בייחוד בגין התעללות בתושבים מקומיים וכן בגין עבירות שונות ומגוונות, כגון גרימת מוות בהתרשלות, תקיפה, התנהגות בלתי הולמת, הכאות, ירי בניגוד להוראות וכדומה. ראו שם, בעמ' 734.
- 86 ראו התייחסותה של גביוון (לעיל, הערה 9), בעמ' 463, הערה 23.

## אכיפה סלקטיבית

המיוחדים – אותם השיקולים, המדריכים את בית משפט להתערב בשיקול דעתו של היועץ, מנחים אותו בכואו לבחון את שיקוליו והחלטותיו של הפצ"ר<sup>87</sup>. לגופו של עניין, כל השופטים הגיעו למסקנה כי החלטתו של הפצ"ר שלא להעמיד לדין היא בלתי סבירה באופן קיצוני, וכי העונשים שהוטלו על אל"מ מאיר אינם צריכים לפטור בנסיבות העניין מהעמדה לדין פלילי<sup>88</sup>. השופט משה בייסקי התייחס, למעלה מן הצורך, גם לטענת האפליה וקבע כי מאחר שלא הובא טעם מיוחד ליחס השונה – טענת האפליה הוכחה. השופט הבהיר כי אין לפרש את דבריו כאילו כל מקרה שבו נהג הפצ"ר בצורה שונה לעומת מקרה דומה אחר – ייחשב לאפליה. מלבד מהות העבירה, נסיבות מיוחדות ואף נסיבות אישיות, על הפצ"ר לשיקול שיקולים נוספים הנוגעים לעניין ובלבד שיהיו אלה שיקולים ענייניים ובתחום הסבירות. אך בתוך מכלול השיקולים חייב להיות גם השיקול שלא לגרום לאפליה, מבחינת מעמד או דרגה<sup>89</sup>. דברים אלה – הגם שפורמלית אינם מהווים הלכה – מצביעים על מגמה של ביקורת שיפוטית בגין אכיפה סלקטיבית, גם אם הסלקטיביות אין יסודה בחוסר תום לב, אלא בשרירות, שיקולים זרים, חוסר סבירות או פגמים אחרים שביסוד האכיפה<sup>90</sup>.

בפרשת גנור הראשונה<sup>91</sup> הפכה עמדת היחיד של השופט אהרן ברק בבג"ץ נוף להלכה הנוהגת. בעניין זה טענו העותרים כי החלטתו של היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין את הבנקאים שנחקרו בעקבות משבר ויסות המניות מהטעם של היעדר "עניין לציבור" – לוקה בחוסר סבירות קיצוני ודינה להיפסל<sup>92</sup>. השופט ברק ציין כי במדינה דמוקרטית אין לגרום כל שהוא ברשות המבצעת שיקול דעת מוחלט. כל שיקול דעת שלטוני מוגבל לביצוע המטרות העומדות ביסוד קיומו של שיקול הדעת והרשות התובעת אינה חריגה מבחינה זו. שיקול הדעת של התובע הוא שיקול דעת בעל אופי שיפוטי, שעל הפעלתו חלות – בצד הוראות חוק סדר הדין הפלילי ותוך הרמוניה עמן – ההוראות הכלליות של המשפט

87 בג"ץ צופאן (לעיל, הערה 84), בעמ' 727.

88 יצוין כי בעוד השופט בייסקי סבר כי המאפיינים העונשיים אינם צריכים לפטור מדין פלילי, השופטים קדמי וד' לוי סברו כי אילו הדחתו של אל"מ מאיר הייתה נעשית בצורה סופית ונחרצת, אזי ההחלטה שלא להעמיד לדין פלילי הייתה סבירה.

89 בג"ץ צופאן (לעיל, הערה 84), בעמ' 733-734.

90 תמיכה לעמדה זו ניתן למצוא כיום בדו"ח ועדת שמגר (לעיל, הערה 3), אשר הדגיש את חשיבות הניטרליות בעבודתו של היועץ המשפטי לממשלה ואת איסור ההעדפה לטובה או לרעה, כחלק משלטון החוק ומעקרון השוויון בפני החוק. מלשוננו של הדו"ח עולה כי נורמות אלה מחייבות גם כאשר לא עומד ביסודה של ההעדפה מניע של חוסר תום לב. ראו גם לעיל, פרק רביעי, סעיף 5ד.

91 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (להלן: בג"ץ גנור I).

92 מעניין לציין כי ההחלטה בעניין זה נומקה והותקפה בו-זמנית בשם עקרון השוויון לפני החוק. מצד אחד, נטען כי ההחלטה שלא להעמיד לדין את הבנקאים היא אפליה לטובת מיוחסים או בכירים. מצד אחר, ההחלטה שלא להעמיד לדין, נומקה בין השאר בשל העובדה, ש"שותפים" אחרים למשבר המניות לא הובאו לדין. ראו גביוון (לעיל, הערה 9), בעמ' 457 הערה 2.

### פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

המינהלי. על כן התובע חייב לקבל את החלטתו מתוך שקילת כל הגורמים הרלוונטיים וגורמים אלה בלבד, עליו לפעול בתום לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות<sup>93</sup>. באשר להיקף ההתערבות של בג"ץ בהחלטות היועץ המשפטי, נקבע כי זו מבוססת על שלוש הנחות יסוד<sup>94</sup>: האחת, כי היועץ המשפטי שיקול דעת נרחב בהחלטה אם להעמיד חשוד לדין אם לאו. שיקול דעת זה משמעו כוח בחירה בין כמה החלטות חוקיות. בחירה זו מכוונת, בין השאר, על ידי מתן משקל ראוי לשיקולים השונים שיש להביאם בחשבון במסגרת הקביעה אם קיים עניין לציבור בהעמדה לדין. בקביעתו של משקל זה קיים תחום תמרון ניכר. כל עוד המשקל שניתן על ידי היועץ המשפטי לשיקולים השונים פועל במסגרת התכלית שלשמה ניתן שיקול הדעת, ההחלטה היא חוקית. ההנחה השנייה היא כי כאשר החלטתו של היועץ המשפטי לא רק מוטעית אלא גם בלתי חוקית, יתערב בית המשפט בהחלטתו. תפיסת היסוד היא שצריכה להתקיים חפיפה בין העילות המביאות לפסילת ההחלטה של היועץ המשפטי לבין העילות המצדיקות התערבותו של בית המשפט. דהיינו אם קיימת עילה לפסילת החלטתו של היועץ המשפטי, יש גם עילה להתערבותו של בג"ץ, שכן לא מוקנית ליועץ המשפטי כל חסינות מיוחדת מפני ביקורת שיפוטית. ההנחה השלישית העומדת ביסוד פסיקתו של בית המשפט, עניינה בהפעלה שוויונית של כללי המשפט המינהלי המהותי כאשר לעילות הפוגמות בשיקול דעת מינהלי. כשם שכל שיקול דעת מינהלי נפגם אם הוא הופעל מתוך שיקולים זרים, הפליה, חוסר הגינות, חוסר תום לב וחוסר סבירות קיצוני, כך גם שיקול דעתו של היועץ המשפטי נפגם בשל עילות אלה. הודגש כי חוסר סבירות קל, להבדיל מחוסר סבירות מהותי או קיצוני, אינו פוסל את ההחלטה.

לגופו של עניין קבע בית המשפט כי הפגם שנפל בהחלטתו של היועץ המשפטי הוא בחוסר הסבירות המהותי של מסקנתו שאין עניין לציבור בהעמדה לדין. למרות שהיועץ המשפטי לא שקל שיקולים זרים, המשקל שנתן לשיקולים כגון חלופה הזמן ואשמתי רשויות המדינה – חורג ממתחם הסבירות<sup>95</sup>. זאת ועוד, בית המשפט ציין כי אין להימנע מתחושה קשה שחשודים בעבירות קלות בהרבה הגורמות נזקים קטנים יותר, מועמדים יום לדין פלילי, ואילו הבנקים והבנקאים שעברו עבירות חמורות וגרמו נזקים שקשה להלום כמותם – אינם מועמדים לדין. תחושה זו יכולה להוות בסיס למסקנה של איפה ואיפה בהפעלת סמכות ההעמדה לדין. עם זאת בשל היעדר נתונים מספיקים על מקרים דומים וחריגותו יוצאת הדופן של המקרה, בית המשפט נמנע מלקבוע שהחלטת היועץ המשפטי נגועה באפליה פסולה<sup>96</sup>.

93 בג"ץ גנור I (לעיל, הערה 91), בעמ' 507-508.

94 ראו שם, בעמ' 523-528.

95 ראו שם, בעמ' 516-522.

96 שם, בעמ' 516.



## אכיפה סלקטיבית

פרשת גנור I היא בעלת חשיבות מכרעת לענייננו: ראשית, בשל ההדגשה כי הביקורת השיפוטית על רשויות התביעה זהה לביקורת השיפוטית על רשויות אחרות. קביעה זו מחזקת את מסקנתי כי לצורך הוכחת עילת האכיפה הסלקטיבית, אין צורך בהוכחת אפליה מכוונת או היעדר תום לב, אלא די בהוכחת שיקולים זרים, שרירות או פגמים אחרים שביסוד הסלקטיביות באכיפה. שנית, בשל ההדגשה כי שיקול הדעת של רשויות התביעה מוגבל לביצוע המטרות העומדות ביסוד שיקול הדעת. קביעה זו מחזקת את מסקנתי, שלפיה בסמכותן של רשויות האכיפה לפעול אך ורק על פי סיווגים הנאמנים למטרות החוק. אכיפה שבבסיסה סיווגים אחרים – עולה כדי אכיפה סלקטיבית פסולה. שלישית, בשל הדגשת חשיבות השוויון באכיפה. אמנם, בית המשפט נמנע מלפסוק סופית בסוגיה בשל היעדר נתונים על מקרים דומים, אך מפסק הדין עולה כי בהינתן נתונים כאלה, אפליה באכיפה יכול שתהווה בסיס לפסילת שיקול הדעת, הגם שזה הופעל בתום לב.

פרשת גנור מהווה אפוא נקודת ציון בהלכה בכיוון של הרחבת הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת של רשויות התביעה. הרחבה זו היא חלק משינוי שהתבטא בשני תהליכים, אשר הזינו זה את זה: נכונות גוברת לפנות לבית המשפט על מנת לתקוף החלטות של המערכת בתחום הרגיש של אכיפת החוק ונכונות גוברת של בית המשפט לסלק מניעה מוקדמת בפני בירורים כאלה ולהרחיב את עילות הביקורת השיפוטית. שני התהליכים לא ייחדו רק את החלטות המינהל בתחום אכיפת החוק, אלא היו חלק מתהליכים רחבים יותר הנוגעים להיקף הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל, ובייחוד לשינוי שחל בתפיסה העקרונית של בית המשפט ונכונותו לחשוף כל החלטה שלטונית לביקורת שיפוטית מהותית על פי כל עילות הביקורת הרגילות, ובייחוד על פי עילת הסבירות<sup>97</sup>. עם זאת, הלכה למעשה, גם לאחר פרשת גנור בית המשפט דחה את רובן המכריע של העתירות, אשר תקפו החלטות של רשויות האכיפה ואשר רבות מהן נגעו בנושאים בעלי גוון פוליטי או נושאים השנויים במחלוקת חברתית<sup>98</sup>. בית המשפט מוצא לנכון לחזור ולהדגיש כי גם אם

97 ראו גביון (לעיל, הערה 14), בעמ' 212; קרצמר (לעיל, הערה 58), בעמ' 135.

98 למשל בג"ץ 2644/94 פרצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4) 341 (עתירה לחייב את היועץ המשפטי לממשלה להורות על פתיחת חקירה פלילית כנגד יאסר ערפאת בשל רצח אזרחים); בג"ץ 426/94 אדלר נ' ראש האגף לחקירות, משטרת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 4.5.94) (בקשה לחקור ולהעמיד לדין את ד"ר אחמד טיבי, יועצו של ערפאת, בשל ייעוץ לאויב); בג"ץ 588/94 שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(3) 40 (דרישה לחקור ולהעמיד לדין את הרב שלמה גורן, בשל התבטאויותיו שלפיהן על חיילים לסרב לפקודה לפנות יישובים); בג"ץ 653/94 יהודה נ' היועץ המשפטי לממשלה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 2.6.94) (דרישה להורות ליועץ המשפטי להעמיד לדין את ראש המועצה המקומית ראש העין, בהקשר לשימוש בכספי ציבור); בג"ץ 6009/94 שפרן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מח(5) 573 (עתירה להורות לתובע הצבאי הראשי להגיש ערעור על קולת עונש שהוטל על נאשמים שהורשעו בגרימת מוות ברשלנות, בעקבות תאונת אימונים שאירעה בצה"ל); בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5)

פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה נתונות לביקורת שיפוטית, הרי שרק במקרים נדירים תהיה הצדקה להתערבות בהחלטותיו<sup>99</sup>. אכן, גם אם הרטוריקה של פסקי הדין מפרשת גנור I ולאחריה, מדברת על ביקורת שיפוטית "רגילה" על היועץ המשפטי ורשויות האכיפה, הרי שבפועל בית המשפט מייחס חשיבות רבה להיקף הרחב של שיקול דעתם ודומה שאף נוקט בריסון שיפוט מסוים, באופן שרק לעתים נדירות קיימת התערבות ממשית בשיקול הדעת של רשויות האכיפה<sup>100</sup>.

הנטייה שלא להתערב מודגמת היטב במקרה שהוגדר על ידי בית המשפט כ"לא קל" ואף עירב טענה לאכיפה סלקטיבית, ש"הולבשה" בעילות של חוסר סבירות ופגיעה בשוויון. בבג"ץ בר-לב<sup>101</sup> נדונה עתירה כנגד החלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין

859 (דרישה להעמיד לדין את מפקד יחידת "דוברבן", בשל תאונה שבה נהרג חייל מירי כוחותינו); בג"ץ 5151/95 כהן נ' שר המשטרה, פ"ד מט(5) 245 (דרישה להסיר את חסינותו של ח"כ בנימין נתניהו, על מנת להעמידו לדין בעקבות חשיפת מסמכים צבאיים מסוגים במהלך נאום); בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199 (להלן: בג"ץ התנועה למען איכות השלטון) (דחיית עתירות שתקפו את החלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין את ראש הממשלה אריאל שרון ואת בנו גלעד שרון, באשמת לקיחת שוחד מאיש העסקים דוד אפל). אך ראו לעומת זאת בג"ץ 7094/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 748 (דחיית העתירות ככל שהן נוגעות להחלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין את מפכ"ל המשטרה, רפי פלד, לדין פלילי וקבלת העתירה המכוונת כנגד החלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד את המפכ"ל לדין משמעתי, במובן זה שהנושא הוחזר לו לעיון מחודש); בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 1 (ביטול החלטת היועץ המשפטי לממשלה לסגור את תיק החקירה ב"פרשת העמותות" של ח"כ אבנר שאקי, על מנת שיבצע שימוע ויחליט אם יש חומר ראיות להעמדה לדין. נקבע שלא יוכל להימנע מהגשת אישום מהטעם שאין עניין לציבור).

99 ראו דברי השופט אור בבג"ץ 6271/96 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 425 (להלן: בג"ץ בארי), 429-430.

100 מסקנה זו נתמכת גם בדבריו של השופט חשין בבג"ץ 4736/98 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 659, 666: "נטייתו של בית-המשפט להתערב בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה בנושא זה תהיה מצומצמת ביותר. במובן זה, יש לדעתי ייחוד בהיקף ההתערבות בפועל של בית-המשפט בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, ביחס להיקף ההתערבות בהחלטות של רשויות לא מעטות אחרות. אני סבור כי הלכה למעשה, מיתחם ההתערבות בהחלטותיו של היועץ המשפטי בעניינים אלה הוא צר". המשנה לפרקליטת המדינה לעניינים פליליים, נאוה בן-אור, הביעה דעתה בריאיון שערכתי עמה (נספח ד) כי ראוי שלא רק ההחלטות בפועל תהיינה ברוח זו אלא גם הרטוריקה. לשיטתה ביקורת על רשויות התביעה, מעבר לשאלה אם פעלו בשרירות או בחוסר תום לב, יוצרת "רעש סביבתי", אשר מפריע לעבודת התביעה. למתחם סבירות רחב יותר לרשויות האכיפה, ראו גם דברי היועץ המשפטי לממשלה לשעבר יצחק זמיר, בריאיון שערכתי אתו (נספח א). לשיטתו, רוחבו של מתחם הסבירות תלוי במיחות הרשות (למשל ליועץ המשפטי לממשלה יש כשירות של שופט עליון) וכן במהות התפקיד.

101 בג"ץ 6209/01 בר-לב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(3) 625.

## אכיפה סלקטיבית

את ד"ר משיח, מי שהיה מנהל בית חולים וולפסון, בגין פרשת האזנות סתר שבהן היה מעורב. לטענת העותרים ההחלטה להעמיד את ד"ר משיח לדין משמעתי בלבד היא בלתי סבירה באופן קיצוני בשל חומרת המעשים שביצע, ואף פוגעת בעקרון השוויון משום ששותפתו לעבירות הועמדה לדין בשל אותם מעשים, הגם שהמדינה צירפה אישום זה לכתב אישום בגין מעשים אחרים המיוחסים לה. דעת הרוב הדגישה את שיקול הדעת הרחב הנתון ליועץ המשפטי וסברה כי בנסיבות העניין לא ניתן לראות בהחלטתו חוסר סבירות קיצוני. באשר לטענת חוסר השוויון אמרה השופטת טובה שטרסברג-כהן כי "אכן, שומה על היועץ המשפטי לנהוג בשוויון ולהימנע מהפלייה, אלא ששוני בין מקרים ונסיבותיהם מצדיק שוני בהתייחסות אליהם ושיקולים רלוונטיים עשויים להביא להחלטות שונות במקרים דומים לכאורה"<sup>102</sup>. בגדר הנסיבות המחייבות התייחסות שונה ציינה השופטת את העובדה כי הענישה בדין המשמעתי יכולה להכביד לא פחות מהענישה בדין הפלילי, וכי העובדת שהועמדה לדין פלילי לא הצטרפה לעתירה ולא ביקשה להעמידה לדין משמעתי. גם השופט אליעזר גולדברג שהצטרף לדעת הרוב, סבר כי "קיים שוני מהותי במעמדם של גב' גינצבורג וד"ר משיח"<sup>103</sup>. לעומת זאת השופטת דליה דורנר, בדעת מיעוט, הדגישה את הפגיעה בעקרון השוויון, תוך שהעירה כי אין לייחס כל משקל לכך שהעובדת עצמה אינה מלינה על הפלייתה, שכן החובה המוטלת על רשויות השלטון להימנע מאפליה אינה מותנית בתחושתו האישית של המופלה ולהפרת החובה לנהוג בשוויון עשויות להיות השפעות רחבות, החורגות מגדר עניינו הפרטי של קרבן האפליה<sup>104</sup>. אכן זהו מקרה שבו האכיפה הסלקטיבית הייתה בוטה למדי ודומה, שלולא מתחם שיקול הדעת הרחב במיוחד שניתן ליועץ המשפטי, התוצאה הייתה אחרת. מראית פני הצדק, כמו גם אמון הציבור ברשויות האכיפה, עלולים להיפגע מתופעות כאלה, ואין ספק כי אלו הם בדיוק המצבים אשר גורמים לתחושה קשה ואשר בהם הציבור מצפה כי בית המשפט יתקן את המעוות. כאמור בדבריה של השופטת דורנר:

החלטתה של המדינה הביאה איפוא לתוצאה, שמבין שני עובדי ציבור, שעל פי עמדת המדינה ביצעו יחדיו עבירות המצדיקות העמדה לדין פלילי, הועמדה לדין פלילי אך העובדת הזוטרה – תוך שהמדינה נאבקה על מיצוי הדין עימה – ואילו כנגד העובד הבכיר, שהיה הממונה עליה, נקט הליך משמעתי בלבד. בהליך משמעתי זה הוטל עונש מקל במסגרת הסדר טיעון, שאף איפשר לעובד הבכיר לשוב ולמלא את התפקיד שבו ביצע את

102 שם, בעמ' 632.

103 שם, בעמ' 639.

104 שם, בעמ' 630-631.

פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

העבירות המיוחסות לו. כמסתבר, בתוצאה זו אף יש כדי לפגוע באמון הציבור ברשויות השלטון<sup>105</sup>.

#### 4. הביקורת השיפוטית על רשויות אכיפה אחרות

התהליכים שהביאו להכפפת החלטות היועץ המשפטי לעילת הסבירות, הביאו באופן טבעי גם להרחבת הביקורת השיפוטית על רשויות אכיפה אחרות, כגון רשויות רגולטוריות<sup>106</sup>. עם זאת גם כאן מתחם הסבירות הניתן לרשויות הוא רחב. כך למשל, בית המשפט העליון חזר פעמים אחדות על ההלכה, שלפיה כדי שבית המשפט יתערב ברמת האכיפה של חוק זה או אחר, "צריך שהרשויות המוסמכות יתנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק או יימנעו ממילוי חובתן באופן בלתי-סביר"<sup>107</sup>. רטוריקה זו, הגם שמכפיפה את רשויות האכיפה למבחן הסבירות, יוצקת תוכן דווקני במיוחד לדרישת הקיצוניות שבחוסר הסבירות. בהקשר זה של תקיפת רמת אכיפה של חוק, הדבר בא לביטוי בדרישה להראות התנערות מוחלטת מאכיפה, כדי להביא את בית המשפט לידי התערבות.

הלכה זו עומדת בעינה למרות מודעותו של בית המשפט כי תוצאות רמת האכיפה הקיימת הן לעתים קשות. כך למשל בבג"ץ תחנות הדלק<sup>108</sup> נדון נושא תחנות הדלק המוקמות שלא כחוק ("תחנות פירטיות") והדרכים להפסיק את פעילותן. הקמתה של תחנת דלק דורשת היתר ממוסדות התכנון והבנייה. גם כאשר נמצא כי תוכנית מוצעת של יזם עונה על דרישות תכנית המתאר הארצית העוסקת בתחנות הדלק, מתנות רשויות התכנון קבלתו של היתר בתנאים שונים, כמו הצגת אישורים מהג"א, המשרד לאיכות הסביבה, משטרת ישראל, משרד הבריאות, שירותי הכיבוי וחברת החשמל. לאחר שניתן היתר, התחלת הפעילות מותנית בקבלת רישיון עסק מרשות הרישוי. למרות זאת מציאות החיים מלמדת כי תחנות רבות מוקמות שלא כחוק ופועלות באזורים צפופים של מגורים או פעילות

105 שם, בעמ' 630.

106 נושא זה עלה בראיונות השונים שערכתי עם בכירים בתחום האכיפה. כך למשל עו"ד דרור שטרם, הממונה על ההגבלים העסקיים, הביע דעתו שצריך להישמר מבדיקת סבירות העמדה לדין ואף קרא לעיגון עילות הביקורת על העמדה לדין בחקיקה (לריאיון המלא עמו ראו להלן נספח ג). עו"ד דורון אבני, היועץ המשפטי של הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו סבור שהביקורת השיפוטית על הרשות השנייה בתחום אכיפת האתיקה בפרסומת בטלוויזיה – חורגת אפילו מהרטוריקה של מתחם הסבירות. לדעתו, בכל הנוגע לפרסומות, בג"ץ אינו בוחן אם הרשות השנייה קיבלה החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני, אלא דן בגופה של הפרסומת (לריאיון המלא ראו להלן נספח ו).

107 בג"ץ 6579/99 פילבר נ' ממשלת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 1.11.99); בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 112 (להלן: בג"ץ שק"ם), 126.

108 בג"ץ 10202/01 ארגון סוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(5) 713 (להלן: בג"ץ תחנות הדלק).

## אכיפה סלקטיבית

עסקית<sup>109</sup>. ארגון סוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל ביקש בעתירתו לחייב את גורמי האכיפה להעניק עדיפות עליונה למאבק בתחנות הפירטיות, משום שלהשקפתו אף שהאמצעים לכך רבים, לא נעשה בהם שימוש במידה הדרושה כדי להביא לסגירת התחנות. בית המשפט הסכים עם העותר כי לְרשות רשויות האכיפה – ובהן משטרת ישראל, השלטון המרכזי (המשרד לאיכות הסביבה, משרד התשתיות הלאומיות ומשרד העבודה והרווחה), רשויות התכנון ורשויות השלטון המקומי – עומדים אמצעי אכיפה רבים ומגוונים למלחמה בתחנות הדלק הפירטיות. כמו כן הסכים בית המשפט כי על פי מבחן התוצאה לא היה די בפעולות שונקטו, שכן למרות שתחנות לא מעטות נסגרו, רבות קמו במקומן<sup>110</sup>. עם זאת העתירה נדחתה משום שבית המשפט סבר כי לא זו בלבד שהרשויות אינן מתעוררות מחובתן לאכוף את הדין, אלא שהן גם פועלות בכיוון זה. השופט אדמונד לוי סיכם בדבריים הבאים:

עם זאת אפשר שעתירה זו כבר השיגה את מטרתה במובן זה שהיא דרבנה את הרשויות השונות להגביר את מאמצי האכיפה. אם יתברר בעתיד כי פעולתן של תחנות הדלק הפיראטיות נמשכת, מטבע הדברים שמורה לעותר הזכות לשוב ולעתור לבית משפט זה, ונראה כי ייטיב לעשות אם ימקד את העתירה לתחנה או תחנות הפועלות בתחומה של רשות מקומית או במרחב תכנוני מוגדר, דבר שעשוי להקל על ברור הפן העובדתי, וממילא גם את שאלת זכאותו של העותר לסעד<sup>111</sup>.

דומה כי שימוש בעילה של אכיפה סלקטיבית במקרים המתאימים לכך יכול לפתור את בעיית הכלליות ולהקל על בית המשפט במתן סעד, במידה והונחה התשתית העובדתית הראויה להוכחתה של העילה<sup>112</sup>. אינדיקציה לכך ניתן לראות בהבדלים בין בג"ץ שקם<sup>113</sup> לבג"ץ אלוני<sup>114</sup>. בבג"ץ שקם נטענה טענה כללית כנגד המכס שאינו נוקט פעולות תקיפות ונמרצות די הצורך כדי לאכוף את החיוב לשלם מסים, אך לא הוכחה אכיפה סלקטיבית. נוכח זאת, בית המשפט סבר כי אין תועלת בהצהרה שהרשות המוסמכת חייבת לקיים את החוק, מאחר שהצהרה כזאת היא בגדר סעד כוללני ומופשט שאינו מקובל על ידי בית

109 לדברי מפכ"ל המשטרה לשעבר יהודה וילק, בריאיון שערכתי עמו (נספח ז) תחנות אלו צצו כ"פטריות לאחר הגשם". נושא זה הובא על ידיו כדוגמה לתופעה בעלת היבטים רבים (בטיחותיים, סביבתיים, כספיים ואחרים), אשר יש לגביה טענות בדבר אכיפה סלקטיבית הנובעת, בין היתר, מ"אוזלת יד" של רשויות האכיפה.

110 ראו בג"ץ תחנות הדלק (לעיל, הערה 108), בעמ' 717-718.

111 שם, בעמ' 720.

112 להוכחת העילה ראו להלן, פרק שביעי.

113 לעיל, הערה 107.

114 בג"ץ 53/96 תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד נב(2) 1.

המשפט<sup>115</sup>. לעומת זאת בבג"ץ אלוני הוכחה אכיפה סלקטיבית של חוק התקנים, תשי"ג-1953 ובית המשפט נתן צו המורה לרשויות משרד התעשייה והמסחר לאכוף את החוק גם על מרצפות המיוצרות בחבל עזה<sup>116</sup>.

##### 5. התמודדות עם נימוקים כנגד הרחבת היקף הביקורת השיפוטית

ניתן לטעון כי בשל תפקידו המיוחד של היועץ המשפטי בתחום מערכת האכיפה, אין ליצור הקבלה מלאה בינו לבין כל רשות מינהלית אחרת ואין להצדיק פיקוח זהה על החלטותיהם. ואכן, נכונותו של בג"ץ לבחון את החלטותיו של היועץ המשפטי בתחום אכיפת החוק בכלים רגילים של "סבירות", בדומה לבחינת החלטה של כל רשות מינהלית אחרת, גררה ביקורת מכיוונים אחדים.

פרופ' רות גביון הביעה את החשש כי מאחר ובתפקידו של היועץ המשפטי קיים איזון עדין בין עצמאות והשתלבות, היקף הביקורת השיפוטית עלול לשבש את האיזון העדין הזה לטובת היסוד המשפטי-מקצועי, על חשבון רגישות לצורכי הפעולה של מערכות שלטוניות מורכבות. לשיטתה, משהחלה בדיקה, לגופו של עניין, של סבירות החלטות היועץ המשפטי, קשה יותר להבחין בין ביקורת שיפוטית על היסוד המקצועי של החלטותיו לבין ביקורת כזו על יסודות המדיניות שלהן<sup>117</sup>. דומה כי סקירת הפסיקה במהלך השנים שחלפו מאז פרשת גנור I, מפריכה בעליל חשש זה. אמנם, בית המשפט נכון להתערב בהחלטות היועץ המשפטי, אך הוא מדגיש כי הדבר ייעשה במקרים נדירים, והלכה למעשה מספר המקרים שבהם כאמור הייתה בפועל התערבות בשיקול הדעת – מועט. זאת ועוד, בית המשפט מודע לצורך של היועץ המשפטי לשקול שיקולי מדיניות, לצד השיקולים המקצועיים, והוא מעניק לו מתחם רחב של סבירות גם במסגרת האיזון בין השיקולים הללו<sup>118</sup>.

115 בג"ץ שקם (לעיל, הערה 107), בעמ' 126. אכן, ככל הנראה העתירה לא הצליחה להוביל לשיפור רמת האכיפה, שכן היועץ המשפטי של אגף המכס והמע"מ עו"ד משה מזרחי, אמר בריאיון שערכתי עמו (נספח ח) שהוא אינו יודע מה נעשה בעקבות פסק הדין לשיפור רמת האכיפה.

116 בג"ץ אלוני (לעיל, הערה 114), בעמ' 12.

117 גביון (לעיל, הערה 2), בעמ' 63, 71.

118 כך למשל בבג"ץ בארי (לעיל, הערה 99), בית המשפט מצטט את נימוקיו של היועץ המשפטי לממשלה להיעדר עניין לציבור בהעמדה לדין של אדם שפרסם מודעה בעיתון כ"תזכורת לרצח רבין". בחלקה הרלוונטי של הודעת היועץ המשפטי נאמרו הדברים הבאים: "במקרה דנן סבר היועץ משפטי לממשלה, כי פרסום המודעה לא יצר סכנה לשלום הציבור, ולפיכך סבר כי אין מקום להורות על חקירה. לכך הצטרפה העובדה, שהמודעה הנ"ל פורסמה על רקע ארוע טראומטי – רציחתו של ראש הממשלה, יצחק רבין ז"ל – ואף בגין כך סבר היועץ המשפטי לממשלה כי מקרה זה אינו מתאים לנקיטת הליכים פליליים" (שם, בעמ' 428). בעוד השיקול בדבר היעדר סכנה לשלום הציבור הוא שיקול מקצועי, הרי שהנימוק שעניינו האירוע

## אכיפה סלקטיבית

אחד הדוברים העיקריים כנגד הרחבת היקף הביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי הוא מיכאל בן-יאיר, לשעבר היועץ המשפטי לממשלה. מעבר לנימוקים הנובעים מעקרון הפרדת הרשויות, אשר עמם התמודדנו בפרק הקודם<sup>119</sup>, נטענות על ידיו טענות הנוגעות לעקרון השוויון באכיפת החוק. לשיטתו, קיומו של שיקול דעת בידי רשויות התביעה מעיד ששיטת המשפט אינה מחייבת העמדה אוטומטית לדין של כל עבריין שנתגלו נגדו ראיות שדי בהן להשיג את הרשעתו. מכאן שבררנות בהעמדה לדין כשלעצמה, אינה פוגעת בשוויון לפני החוק, אלא אם היא מופעלת באופן מפלה, שלא על פי אמות מידה אחידות ורלוונטיות. על פי גישה זו, החשש מפני ניצול לרעה של סמכות בהפעלת שיקול הדעת בתחום האכיפה, אין בו כדי להצדיק פיקוח שיפוטי, שהוא מעבר לבחינת היעדרם של שיקולים זרים או חוסר תום לב בהחלטתה של התביעה<sup>120</sup>. עם נימוקים אלה אין בידינו להסכים. ביקורת שיפוטית המתמקדת רק בשיקולים זרים או חוסר תום לב, יש בה לתת מענה לסלקטיביות שיסודה באפליה מכוונת בלבד. אך כאמור, גם סלקטיביות באכיפה אשר מקורה בשרירות, חוסר סבירות, חוסר מידתיות או פגמים אחרים שביסוד שיקול הדעת – גוררת השלכות קשות לפרט ולשלטון החוק<sup>121</sup>. נמצא כי הביקורת המצומצמת המוצעת, אינה נותנת הגנה מספקת לפרט מפני אכיפה סלקטיבית. מאידך, הריסון השיפוטי שנוקט בו בית המשפט ברגיל בדונו בעתירות כנגד רשויות האכיפה – יש בו כדי להפיג את החשש העומד ביסוד הרצון לצמצם את הביקורת השיפוטית, דהיינו החשש מפני "השתלטות הרשות השופטת על כל המוקדים של הפעלת שיקול הדעת"<sup>122</sup>.

טענה נוספת המועלית על ידי בן-יאיר בהקשר לעקרון השוויון באכיפת החוק, נוגעת לכך שבהפעילו ביקורת שיפוטית, בג"ץ אינו בוחן את מדיניות האכיפה אלא רק את ההחלטה שנפלה בתיק המסוים שהובא לפניו במסגרת העתירה. במצב דברים זה, ובהנחה שההחלטה לא להעמיד אדם לדין התקבלה בהתאם למדיניות קבועה או על פי אמות מידה המופעלות באופן דומה בכל תיק אחר – עלולה להיווצר אפליה בין אותו אדם לעומת אחרים שלא הועמדו לדין<sup>123</sup>. ביקורת זו נוגעת רק למקרים שבהם נתקפת אי-העמדה לדין בבג"ץ, להבדיל מתקיפה של העמדה לדין (ישירות או כטענת הגנה במשפט פלילי). עם זאת מאחר ועסקינן גם במצבים של אי-אכיפה סלקטיבית, דהיינו במצבים שבהם נטען שאדם או קבוצה אינם מועמדים לדין לעומת אחרים, אשר כן מועמדים לדין – נשיב אף לטענה זו. דומה כי גם החשש העומד בבסיס הטענה האמורה, אין לו על מה לסמוך, שהרי אחד

הטראומטי הוא נימוק לבר מקצועי. עם זאת שיקול זה לא נמצא בלתי ענייני לדעת בית המשפט, והאיזון הכולל בין השיקולים נמצא ראוי.

119 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף 11(ב).

120 ראו בן-יאיר (לעיל, הערה 5), בעמ' 18-19.

121 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף א.

122 בן-יאיר (לעיל, הערה 5), בעמ' 19.

123 שם, בעמ' 23.

## פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

הפרמטרים שבוחן בג"ץ הוא מדיניות התביעה וסבירות ההחלטה הקונקרטיה ביחס למדיניות זו. בחינת סבירות שיקולי המדיניות מהווה אפוא מרכיב חשוב בביקורת השיפוטית בעילת האכיפה הסלקטיבית. במסגרת זו ניתן לבחון אם קיימת מדיניות אכיפה, אם מדיניות זו מגשימה את מטרת החוק המסמיך על פי הסיווגים שזה יצר ואם ההחלטה הקונקרטיה תואמת את המדיניות האמורה<sup>124</sup>.

חשש נוסף שהועלה בהקשר לביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי, הוא החשש מפני תביעת יתר. הנחת המוצא ביסוד החשש היא, שאמנם ניתן לומר כי פגם בשיקול הדעת קיים בין שהיועץ המשפטי לא מגיש כתב אישום במקרה שבו היה צריך להגישו, ובין שהוא מגיש כתב אישום במקרה שבו לא היה צריך להגישו. אולם לגבי התערבות בג"ץ נוצרה א-סימטריה: בג"ץ מתערב בעיקר בהחלטות לא להגיש כתב אישום ופחות בהחלטות להגיש כתב אישום<sup>125</sup>. נוכח זאת, במקרה של ספק, הדרך הבטוחה ביותר ליועץ המשפטי לממשלה היא להגיש כתב אישום ולבטל את הסיכון של התערבות שיפוטית<sup>126</sup>. דומה שעילת האכיפה הסלקטיבית מסייעת דווקא להתמודד עם טיעון זה, שכן מטרתה לאזן את א-הסימטריה האמורה, בכך שהיא דורשת ביקורת שיפוטית גם במצבים של החלטות להגיש כתב אישום באופן סלקטיבי (דהיינו מצבים של "אכיפה סלקטיבית" ולא של "אי-אכיפה סלקטיבית")<sup>127</sup>.

124 למקרה שבו בחן בית המשפט את מדיניות האכיפה של היועץ המשפטי לממשלה ואת יישומה הקונקרטי ראו בג"ץ 6302/01 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(6) 725, 735: "בענייננו, מדיניות היועץ המשפטי לממשלה, שעל תוקפה לא חלק העותר, היא שלא להעמיד לדין בעבירה של מתן עדות-שקר מי שמסרו במהלך עדותם בפני בית-משפט דבר-שקר, ובלבד שדבר-השקר שמסרו אינו יורד לשורשו של העניין, שבעטיו הובאו לעדות. מדיניות זו נועדה, בין היתר, להגשים את האינטרס הציבורי שלא להרתיע עדים פוטנציאליים – ובמיוחד עדי-תביעה במשפט פלילי – מפני מסירת עדות בבית-המשפט, ולהסיר את חששם של עדים אלו מכך שעדותם תחשוף אותם להליך פלילי שיתנהל כנגדם. אין מחלוקת, כי דבר-השקר המיוחס לשמולביץ אינו נוגע ישירות לאשמת העותר במעשים שיוחסו לו, אלא למהימנותו של שמולביץ כעד...".

125 ראו לאחרונה דברי בית המשפט בבג"ץ התנועה למען איכות השלטון (לעיל, הערה 98), בעמ' 209: "במישור המעשי יש להבחין בין החלטה 'שגויה' של היועץ המשפטי להגיש כתב-אישום לבין החלטתו ה'שגויה' להימנע מלהגיש כתב-אישום. ענייננו הוא רק בהחלטות מן הסוג השני. אמנם גם החלטה מן הסוג הראשון אינה חסינה מפני ביקורת השיפוטית הישירה של בית-המשפט הגבוה לצדק... ואם הונחה לפניו תשתית מספקת לטענה כי בנסיבות העניין מנוע היועץ המשפטי מלהגיש כתב-אישום, עשוי בית-משפט זה להתערב בהחלטה... אך דין זה יפה למקרים נדירים ויוצאי-דופן, בעוד שתרופתו הרגילה של נאשם הטוען כי הועמד לדין עקב החלטה בלתי-סבירה של היועץ המשפטי היא בטענת 'הגנה מן הצדק', שהמסגרת המתאימה לבירורה הוא ההליך הפלילי גופו".

126 ראו קרצמר (לעיל, הערה 58), בעמ' 137; ברק-ארז (לעיל, הערה 3), בעמ' 222-223.

127 חיזוק לגישה זו ראו במאמרם של ז' סגל, א' זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז (תשס"ד) 42, 47: "הגינה של



## אכיפה סלקטיבית

נראה כי לא זו בלבד שאין כל היגיון להבחין בין ביקורת שיפוטית על החלטות של היועץ המשפטי לבין החלטות של רשויות אחרות, אלא שלביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי חשיבות רבה במיוחד. היועץ המשפטי הוא פקיד ממונה ולא נבחר, אשר נושא בסמכויות רבות עוצמה בלא שמוטלות עליו חובות נרחבות של מתן דין וחשבון על פעולותיו<sup>128</sup>. החלטותיו של היועץ המשפטי מתקבלות בדלתיים סגורות וקיים חשש כי הן תושפענה יתר על המידה מלחצים ישירים או עקיפים של המערכת הפוליטית או מהזדהות יתר עם האינטרסים שלה. חרב הביקורת השיפוטית המהותית מצמצם את החשש הזה ותורם לשלטון הפועל "לאור השמש"<sup>129</sup>. יתרה מזאת, שיקול המקצועיות של הרשות המוסמכת ו"חזקת העדיפות" שמייחס בית המשפט לרשות המחליטה בתחומה, אינם אמורים לפעול כאן כגורם המרסן את הביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי, שכן מקצועיותו בתחום המשפט – גם מקצועיותם של השופטים היא<sup>130</sup>. בנוסף, אופיו ה"מעין שיפוטי" של תפקיד היועץ המשפטי בישראל רק מחזק את הצורך בהכפפתו לנורמות שקובע המוסד המשפטי העליון – בית המשפט העליון<sup>131</sup>.

בקיומה של ביקורת שיפוטית על היועץ המשפטי לממשלה תומכים גם מודלים חדשניים מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט. כאמור, הניתוח הנורמטיבי לתורת הפרדת הרשויות מאמץ מודל של איזונים ובלמים<sup>132</sup>. על פי מודל זה, המתכונת האידיאלית של הפרדת רשויות היא עצמאות פרסונלית ואי-עצמאות פונקציונלית. לעומת זאת מוסד היועץ המשפטי בנוי בדיוק להיפך – עצמאות פונקציונלית וחוסר עצמאות פרסונלית. הסמכויות של היועץ המשפטי בתחום התביעה נשמרו בעבר בקפידה כסמכויות בלעדיות, וניסיון למעורבות של בג"ץ עורר ביקורת. מאידך, היועץ אינו זוכה בעצמאות פרסונלית, הוא מתמנה על ידי הממשלה ותנאי עבודתו אינם חסינים מפגיעה<sup>133</sup>. לאור ניתוח זה סבור פרופ' עלי זלצברגר כי מוסד היועץ המשפטי במתכונתו העצמאית אינו יכול להשתלב במודל ראוי של הפרדת רשויות. השינוי במתכונת של הפרדת הרשויות בישראל והמעבר שהוביל בית המשפט העליון מהתפיסה הטהורה של הפרדת הרשויות לתפיסה של מודל איזונים וביקורת,

הפסיקה, המכירה באפשרות להורות על העמדה לדין בשל קיומו של 'עניין לציבור', חרף דעתו של התובע שלא קיים עניין כזה, חל גם על מקרה של 'תביעת יתר'... 'מתחם הסבירות', שמדובר בו, הינו רחב מהמתחם, הטכני ביסודו, שתחם המחוקק לטענות מקדמיות בחוק סדר הדין הפלילי. מתחם הסבירות יכול להכיל טענות הנוגעות באכיפה סלקטיבית של הדין...".

128 ראו גוטמן (לעיל, הערה 13), בעמ' 147-148.

129 קרצמר (לעיל, הערה 58), בעמ' 135.

130 השוו ברק-ארוז (לעיל, הערה 3), בעמ' 230.

131 ראו A.S. Goldstein "The Public Prosecutor, The Court and the Public Interest: Some Reflections on the Role of the Attorney General in Israel and the United States" 3 *Plilim* (1992) 1, 6-7.

132 ראו בהרחבה לעיל, פרק רביעי, סעיף א(ב).

133 ראו זלצברגר (לעיל, הערה 27), בעמ' 160.

## פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

שבו בית המשפט מכיר בתפקידו לבצע פיקוח התערבותי בעניינין של הרשויות האחרות, הוביל אף להעברת ביקורת על החלטות היועץ המשפטי<sup>134</sup>. במסגרת התפתחות זו פחתה חשיבותו של מוסד היועץ המשפטי וייחודיותו הפונקציונלית – שינוי הנתפס, על פי הניתוח הנורמטיבי האמור, כשינוי רצוי<sup>135</sup>.

### 6. התפתחות ההכרה בהשתק כנגד רשויות מינהליות

רתיעתו ההיסטורית של בית המשפט מהעברת ביקורת על שיקול דעת רשויות האכיפה, השתלבה בעבר בדוקטרינה עיקשת, אשר סירבה להחיל את תורת ההשתק במשפט המינהלי. תורת ההשתק (estoppel) קובעת את ההסתמכות כיסוד לחובות ולזכויות משפטיות. התורה אוסרת התכחשות למצגים ולהבטחות פגומים, אם אלה היו מושא להסתמכות. ההסתמכות נותנת תוקף לפעולות משפטיות פגומות שבלעדיה היו ניתנות לביטול<sup>136</sup>. הסיבות לכך הן שתיים: ראשית, הגשמת הצדק, אשר דורש שלא לאפשר למי שהתנהגותו גררה הסתמכות סבירה של אחר להכזיב את ציפיות האחר בטענה שההתנהגות הייתה פגומה; ושנית, תרומה לפעילות חברתית וכלכלית תקינה, אשר צריכה להתקיים על בסיס של אמון ויכולת הסתמכות הדדיים<sup>137</sup>. במישור המשפט הפרטי, ההשתק מגן על הסתמכותו של אדם על מצג שיצר כלפיו זולתו (כך שיוצר המצג אינו יכול להתכחש לו)<sup>138</sup>. לעומת זאת השתק נוגע למשפט המינהלי, אם הוא השתק מלטעון לקיומו של פגם בפעולה של רשות מינהלית<sup>139</sup>. בהקשר השלטוני, השימוש בדוקטרינת ההשתק בעייתי, שכן המשמעות של אכיפת מצג על הרשות עלולה להיות מתן תוקף לפעולה שלטונית שנעשתה בניגוד לדין<sup>140</sup>. לבעיה זו

134 תפקיד מרכזי של ביקורת זו הוא קביעת נורמות למדיניות התביעה שנקבעו בעבר על ידי רשויות התביעה עצמן; ראו קרצמר (לעיל, הערה 58), בעמ' 147. פונקציה זו משתלבת היטב עם מודל של איזונים ובקורות שבו בית המשפט רשאי לעסוק ב"חקיקה שיפוטית", דהיינו בקביעת נורמות.

135 ראו זלצברגר (לעיל, הערה 27), בעמ' 170-171.

136 ראו א' בנדור תורת ההשתק במשפט המינהלי (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, תשנ"ד), 2; מ' מאוטנר "יוצרי סיכונים" ו"נקלעי סיכונים" – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים טז (תשנ"ו) 92, 106-109. יצוין כי קיימים שני סוגים עיקריים של השתק: השתק מכוח מצג והשתק מכוח הבטחה. שני הסוגים מיועדים להגן על אינטרס ההסתמכות. ההבדל נוגע לצורת המצג. ביסוד ההשתק על ידי מצג טמון מצג עובדתי; בעוד השתק מכוח הבטחה מופעל על ידי מצג של כוונה, דהיינו הבטחה; ראו ג' שלו "הבטחה, השתק ותום לב" משפטים טז (תשמ"ו) 295, 296.

137 בנדור (לעיל, הערה 136), בעמ' 14-15.

138 ד' ברק-ארוז ד' ברק-ארוז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה (תש"ס) 95, 108.

139 בנדור (לעיל, הערה 136), בעמ' 2.

140 ראו למשל בג"ץ 178/74 בר-חורין נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, פ"ד כח(2) 757, 761: "החלטתה של המשיבה להמליץ על 'התכנית הנוספת' של העותרת הייתה פסולה בהיותה

## אכיפה סלקטיבית

שני פנים: הפן של עקרון החוקיות, אשר מעורר את השאלה אם ראוי שהסתמכות תהפוך ל"חוקית" פעולה שחוקיותה פגומה, כגון פעולה שנעשתה בחוסר סמכות; הפן של האיזון בין העניין הציבורי לבין אינטרסים פרטיים, אשר מעלה את השאלה אם ראוי שהעניין הציבורי, המגולם בדין, ייסוג בפני אינטרסים פרטיים אשר נפגעו עקב ההסתמכות על הפעולה המינהלית הפגומה<sup>141</sup>. מסיבה זו סרב בית המשפט בעבר לקבל את תורת ההשתק במשפט הישראלי המינהלי, כאמור בדבריו של השופט שלמה אשר:

הצורך להגביל את השימוש בטענה של השתק מכוח הבטחה נגד רשות ציבורית מובן מאליו. לרשות ציבורית סמכויות וכוחות רבים והם ניתנו לה כדי שתשתמש בהם בהתאם לדין ולטובת הציבור. שימוש בסמכויות ובכוחות אלה הנוגד את הדין או את טובת הציבור אסור, ומה שאסור אינו הופך למותר רק מפני שיש מישהו המעוניין ליהנות מהמעשה האסור ומלביש את האינטרס הזה בטענה של השתק. במלים אחרות – הבטחה של פקיד ציבור או גוף ציבורי הנוגדת את החוק שאותו הם מתימרים לשרת אינה תופסת ובתי-המשפט לא יתנו את ידם לאכיפת הבטחה כזאת מפני הסכנה הברורה שבעזרת הבטחות מעין אלה ירחיבו השלטונות את סמכויותיהם מעבר לגבולות שנקבעו להם על-ידי המחוקק<sup>142</sup>.

קיימים אמנם פסקי דין ברורים פחות, שמהם עולה שתורת ההשתק חלה בישראל או שהחלתה הושארה בצריך עיון, או שקשה להבין מהם אם השופטים סברו כי התורה נקלטה במשפט המינהלי בישראל<sup>143</sup>, אך דומה כי בתחום האכיפה הסירוב להכיר בטענת ההשתק היה עיקש למדי. בפסקי דין רבים סירבו בתי המשפט לקבל טענות של הסתמכות על מצגים שיצרו רשויות אכיפה שונות וכן טענות של אפליה הנובעת מאכיפת החוק בניגוד למצג אי-

נוגדת את חוק התכנון. משחזרה בה המשיבה מהחלטתה הבלתי חוקית, אין זה מתקבל שביט- המשפט... יצווה עליה לעשות את הדבר שמלכתחילה אסור היה לעשותו, ויהיו עוונותיה הקודמים של המשיבה אשר יהיו. בית-המשפט על שמירת החוק הוא מופקד ולא יתיר את הפרתו, ובוודאי שלא יצווה להפרו".

141 בנדור (לעיל, הערה 136), בעמ' 3-4.

142 בג"ץ 640/78 קצאן את הרשטיג, חברה לבניין ולהנדסה בע"מ נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון העיר נתניה, פ"ד לד(2) 1, 11. בעניין זה הוועדה המקומית אישרה תכנית בנייה של העותרת לאחר הפקדת תכנית מתאר שטרם אושרה, אך ראש העיר סירב להוציא היתר בנייה בנימוק שהחלטתה של המועצה חרגה מסמכותה על פי החוק. השופט בכור עמד על כך כי היה קיים נוהג פסול בנתניה במשך שנים רבות, אך אין בכך כדי להקנות לעותרת זכות להקים מבנה בלתי חוקי בהיותו חורג מתכנית המתאר. שום בית המשפט לא יכול לתת תוקף לנוהג הסותר את מצוות המחוקק (ראו שם, בעמ' 7). כן ראו בג"ץ 111/89 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, פ"ד מה(2) 133, 139-140.

143 ראו בנדור (לעיל, הערה 136), בעמ' 91-92, והאסמכתאות המופיעות שם.

## פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

האכיפה שנוצר. הרטוריקה הייתה כי "שגגה שיצאה מלפני הרשות, אין היא חייבת לחזור עליה עוד ועוד אך ורק כדי לתת סיפוק לעיקרון של אי-אפליה. יתרה מזאת... מותר לרשות... לומר ברגע מסוים 'עד כאן ולא יותר. מלאה הסאה ואין להוסיף עליה'"<sup>144</sup>. הסירוב לתת נפקות כלשהי לנוהג הרשות שלא לאכוף חוק חל גם כאשר הטענות לא הולבשו דווקא ב"לבוש" של השתק כנגד הרשות המינהלית, אלא נטענו למשל בהליכים אזרחיים בין שני צדדים פרטיים<sup>145</sup>. כן הודגש על ידי בית המשפט כי התחייבות של רשות שלא למלא חובה ציבורית או שלא להשתמש בסמכויותיה השלטוניות היא חסרת תוקף, דהיינו גם אם ניתן במצבים מסוימים לקבל את טענת ההשתק כנגד רשות מינהלית, אין הדבר כך כאשר משמעות ההבטחה היא התחייבות מצד השלטון שלא להפעיל את סמכותו התחקית<sup>146</sup>.

144 ראו בג"ץ 301/69 שמילביץ ורון נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כד (1) 302, 305. ראו גם בג"ץ 146/66 הרשקוביץ נ' הוועדה המחוזית לבניה ולתכנון עיר, פ"ד כ(2) 518, 519; בג"ץ 174/84 חפץ נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד לח(3) 412, 415; בג"ץ 100/85 בן ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 45, 48; בג"ץ 458/85 בת ישראל נ' שר הפנים, פ"ד לט(3) 701, 702. ראו גם ע"פ 560/71 מדינת ישראל נ' ויליגר, פ"ד כו(2) 622, 623 – בית המשפט העביר ביקורת על כך ששלטונות מס הכנסה השלימו עם מצב שבו ענף מסחרי שלם (יבואני מזון) הפר הוראות מפורשות באשר לניהול ספרים. בית המשפט ציין שהיה בהשלמה זו גם משום עידוד הנישומים שלא לבסס את הדו"חות שלהם על הנהלת ספרים, עד שהוחלט לתקן את המעוות, שהשתרש במשך שנים, על דרך הגשת כתב אישום דווקא כנגד המשיב. למרות דברי הביקורת בית המשפט דחה את הערעור משום שסרב להיכנס למסכת החישובים המסובכת.

145 כך למשל בע"א 107/62 וויס נ' מאירסון, פ"ד יז 22, סירובו של בית המשפט לתת נפקות כלשהי לנוהג מוכח של אי-אכיפת החוק על ידי הרשות המינהלית, הוביל לתוצאה הקיצונית של קבלת טענת אי-חוקיות כנגד אכיפת חוזה בין שני צדדים פרטיים. מדובר בהליך אזרחי שבו נטענה טענת הגנה, שלפיה עסקת מכר יהלומים הייתה בלתי חוקית ומשום כך בית המשפט צריך להימנע ממתן סעד למשיב שטען שהופר החוזה. המשיב לא קיבל היתר מאת המפקח על היהלומים להעברת הבעלות ביהלומים למערער ובכך הפר הוראות צו פיקוח שהוצא על ידי שר המסחר והתעשייה. התברר כי המפקח כלל אינו מקפיד על הפעלת הצו, וכי ההוראה הדורשת היתר הפכה ל"הלכה ואין מורין כן". השופט לנדוי קיבל את טענת אי-חוקיות באומרו: "לדעתי גם נוהג זה, אשר קיבל את הגושפנקה של הרשות המינהלית, שמתפקדה לפקח על המסחר בענף זה, אין בו כדי לרפא את פגם אי-החוקיות. על המפקח לבצע את החוק והצווים הקיימים, ואין לו שום סמכות לוותר על מילויים הן לגבי עצמו והן לגבי אחרים... לפי החוק והצווים הקיימים היה על המשיב לעמוד על קבלת היתר, אפילו עד כדי פניה לבית-המשפט המוסמך, שיחייב את המפקח לפעול בהתאם לחוק" (שם, בעמ' 29; ההדגשות שלי – מ' ט'). אי-מתן כל נפקות למנהג אי-האכיפה של הרשות הוביל לתוצאה האבסורדית, שאף לבית המשפט לא היה נוח עמה, ולפיה בעל דין מתחמק מתשלום מחיר של סחורה שקיבל, בטענת אי-חוקיות שהוא עצמו שותף לה (ראו שם, בעמ' 27).

146 ראו בג"ץ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לב(3) 469, 474, 475. ראו גם ע"א 88/83 קידרון נ' פקיד שומה גוש דן, פ"ד מא(4) 412, 416: "אין הרשויות רשאיות למחול לאזרח על חובה חוקית בדרך של הוראה 'לפנים משורת הדין'; על

## אכיפה סלקטיבית

תורת ההשתק חלחלה בהדרגה למשפט המינהלי הישראלי<sup>147</sup>, עד לקבלתה הסופית בע"א עבאדה<sup>148</sup>, שבו התקבלה התזה של פרופ' אריאל בנדור<sup>149</sup> ונקבע כי במצבים שבהם מועלית טענת השתק כנגד רשות מינהלית יש לאזן בין עקרון חוקיות המינהל לבין האינטרסים של הפרט שהסתמך בתום לב ובסבירות על המצג של הרשות. בעניין זה נטען כי הרשות מושתקת מלהתכחש להתחייבותה להקצות לעותרת קרקע ללא מכרז, וזאת נוכח ההסתמכות של העותרת על נוהג של שנים שנוצר בין הצדדים ושינוי מצבה לרעה עקב כך. השופט דליה דורנר עמדה על הקשיים בהחלטה של תורת ההשתק כנגד רשויות מינהליות, בשל החשש כי הדבר יאפשר את הפרתן של נורמות המשפט המינהלי, שלהן אופי קוגנטי והן אינן ניתנות להתניה<sup>150</sup>. עם זאת היא סברה כי הצדק העומד ביסוד תורת ההשתק יפה גם למצבים שבהם פרט מסתמך בסבירות ובתום לב על מצג של רשות מינהלית ומשנה בשל כך את מצבו לרעה. יתרה מזאת, קיימים טעמים נוספים המצדיקים את החלת תורת ההשתק דווקא במשפט המינהלי. בין טעמים אלה אפשר למנות את חובת ההגינות המוגברת המוטלת על רשויות מינהליות, הצורך בשוויון ביחסים שבין הרשויות לבין הפרט, המשקל המיוחד שראוי לתת למצגיהן של רשויות מינהליות והעיקרון בדבר פיזור הנזק, המחייב את פיזור העלויות שנגרמו בעטיו של מצג פגום שעשתה הרשות הציבורית, על כלל הציבור, במקום על הפרט ששינה את מצבו לרעה. מסקנתה הייתה אפוא כי יש לאזן בין עקרון חוקיות המינהל לבין האינטרסים של הפרט. בגדרו של איזון זה יש להביא בחשבון, בין השאר, את הגורמים הבאים: מידת הפגיעה בתקנת הציבור שעלולה לגרום אכיפת המצג של הרשות, שוויון של השינוי לרעה שחל במצבו של המסתמך לעומת שווי אכיפת המצג והפגיעה באינטרסים של צדדים שלישיים שעלולה להיגרם כתוצאה מהאכיפה. במידה ואיזון זה מוביל למסקנה שלפיה אין לאכוף על הרשות את המצג, יש לבחון את אפשרות המרת האכיפה בקיומו של דבר מה קרוב למצב שבו מעוניין הפרט (אכיפה תחליפית) או תשלום פיצויים לפרט המסתמך<sup>151</sup>. בית המשפט הכיר אף בהשתק בכיוון ההפוך, דהיינו

כל פנים, בתי המשפט לא יאכפו הוראה כזו... טענת השתק זו היא אחת הדרכים להתגבר בעקיפין על ההלכה הנ"ל בדבר הוראה לפנים משורת הדין, אולם בית-משפט זה שלל, ובצדק, את טענת ההשתק ביחסים שבין האזרח לבין הרשות המינהלית במידה שהמדובר ביחסים שלטוניים, להבדיל מהבטחות חוזיות או מעין חוזיות שהרשות נתנה לאזרח במילוי תפקידיה".

147 ברק-ארוז (לעיל, הערה 138), בעמ' 108.

148 ע"א 6996/97 חברת א.עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על-ידי מינהל מרקעי ישראל, פ"ד נג(4) 117 (להלן: ע"א עבאדה).

149 לעיל, הערה 136.

150 ע"א עבאדה (לעיל, הערה 148), בעמ' 123.

151 שם, בעמ' 124. הדגמה למקרה כזה ניתן לראות ברע"פ 1520/01 שוויצר נ' הוועדה המחוזית, פ"ד נו(3) 505, שבו נדונו הפרות חמורות של הוראות התכנון והבנייה שבגינן ניתן צו שיפוטי להפסקת השימוש בנכסים הנדונים. טענתם העיקרית של המבקשים הייתה כי הרשויות נהגו בעניינם בשיהוי רב, אשר מתגבר על ההפרות הנטענות של הוראות חוקי התכנון והבנייה,

### פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

השתק של הפרט מלטעון כנגד הרשות המינהלית. כך למשל נקבע כי כפירה בסמכות של גוף שמהחלטותיו הקודמות נהנו המתדיינים, כאשר החלטה שנתן אינה לטעמם, אסורה בהיותה פן של "שימוש לרעה בהליכי משפט"<sup>152</sup>.

להתפתחות תורת ההשתק במשפט המינהלי חשיבות רבה לעניין הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה בעילה של אכיפה סלקטיבית. כאמור, דפוס אכיפה סלקטיבית יוצר הסתמכות ושינוי הפתאומי גורר לעתים פגיעה בציפיות הלגיטימיות של הציבור<sup>153</sup>, אשר יכול לעלות עד כדי יישום רטרואקטיבי של החוק<sup>154</sup>. תורת ההשתק עשויה לסייע במצבים שבהם ההסתמכות על דפוס האכיפה נעשתה בסבירות ובתום לב. על פי ההלכה שתוארה לעיל יש לאזן בין הסתמכות זו לבין מידת הפגיעה בתקנת הציבור. עם זאת אין לזהות בין אמת המידה של פגיעה מהותית בתקנת הציבור, עם אמת המידה של אי-חוקיות במובן הפורמלי, שכן השתק מיועד, בין השאר, להשתק עושי מצגים שהיו נושא להסתמכות מלטעון כי מצגיהם היו בלתי חוקיים. השאלה הרלוונטית צריכה להיות אם בפועל ייגרם לציבור נזק של ממש עקב השתקתה של הרשות, דהיינו הסוגיה שתתעורר אינה הסיווג המשפטי הפורמלי כשלעצמו של הפגם המינהלי שהאזרח הסתמך עליו, אלא מידת החומרה של התוצאות מבחינת העניין הציבורי ותקנתו שיתרחשו אם הרשות תושקט<sup>155</sup>. לעניינה של אכיפה סלקטיבית, ייתכן שאי-אכיפת החוק על ידי הרשות במקרים האחרים אינה ראויה, ומאידך רצונה של הרשות לאכוף את החוק במקרה הפרטני, בלא להתחשב באכיפה הסלקטיבית, אינו בלתי חוקי כשלעצמו. ברי כי כאשר נעברה עבירה או הופר חוק כלשהו, הדבר מאפשר את הפעלת סמכויות האכיפה החוקיות של הרשות, אך אם זו הייתה השאלה, לא הייתה כל משמעות לעילת האכיפה הסלקטיבית. השאלה המהותית היא מה הן ההשלכות של מתן נפקות לדפוס האכיפה הסלקטיבית במקרה הנדון? דהיינו מה הם הנזקים שייגרמו אם תושקט הרשות מלאכוף את החוק במקרה הנוכחי? בכלל זה יש להביא בחשבון כמובן את מידת הפגיעה בשלטון החוק ובערך המוגן על ידי החוק הקובע את העבירה, אך גם את מידת הפגיעה באינטרסים של הפרט המעורב, שכן גם פרטים שהסתמכו על מצגים של רשויות הם חלק מן הציבור ופגיעה בהם היא גם פגיעה בתקנת הציבור.

ומכוחו הם רשאים להישאר בדירות שרכשו. השופט ביניש ציינה כי כאשר הפעולה המינהלית אשר אותה בוחנים נוגעת לאכיפת החוק, ההשתהות בהפעלת אמצעי האכיפה כשלעצמה לא תיצור מניעות אלא במקרים קיצוניים ויוצאי דופן. מכוח חומרת ההפרות של ההוראות התכנוניות, בית המשפט דחה את טענת המניעות ביחס לפעולות האכיפה של הרשות, אך ציין כי ייתכן ופתוחה הדרך להגשת תביעות נזיקיות או חוזיות כנגד הגורמים הרלוונטיים. לתחליף אכיפה ראו גם בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 803.

152 ראו בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423, 428.

153 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף א.1.

154 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף א.2.

155 ראו בנדור (לעיל, הערה 136), בעמ' 246.

## אכיפה סלקטיבית

במסגרת הבחינה אם התרת ההשתק תפגע בתקנת הציבור, יש להתחשב אפוא גם בפגיעה שתיגרם לפרט אם לא יאופשר לו להשתק את הרשות<sup>156</sup>. בכלל זה יש להביא בחשבון את נזקיו של הפרט הנגרמים לא מהאכיפה כשלעצמה, שכן אין ספק שכל אכיפה כשלעצמה גוררת נזקים האינהרנטיים להפעלת הסמכות. הנזקים הרלוונטיים הם אלה הנגרמים מהסלקטיביות שבאכיפה, כגון מידת הפגיעה בשוויון בפני החוק<sup>157</sup>, קיומה של פגיעה כלכלית או פגיעה ביכולת התחרות<sup>158</sup> וכדומה. זאת ועוד, את מידת הפגיעה בשלטון החוק שתיגרם מהשתקה של הרשות מלאכוף את החוק במקרה הנדון, יש לאזן עם מידת הפגיעה בשלטון החוק, בציות לחוק ובאמון הציבור במערכת המשפט – במקרה שתתאפשר האכיפה. שכן יש לזכור שאכיפה סלקטיבית גוררת לא רק נזקים לפרט אלא אף נזקים לחברה בכללותה<sup>159</sup>. כל אלה צריכים להיות מובאים בחשבון במסגרת האיזון שייערך בביקורת השיפוטית על סמכויות האכיפה.

חלחולה של תורת ההשתק למשפט המינהלי משתלבת עם קבלתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק במשפט הפלילי הישראלי<sup>160</sup>. דוקטרינה זו משתייכת לקבוצת הסייגים למימוש האחריות הפלילית, המאופיינת בהנחת היסוד שפליליות המעשה היא עובדה קיימת, ואילו הסייג נועץ בחסימת מימוש האחריות למרות עובדה זו<sup>161</sup>. בעולם מוכרות כמה קטגוריות שבהן ההגנה מן הצדק מסתמכת על דוקטרינת ההשתק<sup>162</sup>: דוקטרינת הפח היקוש (entrapment by estoppel), דוקטרינת ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות (outrageous conduct) ודוקטרינת ההסתמכות (reliance). דוקטרינת ההסתמכות מתייחסת למצב של מניעת הרשעתו של מי שהסתמך על עצת הרשות, שלפיה התנהגותו כשרה. היבטה הנורמטיבי של דוקטרינת ההסתמכות הושאר בצריך עיון על ידי בית המשפט

156 שם, בעמ' 248.

157 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף א' 3.

158 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף א' 4.

159 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף א' 5.

160 ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ג' 4. יצוין שהשופט דב לוי, אשר קיבל את תחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק במשפט הפלילי, עשה זאת תוך הכרה בכך כי ייתכנו מצבים שבהם המניעות הפלילית ממלאת תפקיד מרכזי וחשוב בריסון עצמתה של הרשות. ראו ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 368. על הקשר בין שתי הדוקטרינות מעידים גם דברי בית המשפט בבג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793, 811 "עקרון ההשתק במשפט המינהלי טרם התגבש בפסיקה... אולם נראה כי תורת ההשתק איננה משוללת יסוד בתחום הדיון הפלילי. [בע"פ 2910/94] פותחה דוקטרינת הסעד מן הצדק, שבסיסה הרעיוני דומה להשתק הרשות ושמוכחה רשאי בית-המשפט לבטל כתב-אישום, אם נוכח לדעת שאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן או שיש בניגול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות".

161 ראו א' פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" קריית המשפט א (תשס"א) 381, 386.

162 ראו שם, בעמ' 393-401.

## פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

העליון<sup>163</sup>, בעוד קיימת הכרה עקרונית ביכולת להסתמך על דוקטרינת ההגנה מן הצדק במקרים של טענות לאכיפה סלקטיבית<sup>164</sup>. על כל פנים נראה כי חלחולה של תורת ההשתק למשפט המינהלי הישראלי במקביל להכרה בהגנה מן הצדק במשפט הפלילי, הכשירו את הקרקע המשפטית להרחבת הביקורת השיפוטית גם למצב שבו ההסתמכות היא על דפוסי אכיפה. במילים אחרות, ניתן להוסיף קטגוריה של השתק בשל אכיפה סלקטיבית<sup>165</sup>.

## ג. ארצות-הברית

### 1. הפיקוח על רשויות האכיפה

מערכת התביעה בארצות-הברית נושאת אופי פוליטי. התובע הכללי הפדרלי ממונה על ידי הנשיא, ואילו התובעים המחוזיים במדינות ממונים פוליטית או נבחרים בבחירות ולכן נתונים לביקורת הציבור ומושפעים מדעת הקהל<sup>166</sup>. מאידך, מנגנוני הביקורת הישירים חלשים מאוד ולמעשה אחד ההיבטים החמורים ביותר של שיקול הדעת של רשויות המינהל בהחלטות על העמדה או אי-העמדה לדין בארצות-הברית, הוא היעדר כמעט מוחלט של

163 ראו רע"פ 4827/95 פולק בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 97, 111: "המערערים טענו בפנינו כי כל פעולתם בהגשת הדו"ח השני (ביום 24.3.92) תואמה עם הרשויות, וזאת בשיחות טלפוניות, שנערכו.... לטענתם, מטעם זה מושתקת המדינה מלהעמידם לדין. דין טענה זו להידחות. מבקש אני להשאיר בצריך עיון את היבטה הנורמטיבי... במישור העובדתי לא מצאתי כל ממצא עובדתי חד-משמעי בפסק הדין של בית משפט השלום לכך כי הרשויות ידעו על איסור השיווק ויעצו על בסיס זה למערערים. הטענה עצמה כפי שנטענה בערעור, לא הועלתה בפני בתי משפט השלום והמחוזי, וגם מטעם זה אין מקום לדון בה".

164 רע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776. לאחרונה המחוקק עיגן טענה זו בחוק. ראו סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, שלפיו נאשם יכול לטעון כטענה מקדמית כי "הגשת כתב האישום... [עומדת] בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

165 לתמיכה בגישה זו בספרות ראו ב' אוקון, ע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטיים המשפט ג (תשנ"ו) 265, 271; קדמי על סדר הדין בפלילים (חלק שני, תשס"ג), 978-979. השוו לגישתה של דליה אבן במאמרה "מנהג מבטל הלכה? מנהג של הרשות שלא לאכוף חוק" הצודק והבלתי צודק (מ' דקסל עורך, 1977) 127, 129 – המחברת מציעה כפתרון למנהג אי-אכיפת חוק את מוסד ההשתק על ידי התנהגות (estoppel by conduct). לשיטתה, הרשות המבצעת גיבשה מנהג שלא לאכוף חוק. בכך היא יצרה מצג עובדתי, שאין היא אוכפת חוק זה. אם וכאשר תרצה הרשות המבצעת להתכחש למנהגה זה בדרך של אישום פלילי, תהיה היא מנועה מלעשות זאת.

166 ראו F.W. Miller *Prosecution: The Discretion to Charge a Suspect with a Crime* 342-344 (Little, Brown and Company, 1969). כן ראו J.A. Sigler "The Prosecutor: A Comparative Functional Analysis" *The Prosecutor* (W.F. McDonald ed., 1979) 53, 71.



## אכיפה סלקטיבית

פיקוח יעיל על הפעלתו<sup>167</sup>. הנחיות האיגוד האמריקני של עורכי הדין (ABA Standards) קובעות כדלקמן:

Although ultimate fact findings rest with jurors, it can fairly be said that the power of the prosecutor to institute criminal prosecutions vests in him an authority in the administration of criminal justice at least as sweeping as, and perhaps greater than the authority of the judge who presides in criminal cases<sup>168</sup>.

למרות ההכרה בכוח הגדול של התביעה<sup>169</sup>, ההנחיות אינן עומדות על חובתו של בית המשפט לבקר שימוש לרעה בסמכות רחבה זו, אלא מסתמכות על הבחירות התקופתיות כאמצעי של האזרחים לפקח על משרתי הציבור<sup>170</sup>. זאת ועוד, ההנחיות מתייחסות למצבים שבהם התובע יכול שלא להעמיד לדין, אך אינן מתייחסות לצד השני של המטבע, דהיינו מתי כן ראוי להעמיד לדין. באופן זה לתובע שיקול דעת לבחור את המקרים שבהם ראוי לדעתו להעמיד לדין<sup>171</sup>.

שיקול הדעת שלא להעמיד לדין נתון לרשויות האכיפה לסוגיהן. הדוגמאות הבולטות הן כמובן המשטרה והפרקליטות, אך סמכות שלא להעמיד לדין קיימת לפקידים בממשל הפדרלי, המדינתי והמקומי, וכן לרשויות הרגולטוריות. אף ששיקול דעת זה יכול להוביל לאפליה באכיפה, הוא נתון לפחות ביקורת שיפוטית ופחות ביקורת על ידי דרגים בכירים ברשות המבצעת. אמנם, ניתן לטעון שזהו הצד השני של שיקול הדעת להעמיד לדין, אך שיקול הדעת שלא להעמיד לדין מסוכן הרבה יותר, מאחר שהוא ניתן פחות לשליטה ולבקרה. ראשית, הפעלת שיקול דעת נגטיבי בדרך כלל סופית ולא זמנית, להבדיל משיקול דעת פוזיטיבי שמוביל להליכים כלשהם הנתונים לביקורת. שנית, שיקול דעת נגטיבי הוא ברוב המקרים סודי, באופן שמקשה להתחקות על גורמים חיצוניים המשפיעים עליו, בעוד שיקול דעת פוזיטיבי פתוח יותר וייתכן שאפילו ידווח על ידי התקשורת<sup>172</sup>.

- 167 ראו גביוון (לעיל, הערה 14), בעמ' 254.
- 168 ABA Standards Relating to the Prosecution Function and the Defense Function. M.L. Amsterdam "The One-Sided Sword: Selective Prosecution In Federal Courts" 6 *Rutgers Camden L.J.* (1947) 1, 7.
- 169 W.F. McDonald "The Prosecutor" הפלילי ראו גם *The Prosecutor* (W.F. McDonald ed., Sage Publications, California, 1979) 15, 43.
- 170 Amsterdam (לעיל, הערה 168), בעמ' 7.
- 171 ראו ABA Standards, Sec. 3-3.9(b), המפורטים לעיל, פרק שני, סעיף ד(ב).
- 172 ראו K.C. Davis *Administrative Law Treatise* (2<sup>nd</sup> ed., vol. 2, West, St. Paul, Minn., 1979), 219.

## פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

מנגנוני הפיקוח הישירים על החלטות התביעה שלא להעמיד לדין, הם בראש ובראשונה היועץ המשפטי לממשלה, הן של הממשל הפדרלי הן של המדינות, אשר כמסורת המשפט המקובל, הוא בעל סמכות רחבה של פיקוח על כל מנגנון האכיפה של המשפט הפלילי. במדינות רבות בארצות-הברית היועץ המשפטי יכול לפתוח בהליכים פליליים, ורשאי לפי שיקול דעתו להחליף את התובע המקומי או לבוא תחתיו. למרות סמכותו האמורה של היועץ המשפטי לפתוח בהליכים, במקום שבו התובע המקומי לא הפעיל את סמכותו, בפועל רוב היועצים המשפטיים לא מפעילים פיקוח רב על התובעים המקומיים<sup>173</sup>. זאת ועוד, רוב סמכויות השיפוט בארצות-הברית מאפשרות לחבר המושבעים הגדול (grand jury) לפתוח בהליכים פליליים, גם אם התובע מתנגד להעמדה לדין, אך לעתים נדירות חבר המושבעים יזום הליכים למרות עמדת התביעה<sup>174</sup>. קיימת גם אפשרות פיקוח על החלטות להעמיד לדין. כך למשל בכמה מדינות בארצות-הברית קיימת לשופט במשפט הפלילי סמכות למחוק הליכים ללא הסכמת התביעה, כאשר הוא מוצא שמן הצדק לעשות זאת, אך השימוש בסמכות זו נדיר<sup>175</sup>.

גם אפשרות לביקורת שיפוטית על סמכויות האכיפה קיימת באורח עקרוני. לבתי המשפט סמכות לצוות על רשות לקיים חובה המוטלת עליה בדין (או להימנע מלעשות מעשה האסור עליה)<sup>176</sup>, אולם השימוש בסמכות רחבה זו מוגבל ביותר<sup>177</sup>. גם לעניין זה ניתן להבחין בין החלטות העמדה לדין להחלטות אי-העמדה לדין: קיימת נטייה גדולה יותר להעביר ביקורת שיפוטית על החלטות להעמיד לדין ונטייה להימנע מהתערבות במחדלים של התביעה, דהיינו בתי המשפט ייטו פחות להתערב בהחלטות שלא להעמיד לדין על ידי מתן צווי עשה<sup>178</sup>.

אם כן לכאורה שיקול הדעת הרחב של רשויות האכיפה מוגבל על ידי מנגנוני ביקורת ישירים ועקיפים, עם זאת ברוב רובם של המקרים הרשות מפעילה את סמכותה באופן

- 173 ראו Miller (לעיל, הערה 166), בעמ' 327-322.
- 174 Y. Kamisar, W.R. LaFave, J.H. Israel, N.J. King *Modern Criminal Procedure* (11<sup>th</sup> ed., West, 2005), 997.
- 175 ראו Miller (לעיל, הערה 166), בעמ' 336-334.
- 176 "The district courts shall have original jurisdiction of any action in the nature of mandamus to compel an officer or employee of the United States or any agency thereof to perform a duty owed to the plaintiff".
- 177 גביוון (לעיל, הערה 14), בעמ' 254.
- 178 Amsterdam (לעיל, הערה 168), בעמ' 8; Davis (לעיל, הערה 172), בעמ' 224-219. ראו גם גביוון (לעיל, הערה 14), בעמ' 256 – המחברת מציינת כי הבסיס החוקי לביקורת שיפוטית על החלטות כאלה היא הסמכות לתת מנדמוס (צו עשה) וכן הסמכות הטבועה של בתי המשפט, אך למרות זאת נטיית בתי המשפט להתערב בהחלטות כאלה היא מזערית.

## אכיפה סלקטיבית

חופשי מביקורת. במקרים החריגים יותר, תיתכן אפשרות של ביקורת שיפוטית על הפעלת שיקול הדעת של רשויות האכיפה, אך השימוש בה הוא מועט<sup>179</sup>.

### 2. הרתיעה המסורתית מהתערבות בהחלטות רשויות האכיפה ומקורה

אחד הטעמים המרכזיים המשמשים להצדקת אי-ההתערבות של בתי המשפט בהחלטות רשויות האכיפה, הוא עקרון הפרדת הרשויות, שמכוחו הסמכות לאכוף את החוק ולנהל משפטים הופקדה בידי הרשות המבצעת<sup>180</sup>. בפסק דין *U.S. v. Cox*<sup>181</sup> נדון סירוב תובע להגיש כתב אישום. באותו עניין החליט חבר המושבעים הגדול על העמדה לדין בעבירת פשע. בעקבות ההחלטה, נתן בית המשפט הפדרלי צו לתובע להכין כתבי אישום בהתאם להנחיות חבר המושבעים הגדול, אך התובע סירב בנימוק שפעל בהנחייתו של היועץ המשפטי. בית המשפט דחה את הנימוק והורה על מאסרו של התובע באשמת ביזיון בית המשפט, עד שיחזור בו מסירובו להכין כתבי אישום. בית המשפט אף נתן צו ליועץ המשפטי לבוא ולנמק מדוע לא יואשם אף הוא באשמת ביזיון בית המשפט בשל ההוראה שנתן לתובע ואשר מנוגדת לצו בית המשפט<sup>182</sup>. בערעור קבע בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז החמישי שהתיקון החמישי לחוקה, אשר קובע כי אישום בפשעים חמורים יוגש רק באישור חבר המושבעים הגדול, נועד להגן על זכויות הנאשם ואין הוא מעניק זכויות או פרווגטיבות כלשהן לחבר המושבעים<sup>183</sup>. שופטי הרוב סברו כי התערבות בית המשפט בהחלטות היועץ המשפטי בהעמדה לדין, נוגדת את עקרון הפרדת הרשויות, אשר על פיו הגשת האישומים נתונה באופן בלעדי לשיקול הדעת של הרשות המבצעת. וכך אמר השופט Jones:

The discretionary power of the attorney for the United States in determining whether a prosecution shall be commenced or maintained may well depend upon matters of policy wholly apart from any question of probable cause. Although as a member of the bar, the attorney for the United States is an officer of the court, he is nevertheless an executive official of the Government, and it is as an officer of the executive department that he exercises a discretion as to whether or not there shall be a prosecution in a particular case. *It follows, as an incident of the constitutional separation of powers, that the courts are not to interfere*

179 Miller (לעיל, הערה 166), בעמ' 344.

180 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף 1(ב).

181 324 F. 2d 167 (5<sup>th</sup> Cir. 1965) (להלן: פסק דין Cox).

182 שם, בעמ' 169.

183 שם, בעמ' 170.

פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

*with the free exercise of the discretionary powers of the attorneys of the United States in their control over criminal prosecutions*<sup>184</sup>.

החלטה שלא להגיש כתב אישום נדונה גם בעניין *Inmates of Attica Correctional Facility v. Rockefeller*<sup>185</sup>, שבו התבקש בית המשפט לחייב את רשויות התביעה של מדינת ניו-יורק ואת רשויות התביעה הפדרליות לנקוט הליכים פליליים נגד שוטרים וסוהרים בעקבות התפרעויות במתקן הכליאה Attica, אשר במהלכן נהרגו שלושים ושניים אסירים ונפצעו כארבע מאות. לטענת התובעים שוטרים וסוהרים עברו עבירות על חוקי המדינה ועל חוקים פדרליים. נטען שהתביעה המדינתית אינה מעמידה את אנשי המשטרה ובית הסוהר לדין בשל משוא פנים ותוך הפלייתם לטובה לעומת אנשים שכן הועמדו לדין בעקבות ההתפרעויות. כנגד הרשויות הפדרליות נטען כי הן מפרות את חובתן לעצור, לחקור ולהעמיד לדין את המעורבים בפרשה<sup>186</sup>. בית המשפט חזר על גישתו המסורתית להימנע מהתערבות בהחלטות התביעה והדגיש כי גישה זו משמשת גם במקרים שנטען בהם לפגיעה קשה בזכויות אדם וכן לאכיפה לא שוויונית של החוק הפלילי. בהסתמך על פרשת *Cox*, ציין בית המשפט כי הסיבה המרכזית לגישתו זו נעוצה בהפרדת הרשויות:

[F]ederal courts have traditionally and, to our knowledge, uniformly refrained from overturning, at the instance of a private person, discretionary decisions of federal prosecuting authorities not to prosecute persons regarding whom a complaint of criminal conduct is made...

This judicial reluctance to direct federal prosecutions at the instance of a private party asserting the failure of United States officials to prosecute alleged criminal violations has been applied even in cases such as the present one where, according to the allegations of the complaint, which we must accept as true for purposes of this appeal... *serious questions are raised as to the protection of the civil rights and physical security of a definable class of victims of crime and as to the fair administration of the criminal justice system...*

184 שם, בעמ' 171 (ההדגשה שלי – מ' ט'). לפסק דין זה הצטרפו שני שופטים נוספים. שלושה שופטים אחרים סברו כי לבית המשפט סמכות לחייב את היועץ המשפטי הן להכין את האישום והן לחתום עליו. השופט השביעי, אשר הכריע את דעת הרוב, סבר שהיועץ המשפטי חייב להכין את כתב האישום, אך הוא לא חייב לחתום עליו.

185 477 F. 2d 375 (2d Cir. 1973).

186 שם, בעמ' 376-377.

## אכיפה סלקטיבית

The primary ground upon which this traditional judicial aversion to compelling prosecutions has been based is the separation of powers doctrine<sup>187</sup>.

על פרשת *Cox* הסתמך, בין היתר, גם בית המשפט לערעורים במחוז קולומביה בפרשת *Newman*<sup>188</sup>, אשר כשלעצמה מצוטטת רבות בהקשר לאי-התערבות בהחלטות רשויות האכיפה. בעניין זה טען נאשם ליחס מפלה מצד התביעה, אשר חתמה עסקת טיעון עם שותפו לכתב האישום באופן שאפשר לו להודות בעבירות קלות יותר וסירבה לאפשר לו הסדר דומה. בית המשפט קבע כי שיקול הדעת של רשויות האכיפה אינו הולם ביקורת שיפוטית, תוך שהוא מדגיש שכך המצב גם כאשר נטענת טענת אפליה:

Few subjects are less adapted to judicial review than the exercise by the Executive of his discretion in deciding when and whether to institute criminal proceedings, or what precise charge shall be made, or whether to dismiss a proceeding once brought...

To say that the United States Attorney must literally treat every offense and every offender alike is to delegate him an impossible task; of course this concept would negate discretion. Myriad factors can enter into the prosecutor's decision. *Two persons may have committed what is precisely the same legal offense but the prosecutor is not compelled by law, duty or tradition to treat them the same as to charges*<sup>189</sup>.

אמנם, קיימת פסיקה הנוקטת בגישה פחות נוקשה, שממנה עולה כי שיקול הדעת של רשויות האכיפה אינו אבסולוטי והוא נתון למגבלות קונסטיטוציוניות כגון איסור אפליה בשל גזע או דת<sup>190</sup>. גישה זו באה לביטוי בהלכות העוסקות באכיפה סלקטיבית<sup>191</sup>, אלא שהתנאים אשר הציבו בתי המשפט להוכחת העילה הפכו אותה לתאורתית יותר מאשר

187 שם, בעמ' 379 (ההדגשה שלי – מ' ט').

188 *Newman v. U.S.* 382 F. 2d 479 (D.C. Cir. 1967).

189 שם, בעמ' 482-480 (ההדגשה שלי – מ' ט').

190 *Wade v. U.S.* 504 U.S. 181, 185-186 (1992): "Because we see no reason why courts should treat a prosecutor's refusal to file a substantial-assistance motion differently from a prosecutor's other decisions... we hold that federal district courts have authority to review a prosecutor's refusal to file a substantial-assistance motion and to grant a remedy if they find that the refusal was based on an unconstitutional motive. Thus, a defendant would be entitled to relief if a prosecutor refused to file a substantial-assistance motion, say, because of the defendant's race or religion"

191 לפירוט ההלכות בארצות-הברית ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ב.

### פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

מעשית<sup>192</sup>. על פי הדין הקיים, הטוען לאכיפה סלקטיבית אינו יכול להסתפק בהעלאת טענת אפליה, דהיינו יחס שונה בלא שקיימים הבדלים רלוונטיים, אלא עליו להראות שהחלטת רשויות האכיפה נובעת מאפליה מכוונת המבוססת על קריטריון פסול כמו דת, גזע או מין<sup>193</sup>. "דרישת המניע" מהווה במידה רבה פשרה בין כניעה מוחלטת לשיקול הדעת של התביעה, לבין העברת ביקורת שיפוטית רגילה. דרישת המניע מהווה מכניזם המאפשר לבתי המשפט להכיר בשיקול הדעת הרחב של התביעה, אך עם זאת להעביר ביקורת שיפוטית במקרים הנדירים שבהם הם מסיקים שקיימת פגיעה חוקתית<sup>194</sup>. כאמור, דרישה זו מעוררת ביקורת נרחבת<sup>195</sup>, ולשיטתי אין מקום לאמצה בדין הישראלי<sup>196</sup>.

### 3. ההכרה בחשיבות הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

לדעת Abraham Goldstein סירובם של בתי המשפט לפקח על שיקול הדעת של רשויות האכיפה – אשר בא לביטוי בקביעת קריטריונים לביקורת שלפיהם ההתערבות תיעשה רק בהחלטות מחפירות – נעוץ בעיקר בחשש מהקושי שבמלאכת הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה ובחוסר האמונה ביכולתם המשפטית והמעשית של בתי המשפט לגרום לתביעה לציית להחלטותיהם. חשש זה, לשיטתו, אינו מוצדק: לא זו בלבד שהחלטות התביעה אינן מורכבות יותר מאשר החלטות אחרות אשר נדונות באופן שגרתי בבתי המשפט, אלא שהחלטות התביעה מצויות בתחום אשר מוכר לבתי המשפט ומערכות שאלות אינטגרליות לעבודת השופט, כגון משקל ודיות ראיות, צדקת השיקולים, פרשנות חוקים ומשפט חוקתי. הסיבה לפסיביות השיפוטית נעוצה, לגישתו, עמוק יותר ושוורשיה

192 ראו ניתוחו של Amsterdam (לעיל, הערה 168), בעמ' 6-17. דוגמה נוספת לצמצום דוקטרינרי, הנובע מהכבוד שנותן בית המשפט לשיקול דעת התביעה, היא דוקטרינת ה-"prosecutorial vindictiveness". על פי דוקטרינה זו שימוש בכוח השלטוני להענשת נאשמים על שימוש בזכויותיהם הסטטוטוריות או החוקתיות, יש בו הפרה של הזכות החוקתית להליך הוגן (Due Process). כך למשל במסגרת הליך ערעור שבו מתבררת אשמתו של הנאשם *de novo*, אסור לתביעה להאשימו בעבירה חמורה יותר לעומת האישום המקורי כדי לנקום בו על שמימש, למורת רוח התביעה, את זכות הערעור ( *Blackledge v. Perry* 417 (U.S. 21, 26-29 (1973)). אלא שבית המשפט העליון הביע חוסר נכונות להכיר במניע נקמני בפעולות התביעה, באופן צמצום מאוד את ישימות הדוקטרינה. לפסק הדין המנחה ראו *U.S. v. Goodwin* 457 U.S. 368 (1982). לניתוח פסק הדין וצמצום הדוקטרינה ראו C.P. Erlinder, D.C. Thomas "Prohibiting Prosecutorial Vindictiveness While Protecting Prosecutorial Discretion: Toward a Principled Resolution of a Due Process Dilemma" 76 *J. Crim. L. & Criminology* (1985) 341.

193 ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ב2.

194 K.S. Coplan "Note: Rethinking Selective Enforcement in the First Amendment Context" 84 *Colum. L. Rev.* (1984) 144, 158-159.

195 ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ב2(ד).

196 ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ד1.

## אכיפה סלקטיבית

בחוסר הבנה של היחס שבין שיקול הדעת והפרדת הרשויות. היעדר כלל חותך וברור המוגדר על ידי המחוקק, מפורש על ידי בית המשפט כמקנה לתביעה לא רק את שיקול הדעת למלא את החללים בחוק, אלא גם את סמכות הביצוע הבלעדית. אלא שהפעלת שיקול דעת אינה צריכה להיות חסינה מביקורת שיפוטית, והיא אף אינה פרוגטיבה בלעדית של התביעה. כל רשות מינהלית צריכה לקבל החלטות סבירות בתחום שיקול הדעת הנתון לה על ידי המחוקק. במסגרת התהליך של יציקת התוכן לחללים שבחוק וההכרעה בין קווי מדיניות שונים, על הרשות המינהלית – הנושאת לעתים תפקיד ראשי ויוזם, ולעתים תפקיד משני וריאקטיבי – חובה לפעול בהתאם לעקרונות המשפטיים. על כל פנים, בסופו של יום הסמכות האולטימטיבית היא של הרשות השופטת להבחין בין עניינים מינהליים שיש להותיר לשיקול הדעת של התביעה, לבין עניינים משפטיים וקביעת מדיניות, אשר על השופט לקחת חלק בהם<sup>197</sup>.

עוד נטען כנגד הגישה המסורתית כי גם אם מקבלים את טיעון הפרדת הרשויות, אשר מכוחו לתביעה שיקול דעת רחב שטוח מסוים שבו אינו נתון כמעט לביקורת, אזי צריך לשאוף למזער את הנזק. דהיינו גם בשיטה לא מושלמת של אכיפה, יש לשאוף ליישם מכניזמים אשר יטפלו במקרים הקשים של שימוש לרעה בשיקול הדעת, יעודדו הפעלה ראויה של שיקול דעת ויזכירו לתביעה את גבולות סמכותה. הרציונל לכך הוא שגם במקרים שבהם לא ניתן סעד, עצם ההליך השיפוטי משפיע על התנהגות הרשויות המפוקחות<sup>198</sup>. שיקול הדעת הנתון לתובע הפלילי בפתירת הליכים, העמדה לדין, הפסקתם ובהחלטות אחרות הקשורות להליך הפלילי – מקנה לו השפעה על חירותו ושמיו הטוב של הפרט, יותר מאשר לכל עובד ציבור אחר – דבר המחייב פיקוח שימתן הפעלה בלתי ראויה של שיקול הדעת<sup>199</sup>. בהתאם לכך, ניתן לזהות כיום גישה הקוראת תגר על המסורת השיפוטית של אי-התערבות בשיקול הדעת של רשויות התביעה. על פי גישה זו, המסורת אינה מצדיקה הקניה של שיקול דעת בלתי מוגבל לרשויות התביעה, אשר עלול להוביל, בין היתר, לשיעורים גבוהים של אכיפה סלקטיבית<sup>200</sup>. מציאות זו מטה את הכף באופן ברור לטובת העברת ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית. לאור הגידול בכוחו של השלטון וסמכויותו, מחד, ועליית המודעות של האזרחים להפרה של זכויותיהם, מאידך, על בתי

- 197 A.S. Goldstein *The Passive Judiciary* (Louisiana State U.P., 1981), 55-58. ראו גם Goldstein (לעיל, הערה 131), בעמ' 3.
- 198 A.B. Poulin "Prosecutorial Discretion and Selective Prosecution: Enforcing Prosecution .after *U.S. v. Armstrong*" 34 *Am. Crim. L. Rev.* (1997) 1071, 1088
- 199 .Note "Prosecutor Discretion" 103 *U. Pa. L. Rev.* (1955) 1057
- 200 D.J. Givelber "The Application of Equal Protection Principles to Selective Enforcement .of the Criminal Law" *U. Ill. L. F.* (1973) 88, 101

פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

המשפט – המצויים בתווך – לקחת אחריות ולהגן על זכויות האדם<sup>201</sup>. עמד על כך פרופ' : Kenneth Davis

On the basis of what the courts know today about leaving administration to administrators but at the same time providing an effective check to protect against abuses, should the courts not take a fresh look at the tradition that prevents them from reviewing the prosecuting function? Throughout the governmental system, courts have found that other administrative or executive functions are in need of judicial check, with a limited scope of review. *The reasons for a judicial check of prosecutor's discretion are stronger than for such a check of other administrative discretion that is now traditionally reviewable.* Important interests are at stake. Abuses are common. The questions involved are appropriate for judicial determination. And much injustice could be corrected<sup>202</sup>.

פסק דין חשוב שמשליך על הסוגיה ניתן על ידי בית המשפט העליון של ארצות-הברית בפרשה שתקפה דווקא חוקתיות של חוק ולא פעולה של רשויות האכיפה<sup>203</sup>. החוק האמור<sup>204</sup> נחקק על ידי הקונגרס בעקבות פרשת ווטרגייט והסמך גוף המורכב משופטים פדרליים (special division) למנות פרקליט עצמאי, כאשר היועץ המשפטי לממשלה מודיע שמקרה מסוים אינו ניתן לטיפול על ידי משרד המשפטים. הכוונה למקרים שבהם היועץ המשפטי מצוי בניגוד עניינים, שכן מדובר בהעמדה לדין של פקידים בממשל הפדרלי. נטען כי החוק פוגע בעיקרון החוקתי של הפרדת הרשויות. בית המשפט העליון הכיר בכך שלא תתכן הפרדת רשויות מוחלטת ואישר את החוק מאחר שמטרתו להתמודד עם מצבים של משבר. בית המשפט הדגיש כי הסמכויות שניתנו ל־special division הן סמכויות פסיביות כגון קבלת דו"חות מהפרקליט העצמאי, אך אין בהן כדי לאפשר לרשות השופטת חריגה לתחומי הרשות המבצעת על ידי התערבות בסמכויות החקירה או ההעמדה לדין. החוק הגדון אמנם ישים למצבים מאוד מצומצמים, אך פסק הדין המאשר אותו חשוב משום שהוא מכיר בכך שהשליטה על התביעה הפלילית אינה בלעדית לרשות המבצעת. זאת ועוד, פסק הדין מדגים שגם הרשות המחוקקת יכולה לקבוע גבולות בשאלה מי פותח בהליכים פליליים, ובמקרים קיצוניים ניתן לערב אף את הרשות השופטת<sup>205</sup>.

- Amsterdam (לעיל, הערה 168), בעמ' 25. 201  
K.C. Davis *Discretionary Justice – A Preliminary Inquiry* (University of Illinois, 1971), 202  
211-212.  
*Morrison v. Olson* 487 U.S. 654 (1988) 203  
Independent Counsel Provisions of the Ethics in Government Act 1978 (28 USCS 49) 204  
Goldstein (לעיל, הערה 131), בעמ' 4. 205



## ד. אנגליה

## 1. הפיקוח על רשויות האכיפה

ה־CPS (Crown Prosecution Service) – רשות התביעה המרכזית באנגליה, אשר בראשה עומד הממונה על התביעה הכללית (DPP) – אחראי בפני הפרלמנט באמצעות היועץ המשפטי לממשלה, שהוא בעל תפקיד פוליטי נבחר (שר המשפטים), ולכן הפעלת סמכותו כרוכה בדיווח ובנשיאה באחריות<sup>206</sup>. אלא שאחריותו זו של היועץ המשפטי היא למדיניות הכללית של התביעה והוא אינו אחראי להחלטות אינדיווידואליות<sup>207</sup>. מאחר שההנחיות לתובעים (Code for Crown Prosecutors)<sup>208</sup>, הוסיפו את קריטריון האינטרס הציבורי במסגרת השיקולים להעמדה לדין, הורחבה מאוד מסגרת שיקול דעתם של התובעים. על רקע זה בלט היעדרו של פיקוח חיצוני על החלטות פרטניות של התביעה, אשר יאזן את הסמכות הרחבה הנתונה להם. ועדה של משרד הפנים המליצה בשנת 1990 על יצירת מנגנון חיצוני כזה ובעקבות המלצה זו הודיעה הממשלה על תכניות לקיומו של פיקוח לאומי על התביעה שייעשה באמצעות (Operations) CPS Field Director, במטרה ליצור עקביות בקבלת החלטות במחוזות השונים של התביעה ולמנוע שימוש לרעה בשיקול הדעת<sup>209</sup>. בסופו של דבר הוקם בחוק גוף עצמאי – HM Crown Prosecution Service Inspectorate (HMCPISI) – אשר תפקידו לדווח אחת לשנה על תפקודו של ה־CPS, במטרה להגביר את היעילות ואת ההגינות בעבודת התביעה. הדו"חות מבוססים על בחינה מדגמית של תיקים ממגוון רחב של קטגוריות, ביקורים של נציגי המבקר בבתי משפט ובמשרדי התביעה, וראיונות עם תובעים ופקידים אחרים במערכת המשפט הפלילי. נוסף על הדיווח השנתי, מכין המבקר דו"חות בנושאים מסוימים (thematic reviews), כמו למשל השפעת גזע ומין על החלטות של התביעה<sup>210</sup>.

גם באשר לפיקוח על סמכויות האכיפה של המשטרה ושל רשויות רגולטוריות אחרות, יש להבחין בין מדיניות האכיפה הכללית לבין החלטות אינדיווידואליות. באשר לרוב הרשויות הרגולטוריות, האמצעי היחידי של פיקוח על מדיניות האכיפה שלהן הוא חובת מתן דו"ח שנתי לפרלמנט. התוצאה היא חוסר אחדות במדיניות העמדה לדין ולעתים אפילו הבדלי מדיניות בין אגפים שונים באותה רשות עצמה<sup>211</sup>. באשר למשטרה, חקיקה

206 לסקירה ראו לעיל, פרק שני, סעיף ד3.

207 ראו 201, (3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2005), A. Ashworth, M. Redmayne *The Criminal Process*.

208 ראו לעיל, פרק שני, סעיף ד3(ב).

209 J. Fionda *Public Prosecutors and Discretion – A Comparative Study* (Clarendon, Oxford, 1995), 60.

210 ראו האתר של HMCPISI : <http://www.hmcpisi.gov.uk>.

211 Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 207), בעמ' 163-164.

## פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

חדשה מקנה ל-CPS תפקיד פיקוח ריכוזי, אך זאת רק ביחס לתחום מצומצם של מתן אזהרות מותנות לעבריינים. לעומת זאת בכל הנוגע לאזהרות פורמליות קיימים אמנם סטנדרטים (National Standards for Cautioning)<sup>212</sup>, אך למרות הניסיון ליצור אחידות, אין מדובר בנורמות מחייבות ולפיכך קיים שוני משמעותי בין המחוזות השונים<sup>213</sup>. מידת הפיקוח על החלטות האינדיווידואליות תלוי במידה רבה במבנה הפנימי של הרשות הנדונה. במשטרה אין פיקוח רב על השוטרים ונתון להם דה פקטו שיקול דעת רחב. ברשויות הרגולטוריות בדרך כלל אין פיקוח על החלטות העמדה לדין, אלא אם מדובר במקרה בעל רגישות רבה שמוכא לידיעת הממונים. מאחר שהחלטותיהן של רוב הרשויות הללו הן סופיות ואינן ניתנות לערעור, קיימת לפחות האפשרות התאורטית של ביקורת שיפוטית על ידי בתי המשפט<sup>214</sup>.

## 2. הרתיעה המסורתית מהעברת ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה

מבחינה היסטורית, התביעה הפלילית באנגליה הייתה פרטית בלבד, דהיינו פתיחת ההליכים הייתה תלויה בקרבן או באדם אחר אשר התלונן על העבירה, ולא הייתה קיימת הפונקציה של התביעה הציבורית. בשיטה זו, השאלה המשפטית היחידה שעלתה היא דיות הראיות ובתי המשפט לא ביקרו את התובע הפרטי על בסיס אחר כלשהו. החלל שנוצר באשר "לאינטרס הציבורי" התמלא על ידי היועץ המשפטי לממשלה, אשר היה יכול לעכב הליך (*nolle prosequi*) מכוח האינטרס הציבורי וכן יכול היה לקחת תיק מהתובע הפרטי ולהעמיד לדין בשם הציבור<sup>215</sup>. החלטות אלה של היועץ המשפטי היו חסינות מביקורת שיפוטית, וכך התפתחה מסורת שלפיה ההליך הפלילי וההחלטה להעמיד לדין הם חלק מהפרוגטיבה של השלטון<sup>216</sup>. מסורת זו התייחסה לכל רשויות האכיפה: היקף ההתערבות השיפוטית בהחלטותיהן, כל עוד אינן שייכות למהלך המשפט – היה מוגבל ביותר והייתה קיימת נכונות להסתפק בפיקוח פוליטי-פרלמנטרי<sup>217</sup>. כך למשל הן הנחיות התביעה באשר להעמדה לדין הן החלטותיה האינדיווידואליות לא זכו לביקורת שיפוטית. התפיסה הייתה

212 ראו לעיל, פרק שני, סעיף ד(א).

213 Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 207), בעמ' 161-162.

214 שם, בעמ' 161-164.

215 Goldstein (לעיל, הערה 131), בעמ' 2.

216 A.L.-T. Choo *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings* (Clarendon, Oxford, 1993), 7.

217 ראו גביון (לעיל, הערה 14), בעמ' 250.

### אכיפה סלקטיבית

כי ברגע שמקרה מובא לבית המשפט, עניינו של בית המשפט הוא רק בנעשה בין קירותיו ובמסגרת זו הוא יבקר רק התנהגות לא ראויה של התביעה המתרחשת במהלך המשפט<sup>218</sup>. כאמור, על רקע זה בלטה גישתם של בתי המשפט להימנע מהתערבות בהחלטות היועץ המשפטי ולהעניק לו עצמאות בלתי מסויגת כמעט<sup>219</sup>. האסמכתה החשובה ביותר בסוגיה זו היא פסק דינו של בית הלורדים בעניין *Gouriet v. Union of Post Office Workers*<sup>220</sup>. המקרה עסק בשאלה אם המבקש, אדון Gouriet, אשר היה חסר אינטרס אישי בעניין הנדון, רשאי לתבוע צו מניעה כנגד ארגון העובדים של הדואר, למרות סירובו של היועץ המשפטי לממשלה לנקוט בהליכים. הפרשה החלה בהצהרת ארגון העובדים כי יפסיק מתן שירותי דואר לדרום אפריקה במחאה על משטר האפרטהייד. מעשה זה היווה לכאורה עבירה פלילית שלבתי המשפט באנגליה סמכות להוציא צו מניעה נגד ביצועה, אך ההלכה היא שעל המבקש צו מניעה להראות קיומו של אינטרס ישיר במניעת המעשה, ובהיעדר אינטרס כזה, עליו לקבל את הסכמת היועץ המשפטי לנקיטה בהליך לקבלת הצו, שכן ניהול ההליך נעשה כביכול בשמו של היועץ המשפטי. היועץ המשפטי סירב לתת את הסכמתו. בית המשפט לערעורים אפשר למבקש לנקוט בהליך בעצמו והיועץ המשפטי ערער לבית הלורדים, אשר קיבל את ערעורו ונתן תוקף לעיקרון שלפיו שיקול דעת היועץ המשפטי כלל אינו נתון לביקורת בתי המשפט. לורד Wilberforce הדגיש שאין עוררין על הפרוגטיבה של היועץ המשפטי והשאלה היחידה היא אם המבקש יכול לפעול למרות סירובו:

The Attorney-General's decision is accepted as, in the courts, unassailable. The Prerogatives of his office are no longer attacked. All that Mr Gouriet now claims is that the refusal of the Attorney-General to act does not bar him from acting<sup>221</sup>.

סירובו של השופט לקבל את הבקשה נומק ראשית, בעיקרון החוקתי שלפיו היועץ המשפטי הוא המופקד באופן בלעדי על האינטרס הציבורי:

That is the exclusive right of the Attorney-General to represent the public interest... is not technical, not procedural, nor fictional<sup>222</sup>.

218 להיעדר ביקורת שיפוטית מספקת על הנחיות התביעה והחלטות פרטניות של התביעה ראו A. Ashworth "The Public Interest' Element in Prosecutions" *Crim. L. Rev.* (1987) 595, 605.

219 בן-יאיר (לעיל, הערה 5), בעמ' 12.

220 [1977] 3 All. E.R. 70.

221 שם, בעמ' 78.

222 שם, בעמ' 83.

פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

ושנית, בכך שבתי המשפט חסרי אמצעים ומומחיות לבחון החלטות הקשורות באינטרס הציבורי:

The decisions to be made as to the public interest are not such as courts are fitted or equipped to make. The very fact that, as the present case very well shows, decisions are of the type to attract political criticism and controversy, shows that they are outside the range of discretionary problem which the courts can resolve. Judges are equipped to find legal rights and administer, on well-known principles, discretionary remedies. These matters are widely outside those areas<sup>223</sup>.

### 3. התפתחות הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

בתי המשפט הצהירו פעמים רבות על נכונותם להעביר ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה<sup>224</sup>. בעניין *Blackburn*<sup>225</sup> נדונה בקשה לחייב את ראש משטרת לונדון לאכוף חוק הימורים. בית המשפט קבע כי בהפעילו את סמכויותיו הנרחבות בכל הנוגע לאכיפת החוק, מפקד המשטרה כפוף אך ורק לשלטון החוק ואף גורם אינו רשאי לתת לו הוראות<sup>226</sup>. עם זאת נעשתה הבחנה בין הפעלת שיקול דעת במקרים ספציפיים, שלגביה למשטרה שיקול דעת רחב ביותר, לבין החלטת מדיניות שלא לאכוף חוק מסוים<sup>227</sup>, המעוררת בעיות חמורות ולכן תיבחן במשקפי עילת הסבירות<sup>228</sup>. ניתן להסיק מפסק הדין כי הנחיה כללית שלא לאכוף חוק מסוים (להבדיל מנוהל פנימי שלא לאכוף אותו, ולהבדיל מצירוף של

223 שם, בעמ' 84.

224 ראו *Ashworth & Redmayne* (לעיל, הערה 207), בעמ' 202-203; *Fionda* (לעיל, הערה 209), בעמ' 60-62.

225 *R. v. Metropolitan Police Commissioner, Ex Parte Blackburn* [1968] 2 QB 118.

226 ראו דבריו של הלורד Denning, שם, בעמ' 135-136: "I have no hesitation in holding that, like every constable in the land, he [the Police Commissioner] should be, and is, independent of the executive. He is not subject to the orders of the Secretary of State... I hold it to be the duty of the Commissioner of Police of the Metropolis, as it is of every chief constable, to enforce the law of the land... No Minister of the Crown can tell him that he must, or must not keep observation on this place or that, or that he must, or must not, prosecute this man or that one. Nor can any police authority tell him so. The responsibility for law enforcement lies on him. He is answerable to the law and the law alone".

227 להבחנה זו ראו גם *Ashworth & Redmayne* (לעיל, הערה 207), בעמ' 202. כן ראו C. Hilson "Discretion to Prosecute and Judicial Review" *Crim. L. Rev.* (1993) 739, 740.

228 על פי הלכת *Wednesbury*, אשר נקבעה בפסק דין *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1947] 2 ALL. E.R. 680.

## אכיפה סלקטיבית

החלטות פרטיות שלא לתבוע במקרים מסוימים) היא בלתי חוקית<sup>229</sup>. בעניין *Blackburn III*<sup>230</sup> שוב התבקש צו עשה כנגד ראש משטרת לונדון, הפעם בדרישה לאכוף את החוק האוסר על הפצה ומכירה של חומר תועבה. בית המשפט אמנם לא נתן את הצו המבוקש, אך הלורד Denning ציין באמרת אגב כי בית המשפט יתערב במקרים קיצוניים שבהם המפקח אינו ממלא את תפקידו לאכוף את החוק, אך לא יתערב באופן בו המפקח ממלא את תפקידו, או בשיקול הדעת שהוא מפעיל במסגרת מילוי תפקידו:

*In R v. Metropolitan Police Commissioner, ex parte Blackburn, we made it clear that, in the carrying out of their duty of enforcing the law, the police have a discretion with which the court will not interfere. There might, however, be extreme cases in which he was not carrying out his duty. And then we would*<sup>231</sup>.

מאמרת אגב זו עולה כי בית המשפט יעביר ביקורת גם על החלטות אינדיווידואליות, ובמילים אחרות הוא עשוי לפסול גם את ההחלטה עצמה ולא רק את המדיניות העומדת ביסודה<sup>232</sup>.

פסק דין *Percival*<sup>233</sup> מחזק את המשתמע מעניין *Blackburn III* ואף מבהיר כי כל רשויות האכיפה כפופות לביקורת שיפוטית ולא רק המשטרה. בעניין זה הלין העותר על כך שלשכת עורכי הדין העמידה את עורך הדין – שעליו התלונן העותר – לדין משמעתי בשל הפרה של כללי אתיקה מקצועיים ולא בעבירה חמורה יותר של "התנהגות בלתי הולמת". בית המשפט דן, בין היתר, בשאלה אם החלטות בדבר העמדה לדין נתונות לביקורת שיפוטית. נקבע כי כעיקרון ניתן להעביר ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת בהעמדה לדין, אך מאחר ויש כמעט אין סוף וריאציות של מקרים שבהם מופעל שיקול הדעת, לא ניתן לתחום את הגבולות המדויקים של הביקורת על שיקול הדעת וכל מקרה יבחן בהתייחס לסמכויות, לפונקציות, להליכים ולאופן שבו הרשות המוסמכת טיפלה במקרה הנדון<sup>234</sup>. העתירה אמנם נדחתה לגופה, אך פסק הדין הוא בעל חשיבות, שכן אף שדובר בטריבונל ייחודי בעל סמכויות אכיפה (ולא בתביעה הכללית) ואף שנתקפה החלטה פרטנית להעמיד

229 ראו גביוזן (לעיל, הערה 14), בעמ' 177. והשוו לעמדת השופט זילברג בבג"ץ 295/65 אופנהיימר נ' שר הפנים, פ"ד כ(1) 309, 328: "ההימנעות מלממש ולהגשים חוק קיים ומחייב, אינה מדיניות ואינה יכולה להיות מדיניות מכל בחינה שהיא".

230 *R. v. Metropolitan Police Commissioner, ex parte Blackburn* (No. 3) [1973] 1 All. E. R. 324 (להלן: פסק דין *Blackburn III*).

231 שם, בעמ' 331 (ההדגשה שלי – מ' ט')

232 ראו Hilson (לעיל, הערה 227), בעמ' 740.

233 *R. v. General Council of the Bar, ex parte Percival* [1990] 3 All. E.R. 136

234 שם, בעמ' 152.

פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

לדין בעבירה מסוימת (ולא החלטה אם להגיש או לא להגיש כתב אישום), בית המשפט הגדיר את השאלה באופן כללי כמתייחסת לביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה וענה עליה, כאמור, בחיוב.

צעד חשוב נעשה בעניין *Kent*<sup>235</sup>, שבו הועלתה השאלה אם אפשרי להעביר ביקורת שיפוטית על החלטה להעמיד לדין שנטען שהיא בלתי הוגנת. במקרה זה טענו שני קטינים כי העמדתם לדין מנוגדת למדיניות של התביעה. העתירות נדחו לגופן, אך בית המשפט קבע כי ההחלטה להעמיד לדין קטינים עומדת לביקורת שיפוטית, אך ורק כאשר ניתן להראות שהיא אינה מתיישבת או עומדת בניגוד למדיניות של ה-DPP (הממונה על התביעה הכללית). בית המשפט הדגיש כי קביעתו מתייחסת ראשית, לביקורת שיפוטית בעניינם של קטינים ולא של בגירים, בשל סכנת המדרון החלקלק ושנית, לביקורת שיפוטית במצבים שבהם קיימת מדיניות ברורה של הממונה על התביעה הכללית. עוד הטעים בית המשפט כי אפילו תביעה התוקפת העמדה לדין של קטין רק לעתים נדירות תצליח, שכן על הקטין להראות כי ההחלטה להעמידו לדין הייתה מוטעית באופן קיצוני:

[I]n respect of juveniles, the discretion of the CPS to continue or to discontinue criminal proceedings is reviewable by this Court but only where it can be demonstrated that the decision was made regardless of or clearly contrary to a settled policy of the DPP evolved in the public interest... But I envisage that it will be only rarely that a defendant could succeed in showing that a decision was fatally flawed in such a manner as that...

I have confined my views as to the availability of judicial review of a CPS decision not to discontinue a prosecution to the positions of juveniles... The danger of opening too wide the door of review of the discretion to continue a prosecution is manifest and such review, if it exists, must, therefore, be confined to very narrow limits. Juveniles and the policy with regard to them are, in my view, in a special position<sup>236</sup>.

למרות אזהרה זו, בעניין *Mead*<sup>237</sup> השופט Stuart-Smith הביע דעתו שביקורת שיפוטית על החלטות התביעה אפשרית גם כאשר מדובר בהעמדה לדין של מבוגר, אלא שנדירים המקרים שבהם תביעה כזו תצליח. דוגמאות אפשריות לכך הם מקרים אבסורדים, כמו

*R. v. Chief Constable of Kent and Another, Ex parte L.* (1991) 93 Cr. App. R. 416 235  
שם, בעמ' 428. 236  
*R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Mead and another* [1993] 1 All. E.R. 772 237  
(להלן: פסק דין *Mead*).

## אכיפה סלקטיבית

החלטה להעמיד לדין רק אנשים שחורים או רק מתנגדים פוליטיים<sup>238</sup>. פסק דין Mead עסק במדיניות אכיפה סלקטיבית של רשויות המס, אם כי המדיניות כשלעצמה לא נתקפה, אלא רק יישומה. כנגד העותר, מר Mead, הוגשו אישומים בגין העלמות מס של חברה שבבעלותו ובשליטתו. חלק מהאישומים הוגשו נגדו יחד עם רואה החשבון שניהל את העניינים הכספיים של החברה באותה תקופה. העותר טען כי לא הוגש כתב אישום נגד איש ממשלמי המס האחרים שרואה החשבון טיפל בענייניהם ואשר היו מעורבים באותו סוג של העלמות מס. התביעה טענה כי העותר ביצע את עבירות המס, היה מודע לאופי המרמה ולקח חלק פעיל ואינטנסיבי בהכנתה. התביעה לא הכחישה שהמקרה נשקל לגופו ובלא השוואה עם מקרים אחרים. מדיניות ההעמדה לדין של מחלקת האכיפה של מס הכנסה, שמצאה ביטוי גם בדו"ח של ועדה, הייתה סלקטיבית באופן מוצהר ונבעה משלוש סיבות: ראשית, המטרה העיקרית של הרשות הייתה לגבות את המס ולא להעניש את עברייני המס; שנית, לרשות לא היו די משאבים על מנת להעמיד לדין את כל מעלימי המס; שלישית, הרשות סברה שחשוב להעמיד לדין חלק ממעלימי המס לצורכי הרתעה. נוכח זאת, הרשות השתדלה שלא ייווצר מצב של עבירה שאיש לא מועמד לדין בגינה, אך לגבי כל סוג של עבירה הוגשו אישומים באופן סלקטיבי, כאשר אחד הקריטריונים הוא גודל הסכום שבו דובר<sup>239</sup>. כאמור, מדיניות האכיפה הסלקטיבית לא נתקפה כשלעצמה, אלא נטען על ידי העותר שהיה צורך להשוות בין המקרה שלו לבין הלקוחות האחרים של רואה החשבון, וכי העמדתו לדין חוקית רק אם קיימים הבדלים רלוונטיים, אשר הופכים את המקרה שלו לחמור יותר<sup>240</sup>. בית המשפט דחה את הטענה הן מהבחינה הקונספטואלית, שכן לשיטתו לא ניתן להיות סלקטיביים ובו זמנית לנהוג בכולם באופן שווה, הן מסיבות פרקטיות, כגון חוסר היכולת להחליט מה הם מקרים דומים, מהו הבסיס להשוואה, איזו תקופת זמן נבחנת וכדומה<sup>241</sup>. מסקנתו הסופית של בית המשפט הייתה שהחלטה להעמיד לדין צריכה להיעשות בתום לב ובהתחשב במטרה של גביית המס, וכי הציפייה הלגיטימית היחידה של מעלים מס היא להיות מועמד לדין בהתאם למדיניות הרשות האוכפת. עותר יכול להצליח בעתירתו, רק אם יוכיח שמדיניות זו אינה רציונלית:

[T]he requirement of fairness and consistency in the light of the Revenue's selective policy of prosecution is that each case is considered on its merits fairly and dispassionately to see whether the criterion for

238 שם, בעמ' 782. השופט השני, השופט Popplewell לא הסכים עם עמדה זו (ראו שם, בעמ' 785).

239 לציטוטים מהדו"ח ראו שם, בעמ' 777-778; לסיבות למדיניות האכיפה הסלקטיבית, ראו שם, בעמ' 783.

240 שם, בעמ' 777.

241 שם, בעמ' 783.

### פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

prosecution was satisfied... The decision to prosecute must then be taken in good faith for the purpose of fulfilling the Revenue's objectives of collecting taxes and not for some ulterior, extraneous or improper purpose such as the pursuit of some racialist bias, political vendetta or corrupt motive...

The only legitimate expectation that a dishonest taxpayer can have is that he may be selected for prosecution in accordance with the Revenue's stated policy, and that in considering whether to do so the decision maker will act fairly...

Only if that policy could be attacked on grounds of irrationality could the applicants succeed<sup>242</sup>.

כלומר, בעוד פסק הדין אינו מעמיד בספק את לגיטימיות המדיניות של אכיפה סלקטיבית, הוא קובע שכל החלטה צריכה להתקבל בהתאם למדיניות האכיפה הסלקטיבית<sup>243</sup>. אלא שלא ניתן מענה לשאלה מהי מדיניות אכיפה סלקטיבית לגיטימית. לפסק הדין חשיבות רבה, בהכירו ביכולת להעביר ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה גם כאשר מדובר בהעמדה לדין של מבוגרים. אך בה בעת, פסק הדין מדגים את הבעייתיות הטמונה בהיעדרה של עילה מובחנת המטפלת בתופעת האכיפה הסלקטיבית באנגליה. בית המשפט למעשה לא התווה כל קריטריון לבחינת השאלה מתי "אכיפה חלקית-לגיטימית" הופכת ל"אכיפה סלקטיבית-פסולה". אין חולק שמדיניות אכיפה חלקית הנובעת ממגבלות משאבים היא מדיניות רציונלית, אך מהו אופייה של החלקיות? האם חלקיות משמעה מקריות? ומה קורה כאשר המקריות הופכת לשרירות? בית המשפט ציין עילות ביקורת מוכרות כמו אפליה על בסיס גזע והשתייכות פוליטית, חוסר תום לב ושיקולים זרים. ההכרה ביכולת להעביר ביקורת על רשויות האכיפה בעילות הרגילות לבחינת שיקול הדעת המינהלי היא צעד חשוב כשלעצמו, אך אין היא מתמודדת באופן מספק עם תופעת האכיפה הסלקטיבית. מקביעתו של בית המשפט שלפיה "you cannot be both selective and treat every case alike"<sup>244</sup> לכאורה כי סלקטיביות שבבסיסה שרירות או אפליה שאינם על בסיס קבוצתי – אינה פסולה. גישה זו, כאמור, אינה ראויה בעיניי.

בפסק דין *Kebilene*<sup>245</sup> קבע בית הלורדים כי אין מקום להתערבות שיפוטית בהחלטה להעמיד לדין אלא אם ישנן ראיות לקיומם של מרמה, חוסר תום לב או נסיבות חריגות

242 שם, בעמ' 784.

243 ראו Hilson (לעיל, הערה 227), בעמ' 742.

244 פסק דין *Mead* (לעיל, הערה 237), בעמ' 783.

245 *R. v. DPP, ex parte Kebilne* [2000] 2 AC 326.



#### אכיפה סלקטיבית

אחרות. החזקה היא שאם לא ניתן לתקוף את ההחלטה על יסוד אחת מן העילות הללו או על בסיס שימוש לרעה בהליך – אשר יידון להלן – האישום צריך להתברר לגופו. על גישה זו נמתחה ביקורת, שכן היא אינה מייחסת משקל הולם לסבל הכרוך בעצם ההעמדה לדין<sup>246</sup>.

#### 4. שימוש לרעה בהליך

נוסף על ביקורת על בסיס עילת הסבירות ועל ביקורת על בסיס סטייה ממדיניות, התפתחה בשלושת העשורים האחרונים של המאה העשרים דוקטרינת ה"שימוש לרעה בהליך" (abuse of process) אשר מכירה בסמכותו הטבועה בית המשפט לעכב הליך פלילי בשל שימוש לרעה שנעשה בו<sup>247</sup>. סמכות זו הוכרה על ידי בית הלורדים בפסק דין *Connolly*<sup>248</sup>, אשר עסק בסוגיה של "סיכון כפול" (double jeopardy). ואלה היו דבריו של הלורד Devlin:

[T]he Judges of the High Court have in their inherent jurisdiction, both in civil and criminal matters, power to make and enforce rules of practice in order to ensure that the court's process is used fairly and conveniently by both sides. I consider it to be within this power of the court... by staying a second indictment if it is satisfied that its subject-matter ought to have been included in the first.

I propose to put under three heads the reasoning which, in my opinion, support this conclusion. First, a general power, taking various specific forms, to prevent unfairness to the accused has always been a part of the English criminal law...<sup>249</sup>.

שתי ההנמקות הנוספות מלבד הסמכות הטבועה שציין השופט מתייחסות באופן ספציפי לסוגיית "הסיכון הכפול", אך נקל לראות כי הנמקתו הראשונה בדבר יכולתו של בית המשפט למנוע חוסר הגינות בהליך הפלילי ישימה אף למצבים אחרים. מצב טיפוסי נוסף הוא איחור בהגשת כתב אישום. בפסק דין מנחה (*No 1 of Attorney General's Reference* (1990)<sup>250</sup>, בית המשפט לערעורים פליליים הכיר בסמכותו לעכב הליכים של הגשת כתב אישום בשל איחור שנגרם בהגשת האישום, גם כאשר איחור זה נגרם שלא באשמת

246 Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 207), בעמ' 206.  
247 לסמכותו הטבועה של בית המשפט, ראו Choo (לעיל, הערה 216), בעמ' 4; Hilson (לעיל, הערה 227), בעמ' 739.  
248 *Connolly v. Director of Public Prosecutor* [1964] AC 1254  
249 שם, בעמ' 1347.  
250 [1992] 3 All. E.R 169.

### פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

התביעה, אם כי הדגיש כי השימוש בסמכות זו ייעשה לעתים נדירות<sup>251</sup>. אמירה מפורשת של תחולת הדוקטרינה בדבר "שימוש לרעה בהליך" אינה מצומצמת לרשימה סגורה של מצבים, נעשתה על ידי בית המשפט בעניין *Dean*<sup>252</sup>, שבו נקבע כי אי-קיום הבטחה של המשטרה שלא להעמיד לדין, יכול לעלות כדי "שימוש לרעה בהליך". בית המשפט דחה מפורשות את הטענה כי הדוקטרינה ישימה לשני מצבים מוגדרים וקבע כי מדובר בקונספציה רחבה הרבה יותר<sup>253</sup>. בהסתמך על הלכה זו בית המשפט לערעורים בעניין *Bloomfield*<sup>254</sup> ביטל הרשעה, מאחר שהתביעה חזרה בה מהודעתה לבית המשפט ולנאשם כי אין לה מספיק ראיות, וכי אין בכוונתה להמשיך בהליך. בית המשפט קבע שחוסר הצדק שנגרם למערער בנסיבות המיוחדות של המקרה מצדיק את ביטול ההרשעה, בהדגישו כי מדובר במקרה ייחודי שאינו נכנס לקטגוריה מוגדרת, וכי יש לדון בוהירות רבה בכל מקרה על נסיבותיו המיוחדות<sup>255</sup>.

דומה כי הרציונלים של דוקטרינת ה"שימוש לרעה בהליך" והרחבת תחולתה מעבר לרשימה סגורה של קטגוריות מוגדרות, מאפשרים להחילה גם במצבים של אכיפה סלקטיבית. ואכן, בספרות הובעה הדעה כי הכרה בדוקטרינת ה"שימוש לרעה בהליך", מעידה על כך שבסמכות בית המשפט לקבוע כי בנסיבות מסוימות לא היה מקום להגיש כתב אישום, וכפועל יוצא מכך לעכב את ההליך<sup>256</sup>. הדובר העיקרי הוא Andrew Choo, אשר התווה את עקרון הלגיטימיות השיפוטית. עיקרון זה מבוסס על הרעיון שבית המשפט אינו נוהג באופן לגיטימי, אלא אם הוא מגשים את חובתו הציבורית להגן על החף מפשע מפני הרשעה מוטעית ולהגן על היושרה המוסרית של ההליך הפלילי, תוך שמירה על האינטרס הציבורי שבהרשעת עבריינים. לפיכך ראוי שהליכי אישום יעוכבו על ידי בית המשפט אם יש סכנה שחף מפשע יורשע ו/או אם המשך ההליך יפגע ביושרה המוסרית של ההליך הפלילי במידה שמצדיקה את עיכוב ההליך למרות האינטרס הציבורי שבהרשעת האשם<sup>257</sup>. הפגיעה ביושרה המוסרית של המשפט יכולה להיגרם על פי גישה זו גם כאשר לא מדובר בהתנהגות התביעה במהלך המשפט, אלא בשלבים שקדמו לו.

- 251 ראו שם, בעמ' 176. לדיון בפסק הדין ראו Fionda (לעיל, הערה 209), בעמ' 61.
- 252 *R. v. Croydon Justices, ex parte Dean* [1993] 3 All. E.R. 129.
- 253 ראו שם, בעמ' 135.
- 254 *Regina v. Bloomfield* [1997] 1 Cr. App. R. 135.
- 255 שם, בעמ' 143.
- 256 ראו Choo (לעיל, הערה 216), בעמ' 7. ליכולת להעביר ביקורת שיפוטית כאשר מראש לא היה ראוי לפתוח בהליך ראו גם, A.F. Wilcox *The Decision to Prosecute* (Butterworths, 1972), 113.
- 257 Choo (לעיל, הערה 216), בעמ' 13-14.

## אכיפה סלקטיבית

ואכן, בעניין *Bennett*<sup>258</sup> בית הלורדים קיבל את העמדה, שגם כאשר האופי ההוגן של ההליך המשפטי עצמו אינו מוטל בספק, בית המשפט – בשם ההגנה על שלטון החוק – יכול לבקר אף את התנהגות רשויות האכיפה שהובילה להעמדה לדין. בעניין זה הנאשם, תושב מדינה זרה, טען כי הובא לאנגליה שלא כדין. הוא ראה בכך שימוש לרעה בהליכי משפט וטען כי יש לעכב את ההליך כנגדו. התביעה טענה מנגד כי תפקידו של השופט מוגבל לשאלה אם הנאשם, המצוי כבר באנגליה, זוכה למשפט הוגן, בעוד הנושאים הרחבים יותר של שלטון החוק והתנהגותם של האמונים על אכיפתו (המשטרה או התביעה) – אינם נתונים לבחינת בית המשפט כל עוד אינם משליכים ישירות על ההליך הפלילי. דעת הרוב, מפי הלורד Griffiths, הכירה בחשיבות ההגנה על זכויות האדם והשמירה על שלטון החוק והביעה נכונות להרחיב את הקונספציה של שימוש לרעה בהליך ולקחת אותה צעד אחד נוסף:

Your Lordships are now invited to extend the concept of abuse of process a stage further... If the court is to have the power to interfere with the prosecution in the present circumstances it must be because the judiciary accept a responsibility for the maintenance of the rule of law that embraces a willingness to oversee executive action and to refuse to countenance behaviour that threatens either basic human rights or the rule of law.

My Lords, I have no doubt that the judiciary should accept this responsibility in the field of criminal law. The great growth of administrative law during the latter half of this century has occurred because of the recognition by the judiciary and parliament alike that it is the function of the High Court to ensure that executive action is exercised responsibly and as Parliament intended. So also should it be in the field of criminal law and if it comes to the attention of the court that there has been a serious abuse of power it should, in my view, express its disapproval by refusing to act upon it<sup>259</sup>.

חיזוק למגמה זו הביאה חקיקתו בשנת 1998 של ה־Human Rights Act (אשר נכנס לתוקפו בשנת 2000) והכרתו בזכות להליך הוגן (Fair Trial)<sup>260</sup>. בפסק דין *Looseley*<sup>261</sup>

*Bennett v. Horseferry Road Magistrates' Court* [1993] 3 All. E.R. 138 258  
שם, בעמ' 150. 259

Human Rights Act 1998, chapter 42, Schedule I, Article 6 260  
ראו <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1998/80042--d.htm#sch1>

פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

משנת 2001 דרשו נאשמים להפסיק את ההליכים הפליליים נגדם או לזכותם מאחר שהופעל נגדם "סוכן מדיח". בית הלורדים סקר את ההתפתחויות האחרונות בדוקטרינת "השימוש לרעה בהליך", הכוללות את הלכת Bennett ויישומה גם לסוגיית "הפח היקוש" (entrapment), וציין כי מגמות אלה קיבלו חיזוק לאור החוק החדש, אשר אימץ את הוראות האמנה האירופית בדבר זכויות האדם. על רקע זה, הגם שטענת "הפח היקוש" אינה טענת הגנה בהליכים פליליים במישור הדין המהותי, לבית המשפט מוקנית סמכות להפסיק את ההליך אם הוא מגיע למסקנה שמדובר ב"שימוש לרעה בהליך".

These statutory and common law developments have been reinforced by the Human Rights Act 1998. It is unlawful for the court, as a public authority, to act in a way which is incompatible with a Convention right. Entrapment, and the use of evidence obtained by entrapment ("as a result of police incitement"), may deprive a defendant of the right to a fair trial embodied in article 6.... Thus, although entrapment is not a substantive defence, English law has now developed remedies in respect of entrapment: the court may stay the relevant criminal proceedings, and the court may exclude evidence... as a matter of principle a stay of the proceedings, or of the relevant charges, is the more appropriate form of remedy. A prosecution founded on entrapment would be an abuse of the court's process. The court will not permit the prosecutorial arm of the state to behave in this way<sup>262</sup>.

המבחן שנקבע לבחינת השאלה אם מדובר ב"שימוש לרעה בהליך" הוא בקביעה שהתנהגות רשויות אכיפת החוק הייתה בלתי נאותה באופן חמור (seriously improper)<sup>263</sup>. הנה כי כן, גם במשפט האנגלי יש כיום תימוכין לפיקוח שיפוטי על התנהגותן של הרשויות המופקדות על אכיפת החוק על ידי ביטול האישום, מתוך תפיסה שבעצם קיום ההליך יש מתן לגיטימציה לדרכי התנהגות פסולות של הרשויות המופקדות על אכיפת החוק, גם כאשר התנהגויות אלה מתייחסות לפתיחת ההליך עצמו ולא לדרך ניהולו<sup>264</sup>. ניתן לומר אפוא כי גם אנגליה משתחררת מהמסורת ארוכת השנים של אי-התערבות בשיקול

*R. v. Looseley* [2001] 4 All. E.R. 897 261

שם, סעיפים 15-16 לפסק הדין של הלורד Nicholls of Birkenhead 262

"Ultimately the overall consideration is always whether the conduct of the police or other law enforcement agency was so seriously improper as to bring the administration of justice into disrepute" (שם, בסעיף 25 לפסק הדין של הלורד Nicholls of Birkenhead).

ראו דבריו של פרופ' מרדכי קרמניצר ברב שיח "פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג (תשנ"ו) 15, 33.

## אכיפה סלקטיבית

דעת רשויות האכיפה. גם אם לא קיימת הגנה בשם "אכיפה סלקטיבית", הרי שאכיפה כזו עשויה להפעיל את דוקטרינת "השימוש לרעה בהליך". חיזוק לכך ניתן למצוא בכך שכבר קיימת באנגליה אסמכתה לביטול אישום (בעבירה של ביזיון בית משפט) משום שהפעם האחרונה שאישום כזה הוגש הייתה בתחילת המאה העשרים<sup>265</sup>. אכן, הזכות ליחס שווה ולא-אפליה לא עמדה ביסוד פסק הדין, אלא מידת הןציות של ההליך הספציפי שננקט והאפשרות לנקוט בדרכים חלופיות<sup>266</sup>, אך יש באסמכתה זו ראשית, אינדיקציה לנכונות בית המשפט להעביר ביקורת על רשויות האכיפה גם כאשר מבחינה חוקית הן רשאיות לפתוח בהליך, אך הדבר לא ראוי בעיני בית המשפט, ושנית, ביקורת מרומזת על סלקטיביות בבחירת ההליך, שגם היא יכולה לעלות כדי אכיפה סלקטיבית פסולה.

## ה. גרמניה

### 1. הפיקוח על רשויות האכיפה

בגרמניה הפיקוח על רשויות האכיפה הדוק יותר מבמשפט האנגלו-אמריקני, אם כי בעקבות הרחבת סמכויות התביעה נשמעות כיום דעות כי גם פיקוח זה אינו מספיק. בכל הנוגע להערכת דיות הראיות, התובע הגרמני יחסית חופשי בהחלטתו, אך גם כאן קיימת אפשרות פיקוח מסוימת שכן המתלונן רשאי לתקוף את ההחלטה ואם הוא נדחה על ידי התובע הראשי של המדינה, אזי הוא רשאי לפנות לביקורת שיפוטית<sup>267</sup>. כאשר החלטת התובע נוגעת להערכת האשמה, קיים פיקוח הייררכי משמעותי. תובע המחליט שלא להעמיד לדין, חייב לקבל את הסכמת הממונים. גם כאן המתלונן רשאי לפנות לביקורת שיפוטית, במסגרת כללי המשפט המינהלי המאפשרים פנייה כזו בכל מקרה של טענה בדבר שימוש לרעה בסמכות<sup>268</sup>.

סמכותם של התובעים הגרמניים שלא להעמיד לדין הורחבה מאוד וכן נתונה להם סמכות להוציא *penal order*, שהוא מעין הליך העמדה לדין מקוצר המבוצע במשרדי התובע

265 *R. v. D.* [1984] 1 All. E.R. 574.

266 ראו שם, בעמ' 583: "A criminal contempt was, a long time ago, and is still... triable on indictment. However, the last reported case of trial on indictment for contempt is *R v. Tibbits* [1902]... The customary manner of proceedings in a case of disobedience to the order of a court... is by application for committal..."

267 ראו K. Sessar "Prosecutorial Discretion in Germany" *The Prosecutor* (W.F. McDonald ed., Sage Publications, California, 1979) 255, 266 בעמ' 260.

268 J. Herrmann "The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany" 41 *U. Chi. L. Rev.* (1974) 468, 505 (לעיל, הערה 14), בעמ' 267, בעמ' 266-267; גביוון (לעיל, הערה 14), בעמ' 260.

## פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

ללא ההגנות המצויות לנאשם בהליכים המתנהלים בבית המשפט<sup>269</sup>. קיימים כמה אמצעים פרקטיים שמטרתם למנוע שימוש לרעה בסמכויות אלה<sup>270</sup>: ראשית, רוב סמכויות התובע בנוגע לאי-העמדה לדין טעונות הסכמת הנאשם וחלקן דורשות גם הסכמת שופט, אם כי מספר המקרים שבהם נדרשת הסכמה כזו הולך ופוחת ככל שהתובע נעשה עצמאי יותר. בעוד הסכמת השופט יכול שתינתן מהר מדי וללא אינפורמציה מספקת, הדרישה של הסכמת הנאשם לתנאים המוטלים עליו מהווה אמצעי הגנה בסיסי בהליכים אלה. שנית, מלבד האפשרות של הנאשם להגיש ערעור, קיימת ביקורת על התובע על ידי הדרגות הגבוהות יותר בהיררכיה של התביעה. קיימות אמנם הנחיות מינהליות, אך הן מנוסחות בקווים כלליים בייחוד על מנת להגדיר את המדיניות, והן אינן מהוות ערובה מספקת למניעת אפליה והחלטות לקויות אחרות. נוכח זאת, נוסף על כך שהתובעים הבכירים בוחנים את התיקים לאחר המשפט על מנת לוודא שטופלו כראוי ולהעריך את הצורך בהגשת ערעור, הם עוברים גם על החלטות של תובעים שלא להעמיד לדין. ושלישית, התובעים נדרשים לתת נימוקים בכתב לאופן שבו הם מנהלים כל תיק. הדבר מצריך מהם לתת החלטות רציונליות ומאפשר לממונים עליהם להבנות ולהנחות את הפעלת שיקול הדעת. עם זאת ישנה מחלוקת בשאלה אם כל האמצעים הללו מעניקים הגנה פרופורציונלית לסיכון שמצוי בו הנאשם.

## 2. הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

עקרון הפרדת הרשויות – אשר עומד בבסיס רתיעתו של המשפט האנגלו-אמריקני מהעברת ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה – הוא אמנם עיקרון המעוגן בחוק היסוד הגרמני<sup>271</sup>, אך הוא מתפרש כמערכת של שליטה הדדית, אשר מאופינת בכלמים ואיזונים, בעלי קווי מתאר שונים לחלוטין מאלה המוכרים בארצות-הברית ואנגליה<sup>272</sup>. בגרמניה קיימת הכרה בכך שיש להקריב חלק מהעיקרון לטובת שיתוף פעולה בין הרשויות בקביעת מדיניות<sup>273</sup>, וכן לצורך הגנה כנגד שימוש לרעה בכוח של הרשות המבצעת, בייחוד על רקע

269 ראו לעיל, פרק שני, סעיף 4(ב).

270 לפירוט אמצעי הבקרה ראו Fionda (לעיל, הערה 209), בעמ' 160-162.

271 The Basic Law (Grundgesetz), Article 20(2).

272 דאו D.P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of*

*Germany* (2<sup>nd</sup> ed., Duke University Press, 1997), 115

*Constitution of the Federal Republic of Germany* (The University of Chicago Press,

Chicago and London, 1994), 172-173; G. Dürig "An Introduction to the Basic Law of

the Federal Republic of Germany" *The Constitution of the Federal Republic of Germany*

(Ulrich Karpen ed., Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1988) 11, 19-20

273 דוגמה קיצונית לכך היא שנציגות של שופטים נפגשת עם נציגות של תובעים לקביעת קווי

מדיניות המקובלים על כולם. קשה לדמיין מצב כזה באנגליה למשל, שם ההפרדה בין התביעה

## אכיפה סלקטיבית

לקחי העבר וההסטוריה של עריצות השלטון<sup>274</sup>. לאור זאת נאמר על עקרון הפרדת הרשויות כי הוא:

[N]ot purely a principle of separation but concept of constituting, allocating and balancing of state power<sup>275</sup>.

הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת בגרמניה עומדת על בסיס הרבה יותר מוצק וברור מאשר במדינות ה־Common Law, שכן היא אינה משתמעת רק מעקרון החוקיות, אלא מעוגנת מפורשות בחוק היסוד ובחקיקה פדרלית ומדינתית<sup>276</sup>. חוק היסוד הגרמני כולל הוראה, אשר אין לה מקבילה בחוקה האמריקנית<sup>277</sup> ואשר מבטיחה ביקורת שיפוטית על החלטות הרשות המבצעת לכל אדם שזכויותיו הופרו על ידי רשות ציבורית<sup>278</sup>. מלשונה ומטרתה של ההוראה עולה כי על בית המשפט לבחון הן את העובדות הן את השאלות המשפטיות *de novo*, שאחרת אין ביכולתו לקבוע אם זכויותיו של העותר הופרו. יתרה מזאת, נראה שבתי המשפט הולכים אפילו מעבר לכוונת חוק היסוד – אשר אינו אומר דבר באשר למידת שיקול הדעת הנתון לרשות המינהלית – ומתערבים גם במצבים שבהם החוק המסמיך נוקט במכוון לשון מעורפלת שכוונתה להעניק שיקול דעת לרשות המבצעת בקביעת מדיניות, והם לא יירתעו אף מהחלפת שיקול דעת הרשות בשיקול דעתם<sup>279</sup>. יתרה מזאת, מאחר שהשיטה הגרמנית היא אינקוויזיטורית, הרי שבניגוד לבתי המשפט בשיטה האנגלו־אמריקנית ובישראל בתי המשפט אינם מוגבלים בפסיקתם לפרוטוקול ולבחינת טעויות פרוצדורליות ומשפטיות העולות ממנו, ולמעשה יכולים להכריע על פי שאלות של צדק מהותי התואם את נסיבות המקרה<sup>280</sup>.

למרות שמקור הסמכות של בתי המשפט להעביר ביקורת שיפוטית שונה בגרמניה ממדינות ה־Common Law, העקרונות המסדירים את הפעלת הסמכות האמורה דומים מאוד.

- לשופטים חשובה מדי מכדי להגבילה רק לכותלי בית המשפט; ראו Fionda (לעיל, הערה 209), בעמ' 159.
- 274 ראו Currie (לעיל, הערה 272), בעמ' 172.
- 275 הציטוט מובא אצל M.P. Singh *German Administrative Law in Common Law Perspective* (2<sup>nd</sup> ed., Springer, 2001), 18.
- 276 שם, בעמ' 124-122.
- 277 גם ההכרה ביכולת בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על בסיס הפרת הוראות החוקה, אשר נעשתה בפסק דין *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803), מאפשרת לבתי המשפט להכריז על בטלות חוק בלתי חוקתי, אך היא אינה נותנת כל ערובה להגנה שיפוטית מפני אקטים לא חוקתיים אחרים, דהיינו אקטים בלתי חוקתיים שנעשו על ידי הרשות המבצעת.
- 278 The Basic Law (Grundgesetz), Article 19(4): "Should any person's right be violated by public authority, recourse to the court shall be open to him..."
- 279 ראו Currie (לעיל, הערה 272), בעמ' 163; Singh (לעיל, הערה 275), בעמ' 133.
- 280 שם, בעמ' 135-134.

### פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

בבסיס הביקורת השיפוטית עומד עקרון החוקיות על שני היבטיו: עליונות החוק על כל הרשויות ודרישה שכל פעולה של רשות תהיה מכוח סמכות המוקנית לה בחוק. כאמור, עקרון החוקיות בתחום האכיפה הפלילית נשחק בשנים האחרונות, אך עם זאת הוא עדיין טבוע עמוק בתרבות הגרמנית, שכן הוא מתפרש כאמצעי למניעת השפעות פוליטיות על התביעה ולהגבלת כוחו של הממשל. נראה שהשיטה הגרמנית עדיין מקדמת את עקרון החוקיות והשוויון בפני החוק, למרות הרחבת סמכויות התובעים ואף שבפועל התובע מפעיל יותר שיקול דעת אף מזה הנתון לו פורמלית בחוק<sup>281</sup>. עם זאת הרחבת הסמכויות, בייחוד אלה הנוגעות לאי-העמדה לדין, יכולה להוביל לאכיפה סלקטיבית של החוק. נשאלת השאלה אם בתי המשפט יעבירו ביקורת שיפוטית על החלטות של תובעים, למשל במצבים שבהם ההחלטה לא דרשה הסכמה שיפוטית. כפי שיפורט בהמשך, אין ספק כי הכלים לביקורת שיפוטית קיימים בגרמניה ולא סביר שבתי המשפט יירתעו מלהשתמש בסמכותם בשל העובדה שמדובר בסמכויות אכיפה.

סעיף 3 של חוק היסוד הגרמני קובע את הזכות לשוויון<sup>282</sup>. כמו כל שאר הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, עיקרון זה מחייב את המחוקק, הרשות המבצעת והרשות השופטת<sup>283</sup>, ובית המשפט החוקתי קבע מפורשות כי סעיף השוויון אוסר הן על חקיקה מפלה הן על יישום מפלה של חקיקה<sup>284</sup>. סעיף השוויון פורש כדורש יחס שווה רק כאשר חוסר השוויון הוא שרירותי, דהיינו בדומה לארצות-הברית אסורים רק סיווגים חסרי צידוק מספק, אלא שבית המשפט החוקתי מתייחס לצורך בהוכחת צידוק ברצינות רבה וכתוצאה מכך רשימת הסיווגים "החשודים", ארוכה באופן משמעותי מזו הקיימת בארצות-הברית<sup>285</sup>. זאת ועוד, מושג השרירותי קיבל "חיים משל עצמו" באופן שהוא מאפשר לפסול החלטות שלטוניות גם ללא הזכרת סעיף השוויון<sup>286</sup>. לאור כל זאת יש הטוענים כי בית

281 ראו לעיל, פרק שני, סעיף 4(ב).

The Basic Law (Grundgesetz), Article 3: "(1) All persons shall be equal before the law. 282  
(2) Men and women shall have equal rights. The state shall seek to ensure equal treatment of men and women and to remove existing disadvantages. (3) No one may be prejudiced or favored because of his sex, his parentage, his race, his language, his homeland and origin, his faith, or his religious or political opinions. Persons may not be discriminated against because of disability"

The Basic Law (Grundgesetz), Article 1(3): "The following basic rights shall bind the 283  
legislature, the executive, and the judiciary as directly enforceable law"

ראו Currie (לעיל, הערה 272), בעמ' 322. לחובת השוויון ביישום החוק ראו גם 284  
T. Würtenberger "Equality" *The Constitution of the Federal Republic of Germany*  
(Ulrich Karpen ed., Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1988) 67, 69-71

ראו Currie (לעיל, הערה 272), בעמ' 322-323, 332-337. רשימה זו כוללת למשל סיווג על 285  
בסיס מוצא גאוגרפי, רובד חברתי ונפטיזם.

שם, בעמ' 335-336. 286



## אכיפה סלקטיבית

המשפט החוקתי הפך להיות הצנזור האולטימטיבי של סבירות המעשים השלטוניים<sup>287</sup>. לחוק היסוד יש אפוא השלכות חשובות על המשפט המינהלי הגרמני, ובתי המשפט לא יירתעו מביטול אקט מינהלי שיש בו שימוש לרעה בשיקול דעת או הפרה של זכות יסוד, אף ללא דיון בשאלת חוקתיות החוק המסמיך או חוקיות האקט לאור החוק המסמיך<sup>288</sup>. לעיקרון החוקתי בדבר היחס השוויוני (equal treatment), המחייב את רשויות המינהל בהפעלת שיקול דעתן, יש בגרמניה חשיבות לא פחותה מהיכולת לבצע אינדיווידואליזציה באמצעות שיקול הדעת. על פי קביעת בית המשפט המינהלי הפדרלי, אם רשות מינהלית מיישמת נורמות מסוימות במסגרת הפעלת שיקול דעתה, היא מפרה את עקרון השוויון במצב שבו היא לא מיישמת את אותן נורמות במקרים דומים<sup>289</sup>. לעיקרון זה קיימים שני חריגים: האחד, העיקרון אינו מקנה זכות ליחס שוויוני בלתי חוקי, והשני, עקרון השוויון אינו מונע מהרשות המינהלית לשנות את מדיניותה מנקודה מסוימת ולהבא על מנת ליצור סטנדרטים חדשים להפעלת שיקול הדעת<sup>290</sup>. מהפרשנות הרחבה שניתנה לסעיף השוויון בחוק היסוד הגרמני ונוכח נכונותם של בתי המשפט לפסול אקטים שלטוניים, ניתן להניח שבתי המשפט בגרמניה לא יהיו שותפים לרתיעת בתי המשפט בארצות-הברית ובאנגליה מהעברת ביקורת שיפוטית במצבים של אכיפה סלקטיבית, בין היתר על בסיס פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. דומה כי גם החריגים לעקרון היחס השוויוני אינם מונעים את הפעלת הביקורת, שכן נוכח שיקול הדעת המוקנה לתובעים, אי-אכיפה אינה בהכרח בלתי חוקית<sup>291</sup>. גם היכולת לשנות מדיניות – אפשרית רק כאשר היא נעשית מכאן ולהבא, והמדיניות החדשה תהא כפופה לעקרון היחס השוויוני באותה מידה שהייתה כפופה לו המדיניות הקודמת<sup>292</sup>.

נוסף על בחינה החוקתית של טענות אכיפה סלקטיבית, תיתכן גם בחינה על בסיס עילות ביקורת אחרות על שיקול הדעת המינהלי. גם בגרמניה התפיסה היא כי שיקול דעת רחב שמוקנה לרשות בחוק, אין משמעו סמכות אבסולוטית או בלתי מוגבלת והוא כפוף לביקורת שיפוטית הבוחנת אם שיקול הדעת הופעל לשם הגשמת המטרות שלשמן הוא הוענק בחוק<sup>293</sup>. עילות הביקורת השיפוטית בגרמניה אף הן מעוגנות בחקיקה. סעיף 113 ל-Code of Administrative Court Procedure מסמיך באורח כללי את בית המשפט לבחון את חוקיותם של אקטים מינהליים. סעיף 114 לחוק זה מסמיך את בתי המשפט לבחון את

287 שם, בעמ' 337.

288 ראו Kommers (לעיל, הערה 272), בעמ' 139 Singh (לעיל, הערה 275), בעמ' 125-127.

289 ראו Singh (לעיל, הערה 275), בעמ' 172 Würtenberger (לעיל, הערה 284), בעמ' 86.

290 Singh (לעיל, הערה 275), בעמ' 174 Würtenberger (לעיל, הערה 284), בעמ' 86-87.

291 לפירוט סמכויות התובעים בהקשר זה ראו לעיל, פרק שני, סעיף 4(ב).

292 Singh (לעיל, הערה 275), בעמ' 174-175.

293 שם, בעמ' 152.

פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

תקפות הפעלת שיקול הדעת, תוך שהוא מצייין מפורשות את עילות הביקורת על שיקול דעת זה:

To the extent that the administrative authority is authorized to act at its discretion, the courts shall also examine whether the administrative act or its refusal or omission is unlawful for the reason that the statutory limits of its discretion have been exceeded or the discretion has not been used in accordance with the purpose of authorization...<sup>294</sup>.

בגרמניה קיימת הבחנה בין חריגה מסמכות (המקבילה לדוקטרינת ה-*ultra-vires* במדינות ה-Common Law) לבין שימוש לרעה בשיקול דעת. שימוש לרעה בשיקול דעת יכול שיהא אובייקטיבי וסובייקטיבי. האובייקטיבי נובע מאי-התחשבות או הפרה של עיקרון חוקתי או משפטי כמו שוויון ומידתיות, ואילו שימוש לרעה סובייקטיבי הוא תוצאה של שימוש בשיקול הדעת למטרה לא ראויה, חוסר תום לב או התחשבות בשיקולים זרים<sup>295</sup>.

לעניינו רלוונטית ביותר העילה בדבר מטרה לא ראויה (*improper purpose*), המקבילה לעילה של מטרה זרה במשפט האנגלו-אמריקני והישראלי. סמכות מינהלית תופעל רק למטרה לשמה הוענקה בחוק<sup>296</sup>. דומה כי דרישה זו תומכת בטענת, שלפיה רשויות האכיפה רשאיות לפעול רק על פי סיווגים שיצר המחוקק. בטענה זו תומכות גם הדוגמאות הבאות מן הפסיקה הגרמנית<sup>297</sup>: בית המשפט המינהלי הפדרלי פסק כי הוראות חוק המסחר המעניקות סמכויות פיקוח על התעשייה לשם שליטה על אמינותה, אינן מאפשרות שימוש בסמכויות אלה לצורך ביצוע חקירות פליליות. במקרה אחר פסק אותו בית משפט שאיסור על חניה לשם הקלה על חנייתם של דיפלומטים אינו אפשרי מכוח חוק התעבורה, שכן החוק אמנם מסמיך את המשטרה לאסור על חניה במקומות מסוימים, אך איסור שמטרתו להיטיב עם קבוצת אנשים מסוימת – חורג ממטרות ההסמכה. מעניין לציין, שגם בגרמניה בכמה מקרים שעסקו בגירוש זרים על ידי רשויות ההגירה<sup>298</sup>, פסקו בתי המשפט שסירוב

294 שם, בעמ' 155.

295 שם, בעמ' 155, 159.

296 סעיף 40 לחוק סדרי המינהל (The Law of Administrative Proceedings) קובע כדלקמן: "Where an administrative authority is empowered to act at its discretion, it shall do so in line of the purpose of such empowerment and shall respect the legal limits to such discretionary powers".

297 כל הדוגמאות מובאות מספרו של Singh (לעיל, הערה 275), בעמ' 168-169.

298 לפסיקת בתי המשפט האמריקניים באשר להליכי גירוש, כחריג להלכות בדבר אכיפה סלקטיבית, ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ב3(ג).

## אכיפה סלקטיבית

לאפשר שהייה על רקע הרשעה פלילית, נופל בגדר מטרות החוק אם המניע הוא הרתעה של זרים אחרים בגרמניה לעסוק בפעילות פלילית.

עילות רלוונטיות נוספות הן האיסור לשקול שיקולים זרים או להתעלם משיקולים ענייניים, וכן העילה בדבר אובייקטיביות. עילה אחרונה זו מבוססת על הדרישה שכל המעשים המינהליים יתבססו על שיקולים אובייקטיביים, ואילו שיקולים סובייקטיביים של הפקיד או הרשות, כגון יריבות אישית, ידידות, אינטרסים כלכליים, השתייכות מפלגתית וכדומה, אסור שישחקו תפקיד כלשהו בתהליך קבלת ההחלטות. כך למשל רשויות מינהליות המוסמכות להעניק היתרים לרכישות מסוימות עבור סוחרים מקומיים, אינן רשאיות לסרב מתן היתר דומה לסוחר רק משום שהוא אינו מקומי; המשטרה אינה רשאית לאסור על הקמת מאהל במסווה של הגנה על הטבע, כאשר מטרתה האמיתית היא קידום רווחי הפונדקאים. בדומה, המשטרה אינה יכולה לדרוש ממוכרי עיתונים להיזיז את הדוכנים הפרטיים שלהם, בעוד היא אינה דורשת זאת מדוכנים עירוניים, במטרה להגדיל את הכנסות העירייה<sup>299</sup>.

## ו. סיכום

הרתיעה המסורתית מהתערבות הרשות השופטת בהחלטות רשויות האכיפה, משותפת לישראל, ארצות-הברית ואנגליה, אך שורשיה מעט שונים<sup>300</sup>. באנגליה נבעה אי-התערבות בייחוד מתפיסת תהליך האכיפה כפרוגטיבה של השלטון; בארצות-הברית לרתיעה מהתערבות יש שורשים פוליטיים, בהיותו של היועץ המשפטי אישיות פוליטית בכירה הממונה על ידי הנשיא ובהיותם של התובעים המחוזיים תובעים נבחרים; בישראל מתקשרת הרתיעה בייחוד עם מסורת של "עצמאות היועץ המשפטי". לעומת זאת התפיסה בגרמניה, היא של פיקוח הדוק של הרשות השופטת על עבודת הרשות המבצעת, המתבטא הן בצורך באישורים שיפוטיים מסוימים להחלטות של התביעה הן ביכולת של הרשות השופטת להעביר ביקורת על רשויות האכיפה.

בעשורים האחרונים אנו עדים לנסיגה משמעותית מהרתיעה המסורתית, אשר משותפת הייתה לישראל, ארצות-הברית ואנגליה, בכל הנוגע להתערבות הרשות השופטת בהחלטות של רשויות האכיפה. ההתקדמות המשמעותית ביותר חלה בישראל, אשר בה ההלכה הנוהגת כיום אינה מבחינה עקרונית בין ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה לבין ביקורת שיפוטית על רשויות מינהל אחרות, ומאפשרת ביקורת בכל העילות הקיימות לבחינת שיקול הדעת המינהלי. יתרה מזאת, ההכרה באפשרות לעשות שימוש בתורת ההשתק גם כמשפט המינהלי, מקנה לבית המשפט כלי נוסף שניתן לעשות בו שימוש גם בביקורת השיפוטית על

299 כל הדוגמאות מובאות מספרו של Singh (לעיל, הערה 275), בעמ' 171.

300 לניתוח ההבדלים ראו Goldstein (לעיל, הערה 131), בעמ' 5-8.

### פרק חמישי: הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה

רשויות האכיפה. התקדמות זו ראוי שתוביל לביקורת שיפוטית אף בעילה של אכיפה סלקטיבית.

בארצות-הברית מוכרת עילת ביקורת בדבר אכיפה סלקטיבית, אך הרתיעה המסורתית מהעברת ביקורת על רשויות האכיפה הובילה לצמצום העילה בעיקר על ידי דרישת הוכחת מניע לאפליה מכוונת. מעבר לכך שדרישה זו אינה ראויה ואף אינה מתאימה לדין הנוהג בישראל, ביקורת שיפוטית הנותנת מענה לסלקטיביות שיסודה באפליה מכוונת בלבד, אינה מספקת ומתמודדת עם היבט מצומצם ביותר של הבעיה. כאמור, גם סלקטיביות באכיפה אשר מקורה בשרירות, חוסר סבירות, חוסר מידתיות או פגמים אחרים שביסוד שיקול הדעת – גוררת השלכות קשות לפרט ולשלטון החוק, שעילת האכיפה הסלקטיבית נועדה להתמודד אתם. נכונותו של בית המשפט העליון בישראל להעביר ביקורת על רשויות האכיפה על בסיס רחב שחורג מבדיקה של תום הלב גרדא, מתיישבת עם ההרחבה המוצעת בהגדרתה של העילה.

באנגליה לא קיימת עילה בדבר אכיפה סלקטיבית. אמנם, קיימת כיום ההכרה ביכולת להעביר ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה בעילות הרגילות לבחינת שיקול הדעת המינהלי, אך אין בכך כדי להתמודד באופן מספק עם התופעה, שכן בתי המשפט לא התוו כללים לבחינת השאלה מתי "אכיפה חלקית-לגיטימית" הופכת ל"אכיפה סלקטיבית-פסולה". עם זאת הרציונלים של דוקטרינת ה"שימוש לרעה בהליך" והרחבת תחולתה מעבר לרשימה סגורה של קטגוריות מוגדרות, מאפשרים להחילה גם במצבים של אכיפה סלקטיבית, וקונסטרוקציה זו נתמכת גם על ידי הספרות.

בגרמניה התופעה של הרחבת שיקול דעת התובעים חדשה יחסית ולכן אין פלא כי לא קיימת עילת ביקורת מובחנת בדבר אכיפה סלקטיבית. עם זאת בגרמניה קיימים הכלים המשפטיים – החוקתיים והמינהליים – להעברת ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה. שילוב גורמים, כמו תפיסת הפרדת הרשויות בגרמניה, היעדר רתיעתם של בתי המשפט הגרמניים מהעברת ביקורת על רשויות מינהליות, האופן שבו מתפרשת דרישת השוויון שבחוקה, דרישת האובייקטיביות והאופן שבו מתפרשת החובה לפעול על פי מטרות החוק המסמך, מעידים כי בתי המשפט לא יירתעו מהעברת ביקורת שיפוטית במצבים שתופיע בפניהם אכיפה סלקטיבית של החוק, הגם שלא קיימת עילת ביקורת מובחנת המתמודדת עם התופעה.

המצב המשפטי בישראל מאפשר העברת ביקורת שיפוטית במקרה של אכיפה סלקטיבית וזהו גם הדין הראוי לטעמי. אין כל סיבה להירתע מביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה. שיקול המקצועיות של הרשות המוסמכת ו"חזקת העדיפות" שמייחס בית המשפט לרשות המחליטה בתחומה, אינם אמורים לפעול כאן כגורם המרסן את הביקורת השיפוטית שכן סמכויות אכיפה, בהיותן סמכויות "מעין שיפוטיות", מצויות בתחום מומחיותם של השופטים וראוי אף שתהיינה כפופות לנורמות שמתווה בית המשפט העליון. הריסון השיפוטי שנוקט בו בית המשפט ברגיל בדונו בעתירות כנגד רשויות האכיפה, יש בו כדי

### אכיפה סלקטיבית

להפיג את החשש העומד ביסוד הרצון לצמצם את הביקורת השיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית. זאת ועוד, הביקורת השיפוטית בעילה זו תאזן את הא-סימטריה הקיימת כיום בין קיומה של ביקורת על החלטות שלא להגיש כתב אישום לבין תת ביקורת על החלטות להגיש כתב אישום באופן סלקטיבי (דהיינו מצבים של "אכיפה סלקטיבית" ולא של "אי-אכיפה סלקטיבית"). ביקורת שיפוטית בעילה של אכיפה סלקטיבית תתרום רבות ליושרה המוסרית של מערכת האכיפה בכללותה<sup>301</sup> וכן לאמון הציבור במערכת זו. בסופו של דבר, יש לזכור כי לא תיתכן אכיפה יעילה המנוגדת לדעת הקהל, ודעה זו אינה נוחה עם אכיפה סלקטיבית של החוק<sup>302</sup>.

301 השוו Choo (לעיל, הערה 216), בעמ' 13.  
302 השוו Wilcox (לעיל, הערה 256), בעמ' 114.

## נפקות הוכחת העילה

### א. הקדמה

בפרקים הקודמים הגענו למסקנה כי ראוי להכיר בעילת ביקורת עצמאית שעניינה אכיפה סלקטיבית, וכי אל לו לבית המשפט להירתע מהעברת ביקורת שיפוטית במצבים שבהם הוא נתקל בהפרת הדין המהותי החל על הסוגיה. שאלה אחרת היא, משהוכחה הפרת הדין, מה הנפקות שבית המשפט צריך לייחס לכך, דהיינו מה הן תוצאות הוכחת העילה. בפרק זה אסקור את התוצאות השונות שנתנו בתי המשפט בישראל להוכחת מנהגי אכיפה סלקטיבית של רשויות, אשווה לסעדים שנתנו בתי המשפט בארצות-הברית במקום שבו הוכחה העילה של אכיפה סלקטיבית ואמליץ על הדין הראוי בשאלת הסעד. התזה הבסיסית היא כי במקביל להרחבה המוצעת של הגדרת עילת האכיפה הסלקטיבית מעבר למצבים המכוסים על ידי העילה האמריקנית, יש לאמץ את תאוריית הבטלות (התוצאה) היחסית ולהקנות לבית המשפט גמישות בקביעת הסעד. גורמים כגון קיומה של כוונה להפלות או מהותו של הסיווג המפלה – אשר משמשים בארצות-הברית כחלק מהגדרת העילה – ישפיעו, יחד עם שאר נסיבות העניין, על החלטתו של בית המשפט בשאלת הסעד הראוי. פרק זה יתמקד בביקורת השיפוטית הראשונית על אכיפה סלקטיבית, כלומר ידון באופן שבו בית המשפט צריך לנהוג כאשר נטענת טענה זו מראש בתקיפה ישירה או במסגרת של תקיפה עקיפה. במסגרת זו עולות שאלות כגון האם ראוי שבית המשפט יורה ליועץ המשפטי שלא להגיש כתב אישום או לעכב הליך במקרה מסוים בשל אכיפה סלקטיבית או האם בית המשפט צריך להכריז על בטלות כתב אישום כאשר מוכחת בפניו טענה מקדמית של אכיפה סלקטיבית. עם זאת יש להדגיש שכפי שמדגימה סקירת הפסיקה הישראלית, הוכחתה של טענת אכיפה סלקטיבית בדיעבד יכול שתשפיע על המשך ההליך המשפטי, מעבר לביקורת השיפוטית הראשונית. כך למשל במישור הדין פלילי, הוכחתה של טענת אכיפה סלקטיבית יכולה להשפיע על הכרעת הדין או על הענישה, ואילו במישור האזרחי ייתכן שהוכחתה של אכיפה סלקטיבית תוביל למתן פיצוי בעילה מן המשפט הציבורי או תהווה בסיס לתובענות אזרחיות שונות.

## ב. תוצאות הוכחת אכיפה סלקטיבית

### 1. הפסיקה הישראלית

סקירת הפסיקה הישראלית מגלה כי גם ללא קיומה של עילה מסודרת בדבר אכיפה סלקטיבית המגדירה את התוצאות של הוכחתה, בתי המשפט נתנו פעמים רבות נפקות להוכחת מנהגי אכיפה של רשויות מינהליות ובכלל זה להוכחתה של אכיפה סלקטיבית. בחלק מן המקרים נדונה הטענה בתקיפה עקיפה במסגרת הליך פלילי ובחלקם נדונה ישירות בתקיפה ישירה. בשני המצבים הללו, התוצאות שהוקנו להוכחת הטענות בדבר מנהגי האכיפה היו רבות ומגוונות.

#### (א) אי-הרשעה בעבירות הדורשות יסוד נפשי

במקרים מסוימים שבהם נדונו עבירות על פקודת מס הכנסה הובילה הוכחת נהגי האכיפה של רשויות המס, במסגרת המשפט הפלילי, למסקנה כי התביעה לא הצליחה לבסס את הכוונה כיסוד נפשי בעבירה, וכי נותר ספק ביחס לאשמת הנישומים. בע"פ זיידל<sup>1</sup> ובע"פ מלכה<sup>2</sup> הוכח נהג שהיה קיים במשך שנים רבות שלפיו פקיד השומה נהג לקבל במודע דו"ח לא נכון מהנישום ולקבוע שומה לפי מיטב השפיטה על מנת שהוועדה המייעצת תקטין את השומה בסופו של דבר. בית המשפט הכיר בכך שהתנהגות זו נטעה את ההרגשה כי מסירת הידיעות בדו"ח אינה אלא דבר פורמלי, שמטרתה להכשיר את הקרקע למשא ומתן ולעמידה על המקח שיביאו בסופו של דבר לשומה מוסכמת. לפיכך הנאשמים זוכו מעבירה שעניינה הגשת דו"חות כוזבים במזיד ובכוונה להתחמק ממס<sup>3</sup>, והורשעו בעבירה שעניינה מסירת דו"ח וידיעות לא נכונים ללא הצדק סביר – עבירה אשר אינה דורשת יסוד נפשי של כוונה<sup>4</sup>. וכך אמר השופט יואל זוסמן:

עצם העובדה שפקיד השומה השלים במשך שנים עם דו"חות כוזבים – ועל-כן שם לפי מיטב שפיטתו – בלא להעמיד את המשיב על חומרת המעשה, עד שהדבר הפך אצל המשיב לנוהג, אינה עשויה להעלות את קרנם של שלטונות המס. נוכח הנוהג הזה לא מן הנמנע, שהמשיב סבר לתומו שגם הפעם יצא ידי חובתו על-ידי הגשת הצהרות לא-נכונות שלא יטעו את פקיד השומה, אם מפני שממילא לא יתבסס עליהן, ואם מפני שבתיקן מצויים פרטים נוספים לגבי הנישום, שלא גילה אותם בהצהרותיו. יהא

1 ע"פ 143/73 מדינת ישראל נ' זיידל, פ"ד כח(2) 19 (להלן: ע"פ זיידל).  
2 ע"פ 838/76 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 249 (להלן: ע"פ מלכה).  
3 סעיף 220(2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961 (להלן: פקודת מס הכנסה).  
4 סעיף 217 לפקודת מס הכנסה.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

הדבר אשר יהא, המשיב רשאי ליהנות מן הספק אם אמנם עשה את הדבר תוך כוונה להתחמק ממס<sup>5</sup>.

בע"פ אליהו<sup>6</sup> נסב עיקר הערעור על עבירה של השמטת הכנסות מעסק<sup>7</sup>. הוכח נוהג שלפיו המערער היה מגיש הצהרה בסכום נטו מבלי לפרט סכום ברוטו ופקיד השומה היה מסתפק בהצהרות אלה כבסיס למיקוח. בית המשפט קבע כי כאשר מסתפק פקיד השומה בקבלת הצהרה על הכנסה נטו ממקור מסוים ואינו דורש פירוט איך הגיע המצהיר לסכום זה של הכנסה, הרי התביעה אינה יוצאת ידי חובת הוכחה המוטלת עליה במשפט פלילי אם היא מראה שהכנסה ברוטו של הנישום עלתה על הסכום המוצהר, אלא חובתה להוכיח שהכנסתו נטו של המצהיר הייתה גבוהה יותר מזו שעליה הצהיר. מכיוון שמדובר כאן בעובדות מיוחדות שהן בידיעת הנאשם, ניתן אמנם להקל במידת מה בעול ההוכחה המוטל על התביעה, אך עדיין עומד בעינו הכלל, שאם אחרי בדיקת מכלול הראיות נותר ספק סביר ביחס לאשמתו של הנישום, יש לזכותו מהאשמה של השמטת הכנסות<sup>8</sup>.

הוכחת מנהגי האכיפה של רשויות המס בשלושת המקרים הללו, הובילה אפוא לכך שרשויות האכיפה לא עמדו בנטל הוכחת היסוד הנפשי של כוונה, אשר נדרש לצורך הוכחת העבירה שבה רצו להרשיע את הנאשמים<sup>9</sup>. התוצאה הסופית הייתה הרשעה בעבירה קלה יותר או זיכוי בפריט האישום הנדון.

### (ב) השפעה על הענישה

בע"פ תורג'מן<sup>10</sup> נדון ערעור על הרשעה בעבירות סרסרות לשם זנות וניהול עסק לשם זנות<sup>11</sup>. הוכח כי המשטרה והתביעה עצמו עיניים ולמעשה השלימו עם התופעה של מכוני הליווי, וכי רק במקרים בודדים ונדירים, עקב תלונות השכנים, פעלה המשטרה נגד מכוני כזה. המערער טענה כי סלקטיביות זו שבידי רשויות המשטרה, מן הראוי שתקל בדינו של מי שהורשע. טענה זו התקבלה על ידי השופט מישאל חשין, אשר סבר בדעת מיעוט כי ככל שהמערער נוגעת בדבר, מדיניות המשטרה הפכה חלק מן הדין, ודין למעשה זה הוא גורם ראשון במעלה בשיקולי בית המשפט בגזירת העונש:

- 5 ע"פ זיידל (לעיל, הערה 1), בעמ' 26; וראו גם ע"פ מלכה (לעיל, הערה 2), בעמ' 250.
- 6 ע"פ 280/77 אליהו נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 533 (להלן: ע"פ אליהו).
- 7 סעיף 1(220) לפקודת מס הכנסה.
- 8 ע"פ אליהו (לעיל, הערה 6), בעמ' 536.
- 9 ראו S. Shetreet "Custom in Public Law" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 450, 488. ראו גם ש' שטרית "המנהג במשפט הציבורי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 375.
- 10 ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441 (להלן: ע"פ תורג'מן).
- 11 סעיפים 199 ו-204 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.



## אכיפה סלקטיבית

התעלמות ממדיניותה של המשטרה – ואין זו מדיניות על דרך הסתם אלא מדיניות יוצרת דין – יהא בה, לדעתי, כדי לחתור תחת עקרון החוקיות, למיצער במיגזר של גזירת העונש... האם לא תהיה זו פגיעה בעקרון החוקיות אם נתעלם מאותו דין למעשה שיצרה המשטרה? אכן כן: ככל שהעבירה וההרשעה בה היא לעניין, אין במדיניות המשטרה כדי לבטל את דין העונשין (מעין DESUETUDO), והרי לא תחת המחוקק המשטרה; ואולם ככל שקציבת העונש היא לעניין, דומה בעיניי כי יש ליתן משקל מלא למדיניות יוצרת זו של המשטרה, שכן התעלמות מאותה מדיניות יהיה בה כדי לפגוע בעקרון החוקיות, לא פחות<sup>12</sup>.

לפיכך נקודת המוצא לגזירת עונשה של המערערת הייתה עבירת המטרד. עובדה זו בתוספת מצבה האישי הקשה של המערערת, הובילו את השופט חשין, כאמור בדעת מיעוט, לגזור עליה יום מאסר אחד<sup>13</sup>.

מקרה נוסף שבו טענת האכיפה הסלקטיבית לא מנעה הרשעה, אך עם זאת השפיעה על רמת הענישה, מדגימה פרשת מוטיל<sup>14</sup>, אשר עניינה בעבירות משמעת של עובדי מדינה. המערער, שעבד כצלם טלוויזיה, הואשם בכך שדיווח בכרטיס הנוכחות שלו שעות שלא תאמו את נוכחותו בעבודה ובכך הפר סעיפים שונים בתקשי"ר. לטענתו מדובר היה בנוהג של העובדים שעבדו על פי סידור עבודה שבועי – לרשום נוכחות גם בשעות שלא נכחו בפועל – והדבר נעשה בידיעה ובהסכמה של הנהלת הטלוויזיה, אשר במשך שנים לא נקטה צעדי משמעת נגד עובדים בגין הדיווח על נוכחות בעבודה. עוד הוא טען כי הנהלת הטלוויזיה החליטה להתנכל לו בשל התנגדותו, במסגרת ועד העובדים, לתכנית מסוימת של ההנהלה. השופט יצחק זמיר קיבל את הטענה כי התופעה של רישום דיווחי נוכחות שאינם אמת על ידי העובדים שעבדו על פי לוח זמנים גמיש הייתה תופעה רווחת. עם זאת הוא סבר כי מהבחינה של בית הדין למשמעת (ובדרגת ערעור – גם מבחינתו של בית המשפט העליון), הטענה כי עובדים נוספים נוהגים לעבור את אותה עבירה – אינה מכשירה את המעשה<sup>15</sup>. לעניין העונש קיבל בית הדין למשמעת את הטענה כי הנוהג שהיה מקובל בטלוויזיה במשך שנים רבות, בידיעת ההנהלה, באשר לדיווח הנוכחות – גם אם אין בו טעם לזיכוי מן האישום – יש בו טעם להקלה באמצעי המשמעת. לאור זאת נמנע בית הדין

12 ע"פ תורג'מן (לעיל, הערה 10), בעמ' 455 (ההדגשה שלי – מ' ט').  
13 שם, בעמ' 463. על פסיקה זו נמתחה ביקורת של ד"ר דליה אבן-להב, אשר סבורה כי מן הראוי היה לתת תוקף למנהג אי-האכיפה גם לעניין ההרשעה ולא רק לעניין העונש; ראו ד' אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 477, 502.  
14 עש"מ 6978/00 מוטיל נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נד(4) 865 (להלן: עניין מוטיל).  
15 שם, בעמ' 876.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

מלהטיל על המערער אמצעי משמעת חמורים כפי שהתביעה ביקשה והטיל עליו אמצעי משמעת חמורים פחות. גישה זו אושרה בבית המשפט העליון על ידי השופט זמיר, אשר אף הוסיף את הדברים הבאים:

עם זאת אני רואה צורך להביע מורת רוח מכך שהנהלת הטלוויזיה החינוכית נהגה ברפיון כלפי הנוהג של דיווחי נוכחות שאינם אמת, ובניגוד לאחריות המוטלת עליה השלימה בפועל עם נוהג זה במשך שנים רבות, ובכך אף שמה מכשול בפני המערער ובפני עובדים אחרים שיכלו להניח כי ההנהלה לא תנקוט נגדם אמצעי משמעת. אני רואה צורך להביע מורת רוח גם מכך שרק המערער הובא לדין, הוא לבדו מכל העובדים שרשמו דיווחי נוכחות שאינם אמת, באופן שיכול לעורר רושם של הפליה בין עובדים או התנכלות אישית למערער<sup>16</sup>.

הגישה שלפיה "אכיפה שרירותית, בלתי שוויונית ומפלה של חוק, היא למצער נסיבה רבת משקל בגזירת הדין", התקבלה על ידי השופטת דליה דורנר בבג"צ ילין<sup>17</sup>. עניינה של העתירה היה גידול עופות מים (מולרדים) בלול שהופעל על ידי העותרים במושב. גידול זה גורם מטרדי ריח קשים ולכן הוא אסור ברוב המדינות, אלא שאיסור כזה אינו קיים בישראל. העותרים הועמדו לדין על ניהול עסק ללא רישיון<sup>18</sup>, וטענו בתקיפה ישירה בבג"ץ כנגד האכיפה כי הרשויות לא הפעילו את החוק באופן שוויוני, נמנעו מלהפעילו כנגד אחרים שגידלו מולרדים ובכך נהגו באפליה. טענת האפליה אמנם נדחתה לגופה, שכן הרשות הראתה הבחנה רלוונטית, אשר מגשימה את מטרת המדיניות ואשר משקפת איון ראוי בין האינטרס הפרטי לאינטרס הציבורי<sup>19</sup>. חשיבות פסק הדין הוא בקבלת הטענה העקרונית שלפיה "זו טענת הגנה טובה כנגד הטלת סנקציה של צו-סגירה – הנתונה לשיקול-דעת בית-המשפט – על בעל עסק שהואשם והורשע בניהול עסקו ללא רישיון, בעוד בעלי עסקים בשכנותו מנהלים עסקים זהים ללא רישיון באין מפריע"<sup>20</sup>.

גישת ההשפעה על הענישה יושמה גם בבית הדין לעבודה, בעניין שבו נטען על ידי נאשמים בעבירות על חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, כי אכיפת החוק היא

- 16 שם, בעמ' 880.  
17 בג"ץ 4169/93 ילין נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 31.7.94)  
(להלן: בג"ץ ילין), בסעיף 7 לפסק הדין.  
18 בניגוד לסעיפים 4 ו-14 לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968.  
19 בג"ץ ילין (לעיל, הערה 17), בסעיף 11 לפסק הדין.  
20 שם, בסעיף 7 לפסק הדין.

## אכיפה סלקטיבית

סלקטיבית ונעשית באופן שרירותי שלא למטרות המוגדרות בחוק<sup>21</sup>. השופט מרדכי כליף מצא כי טענת האכיפה הסלקטיבית מוצדקת משלושה היבטים שונים: אכיפה סלקטיבית שיסודה בשיקול זר, דהיינו שימוש בחוק סוציאלי לשם אכיפת איסורי דת על מי שאינם שומרי מצוות; אכיפה סלקטיבית שיסודה בסיווג פסול, שכן לא הוגשו כתבי אישום כנגד מי שהעסיק נוצרים ביום א' או מוסלמים ביום ו', ולעומת זאת הוגשו מאות כתבי אישום כנגד מי שהעביד יהודי בשבת; אכיפה סלקטיבית של החוק הספציפי מביין חוקי המגן, מאחר ולא נאכפו חוקי מגן אחרים. אשר על כן, ובהביאו בחשבון את כלל הנסיבות בתיק, השופט גזר על כל אחד מהנאשמים קנס בסך 18 ש"ח בלבד.

טענת האכיפה הסלקטיבית שמשה גם גורם בהחלטתו של בית משפט השלום בקרית גת להקלה בענישת נאשם שחדר לישראל ללא היתר משטחי הרשות הפלסטינית<sup>22</sup>. באותו עניין נטען כי שאר השהים באופן לא חוקי, אשר נסעו עם הנאשם באותו רכב, כלל לא נעצרו וממילא גם לא הובאו לדין. השופט אבי זמיר קבע כי מצב דברים זה מערער את החזקה בדבר חוקיות ההחלטה המינהלית באופן המעביר את הנטל לרשות להוכיח כי האכיפה, שנראית בררנית לכאורה, מבוססת בפועל על שיקולים ענייניים. מאחר שהתביעה לא הרימה את הנטל להצדקת היחס השונה הוא קיבל את הטענה של אכיפה סלקטיבית, תוך שהוא מציין, בעקבות הלכת זקין<sup>23</sup>, כי במצב זה הסעדים יכולים להיות שונים והדבר יכול להשפיע על עצם ההחלטה להעמיד לדין, על סעיפי האישום או למצער על העונש. במקרה הנדון, הנסיבות הצדיקו לשיטתו של השופט הקלה בעונש. לפיכך אף שהמצב הביטחוני בישראל הוביל לנקיטת עמדה מחמירה בנושאי אכיפת חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952<sup>24</sup>, המתבטאת בין היתר בהטלת עונשי מאסר משמעותיים יחסית (שלושה-ארבעה חודשי מאסר בנסיבות דומות למקרה הנדון), הוטלו על הנאשם רק 30 ימי מאסר בפועל<sup>25</sup>.

- 21 ת"פ (ב"ש) 800032/97 מדינת ישראל נ' ארז ואבי נקודת חן 92 בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (הכרעת הדין ניתנה ביום 25.11.98; גזר הדין – במסגרתו נטענו טענות האכיפה הסלקטיבית – ניתן ביום 17.3.99).
- 22 ראו ת"פ (ק"ג) 647/02 מדינת ישראל נ' אלשלאפה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 17.2.02) (להלן: ת"פ אלשלאפה).
- 23 בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נגד (3) 289 (להלן: בג"ץ זקין).
- 24 לדיון בהחמרת המדיניות אשר באה לידי ביטוי גם בהטלת מעצר עד תום ההליכים ראו החלטתה של השופט אילה פרוקציה בבש"פ 2739/02 צבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 926.
- 25 ת"פ אלשלאפה (לעיל, הערה 22). לעמדה שלפיה בעבירות על חוק הכניסה לישראל האכיפה הסלקטיבית יכולה להתבטא בגזירת הדין ראו גם דברי בית המשפט המחוזי בת"פ (י"ם) 4701/02 מדינת ישראל נ' אבו-אלתיין, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 13.7.04): "למעלה מן הצורך ולשם השלמת התמונה נציין, כי אכיפה שרירותית, בלתי שיוויונית ומפלה של חוק יכולה להיות נסיבה בגזירת הדין".

(ג) הימנעות מהרשעה והטלת עבודות שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה

בת"פ נחמני<sup>26</sup> הועמדו הנאשמים לדין בבית משפט השלום בגין הפעלת תחנות שידור בלתי מורשות תוך עשיית שימוש בתדר שלא הוקצה להם כדין<sup>27</sup>. הנאשמים טענו לאכיפה סלקטיבית של חוק הרשות השנייה וגרסו כי יש לתת משמעות משפטית לכך שערון 7 פעל ללא הפרעה באותה עת ושידר מתחומי מדינת ישראל בלא שהחוק נאכף כנגדו. בשוקלו את המלצת שירות המבחן להימנע מהרשעה ולהטיל על הנאשמים עבודות שירות בשל נסיבותיהם האישיות, סבר השופט שמואל ברוך כי "ההכרעה חייבת לקחת בחשבון נתונים רלוונטיים נוספים, דוגמת פעילותו של ערוץ 7, ובעיקר העובדה כי העתירות של התביעה בהליך הפלילי [הנדון] הינן בגדר עתירות חדשות לחלוטין שלא בא זכרן מפי התביעה"<sup>28</sup>. בהתייחס לטענת התביעה, שלפיה היא מבקשת לשנות ממדיניות הענישה שהייתה נהוגה על ידיה ולהחמיר עם נאשמים אשר מבצעים עבירות הקשורות בהפעלת תחנות רדיו פירטיות<sup>29</sup>, סבר השופט כי יהיה זה בלתי הוגן כלפי הנאשמים אם לפתע פתאום תאמץ התביעה גישה מיליטנטית דווקא כלפיהם, שעה שבעבר גישתה הייתה שונה בתכלית, וכי שינוי במדיניות ענישה חייב להיעשות בזהירות ובאיותנות<sup>30</sup>. השופט איבחן את דעת הרוב בעניין תורג'מן<sup>31</sup>, אשר דחתה את טענת האכיפה הסלקטיבית. ראשית, בכך שבאותו מקרה אילוצים קשים מנעו מהמשטרה את היכולת לאכוף את החוק באופן שוויוני; שנית, בכך שמאז נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אשר לשיטתו יצר שינוי במצב המשפטי בכל הנוגע ליכולתה של המדינה לאכוף את החוק באופן סלקטיבי, בלי שהדבר יקבל משקל בעת שדנים בהליך לגבי אלה כלפיהם כן נאכף החוק<sup>32</sup>. איזון האינטרסים הסופי הוביל את השופט להעדיף את אינטרס השיקום בנסיבות המקרה, על דרך הימנעות מהרשעה והסתפקות בעבודות שירות לתועלת הציבור<sup>33</sup>.

- 26 ת"פ (רמ" 627/98 מדינת ישראל נ' נחמני, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן על ידי השופט שמואל ברוך ביום 12.7.98) (להלן: ת"פ נחמני).
- 27 בניגוד לסעיף 7 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990.
- 28 ת"פ נחמני (לעיל, הערה 26), בסעיף 13 לפסק הדין.
- 29 לעניין זה ראו הנחיות פרקליטת המדינה (1.8.02) הנחיה מס' 2.9 – מדיניות התביעה לגבי שידורי רדיו פירטיים. סעיף (2) קובע כדלקמן: "...ככל שהדבר אפשרי מבחינת הראיות בתיק יש להימנע ככל שניתן מלערוך בתיקים אלה הסדרי טיעון נוחים לנאשמים, ויש לדרוש ענישה מרתיעה במטרה להילחם בתופעה". יוער כי בינתיים ניתן על ידי בית משפט השלום בירושלים פסק דין המרשיע את מפעילי ערוץ 7; ראו ת"פ (י"ם) 4830/98 מדינת ישראל נ' כץ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 20.10.03).
- 30 ת"פ נחמני (לעיל, הערה 26), בסעיפים 15 ו-16 לפסק הדין.
- 31 לעיל, הערה 10.
- 32 ת"פ נחמני (לעיל, הערה 26), בסעיף 17 לפסק הדין.
- 33 שם, בסעיף 18 לפסק הדין.

## אכיפה סלקטיבית

פסק הדין נהפך בבית המשפט המחוזי אשר לא קיבל את טיעון האכיפה הסלקטיבית<sup>34</sup>. השופטת דבורה ברלינר נתלתה דווקא בדעת הרוב בעניין תורג'מן, ולפיכך סברה כי אפילו אם נצא מנקודת הנחה כי רשויות האכיפה אינן מצליחות לאכוף באופן מלא ושוויוני את החוק, עדיין הימנעות מהרשעה בעניין זה היא "עירוב מין שבאינו מינו", משום שאוזלת יד של הרשות השנייה והמשטרה אינה צריכה להביא לכך שגם הרשות השופטת תגלה אוזלת יד במילוי חובתה השיפוטית<sup>35</sup>. התוצאה הייתה שבהינתן משקל מכריע לאינטרס הציבור בקיום החוק ובמדיניות ענישה יעילה, הנאשמים הורשעו והוטלו עליהם עונשי מאסר על תנאי וקנסות<sup>36</sup>. בבקשת רשות הערעור בבית המשפט העליון, השופטים קבעו כי לא הונחה תשתית עובדתית מספקת לטענת האכיפה הסלקטיבית, ולכן אין להם צורך לחוות דעה סופית לגבי האפשרות להעלות טענה של אכיפה סלקטיבית בהליך פלילי כנימוק לזיכוי או להקלה בעונש<sup>37</sup>. טענת האכיפה הסלקטיבית נדחתה אם כן לגופה, אך גישתו של שופט השלום – שלפיה במסגרת איזון האינטרסים לצורך החלטה אם לקבל המלצה של שירות המבחן שלא להרשיע נאשמים, ניתן לשקול גם את עובדת היות האכיפה סלקטיבית – לא נשללה מעיקרה.

### (ד) ביטול כתב אישום

בעניין הפניקס<sup>38</sup> דן בית המשפט המחוזי באישום בעבירות של עשיית הסדר כובל בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988. הנאשמים טענו כי בעצם העמדתם לדין הם הופלו לרעה לעומת חברות ואנשים אחרים, שיש לגביהם ראיות לכאורה כי עברו את אותן עבירות המיוחסות לנאשמים בכתב האישום<sup>39</sup>. בקשתם הייתה כי בית המשפט יבטל את כתב האישום על בסיס טענה מקדמית של "הגנה מן הצדק". השופט דוד חשין סבר כי העמדת הנאשמים לדין במקרה זה אינה דבר שכה מזעזע את המצפון או פוגע בחוש ההגינות והצדק, עד שיש בו להקים את עילת ה"הגנה מן הצדק". בין השאר, הטיל השופט ספק אם ההגנה מן הצדק צריכה לחול בסיטואציה שבה נאשמים דורשים "צדק חד-סטרי",

34 ראו ע"פ (ת"א) 4085/98 מדינת ישראל נ' באבו, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 23.12.99).

35 שם, בסעיף ז לפסק הדין.

36 שם, בסעיף ט לפסק הדין.

37 ראו רע"פ 889/00 תומר נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 3.7.00).

38 ת"פ (י"ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 7.4.98).

39 נטענו ארבע קטגוריות של אפליה: 1. אפליה לעומת חברות בנות או אחיות שלא הועמדו לדין, ואילו חברת האם הועמדה לדין; 2. אפליה לעומת חברות אחרות ש"אין להן בכלל אמא ואבא", כלשון הנאשמת, ולא הועמדו לדין; 3. אפליה פרסונלית לעומת מנהלים אחרים שלא הועמדו לדין; 4. אפליה במובן זה שלא רק מעמידים לדין את הנאשמים הללו, אלא שהם קרובים במובן זה שהוטל עליהם חרם עקב כך שלא רצו לשתף פעולה בקרטל שנוצר על פי כתב האישום.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

דהיינו לשחרר אותם מעול המשפט, ולא "צדק דרסטר", שמשמעותו שגם אחרים יועמדו לדין, ורק לחילופין יבוטל כתב האישום של מי שכן הועמד לדין. נקודה זו לא דרשה הכרעה, שכן די היה לשופט בעובדה שמצפוננו לא זעזע אותו מעצם העמדת הנאשמים לדין. עם זאת באורח עקרוני לא נשללה האפשרות שבמקרים עתידיים, בית המשפט בערכאה הדיונית יבוטל כתב אישום, אם ימצא שמדובר באפליה מכוונת, על בסיס פסול, שלא ניתן להצדיקה ושהיא אכן מזעזעת את המצפון ופוגעת בחוש ההגיונות והצדק הבסיסי. בערעור, בית המשפט העליון, אשר גם הוא בחן את טענת האכיפה הסלקטיבית במשקפי ה"הגנה מן הצדק", ציין כי ביטולו של הליך פלילי הוא מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא מטעמים קיצוניים ביותר<sup>40</sup>. עם זאת האפשרות לביטולו של הליך פלילי לא נשללה במצבים שבהם קיים קשר סיבתי בין התנהגותן הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויות הנאשם<sup>41</sup>.

חשיבות פסק הדין לענייננו אינו בתוצאה הסופית שלו אשר בה נדחתה הטענה לגופה, אלא בהכרה באפשרות העקרונית לביטול כתב אישום כאשר תוכח אכיפה סלקטיבית פסולה. הוכחה כזו סופקה למשל בשני מקרים שבהם הועמדו נאשמים לדין בגין עשיית שימוש חורג בנכסים שונים והוכח כי הרשות המקומית – אשר עשתה גם היא שימוש חורג בחלק מאותם נכסים – לא הועמדה לדין<sup>42</sup>. במקרה אחר בוטל כתב אישום על ידי בית משפט השלום ברמלה, מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק, מטעמים של אפליה בין נאשמים שיסודה בשרירות גרדא. באותו מקרה הוגשו תלונות הדדיות על תקיפה ואיומים בין בני משפחה, אך בעוד בקשתם של בני המשפחה האחרים לסגור את התיקים התקבלה, בקשתו של הנאשם – סורבה. בית המשפט הורה על ביטול כתב האישום, שכן "מראית פני הצדק דורשת כי דין שווה יהיה לנאשמים, אשר עניינם זהה"<sup>43</sup>.

### (ה) זיכוי

בפרשת אבימור<sup>44</sup> נדון כתב אישום אשר ייחס לנאשמים, בין היתר עבירות של קשירת קשר לגרום נזק לשמו הטוב של אדם לפי סעיף 500(2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977. הרקע לכך היה פנייתם של הנאשמים, בכירים ב"הפועל" למשרד חקירות פרטיות על מנת שיחקור אודות אריה מליניאק, אשר עמד בראש הוועדה הציבורית לבדיקת מצב הספורט בישראל שפרסמה את מסקנותיה. נטען כי הנאשמים חששו לפגיעה במעמד אגודות הספורט,

40 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (להלן: פרשת בורוביץ).

41 שם, בעמ' 806-808.

42 ת"פ (ת"א) 1024/95 מדינת ישראל נ' הירש, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 13.5.98); ת"פ (נת') 3346/99 מדינת ישראל נ' א.א.ד. שירותי כח אדם בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 7.11.00).

43 ת"פ (רמ') 1704/98 דהן נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 3.10.00).

44 ת"פ (ת"א) 2509/96 מדינת ישראל נ' אבימור, פ"מ תשנ"ז(4) 18.

## אכיפה סלקטיבית

ובייחוד "הפועל", ועל כן רצו לאסוף מידע שיטיל דופי באמינותו של מליניאק. בית משפט השלום בתל-אביב אמנם הגיע למסקנה כי לא הוכח היסוד הנפשי של כוונה מיוחדת אשר נדרש לצורך הרשעה בעבירה, אך הוסיף כנימוק חלופי לזיכוי בפריט אישום זה את עובדת אי-הפעלתה של הוראת החוק. הנשיא דן ארבל סבר כי "עצם השימוש בסעיף חוק שלא הופעל מעולם כנגד נאשם בישראל... מעורר קושי ותחושת אי-צדק... נראה כי גם אם במעשה הנאשמים דבק טעם לפגם, לא היה מקום לשימוש בסעיף חוק שלא הופעל מעולם כנגד נאשם בישראל"<sup>45</sup>.

### (1) שחרור ממעצר

במקרים שונים שדנו בעבירות על חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 הביעו בית המשפט את חוסר שביעות רצונם מכך שהמשטרה אוכפת את הדין כנגד העובדים הערבים שנכנסים מהשטחים לעבוד במדינת ישראל ללא היתר, ואינה אוכפת את הדין כנגד מעסיקיהם. סעיף 12 לחוק מאפשר הטלת שנת מאסר על מי שנכנס לארץ או שהיה בה שלא כדין או תוך הפרת התנאים לכניסתו. סעיף 12א לחוק מאפשר להטיל עד שנתיים מאסר על כל מי שהעסיק, הלין, הסיע או תיווך בהשגת עבודה לתושב האזור שנמצא בארץ שלא כדין<sup>46</sup>. למרות כפל העונש שקבע המחוקק למעסיק, נהגה המשטרה לרכו את מאמצי האכיפה דווקא כנגד העובדים. בעניין שנדון בבית משפט השלום בעכ"ר<sup>47</sup>, סגן הנשיא מגן הורה לשחרר שני עצורים בערבות עצמית, שכן הוא סבר שאין צידוק לשלול את חירותם עד שהמשטרה תואיל להביא לדין את המעסיק, אשר ראש לשכת התביעות כבר החליט לגביו שכשיובא לדין ניתן יהיה לשחררו בערבות עצמית. בית המשפט הביע תמיהה על כי המשטרה – שהצליחה בזריזות כזו ללכוד את שני "עלובי הנפש" – לא הצליחה להביא אתם את המעביד ולהגיש נגדו כתב אישום מידי. החלטתו זו, מבטאת את עמדתו הכללית של השופט, שלפיה מבחינת יעילות האכיפה, מידת האשמה המוסרית והאפקטיביות – עדיף לרכו את מאמצי האכיפה במעסיק. גישה זו קיבלה חיזוק מסוים בפסק דין של בית המשפט

45 שם, בעמ' 31-32.

46 מטרת הסעיף שהוסף בתיקון תשנ"ו היא להתמודד עם הסכנה שנושקפת לביטחון תושבי המדינה מתושבים מסוימים של אזורי יהודה, השומרון וחבל עזה הנכנסים לישראל או השוהים בה ללא היתר כדין או בניגוד לתנאי ההיתר. ראו הצעת חוק שהייה שלא כדין (איסור סיוע) (הוראת שעה), תשנ"ו-1996, ה"ח 2529, 652. הוראת שעה זו חלה תשע שנים מיום פרסומה בתאריך 14.3.96. לדיון בסעיף ראו גם ת"פ (נת"פ) 2158/02 מדינת ישראל נ' פואד, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (לא פורסם, ניתן ביום 23.6.02 על ידי השופט חאלד כבוב).  
47 ב.מ. (עכו) 6524/99 מדינת ישראל נ' מוחמד, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 11.3.99).

פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

המחוזי בחיפה במסגרת ערעור על חומרת העונש שפסק בית משפט השלום, אשר הרשיע אדם בהעסקת תושב השטחים<sup>48</sup>.

(ז) מתן צו עיכוב ביצוע

בעניין קולנוע דקל<sup>49</sup> הורשעו הנאשמים בבית המשפט המחוזי בעבירות על חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968 והתקנות שהותקנו על פיו<sup>50</sup>, בשל הפעלת בית קולנוע להקרנת סרטים בלילות שבת. הנאשמים ערערו על פסק הדין לבית המשפט העליון וביקשו לעכב את ביצוע פסק הדין ככל שהוא נוגע לסגירת הקולנוע בערבי שבת, וזאת עד למתן החלטה בערעור. השופט משה בייסקי עמד כך שבטענת האפליה שנטענה יש ממש, שכן אף עיריית תל-אביב לא חלקה על כך שבת עינוגים רבים, לרבות בתי קולנוע, מופעלים בעיר בלא שלגביהם ננקטים הליכים משפטיים. למעשה גם קולנוע דקל פעל מזה 16 שנים ברישיון ומאז ומתמיד הקרין סרטים בליל שבת, עד שיצא קצפו של אחד השכנים הדתיים שהמריץ את העירייה לנקיטת צעדים משפטיים נגדו. התוצאה היא כי חוק העזר (גם אם בסמכות הוחק) אינו נאכף באורח שווה לגבי בתי קולנוע אחרים. מאחר שהמוניטין וההכנסות בחלקם הגדול מופקים בלילות שבת, הועלה החשש כי אם תיפסקנה פעילויות אלה, כאשר בתי קולנוע אחרים מופעלים ללא הפרעה, תהא הפגיעה קשה וללא נשוא, גם אם בסופו של דבר תימצאנה הטענות של המערערים מוצדקות והערעור יתקבל. לאור זאת החליט השופט לעכב את ביצוע צו הסגירה עד לדיון בערעור גופו<sup>51</sup>.

לעומת זאת בעניין אחר סבר בית המשפט המחוזי כי טענת האכיפה הסלקטיבית ראוי שתתברר במסגרת ההחלטה בשאלת הסעד הקבוע<sup>52</sup>. באותו עניין נדון ערעור על סעד זמני שניתן בבית משפט לעניינים מקומיים, אשר נעתר לבקשת עיריית ירושלים ונתן צו לסגירת עסק לממכר בגדים ונעליים בשבת עד לדיון לגופו של עניין. נטענה אכיפה סלקטיבית של חוק העזר<sup>53</sup>, בשל היעדר קריטריונים ברורים בדבר מדיניותה של העירייה באכיפת החוק. כך למשל לא ברור מדוע העירייה אינה אוכפת סגירה של בית קפה או מזנון בשבת, אך כן

48 ע"פ (חי') 620/97 טרביה נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 6.11.97). בית המשפט המחוזי אישר פה אחד קנס בסך 9,000 ש"ח, חודש מאסר בפועל וארבעה חודשים מאסר על תנאי ודחה את הבקשה לאפשר את ריצוי המאסר בעבודות שירות, וזאת לאור הסכנה לציבור וחומרת העבירה.

49 בש"פ 738/89 קולנוע דקל בע"מ נ' עיריית ת"א-יפו, פ"ד מג(3) 759 (להלן: בש"פ קולנוע דקל).

50 חוק עזר לתל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות), תש"ם-1980.

51 בש"פ קולנוע דקל (לעיל, הערה 49), בעמ' 762-763.

52 ע"א (י"ם) 1266/00 קזיאל בן-יהודה בע"מ נ' עיריית ירושלים, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 8.6.00).

53 חוק עזר לירושלים (פתיחת עסקים וסגירתם), תשט"ו-1955.



## אכיפה סלקטיבית

אוכפת סגירה של חנות לממכר בגדים ונעליים. השופט דוד חשין נמנע מלנקוט עמדה בשאלת האכיפה הסלקטיבית, משום שסבר שגם אם הועלו טענות – שעשויות אולי בסוף ההליך בבית המשפט לעניינים מקומיים להוכיח את טענת החברה בדבר אכיפה סלקטיבית של חוק העזר – הרי שבשלב זה לא הורם הנטל להוכיח זאת. לפיכך ראוי שטענה זו תתברר במסגרת ההחלטה בשאלת צו הסגירה הקבוע. קיים כמובן שוני בין מקרה זה לבין המקרה הקודם. בעוד בעניין קולנוע דקל דובר בהליך פלילי ובעיכוב ביצוע פסק דין במסגרת הערעור, הרי שבמקרה השני מדובר בהליך אזרחי ובסעד זמני בערכאה הדיונית. עם זאת מבחינה מהותית בשני המקרים ההתלבטות הייתה אם לתת נפקות לאכיפה הסלקטיבית כבר במסגרת ההליך ביניים או רק בהכרעה הסופית לגופו של עניין.

### (ח) מתן צו המורה לרשות לאכוף את החוק

בבג"ץ אלוני<sup>54</sup> נדונה עתירה של חברות ישראליות שעיסוקן בייצוא ויבוא של מוצרים, אשר טענו בתקיפה ישירה טענה לאכיפה סלקטיבית של חוק התקנים, תשי"ג-1953. לטענתן, רשויות המדינה עורכות ביקורות תקן קפדניות על איכות המוצרים שהחברות העותרות מייצרות ומייבאות, אך בה בעת אין נערכות ביקורות תקן ראיות של מוצרים בלתי תקינים המיוצרות בחבל עזה ומיובאות ארצה. העותרות לא הלינו על הביקורות הנערכות במפעליהן, אלא על כך שלא נערכות ביקורות של מוצרים המיוצרות בחבל עזה, והלכה למעשה מוצרים אלה אינן עומדות בביקורת התקן הישראלי הרשמי. למרות זאת משווקות אותן מוצרים בישראל באורח חופשי ומאחר שהן נמכרות במחיר זול יחסית – הן מתחרות באופן בלתי הוגן במוצרים המיוצרות והמשווקות בידי העותרות. השופט מישאל חשין קיבל את הטענה וקבע כי "העותרות הופלו לרעה. המדינה לא עשתה את המוטל עליה לאכיפת התקן הרשמי של מוצרים. אכיפה סלקטיבית בלתי שוויונית של חוק לא תסכון ולא תעמוד. והנפגע יזכה בסעד"<sup>55</sup>. מעבר לסעד ההצהרתי שניתן ולפיו המדינה חדלה עד כה מלקיים את חובתה לאכוף את חיובי חוק התקנים, ניתן צו המורה לרשות משרד התעשייה והמסחר, שתעשינה בתוקף ובנמרצות לאכיפת חוק התקנים על מוצרים עזה. בית המשפט לא הורה אלו אמצעים על הרשויות לנקוט, אך קבע כי אמצעים אלה צריכים להיות אמצעים ממשיים הניכרים לעין, "אמצעים שניתן לתארם, לכמתם ולנתחם"<sup>56</sup>. גישה זו, שלפיה

54 בבג"ץ 53/96 תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד נב(2) 1 (להלן: בבג"ץ אלוני).

55 שם, בעמ' 12.

56 שם, בעמ' 13. אך השוו בבג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 112, 126, שבו סבר בית המשפט כי אין תועלת בהצהרה שהרשות המוסמכת חייבת לקיים את החוק, מאחר שהצהרה כזאת היא בגדר סעד כוללני ומופשט שאינו מקובל על בית המשפט. ההבדל בין פסקי הדין הוא, שבבג"ץ שקם נטענה טענה כללית נגד המכס שאינו נוקט פעולות

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

הסעד עבור אכיפה לא שוויונית הוא בהנחיית הרשות לפעול לאכיפתו השוויונית של החוק, התקבלה בשני פסקי דין של השופט רון שפירא מבית המשפט המחוזי בחיפה. במקרים אלה נתקפו צו לסגירת עסק<sup>57</sup> וצו הריסה מינהלי<sup>58</sup> בטענה של אכיפה סלקטיבית פסולה. בשני המקרים הטענה נדחתה לגופה, אך צוין כי גם אם היה בה ממש, הרי שבית המשפט לא היה מנציח את הפעילות הבלתי חוקית אלא מנחה את הרשויות לאכוף את הדין גם כלפי אחרים.

### (ט) ערעור חזקת החוקיות

בעניין זקין<sup>59</sup> התעוררה שאלת הנפקות של אכיפה סלקטיבית (או "אכיפה בררנית", כפי שהיא כונתה בפסק הדין) בגזרה הצרה של תקיפה ישירה של הפעולה המינהלית. העותרים, אשר התגוררו בבניין גדול באחת השכונות בבאר-שבע, החליטו להביע מחאה על ההזנחה של השכונה ולמטרה זאת תלו כרזות על קירות הבניין וכתבו דברי ביקורת ומחאה כלפי ראש העירייה והעירייה. למחרת הופיעו פקחי העירייה, שטענו שהכרזות נתלו שלא כדין משום שלא נתקבל רישיון כאמור בחוק העזר לבאר-שבע (שילוט), תשמ"ט-1989. מאחר שלא היה רישיון, תלשו הפקחים כרזות שמתחו ביקורת על ראש העירייה באופן אישי, אך הותירו כרזות אחרות. השופט יצחק זמיר קבע כי אם לכאורה יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, מתערערת החזקה בדבר חוקיות ההחלטה המינהלית וכתוצאה מכך עובר הנטל אל הרשות המינהלית להראות כי האכיפה, אף שהיא נראית בררנית, בפועל מתבססת על שיקולים ענייניים בלבד בעלי משקל מספק. אם הרשות אינה מרימה נטל זה – עשוי בית המשפט לפסול את ההחלטה או לתת סעד אחר לפי נסיבות המקרה<sup>60</sup>. במקרה זה העובדות דיברו בעד עצמן, שכן העירייה לא ביקשה לאכוף את חוק העזר מתוך דאגה לחזות העיר או לבטיחות התושבים, אלא השתמשה בסמכותה כדי להפעיל צנזורה כנגד ביקורת על ראש העירייה – שיקול זר לחוק העזר אשר אינו יכול לבסס החלטה להסרת הכרזות. אילו היו מספיקים העותרים לפנות לבית המשפט לפני שהכרזות הוסרו, ייתכן שבית המשפט היה אוסר את האכיפה הבררנית של חוק העזר, אך כיוון שהעירייה פעלה במהירות רבה, לא נותר לבית המשפט אלא לתת סעד הצהרתי שלפיו הורדת הכרזות הייתה שלא כדין<sup>61</sup>. הדעת

- תקיפות ונמרצות די הצורך כדי לאכוף את החיוב לשלם מיסים, אך לא הוכחה אכיפה סלקטיבית, בעוד בבג"ץ אלוני הוכחה אכיפה סלקטיבית פסולה.
- 57 ע"פ (חי') 1224/06 סאלם נ' עיריית עכו, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.3.07).
- 58 ע"פ (חי') 815/06 רם נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה קרית טבעון, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 13.7.06).
- 59 לעיל, הערה 23.
- 60 שם, בעמ' 308. ליישום גישה זו על ידי בית משפט השלום ראו ת"פ אלשלאפה (לעיל, הערה 22).
- 61 בג"ץ זקין (לעיל, הערה 23), בעמ' 308-309.

## אכיפה סלקטיבית

נותנת כי אילו היו מוגשים כתבי אישום (ברירות קנס) מכוח חוק העזר האמור באופן סלקטיבי, היה בהוכחת הטענה להביא כדי ביטול הדו"חות<sup>62</sup>.  
ערעור חזקת החוקיות בעקבות קבלת טענה של אכיפה סלקטיבית הוביל לקבלת עתירתו של אסיר בעניין גולן<sup>63</sup>. בעניין זה ביקש אסיר משירות בתי הסוהר להתיר לו לפרסם במקומון טור אישי על חיי בית הסוהר שבו הוא כלוא. מחד גיסא, שירות בתי הסוהר לא חלק על כך שהאסיר זכאי לכתוב מכתבים אל העיתון אלא שהוא יוכל לעשות זאת רק במסגרת מכסת המכתבים שאסיר זכאי לה לפי סעיף 47 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, דהיינו מכתב אחת לחודשיים. מאידך גיסא, הודה שירות בתי הסוהר שהוא כלל אינו מדקדק עם האסירים האחרים במכסת המכתבים שהם רשאים לשגר והטעם להבחנה הוא שבמקרה זה הכוונה הייתה לִסְפֵר במכתבים על החיים בבית הסוהר. אמנם, השופט אליהו מצא לא אמר מפורשות כי חזקת החוקיות הופרכה בשל האכיפה הסלקטיבית הפסולה, אך מסקנה זו משתמעת באופן ברור מדבריו:

המשיב איננו יכול להישמע בטענה, שעם כלל האסירים איננו מקפיד במכסת המכתבים, ואילו עם המערער בדעתו להקפיד; וכולי האי, לאו דווקא בשל עצם רצונו ובקשתו של המערער לשגר למערכת העיתון כתבות מפרי עטו, אלא רק בשל כוונתו להקדיש את כתבותיו לתיאור חיי בבית הסוהר. בנושא הכתיבה אין כל פסול; ואם אכן יקיים המערער את הצהרתו, כי יקדיש את כתבותיו לחייו ולחוויותיו שלו בלבד ויימנע מכתיבה על אודות בעלי תפקידים או על אסירים מסוימים, קשה לראות כיצד פירסום דבריו עלול לעורר חשש לפגיעה בסדר ובמשמעת של בית הסוהר, בכבודם של אנשי הסגל או באסיר כלשהו<sup>64</sup>.

### (י) הגבלת תוקף של צו מניעה

בעניין פרופורציה<sup>65</sup> נדון ערעור על צו מניעה שנתן בית המשפט המחוזי כנגד פרסום על ידי מוסדות רפואיים. באותו עניין הגישה המדינה לבית המשפט המחוזי תביעה נגד חברות בגין מודעות פרסומת לניתוחים פלסטיים ועתרה לצווי מניעה שיאסרו עליהן

62 ראו עמ"ק (ב"ש) 1542/03 עיריית באר-שבע נ' מגן, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 11.11.03). בעניין זה נטענה אכיפה בררנית של חוק העזר לבאר-שבע (שילוט), תשמ"ט-1989 כנגד הגב' יעל מגן, מועמדת בבחירות לראשות העירייה. השופט יעקב שפסר יישם את הלכת זקין, ואמר בהתייחס לטענה כי "אכן, טענה זו הינה טענה מרכזית ומהותית וככל שהייתה מוכחת, היה בה... כדי לפטור את הנאשמת מהדוחות נשוא תיק זה".  
63 עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי-הסוהר, פ"ד נ(4) 136.  
64 שם, בעמ' 169.  
65 רע"א 1367/95 פרופורציה מרכז רפואי בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 28.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

להמשיך בפרסום, בטענה שמדובר בעבירה על סעיף 13 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז-1976. החברות טענו, בין היתר, שנקיטת הליכים משפטיים נגדן היא בגדר אפליה או אכיפה סלקטיבית של החוק. הן הפנו אל מודעות פרסומת של מוסדות רפואיים גדולים ומכובדים יותר או פחות, המציעים שירותים רפואיים מסוגים שונים ומוסכם שהמדינה לא נקטה לגביהם כל אמצעי אכיפה, לא תביעה אזרחית לצו מניעה ולא תביעה פלילית. בשל טענת האפליה, בית המשפט המחוזי החליט להגביל את תוקפו של צו המניעה שהוצא כנגד הפרסום לתקופה של שנה אחת בלבד, על מנת להיווכח שהמדינה נוקטת הליכי אכיפה גם כנגד מוסדות רפואיים אחרים שפרסמו את עצמם. בערעור בבית המשפט העליון השופט יצחק זמיר הביע את דעתו שטענת האכיפה הסלקטיבית היא טענה כבדה, אך מאחר שלגוף העניין נפסק כי המערערים לא הפרו את הוראת החוק האמורה ומשום כך הוחלט לבטל את הצווים שניתנו נגדם, לא היה צורך לדון בטענה<sup>66</sup>.

(יא) מתן פיצויים במסגרת "נזק כללי" בעילה מן המשפט הציבורי

בעניין אבנעל<sup>67</sup> נדון אופן הפעלת הסמכות של משרד התעשייה והמסחר בנוגע לקביעת מכסות יבוא של נעלי ספורט מהמזרח הרחוק, וזאת במסגרת תביעה אזרחית בבית המשפט המחוזי בירושלים. על פי מדיניות הרשות המוסמכת למתן רישיונות יבוא, מכוח סמכותה בפקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], תשל"ט-1979, על כל יבואן נעליים היה לבקש רישיון יבוא לצורך ממוש מכסת היבוא השנתית שלו. התובעים טענו לקיפוחם בקביעת מכסת היבוא השנתית בשנים 1988-1989 ואי-אכיפת המכסות על המתחרות. בית המשפט קבע עובדתית כי אכן המתחרה העיקרית של התובעים חרגה ממכסת היבוא שהוקצתה לה, והסנקציה שנקטה כנגדה (קיזוז כמות הנעליים שיובאו מעבר למכסה, ממכסת היבוא של שנה שלאחר מכן) הייתה חלקית בלבד ולא שיקפה את מלוא החריגה. השופט יעקב צבן ראה בכך אכיפה סלקטיבית, שכן בעוד שעם התובעים הרשות הקפידה ואכפה את הכללים בדווקנות, הרי שעם מתחריהם היא לא הקפידה ורק לאחר שהתלוננו התובעים ננקטה כנגד המתחרים סנקציה בלתי מספקת<sup>68</sup>. מסקנתו הייתה כי התובעים הופלו לרעה בכך שהנתבעים לא אכפו את מכסות היבוא באופן שוויוני, ועל כן יש לפצותם בגין אכיפה סלקטיבית שפגעה בחופש התחרות ההוגנת<sup>69</sup>. על רקע זה בחן בית המשפט אם התובעים זכאים לפיצוי הן על פי עילות תביעה השאובות מהמשפט הציבורי הן על פי דיני הנוזיקין. בהקשר לפיצויים בעילות מן המשפט הציבורי, קיבל בית המשפט את הגישה העקרונית שלפיה ניתן להשתמש בטענות הלקוחות מן המשפט הציבורי בתובענות כספיות כנגד

66 שם, בעמ' 43.

67 ת"א (י"ם) 782/91 אבנעל חברה להפצה נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ט(2) 625 (להלן: ת"א אבנעל).

68 שם, בסעיף 29 לפסק הדין.

69 שם, בסעיפים 31 ו-40 לפסק הדין.

## אכיפה סלקטיבית

רשויות המינהל ולאפשר מתן פיצוי כספי בגין נזקים שנגרמו עקב פעולה או מחדל של הרשות המינהלית<sup>70</sup>. בית המשפט סבר כי היבוא של המתחרים מעבר למכסות מצביע על גרימת נזק כללי של שוק רווי יותר, בלא יכולת ממשית להראות עד כמה התובעים מכרו פחות או עד כמה נאלצו להפחית מחירים עקב השוק הרווי. הפגיעה בהם היא בעצם הפעלת האכיפה הסלקטיבית וגרימת נזק שלא ניתן לכמתו, ויש לתת לכך ביטוי במסגרת קביעה של נזק כללי. נוכח זאת נפסקו לתובעים פיצויים על סך 100,000 ש"ח על פי אומדנה<sup>71</sup>. בערעור בבית המשפט העליון נדחתה טענת האכיפה המפלה<sup>72</sup> ואילו סוגיית הפיצויים בגין עילה מינהלית לא נדרשה להכרעה<sup>73</sup>.

כאמור, חיבור זה עוסק בעיקר בנפקויות הוכחת העילה של אכיפה סלקטיבית בתקיפה ראשונית ולא בתוצאות מאוחרות יותר, עם זאת נעיר כי ניתן, במקרים קיצוניים המתאימים לכך, להרחיב את הבסיס לפיצויים באמצעות השימוש בעוולות חוקתיות<sup>74</sup>. ניתן לטעון כי אכיפה סלקטיבית פסולה מהווה עוולה חוקתית בהיותה נוגדת את הזכות לשוויון ואת הזכות להליך ראוי המוגנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעד הפיצויים במקרים כאלה מוסבר, בין היתר, באמצעות עקרון השוויון, אשר מחייב השתתפות שוויונית בנטל ההוצאות של הפעילות השלטונית. הנזקים הנגרמים על ידי האכיפה הסלקטיבית הם חלק מן העלויות של פעילות זו, אשר יש לחלק אותם בין כלל האזרחים. חלוקת הנטל מתאפשרת על ידי הטלת אחריות על הרשות המינהלית, המפזרת את ההוצאות על משלמי המיסים<sup>75</sup>.

(יב) אי-פסיקת הוצאות בתביעה אזרחית סלקטיבית מכוח חוזה רשות

בפסק דין מינהל מקרקעי ישראל נ' שלמה<sup>76</sup> נדונה תביעה של מינהל מקרקעי ישראל, לפי הסכם שכירות, נגד בני רשות בנכס ששכרה ממנו אגודה שיתופית. העילה לתביעה הייתה ארבעה קרונות רכבת שהוצבו על שטחם של הנתבעים ובהם שוכנו פועלים זרים ללא

70 שם, בסעיף 19 לפסק הדין. לפיצויים בעילות מהמשפט הציבורי ראו גם י' דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 97; ד' ברק-ארז "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 35; בג"ץ 2665/98 נחום נ' משטרת ישראל, פ"ד נב(2) 454, 460-461.

71 ת"א אבנעל (לעיל, הערה 67), בסעיפים 41-43 לפסק הדין.

72 ע"א 1081/00 אבנעל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193.

73 ראו שם, עמ' 207-208.

74 לבסיס הנורמטיבי לאחריות החוקתית ראו ד' ברק-ארז עוולות חוקתיות (תשנ"ד), 175-216. ראו גם דברי השופט אור בע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד נח(1) 359, 365-366: "לכאורה, השימוש בלשון 'הגנה' [בחוקי היסוד] טומן בחובו משמעות אופרטיבית-אקטיבית, שהיא מעבר להכרה גרידא בקיומן ובמעמדם של זכויות יסוד". למתן פיצוי בגין עוולות חוקתיות ראו ע"פ 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505, 518.

75 השוו ד' ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי" משפטים כז (תשנ"ו) 17, 34.

76 ת"א (י"ם) 12860/99 מינהל מקרקעי ישראל נ' שלמה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 11.2.02).

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

היתר מהמשכיר. התעוררה השאלה אם השימוש שעשו הנתבעים בקרקע מהווה שימוש חורג לאור הוראות ההסכם. בא כוח הנתבעים התייחס גם לכך שישנה אכיפה סלקטיבית בין חברי האגודה על ידי נקיטת הליכים כנגד הנתבעים ואי-נקיטתם כנגד אחרים. השופטת מיכל אגמון-גונן פרשה את החוזה כאוסר על הצבת הקרוונים וקבעה כי על הנתבעים היה לנקוט בדרך החוקית, דהיינו: פנייה למינהל ולרשויות התכנון והבנייה בטרם הצבת עובדות בשטח. בהתייחס לטענת האכיפה הסלקטיבית קבעה השופטת כי מצב זה אינו ראוי, אך כיוון שהוא לא נעשה מטעמים שרירותיים ופסולים אין בו כדי לפגוע בתקפות הפעולה של המינהל. היא ציינה שהנתבעים תקפו את פרשנות החוזה ולא את עצם ההחלטה להגיש נגדם כתב תביעה. האכיפה הסלקטיבית אינה משפיעה על השאלה המשפטית בדבר פרשנות החוזה, שכן לא החוזה עצמו יוצר את טענת האפליה. עם זאת סברה השופטת שיש מקום להתחשב בטענה זו במסגרת פסיקת ההוצאות. התוצאה הייתה שהתביעה התקבלה ועל הנתבעים היה לפנות את הקרוונים מהשטח תוך חמישה חודשים. לאור העובדה שהנתבעים היו היחידים מחברי האגודה שהוגש נגדם כתב תביעה – לא ניתן צו להוצאות.

### (יג) פסיקת פיצויים בעולת הרשלנות

בפסק דין שפילמן<sup>77</sup> בית המשפט המחוזי בתל-אביב קבע כי אכיפה בררנית של עיריית הרצליה במתן רשיונות לניהול עסק מהווה סטייה מסטנדרט התנהגות סביר, וכי מכלול התנהגותה בא בגדר עולת הרשלנות. בעניין זה נדונה תביעתם של בעלי סוכנות רכב לפיצויים, בגין נזקים שנגרמו להם בשל סירוב העירייה להעניק להם רשיונות עסק. בית המשפט קבע עובדתית כי התנהלות העירייה הייתה מפלה, שכן באותו מקום הוענקו רשיונות לעסקים דומים, בלא טעם ענייני מבחין ביניהם. לפיכך נקבע כי מדובר באכיפה בררנית פסולה. עם זאת בית המשפט הטעים כי "אכיפה בררנית כשלעצמה אינה מהווה עילת תביעה אלא אם ניתן להצביע על עילה מעילות התביעה בנוזיקין המופיעות בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]<sup>78</sup>", ולפיכך פנה לבחון אם האכיפה הבררנית מהווה התנהגות רשלנית. בחינה זו נעשתה על פי הכללים הרגילים של דיני הנזיקין: ראשית, נבחנה חובת הזהירות המושגית, דהיינו חובתה של העירייה לצפות ששימוש בסמכותה לסרב לתת רישיון עשוי לגרום לתובעים נזק. שנית, נדונה חובת הזהירות הקונקרטיה, שבמסגרתה נבחן אם המזיק היה יכול לצפות הלכה למעשה כי התנהגותו תגרום נזק לנפגע. בית המשפט השיב על שתי השאלות בחיוב.

77 ת"א (ת"א) 2906/98 י. שפילמן שירותי רכב (1989) בע"מ נ' עיריית הרצליה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.5.07).

78 יצוין כי אין בידיי להסכים עם אמירה זו. לפיצויים בעילות מן המשפט הציבורי ראו דותן (לעיל, הערה 70); ברק-ארז (לעיל, הערה 70).

## 2. תוצאות הוכחת העילה בארצות-הברית

הסעד הברור ביותר כנגד הפרה של האיסור לאכוף את החוק באופן סלקטיבי הוא מחיקה על הסף של האישום (dismissal) או זיכוי (acquittal) במסגרת ההליך הפלילי<sup>79</sup>. ואכן, טענות בהקשר זה הועלו לעתים קרובות על ידי נאשמים, אם כי נדחו ברוב המקרים על ידי בתי המשפט. בדרך כלל הדחייה התבססה על אי-הכרה בעילה או על היעדר הוכחה של העילה (לאור הנטל הכבד שהוטל על הנאשם להוכיח אפליה מכוונת על בסיס סיווג לא ראוי), ולא על קביעה בדבר חוסר ההתאמה של הסעד. עם זאת נראה כי הרתיעה השיפוטית מלהכיר באכיפה סלקטיבית, כבסיס למחיקת אישום על הסף או לזיכוי, נובעת מחשש הרשויות כי הפרות של חוק פלילי תיוותרנה ללא עונש<sup>80</sup>.

סעד אחר כנגד אכיפה סלקטיבית הוא בקשת צו מניעה (injunction) בבתי המשפט המדינתיים או – מאחר ומעורבות זכויות חוקתיות – בבתי המשפט הפדרליים<sup>81</sup>. תובענות כאלה אמנם זכו פעמים אחדות להצלחה, אך גם כאן הקושי לקבל סעד הוא רב, שכן נוסף על הנטל ההוכחה הכבד המוטל על אדם הטוען לאכיפה סלקטיבית, הבקשה להוצאת צו כנגד אכיפה מעוררת בעיות נוספות<sup>82</sup>. הדבר נובע מהרתיעה המושרשת בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית מלתת סעדי אקוויטי (סעדים "שביושר") שיש בהם להתערב בהליך הפלילי. רתיעה זו מבוססת חלקית על הקונספציה ההיסטורית של תפיסת תפקידו של האקוויטי להגן על רכוש במשפטים אזרחיים, וחלקית על שיקולים פרקטיים של חוסר רצון לפגוע בחופש הפעולה של רשויות האכיפה להפעיל את שיקול דעתן. סירוב זה להתערב בניהול הרשויות את ההליך הפלילי, משמעותי יותר בבתי המשפט הפדרליים, שבהם הדאגה ליחסי פדרציה-מדינה משמשת מחסום נוסף להתערבות.

סיבה נוספת לרתיעה ממתן צווים היא קיומו של סעד אלטרנטיבי, שכן הכלל הוא שאין סיבה לתת סעד של אקוויטי כאשר ניתן לתת סעד שבדין, ובאופן ספציפי ניתן להעלות את אותה טענה כטענת הגנה בהליך הפלילי. גישה זו התבטאה באופן היסטורי במגבלות

79 במידה ומאפשרים לנאשם להעלות את הטענה גם מאוחר יותר. לעניין זה ראו להלן, סעיף ה.  
 80 ראו 61 Comment "The Right to Nondiscriminatory Enforcement of State Penal Laws" F.W. Miller *Prosecution: The* Colum. L. Rev. (1961) 1103, 1131-1132. כן ראו *Discretion to Charge a Suspect with a Crime* (Little, Brown and Company, 1969), 336 רמז לגישה נוקשה פחות ניתן למצוא בדברי בית המשפט העליון של קליפורניה, בפסק דין *Baluyut v. The Superior Court of Santa Clara Country* (1996) 12 Cal. 4th 826, 831-832: "When a defendant establishes the elements of discriminatory prosecution, the action must be dismissed even if a serious crime is charged unless the People establish a compelling reason for the selective enforcement"  
 81 הדיון בסעד של צו מניעה מבוסס בייחוד על Comment (לעיל, הערה 80), בעמ' 1140-1136; וכן על Miller (לעיל, הערה 80), בעמ' 337-336.  
 82 לרתיעה ממתן צווי מניעה ראו J.E. Tinsley "Discriminatory Enforcement of Criminal Law" 13 *Am. Jur. POF 2d* (1977) 609 הערה 46 והטקסט שלידה.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

שצמצמו את המקרים שבהם יינתן צו. התנאי הראשון היה דרישה לפגיעה בלתי הפיכה לרכוש. התנאי השני, אשר יושם פחות בדוקנות, הוא דרישה לניקיון כפיים של הטוען לצו. בהדרגה בתי המשפט הפדרליים זנחו את הדרישה שלפיה יש צורך באיום על זכויות רכושיות על מנת למנוע הליכים פליליים באמצעות צו של אקוויטי, והכירו בכך שזכויות אישיות דורשות לא פחות הגנה. עם זאת במדינות אשר עדיין דבקות בכלל זה, כאשר האכיפה הסלקטיבית אינה מערבת פגיעה רכושית, אין אפשרות לקבל סעד של צו בבתי המשפט המדינתיים אלא רק בבתי המשפט הפדרליים. כאשר לדרישת ניקיון הכפיים, לכאורה כאשר עותר אינו תוקף את חוקתיות החוק ורק טוען לאכיפה מפלה כבסיס למתן צו, הכרה בתקפות טענתו אינה שוללת את חוסר החוקיות שבפעולתו וניתן לטעון כי הוא חסר ניקיון כפיים, אלא שקיימים טעמים טובים לדחיית טענה זו הן לגופה הן על רקע הבעייתיות הכללית שבדרישת ניקיון הכפיים<sup>83</sup>.

סעדים אפשריים נוספים, נדירים יותר, הם בקשת צו הבאה (habeas corpus) המופנה לבית הסוהר או בית המעצר בו מוחזק האדם – צו שהתבקש והתקבל בפסק הדין המנחה בפרשת *Yick Wo*<sup>84</sup>, וכן צו אל תעשה (prohibition) המופנה לשופט בערכאה הפלילית, אשר מסרב לדחות על הסף את האישום<sup>85</sup>. כאשר מדובר באכיפה סלקטיבית כנגד קבוצה מופלית, סעד אינדיווידואלי אינו אפקטיבי לסייע לקבוצה כולה, ולכן למרות המכשולים שבמתן סעד כזה, נפסק שכעיקרון ניתן לתת צו מניעה כנגד אכיפה עתידית המפלה את הקבוצה<sup>86</sup>. למותר לציין שבתי המשפט אינם רשאים להכריז על בטלות של חיקוק בשל כך שנאסף באופן סלקטיבי, אלא רק לדרוש מהמשל לאכוף את החוק באופן שוויוני<sup>87</sup>. יודגש שוב כי עילת האכיפה הסלקטיבית בארצות-הברית היא עילה מובחנת בעלת קריטריונים ברורים להקמתה ושונה מהטענה של חוסר תום לב באכיפה<sup>88</sup>, בניגוד למצב באנגליה, שם לא קיימת עילה מובחנת וייתכן שהטענה תידון במסגרת טענה לשימוש לרעה בהליך. עם זאת גם בארצות-הברית ייתכנו מקרים שבהם אלמנטים של שתי העילות יתקיימו בו זמנית והסעדים הפוטנציאליים במקרה של הוכחת כל אחת מהעילות האמורות – הם סעדים זהים בבסיסם.

- 83 לדיון נרחב ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף ג2(ב).
- 84 *Yick Wo v. Hopkins, Sheriff* 118 U.S. 356 (1886) (להלן: פרשת *Yick Wo*).
- 85 ראו הדוגמאות המובאות אצל Miller (לעיל, הערה 80), בעמ' 337, הערה 176.
- 86 ראו *Tinsley* (לעיל, הערה 82), הערות 48-49 והטקסט שלידן.
- 87 ראו דברי בית המשפט המחוזי של המחוז הדרומי של אלבמה בפסק דין *J&B Social Club v. The City of Mobile* 920 F. Supp 1241, 1246 (1996): "The court can dismiss an indictment on a selective prosecution claim, but it cannot invalidate the statute itself... The court could only require the city to enforce the ordinance equally against all others similarly situated to the plaintiff".
- 88 לטענה בדבר אכיפה חסרת תום לב ולהבדל בינה לבין אכיפה סלקטיבית ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף 4.



## ג. בטלות (תוצאה) יחסית

### 1. ההבחנה בין מישור הדין המהותי ומישור הסעד

בדיני המינהל הציבורי קיימת הבחנה בסיסית בין כללים ראשוניים, המורים למינהל כיצד לפעול, לבין כללים משניים, המסדירים את התוצאות המשפטיות של הפרת הכללים הראשוניים ואת הסעדים בשל ההפרה<sup>89</sup>. דהיינו, שאלה אחת היא אם פעולה של רשות ציבורית מותרת או אסורה – מכוח המשפט הפלילי, האזרחי או המינהלי, ושאלה אחרת היא מה הן הסנקציות והסעדים הנתונים, אם בכלל, כנגד פעולה בניגוד לאיסור<sup>90</sup>. בהתאם לכך יש להפריד, במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטה מינהלית, בין שני מישורים: המישור הראשון הוא מישור הדין המהותי הבוחן את הפגם בהחלטה, ואילו המישור השני בוחן שאלות בדבר הסעדים על הפרת הדין המהותי, דהיינו את נפקות הפגם. במישור הראשון על בית המשפט לבדוק ולקבוע אם נפל פגם בהחלטה. אם קבע בית המשפט שנפל פגם בהחלטה, או אז עליו לשקול, במישור השני, את נפקות הפגם, כלומר את הסעד הראוי<sup>91</sup>. בכל מישור פועלת מערכת שיקולים נפרדת התואמת את הצרכים והמטרות באותו מישור, ועל בית המשפט להשתמש בכלים המתאימים לתכלית העומדת ביסוד הצרכים והמטרות הללו<sup>92</sup>. במישור הראשון הוא בוחן אם הכלל – המחייב רשות מינהלית לנהוג בדרך מסוימת – הופר. במישור זה תבחן ההפרה על פי הגדרת הכלל והאינטרסים שעליהם הוא בא להגן. במישור השני נקבעת התוצאה הנובעת מהפרת הכלל לאור מהותו וחומרתו של הפגם, מידת ההשפעה של הפגם על החלטה ונסיבות נוספות של המקרה הנדון<sup>93</sup>. לפיכך אפשר שפגם מאותו סוג יוביל במקרים שונים לתוצאות שונות<sup>94</sup>. התאמה זו שבין נפקות ההפרה לנסיבות המקרה היא העומדת בבסיס תורת הבטלות היחסית.

### 2. תורת הבטלות היחסית

מסורת המשפט האנגלי הבחינה בין שתי תוצאות אפשריות של פעולות משפטיות פגומות: בטלות ונפסדות. כאשר הפגם היה חמור ויסודי התוצאה הייתה בטלות הפעולה

89 ראו בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 (להלן: בג"ץ עיריית קרית גת), 848; בג"ץ 2683/92 מכבים – ישוב קהילתי במודיעים נ' הוועדה לבנייה למגורים במחוז המרכז, פ"ד מח(1) 548, 535.

90 ראו א' בנדור, מ' טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי (בעקבות בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817)" משפטים לב (תשס"ב) 623, 638.

91 ראו רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (להלן: רע"פ הראל), 643.

92 ראו ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793 (להלן: ע"פ סוסן), 816.

93 ראו רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673 (להלן: רע"פ גיספן), 686-685.

94 ראו בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2) 177 (להלן: בג"ץ רומיאו), 194.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

(void), דהיינו הפעולה חסרת כל תוקף משפטי. פגם חמור פחות הוביל לתוצאה של נפסדות, דהיינו הפעולה הייתה רק ניתנת לביטול (voidable), במובן זה שקיימת עילה לביטולה ורק אם היא מתבטלת – אין לה תוקף משפטי<sup>95</sup>. במשפט המינהלי הסיווג של המעשים המינהליים הפגומים לשתי הקטגוריות הללו נעשה על פי סוג הפגם. פעולה שלקחה בחוסר סמכות (או חריגה מסמכות) נחשבה בטלה, לעומת זאת טעות בדין – דהיינו טעות של הרשות המינהלית בהחלת הדין על המקרה – היא נפסדת וניתנת לביטול<sup>96</sup>.

כאמור, התרחבות שיקול הדעת המינהלי וחוסר ההתאמה של דוקטרינת ה-*ultra-vires* ככלי לביקורת שיפוטית במדינת המינהל המודרנית, הובילו לחיפוש אחר פתרונות חלופיים<sup>97</sup>. בין השאר, הביאה הבעיה לפיתוחם של כלים חדשים, מהותיים ודיוניים לביקורת השיפוטית. מבין הכלים המהותיים ניתן לציין למשל את דוקטרינת התכליתיות, הפוסלת פעולה של הרשות שנעשתה למטרה זרה, ואת דוקטרינת הסבירות הבוחנת את האיזון שנערך בין האינטרסים השונים. דוקטרינות פרוצדורליות שהורחב בהן השימוש הן כללי הצדק הטבעי – כללים של הגינות דיונית בהליך המינהלי – ודוקטרינת הסבירות הדיונית הבוחנת את הליך קבלת ההחלטה<sup>98</sup>. עם התפתחות עילות הביקורת במשפט המינהלי החלו להתעורר קשיים ביישום ההבחנה הדיכוטומית בין בטלות ונפסדות<sup>99</sup>. נוצר מצב שלפיו בית המשפט קבע כי גם פגמים אחרים שבשיקול הדעת ואשר אינם חוסר סמכות במובן הפונקציונלי, כגון אי-מתן זכות טיעון, גוררים בטלות, שכן "דין פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי כדין חוסר סמכות"<sup>100</sup>. תוצאה זו – שלפיה יש "להתעלם" מפעולה מינהלית ולאייץ את כל תוצאותיה – קשה וקיצונית. הבעייתיות נובעת הן מההאחדה של הפתרונות (דהיינו מהניסיון להקיש על תוקף פעולה מינהלית בהליך מסוים, לעניין תוקפה בהליך אחר), הן מהמשקל הרב שיוחס לעובדה שהאקט פגום<sup>101</sup>. זאת ועוד, לתוצאה זו משמעויות לא רצויות מבחינת שיקולי מדיניות, כמו למשל הפגיעה הנגרמת ליציבות ולביטחון המשפטי, כתוצאה מהכרזה של אקטים כלליים או אינדיווידואליים באופן רטרואקטיבי כבטלים, חרף העובדה שבוצעו פעולות בהסתמך עליהם<sup>102</sup>. רעיון הבטלות היחסית מקורו בצורך לרכך

- 95 ד' ברק-ארוז "בטלות יחסית ושיקול-דעת שיפוטית" משפטים כד (תשנ"ה) 519, 523.  
96 ראו ברק-ארוז שם, שם; י' דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב (תשנ"ד) 587; ע"פ סוסן (לעיל, הערה 92), בעמ' 816; רע"פ גיספן (לעיל, הערה 93), בעמ' 684.  
97 לקשר בין דוקטרינת ה-*ultra-vires* לתפיסת הבטלות ראו דותן (לעיל, הערה 96), בעמ' 598-596.  
98 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף 37.  
99 ראו ברק-ארוז (לעיל, הערה 95), בעמ' 524.  
100 ראו למשל ע"א 183/69 עיריית פתח-תקווה נ' טחן, פ"ד כג(2) 398, 404.  
101 ראו דותן (לעיל, הערה 96), בעמ' 632.  
102 לקשיים שמעוררת תפיסת הבטלות ראו דותן, שם, בעמ' 598-603.

את הנוקשות האמורה של הבטלות ואת השלכותיה הקשות. בפסקי הדין בעניין שפירא<sup>103</sup> הובעה הדעה שהבטלות היא יחסית, במובן זה שהעלאת הטענה מוגבלת בהתאם לצד שטוען אותה ובהתאם להליך שבו היא מועלית<sup>104</sup>. בהמשך התפתחה משמעותה של היחסיות למובן "השיקול דעתי" שלה, שלפיו אפילו נגרם לעותר עיוות דין, ניתן להימנע מהבטלות על ידי תיקון המעוות<sup>105</sup>.

לפי התאוריה של הבטלות היחסית (במובנה "השיקול דעתי"), על בית המשפט, לפי שיקול דעתו בכל מקרה, להתאים את נפקות ההפרה (לרבות הסעד הניתן) לנסיבות המקרה הנדון בפניו<sup>106</sup>. משמעות הדבר היא כי לא כל הפרה של כלל, אפילו אם היא חמורה, תביא לתוצאה של בטלות ולבית המשפט אף שיקול דעת להכיר בתוקפה של הפעולה חרף הפגם שנפל בה<sup>107</sup>. תורה זו מבקשת לשקלל את הגורמים הנוגעים לעניין כדי להגיע לתוצאה שיש בה איזון של גורמים אלה. איזון זה משתנה מעניין לעניין ולכלל היותר ניתן לקבוע לגביו אמות מידה עקרוניות<sup>108</sup>. ההכרעה הסופית בשאלת תוצאות הפגם באקט המינהלי תיעשה באספקלריה של הבעיה העומדת לדיון<sup>109</sup>. בין היתר עשוי בית המשפט לשקול את מהות הכלל שהופר; מידת הפגיעה בשלטון החוק; חומרת ההפרה; אופן התקיפה: האם מדובר בתקיפה ישירה או בתקיפה עקיפה של ההחלטה; מיהות התוקף: האם ההחלטה מותקפת על ידי אדם שנפגע במישרין מן ההחלטה או על ידי אדם אחר; מתי מותקפת ההחלטה; מה הנזק שנגרם לאדם בשל ההחלטה הפגומה ומה הנזק שעלול להיגרם לציבור אם תבוטל ההחלטה; האם הפרת הכלל משפיעה על אדם אחד או משתרעת על ציבור רחב; האם ההפרה נעשתה בתום לב; האם תוצאות ההפרה חדר-פעמיות או נמשכות וכדומה<sup>110</sup>. הבחנות אלה ורבות אחרות יובאו בחשבון ויאוזנו על ידי האינטרסים האחרים הנאבקים על הבכורה. האיזון הסופי אמור להוביל אל התוצאה המתאימה בנסיבות העניין. על פי רעיון

- 103 ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337; ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645.
- 104 גישה זו מבטאת את הדעה שלפיה ראוי לעתים להכיר בתוקפה של פעולה חרף היותה פגומה, כלפי מי שהסתמך עליה. יצוין כי מתעוררת השאלה אם עיקרון זה חל גם כאשר הפגם האמור עניינו בחוסר סמכות. שופטי הרוב בבג"ץ עיריית קרית גת (לעיל, הערה 89) סברו שהסתמכות צריכה להטות את הכף גם במקרה כזה, ולנקודה זו הייתה גם דעת רוב בע"פ סוסן (לעיל, הערה 92).
- 105 לשני המובנים האמורים של הבטלות היחסית ראו ברק-ארוז (לעיל, הערה 95), בעמ' 531-532.
- 106 ראו בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291 (להלן: בג"ץ באקי), 305.
- 107 ראו י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב, תשנ"ו), 683.
- 108 ראו בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678 (להלן: בג"ץ אסולין), 694.
- 109 ראו דותן (לעיל, הערה 96), בעמ' 632.
- 110 ראו בג"ץ רומיאו (לעיל, הערה 94), בעמ' 194-195; בג"ץ באקי (לעיל, הערה 106), בעמ' 306-305; בג"ץ אסולין (לעיל, הערה 108), בעמ' 694.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

הבטלות היחסית גם הפרה מהותית של הכלל עשויה שלא להביא לבטלות מוחלטת של הפעולה המינהלית<sup>111</sup>. השאלה אם יש צידוק ענייני לבטלות נבחנת "בחינה פונקציונלית ולא בחינה טכנית ופורמלית"<sup>112</sup>. אכן, לעתים התוצאה היא שההחלטה המינהלית בטלה מעיקרה, אך לעתים ההחלטה תהא בטלה רק כלפי אדם מסוים, בהליכים מסוימים, ולא תהא בטלה כלפי אנשים אחרים; לעתים ההחלטה תהא ניתנת לביטול ממועד מסוים; לעתים היא תעמוד בתוקפה על אף הפגם שנפל בה ועוד<sup>113</sup>.

תורת הבטלות היחסית עוררה לא מעט ביקורת. נטען למשל כי היא פוגעת בוודאות המשפטית, שכן אין לדעת במידת הוודאות הראויה מה תהיה התוצאה במשפט. על כך השיב השופט יצחק זמיר תשובה כפולה:

ראשית, מידת הוודאות תגדל עם הזמן ככל שההלכה תיעשה מוכרת יותר ומפותחת יותר, כפי שקורה בהלכות חדשות, ומכל מקום, אין בטענה זאת כדי למנוע קליטה של הלכות חדשות, ככל שהן ראויות. שנית, התפיסה המסורתית, לפיה חריגה מסמכות גורמת לבטלות מוחלטת, אף שלכאורה היו בה ודאות ופשטות, בפועל היתה מורכבת מאד ואף רחוקה מוודאות משפטית. בית המשפט פעל על סמך תפיסה זאת רק במקרים מעטים, קיצוניים ופשוטים, ואילו במקרים מורכבים הוא התעלם מתפיסה זאת או עקף אותה בדרכים שונות. אכן, המציאות מורכבת, והתפיסה המסורתית, לפיה כל חריגה מסמכות מובילה לבטלות מוחלטת, אינה הולמת את המציאות. היא מתעלמת מן המיוחדות של כל מקרה... תורת הבטלות היחסית, לעומת זאת, מתייחסת למיוחדות של כל מקרה. לצורך זה היא מפרידה בכל מקרה בין הפגם לבין הסעד, ומתאימה את הסעד, לא רק לפגם, אלא גם לנסיבות אחרות של המקרה. תורה זאת עושה אינדיבידואליזציה של הסעד. בכך היא גם משקפת את הדין המצוי וגם מבטאת את הדין הרצוי<sup>114</sup>.

אכן, אף לדעתי אין בפגיעה בוודאות המשפטית כדי לשלול את תחולת הדוקטרינה, שכן יתרונותיה, ובראש ובראשונה היכולת להתאים את הסעד למקרה הקונקרטי, עולים בהרבה על חסרונותיה. הדברים מקבלים משנה תוקף בכל הנוגע לעילת האכיפה הסלקטיבית. עילה זו חלה גם במצבים של אכיפה פלילית, שבהם פעמים רבות אין חולק שהנאשם עבר את

111 ראו ע"א 1842/97 עיריית רמת-גן נ' מנחמי מגדלי רמת-גן בע"מ, פ"ד נד(5) 15, 22; בג"ץ 2053/96 אמקור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד כג(1) 193, 203.

112 בג"ץ 400/89 לויט נ' נשיא בית הדין הצבאי במחוז שיפוט הדרום, פ"ד מג(3) 705, 711.

113 ראו בג"ץ רומיאו (לעיל, הערה 94), בעמ' 194-195.

114 רע"פ גיספן (לעיל, הערה 93), בעמ' 685-686.

## אכיפה סלקטיבית

העבירה וכל שעומד לזכותו הוא טענת הגנה בדבר אכיפה סלקטיבית של הדין. חוסר האהדה לטענה זו, הוביל בעבר לאי-הכרה בעילה. תוצאה קיצונית הפוכה, שלפיה הוכחת העילה תוביל בכל מקרה לבטלות כתב האישום, תגרור ניסיונות של השופטים להתחמק ולעקוף את התוצאה. לעומת זאת אינדוידואליזציה של הסעד תאפשר לבחון בכל מקרה נתון את המידה שבה הסלקטיביות שבאכיפה פגעה בנאשם הקונקרטי ולהתאים לכך את הסעד, כמו גם ליתר נסיבות המקרה<sup>115</sup>.

עוד נטען כי יש בתורת הבטלות היחסית משום פגיעה בחוזקה של הזכות המינהלית. טענה זו מניחה שאין ערך לזכות שאינה מוגנת על ידי מערכת סעדים אפקטיבית, ובמשפט הציבורי – התוצאות שבית המשפט מייחס להפרה המינהלית משקפות את חוזקה של הזכות. ההגנה על הפרט מפני ההפרה המינהלית משקפת שתי מטרות המשלימות זו את זו: ראשית, ריפוי העוול שנגרם לפרט, ושנית, חיזוק מעמדם של ערכי היסוד של השיטה ובכלל זה שלטון החוק. משמעות תורת הבטלות היחסית בתחום הציבורי היא מתן תוקף לפעולות שיש בהן פגיעות בלתי חוקיות בזכויות, במצבים שבהם בית המשפט סבור כי העוול שנגרם לפרט ניתן לתיקון. כלומר, בית המשפט מוחל על הפגיעה בפרט וההגנה שניתנת לזכויותיו כלפי השלטון – הופכת להגנה רופפת<sup>116</sup>. על פי גישה זו נעשתה כאן במשתמע אנלוגיה בעייתית לדיני החוזים<sup>117</sup>: דין הבטלות של החוזה הבלתי חוקי נובע משיקולים של טובת הכלל, וכאשר בית המשפט מוחל על תוצאת הבטלות, הוא מצמצם את מידת ההגנה על האינטרס הציבורי, למען עשיית צדק במקרה הפרטי. לעומת זאת כאשר מופעלת תורת

115 ניתן לומר כי גישה זו התקבלה בפרשת בורוביץ (לעיל, הערה 40), שבו אמר בית המשפט: "נמצא, כי אם נוכח בית-המשפט הדין באישום הפלילי, כי בהגשת כתב-האישום יש משום אכיפה בררנית וכי קיום ההליך כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, בידו הסמכות לנקוט אמצעים ראויים לתיקון הפגיעה. יש שימצא כי הפגיעה אינה מצדיקה לבטל את כתב-האישום וכי תיקונה של הפגיעה יכול שיושג באמצעי יותר מתון, כגון בהקלת עונשו של הנאשם..." (ראו שם, בעמ' 816). ראו גם דברי השופטת מרים נאור בבר"ם 7515/07 גלינה בר בע"מ נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 5.9.07): "אף אם אניח כי טענת האכיפה הסלקטיבית מבוססת לכאורה, אין הדבר מחייב מתן הסעד המבוקש, שמשמעו אי אכיפת הדין על המבקשת".

116 ראו ברק-ארז (לעיל, הערה 95), בעמ' 521-523. לדעת פרופ' ברק-ארז הבטלות היא יחסית במובן זה שהיא פונקציה של צד והליך, אך הזכות כלפי הרשות היא מוחלטת ואכיפתה אינה צריכה להיות מותנית בשאלה אם נגרם עיוות דין, שכן הפגיעה בזכות היא עצמה עיוות דין ופגיעה בשלטון החוק (שם, בעמ' 544).

117 לדעת פרופ' ברק-ארז התפתחות התורה של הבטלות היחסית במשפט הציבורי לוותה במודעות לכך שלתורה זו יש כבר אחיזה במשפט הפרטי, ובייחוד בדיני החוזים שבהם תוצאת הבטלות של חוזה פסול ניתנת לריכוך על פי סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; ראו ד' ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה (תש"ס) 95, 109.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

הבטלות היחסית בתחום המשפט הציבורי, בית המשפט מוחל על זכות הפרט ומצמצם את ההגנה עליה בשם טובת הכלל.

דומה כי בעייתיות זו מובנת כאשר עסקינן בעילות ביקורת "ותיקות", כגון חוסר סמכות או פגיעה בכללי הצדק הטבעי, אשר הובילו באופן מסורתי לבטלות מוחלטת. אך בעייתיות זו אינה קיימת במקרה של אכיפה סלקטיבית, שכן האלטרנטיבה היא אימתן הגנה כלל. כאמור, הקושי בקבלת טענת הגנה של אכיפה סלקטיבית, למשל בדין הפלילי, הוביל לכך שטענה זו לא הוכרה כלל ולא ניתנה כל הגנה כנגד סלקטיביות באכיפה. התוצאה הייתה שפרט שנגרם לו עוול נותר ללא סעד, ואף נפגם אחד הערכים החשובים ביותר בשיטתנו – השוויון. הכרה בעילה של אכיפה סלקטיבית תאפשר מתן הגנה לפרט, שכן נגרם לו עיוות דין במקרים של סלקטיביות פסולה באכיפה, ואילו החלת תורת הבטלות היחסית תאפשר את ריכוך התוצאה והתאמתה למקרה הספציפי, באופן שימנע פגיעה קשה מדי באינטרס הציבורי (למשל במצבים שבהם הצדק "יזעק" אם יבוטל כתב אישום או יזוכה נאשם אך בשל קבלת הטענה בדבר אכיפה סלקטיבית).

הביקורת על תורת הבטלות היחסית הייתה אחד הטעמים שהובילו את השופט יצחק זמיר למסקנה כי הביטוי "בטלות יחסית" אינו מוצלח, מטעה ואינו מתאר כראוי את מהות המושג. לפיכך הוא הציע תחילה להשתמש בביטוי שונה – "חוקיות יחסית"<sup>118</sup>, ומאוחר יותר הציע ביטוי מתאים יותר – "תוצאה יחסית"<sup>119</sup>. ביטוי זה מבהיר טוב יותר שמדובר בתוצאות הפגם ומכאן גם נובע כי התוצאות, לרבות הסעד שיינתן על ידי בית המשפט הן יחסיות, במובן זה שהן עשויות להשתנות ממקרה למקרה. על בעייתיות הכינוי, מחד, ועל חשיבות יחסיות התוצאה, מאידך, עמד גם השופט מישאל חשין:

...הכינוי "בטלות יחסית", בראשיתו, תיאר נכונה סוג מסויים של מקרים שבאו בגדריו... במהלך השנים נתרחבה היריעה במאוד, ואל מקרי הבטלות היחסית המקוריים סיפחו עצמם סוגי מקרים נוספים, שאף ש"יחסיות" היתה בהם – בהם, כבכל עניינים הבאים להכרעה שיפוטית – בטלות הייתה מהם והלאה. משאירע כך, לא עוד הלם המושג המקורי של "בטלות יחסית" את סוגי המקרים שהוא כנס תחתיו, ומערכת "הבטלות היחסית", כביכול, החלה נדמית יותר ויותר לנער מגודל הלוּבש מכנסיים שהותאמו לו בהיותו ילד. השופט זמיר מציע כי תחת המושג "בטלות יחסית" נביא את המושג "תוצאה יחסית"... לוייה-כן. עיקר הוא שנדע, כי היחסיות הטבועה במשפט מטיבעו הפכה בימינו ליחסית עוד יותר משהייתה בעבר. תחת הברזל והפלדה באים הפלסטיק וריצודי-האורות במחשב, ותחת הסטטוס

118 ראו רע"פ הראל (לעיל, הערה 91), בעמ' 643.

119 ראו רע"פ גיספן (לעיל, הערה 93), בעמ' 688-689.

## אכיפה סלקטיבית

והיחס *erga omnes* באו היחסיות והיחס *ad personam*. הנה זה חזרנו אל תחילת הדרך: לא עוד נישלט אך בידי מושגים אפריוריים ונוקשים. ייעודו של בית-משפט הוא לעשות צדק בין איש לרעהו: *Justice between person and person*; וביודענו זאת נוסף ונדע מה היא אותה יחסיות שאנו מדברים בה<sup>120</sup>.

## ד. הסעד הראוי

### 1. תוצאה יחסית

משהוכחה אכיפה סלקטיבית, הסעדים המובהקים שיכול, כאמור, בית המשפט לתת במסגרת הביקורת השיפוטית הראשונית, הם מניעת האכיפה או הגשת האישום – כאשר העניין מועלה בתקיפה ישירה – וביטול האישום – כאשר הטענה נטענת בתקיפה עקיפה. אלא שסעדים אלה קיצוניים ולא תמיד יתאימו לנסיבות העניין. על מנת למנוע מצב שבו בית המשפט יירתע מהכרה בעילה בשל הסעד הקיצוני הנלווה לה, יש לאמץ לדעתנו את דוקטרינת ה"תוצאה היחסית" ולאפשר לבית המשפט להעניק סעד המתאים לנסיבות העניין. דהיינו במקביל להרחבה המוצעת של הגדרת עילת האכיפה הסלקטיבית מעבר למצבים המכוסים על ידי העילה האמריקנית, יש לאמץ את תאוריית הבטלות (התוצאה) היחסית ולהקנות לבית המשפט גמישות בקביעת הסעד.

ברומה למצבים שבהם מועלית טענת השתק כנגד רשויות מינהליות<sup>121</sup>, על בית המשפט לבחון את ההשלכות של מתן נפקות לדפוס האכיפה הסלקטיבית במקרה הנדון. במילים אחרות, השאלה היא מה הם הנזקים שייגרמו אם תושתק הרשות מלאכוף את החוק במקרה הנוכחי. במסגרת זו יש להביא בחשבון כמובן את מידת הפגיעה בשלטון החוק (וכאשר מדובר בעבירה פלילית – מידת הפגיעה בערך המוגן על ידי העבירה) ובתקנת הציבור, אל מול מידת הפגיעה באינטרסים של הפרט המעורב. במסגרת בחינתה של תקנת הציבור, יש לזכור כי גם הפרט הנפגע הוא חלק מן הציבור, ועל כן יש להתחשב גם בפגיעה שתיגרם לו אם לא יאופשר לו למנוע את האכיפה. בכלל זה יש להביא בחשבון את נזקיו של הפרט הנגרמים לא מהאכיפה כשלעצמה, שכן אין ספק שכל אכיפה כשלעצמה גוררת נזקים האינהרנטיים להפעלת הסמכות. הנזקים הרלוונטיים הם אלה הנגרמים מהסלקטיביות שבאכיפה<sup>122</sup>. זאת ועוד, את מידת הפגיעה בשלטון החוק שתיגרם ממניעת הרשות מלאכוף

120 ע"פ 7569/00 יגודיב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 529, 579. ראו גם דבריו בבג"ץ 2274/99 שפיר נ' בית-הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד נו(1) 673, 712.  
121 לדיון נרחב ראו לעיל, פרק חמישי, סעיף ב5.  
122 כגון פגיעה כלכלית או פגיעה ביכולת התחרות, פגיעה קשה בשוויון בפני החוק וכדומה. לפירוט השיקולים ראו להלן, סעיף ד2.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

את החוק במקרה הנדון, יש לאזן לדעתי עם מידת הפגיעה בשלטון החוק, בציות לחוק ובאמון הציבור במערכת המשפט – במקרה שכן תתאפשר האכיפה. שכן יש לזכור שאכיפה סלקטיבית גוררת לא רק נזקים לפרט אלא אף נזקים לחברה בכללותה<sup>123</sup>. כל אלה צריכים להיות מובאים בחשבון במסגרת האיוון שיערך בביקורת השיפוטית על סמכויות האכיפה. לאור כל האמור, בקצה האחד של הסקלה מצויה התוצאה של מניעת האכיפה. כאשר המדובר באכיפה פלילית, משמעות הדבר בטלות האישום או מניעת הגשתו מראש על ידי מתן הוראה ליועץ המשפטי לממשלה לעכב את ההליך. תוצאה זו תתאים לנסיבות שבהן העוול שנגרם לפרט גדול במיוחד ואילו הנזק הציבורי שייגרם ממניעת האכיפה אינו רב. בקצה השני של הסקלה מצויה התוצאה של אי מתן כל סעד, כאשר הנזק הציבורי ממניעת האכיפה עולה לאין שיעור על העוול שנגרם לפרט. בתוך מצויים מצבים רבים, שיכולים להוביל לסעדים רבים ומגוונים, התלויים בשיקול דעתו של בית המשפט, שאמור לחתור להגשמת הצדק הקונקרטי בנסיבות העניין.

## 2. שיקולים משפיעים בקביעת הסעד

רשימת השיקולים שיכול שישפיעו על שיקול דעתו של בית המשפט במסגרת קביעת הסעד אינה רשימה סגורה. עם זאת ניתן להעלות כמה קריטריונים שראוי שבית המשפט ייתן עליהם את דעתו במסגרת קביעת הסעד.

### (א) לא יינתן סעד שיש בו משום הוראה לרשות להפר את החוק

הלכה פסוקה היא כי גם במצבים שבהם הוכחה טענת אפליה, בית המשפט לא ייתן סעד שיש בו משום הוראה לרשות להפר את החוק<sup>124</sup>. כך היה בעניין חליפה<sup>125</sup> שבו עתר העותר כנגד משרד התחבורה שאינו מעניק לו רישיון לזוטובוס. כשהובהר לעותר במהלך

123 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף א' 5.

124 זהו למעשה המצב השני שנדון על ידי השופט ברק בבג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191 (להלן: בג"ץ חוקה למדינת ישראל), בעמ' 202-204. במצב זה אין לפלוני ולאחרים זכות המוגנת בדין ואין לרשות המינהלית שיקול דעת להעניק את אותה זכות. חרף זאת מעניקה הרשות המינהלית את אותה טובת הנאה לאחרים ואינה מעניקה אותה לפלוני ובכך מפלה אותו ביחס לאחרים. במקרה כזה האפליה בטלה, אך אין בכוח ביטולה להעניק לפלוני זכות שהדין אינו מאפשר להעניק לו. בית המשפט לא יצווה על הרשות לעשות מעשה אשר עומד בניגוד לחוק. תרופתו של פלוני במצב זה היא בעלת "היבט שלילי" – מניעת טובת ההנאה שניתנה שלא כדין לאחרים, ולא בעלת "היבט חיובי" – הענקת טובת ההנאה לעצמו. לדעה שלפיה אין מניעה מלחייב רשות שלטונית למלא את חובתה לפעול באופן עקיב, גם כאשר מילוי חובה זאת כרוך בהפרה של חובה משפטית אחרת ראו א' בנדור "שוויון ושיקול-דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" ספר שמגר (חלק א, תשס"ג) 287, 305.

125 בג"ץ 221/99 חליפה נ' משרד התחבורה, פ"ד נג(5) 567.



## אכיפה סלקטיבית

ההתדיינות כי על פי תקנות התעבורה, תשכ"א-1961 והמדיניות של משרד התחבורה אין אפשרות לתת רישיון כזה אלא למי שפועל במסגרת תאגיד מוניות, הוא טען כי משרד התחבורה מאפשר לזוטובוסים שאינם מוניות לפעול כמוניות ומנה רשימה של מוניות הפועלות בסביבה שבה הוא פועל וקיבלו רישיון, אף כי אינם עונים לדרישות התקנות. התברר כי בשנים מסוימות לא נאכפו התקנות, ומכיוון שחידוש הרשיונות הוא אוטומטי ולא נערכה בדיקה מסודרת בעניין, חלק מן המוניות המשיכו לקבל רשיונות בניגוד לתקנות. השופט יצחק זמיר העלה את השאלה אם העובדה כי יש לפחות תשע מוניות מסוג זוטובוס שניתן להן רישיון לנסיעה מיוחדת בניגוד לתקנות התעבורה, יש בה לחייב את משרד התחבורה לתת רישיון כזה גם לעותר והשיב על כך בשלילה:

הכלל הוא, כי אם מתברר שרשות מינהלית פעלה בניגוד לדין במקרה אחד או במקרים אחדים, אין בכך יסוד לחייב אותה לפעול בניגוד לדין במקרים נוספים. בית המשפט לא יצווה על הרשות לשוב ולהפר את הדין, אפילו אם מתברר כי הפרת הדין בעבר גרמה הפליה. הדרך הנכונה ללכת בה, במצב כזה, היא לפעול ככל שניתן להפסיק את הפרת הדין, וכך לסלק את ההפליה<sup>126</sup>.

בית המשפט יורה אפוא במצבים כאלה לאכוף את החוק גם כנגד אחרים<sup>127</sup>. ואכן, בעניין חליפה משרד התחבורה הצהיר שעם תום תקופת הרישיון הנוכחית, לא יוארכו עוד רשיונות שניתנו שלא כדין.

לאור זאת יש, לדעתי, להבחין בין שני מצבים: במצב הראשון נדרש סעד מהרשות שמשמעותו הפרת החוק, כגון מתן רישיון, אשר ניתן שלא כדין לאחרים. במצב השני נטענת אכיפה סלקטיבית של הפעילות הנעשית בניגוד לרישיון. הסלקטיביות במצב השני יכול שתנבע או מאפליה בשלב מתן הרשיונות או מאפליה בשלב האכיפה, דהיינו אכיפת החוק רק כנגד מיעוט מהמפרים. בעוד במצב הראשון, רק במקרים נדירים ביותר יורה בית המשפט לרשות להפר את החוק<sup>128</sup>; הרי שבמצב השני סעד חיובי אין משמעו מתן הוראה לרשות

126 שם, בעמ' 575.

127 ראו גם דברי השופט חשין בפרשת אלוני (לעיל, הערה 54), בעמ' 10: "וניתן דעתנו לדבר: אין העותרות מלינות על-כך שהמדינה עושה לאכיפת החוק עליהן. לו על כך הלינו לא שמענו להן, והרי בעשותה את שהיא עושה מקיימת המדינה חובה שהוטלה עליה... [העותרות] תובעות הן מן הרשויות כי תעשינה לאכיפת החוק על אחרים כפי שעושות הן לאכיפת החוק עליהן לא יותר אך גם לא פחות. בכך צודקות הן".

128 למקרה נדיר שבו הורה בית המשפט לרשות לפעול בניגוד לחוק, תוך שימוש בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה המאפשר לתת סעד למען הצדק ראו בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לזכויות קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102, 106-107: "אמנם, ככלל, יירתע בית המשפט הגבוה לצדק מלהעניק, מכוחו של סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, סעד אשר אינו עולה בקנה אחד עם דבר חקיקה אחר, אף אם מעמדו הנורמטיבי נמוך יותר. ואולם, בנסיבות

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

לפעול בניגוד לחוק, אלא הוראה להפעיל את שיקול דעתה באופן שוויוני. משמעות ההפעלה השוויונית של שיקול הדעת במקרה זה כוללת התחשבות באפליה שהייתה קיימת בעבר במתן הרשיונות או באכיפה<sup>129</sup>. ניתן לומר כי ההבדל בין המצבים מבטא למעשה את ההבדל בין אפליה "רגילה", שמשמעה יישום סמכות חוקית על ידי הרשות או הפעלת נורמה מינהלית באופן מפלה, לבין אכיפה סלקטיבית אשר מוסיפה לאמור את האלמנט של הפרת החוק על ידי האזרח או אילווצו להפר את החוק בשל אי-מתן רישיון או היתר הנחוצים לפעילותו<sup>130</sup>.

דומה כי בתי המשפט לא תמיד עמדו על ההבדלים הללו. בעניין המילטון 2000 בע"מ<sup>131</sup> נדונה בבית המשפט המחוזי, בשבתו כבית המשפט לעניינים מינהליים, עתירה לחייב מועצה אזורית להעניק רישיון להצבת שלטים בניגוד לחוק הדרכים (שילוט), תשכ"ו-1966 ולתקנות הדרכים (שילוט), תש"ם-1980. השופטת דרורה פלפל קבעה כי:

העובדה שקיימת מגבלת כוח אדם באכיפה אין בה כדי לגרור הכשרת השלטים כנגדם נעשתה האכיפה, אלא הדבר מחייב כי לאחר סילוק כל השלטים העומדים בראש סדרי העדיפויות, יעברו הרשויות לסילוק השלטים המצויים בדרגים הנמוכים יותר בסולם העדיפויות.

טענת העותרת כי היות ומוצבים בשטחי המועצה שלטים שהצבתם אינה חוקית יש ל"השוות" את מצבה אליהם, משוללת כל יסוד חוקי והגיוני.

חריגות ויוצאות דופן, כאשר המקרה 'זועק לשמיים' ואין דרך חוקית אחרת להושיט בו 'סעד למען הצדק', לא מן הנמנע כי בית המשפט ייזקק לסמכות 'בלתי קונוונציונאלית' זו. במקרה שלפנינו, מדובר במצב 'קפקאי' ממש, אשר אמנם זועק לשמיים...". לביקורת על פסק הדין, ראו א' בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו (תשס"ג) 309, 305: "גם אם לא היה אפשר לתת לעותרים בבג"ץ הפורום את הסעד שנתבקש... אין בכך כדי להצדיק קונסטרוקציה חוקתית מוזרה, מלאכותית ובלתי-ראויה, הגוזרת מסמכות בג"ץ לתת סעד 'למען הצדק' עליונות כוללנית של הצדק על-פני כל חוקי המדינה". לתמיכה בפסק הדין ראו נ' רימלט "בית-המשפט העליון: בין דין לצדק" משפט וממשל ו (תשס"ג) 311.

129 השוו למצב השלישי שעליו מדבר השופט ברק בבג"ץ חוקה למדינת ישראל (לעיל), הערה 124), בעמ' 205. במצב זה החוק אינו מעניק לפלוני ולאחרים זכות. עם זאת החוק מעניק לרשות המוסמכת שיקול דעת להעניק את הזכות האמורה. משהחליטה הרשות השלטונית לקבוע מדיניות שלפיה האחרים זכאים לטובת הנאה מסוימת, הרי מחויבת היא, מכוח עקרון השוויון, להעניק טובת הנאה זו גם לפלוני. לשוני בין מצב זה לבין אכיפה סלקטיבית ראו דיון מורחב לעיל, פרק רביעי, סעיף 6.

130 להבחנה בין אפליה "רגילה" לבין אכיפה סלקטיבית ראו לעיל, פרק שני, סעיף א.

131 עת"מ (ת"א) 1130/03 המילטון 2000 בע"מ נ' מועצה אזורית חוף השרון, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 20.1.04).

## אכיפה סלקטיבית

את החוק יש לאכוף. מתן רשיון במקרה כזה כמוהו כמתן הרשאה חוקית להפרת החוק. הרשאה זו ברי שלא תינתן.

דברים אלה מוצדקים בהיות המקרה נופל למצב הראשון שתיארתי לעיל. לעומת זאת בפרשת ג'רבי<sup>132</sup> הורשע המערער בניהול עסק ללא רישיון בניגוד לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968 וטען לאכיפה סלקטיבית של החוק בתחומי העיר הרצליה. בניגוד למצב הקודם, זוהי סיטואציה שבה הרשות אינה מתבקשת לפעול בניגוד לחוק, אלא שבית המשפט מתבקש לתת נפקות משפטית לעובדה שהרשות מפעילה את שיקול הדעת שלה באכיפה באופן סלקטיבי. קשה להלום אפוא את דבריו של השופט זאב המר שלפיהם:

לא יעלה על הדעת שהדיון הפלילי בכתב אישום, יהפוך לדיון מינהלי בכל הסוגיות העשויות להתעורר במסגרת טענות אפליה, באישום על ניהול עסק ללא רישיון... לא מתקבל על הדעת שביהמ"ש האמור לדון באישום פלילי – ושאנינו מוסמך לחייב את רשות הרישוי או מוסדות התכנון ליתן רישיון עסק או היתר בניה או היתר לשימוש חורג – יעניק למעשה לעבריין הרישוי או הבניה, מעין היתר או חסיון שיאפשר לו לנהל עסק או לבנות, שלא כחוק, בלי הליכי הרישוי, ובלי צורך לקיים דרישות מסוי, בטיחות, איכות סביבה וכד'.

בדברים אלה יש למעשה עירוב תחומין בין בקשה למתן רישיון בניגוד לחוק, מכוח הזכות לשוויון, לבין טענה לאכיפה סלקטיבית, שגם אם לא היה בה ממש, הייתה ראויה במקרה זה לדיון ולא לדחייה על הסף<sup>133</sup>.

### (ב) מידת הפגיעה בשוויון

מבחינת ההגדרה המוצעת, האיסור שחל על רשויות האכיפה, משתרע לא רק על פעולה על יסוד סיווגים מפלים, כאמור בהלכה בארצות-הברית, אלא אף על פעולות שיסודן בשרירות, חוסר סבירות, שיקולים זרים או חוסר מידתיות, ככל שאלה מובילים לאכיפה סלקטיבית של החוק. אכן, פגיעה בשוויון וחוסר צדק – קיימים בכל מקרה של אכיפה סלקטיבית פסולה<sup>134</sup>. גם כאשר האכיפה מופנית כלפי אדם שלא בשל השתייכותו לקבוצה מופלית מסוימת – אכיפת החוק באופן סלקטיבי כנגדו מלווה בתחושות קשות, ובמקרים מתאימים ראוי שיזכה לסעד. אלא שכאשר ביסוד האכיפה הסלקטיבית הפסולה עומד סיווג

132 ע"פ (ת"א) 80074/99 ג'רבי נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.3.00).

133 פסק הדין צוטט על ידי בית משפט השלום בת"פ (ת"א) 4162/02 מדינת ישראל נ' פולק, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 15.2.04) שגם בו נדחתה טענת אכיפה סלקטיבית בהקשר של עבירות בנייה ללא היתר.

134 לדיון נרחב בעקרון השוויון בהקשר זה ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף 33.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

מפלה על רקע קבוצתי, יש בכך חומרה יתרה. ראשית, משום שלא זו בלבד שהסיווג, שעל בסיסו בוצעה האכיפה, לא הותר על ידי המחוקק (מצב שכשלעצמו מהווה בסיס לסלקטיביות פסולה), אלא שהוא סיווג שיש בו משום השפלה. בארצות-הברית לגבי קבוצות מסוימות נקבע מבחן "המיון החשוד". הבחנות המתייחסות לקבוצות אלה מוגדרות כ"חשודות" או "מעין חשודות" מאחר והאפליה כנגדן טבועה עמוק. בית המשפט יתייחס בחשד למיון רציונלי כביכול, במקום שהוא מקפח את אחת הקבוצות הללו, ויעביר אותו בביקורת קפידה. כך למשל, סיווג על בסיס מין הוא סיווג "מעין חשוד", וסיווג על רקע דת, גזע ולאום נחשב לסיווג "חשוד"<sup>135</sup>. בארץ מדרוג הפגיעות בשוויון טרם התבסס לכדי מדרוג מובנה<sup>136</sup>, אך ברור כי החלטות הנגועות באחת מן ההבחנות ה"חשודות" או ה"מעין חשודות" נבחנות ביתר חומרה<sup>137</sup>. שנית, סיווג על בסיס קבוצתי תורם ליצירה או להנצחה של חלוקות הרסניות בקרב החברה. אם השלטונות, במודע או שלא במודע, בוחרים לאכוף את החוק נגד קבוצת מיעוט מסוימת, הדבר גורר זיהוי של הקבוצה עם פעילות פלילית. קבוצות מיעוט אלה תסבולנה הן מתפיסה חברתית שלילית הן מדיכוי על ידי השלטונות, בכך שהן תשאנה על כתפיהן באופן לא פרופורציונלי את נטל האכיפה. אכיפה סלקטיבית על בסיס קבוצתי היא אפוא חמורה במיוחד, ולא בכדי גם בארצות-הברית פסק הדין הראשון, אשר יצר את העילה, עסק באפליה על רקע קבוצתי-לאומי<sup>138</sup>. בארץ, מוצע כי ניתן יהיה להקים את העילה גם ללא הוכחת רדיפה על רקע קבוצתי, עם זאת קיומו של ממצא כזה על ידי בית המשפט ראוי שישפיע על הביקורת השיפוטית. ראשית, ראוי שהביקורת השיפוטית במצב שבו הפגיעה היא בשוויון החוקתי תהיה קפידה יותר, במובן זה שבית המשפט יתערב אף בקריטריונים שגוררים סלקטיביות באכיפה, להבדיל ממתן סעד קונקרטי כנגד יישום סלקטיבי של קריטריונים ניטרליים<sup>139</sup>. שנית, ממצא שכזה

135 לפירוט ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף 2(ד).

136 בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 62 העלה הנשיא ברק את האפשרות ליצור גם בישראל מדרג של זכויות, לעניין דרישת התכלית הראויה לפגיעה בזכות היסוד. הרעיון שלפיו לעניין ההגנה על זכויות האדם בפני פגיעה בדין, לא כל הזכויות הן בעלות מעמד שווה התקבל סופית בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 11.5.06); ראו סעיף 53 לפסק דינו של הנשיא ברק. 137 ראו למשל דברי הנשיא ברק בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 27.2.06), בסעיף 20 לפסק דינו. ראו גם בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 136-137; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 275-276; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה, פ"ד נב(3) 630, 659.

138 פרשת *Yick Wo* (לעיל, הערה 84), אשר עסקה באכיפה סלקטיבית כנגד בעלי מכבסות סינים. 139 במצב שבו הרשות פוגעת בזכויות יסוד, כלל הריסון השיפוטי, שלפיו בית המשפט לא מחליף את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו אינו חל ובית המשפט מוכן להתערב *de novo* בקריטריונים. השוו לעניין חקיקה לדבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 389: "ריסון שיפוטי אסור לו שיביא

## אכיפה סלקטיבית

יכול להוביל לכיוון הקיצוני של סקלת הסעדים, עד כדי מניעת אכיפה או בטלות כתב אישום אם הוגש כבר<sup>140</sup>. כמובן שכלל זה אינו יכול להיות פשוטני, ועדיין יש להתחשב במה שמונח על הכף השנייה של המאזניים, דהיינו האינטרס הציבורי, וכאשר מדובר בעבירה פלילית – גם בחומרת האישום.

### (ג) פגיעה בזכויות יסוד נוספות מעבר לזכות לשוויון

השוויון כאמור הוא זכות עצמאית<sup>141</sup>, אשר הפגיעה בה כשלעצמה עשויה לזכות בסעד. עם זאת פגיעה בשוויון שביסודה שימוש בזכות חוקתית אחרת או הצטברות של פגיעה בכמה זכויות חוקתיות, מעצימה את העוול הנגרם לפרט כמו גם את האינטרס הציבורי במניעת האכיפה. אחת התופעות המוכרות במשפט המינהלי היא העלייה במידת ההקפדה על קיום החובות המוטלות על הרשות המינהלית, עם הגידול בעצמת הזכות או האינטרסים הנדונים<sup>142</sup>. כך למשל בית המשפט יקפיד הרבה יותר באכיפת דרישות פרוצדורליות, כאשר מדובר בהליכים פליליים, לעומת הליכים ציבוריים אחרים, הגם שהטעון בדבר חשיבותה של הגמישות של הרשות המינהלית תקף לא פחות בהליכים מהסוג הראשון<sup>143</sup>. עיקרון דומה חל כאשר בית המשפט בוחן את התשתית העובדתית המונחת ביסודה של החלטה מינהלית. לעניין זה נאמר כי "כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות"<sup>144</sup>. מצד אחר, ככל שהפגיעה בזכויותיו של העותר גדולה יותר, כך מידת ההוכחה המוטלת עליו לצורך הפרכת חזקת החוקיות של הרשות פחותה יותר<sup>145</sup>. עצמת הזכויות הנפגעות ראוי שתשפיע גם במישור הסעד, במובן זה שבית המשפט יטה יותר לבטל פעולות אכיפה במצבים של אכיפה סלקטיבית הפוגעת בכמה זכויות חוקתיות.

- לשיתוק שיפוטי. כאשר המחוקק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוקי היסוד, והפגיעה היא מעבר למידה הדרושה, אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה".
- 140 השו: A.L.-T. Choo *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings* (Clarendon, Oxford, 1993), 111: "The more serious the infringement, the greater the likelihood that the moral integrity of the criminal justice system, and hence judicial legitimacy, would be compromised by the continuation of the proceedings"
- 141 לדין נרחב, ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף ג' 2(א).
- 142 ראו מ' טמיר (יצחקי) "עילת חוסר הוודאות במשפט הציבורי" משפט וממשל ה (תש"ס) 497, 548.
- 143 R.B. Stewart "The Reformation of American Administrative Law" 88 *Harv. L. Rev.* 1667, 1699 (1975).
- 144 ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225, 250-249.
- 145 ראו בג"ץ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאמנויות נ' שר העבודה, פ"ד נד (4) 433, 445-446.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

הדוגמה הבולטת ביותר לפגיעה בשוויון, על רקע שימוש בזכות חוקתית אחרת, היא אכיפה סלקטיבית כנגד אדם על רקע שימוש שעשה בחופש הביטוי שלו<sup>146</sup>. ייתכן שעל רקע זה יש להבין את ההבדל בין פסיקתו של השופט יצחק זמיר בעניין זקין<sup>147</sup>, שבו הוא קבע כי הוכחה לכאורה של אכיפה סלקטיבית מערערת את חזקת החוקיות ומעבירה את הנטל לרשות להוכיח שהחלטה תקינה, לבין פסיקתו בעניין מוטיל<sup>148</sup>, שבה השופט ציין אמנם כי אין להקל ראש בטענת האכיפה הסלקטיבית, אך קבע כי העובדה כי עובדים רבים נוספים נוהגים לעבור את העבירה אינה מכשירה את העבירה. יתירה מזאת הוא הוסיף כי ראוי להיאבק בעבירה כזאת ביתר נחישות, גם כשמדובר באחד העבריינים, כדי שאחרים יראו וייראו. בעוד בעניין זקין האכיפה הסלקטיבית נעשתה על רקע שימוש שעשו תושבים בחופש הביטוי שלהם, באמצעות תליית כרזות המוחות כנגד ראש העיר, הרי שבעניין מוטיל דובר בעובד שעבר עבירה משמעתית וביסוד פעולתו לא עמדה זכות חוקתית כלשהי. לפי תפיסתו של השופט זמיר, כאשר אין מדובר באפליה על רקע קבוצתי, השוויון אינו משמש כזכות עצמאית העומדת על רגליה<sup>149</sup>. לפיכך כאשר ביסוד הפגיעה בשוויון לא עמד שימוש בזכות חוקתית אחרת, שהרי לעובד אין זכות לעבור עבירות משמעת, לא מצא השופט מקום להכיר באכיפה הסלקטיבית. עם גישה זו כאמור אין בידי להסכים, שכן על פי תפיסתי השוויון הוא זכות עצמאית והפגיעה הקשה לפרט נגרמת גם במצבים כדוגמת המקרה של מוטיל. עם זאת ההבדל בין המקרים יכול, לשיטתי, להשפיע על הסעד. ואכן, גם השופט זמיר ראה בכך שלא הושת על מוטיל עונש של פיטורין אלא אמצעי משמעת אחרים – התחשבות בטענת האכיפה הסלקטיבית במסגרת של העונש. לדעתי, באותו מקרה האכיפה הסלקטיבית הייתה חמורה דיה על מנת להביא לבטלות הדין המשמעתי, אך גם מפסק הדין כפי שהוא, יש ללמוד על נכונות של בית המשפט להתחשב בטענה במסגרת הסעד<sup>150</sup>.

- 146 לדוגמאות רבות מארצות-הברית ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף 2(ב).
- 147 לעיל, הערה 59.
- 148 לעיל, הערה 14.
- 149 ראו גישתו כפי שבוטאה במאמרם של י' זמיר, מ' סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (תש"ס) 165.
- 150 על רקע זה יש לקרוא למשל את הדרישה שהופנתה למערך ברירות המשפט במשרד לאיכות הסביבה לביטול הודעת תשלום קנס, שהוצאה לגברת ס"ד בעקבות תליית כרזת מחאה על עץ במהלך הפגנה מול ביתו של השר מאיר שטרית (מכתב מיום 26.11.03). לפי הנטען הגברת קיימה משמרת מחאה שקטה מול ביתו של השר במחאה על התבטאויותיו בזכות הקמת מדינה פלסטינית. במהלך אחת המשמרות היא תלתה על עץ סמוך כרזת קרטון, אשר הוסרה ממנו עם סיום משמרת המחאה. שוטר שהגיע למקום כתב תלונה ולמעלה משנה לאחר מכן הגיעה אליה הודעת תשלום קנס. נטען על ידי עו"ד אבנר פינצ'וק בשם גברת ס"ד כי הגשת האישום נגדה מהווה פגיעה קשה בחופש הביטוי וניצול לרעה של חוק שמירת הניקיון, תשמ"ד-1984 ושל מערך האכיפה במטרה להתנכל לאזרחים, המממשים את זכות היסוד שלהם לחופש ביטוי.

## אכיפה סלקטיבית

הדוגמה הקלאסית להצטברות של פגיעות חוקתיות היא כאשר לפגיעה בשוויון מתווספת פגיעה כלכלית, פגיעה ביכולת התחרות או פגיעה קניינית אחרת<sup>151</sup>. גם במצב כזה העוול הנגרם לפרט גדול במיוחד, ובהיעדר שיקולים כבדי משקל מנגד, כף המאזניים תיטה לעבר מתן סעד. אכן, סקירת הפסיקה הישראלית מראה כי מקרים רבים שבהם בחר בית המשפט לתת סעד היו כאלה שבהם לאכיפה הסלקטיבית לוותה פגיעה כלכלית או פגיעה ביכולת התחרות. כך היה למשל בעניין קולנוע דקל<sup>152</sup>, שבו עיכב בית המשפט את ביצוע הצו לסגירת בית הקולנוע בשבת בשל הפגיעה בתחרות עם בתי קולנוע אחרים, ובעניין אלוני<sup>153</sup>, שבו הורה בית המשפט למדינה לאכוף את חוק התקנים גם על מרצפות המיובאות מעזה.

נשאלת השאלה מה קורה כאשר הפגיעה בזכויות הנוספות, מעבר לשוויון, היא לא של מי שהחוק נאכף נגדו (כגון הנאשם), אלא של צדדים שלישיים. כאן לכאורה הלגיטימיות השיפוטית להפסקת ההליך קטנה יותר, משום שהצדדים השלישיים אינם חשופים לסטיגמות של הרשעה וענישה. עם זאת אם מדובר בהפרה חמורה של זכויות צדדים שלישיים, ייתכן שגם כאן יהיה טיעון חזק לטובת מתן סעד של מניעת האכיפה<sup>154</sup>. כך קרה למשל בעניין *Bargain City U.S.A., Inc v. Dilworth*<sup>155</sup>, שבו ביקש בעלים של חנות גדולה, אשר השכיר שטחים לזכיינים, למנוע מהמשטרה לעצור את העובדים של הזכיינים שלו מכוח החיקוק אשר אסר על מכירות ביום ראשון. לטענתו המשטרה אכפה את החוק באופן סלקטיבי רק כנגד בתי כלבו ואיפשרה לחנויות קטנות לבצע מכירות ביום ראשון. המבקש היה עלול להינזק, מאחר שהזכיינים – שלא היו מוכנים לשאת בסיכון של סנקציות עונשיות – עמדו להפסיק לעשות עסקים ביום ראשון, דבר שהיה עתיד לגרום להם ולו הפסדים כלכליים עד כדי סגירת הכלב<sup>156</sup>.

דברים אלה לשיטתו מקבלים משנה תוקף לנוכח האכיפה הבררנית, שנקטת בכל הנוגע לחוק שמירת הניקיון. "שעה שרחובות ודרכים מלאים 'מודעות פרסומת' לרוב באין מפריע יש יותר מטעם לפגם בהיטפלות למחאתה הצנועה והנקייה של גברת ס"ד". בהנחה כי העובדות – כפי שהן מוצגות על ידי בא כוח הגברת – נכונות, נראה כי יש בסיס לטענה כי מדובר באכיפה סלקטיבית של חוק שמירת הניקיון. הפגיעה בחופש הביטוי אשר ביסוד האכיפה הסלקטיבית, יש בה להצדיק את ביטול הקנס במקרה האמור.

151 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף 4.

152 לעיל, הערה 49.

153 לעיל, הערה 54.

154 השוו Choo (לעיל, הערה 140), בעמ' 112.

155 179 A. 2d 439 (1962).

156 לניתוח "הנוק הבלתי ניתן לתיקון" במקרה זה ראו Comment (לעיל, הערה 80), בעמ' 1137.

(ד) מידת תום הלב של הרשות

כאמור, בארצות־הברית הוכחת מניע או כוונה להפלות – מהווים תנאי להכרה בעילה של אכיפה סלקטיבית<sup>157</sup>. בארץ קיימים טעמים טובים שלא לעמוד על דרישה זו כתנאי להוכחת העילה<sup>158</sup>. עם זאת תום הלב של הרשות הוא גורם מרכזי שצריך להיות מובא בחשבון בקביעת הסעד<sup>159</sup>. כך למשל כוונה להפלות או עצימת עיניים בפני סלקטיביות פסולה, חמורים יותר מאשר טעות גרדא בשאלת היקף סמכותה של הרשות והסיווגים שהיא רשאית לבצע במסגרת סמכותה זו<sup>160</sup>. מבחינתו של קריטריון זה (ויודגש כי מבחינתו של קריטריון זה בלבד), האכיפה הסלקטיבית שהתעוררה בבג"ץ זקין<sup>161</sup> חמורה מזו שנדונה בע"פ תורג'מן<sup>162</sup>. בעוד שבעניין תורג'מן הסלקטיביות נבעה מכך שהרשות האוכפת – המשטרה – פעלה על פי סיווג שלא תאם את מטרות החוק, בכך ששמה דגש על ההיבט המטרדי שבעבירות הסרסרות לזנות<sup>163</sup>, הרי שבבג"ץ זקין העובדות דיברו בעד עצמן והעידו בעליל על חוסר תום הלב של הרשות האוכפת – העירייה. במקרה זה, לא זו בלבד שהעירייה פעלה על פי סיווג שאינו תואם את מטרות החוק, אלא שהיא השתמשה בסמכותה כדי להפעיל צנזורה כנגד ביקורת על ראש העירייה. אכיפת חוק העזר הרלוונטי רק כנגד מי שתלה כרוזת כנגד ראש העיר, אינה רק שיקול זר לחוק העזר, אשר מטרתו לדאוג לחזות העיר ולבטיחות התושבים, אלא שיש בה להעיד בבירור על חוסר תום לבה של העירייה בביצוע סמכותה לאכוף. ממצא זה מקנה חומרה יתירה לאכיפה הסלקטיבית וראוי שהדבר ישפיע בקביעת הסעד המתאים<sup>164</sup>.

157 ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ב2.

158 ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף ד1.

159 בריאיון שערכתי עם השופטת דורית ביניש, פרקליטת המדינה לשעבר, היא הביעה דעתה כי סעד של ביטול כתב אישום ראוי שיינתן רק במצב הקיצוני של מניע פסול או חוסר תום לב העומדים בבסיס האכיפה (ראו להלן, נספח ב). הממונה על ההגבלים העסקיים, דרור שטרם, הביע דעתו בריאיון שערכתי עמו (נספח ג) כי אם ביסוד האכיפה הסלקטיבית עומד שיקול זר, הרי שמבחינת כושר ההרתעה התוצאה המתחייבת היא בטלות האישום.

160 השו Choo (לעיל, הערה 140), בעמ' 112.

161 לעיל, הערה 23.

162 לעיל, הערה 10.

163 כאמור, לא זו בלבד שתלונות השכנים אינן שיקול זר אלא שמניעת מטרדים לשכנים היא פן אחד של העבירה, ולפיכך הבעיה אינה בכך ששיקול המטרד לשכנים נשקל, אלא בתוצאה הבלתי ראויה, שלפיה כמעט ורק המערערת הועמדה לדין. לניתוח נרחב ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף ד3.

164 דומה שגישה זו באה לביטוי בדבריה של שופטת השלום מרים דיסקין בת"פ (ת"א) 3969/02 מדור תביעות פלילי ת"א ג' יעקובסון, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 18.1.04). בהתייחס לטענת הסניגור לביטול כתב האישום בשל אכיפה סלקטיבית אמרה השופטת: "...הסעד שינתן בגין אכיפה ברגנית הוא סעד למניעת הפגיעה בעיקרון השוויון, ולא דווקא ביטול כתב האישום ועל כן על הסניגור להוכיח התעמרות של ממש בנאשמת". גם שופטת



(ה) מידת הסלקטיביות

משהוכחה סלקטיביות פסולה – הרי שקמה העילה. עם זאת המצבים שבהם מתעוררת אכיפה סלקטיבית הם שונים ומגוונים, בין היתר בהיבט של מידת הסלקטיביות, דהיינו עד כמה הפרט הנפגע הוא יחיד ומיוחד בקרב הקבוצה של הפרטים שהחוק יכול היה להיאכף כנגדם באופן פוטנציאלי. לעניין זה ניתן לומר כי "הכמות הופכת לאיכות" במובן זה, שככל שהפרט "סומן" מבין קבוצה גדולה יותר, או שהיחס בין מספר הפרטים שלגביהם מתבצעת אכיפה לבין מספר הפרטים שלגביהם היא לא מתבצעת גדול יותר, כך הסלקטיביות חמורה יותר והסעד צריך להיות בהתאם. מבחינה זו ע"פ תורג'מן מעלה חומרה מיוחדת, שכן עצימת העיניים של המשטרה והתביעה בפני התופעה של מכוני הליווי והעובדה שרק במקרים בודדים ונדירים, עקב תלונות השכנים, פעלו כנגד מכוני כזה – הובילו לתוצאה האבסורדית, שלפיה מבין מאות מכוני ליווי – המערערת הייתה אחת הבודדות שהועמדה לדין.

(ו) מידת החומרה של העבירה שביסוד האכיפה

אכיפה סלקטיבית מתעוררת בדרך כלל בעבירות שאינן חמורות במיוחד, דהיינו בעבירות מסוג *mala prohibita* (מעוות מכוח איסור), ולא בעבירות *mala in se* (מעוות מעיקרו)<sup>165</sup>. במצבים שבהם לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך במיוחד – קיימת כיום הגנה מפני האחריות הפלילית עצמה<sup>166</sup>. בכך נפתח פתח לביקורת שיפוטית על העמדה לדין במסגרת סייג זה, אשר מתחייב לאור פער שקיים לעתים בין הנורמה לבין המציאות, כאשר אל ההיבטים המתוארים באיסור מצטרפים היבטי מציאות נוספים המשפיעים על מידת האנטי-חברתיות<sup>167</sup>. עם זאת

בית המשפט המחוזי מיכאלה שידלובסקי אור, אשר סברה כי יש להוכיח "התעמרות שלטונית חדה ומכוונת" – לעניין אכיפה המתייחסת לארגוני טרור – ציינה כי משהוכחה אכיפה שכזו הסעד הוא בטלות ההחלטה, דהיינו חומרת ההתנהגות השלטונית תוביל לסעד הקיצוני ביותר. ראו ב"ש (י"ם) 1766/02 בן גביר נ' אהרונישקי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 18.9.02). בקשת רשות ערעור נדחתה; ראו רע"פ 3344/06 בן גביר נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 6.11.06).

165 לדיון ראו לעיל, פרק שני, סעיף ב1. לריבוי העבירות מכוח איסור ולקשר לפגיעה בשוויון וביחסיות באכיפת החוק ראו גם א' גול ענישה בהסכמה – חלופות להליכי משפט בפלילים (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2002), בייחוד בעמ' 39-38, 58-60.

166 זוהי הגנת זוטי דברים, אשר בסעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977: "לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".

167 ראו דבריו של פרופ' מרדכי קרמיצר ברב שיח "פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג (תשנ"ו) 15, 29.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

גם כאשר מדובר בעבירות איסור אשר אינן קלות עד כדי הקמת הגנה מפני אחריות פלילית, המקרים הם רבגוניים ותופעת האכיפה הסלקטיבית יכולה להתעורר בהקשר של עבירות בעלות חומרה שונה ואשר מגינות על אינטרסים ציבוריים מגוונים<sup>168</sup>. ייתכן כי במצבים אלה, מידת החומרה תתבטא לא במישור האחריות אלא במישור הסעד. אין ספק כי ככל שהעבירה שבה מדובר היא חמורה יותר, כך גדל האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין וקטן הסיכוי שבית המשפט ייתן סעד שיש בו למנוע את האכיפה<sup>169</sup>.

האינטרס הציבורי שעליו אמורות העבירות להגן, כמו גם הצורך להילחם בתופעות פסולות מסוימות ולהרתיע מפניהן, עמד ביסוד פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין מוטיל<sup>170</sup>. השופט יצחק זמיר הסכים כי התופעה של דיווח כוזב בכרטיסי נוכחות הייתה רווחת, אך עם זאת הוא קבע כי ההנהלה מילאה את חובתה בכך שהעמידה את המערער לדין משמעתי ואין לבוא אליה בטרוניה על כך. דומה כי ביסוד הפסיקה עומדת החומרה היחידה שייחס השופט לרישום דיווחים שאינם אמת, כעולה מדבריו שלפיהם:

דיווחים כאלה, תהיה הסיבה לדיווחים אשר תהיה, פסולים בעיקר בשל שלוש סיבות: ראשית, משום שאינם דיווחי אמת, ואין צורך להסביר את הפסול שבחתימת עובד, ביודעין, על דיווח שאינו אמת. מבחינה זאת הם אינם מוסריים. שנית, משום שהם מפריים את ההוראות המחייבות. לכן הם בלתי חוקיים. ושלישית, משום שהם משמשים את העובדים כדי לקבל מאוצר המדינה שכר שאינו מגיע להם<sup>171</sup>.

כאמור, דברים אלה הביאו, בין היתר, לדחיית הטענה בדבר אכיפה סלקטיבית. לטעמי, מאחר והוכח כי היה מדובר בתופעה רווחת אשר אחרים לא הועמדו לדין משמעתי בגינה – ייתכן מאוד שראוי היה כן להכיר בקיומה של אכיפה סלקטיבית פסולה. החומרה שבעבירה המשמעטית – ראוי היה שתבוא לביטוי בשאלת הסעד. כך למשל חומרה זו יכולה להוביל לאימתן הסעד הקיצוני של מחיקת האישום, מחד גיסא, ולענישה בעונש סמלי ביותר,

168 לגישה שלפיה גם כאשר מדובר בעבירה חמורה ראוי שלבית המשפט יוקנה שיקול דעת לבטל את כתב האישום ראו ז' סגל, א' זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז (תשס"ד) 42, 49: "לגישתנו, סמכות זו של בית המשפט אינה צריכה להצטמצם ל'זוטי דברים' בלבד. הלגיטימיות של הפעלת שיקול הדעת השיפוטי של בית המשפט לשם בחינת העניין הציבורי שבאישום אינה צריכה להיות בהכרח פועל יוצא מחומרת העבירה... ניתן אף לטעון שהאשמתו של נאשם, במקרה בלתי-ראוי בעבירה חמורה, מחייבת אף זהירות יתר והקפדה מירבית על כך שלא יוגשו כתבי אישום שאינם מוצדקים. הפעלתה של הביקורת השיפוטית יכולה למנוע עוול חמור ופגיעה בכבוד האדם".

169 השוו Choo (לעיל, הערה 140), בעמ' 114.

170 לעיל, הערה 14.

171 שם, בעמ' 872.

## אכיפה סלקטיבית

מאידך גיסא<sup>172</sup>. באופן זה היה ניתן לאזן בין החומרה שבעבירה והצורך להרתיע – הבאים לידי ביטוי בעצם ההרשעה המלווה בסטיגמה ובעינוי דין – לבין העוול הרב הנגרם לפרט בכך ש"סומן" לאכיפה בגין התנהגות, שלגבי חבריו לעבודה בחרה הרשות להתעלם ממנה. כמובן שלמתן עונש סמלי יכולה להילווה כוונה, המובהרת בפסק הדין עצמו, שלפיה במקרים הבאים – לאחר שהציבור יפנים את הפסול שבמעשה – כבר יינתן עונש ממשי.

### (ז) נסיבות נוספות

נסיבות נוספות, אשר יכולות להתייחס הן להתנהגותו של הפרט שהחוק נאכף כנגדו הן לפעולתה של הרשות האוכפת, יכול שישפיעו על הסעד<sup>173</sup>. דוגמה למצב שבו נסיבות הקשורות בהתנהגותו של הפרט השפיעו על הפסיקה הוא עניין פרנס<sup>174</sup>, שבו נדונה הרשעתו של המערער בבית הדין למשמעת של רשות השידור בגין עיסוק בעבודות פרטיות במקביל לעבודתו ברשות השידור, בניגוד לנוהל וללא היתר. המערער טען להפלייתו אל מול עובדים אחרים, שכן הנוהל לא נאכף במשך תקופה ארוכה ושררה "הפקרות" בכל הנוגע לביצוע עבודה פרטית ללא היתר. השופטת דוריית ביניש צטטה בהסכמה את השופט יצחק זמיר בעניין מוטיל ודחתה את טענת האכיפה הסלקטיבית, בקובעה כי העובדה שהנוהל לא נאכף תקופה ארוכה אינה מונעת מרשות השידור לשנות ממדיניותה הפסולה ולעמוד על קיום הנוהל. דומה שעל פסיקה זו השפיעה התנהגותו הפסולה במיוחד של המערער, אשר לא זו בלבד שעבד במקביל לעבודתו ברשות השידור בעבודה נוספת ללא היתר, אלא בחר לעשות זאת בערוץ מתחרה ובתכנית מתחרה, כמוסבר בפסק הדין:

172 המערער נענש בנוזיפה, הפקעת משכורת חודשית קובעת אחת והורדה בדרגה אחת למשך 18 חודשים. כאמור, השופט זמיר ראה בכך שהוא לא נענש בפיטורין, התחשבות באכיפה הסלקטיבית. לטעמי, העונשים שקיבל היו חמורים ביותר בהתחשב בעובדה שבמידה רבה הוא היה "שעיר לעזאזל".

173 כדוגמה למכלול שיקולים שהובאו בחשבון ראו פרשת בורוביץ (לעיל, הערה 40), בעמ' 942: "חומרת מעשיהם של המערערים, כשלעצמה, אכן הצדיקה – כטענת המדינה בערעורה – החמרה ניכרת בעונשיהם וחיוכם של שלושת נושאי המשרה שביניהם לשאת גם בעונשי מאסר לריצוי בפועל שלא בדרך עבודות שירות. בצדק, לדעתנו, טענה המדינה כי העונשים שנגזרו על הנאשמים האחרים, על-פי בקשת התביעה במסגרת הסדר הטיעון, אינם יכולים להוות אמת-מידה להענשתם של המערערים. עם זאת מקובלת עלינו גישתו של בית-המשפט המחוזי, שראה בעונשים אלה – לעניין העבירות שבהן הורשעו הן המערערים והן הנאשמים האחרים – נקודת מוצא שיש להתחשב בה ככאחד השיקולים שעל בית-המשפט להביאם בחשבון. זאת ועוד: כמו בית-המשפט המחוזי, אף אנו ראינו מקום להתחשב בשיקולים שבהם נמצא טעם להקלה בעונשי המערערים, ובהם רמת האכיפה הירודה של חוק ההגבלים בזמן הרלוונטי".

174 עש"מ 5205/01 פרנס נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד נו(2) 9.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

מדובר בתוכנית הדומה מאוד במתכונתה לתוכנית "בטברנה" בערוץ הראשון, ובתחילה היא אף שודרה במקביל אליה – באותו יום ובאותה שעה. מכאן ברור שמדובר בתוכניות מתחרות, ושעבודתו של המערער בתוכנית בערוץ השני יוצרת ניגוד אינטרסים ברור, העומד בניגוד לחובת הנאמנות של המערער למעבידתו – רשות השידור. ניגוד אינטרסים זה מתעצם אם ניקח בחשבון כי המערער ניצל את המוניטין שצבר בתוכנית "בטברנה" בערוץ הראשון כדי לעודד את הצפייה בתוכניתו החדשה בערוץ השני... בהקשר זה יש להוסיף כי גם התנהגותו של המערער בעניין שלפנינו, לא הייתה תמת-לב, שכן כפי שהמערער עצמו מודה, גם לאחר שבקשתו להיתר נדחתה, ולאחר שפנה לבית הדין לעבודה בעניין זה, עשה הוא דין לעצמו, והחל לעבוד בערוץ השני בלא היתר, ובניגוד להנחיות ולאזהרות מפורשות שניתנו לו על ידי הממונים עליו ברשות השידור<sup>175</sup>.

לטעמי, נסיבות אלה לא צריכות היו לייתר דיון מעמיק בשאלת האכיפה הסלקטיבית שנטענה. במידה וטענה זו הייתה נדונה ומתקבלת, חוסר תום הלב של המערער כמו גם החומרה היתירה שהתלוותה לעבירה המשמעתית שביצע – ראוי היה שישפיעו על הסעד. נסיבות מיוחדות יכולות להתלוות אף לפעולתה של הרשות. כפי שנסיבות של דחיפות, חירום או הכרח יכולים לפעול לטובת מחילה על התנהגות לא ראויה של הרשות המבצעת שאירעה בשלב של החקירה<sup>176</sup>, כך נסיבות דומות ואחרות יכול שישפיעו על הסעד, דהיינו יטו את הכף לכיוון של אי-מניעת האכיפה, אל עבר מתן סעד מינורי יותר או אי-מתן סעד כלל. כך למשל בפרשה שבה נטען על ידי נאשמים בהפעלת תחנות רדיו פירטיות, לאכיפה סלקטיבית, בשל העובדה שהחוק לא נאכף כנגד ערוץ 7, העלה נציג המדינה טענות שהיה בהן לשיטתו לגרום לכך שאין לייחס כל משמעות לפעולתו של ערוץ זה. טענות אלה אכן היו בעלות משקל, שכן מסתבר כי כנגד ערוץ 7 התנהלו הליכי חקירה, והליכי אכיפת החוק לא הושלמו משום שבית המשפט העליון עצר בעד המדינה בצו ביניים שניתן אגב דיון בבג"ץ, להשלים את ההליכים השונים ביחס לערוץ 7. למרות האמור, טענת האכיפה הסלקטיבית התקבלה בבית משפט השלום<sup>177</sup>, אך נדחתה לאחר מכן לגופה בבית המשפט המחוזי<sup>178</sup>, ואף בית המשפט העליון סבר כי לא הונחה תשתית עובדתית מספקת לטענת האכיפה הסלקטיבית<sup>179</sup>. אין ספק שבמקרה זה הנסיבות שסבבו את אי-אכיפת החוק כנגד ערוץ 7 השפיעו על דחיית טענת האכיפה הסלקטיבית. בהחלט ניתן לדמיין מצבים שבהם

175 שם, בעמ' 22.

176 השוו Choo (לעיל, הערה 140), בעמ' 113.

177 ראו ת"פ נחמני (לעיל, הערה 26).

178 ראו ע"פ באבו (לעיל, הערה 34).

179 ראו רע"פ תומר (לעיל, הערה 37).

## אכיפה סלקטיבית

נסיבות אובייקטיביות כאלה לא ימנעו את הקמת העילה כשלעצמה, אך עם זאת ישפיעו על הסעד. כך למשל גם אם בית המשפט המחוזי היה מאשר את פסיקת השלום שלפיה החוק נאכף באופן סלקטיבי כנגד הנאשם, לא היה הכרח להכריז על בטלות כתב האישום וניתן היה לתת לכך ביטוי אחר, כגון השפעה על הענישה.

נסיבות מיוחדות נוספות יכולות להתייחס גם ליכולת לאכוף את החוק שלא באופן סלקטיבי. קיימים מצבים מיוחדים שבהם היכולת לנהל מערכת מינהלית שתפעל ללא אפליה היא סבוכה ביותר. כזהו המקרה למשל בכל הנוגע לסרבנות מצפון סלקטיבית, דהיינו סרבנות לשרת בצבא בשל התנגדות למלחמה או לפעילות צבאית פלונית. חוסר היכולת לנהל אכיפה שוויונית, היה אחד הגורמים שהביאו את בית המשפט העליון בארץ לאשר את שיקול דעתו של שר הביטחון שלא להעניק פטור מחובת שירות מילואים בשל טעמים שבסרבנות מצפון סלקטיבית<sup>180</sup>. חוסר היכולת האינהרנטי לנהל אכיפה שוויונית השפיע כאן אפוא על החלטתו של בית המשפט לאשר את מדיניותו של שר הביטחון. הדעת נותנת כי הדבר יבוא לביטוי גם במישור הסעד, במצבים שבהם קיימת אכיפה, אך קשיים אינהרנטיים הופכים אותה לבלתי שוויונית.

גם מצבים של חוסר שוויון מהותי<sup>181</sup> יכול שישפיעו על הסעד. כך למשל קיימת טענה שהתושבים הערבים מופלים היסטורית ומבנית בכך שלא מאושרות תוכניות לגבי שטחי המגורים שלהם או שהם אינם מקבלים היתרי בנייה. בהנחה שטענה זו נכונה אזי ייתכן שהוצאת צווי הריסה כלפי יהודים הבונים שלא כחוק אך לא כלפי ערבים, גם אם מהווה אכיפה סלקטיבית פסולה, דהיינו קיימת עילה – לא ראוי לתת כנגדה כל סעד<sup>182</sup>.

180 בג"ץ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נז(1) 726. על קושי זה עמד גם השופט Marshall בפרשה שעסקה בסרבני מצפון שסירבו לשרת במלחמת וייטנאם; ראו *Gillette v U.S.* 401 U.S. 437, 456 (1971): "In short, it is not at all obvious in theory what sorts of objections should be deemed sufficient to excuse the objector, and there is considerable force in the Government's contention that a program of excusing objectors to particular war may be 'impossible to conduct with any hope of reaching fair and consistent results'". ראו גם M. Walzer *Obligations – Essays on Disobedience, War, and Citizenship* (Harvard, 1971), 143.

181 גישה של שוויון מהותי גורסת כי שוויון בתוצאה הוא היעד שאליו יש לשאוף, ולפיכך מן הראוי להתחשב בנתוני פתיחה שונים או בהבדלים אחרים, הקיימים בין האנשים או הקבוצות. ראו בהרחבה, פרק שלישי, סעיף ד4.

182 דוגמה זו של סלקטיביות באכיפת הפרות של חוקי התכנון והבנייה בין המגזר היהודי והערבי הובאה על ידי מפכ"ל המשטרה לשעבר, יהודה וילק, בריאיון שערכתי עמו (נספח ז). במגזר הערבי רווחת מאוד התופעה של הפרות חוקים אלה. עם זאת האכיפה קיימת בעיקר במגזר היהודי. לדעת וילק גם אם נביא בחשבון "עניינים אובייקטיביים של היעדר תוכנית מתאר", זו דוגמה לסלקטיביות. לטענות לסלקטיביות באכיפת חוקי התכנון והבנייה ראו גם בג"ץ 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

לבסוף, יודגש שנסיונות רלוונטיות שונות יכולות במקרים קיצוניים גם לגבור על עקרון השוויון. "השוויון הוא ערך יסודי... עם זאת, לא תמיד יהיה בכוחו של עקרון השוויון לגבור על עקרונות חשובים אחרים"<sup>183</sup>. בהתאם לכך נקבע בהתייחס לענישה ולמעצרים כי לעקרון השוויון יש לתת משקל ראוי, אך יש שאינטרס הציבור וטובת הציבור דורשים סטייה, במובן זה ששיבוש שאירע במקום אחד (כגון שחרור נאשם במקום שראוי היה לעצרו עד תום ההליכים) לא ראוי שיגרור שיבוש אחר<sup>184</sup>. במקרים מסוימים, נסיבות חריגות במיוחד הקשורות באינטרס הציבור יכול שתגברנה על עקרון השוויון, במובן זה שלא יינתן סעד על אכיפה סלקטיבית פסולה.

## ה. המסגרת הראויה לתקיפה

האופן שבו נתפסת טענה של אכיפה סלקטיבית פסולה ומהותו של הסעד משפיעים גם על המסגרת שבה יש להעלות את הטענה. לאחר שנסקור את המסגרות בארצות-הברית ובאנגליה, נעמוד על המסגרת הראויה להעלאת הטענה בישראל.

### 1. ארצות-הברית – המסגרת להעלאת טענות אכיפה סלקטיבית

בארצות-הברית שררה זמן רב אי-אחידות בפסיקה באשר לשאלה אם יש להעלות את טענת האכיפה הסלקטיבית כטענה מקדמית במשפט הפלילי, במטרה להוביל למחיקת האישום על הסף (dismissal), או כטענת הגנה במסגרת המשפט הפלילי עצמו, שמטרתה להוביל לזיכוי (acquittal). נטיית בתי המשפט הייתה לומר שהמסגרת הראויה להעלאת הטענה היא בקדם המשפט<sup>185</sup>. גם בספרות הובעה הדעה כי מחיקה ראויה יותר מזיכוי, שכן האכיפה הסלקטיבית אין עניינה בשאלת האשם או החפות, שאליה מתייחסות טענות הגנה<sup>186</sup>. מהבחינה המעשית ההבדל הוא בכך, שזיכוי מונע הרשעה עתידית בשל דוקטרינת "הסיכון הכפול", ואילו מחיקה על הסף אינה מונעת פתיחה של הליכים עתידיים נטולי אפליה<sup>187</sup>. כיום הכלל הוא כי יש להעלות טענה של אכיפה סלקטיבית לפני תחילת המשפט, במסגרת הליך של בקשת מחיקה על הסף (pre-trial motion to dismiss the indictment).

183 דברי השופט טירקל בבש"פ 4569/03 דורלשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 609, 612.

184 ראו למשל בש"פ 7686/03 רפייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 753, 764-765.

185 ראו Tinsley (לעיל, הערה 82), הערה 44 והטקסט שלידה.

186 ראו Comment (לעיל, הערה 80), בעמ' 1133.

187 שם, שם. כן ראו Tinsley (לעיל, הערה 82), הערות 50-52 והטקסט שלידן.

## אכיפה סלקטיבית

איהעלאת הטענה לפני המשפט תיחשב כוויתור עליה, לפחות במקרים שבהם לא קיימות נסיבות יוצאות דופן המצדיקות לאפשר את העלאת הטענה במהלך המשפט<sup>188</sup>. גם האפשרות לביקורת שיפוטית על סמכויות האכיפה בתקיפה ישירה קיימת באורח עקרוני. לבתי המשפט סמכות לצוות על רשות לקיים חובה המוטלת עליה בדין או להימנע מלעשות מעשה האסור עליה, אולם השימוש בסמכות רחבה זו מוגבל ביותר. בתי המשפט ייטו פחות להתערב בהחלטות שלא להעמיד לדין על ידי מתן צווי עשה, מאשר לתת צו מניעה כנגד החלטות העמדה לדין, אם כי גם במקרים מן הסוג השני מופעלת ביקורת שיפוטית במקרים מעטים ביותר. הסיבה לכך נעוצה, כאמור, בהקפדה על עקרון הפרדת הרשויות<sup>189</sup>.

## 2. אנגליה – המסגרת לפיקוח שיפוטי על רשויות האכיפה

בתי המשפט באנגליה נכונים להעביר ביקורת שיפוטית בתקיפה ישירה על רשויות האכיפה, אלא שעל פי רוב מוגבל הדבר למקרים נדירים שבהם התגלו מרמה, חוסר תום לב וכדומה. ההתערבות בהחלטות העמדה לדין של קטינים ליברלית מעט יותר, אך עדיין מצומצמת מאוד. מאחר שלא קיימת עילה מובחנת של אכיפה סלקטיבית במשפט האנגלי, האפשרות לטעון עילה זו בתקיפה ישירה בעייתית במיוחד<sup>190</sup>. לעומת זאת קיימת אפשרות לטעון "שימוש לרעה בהליך" בתקיפה ישירה, דהיינו במסגרת הליך המיועד באופן ישיר לביטול ההחלטה להגיש כתב אישום, וזאת במצבים שבהם העובדות שאינן שנויות במחלוקת מעוררות על פניהן את העילה. במצבים אחרים, ההליך הטבעי יותר – בפרט כאשר כתב האישום כבר נחתם – הוא העלאת הטענה כטענה מקדמית במסגרת ההליך הפלילי בו מתבררת האחריות בעבירה<sup>191</sup>. עם זאת העובדה שקיימת האפשרות לטעון את הטענה במסגרת ההליך הפלילי, אינה שוללת על הסף העברת ביקורת שיפוטית בתקיפה ישירה<sup>192</sup>.

188 *U.S. v. Gary* 74 F. 3d 304, 313 (1<sup>st</sup> Cir. 1996): "In the absence of exceptional circumstances... a claim of selective prosecution that is not raised before the trial is doomed waived". בקשה לרשות ערעור בפני בית המשפט העליון (certiorari) נדחתה; ראו *U.S. v. Westmoreland* 122 F. 3d 431, 434 (7<sup>th</sup> Cir. 1997). לוויתור על הטענה ראו גם *Gary v. U.S.* 518 U.S. 1026 (1996).

189 ראו לעיל, פרק חמישי, סעיף ג.

190 ראו לעיל, פרק חמישי, סעיף ד.

191 ראו *R. v. Croydon Justices, ex parte Dean* [1993] 3 All. E.R. 129, 134-135. כן ראו *Attorney General's Reference* (No 1 of 1990) [1992] 3 All. E.R. 169, 175.

192 ראו *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Mead and another* [1993] 1 All. E.R. 772, 783: "Nevertheless I cannot see why, if this court has jurisdiction to quash an executive discretion on well-recognized principles of judicial review, the fact that there is an alternative remedy in respect of some matters, i.e. abuse of process... should

### 3. המסגרת הראויה להעלאת טענות אכיפה סלקטיבית בישראל

עיקרון דומה לזה הקיים באנגליה התקבל בארץ בפרשת כץ<sup>193</sup>, לעניין העלאת הטענה של "הגנה מן הצדק" – המהווה ביסודה "טענת הגנה" – ובתור שכזו, מקומה הטבעי הוא במסגרת הדיון בערכאה הדיונית<sup>194</sup>. נקבע כי יהיה מקום לסטות מכלל זה ולהתיר את העלאת הטענה בעתירה לבג"ץ, רק כאשר התשתית העובדתית אינה מצריכה הוכחה ובמרכז הדיון עומדת "סבירות" החלטתו של היועץ המשפטי ולא אופייה ה"בלתי נסבל" של התנהגות הרשות לברור<sup>195</sup>. כאמור, טענה של אכיפה סלקטיבית אינה בהכרח טענת הגנה של משפט פלילי, אלא עילת ביקורת שיפוטית על הרשות המינהלית. לפיכך עדיין נותרת השאלה מהו ההליך המתאים להעלאת טענה זו.

ההבחנה המסורתית אשר שררה בארץ בין "בטלות" ל"נפסדות"<sup>196</sup>, באה לביטוי, בין היתר, בצורת התקיפה. לפי הגישה האמורה, אקט נפסד (ניתן לביטול) אפשר היה לתקוף רק בתקיפה ישירה, דהיינו בהליך הקיים בחוק והמיועד לאפשר את בחינת תוקפו החוקי של האקט המינהלי<sup>197</sup>; בעוד אקט שסווג כבטל ניתן היה לתקוף גם בהליכים של תקיפה עקיפה, כלומר בכל הליך משפטי שבו שאלת תוקפו של האקט מתעוררת, גם אם אינה מטרתו של ההליך וגם אם הכרעתה אינה מביאה לסיומו<sup>198</sup>. סיווג סוג התקיפה תאם את אופי הפגמים שתוצאתם הייתה בטלות או נפסדות ואת החומרה שייחסו בתי המשפט לפגמים אלה. פגמים שנגעו לסמכות או חוסר חוקיות (השקול כנגד חוסר סמכות) נחשבו חמורים במיוחד – גררו בטלות – ולפיכך איפשרו לכל בית משפט שדן בעניין כלשהו להימנע מלייחס תוקף משפטי לאקט הפגום, בעוד טענות לפגמים משפטיים אחרים

prevent direct access to this court if those remedies do not cover the whole ambit of the jurisdiction in judicial review"

- 193 בג"ץ 1563/96 כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(1) 529.
- 194 לעיקרון זה ראו למשל בג"ץ 230/07 עטון נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 1.3.07). כיום האפשרות להעלות טענה זו כטענה מקדמית במשפט הפלילי עוגנה מפורשות בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. לדין בתיקון לחוק ראו להלן, אחרית דבר.
- 195 בג"ץ כץ (לעיל, הערה 193), בעמ' 550.
- 196 ראו לעיל, סעיף 2ג.
- 197 ראו ע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פ"ד כד(2) 577, 584: "מעשה ממשל פגום אינו בהכרח בטל מדעיקרא (void), בעטיו של הפגם, אלא יכול הוא להיות ניתן לביטול (voidable). מעשה ממשל שרק ניתן לבטלו, שריר וקיים עד שלא בוטל על-ידי בית-המשפט, וביטולו הוא עניין לבית-המשפט הגבוה לצדק...".
- 198 ראו שם, שם: "לעניין תובענה בבית-משפט רגיל, לא עניין מעשה-ממשל בטל עליו סומך הנתבע להגנתו כהרי מעשה ממשל הניתן לביטול. מקום שהמעשה היה בטל מדעיקרא, כלא היה, בית-המשפט המוסמך לדון בתביעה, חייב לפסוק, מכוח סעיף 35 לחוק בתי-המשפט [סעיף 76 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984]...".



## אכיפה סלקטיבית

(הנוגעים בעיקר לתוכן האקט המינהלי להבדיל מחוקיותו) נחשבו פחות חמורים – ולכן מן הדין היה להעלותן רק בדרך של תקיפה ישירה שהותוותה לכך בחוק<sup>199</sup>. על פי גישת הבטלות היחסית, אשר תפסה את מקומה של הגישה המסורתית, הבטלות היא כאמור פונקציה של צד והליך או פונקציה של שיקול דעת בית המשפט. ההשלכות של הפגם נבחנות תמיד על רקע הסיטואציה הקונקרטית (בתקיפה ישירה או עקיפה) שבה מתעוררת השאלה. לאור זאת, כפי שתוצאת הפגם אינה תלויה בסיווג מקדמי כלשהו, כך אין להגביל סוגים מסוימים של פגמים לסוגים מסוימים של תקיפה<sup>200</sup>. מאידך, מפסקי דין מסוימים של השופט יצחק זמיר, אשר עסקו בתורת הבטלות היחסית עולה כי ברגיל, אך לא ככלל מוחלט, תקיפה של החלטות אינדוידואליות, להבדיל מנורמות כלליות, צריכה להיעשות בתקיפה ישירה. וכך נאמרו הדברים ברע"פ הראל<sup>201</sup>:

זאת דרך המלך לביקורת שיפוטית על צו פסילה של רישיון נהיגה: תקיפה ישירה של הצו. ברור שהמחוקק התכוון כי זו תהא הדרך הרגילה שבה ילך בעל רישיון הטוען כי אין הצדקה לפסילת הרישיון. מן הראוי שבעל הרישיון יכבד את כוונת המחוקק, ולא ילך בדרך עקיפה, גם אם היא פתוחה, בהיעדר טעם מיוחד לכך. מכל מקום, מן הראוי שבית המשפט יעדיף את הדרך הרגילה של תקיפה ישירה, שנקבעה במפורש בחוק, על פני הדרך של תקיפה עקיפה. ואין זה רק משום שזאת היא כוונת המחוקק, אלא גם משום שבדרך כלל יש יתרונות לתקיפה ישירה של החלטה מינהלית על פני תקיפה עקיפה של ההחלטה... לפיכך המדיניות השיפוטית הראויה היא לעודד ביקורת שיפוטית בדרך של תקיפה ישירה. בהתאם לכך, ראוי שנהג הטוען כי צו הפסילה פגום מטעם זה או אחר, לרבות הפרה של זכות הטיעון, יעלה טענה זאת בדרך של תקיפה ישירה, כפי שנקבע בפקודת התעבורה...

ראוי להבהיר כי הדרך לתקיפה עקיפה של צו פסילה אינה חסומה. אולם בתקיפה עקיפה של צו פסילה לא ייטה בית המשפט לבטל את הצו למפרע,

199 ראו דותן (לעיל, הערה 96), בעמ' 604-607; ברק-ארז (לעיל, הערה 95), בעמ' 542.  
200 מבחינת דיני הסמכות אין כל מניעה בשיטת המשפט שלנו להכיר באפשרות להעלות בתקיפה עקיפה טענה נגד אקט ניתן לביטול. הדבר אפשרי מכוח סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, המקנה במשתמע לכל בית משפט אפשרות לבטל אקט ניתן לביטול וזאת "לצורך אותו עניין" (דהיינו לצורך העניין הנדון בפניו, להבדיל מביטול מוחלט כלפי כולי עלמא, שמצוי בסמכותו הייחודית של בג"ץ). כך אכן נפסק על ידי השופט ברק באמרת אגב בבג"ץ 727/85 נוצר נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 589, 597. אין גם מניעה לפנות לבג"ץ בתקיפה ישירה ולבקש צו הצהרתי על בטלות של אקט מינהלי כלשהו.  
201 לעיל, הערה 91.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

אלא אם כן הנסיבות המיוחדות של המקרה, לרבות חומרת הפגם שנפל בצו, מצדיקות את התקיפה העקיפה ואת הנפקות של בטלות למפרע<sup>202</sup>.

לעומת זאת בסוגיית מקומן של עתירות התוקפות פגמים בהגשת כתב אישום, ההלכה היא שדרך המלך להעלאת טענות מסוג זה הינה במסגרת ההליך הפלילי גופו. ההלכה נסמכת על כמה טעמים: הימנעות מפיצול הדיון לשני הליכים נפרדים, כריכת השאלה בנוגע לפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום במחלוקות עובדתיות שמקומן בערכאה הדיונית וקיומם של כלים חלופיים לטיפול בפגם שאינם עולים בהכרח לכדי ביטול כתב האישום<sup>203</sup>. לשיטתי, הכרה בעילה של אכיפה סלקטיבית יכולה להיעשות הן בתקיפה ישירה הן בתקיפה עקיפה. הרציונל לתקיפת החלטות מינהליות אינדיווידואליות בתקיפה ישירה, כאמור בדברים המצוטטים לעיל, הוא קיומה של "דרך מלך" הקבועה בחוק. על כן במידה וקיים חיקוק ספציפי, אשר במסגרתו קבוע הליך ספציפי לתקיפה ישירה, יש כמובן להעדיף דרך זו<sup>204</sup>, אך ככלל, בהיותה של טענת האכיפה הסלקטיבית עילת ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת המינהלי ומשנזנחו ההבחנות המסורתיות המגבילות את אופייה של התקיפה – ניתן להעלות את הטענה גם בתקיפה עקיפה<sup>205</sup>.

לעומת זאת מאחר ובניגוד לדוקטרינות בדבר "שימוש לרעה בהליך" ו"הגנה מן הצדק", "אכיפה סלקטיבית" אינה טענת הגנה במשפט פלילי אלא עילת ביקורת שיפוטית על שיקול

202 שם, בעמ' 648. ראו גם רע"פ גיספן (לעיל, הערה 93), 691-692.  
203 ראו בג"ץ 9269/06 בניזרי נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 12.2.07).

204 יש הטוענים כי כל עילות הביקורת השיפוטית צריכות להיות קבועות בחוק. ראו למשל דעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים, דרור שטרם, בריאיון שערכתי עמו (נספח ג). אכן, באוסטרליה קיים סעיף חוק המגדיר את עילות הביקורת על הרשות המינהלית ומאפשר לאזרח לפנות בעתירה לבית המשפט העליון כנגד החלטה מינהלית, אשר יש בה הפעלה לא ראויה של שיקול הדעת שהוענק לרשות על ידי החוק המסמיך. ראו Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1989, Sec. 5. ס"ק (2) לאותו סעיף, מפרט דוגמאות להפעלה לא ראויה של שיקול הדעת. מצוי באתר: High Court of Australia Transcripts: <http://bar.austlii.edu.au/hca/transcripts>.

205 תימוכין לכך ניתן למצוא בדברי בית המשפט המחוזי בע"פ (ת"א) 833/93 עדן חשמל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ד(3) 124. המערערת הורשעה בעבירה של ניהול עסק ללא רישיון, ובית משפט השלום סירב לדון בטענותיה, שלפיהן הסירוב ליתן לה רישיון נובע משיקול פסול, וכי הופלתה לעומת אחרים. בית המשפט המחוזי קבע בין היתר: "ניתן לתקוף מעשים מינהליים לא רק בדרך של תקיפה ישירה בכג"ץ אלא גם בדרך של תקיפה עקיפה... במקרה שלפנינו, אחרי שהמערערת הודתה בעובדה... ולא הסתפקה בכך, אלא ביקשה שלא להרשיעה בדין לנוכח התקיפה העקיפה שרצונה להעלות לגבי אי סבירות פעולתה של הרשות המנהלית... לנוכח הדברים האמורים, הרי שלכאורה היתה הצדקה ליתן לה את יומה גם בטיעונים אלה". להשקפה נוגדת ראו דברי בית המשפט המחוזי בפרשת ג'רבי (לעיל, הערה 132).

## אכיפה סלקטיבית

הדעת המינהלי, אין להגביל את העלאת הטענה להליך הפלילי ויש לאפשר תקיפה ישירה בבתי המשפט המוסמכים להעביר ביקורת על רשויות המינהל, גם במצבים שבהם החיקוק לא קבע מפורשות הליך של תקיפה ישירה. תקיפה ישירה של המעשה המינהלי אפשרית כיום בבית המשפט לעניינים מינהליים, באשר לעניינים הקבועים בתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, וביתר העניינים היא אפשרית בבג"ץ<sup>206</sup>. זאת ועוד, גם אם קיימת אפשרות להעלות את טענת האכיפה הסלקטיבית בתקיפה עקיפה במסגרת משפט פלילי או הליך אחר כלשהו<sup>207</sup> – לא ראוי לראות בכך סעד חלופי השולל את האפשרות לביקורת שיפוטית בתקיפה ישירה<sup>208</sup>.

206 בטרם תוקפים ישירות בבית המשפט את המעשה המינהלי מקובל לדרוש את מיצוי הסעד. אלא שחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 אינו מקנה לחשוד כדבר שבשגרה אפשרות להעלות טענות בטרם הגשת כתב אישום (למעט במקרים של נאשמים בעבירות פשע שאינם עצורים; ראו סעיף 60א לחוק). לפי דבריה של המשנה לפרקליטת המדינה, עו"ד נאוה בן-אור, בריאיון שערכתי עמה (נספח ד), כל אדם המבקש, באמצעות עורך דינו, שימוע בטרם הגשת כתב אישום – מקבל. לדעתי, על מנת שטענה זו תהיה נגישה גם לאנשים שאינם מיוצגים, יש לשקול הקמת מוסד פורמלי יותר המעוגן בחוק. פרופ' גביון הציעה מוסד של עיון מחודש בהעמדה לדין, במסגרתו ניתן יהיה להעלות טענה של אכיפה סלקטיבית בפני המערכת המינהלית ועוד לפני הפנייה לביקורת השיפוטית. לדעתה, מוסד כזה אמנם יכביד על המערכת, אך הוא ישפר את ההחלטות לגבי פרטים, יגביר את האחידות במערכת ולא יחזק את החשש של תת-תביעה למיוחסים. ראו ר' גביון שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א), 563-564.

207 דוגמה לטענת אכיפה סלקטיבית שהועלתה באופן עקיף שלא במסגרת הליך פלילי, היא טענה שהועלתה במסגרת הליך המתנהל בבית הדין להגבלים עסקיים, ואשר מטרתו לקבוע מתודולוגיה מושכלת לחישוב העמלה הצולבת בין חברות הוויזה. במסגרת זו, חברות הוויזה העלו טענות שלפיהן הממונה על ההגבלים העסקיים מפלה אותן לרעה בכך שהוא דורש מהן להוריד את העמלה הצולבת המועברת ביניהן, ובמקביל – לא מתערב בפעילותן של בנק הפועלים (באמצעות חברת הבת שלו, ישראלכרט בע"מ). בתגובתו הסביר הממונה כי טענת האפליה הנסמכת על השוואה בין גבול עמלת בית העסק בקטגוריה הגבוהה ביותר של ישראלכרט, לבין העמלה הצולבת הממוצעת לכל הקטגוריות בשוק הוויזה – היא נטולת כל בסיס. ראו קובץ נבחר של תקצירי החלטות ופסקי-דין בתחום ההגבלים העסקיים (רשות ההגבלים העסקיים, מרץ 2003-ספטמבר 2003), 10.

208 אחד התנאים המקדמיים לקיום הדיון בבג"ץ וסביר שגם לגבי דיון בבית המשפט לעניינים מינהליים (לאור סעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000 הקובע כי בית משפט לעניינים מינהליים ידון בעתירה מינהלית בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בג"ץ) הוא היעדרו של סעד חלופי (ראו למשל בג"ץ 446/81 אבו בקר נ' שופט בית המשפט הצבאי בשכם, פ"ד מ(3) 649, 650). במישור המושגי יש להבחין בין סעד חלופי לבין סמכות מקבילה. המונח סעד חלופי, מכוון למצבים שבהם קיים פורום מינהלי או בית דין מינהלי שיש לו סמכות לדון בנושא ולכן חובתו של העותר למצות את הסעד המינהלי לפני שהוא פונה לבג"ץ. לעומת זאת סמכות מקבילה (כגון הסמכות המקבילה של בית המשפט המחוזי לבג"ץ) נועדה לשמש תחליף לדין ולא פורום מקדמי שיש למצותו לפני העתירה.

## פרק שישי: נפקות הוכחת העילה

נשאלת השאלה אם יש לקבוע חזקות ויתור בדומה לאלה הקיימות במשפט האמריקני, על מנת לעודד נאשמים או נאשמים פוטנציאליים להעלות את הטענה במועד הראשון שניתן. דומה כי חזקה כזו יש בה לפגוע בזכותו של נאשם להליך הוגן, ועל כן מכוח הוראת סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראוי שקביעה כזו תיעשה בחוק ולא בדרך פסיקתית. עם זאת תיקון חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 והוספת סעיף קטן 149(10), שלפיו נאשם רשאי לטעון כטענה מקדמית במשפט כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגיינות משפטית", עשויים להוביל למסקנה כי במידה וטענת אכיפה סלקטיבית מועלית במשפט פלילי, יש להעלותה מיד לאחר תחילת המשפט והעלאתה בשלבים מאוחרים יותר טעונה אישור בית המשפט<sup>209</sup>.

באשר לטענת אכיפה סלקטיבית המועלית בהליכים שאינם פליליים, דומה שנקל יותר לעמוד על דרישות דיוניות, שכן אין מעורבות זכויותיו של הנאשם להליך הוגן. במקרה כזה, ניתן לקבוע ככלל שאינו מוחלט כי אי-העלאת הטענה במועד המתאים יוצרת מניעה. כך למשל בית המשפט העליון דחה בצדק טענת הפליה במתן היתרים חורגים, שהועלתה בהליך שהתנהל בעניין פיצויי הפקעה<sup>210</sup>. עניינה של טענה זו הוא למעשה אכיפה סלקטיבית, שכן אי-מתן ההיתר הופך את הבנייה לפלילית ואף שולל את הזכאות לקבל פיצויי הפקעה. על כן, טענה זו צריכה להיטען בשלב שבו מתבקש ונדחה ההיתר ולא בשלב שבו נתבעים פיצויים בגין הפקעה<sup>211</sup>.

מכל האמור עולה כי אכיפה סלקטיבית היא עילת ביקורת שיפוטית על המעשה המינהלי, אשר אין להגבילה לסוג תקיפה מסוים. יתרה מזאת, תוצאת הפגם – אם יוכח – יכול שתושפע, בין היתר, מסוג התקיפה<sup>212</sup>. במילים אחרות, סוג התקיפה שבו הועלתה הטענה, יחד עם שאר הנסיבות הרלוונטיות של העניין, יובאו בחשבון בשאלת הסעד.

כפועל הפסיקה השתמשה במינוח "סעד חלופי", גם לגבי בתי משפט בעלי סמכות מקבילה לבג"ץ.

209 ראו סעיף 151 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.  
210 רע"א 1054/03 הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' בדיחי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 8.6.03).

211 ראו דברי השופט ריבלין שם, בסעיף 6 לפסק הדין: "לו סברו המשיבים שנגרם להם עוול, עת מיאנה הרשות להעניק להם היתר חורג, היה עליהם לפעול במועד המתאים ולתבוע מתן היתר. בהתדיינות שכזו היה מקום להעלות טענת הפליה. אולם משהעדיפו המשיבים לשבת בחיבוק ידיים, ולהמשיך ולהפגין יחס מזלזל כלפי החוק, אין להם להלין אלא על עצמם".

212 השוו דבריו של השופט זמיר ברע"פ הראל (לעיל, הערה 91), בעמ' 646-647: "אחת השאלות החשובות, לפי ההלכה בדבר בטלות יחסית, היא השאלה של דרך התקיפה של ההחלטה המינהלית: האם מדובר בתקיפה ישירה (direct attack) או בתקיפה עקיפה (collateral attack)? דרך התקיפה עשויה להכתיב את תוצאת התקיפה. תוצאה שהיא אפשר להגיע אליה בדרך של תקיפה ישירה, ייתכן שאי אפשר יהיה להגיע אליה בדרך של תקיפה עקיפה. סוף מעשה

## ו. סיכום

במישור הסעד הראוי בגין אכיפה סלקטיבית פסולה, יש לאמץ את דוקטרינת ה"תוצאה היחסית" ולאפשר לבית המשפט להעניק סעד המתאים לנסיבות העניין. דהיינו במקביל להרחבה המוצעת של הגדרת עילת האכיפה הסלקטיבית מעבר למצבים המכוסים על ידי העילה האמריקנית, יש לאמץ את תאוריית הבטלות (התוצאה) היחסית ולהקנות לבית המשפט גמישות בקביעת הסעד.

רשימת השיקולים שיכול שישפיעו על שיקול דעתו של בית המשפט במסגרת קביעת הסעד אינה רשימה סגורה. עם זאת ניתן להעלות כמה קריטריונים שראוי שבית המשפט ייתן עליהם את דעתו במסגרת קביעת הסעד: מידת הפגיעה בשוויון; קיומה של פגיעה בזכויות נוספות מעבר לזכות לשוויון; תום הלב של הרשות ושאלת קיומו של מניע; מידת הסלקטיביות; מידת החומרה של הפעולה (או העבירה) שביסוד האכיפה ונסיבות שונות אחרות המתייחסות להתנהגותו של הפרט אשר החוק נאכף כנגדו, לפעולתה של הרשות האוכפת וליכולת לאכוף את החוק שלא באופן סלקטיבי.

מאחר ש"אכיפה סלקטיבית" אינה טענת הגנה במשפט פלילי, אלא עילת ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת המינהלי, ומשנזנחו ההבחנות המסורתיות המגבילות את אופייה של תקיפת שיקול הדעת המינהלי, ניתן להעלות את הטענה הן בתקיפה ישירה, דהיינו בפנייה לבית המשפט המוסמך כנגד הרשות האוכפת, הן בתקיפה עקיפה – בכל הליך משפטי אחר. כאשר מדובר באכיפה של חוק פלילי, העובדה כי ניתן להעלות את הטענה בתקיפה עקיפה במשפט הפלילי – אינה מהווה סעד חלופי ואינה שוללת מניה וביה תקיפה ישירה של הגשת כתב האישום. דא עקא, שסוג התקיפה יכול שישפיע על הסעד, יחד עם שאר הנסיבות הרלוונטיות של העניין.

במחשבה תחילה: כבר בתחילת הדרך, בצומת המוביל מצד אחד לדרך של תקיפה ישירה ומצד שני לדרך של תקיפה עקיפה, הבחירה בדרך זאת או זאת עשויה לקבוע את התחנה הסופית בדרך. בהתאם לכך, גם אם נפל בהחלטה פגם המצדיק את ביטול ההחלטה בדרך של תקיפה ישירה, לא בהכרח יצדיק הפגם תוצאה של ביטול ההחלטה גם בדרך של תקיפה עקיפה. התוצאה של תקיפה עקיפה תלויה במידה רבה בנסיבות המקרה.

## סוגיות בנושא הוכחה וראיות

### א. הקדמה

טענה של אכיפה סלקטיבית כרוכה בקשיי הוכחה לא מבוטלים. על מנת להוכיח את הפגם של אכיפה סלקטיבית פסולה, כפי שהוגדר לעיל, יש צורך להוכיח לפחות שרירות באכיפה. לשם כך יש להציג נתונים הנמצאים, אם בכלל, בידי הרשות ואינם נגישים לאזרח. המצב היה קשה עוד יותר אילו אכיפה סלקטיבית הייתה מותרת כל עוד אין יסודה בשיקולים זרים, בדומה לדין בארצות-הברית. במצב כזה לא מספיק שהאזרח יראה כי החוק נאכף כלפיו בעוד אינו נאכף כלפי אחרים, אלא עליו להראות שקיימת רדיפה נגדו (למשל בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת) או שהחוק נאכף נגדו מנימוקים בלתי כשרים<sup>1</sup>. הוכחה של שיקולים זרים דורשת התחקות אחר המניעים הסובייקטיביים של הרשות, דהיינו מעין בחינה פסיכולוגית של הלך רוחם של מקבלי ההחלטה, אפילו אם מבחינה אובייקטיבית ניתן להצדיק את ההחלטה על סמך שיקולים כשרים<sup>2</sup>. גילוי של שיקול זר הוא משימה לא פשוטה<sup>3</sup>, ואף כאשר הוא מתגלה, לא קל להעריך אם המניע הפסול היה המניע העיקרי ומה הייתה מידת השפעתו על מעשה הרשות<sup>4</sup>. יתרה מזאת, מהבחינה המעשית נשאלת השאלה: מה הטעם לפסול החלטה שניתן עקרונית להשתיתה על בסיס חוקי כשר – אם הרשות תוכל לחזור ולקבל את אותה החלטה? לאור זאת קיימים טיעונים חזקים לטובת מעבר למבחנים אובייקטיביים<sup>5</sup>. בהקשר זה, עילת האכיפה הסלקטיבית יכולה להיות לעזר רב, שכן לשיטתי

- 1 השוו לדבריה של רות גביוון ברב שיח "פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט (תשנ"ו) 15, 31.
- 2 ראו ר' הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז), 448-449.
- 3 על בעייתיות זו עמד יצחק זמיר במאמרו "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א (תשנ"ג) 295, 296-297: "אי אפשר לסמוך על הרשות המינהלית שבכל מקרה ומקרה תגלה לבית-המשפט את התמונה המלאה והאמיתית של השיקולים מהם הושפעה. אפילו פעלה הרשות בתום לב, כדי למלא את תפקידה כראוי, עדיין היא עשויה לחשוש שמא שיקולים מסוימים יימצאו על-ידי בית-המשפט בלתי ראויים או בלתי חוקיים. קל וחומר במקרים החמורים, כאשר הרשות התבססה על שיקולים פסולים ביודעין, ויש לה מניע חזק להסתיר את חרפתה".
- 4 ראו בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז(2) 764, 773.
- 5 ראו למשל דבריו של השופט ברק בבג"ץ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236, 246-247: "אכן, נטל קשה מוטל על עותר, החייב להוכיח שיקול סובייקטיבי פסול של

## אכיפה סלקטיבית

היא אינה דורשת הוכחת מניע פסול דווקא ויכולה להיגזר גם מפגמים אובייקטיביים, כגון חוסר סבירות, חוסר מידתיות או שרירות בפעולת המינהל. דא עקא, שהמעבר למבחנים אובייקטיביים גם אם יש בו להפוך את המשימה של הוכחת הפגם של אכיפה סלקטיבית לאפשרית, אין בו כדי לפתור את הקשיים המעשיים הטמונים בכך. מטבע הדברים, טענה של אכיפה סלקטיבית דורשת הצבעה על פרקטיקה של אכיפה, שכן הטוען לא יכול להסתפק בכך שיראה כי במקרה בודד זה או אחר הרשות נהגה באופן מסוים, אלא עליו להראות כי הרשות נוהגת כך גם במקרים רבים אחרים – עד כי זו הפרקטיקה הלכה למעשה<sup>6</sup>. אלא שהמידע הרלוונטי בסוגיה זו מצוי מלכתחילה בידי הרשות עצמה ורוב ההחלטות, המהוות יחד את הפרקטיקה, מאוד לא נגישות ולא מדווחות או מוצגות לציבור<sup>7</sup>. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר גם העובדות הבסיסיות, ולא רק המשמעות המשפטית שלהן, שנויות במחלוקת<sup>8</sup>.

בשל קשיי ההוכחה וייחודה של הסוגיה, הוכחה לכאורה של אכיפה סלקטיבית, כאשר העובדות הרלוונטיות מצויות בידי הרשות ולא בידי האזרח, ראוי שתעביר את הנטל לרשות להפריך את הטענה כי מדובר באכיפה פסולה. זהו אכן הדין בארצות-הברית<sup>9</sup>, וככל הנראה גם בארץ<sup>10</sup>, אלא שההלכה בארצות-הברית<sup>11</sup> דורשת סף הוכחה גבוה ביותר לצורך העברת

רשות מוסמכת. מחשבות קשות הן להוכחה, ומחשבות שלא כדין על אחת כמה וכמה. מכאן המגמה המודרנית במשפט המינהלי לעבור ממבחנים סובייקטיביים באשר לפסלות שיקול הדעת (כגון שיקולים זרים) לעבר מבחנים אובייקטיביים (כגון סבירות). במסגרת המבחנים הסובייקטיביים, ניתן להיעזר בחזקות שונות, המבססות עצמן על ניסיון החיים. אחת מאותן חזקות עניינן המשקל המצטבר הנובע ממערכת נתונים סטטיסטיים. נתונים סטטיסטיים אלה מעניקים אמת מידה אובייקטיבית, ממנה ניתן להסיק מסקנות שבהיגיון על שיקול-דעת סובייקטיבי פסול... נתונים סטטיסטיים עשויים, במקרים ראויים, ליצור חזקה שבעובדה, המעבירה את נטל הבאת הראיות על שכם הרשות השלטונית, הצריכה ליתן הסבר המניח את הדעת לפעולתה".

- 6 ראו 'דותן' הפליה לטובת אחר" משפט וממשל א (תשנ"ג) 489, 502.
- 7 השוו R. Gavison "Custom in the Enforcement of the Law: The Power of the Attorney-General to Stay Criminal Proceedings" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 333, 335.
- 8 ראו בג"ץ 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403, 409. דובר בעתירה שיצאה נגד "מדיניות כללית על פיה אין אוכפים בפועל את חוקי התכנון והבניה בשטחי העיר שבמזרח ירושלים, למעט שכונות או חלקי שכונות המאוכלסים על ידי יהודים". השופט זמיר ציין שאין זה דבר רגיל בעתירות המוגשות לבית המשפט שהעובדות הבסיסיות שנויות במחלוקת ומקרה נדיר הוא שאין בידי בית המשפט לברר, תוך כדי דיון, את המצב לגבי אותן עובדות שנתרו שנויות במחלוקת.
- 9 ליישום הדין ראו *U.S. v. Crowthers* 456 F. 2d 1074 (4<sup>th</sup> Cir. 1972).
- 10 ראו בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (להלן: בג"ץ זקין), 307.
- 11 פסק הדין המנחה הוא *U.S. v. Armstrong* 517 U.S. 456 (1996) (להלן: פסק דין *Armstrong*). לניתוח ודיון בפסק הדין ראו Y. Kamisar, W.R. LaFave, J.H. Israel, N.J. King *Modern Criminal Procedure* (11<sup>th</sup> ed., West, 2005), 1005-1015.

פרק שביעי: סוגיות בנושא הוכחה וראיות

הנטל. על מנת להפריך את חזקת החוקיות על הטוען לאכיפה סלקטיבית להראות שלושה אלמנטים מהותיים: ראשית, שאנשים אחרים שביצעו עבירות דומות לא הועמדו לדין; שנית, שבחירתו לצורך העמדה לדין היא תוצאה של אפליה מכוונת (intentional or purposeful); שלישית, שהבחנה בינו לבין האחרים היא תוצאה של סיווג פסול ושרירותי (arbitrary classification)<sup>12</sup>. דרישות ראייתיות קשות אלה גורמות לכך שלמרות קיומה של עילה מוכרת ומפותחת בדבר אכיפה סלקטיבית, היא כמעט אינה ניתנת להוכחה:

[T]he Supreme Court has pronounced an articulable selective prosecution claim while failing to address the requisite threshold showing for discovery to support the claim<sup>13</sup>.

התוצאה היא שקיימת עילה כתובה עלי ספר, אך בלא סעד יעיל בצדה:

Hence, while it is hornbook law that the prosecutor may not violate the Fourteenth Amendment, judicial recognition of the status of the prosecutor as a member of the executive branch causes the Court to raise the bar for proving alleged violations so high as to render equal protection of the law a law without an effective remedy<sup>14</sup>.

נסקור תחילה את המצב המשפטי בארצות הברית, שכן שם קיימת עילה מובחנת ודוקטרינה לגבי הדרישות להוכחתה. לאחר מכן, ייסקר הדין המצוי בארץ ויוצע הדין הרצוי בסוגיות כגון נטל ההוכחה לצורך הפרכת חזקת החוקיות, אופן בחינת הראיות המינהליות, זכות העיון של הנאשם בראיות התביעה וזכות הגישה למידע.

12 W.R. LaFave, J.H. Israel, N.J. King *Criminal Procedure* (4<sup>th</sup> ed., West, 2004), 690. כן ראו S.D. Clymer "Equal Justice: The Federalization of Criminal Law" 70 *S. Cal. L. Rev.* (1997) 643, 730.

13 M. Michael "United States v. Armstrong: Selective Prosecution – A Futile Defense and Its Arduous Standard of Discovery" 47 *Catholic U. L. Rev.* (1998) 675, 681.

14 N.D. Wells "Prosecution as an Administrative System: Some Fairness Concerns" 27 *Capital U. L. Rev.* (1999) 841, 843. מאפשר להוכיח אותה ראו גם S.H. Krieger "Defense Access to Evidence of Discriminatory Prosecution" *U. Ill. L. F.* (1974) 648, 661; R.H. McAdams "Race and the Selective Prosecution: Discovering the Pitfalls of Armstrong" 73 *Chi.-Kent L. Rev.* (1998) 605, 606.



## ב. המצב המשפטי בארצות-הברית

### 1. חזקת החוקיות והצורך בהפרכתה

רשויות אכיפה, כמו רשויות מינהליות אחרות, נהנות מחזקת החוקיות. חזקה זו מניחה כי הרשות המינהלית פועלת כדין ומי שטוען אחרת – עליו הראיה. חזקה זו כוללת כמובן את ההנחה כי רשות האכיפה פעלה על פי מניעים ענייניים וכשרים<sup>15</sup>. מאחר שהגדרת הפגם של אכיפה סלקטיבית פסולה כוללת – על פי הדין בארצות-הברית – רכיב של מניע מפלה, אזי על הטוען לאכיפה סלקטיבית להציג ראיות ברורות המעידות על כוונה להפלות ובכך מערערות את הבסיס תחת הנחת התקינות של המניעים<sup>16</sup>. זוהי מלאכה קשה ואפילו כמעט בלתי אפשרית<sup>17</sup>, בפרט שעל מנת להיות זכאי לגילוי מסמכים (discovery) או לבירור ראייתי מקדמי (evidentiary hearing) בטענה של אכיפה סלקטיבית המנוגדת לזכות החוקתית לשוויון, על הטוען להציג בפני בית המשפט ראיות לכאורה המצביעות על התקיימותם של מרכיבי המהותיים של העילה<sup>18</sup>. מדינות מסוימות מבחינות בין מידת ההוכחה הנדרשת לשם פתיחתו של בירור ראייתי מקדמי, דהיינו הליך שבו ישמעו ראיות בהקשר לטענה, לבין מידת ההוכחה הנדרשת להשגת גילוי מסמכים מהתביעה. לפי הבחנה זו בעוד לשם השגת גילוי מסמכים יש להציג בסיס מהימן (colorable basis) לטענת האפליה, הרי שלצורך

- 15 D.J. Givelber “The Application of Equal Protection Principles to Selective Enforcement of the Criminal Law” *U. Ill. L. F.* (1973) 91-92. 8. כן ראו דברי בית המשפט בפסק דין *U.S. v. Hastings* 126 F. 3d 310, 313 (4th Cir. 1997): “absent a substantial showing to the contrary, governmental actions such as the decision to prosecute are presumed to be motivated solely by proper considerations”
- 16 פסק דין *Armstrong* (לעיל, הערה 11), בעמ' 465.
- 17 J.H. Israel, Y. Kamisar, W.R. LaFave *Criminal Procedure and the Constitution* (2005 ed., St. Paul, Minn.), 516; A.S. Goldstein *The Passive Judiciary* (Louisiana State U.P., 1981), 10
- 18 *U.S. v. Blackley* 986 F. Supp 616, 618 (D.D.C. 1997): “In order to be entitled to discovery or an evidentiary hearing in a selective prosecution case, a defendant must offer the court at least a colorable claim... which is met by ‘some evidence tending to show the existence of the essential elements of the claim’” *Wade v. U.S.* 504 (1992): “It follows that a claim that a defendant merely provided substantial assistance will not entitle a defendant to a remedy or even to discovery or an evidentiary hearing. Nor would additional but generalized allegations of improper motive... a defendant has no right to discovery or an evidentiary hearing unless he makes a ‘substantial threshold showing’”

הבירור הראייתי המקדמי יש לעמוד בדרישה חמורה יותר של הבאת הוכחות מספיקות להעלאת ספק סביר בכך שהרשויות פעלו כשורה בהגשת כתב האישום<sup>19</sup>. ניתן להמחיש את חשיבות הסוגיה של מידת ההוכחה באמצעות ההבדל בין דעת הרוב לדעת המיעוט בעניין *Wayte*<sup>20</sup>, שבו נדונה מדיניות האכיפה הפסיבית שנקטו הרשויות בהקשר לאכיפת חובת מסירת הפרטים לצורך שירות צבאי, אשר התבטאה בכך שרק מי שמחה בהפגנתיות – בין בחוצות ובין בכתיבת מכתבי מחאה – ננקטו כלפיו הליכים פליליים. דעת הרוב חזרה על ההלכה שלפיה על העותר כנגד אכיפה סלקטיבית לבסס כוונת אפליה פסולה מצד רשויות האכיפה. בהתאם לכך נקבע כי גם אם למדיניות הייתה השפעה מפלה, העותר לא הראה שהממשל התכוון לתוצאה כזו, שכן כוונה מפלה לעניין זה משמעותה יותר מאשר מודעות לתוצאות ויש להראות כי בחירת קו האכיפה נעשה לפחות חלקית בגלל (להבדיל מ"למרות") השלכותיו על קבוצות מסוימות<sup>21</sup>. לעומת זאת השופט Marshall בדעת מיעוט סבר כי בית המשפט חייב היה להכריע אם העותר הרוויח את זכותו לגילוי מסמכים רלוונטיים של הממשל לצורך הוכחת טענתו בדבר אכיפה סלקטיבית. לשיטתו, מאחר שהעותר הראה שהוא שייך לקבוצה של אנשים שהתנגדו באופן קולני למפקד, שחלק לא פרופורציונלי של קבוצה זו הועמד לדין, וכי הממשל היה מודע לכך שזו תהיה התוצאה של מדיניות האכיפה הפסיבית – הרי שבמקרה זה קמה זכותו לגילוי ראיות<sup>22</sup>. מקרה זה מדגים את המעגל השוטה שאליו נקלעים המנסים להתגונן בטענה של אכיפה סלקטיבית: העותר לא יכול היה להוכיח את דרישת המניע ללא המסמכים שדרש מהרשות לגלות, אך בית המשפט סרב לאפשר לו לעיין במסמכי רשויות התביעה, שכן הוא לא ביסס באופן לכאורי את הטענה של אכיפה מפלה. טענה זו כמובן שאינה ניתנת להוכחה, אף באופן לכאורי, ללא אפשרות עיון במסמכי התביעה<sup>23</sup>.

19 *U.S. v. Cyprian* 23 F. 3d 1189, 1195 (7<sup>th</sup> Cir. 1994): "To obtain an evidentiary hearing, the factual basis for these claims must be more than colorable. In other words, a defendant must proffer sufficient evidence to raise a reasonable doubt that the government acted properly in seeking the indictment"

20 *Wayte v. U.S.* 470 U.S. 598 (1985) (להלן: פסק דין *Wayte*).

21 שם, בעמ' 610.

22 שם, בעמ' 614-631.

23 A.B. Poulin "Prosecutorial Discretion and Selective Prosecution: Enforcing Prosecution after *U.S. v. Armstrong*" 34 *Am. Crim. L. Rev.* 1071, 1098 (1997). ראו גם דברי שופט המיעוט בפסק דין *Wayte* (לעיל, הערה 20), בעמ' 621 "[F]rom a legal perspective, this case is first and foremost a discovery dispute. If the District Court correctly resolved the discovery issue, Wayte was entitled to additional evidence. And if he was entitled to additional evidence, the Court cannot reject his claim on the merits, on the basis of only the evidence to which Wayte had access at the time of the District Court proceedings"

## אכיפה סלקטיבית

קיימים מקרים ספורים שבהם נאשמים הצליחו לעמוד בנטל הראשוני על מנת להשיג גילוי מסמכים או זימון של התובע למתן עדות. כך למשל בעניין *Falk*<sup>24</sup> המערער טען לסלקטיביות בהפעלת ה-*Selective Service Act*. בית המשפט לערעורים של המחוז השביעי, בדעת רוב, סבר כי צירוף הנסיבות בדבר המדיניות המוצהרת של הצבא שלא להגיש כתבי אישום; הסטטוס של המערער כמתנגד פעיל של מלחמת וייטנאם ומדיניות הגיוס; ההצהרה של התובע המקומי שלפיה פקידי בכירים במשרד המשפטים השתתפו בהחלטה להגיש את כתב האישום; העיכוב הרב בהגשת כתב האישום – כל אלה מעידים לכאורה על אכיפה מפלה של החוק ולכן יש לאפשר למערער לנסות ולהוכיח את טענתו<sup>25</sup>.

בעניין *Berrios*<sup>26</sup> טען נאשם לאכיפה סלקטיבית של חוק אשר אסר על אדם שיש לו עבר פלילי, בין היתר בעבירות הצתה, לשמש במשך חמש שנים בתפקיד כלשהו בארגון עובדים. הנאשם טען כי האכיפה נגדו נעוצה במניעים פוליטיים בהיותו תומך בסנטור מסוים. הוא הראה כי החוק האמור נאכף בארבע השנים שקדמו לכתב האישום רק 3 פעמים, בעוד קיימים מאות איגודים אשר מעסיקים אנשים בעלי עבר פלילי. הנאשם דרש לראות מכתב שנשלח על ידי התובע למשרד המשפטים ואשר מבקש אישור להעמדתו לדין. בית המשפט קמא נקט בטכניקה שלפיה התביעה תגיש לו את המסמך בדלתיים סגורות, וחלקים מהמסמך יועברו לנאשם רק ככל שבית המשפט יקבע שאין בהם פגיעה בסודיות. מאחר שהתביעה סירבה לציית לצו הגילוי האמור – בית המשפט מחק את האישום. בית המשפט לערעורים של המחוז השני אישר את צו הגילוי, אם כי סבר שהמבחן אינו צריך להיות מידת הסודיות שבמסמך אלא מידת הרלוונטיות שלו לטענת האכיפה הסלקטיבית<sup>27</sup>.

כאמור, שני מקרים אלה מהווים דוגמאות נדירות למקרים שבהם נאשמים עמדו בנטל הראשוני של הפרכת חזקת החוקיות והבאת ראיות לכאורה לאכיפה סלקטיבית. בדרך כלל, התוצאה של נטל ההוכחה הכבד שמוטל על הנאשם היא שבית המשפט אינו מורה לתביעה על גילוי ראיות, גם כאשר זו למעשה הדרך היחידה של הנאשם להוכחת טענתו<sup>28</sup>.

24 *U.S. v. Falk* 479 F. 2d 616 (7<sup>th</sup> Cir. 1973) (להלן: עניין *Falk*).

25 שם, בעמ' 623. דעת הרוב ניתנה מפני השופט *Sprecher*. בפסק הדין הייתה דעת מיעוט של השופטים *Pell* ו-*Cummings*. שופטים אלה סברו כי המערער לא הוכיח כי האחרים אשר החזירו את פנקס השירות ולא הועמדו לדין היו באותו מצב כמוהו, פרט לעובדה שהם לא עשו שימוש בזכותם לחופש הביטוי. זאת ועוד, גם אם פעולותיו של המערער כנגד רשויות הצבא היו אחת הסיבות לכך שהוגש נגדו כתב אישום, אין לומר שזו סיבה אסורה, שכן אכיפת החוק כנגד אדם שנמצא בעמדה המאפשרת לו להשפיע על אחרים, לגיטימית על מנת לקדם את הציות לחוק.

26 *U.S. v. Berrios* 501 F. 2d 1207 (2<sup>nd</sup> Cir. 1974).

27 שם, 1213-1212.

28 ראו *LaFave, Israel & King* (לעיל, הערה 12), בעמ' 691.

2. הלכת *Armstrong*<sup>29</sup>

בעניין זה נדונה מידת ההוכחה הנדרשת לצורך השגת גילוי מסמכים בטענה של אכיפה סלקטיבית על בסיס גזע.

(א) העובדות וההליכים

הנאשמים נשפטו בבית המשפט המחוזי הפדרלי בשנת 1992 בעיקר בעבירות של קשירת קשר להפצת קוקאין. בתגובה לכתב האישום הגישו הנאשמים בקשה לגילוי מסמכים או למחיקת האישום בטענה שהם סומנו ונבחרו לצורך העמדה לדין בשל היותם שחורים. הנאשמים תמכו את בקשתם בתצהיר של עובד הסנגוריה הציבורית הפדרלית, אשר דיווח שכל 24 האנשים אשר הועמדו לדין באישומים האמורים באותו מחוז של קליפורניה במהלך שנת 1991 – היו אפרו-אמריקניים. לתצהיר התלווה מחקר המפרט לגבי כל אחד מ-24 הנאשמים האמורים את הגזע שלהם, האם נשפטו על סחר בקוקאין או קראק והסטטוס של כל אחד מהתיקים שלהם. המדינה התנגדה לבקשת גילוי הראיות, בין היתר, בטענה שלא הובאה כל הוכחה לטענה שהמדינה פעלה באופן לא הוגן או עדויות לגבי העמדה או אי-העמדה לדין של כאלה שאינם שחורים. למרות זאת בית המשפט המחוזי הורה למדינה להמציא את רשימת התיקים של שלוש השנים האחרונות שבהן המדינה העמידה לדין באישומים האמורים, לפרט את הגזע של כל אחד מהנאשמים בתיקים האמורים, לפרט אלו רמות של אכיפה היו מעורבות בחקירת המקרים ולהסביר את הקריטריונים שעל פיהם הוחלט להעמיד לדין בכל אחד מהתיקים האמורים. המדינה ביקשה מבית המשפט לשקול שוב את הוראתו לגילוי מסמכים, ויחד עם בקשה זו הגישה תצהיר וראיות נוספות המסבירים מדוע בחרה להעמיד לדין את הנאשמים הללו ומדוע המחקר שהוגש בדבר 24 הנאשמים אינו תומך בטענה של אכיפה סלקטיבית על בסיס גזעי. כמו כן הוגש תצהיר של עוזר התובע הכללי שהסביר שהחלטה להעמיד לדין במקרה זה תואמת את הקריטריונים. בית המשפט המחוזי סירב לשקול שוב את החלטתו, ומאחר שהמדינה סירבה למלא אחר צו גילוי המסמכים ולספק אינפורמציה נוספת, בית המשפט מחק את כתב האישום. המדינה הגישה ערעור לבית המשפט לערעורים של המחוז התשיעי, אשר קיבל את הערעור בהרכב של שלושה שופטים, בקובעו כי הנאשמים לא הביאו ראיות לכאורה לכך שאנשים במצב זה לא הועמדו לדין. בית המשפט לערעורים החליט, מחמת חשיבות הנושא, לדון בנושא גם בהרכב מלא (en banc), אשר אישר את פסק דינו של בית המשפט קמא, וקבע שהנאשמים זכאים לגילוי מסמכים אף שלא הצביעו על קבוצת ביקורת, דהיינו על מקרים זהים למצבם אשר בהם חשודים לא הועמדו לדין. התיק הגיע בסופו של דבר

29 פסק דין *Armstrong* (לעיל, הערה 11).

### אכיפה סלקטיבית

לבית המשפט העליון של ארצות-הברית, אשר נתן רשות ערעור (certiorari) בשאלת סטנדרט ההוכחה הראוי לצורך גילוי מסמכים בטענה של אכיפה סלקטיבית.

### (ב) פרשנות החוק הפדרלי בשאלת גילוי מסמכים

בית המשפט העליון פנה ראשית לפרשנות הסעיף החולש על גילוי הראיות בתקנות סדר הדין הפלילי הפדרלי. חלקו הרלוונטי של הסעיף קבע כדלקמן:

#### Rule 16: *Discovery and Inspection*

(a) Government disclosure of evidence

(1) Information subject to disclosure

...

(c) Upon request of the defendant the government shall permit the defendant to inspect and copy or photograph books, papers, documents, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions thereof, which are within the possession, custody or control of the government, and which are material to the preparation of the defendant's defense or are intended for use by the government as evidence in chief at the trial, or were obtained from or belong to the defendant.<sup>30</sup>

בית המשפט דחה את הטענה, שלפיה "מסמכים שבחזקת התביעה ומטריאליים להגנת הנאשם" כוללים גם מסמכים העוסקים באסטרטגיה של העמדה לדין בעבירות מסוימות. "הגנת הנאשם" כוללת רק את "טענות המגן", אשר יש בהן להפריך את טענת התביעה שלפיה הנאשם ביצע את העבירה, ולא כל טענה המשמשת כ"חרב" לתקיפת התנהגות התביעה<sup>31</sup>. טענת אכיפה סלקטיבית אינה טענה כנגד האישום עצמו, אלא טענה שלפיה עצם

30 Fed. Rules Crim. Proc. 16(a)(1)(C). נוסח הסעיף כפי שהוא כיום:

#### Rule 16: *Discovery and Inspection*

(a) Government's Disclosure.

(1) Information Subject to Disclosure.

(E) Documents and Objects. Upon a defendant's request, the government must permit the defendant to inspect and to copy or photograph books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any of these items, if the item is within the government's possession, custody, or control and:

(i) the item is material to preparing the defense;

(ii) the government intends to use the item in its case-in-chief at trial; or

(iii) the item was obtained from or belongs to the defendant.

31 פסק דין *Armstrong* (לעיל, הערה 11), בעמ' 463.

פרק שביעי: סוגיות בנושא הוכחה וראיות

הגשתו של כתב האישום מנוגדת לחוקה. מאחר שגילוי מסמכים עלול לחשוף אסטרטגיות ומקורות של התביעה, רף ההוכחה הנדרש לצורך קבלת גילוי כזה צריך להיות כשלעצמו מחסום משמעותי בפני הטוען<sup>32</sup>. יצוין כי פרשנות זו מנוגדת למגמה הכללית של הרחבת חובת הגילוי בהליך הפלילי<sup>33</sup>, אשר ביסודה, מעבר לרציונל של מניעת הפתעות מהנאשם, עומדת החובה הקונסטיטוציונית של התביעה מכוח ה־Due Process לסייע לנאשם בהכנת הגנתו ולגלות לו חומר החיוני לו לטענות הנוגעות לאשם או לעונש<sup>34</sup>.

(ג) דרישות ההוכחה לצורך הפרכת חזקת החוקיות

בית המשפט העליון בפרשת *Armstrong* חזר על הדרישות להקמת עילה של אכיפה סלקטיבית פסולה, ופנה לבחינת דרישות ההוכחה לצורך השגת גילוי מסמכים בטענה. לאחר שדחה את עמדת בית המשפט לערעורים של המחוז התשיעי, שלפיה ניתן לבסס ראיות לכאורה לאכיפה סלקטיבית גם בלא להביא הוכחות שהמדינה לא העמידה לדין אנשים במצב זהה, קבע בית המשפט העליון את הדרישות שאותן על הטוען לאכיפה סלקטיבית למלא:

The claimant must demonstrate that the federal prosecutorial policy 'had a discriminatory effect and that it was motivated by a discriminatory purpose' ... To establish a discriminatory effect in a race case, the claimant must show that similarly situated individuals of a different race were not prosecuted<sup>35</sup>.

יישום תנאים אלה על המקרה הנדון הביא את בית המשפט למסקנה שהמחקר שהביאו הנאשמים אינו מגיע לכדי ראיות לכאורה להקמתה של טענת אכיפה סלקטיבית. המחקר לא הצביע על אנשים שאינם שחורים ואשר לא הועמדו לדין, אף שניתן היה להעמידם לדין באותם אישומים<sup>36</sup>.

הלכת *Armstrong*, על רף ההוכחה הגבוה שהציבה, יושמה מאוחר יותר גם כאשר הבסיס לטענת האכיפה הסלקטיבית לא היה אפליה גזעית. בפרשת *Hastings*<sup>37</sup> הועמד לדין איש עסקים בשל אי-דיווח לרשויות מס הכנסה. הוא טען לאכיפה סלקטיבית נגדו בשל

32 שם, בעמ' 468.

33 לעניין הרחבת חובת הגילוי ראו Israel, Kamisar & LaFave (לעיל, הערה 17), בעמ' 570-569.

34 *Brady v. Maryland* 373 U.S. 83, 86 (1963) (להלן: פסק דין *Brady*).

35 פסק דין *Armstrong* (לעיל, הערה 11), בעמ' 465.

36 שם, בעמ' 470.

37 לעיל, הערה 15 (להלן: פרשת *Hasting*).

## אכיפה סלקטיבית

היותו מנהיג רפובליקני. בית המשפט המחוזי הורה לרשויות המס (Internal Revenue Service – IRS) לגלות ראיות שונות בתגובה לטענה, ולאחר שהן לא מילאו אחר הדרישה, מחק את כתב האישום כסנקציה כנגד התביעה על הפרת חובת הגילוי. המדינה ערערה לבית המשפט לערעורים של המחוז הרביעי, אשר ביטל הן את הוראת בית המשפט המחוזי לחייב את רשויות המס בגילוי, הן את המחיקה של כתב האישום. בית המשפט הבהיר כי הוא עומד לבחון *de novo* את ההחלטה של בית המשפט קמא להורות על גילוי ראיות<sup>38</sup>, ולאחר שציטט את הלכת *Armstrong* פנה לבחינת הטענות במקרה הנדון. בית המשפט קבע שהנאשם לא הוכיח שהמניע של התביעה להגשת כתב האישום היה היותו רפובליקני. ראשית, הנאשם אמנם הביא תזכירים של החוקרים שבהם צוינה, בין היתר, עובדת היותו רפובליקני, אך באף אחד מהם לא צוין כי ההשתייכות הפוליטית שלו היא הסיבה לפתיחת התיק כנגדו; שנית, גם אם קיימות ראיות לעוינות פוליטית של ה-IRS, אין הוכחה שהפקיד הממשלתי שקיבל בפועל את ההחלטה להעמיד לדין, הונע על ידי שיקולים פסולים<sup>39</sup>. לחילופין טען *Hastings* שגם אם הוא לא הוכיח כי הוא הועמד לדין בשל היותו רפובליקני, הרי שהוא עמד בדרישות ההוכחה של הלכת *Armstrong* בכך שהראה שהרשות שקלה שלא כדין את הדומיננטיות שלו בחברה, בהחליטה להעמידו לדין. לשיטתו מדובר בשיקול פסול, בייחוד משום שהדומיננטיות החברתית שלו נובעת מפעילותו הפוליטית. בהקשר לכך סבר בית המשפט כי הדומיננטיות החברתית היא שיקול לגיטימי להעמדה לדין, וסיכם בכך שהנאשם לא עמד ברף ההוכחה הגבוה לצורך השגת גילוי מסמכים בעילה של אכיפה סלקטיבית<sup>40</sup>.

### (ד) הביקורת על הלכת *Armstrong*

הלכת *Armstrong* זכתה לביקורת נרחבת מכיוונים שונים. כיוון ראשון מתייחס לקושי הרב בהוכחת קבוצת הביקורת. פסק הדין עצמו מדגים מקרה, שבו הדרישה להוכחת קיומה של קבוצת ביקורת אשר אינה מועמדת לדין, מחייבת אינפורמציה הנתונה בידי הממשל ואינה נתונה בידי הנאשם. הנאשם מצוי במה שכונה "מלכוד 22", שכן הוא זקוק לראיות על מנת להשיג את גילוי הראיות. ללא נגישות לאינפורמציה בדבר אכיפת החוק – שאותה ניתן להשיג רק על ידי גילוי מסמכים – הוא אינו יכול לאשר או להפריך את האמונה שקיימת קבוצת ביקורת שאותה אין מעמידים לדין<sup>41</sup>. בעוד בפרשת *Yick Wo*<sup>42</sup> קבוצת הביקורת הייתה ברורה, שכן קיים מספר ידוע של בעלי מכבסות ונקל היה לבחון מי מהם הועמד

38 זאת מאחר והדבר דורש בחינה משפטית של דיות הראיות שהביא הנאשם. ראו שם, בעמ' 313.  
39 שם, בעמ' 314.  
40 שם, בעמ' 315.  
41 ראו Poulin (לעיל, הערה 23), בעמ' 1098-1101.  
42 *Yick Wo v. Hopkins, Sheriff* 118 U.S. 356 (1886).

לדין, הרי שברוב המקרים של המקרים קיים קושי רב לזהות מפרים אחרים, אשר כלל לא הופנו מאמצי חקירה כנגדם (על מנת להוכיח חקירה סלקטיבית המעוותת את שיעור והתפלגות ההתנהגות העבריינית), או לחילופין מפרים שנתפסו, אך לא הועמדו לדין (על מנת להוכיח בחירה סלקטיבית של המועמדים לדין)<sup>43</sup>. ואכן בעניין *Ah Sin*<sup>44</sup> שבו ניסו העותרים, בהסתמך על פרשת *Yick Wo*, לתקוף אכיפה סלקטיבית של חוק הימורים בסך-פרנסיסקו, היה להם קושי להראות כי קיימים מפרי חוק שאינם סינים ואשר אינם מועמדים לדין, שכן עבירות מסוג זה אינן נעשות בפרהסיה. טענת המדינה, אשר התקבלה על ידי בית המשפט, הייתה שלא הוכח שהסינים אינם היחידים שמפרים את הצו האוסר הימורים. ללא גילוי ראיות, לא הייתה לעותרים יכולת להראות קבוצת ביקורת וכך הממשל נמלט מביקורת אפשרית על מדיניות אכיפה סלקטיבית של צו ההימורים כנגד סינים<sup>45</sup>.

לעתים קיים גם חוסר ודאות בשאלה מיהי קבוצת הביקורת. בפרשת *Armstrong* בית המשפט ציין כי הנאשם יכול היה לבחון אם אנשים במצב זהה אך מגזע אחר, אשר הועמדו לדין על ידי מדינת קליפורניה, היו ידועים לממשל הפדרלי, אך לא הועמדו לדין בבית משפט פדרלי<sup>46</sup>. לעומת זאת ניתן לטעון כי קבוצת הביקורת שראוי יותר לבחון אינה האנשים שהועמדו לדין בבית משפט מדינת בניגוד לפדרלי, אלא סוחרי סמים שכלל לא הועמדו לדין<sup>47</sup>. כמובן שגם כאשר מצביע הנאשם על קבוצת ביקורת, תיתכן גם מחלוקת בשאלה הקריטית: האם קבוצת הביקורת האמורה אכן מצויה ב"אותו מצב"<sup>48</sup>?

לאור הבעייתיות הרבה בהוכחת קבוצת הביקורת הוצעה גישה אלטרנטיבית, שלפיה הנאשם יגדיר קבוצת ביקורת ובית המשפט יחליט אם הנאשם העלה על פני הדברים טענה

43 יש הטוענים כי הנאשם אינו יכול לספק הוכחות כאלה, אלא אם יבצע חקירה פלילית עצמאית. ראו Clymer (לעיל, הערה 12), בעמ' 730.

44 *Ah Sin v. Wittman* 198 U.S. 500 (1905).

45 שם, בעמ' 508-507: "The averment in the case at bar is that the ordinance is enforced 'solely and exclusively against persons of the Chinese race, and not otherwise'. There is no averment that the conditions and practices to which the ordinance was directed did not exist exclusively among the Chinese, or that there were other offenders against the ordinance than the Chinese, as to whom it was not enforced. No latitude of intention should be indulged in a case like this. There should be certainty to every intent"

46 פרשת *Armstrong* (לעיל, הערה 11), בעמ' 470.

47 ראו Poulin (לעיל, הערה 23), בעמ' 1100. יצוין כי בעוד היה ניתן, לפחות תאורטית, להצביע על לבנים שמצויים באותו מצב והועמדו לדין בבתי משפט מדינתיים, הרי שהיה בלתי אפשרי כמעט להצביע על לבנים שלא הועמדו לדין משום שאין על כך תיעוד. ראו McAdams (לעיל, הערה 14), בעמ' 607; Clymer (לעיל, הערה 12), בעמ' 731.

48 ראו דברי בית המשפט הפדרלי של המחוז התשיעי בפסק דין *U.S. v. Aguilar* 883 F. 2d 662, 708 (9<sup>th</sup> Cir. 1989): "We reject appellants' suggested definition of the similarly situated class and thus their selective prosecution claim"



## אכיפה סלקטיבית

חוקתית. אם הנאשם אינו מסוגל להגדיר קבוצת ביקורת וקבוצה שנבחרה להעמדה לדין על בסיס שיקולים לא ראויים – אזי הטענה אינה מצדיקה גילוי ראיות. לעומת זאת אם טענתו של הנאשם מזהה לא רק קבוצה המועמדת לדין אלא גם קבוצת ביקורת המצויה באותו מצב אך אינה מועמדת לדין – אזי ההחלטה אם להורות על גילוי מסמכים אינה צריכה להיות תלויה ביכולת של הנאשם להוכיח את קיומה של קבוצת הביקורת בטרם קיבל אינפורמציה מהתביעה<sup>49</sup>. באופן ספציפי, כאשר הטענה היא לאכיפה סלקטיבית על בסיס גזע, נטען כי יש להורות על גילוי מסמכים בכל מצב שבו הנאשם מצביע על קורלציה משמעותית בין גזע להעמדה לדין, בהתחשב בכל הראיות שהביא הנאשם ובהנחות סבירות שיכול להניח בית המשפט באשר לקיומם של אנשים מהגזע "המועדף" שמצויים באותו מצב ואינם מועמדים לדין<sup>50</sup>. גישה זו תעניק לבית המשפט יכולת לאזן בין עצמת טענתו של הנאשם לבין הצורך של התביעה לסודיות באשר לאסטרטגיות ולהליכים פנימיים שלה. לעומת זאת המשך דרישה דווקנית של הוכחת קבוצת ביקורת ימנע טיפול בטענות אכיפה סלקטיבית, ביקורת שיפוטית יעילה על פרקטיקות בעייתיות ואכיפה יעילה של ההגנה החוקתית.

ביקורת נוספת מופנית כנגד שאר דרישות ההוכחה. על פי ביקורת זו, גם אם יצליח הנאשם להוכיח קיומה של קבוצת אנשים במצב זהה שלא הועמדו לדין, קשה להניח שיצליח להוכיח שהתביעה הייתה מודעת לקיומם. בהקשר לדרישה זו הוצע כי במידה והנאשם יעמוד בנטל הכבד להראות כי חוק שמופר חדשות לבקרים נאכף כנגד מעטים, או שחוק נאכף כנגד קבוצה מסוימת בעלת אפיונים מסוימים (כגון גזע) שאינה מייצגת את הקבוצה הכוללת של המפרים – הוא לא יידרש להוכיח כי המטרה או התביעה היו מודעים לקיומם של המפרים האחרים. הרציונל לכך הוא שרשויות האכיפה הן אלה שמוטלת עליהן החובה להכיר ולהיות מודעות למפרי החוק. זאת ועוד, אם הנאשם הצליח להראות קיומם של מפרים אחרים, הנחה סבירה היא שגם רשויות האכיפה היו מודעות להם, ואם לא כך הוא – להן יהיה קל יותר להפריך את ההנחה כאשר יועבר אליהן הנטל<sup>51</sup>.

49 Poulin (לעיל, הערה 23), בעמ' 1106-1108.

50 ראו McAdams (לעיל, הערה 14), בעמ' 625: "[A] court may order discovery on a selective prosecution claim if it has a reasonable basis for finding that race and the decision to prosecute are correlated, meaning that prosecutors charge a significantly higher proportion of violators of the defendant's race than of other races. Under such a rule, even if the defendant does not provide evidence of similarly situated and unprosecuted members of other races, the court may have a sound basis for making assumptions about the probable existence of such individuals. These assumptions, along with the evidence the defendant does provide, may demonstrate the requisite correlation".

51 Givelber (לעיל, הערה 15), בעמ' 108.

אף אם יצליח הנאשם להוכיח מודעות לקיומה של קבוצת הביקורת, עדיין קיים המכשול השלישי של הוכחת הכוונה להפלות, שכן גם אם קיימות בנמצא ראיות לכוונה כזו, אין ספק שלתביעה חזקה בלעדית עליהן<sup>52</sup>. בהקשר לדרישת הכוונה הוצע למשל להחליפה בדרישת הרציונליות. דהיינו על מנת להעביר את נטל ההוכחה לתביעה, על הטוען לאכיפה סלקטיבית להטיל ספק ברציונליות של ההחלטה להעמידו לדין, למשל על ידי הצבעה על אפקט מפלה של מדיניות ההעמדה לדין על הקבוצה שהוא משתייך אליה ומודעות של התביעה לקיומם של מפרים אחרים<sup>53</sup>.

כיוון אחר של הביקורת מתמקד באפליה הגזעית. קיימת טענה כי אפליה על בסיס גזע בתחום החקירה וההעמדה לדין, היא תופעה חמורה לא פחות מאפליה גזעית בתחומים אחרים, כגון בשוק העבודה, ועל בית המשפט להפנים את הנתונים ולהילחם בתופעה ברצינות רבה<sup>54</sup>. למרות זאת בתי המשפט נוטים להתרכז בטיפול באפליה ישירה ולהזניח את הבעייתיות של תופעת האפליה העקיפה, המתבטאת באפקט המפלה הקיים בהתנהגות ניטרלית לכאורה של המשטרה והפרקליטות<sup>55</sup>. גם כיוון זה של הביקורת מוביל למסקנה שיש להוריד מאוד את הרף הנדרש לצורך העברת הנטל אל התביעה להוכיח כי החלטתה לא נבעה ממניעים גזעניים<sup>56</sup>.

52 לדיון נרחב בביקורת על דרישת המניע ראו לעיל, פרק שלישי סעיף ב(ד).

53 ראו Clymer (לעיל, הערה 12), בעמ' 732-733.

54 ראו McAdams (לעיל, הערה 14), בעמ' 644-645: "This is the question I will address. It is ultimately an empirical question: others have collected data tending to show that prosecutors discriminate on the basis of race some of the time. Much of the data concerns the effect of race on the prosecutor's decision to seek the death penalty but a reasonable amount focuses on more mundane prosecutions and finds that minority defendants receive harsher treatment. My aim is to demonstrate that the motivation and incentives affecting prosecutors render the results of these studies unsurprising. If public choice theory predicts that governmental actors might racially discriminate, empirical studies suggesting that they do should be greeted with less skepticism. If so, perhaps one day the studies will find their way into a Supreme Court opinion, if only a dissent, in place of reverential statements about the honorable intentions of prosecutors".  
A.D. Leipold "Objective Tests and Subjective Bias: Some Problems of Discriminatory Intent in the Criminal Law" 73 *Chi.-Kent L. Rev.* (1998) 559: "despite the formal repudiation of racism at all levels of government, racial bias continues to play a role in the investigation and prosecution of crimes"

55 שם, בעמ' 559.

56 שם, בעמ' 595.

3. שימוש בראיות סטטיסטיות

ראיות סטטיסטיות יכולות לסייע מאוד בהוכחה לכאורה של אכיפה סלקטיבית<sup>57</sup>. ניתן להדגים זאת באמצעות עניין *Ojala*<sup>58</sup>, שבו טען נציג בית המחוקקים של מדינת מינסוטה כי הוא סומן לצורך העמדה לדין בעבירות מס בשל התנגדותו הפומבית למלחמת וייטנאם. הוא הצליח להציג הוכחה לכאורה של הטענה באמצעות ראיות סטטיסטיות שלפיהן בתקופה של שנתיים היו 51,000 חקירות מס פליליות במדינת מינסוטה, 4000 מתוכן הובאו לידיעת רשויות מס הכנסה ואלה המליצו רק על העמדה לדין של 9 אנשים בעבירה האמורה. בית המשפט ראה בכך "הוכחה חזקה" לסלקטיביות באכיפה<sup>59</sup>. בדומה בעניין *Robinson*<sup>60</sup>, בלש שהואשם בהאזנת סתר, הציג כעדות מחקר של ה-ABA (האיגוד האמריקני של עורכי הדין), שלפיו סוכנים פדרליים מעולם לא הועמדו לדין בהאזנת סתר, ובכך הוכחה הסלקטיביות באכיפה<sup>61</sup>.

למרות הפוטנציאל הרב הטמון בראיות סטטיסטיות ויכולתן לסייע לנאשם הטוען לאכיפה סלקטיבית, גם כאן ההלכה בארצות-הברית אינה מקלה על הנאשם. ראיות סטטיסטיות אמנם יכולות להעיד על סלקטיביות, אך השאלה היא אם הן יכולות להעיד על כוונה להפלות. לכאורה על מנת להוכיח כוונה, מספיק להראות מדיניות אשר בוחרת לצורך אכיפה, מבין אלה המצויים באותו מצב, אנשים בעלי אפיונים מסוימים, וכי אפיונים אלה מרמזים על קלסיפיקציה אסורה<sup>62</sup>. אכן הדבר עלה יפה בעניין *Harris*<sup>63</sup>, שבו הוצגו עדויות שלפיהן הן שחורים הן לבנים הפרו את חוקי ההימורים, אך במהלך תקופה של שלוש שנים

57 מקובל להבחין בין ראיות ישירות לראיות סטטיסטיות. בעוד לגבי ראיות ישירות, לאחר שביט המשפט קובע את מידת אמונו בהן הוא יכול לקבוע ממצאים עובדתיים; במקרה של ראיות סטטיסטיות על בית המשפט לקבוע ממצא עובדתי בלא שיש לו ראיות שנוגעות למקרה הספציפי, אלא רק ראיות שמצביעות על הסתברות ומהן צריך לגזור מסקנה על המקרה הקונקרטי. ראו R.A. Posner "An Economic Approach to the Law of Evidence" 51 *Stan. L. Rev.* (1999) 1477, 1508-1512.

58 *U.S. v. Ojala* 544 F. 2d 940 (8<sup>th</sup> Cir. 1976).

59 ראו שם, בעמ' 943: "Appellant made a strong showing before the District Court that he was selected for prosecution while others similarly situated were not indicted". עם זאת הטענה נדחתה לגופה, שכן בית המשפט סבר שהבחירה לגופה הייתה לגיטימית. ראו שם, בעמ' 945: "It is difficult to conceive of a more legitimate object of prosecution than one who exploits his own public office and reputation to urge a political position by announcing publicly that he had gone on strike against the tax laws of the nation".

60 *U.S. v. Robinson* 311 F. Supp. 1063 (W.D. Mo. 1969).

61 שם, בעמ' 1065. כאן כן התקבלה הטענה לגופה, משום שהעדויות הסטטיסטיות נתמכו על ידי עדויות אחרות (הודעה מהנשיא ליועץ המשפטי לפיה הפרקטיקה של האזנות סתר מקובלת לצורך הגנה על הביטחון הלאומי). שם, בעמ' 1064.

62 ראו Kreiger (לעיל, הערה 14), בעמ' 654-655.

63 *People v. Harris* 5 Cal. Rptr. 852 (1960).

הועמדו לדין פי 10 שחורים מלבנים ובשנה אחת הועמדו לדין רק שחורים<sup>64</sup>. בית המשפט קבע שהוכחה לכאורה כוונה להפלול והחזיר את העניין לבית המשפט קמא לשמיעת העדויות<sup>65</sup>. אך רוב בתי המשפט קבעו כי עדויות סטטיסטיות המעידות על העמדות לדין ספורות בלבד בגין הפרת חוק מסוים, מעידות על סלקטיביות ולא בהכרח על כוונה להפלול, והן רלוונטיות רק כאשר מתווספות להן ראיות נוספות שיחד יכולות להקים הוכחה לכאורה של כוונה<sup>66</sup>.

לכן, ראיות המשוות את אחוז השחורים באוכלוסיה עם אחוז העמדות לדין של שחורים בסוג מסוים של עבירה – אינן מועילות לטענת האכיפה הסלקטיבית. סוג כזה של ראיות מקובל על מנת להוכיח הפליה בבחירה של מושבעים, משום שהרכב גזעי של מושבעים אמור לשקף פחות או יותר את האוכלוסיה, אך הנחה זו אינה בהכרח נכונה בטענות של אכיפה סלקטיבית, משום שהתוחלת של פעילות פלילית מסוימת בקרב חלק מסוים של אוכלוסיה, יכולה להיות שונה מהתוחלת של הפעילות בקרב האוכלוסיה הכללית והסתברות ההעמדה לדין משתנה בהתאם<sup>67</sup>. מאחר שהסטטיסטיקה אינה יכולה להעיד בדיוק כמה

64 ראו שם בעמ' 854-853: "The offers of proof were: 1. Racial population figures and percentages in Pasadena. 2. Record of Pasadena gambling arrests showing for the year 1957, 16 white persons arrested, 276 Negroes; 1958, 9 white, 82 Negroes; 1959, all persons arrested, Negroes. 3. Existence of gambling for years in three men's clubs, all members of which were white, and no arrests made. That the chief of police was a member of one of the clubs and aware of the gambling. 4. One of the arresting officers would testify the routine city police procedure was to patrol the colored section and, on finding grouped parked cars, prowl the private premises for gambling, with no like patrol in the white section and no investigation made when cars were so parked in white areas. That no arrests were made when, shortly before the instant arrests, police found white men gambling, some of them city police officers. 5 and 6. Somewhat similar testimony by an arresting officer, and another officer"

65 שם, בעמ' 855-856. עם זאת בית המשפט הדגיש כי הדבר נעשה לא רק על בסיס העדויות הסטטיסטיות, אלא גם על בסיס עדויות השוטרים שהמדיניות הייתה לפטרל רק באזורים של שחורים. ראו פריטים 4-6 בהערה הקודמת.

66 J.E. Tinsley "Discriminatory Enforcement of the Criminal Law" 13 *Am. Jur.* 609 *POF 2d* (1977) – ראו הטקסט ליד הערות 64 ו-65. ראו גם Kreiger (לעיל, הערה 14), בעמ' 655.

67 במקרים שבהם נטען לאפליה גזעית מכוונת בבחירה של מושבעים נדרשו שני אלמנטים של הוכחה: קיום מספר רב של שחורים הכשירים להיות מושבעים, על ידי הצבעה על כך שיש אוכלוסיה גדולה של שחורים שאחוז נכבד ממנה משכיל ועונה על דרישות אחרות של חובות המושבעים, וכן הבחירה היחסית של שחורים לעומת לבנים שאותה ניתן להראות על ידי סטטיסטיקה לגבי חברות בחבר המושבעים. אם קיים חוסר פרופורציה בין מספר השחורים הכשירים למספר השחורים שנבחרו, באופן גס מדי שאינו מותיר מקום למסקנה שהדבר מקרי – ניתן להסיק אפליה. בהיקש מכך ניתן לטעון שהוכחה לכאורה של אכיפה סלקטיבית היא מספקת אם היא מציגה חוסר פרופורציה גס מדי מכדי להיות מקרי בין הפרות ואכיפות כנגד

## אכיפה סלקטיבית

מתוך חברי קבוצת הרוב או המיעוט עברו את העבירה וכמה מתוך הפרות החוק ידועות לרשויות האכיפה, היא הרבה פחות פשוטה ליישום בטענות של אכיפה סלקטיבית מאשר בטענות של הרכב מושבעים מפלה, ולכן גם בתי המשפט אינם נוטים לקבל אותה<sup>68</sup>. למעשה, כבר בפסק דין *Oyler*<sup>69</sup>, שבו נדרשה לראשונה הוכחה של כוונה להפלות לצורך הקמת טענה של אכיפה סלקטיבית, ציין בית המשפט העליון כי גם אם הסטטיסטיקה תעיד לכאורה על מדיניות מודעת של אכיפה סלקטיבית, אין בכך להקים טענה של הפרת הזכות לשוויון מאחר ולא נטען שהסלקטיביות מבוססת באופן מכוון על סטנדרט לא מוצדק כמו גזע, דת או קלסיפיקציה שרירותית אחרת<sup>70</sup>. פסק הדין עסק בחוק של מדינת מערב וירג'יניה, שמטרתו לטפל בעבריינות חוזרת (רצידיביזם). על פי החוק, אם יורשע אדם בסוג עבירות מסוים שלוש פעמים לאורך ציר זמן, ניתן יהיה לבקש להטיל עליו עונש של מאסר עולם. העותר, אשר ריצה מאסר מכוח החוק, טען כי הוא הופלה לרעה בשל אכיפה סלקטיבית, שכן 904 אנשים אחרים במערב וירג'יניה לא נאסרו, אף שניתן היה להפעיל כנגדם את החוק. לתמיכה בטענותיו העותר צירף נתונים סטטיסטיים המתבססים על רישומים של בתי סוהר, אך בית המשפט קבע כאמור כי אין בכך להעיד על כוונה להפלות. ראיות סטטיסטיות נמצאו גם כבלתי מספיקות להוכחת סלקטיביות בענישה. בעניין *McCleskey*<sup>71</sup>, נאשם שהורשע ברצח טען כי התביעה דרשה עונש מוות משום שהוא שחור, תוך גגיעה בזכותו החוקתית לשוויון. הוא התבסס על סטטיסטיקה שמעידה, לשיטתו, על אפליה גזעית המתבטאת בדרישה של עונש המוות בעיקר כנגד עבריינים שחורים. בית המשפט העליון קבע כי ראיות סטטיסטיות אינן מספיקות להוכחת כוונה להפלות. על מנת להצליח בטענתו על הנאשם היה להראות כי מקבל ההחלטות בעניינו פעל בכוונה מפלה, והסטטיסטיקה אינה מספיקה כדי לתמוך במסקנה האמורה. זאת ועוד, הסטטיסטיקה אינה תומכת במסקנה כי החוק נחקק במטרה להפלות שחורים. כדי להוכיח טענה זו על הנאשם

הקבוצה שנטען שהיא מועדפת לטובה, לבין אכיפה כנגד הקבוצה שנטען שהיא מופלית. דא עקא, שיש קושי בהצבעה על הפרות חוק בקרב הקבוצה המועדפת ובתי המשפט דחו, כאמור, את הפרופוזיציה שלפיה ניתן להשתמש כבסיס בסטטיסטיקות של השתייכות לאוכלוסיה מסוימת ומהן ללמוד על מספר הפרות החוק בתוכה. ראו Comment "The Right to Nondiscriminatory Enforcement of State Penal Laws" 61 *Colum. L. Rev.* (1961) 1103, 1127-1128.

68 לאפליה בבחירת חבר מושבעים ראו LaFave, Israel & King (לעיל, הערה 12), בעמ' 1046-1044.

69 *Oyler v. Boles* 368 U.S. 448 (1962).

70 שם, בעמ' 453. לביקורת ראו R.G. McCloskey "The Supreme Court 1961 Term" 76 *Harv. L. Rev.* (1962) 54, 121-122.

71 *McCleskey v. Kemp* 481 U.S. 279 (1987).

היה להראות שהמחוקק קבע עונש מוות מאחר שצפה השפעה לא פרופורציונלית של החוק על שחורים<sup>72</sup>.

דומה שפרשת *Armstrong* ופסקי הדין שיישמו אותה לא רק שסתמו לחלוטין את הגולל על היכולת לעשות שימוש בעדויות סטטיסטיות, אלא שהוכיחו שעדויות אלה יכולות דווקא לפעול לרעת הנאשם. בפרשת *Armstrong* העדויות הסטטיסטיות שלפיהן התביעה הפדרלית העמידה לדין רק שחורים בעבירות – לא הספיקו לבית המשפט אפילו לצורך הוצאת צו גילוי מסמכים. יתרה מזאת, בית המשפט העליון אף העביר ביקורת על בית המשפט לערעורים שהניח, כבסיס למתן צו גילוי, "שאנשים מכל הגזעים מבצעים את כל סוגי העבירות" – הנחה שלא היה לה בסיס ושאינה תואמת נתונים של הרשויות הפדרליות שלפיהן רוב המורשעים בעבירות קוקאין הם שחורים<sup>73</sup>. בפרשת *Hastings* שכאמור יישמה את הלכת *Armstrong*, אף שהסלקטיביות שנטענה לא הייתה על בסיס גזע – לא השתכנע בית המשפט מכותן של הראיות הסטטיסטיות. בפרשה זו טען הנאשם כי הועמד לדין בעבירות מס בשל היותו רפובליקני. הוא הביא עדויות סטטיסטיות שלפיהן רשות המס, אשר המליצה על העמדתו לדין בעבירה האמורה, המליצה רק על 12 מתוך 37,000 מקרים של עבירות מס, ורק במקרה אחד, פרט אליו, הועמד אדם לדין באותו מחוז. בהתייחסו לכך בית המשפט ציין כי הנאשם לא הראה שכל אחד מבין אלפי האנשים האחרים שלא הועמדו לדין היה במצב זהה לשלו, וכן לא הראה שאחד או חלק מהאנשים הבודדים שכן הועמדו לדין היה רפובליקני<sup>74</sup>.

עדויות סטטיסטיות, כשלעצמן, אינן מספיקות אפוא כדי להפריך את חזקת החוקיות. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר נטענת אכיפה סלקטיבית על בסיס אינדיווידואלי, דהיינו לא נטען שהאפליה היא על בסיס קבוצתי, שאז קשה להוכיח כוונה להפלות על בסיס נסיבתי. במקרה כזה המטרה אינה להראות אפליה כנגד קבוצה מוגדרת של אנשים, כגון שחורים, אלא אפליה כנגד אינדיווידואל מסוים. דפוס האכיפה היחידי שניתן להצביע עליו הוא אי-אכיפה באופן כללי לעומת אכיפה ספציפית כנגד הפרט המעלה את הטענה. מהעמדה אחת לדין בעבירה מסוימת, קשה יהיה לבית המשפט להסיק מה היה הקריטריון שעמד בבסיס הבחירה, ואין מנוס מלנסות ולהוכיח מניע לאפליה הנטענת כנגד הפרט

72 שם, בעמ' 292-299.

73 פסק דין *Armstrong* (לעיל, הערה 11), בעמ' 469: "The Court of Appeals reached its decision in part because it started 'with the presumption that people of all races commit all types of crimes – not with the premise that any type of crime is the exclusive province of any particular racial or ethnic group'. ...It cited no authority for this proposition, which seems contradicted by the most recent statistics of the United States Sentencing Commission. Those statistics show: More than 90% of the persons sentenced .in 1994 for crack cocaine trafficking were black"

74 פרשת *Hastings* (לעיל, הערה 15), בעמ' 316.

#### אכיפה סלקטיבית

המועמד לדין<sup>75</sup>. כך למשל בעניין *Edelman v. California*<sup>76</sup> העותר הואשם בשוטטות – עבירה על פי חוקי קליפורניה – וטען, בין היתר, כי הופרה זכותו לשוויון בשל אכיפה מפלה של החוק על ידי משטרת לוס-אנג'לס, שכן אלפי אנשים שנהגו בצורה דומה מעולם לא הואשמו בשוטטות. בית המשפט העליון סבר שטענה זו מחייבת אותו להתייחסות קצרה בלבד, שכן ברור שהעותר לא עמד על הצורך להוכיח אפליה שיטתית (systematic) או מכוונת (intentional)<sup>77</sup>.

כאמור, גם כאשר נטענת אכיפה סלקטיבית על בסיס קבוצתי, עדויות נסיבתיות עשויות שלא להספיק, משום שהמבחן המסורתי אינו אם יש במדיניות התביעה כדי להבחין בין אנשים על בסיס לא מוצדק, אלא אם התביעה התכוונה להבחין על בסיס לא מוצדק<sup>78</sup>. למותר לציין שכאשר קיימת אכיפה כלשהי, גם אם מועטה ביותר כנגד הקבוצה המועדפת (להבדיל מאי-אכיפה מוחלטת), קרוב לוודאי שכמעט בלתי אפשרי להוכיח גם את חוסר הפרופורציה באכיפה<sup>79</sup>. התוצאה היא שעל מנת להפריך את חזקת החוקיות הטוען לאכיפה סלקטיבית צריך להביא הוכחות ישירות באשר למה שהתובע ידע, מה הוא החליט ומדוע הוא החליט זאת<sup>80</sup>.

#### 4. ראיות אחרות לאכיפה סלקטיבית

קיימים כמה סוגים של ראיות (שאינן סטטיסטיות) לאכיפה סלקטיבית<sup>81</sup>. ההוכחה החזקה ביותר לאכיפה סלקטיבית היא הצהרות על מדיניות התביעה. כך למשל בעניין *Falk*<sup>82</sup> הובאה הצהרה של מנהל שירותי הגיוס, אשר העידה על כך שהמדיניות הכללית היא שלא להגיש כתבי אישום כנגד מי שהחזיר את צו הגיוס שלו ולהשאיר זאת לטיפול לשכות הגיוס המקומיות<sup>83</sup>. גם כאשר הובאה ראיה על מדיניות, נשאלת השאלה אם ניתן בהכרח להסיק מכך חוסר תום לב של התביעה, בפרט אם הנסיבות מצביעות על שינוי במדיניות<sup>84</sup>.

- 75 ראו Comment (לעיל, הערה 67), בעמ' 1124-1125.
- 76 344 U.S. 357 (1953) (להלן: פרשת *Edelman*).
- 77 שם, בעמ' 359.
- 78 Kreiger (לעיל, הערה 14), בעמ' 656.
- 79 ראו Comment (לעיל, הערה 67), בעמ' 1128.
- 80 Kreiger (לעיל, הערה 14), בעמ' 657; ראו גם: Givelber (לעיל, הערה 15), בעמ' 95.
- 81 ראו למשל פירוט אצל Kreiger (לעיל, הערה 14), בעמ' 660-657; Poulin (לעיל, הערה 23), בעמ' 1115-1111.
- 82 לעיל, הערה 24.
- 83 שם, בעמ' 621.
- 84 כך למשל בעניין *Falk* שופט המיעוט סבר כי מאחר שהנאשם הועמד לדין בשנת 1970, הצהרה משנת 1969 באשר למדיניות העמדה לדין, אינה ישימה לגביו, מה גם שב-1970 ניתן פסק דין של בית המשפט העליון בארצות-הברית ששלל את המדיניות האמורה. ראו דברי

פרק שביעי: סוגיות בנושא הוכחה וראיות

הסוג השני של ראיה, אף הוא מהווה הוכחה ישירה, ועניינו תזכירים של התביעה באשר להעמדה לדין במקרה הנדון ובאשר למקרים אחרים שבהם לא הועמדו אנשים לדין. כך למשל בעניין *Edelman*<sup>85</sup> העותר אשר טען לאכיפה סלקטיבית של החוק האוסר על שוטטות בקליפורניה, צרף רישומים של המשטרה ולפיהם קיימות הפרות רבות אחרות של החוק אשר אינן מגיעות לכדי העמדה לדין<sup>86</sup>. הבעייתיות בסוג זה של הוכחות, היא שניתן לטעון שהן מצביעות על עמדה של אדם אחד ולא על העמדה הרשמית של התביעה. על כן ללא אשרור על ידי האדם שקיבל בפועל את ההחלטה כי אלה אכן היו מניעה של התביעה, יש קושי להשתמש בתזכירים כאלה להוכחת חוסר תום לב. זאת ועוד, על בית המשפט לבחון אם אכן הסיבה הבלתי מוצדקת העולה מהתזכירים, הייתה הסיבה הדומיננטית להעמדה לדין<sup>87</sup>.

סוג חשוב ביותר של הוכחות ישירות הוא עדויות התובע או פקידי ממשל אחרים<sup>88</sup>. עם זאת היעדר עדויות כאלה ברוב המקרים שבהם נטענת אכיפה סלקטיבית, מעיד על הקושי להשיג ראיות מסוג זה, שכן ברור שאנשי רשויות האכיפה אינם נוטים להודות בכך שהם מבצעים אכיפה סלקטיבית אסורה<sup>89</sup>.

עדות כזו יכול שתתייחס למדיניות התביעה. כך למשל בעניין *Harris*<sup>90</sup> שבו הוצגו, כאמור, עדויות סטטיסטיות באשר ליחס העמדות לדין של שחורים ולבנים בעבירות הימורים, הובאו נוסף על כך גם עדויות של שוטרים שלפיהן בוצעו פטרולים רק באזורים של שחורים והמחלקה הרלוונטית במשטרה חקרה הימורים רק כאשר נצפו מכונות חונות באזורים של שחורים, אך לא של לבנים<sup>91</sup>. בעניין *Bargain City U.S.A., Inc v. Dilworth*<sup>92</sup> נתקף חיקוק פילדלפי, אשר אסר על פתיחת חנויות בימי ראשון. בבית המשפט קמא הובאה

השופט *Cummings* בעניין *Falk* (לעיל, הערה 24), בעמ' 632. הוא מצטט את פסק דין *Gutknecht v. U.S.* 396 U.S. 295 (1970).

85 לעיל, הערה 76.

86 עם זאת בעניין זה הראיות לא התקבלו שכן דובר בהפרת חוק מדינתי והתצהיר שהוגש לא עמד בדרישות חוקי מדינת קליפורניה; ראו שם, בעמ' 359: "petitioner made an offer of proof phrased as follows, 'I want to show by the police records that there are thousands and thousands of individuals in this city that are walking around that have committed many more offenses than this defendant that have never been charged with vagrancy'. This offer was made in connection with a subpoena addressed to the local police records section. On motion of the city attorney the subpoena was quashed on the ground that the accompanying affidavit did not comply with the requirements of state law"

87 ראו *Kreiger* (לעיל, הערה 14), בעמ' 658.

88 ראו למשל *LaFave, Israel & King* (לעיל, הערה 12), בעמ' 691.

89 ראו *Comment* (לעיל, הערה 67), בעמ' 1122.

90 לעיל, הערה 63.

91 ראו לעיל, הערה 64.

92 179 A. 2d 439 (1962).



## אכיפה סלקטיבית

עדות של מפכ"ל המשטרה, שלפיה המדיניות שלו הייתה לאכוף את החוק רק כנגד חנויות כלבו גדולות, ועדות זו סייעה להוכחת כוונה<sup>93</sup>.

עדויות יכול שתתייחסנה לפרוצדורה שננקטה במקרה הנוכחי לעומת מקרים אחרים. כך למשל בעניין *Steele*<sup>94</sup> המערער הורשע בעבירה על החוק בשל כך שסירב לענות על שאלות במפקד התושבים. לטענתו הרשויות בחרו להגיש כנגדו אישום משום שהוא הפגין בפומבי התנגדות לדרישות המפקד. אחת העדויות שסייעו לו הייתה של פקיד מדינה, שלפיה ניתנה הוראה להכין חומר רקע על המערער ועל שלושה אנשים נוספים שנחשבו "מתנגדים קשים" למפקד – פרוצדורה שלא ננקטה לגבי אף אחד אחר<sup>95</sup>. לסטייה ממדיניות, כשלעצמה, ערך הוכחתי קטן בניסיון להוכיח חוסר תום לב, משום שלפקידי אכיפה יכולים להיות מניעים כשרים להשתמש בפרוצדורות שונות, אך היא בהחלט יכולה לגרור דרישה למתן הסברים<sup>96</sup>.

סוג נוסף של עדויות יכול לכלול הודאה של גורם המשתייך לתביעה בדבר חוסר תום לב. כך, בעניין *Falk* טענתו של הנאשם, שלפיה עוזר לתובע הכללי אמר לעורך דינו שהנאשם גורם נזקים לשירותי הגיוס במתן ייעוץ לאנשים, וכי זו הסיבה להעמדתו לדין, סייעה גם היא בהוכחת הכוונה<sup>97</sup>. עם זאת המדינה יכולה לטעון במצבים כאלה כי מי שבסופו של דבר אישר את ההחלטה להעמיד לדין עשה זאת ממניעים כשרים<sup>98</sup>. ואכן, גם כאשר הטוען לאכיפה סלקטיבית מצליח להראות שפקיד אכיפה מסוים הצהיר הצהרות המשקפות מניע להפלות, בתי המשפט נוטים לדחות את הדברים כבלתי משקפים או להניח שהביקורת המתבצעת על ידי פקידי אכיפה אחרים מבטלת את הרושם שנוצר בדבר אכיפה מפלה<sup>99</sup>.

93 ראו שם, בעמ' 442: "Appellant's second point of attack is that the statute violates the federal constitution because of a policy of discriminatory enforcement. In this respect the court below originally found as a fact... that the Police Commissioner of Philadelphia had established a policy of enforcing the act only against employees of certain large retail establishments"

94 *U.S. v. Steele* 461 F. 2d 1148 (9<sup>th</sup> Cir. 1972)

95 שם, בעמ' 1151.

96 ראו *Kreiger* (לעיל, הערה 14), בעמ' 659; *Poulin* (לעיל, הערה 23), בעמ' 1112.

97 פרשת *Falk* (לעיל, הערה 24), בעמ' 623.

98 ראו דברי שופט המיעוט *Cummings* שם, בעמ' 633-634: "His out-of-court statements to defense counsel are not introducible in defendant's case as admissions of the Government, nor could he testify as the Government's motives in prosecuting Falk. He could only speak for himself" ראו גם *Poulin* (לעיל, הערה 23), בעמ' 1109.

99 ראו דברי בית המשפט הפדרלי לערעורים בפרשת *U.S. v. Erne* 576 F. 2d 212 (9<sup>th</sup> Cir. 1978). בפרשה זו נטען על ידי המערער כי הוא הועמד לדין בעבירות מס בשל שימוש שעשה בחופש הביטוי שלו להתנגד באופן גלוי לחוקי המס. בהקשר לכך אמר השופט *Wallace* בעמ' 216-217: "The United States Attorney, in turn, ultimately decided whether or not to

ראיה עקיפה אפשרית היא חקירה באמתלה אחת (pretextual investigation). הנאשם יכול להראות כי רשויות האכיפה השתמשו באמצעי חקירה חוקי כאמתלה לחקור אותו בעניין אחר לגמרי. זוהי תופעה נפוצה, שלפיה פקידי אכיפה משתמשים במניע חוקי (כגון עצירת רכב בשל עבירת תנועה קלה) על מנת לאכוף את החוק על בסיס סיווג פסול (כגון חיפוש סמים רק אצל שחורים)<sup>100</sup>. לראיות מסוג זה פוטנציאל קטן מאוד לסייע לנאשם, לאור פסיקתו של בית המשפט העליון של ארצות-הברית בפרשת *Whren*<sup>101</sup> כי חוקיות עצירת רכב אינה קשורה במניע הסובייקטיבי של השוטר<sup>102</sup>.

אם כן עדויות ישירות, קשות להשגה בשל הנטייה הטבעית של פקידי האכיפה שלא להודות במניעים בלתי כשרים. זאת ועוד, גם כאשר עדויות ישירות הן בנמצא, לא תמיד הן תספקנה לעמוד ברף ההוכחה. הצלחה בהפרכת חזקת החוקיות טמונה בשילוב של ראיות סטטיסטיות, ישירות ועקיפות – משימה שמעטים עומדים בה.

## 5. ההליך הראייתי

כאמור, טענת אכיפה סלקטיבית מועלית בארצות-הברית במסגרת בקשה מקדמית למחיקת האישום (pre-trial motion to dismiss the indictment)<sup>103</sup>. במידה והטוען עמד בנטל הראשוני להוכיח אכיפה סלקטיבית לכאורית והתביעה מעוניינת להביא ראיות מפריכות – יתקיים בירור ראייתי מקדמי (evidentiary hearing). לעומת זאת אם המדינה אינה חולקת על העובדות אלא רק טוענת לאי-דיות משפטית של הטענות, בית המשפט חופשי לקבל או לדחות את הבקשה למחיקת האישום גם ללא הבירור המקדמי<sup>104</sup>. במסגרת הבירור המקדמי או מאוחר יותר במשפט, הטוען לאכיפה הסלקטיבית צריך להמשיך ולבסס את טענתו בדבר אכיפה סלקטיבית, על מנת להעביר את הנטל למדינה להפריכה. כך למשל בעניין *Falk*<sup>105</sup>, באופן מעשי ניתנה למערער האפשרות לזמן לעדות את התובע – נציגו של היועץ המשפטי לממשלה – ובית המשפט הדגיש כי נטל ההוכחה יעבור אל המדינה להראות כי האכיפה לא הייתה מפלה:

initiate criminal proceedings. In light of this procedure, we are persuaded that even if [the initial investigator's] role in referring the matter for prosecution involved an improper discriminatory motive, it would be insufficient to taint the entire administrative process”

100 Poulin (לעיל, הערה 23), בעמ' 1113.

101 *Whren v. U.S.* 517 U.S. 806 (1996).

102 ראו לעיל בהרחבה, פרק שלישי, סעיף 3(ד).

103 ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף 11.

104 ראו “The One-Sided Sword: Selective Prosecution In Federal Courts” M.L. Amsterdam

6 *Rutgers Camden L.J.* (1974) 1, 18-19.

105 לעיל, הערה 24.

## אכיפה סלקטיבית

We will therefore remand the case, to a different judge, for a hearing at which time Falk may question the Assistant United States Attorney as to the content of his previous statements to defendant's counsel and present any additional evidence he wishes on the issue of other alleged violators and the government's lack of general enforcement. In accordance with our holding that a *prima facie* case has already been presented... the burden of going forward with proof of non-discrimination will then rest on the government. Particularly with regard to the seemingly inherent discrimination against Falk in prosecuting him for insisting on his claim as a conscientious objector, we think the government will be required to present compelling evidence to the contrary if its burden is to be met<sup>106</sup>.

במידה והנאשם, באמצעות הראיות שנוספו בגילוי המסמכים או העדים שחקר במסגרת הברור המקדמי, המשיך וביסס את הטענה הלכאורית, עובר הנטל אל המדינה להפריך את הטענה. עם זאת לא ברור מה מידת ההוכחה הדרושה המוטלת עליה, שכן בתי המשפט השתמשו במינוחים שונים כגון "נטל כבד", "ראיות משכנעות" וכדומה<sup>107</sup>. הנטל המוטל על התביעה הוא להראות שלא הייתה סלקטיביות, שהסלקטיביות לא הייתה מכוונת או שביסוד ההחלטה לא עמד בסיס לא-חוקתי מפלה<sup>108</sup>. אם התביעה אינה יכולה להפריך את הטענה הלכאורית בדבר אכיפה סלקטיבית, עליה להצדיק את הקריטריון ששימש אותה לאכיפה או שתישא בתוצאות של מחיקת האישום. כמובן שאם הטענה היא שהאכיפה נעשתה על בסיס סיווג "חשוד", התביעה תצטרך להראות אינטרס מכריע (compelling governmental interest) שמצדיק את השימוש בסיווג האמור, בעוד אם הסיווג אינו חשוד, מספיק בסיס רציונלי לאכיפה הנטענת להיות סלקטיבית כדי להצדיק את ההעמדה לדין<sup>109</sup>.

## 6. חופש הגישה למידע המצוי בידי רשויות המינהל

בארצות-הברית קיים חוק חופש מידע – Freedom of Information Act (FOIA) – משנת 1966<sup>110</sup>. החוק חל על רשויות פדרליות רגולטוריות (agencies) ומחייב אותן לפרסם

- 106 שם, בעמ' 623-624.  
107 LaFave, Israel & King (לעיל, הערה 12), בעמ' 690-691; Amsterdam (לעיל, הערה 104), בעמ' 20-21.  
108 שם, בעמ' 21.  
109 שם, שם.  
110 5 U.S.C. § 552. לסקירות ישראליות של החוק האמריקני ראו מ' בלס חופש הגישה למידע המוחזק בידי רשויות המינהל (עבודת גמר במסגרת לימודי התואר השני, הפקולטה למשפטים

ב-Federal Register עניינים שונים כמו מבנה הרשות והארגון שלה (description of its central and field organization), שיטות הפעולה העיקריות שלה (general course and method), כללי פרוצדורה (rules of procedure), הצהרות כלליות של מדיניות (statements of general policy) וקביעות פרשניות בעלות תחולה כללית (interpretations of general applicability). כן מחייב החוק לאפשר לציבור לעיין ולהעתיק פסקי דין, צווים והצהרות בדבר מדיניות כללית שלא פורסמו באופן רשמי. הסעיף אף מחייב את הרשות להכין אינדקסים של המידע הנ"ל ולהעמידו לרשות הציבור<sup>111</sup>. סעיף 552(b) לחוק כולל רשימה של סייגים שלגביהם הרשות אינה חייבת למסור מידע, אם כי לא חל עליה איסור לגלות מידע בעניינים האמורים<sup>112</sup>. ויתרה מזאת, אם החומר ניתן להפרדה באופן שעל חלקו לא חל הסייג – על הרשות למסור את החלקים האפשריים<sup>113</sup>.

הסייג החמישי מגן על הליך שיקול הדעת המינהלי והוא קובע כי החוק אינו חל על עניינים שהם בבחינת תרשומת או תכתובת פנימית בתוך הרשות או בין רשויות, אשר לא הייתה ניתנת לצד – שאינו הרשות – במסגרת הליך משפטי נגד הרשות<sup>114</sup>. סייג זה נחשב לפחות ברור מבחינת לשונו מבין כל הסייגים, לשנוי ביותר במחלוקת ולרחב ביותר מבחינת תחולתו<sup>115</sup>. הסייג פורש על ידי בית המשפט העליון ככולל חסיונות שהוכרו הן על ידי החוק הן על ידי הפסיקה, לרבות חסיון עבודת עורכי דין, חיסיון עורך דין-לקוח, וחסיון הליך שיקול הדעת המינהלי<sup>116</sup>. מטרת החיסיון להגן על היושרה של הרשות על ידי עידוד דיון פתוח בשאלות של קביעת מדיניות ולמנוע הטעיה של הציבור על ידי גילוי דעות והמלצות שייתכן שלא יאומצו בהחלטה הסופית<sup>117</sup>.

אוניברסיטת תל-אביב, (1992), 23-52; ד' סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע (תש"ס), 87-78; י' דותן הנחיות מינהליות (תשנ"ו), 250-256.

111 סעיף 552(a). יצוין כי ב-1996 התקבל ה-Electronic Freedom Of Information Act, אשר הטיל על הרשויות חובה לפרסם מידע בעניינים מסוימים בכלים אלקטרוניים. ראו P.L. Straus *Administrative Justice in the United States* (2<sup>nd</sup> ed., Carolina Academic Press, 2002), 276, 282-284.

112 נוסח הסעיף "This section does not apply to matters that are-".

113 על פי הסיפה של סעיף 552(b): "Any reasonably segregable portion of a record shall be provided to any person requesting such record after deletion of the portions which are exempt under this subsection".

114 ראו סעיף 552(b)(5): "inter-agency or intra-agency memorandums or letters which would not be available by law to a party other than an agency in litigation with the agency".

115 ראו K.A. Miles "Shielding Agency Deliberations from FIOA Disclosure" 57 *George Washington L. Rev.* (1989) 1326, 1329.

116 H.N. Foerstel *Freedom of Information and the Right to know* (Greenwood, 1999), 63. ראו Miles (לעיל, הערה 115), בעמ' 1329.

117 N.S. Marsh *Public Access to Government – Held Information: A Comparative Symposium* (London, Stevens & Sons LTD., 1987), 68. ראו Miles (לעיל, הערה 115), בעמ' 1329.

## אכיפה סלקטיבית

הסייג השביעי עניינו בהגנה על אכיפת החוק והוא קובע כי חוק חופש המידע אינו חל על עניינים הנוגעים למידע או מסמכים אשר נערכו למטרת אכיפת החוק, אך רק במידה שמסירת המידע או מסמכים כאמור יכולה לגרום לאחת מהתוצאות הבאות:

- א. ניתן באופן סביר לצפות כי המסירה תפריע להליך אכיפת החוק;
- ב. המסירה תשולל מאדם את הזכות להליך הוגן או לקיום הליכים ללא משוא פנים;
- ג. ניתן באופן סביר לצפות כי המסירה תיצור חדירה שלא כדין לפרטיות;
- ד. ניתן באופן סביר לצפות שהמסירה תגלה את זהותו של מקור סודי, לרבות מקור מדינתי, מקומי, מקור של רשות או סמכות זרה, או של מוסד פרטי, אשר מסר מידע על בסיס של סודיות, או במקרה של רשויות אכיפת החוק הפלילי – אינפורמציה שהתקבלה במהלך חקירה פלילית או על ידי רשות העוסקת במודיעין לאומי;
- ה. המסירה תגלה שיטות ונוהלים של חקירות או הגשת כתבי אישום שמטרתם אכיפת החוק, או תגלה הנחיות לחקירות או הגשת כתבי אישום כאמור, אם ניתן לצפות באופן סביר כי גילוי כזה יכול לסכן את אכיפת החוק;
- ו. ניתן לצפות באופן סביר כי המסירה יכולה לסכן חייו או שלמותו הגופנית של אדם<sup>118</sup>.

סייג זה חל על אכיפה פלילית ואזרחית והוא עבר שינויים אחדים מאז נחקק החוק<sup>119</sup>, מתוך ניסיונות לאזן בין הצורך הברור בשקיפות לבין טיעונים כנגד פרסום הנחיות אכיפה, כגון החשש מפני פגיעה ביכולת ההרתעה (תוצאה בלתי רצויה בפרט כאשר היעדר אכיפה במקרים מסוימים נובע ממחסור במשאבים ולא מהשלמה עם העבירה); הצפת בתי המשפט בתיקים התוקפים את מדיניות האכיפה כשלעצמה; רתיעה של רשויות האכיפה מהבניית שיקול דעתן בכללים מתוך ידיעה שאלה יפורסמו; החשש שאם עבריינים בעבירות "קלות"

118 ראו סעיף 552(b)(7): "records or information compiled for law enforcement purposes, but only to the extent that the production of such law enforcement records or information (A) could reasonably be expected to interfere with enforcement proceedings, (B) would deprive a person of a right to a fair trial or an impartial adjudication, (C) could reasonably be expected to constitute an unwarranted invasion of personal privacy, (D) could reasonably be expected to disclose the identity of a confidential source, including a State, local, or foreign agency or authority or any private institution which furnished information on a confidential basis, and, in the case of a record or information compiled by a criminal law enforcement authority in the course of a criminal investigation or by an agency conducting a lawful national security intelligence investigation, information furnished by a confidential source, (E) would disclose techniques and procedures for law enforcement investigations or prosecutions, or would disclose guidelines for law enforcement investigations or prosecutions if such disclosure could reasonably be expected to risk circumvention of the law, or (F) could reasonably be expected to endanger the life or physical safety of any individual"

119 ראו Marsh (לעיל, הערה 117), בעמ' 71-72. לדיון בשינויים השונים בחוק ראו Foerstel (לעיל, הערה 116), בעמ' 44-57.

ידעו מראש שהם לא יועמדו לדין – הם לא ישתפו פעולה בחקירה של עבירות חמורות יותר<sup>120</sup>.

נוסחו הראשון של הסעיף היה רחב ופורש באופן המאפשר למנוע גילוי של כל חומר חקירה, ללא קשר למצב החקירה או לטיב החומר המבוקש. בשנת 1974, כתוצאה משימוש לרעה בסעיף על ידי גופים כגון ה-FBI, הקונגרס תיקן את נוסח הסייג וקבע כי אי-גילוי מידע יהיה מוצדק רק במידה ומתקיים לפחות אחד משישה מצבים קונקרטיים של נזק. בעקבות התיקון הועלו טענות מצד ה-FBI כי מודיעים חוששים למסור מידע פן תיחשף זהותם. לאור זאת, בשנת 1986 שוב תיקן הקונגרס את הסעיף והעמיד את מצב הדברים שיש להראות בכדי למנוע גילוי של מידע – על בסיס של סיכון סביר. בכך הוקל השימוש בסייג על ידי הרשויות המפקדות על אכיפת החוק<sup>121</sup>.

לענייננו, חשוב לשים לב לסייג 7(D) שעניינו בהגנה על מקורות מידע סודיים. בית המשפט העליון של ארצות הברית פירש את הסייג בצמצום, וקבע שהממשל אינו נהנה מחזקה שכל המקורות המוסרים מידע ל-FBI לצורך חקירה פלילית הם "מקורות סודיים" לעניינו של הסייג, אלא רק מקורות אשר מסרו מידע מתוך הבנה כי המידע יישאר סודי ולא ייעשה בו שימוש אלא לצורכי אכיפה<sup>122</sup>. כן רלוונטי לענייננו סייג 7(E), אשר נועד להגן על שיטות החקירה. כאמור, על פי החוק יכול לכאורה כל אדם לדרוש לדעת מה הן שיטות העבודה של הרשויות השונות ואחר כך להשתמש במידע על מנת להערים על הרשויות. סייג זה מטרתו למנוע גילויים של שיטות ונוהלים של הרשויות – אשר אינם ידועים לציבור – ואשר ניתן לצפות באופן סביר כי גילויים יסכן את אכיפת החוק<sup>123</sup>.

## ג. המצב המשפטי בישראל

### 1. חזקת החוקיות והצורך בהפרכתה

נראה שגם בארץ התקבלה הגישה העקרונית שלפיה הוכחה לכאורה של אכיפה סלקטיבית, כאשר העובדות הרלוונטיות מצויות בידי הרשות ולא בידי האזרח, ראוי שתעביר את הנטל לרשות להפריך את הטענה כי מדובר באכיפה פסולה<sup>124</sup>. אלא שגם

120 ראו LaFave, Israel & King (לעיל, הערה 12), בעמ' 684.

121 ראו Foerstel (לעיל, הערה 116), בעמ' 63-64.

122 ראו *U.S. v. Landano* 508 U.S. 165, 172 (1993): "Under Exemption 7(D), the question is not whether the requested *document* is of the type that the agency usually treats as confidential, but whether the particular *source* spoke with an understanding that the communication would remain confidential".

123 בלס (לעיל, הערה 110), בעמ' 45.

124 בג"ץ זקין (לעיל, הערה 10), בעמ' 307: "אם לכאורה יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, מתערערת החזקה בדבר חוקיות ההחלטה המינהלית. כתוצאה עובר הנטל אל הרשות

## אכיפה סלקטיבית

בארץ, הגם ש"אכיפה בררנית" הוגדרה באופן רחב הכולל אף שרירות, השופט יצחק זמיר עמד על הקושי בהפרכת חזקת החוקיות, בייחוד בהתייחסו לקושי להוכיח שיקולים זרים או מטרות פסולות:

אכן, רשות מינהלית המבקשת לאכוף את החוק נהנית, כמו כל רשות מינהלית, מחזקת החוקיות. מי שמעלה נגד החלטת הרשות טענה של אכיפה בררנית, ולכן הוא מבקש לפסול את ההחלטה, עליו הנטל להפריך חזקה זאת. הדעת נותנת כי רק במקרים נדירים ניתן יהיה להפריך את החזקה ולהוכיח אכיפה בררנית. ראשית, הדעת נותנת כי בדרך כלל רשות מינהלית, שיש לה סמכות לאכוף את החוק, תפעיל את הסמכות על יסוד שיקולים ענייניים לאור מטרת החוק. שנית, גם במקרה בו קיים חשד בדבר אכיפה בררנית, בדרך כלל קיים קושי להוכיח כי הרשות המינהלית הפעילה את הסמכות לאכוף את החוק על יסוד שיקול זר או להשגת מטרה פסולה<sup>125</sup>.

ואכן, לא אחת הטוענים לאכיפה סלקטיבית לא עמדו בסף ההוכחה הראשוני, שיש בו להפריך את חזקת הכשרות המוקנית לרשויות האכיפה<sup>126</sup>. בית המשפט העליון הדגיש כי

המינהלית להראות כי האכיפה, אף שהיא נראית בררנית, בפועל היא מתבססת על שיקולים ענייניים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטת הרשות. אם הרשות אינה מרימה נטל זה, עשוי בית המשפט לפסול את ההחלטה בגין שיקול זר או בגין פגם אחר שנתגלה בה, או לתת סעד אחר כנגד הפגיעה בשוויון, לפי נסיבות המקרה". ליישום הדין ראו ת"פ (ק"ג) 647/02 מדינת ישראל נ' אלשלאפה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 17.2.02): "בדרך כלל מועלית טענת ההפליה באופן כוללני; הפעם הוצגו ראיות בהקשר זה... מצב הדברים המתואר מערער את החזקה בדבר חוקיות ההחלטה המינהלית; כתוצאה מכך עובר הנטל אל הרשות להוכיח כי האכיפה, אף שהיא נראית בררנית, בפועל מבוססת על שיקולים ענייניים בלבד".

125 בג"ץ זקין (לעיל, הערה 10), בעמ' 307 (ההדגשות הוספו – מ' ט').  
126 ראו למשל דברי השופטת רייך-שפירא בת"פ (ת"א) 4162/02 מדינת ישראל נ' פולק, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 15.2.04): "יוצאת אני מהנחה, כי עומדת לכל הרשויות חזקה שפעולותיהם נעשו באופן תקין. אין בפניי בשלב זה שום ראיה, שמי מהרשויות פעלה באופן פסול, והוועדה המקומית בכלל זה. רק אם תוצגנה ראיות הסותרות את חזקת התקינות, אוכל להחליט אחרת"; דברי השופטת וסרקרוג בת"א (חי) 1555/00 המטה למען ארץ ישראל חיפה והצפון נ' עמרם מצנע, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 19.4.01): "...יש להדגיש שאין בפני ממצא לפיו היה יישום סלקטיבי מטעמים של המשיבים לגבי הורדת כרוזת פוליטיות מן הצמתים...". ראו גם דברי השופטת בכור בת"פ (ראשל"צ) 1015/02 מדינת ישראל נ' קברץ גבעת ברנר, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 30.01.03): "...לא הובאו די ראיות שיש בהן כדי להצביע על מידת האחריות של הגורמים הנוספים המוזכרים... ועל מידת אחריותם..."; דברי השופט ברקלי בת"פ (י-ם) 3761/00 מדינת ישראל נ' בן גביר, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 12.5.04): "...סוג כזה של טענה אין לטעון בעלמא – יש לשכנע את בית המשפט שהמאשימה נוהגת עם הנאשם אחרת מאשר עם נאשמים אחרים העוברים עבירה זהה ואשר רקעם דומה לשלו. הנאשם כלל

## פרק שביעי: סוגיות בנושא הוכחה וראיות

אין מדובר בטענות עובדתיות סותרות המצדיקות ליבון עובדתי במסגרת הדיון בעתירה גופה, אלא מדובר בטענה עובדתית שעל הטוען אותה להרים נטל ראשוני לצורך ביסוסה, לפחות לכאורה, ולצורך הוצאת צו ביניים. בהקשר זה נפסק כי על הטוען טענת אכיפה סלקטיבית לבסס כי ננקטה אכיפה שונה מתוך שרירות או מתוך מטרה פסולה<sup>127</sup>. כך למשל בהיעדר הוכחה לכאורה, נדחתה על ידי בית הדין הארצי לעבודה בקשה לזמן לעדות את הגורם האחראי לאכיפה, בעניין שבו נטענה אכיפה סלקטיבית של חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951:

טענה בדבר אכיפה סלקטיבית שאינה עניינית או הנעשית ממניעים פסולים זקוקה להוכחה או, למיזער, להוכחה לכאורה. תחושה סובייקטיבית בליבו של נאשם כי נפל קורבן לאכיפה פסולה, אינה מספקת. גם אם אניח – מבלי לפסוק – כי ניתן, בנסיבות מסוימות, לבקש לזמן לעדות את הגורם האחראי על האכיפה (יהא זה מנכ"ל המשרד או מי מפקידיו הכפופים לו) לעניין מדיניות האכיפה, לא היה מקום לעשות כן בענייננו, שהרי לא היה בידי המערער כל יסוד לכאורה לטעון שמדובר באכיפה פסולה<sup>128</sup>.

השאלה המכרעת לעניין זה היא מהו סטנדרט ההוכחה הנדרש על מנת להעביר את הנטל לרשות האכיפה ולדרוש ממנה להשיב לטענת האכיפה הסלקטיבית הפסולה.

## 2. דרישות ההוכחה לצורך הפרכת חזקת החוקיות

כאמור, הדין בארץ אינו מותיר כל ספק בשאלה כי הדגש בשאלות הנוגעות לשוויון הוא בתוצאה ולא בכוונה, ועל כן מניע פסול אינו תנאי להיותה של אכיפה סלקטיבית פסולה<sup>129</sup>. אין גם בסיס לטענה כי לצורך הפרכת חזקת החוקיות, יש צורך בהצבעה על כוונת אפליה.

127 לא טרח להוכיח זאת ולא המציא אפילו בדל ראיה כי במקרים אחרים של מדביקי מודעות שלא במקום המיועד לכך אין מעמידים לדין ע"פ חוק העונשין".  
בר"ם 7515/07 גלינה בר בע"מ נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 5.9.07).

128 ע"פ 1003/00 הנדימן – עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד העבודה והרווחה, פד"ע לח 262. בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון נדחתה על ידי השופטת דורנר; ראו רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 1. בקשה לדיון נוסף על החלטת השופטת דורנר נדחתה על ידי השופט מצא: ראו דנ"פ 3211/03 הנדימן עשה זאת בעצמך נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 11.5.03).

129 ראו לעיל בהרחבה, פרק שלישי, סעיף ד1.



## אכיפה סלקטיבית

ואכן, להוציא אמירות בודדות של שופטים שדחו טענת אכיפה סלקטיבית בשל אי-הצבעה על כוונת זדון<sup>130</sup>, ככלל לא ניתן לומר כי זהו תנאי לצורך העברת נטל ההוכחה. השאלה המרכזית אפוא נוגעת לצורך בהוכחת קבוצת ביקורת ולטיבה של קבוצת ביקורת זו. בהיעדר דוקטרינה מסודרת בארץ בדבר אכיפה סלקטיבית, לא קיימת הלכה ברורה בנדון. אינדיקציה לדרישה ניתן למצוא בפסק דין של בית משפט השלום בפרשת אחים עופר נכסים בע"מ<sup>131</sup>. הנאשם, יולי עופר, הועמד לדין (יחד עם חברה שבבעלותו) בגין תרומות מס שנגעו לבחירות לרשויות המקומיות. הוא טען כי אף שעמד בכל הקריטריונים המקובלים, הוחלט להמשיך לגביו בהליך משפטי, בעוד לגבי אחרים הסתפקו הרשויות בהמרת ההליך הפלילי בכופר. לתמיכה בטענה זו צירפה ההגנה מסמכים שונים וביניהם תצהירים שהוגשו על ידי אדם אחר בהליך אחר ובהם מפורטים שמות של אנשים שלגביהם הסתפקה הרשות בכופר. בית המשפט קבע כי "כדי לתמוך בטענת ה'הפליה', הייתה אמורה ההגנה להגיש חומר המצביע על כך, שאנשים אחרים שעשו מעשי עבירה דומים או זהים לאלה המיוחסים לנאשמים, זכו ליחס אחר, טוב מזה שהנאשם קיבל מהרשות, ובכך נפגע עיקרון השוויון", אולם באותו מקרה קבע בית המשפט כי לא הונחה על ידי ההגנה כל תשתית עובדתית המתאימה לעשיית השוואה בין המקרים שצוינו, שכן לא צוין מה היו העובדות לאשורן במקרים האחרים וכן נסיבותיהם האישיות של אותם אנשים. לדעת בית המשפט, מהחומר שהוגש על פני הדברים נראה כי קיימים לכאורה הבדלים בין המקרים השונים. עם זאת בית המשפט ציין כי יש מקום לטרוניית ההגנה כי הרשות לא נימקה כדבעי את החלטת הסירוב להמיר את האישום בכופר, כנדרש בחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958. השופטת אף סיכמה בכך ש"אין תימה שמכתב

130 ראו למשל דברי השופטת שידלובסקי-אור בב"ש (י"ם) 1766/02 בן גביר נ' אהרונישקי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 18.9.02): "בנסיבות בהן המדובר באכיפה המתיחסת לארגוני טרור, יש לצאת מנקודת הנחה שרק בנסיבות מיוחדות וחריגות ביותר – כאשר ניכרת התעמרות שלטונית חדה ומכוונת, ניתן יהיה לבטל את החלטתה". בקשת רשות ערעור נדחתה; ראו רע"פ 3344/06 בן גביר נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 6.11.06). קיימים גם פסקי דין שבהם נטענה טענת אכיפה סלקטיבית במסגרת "הגנה מן הצדק" ומהם עולה דרישת הוכחת כוונה. ראו למשל דברי השופטת דיסקין בת"פ (ת"א) 3969/02 מדור תביעות פלילי ת"א נ' יעקובסון, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 18.1.04): "...הסעד שינתן בגין אכיפה בדרנית הוא סעד למניעת הפגיעה בעיקרון השוויון, ולא דווקא ביטול כתב האישום ועל כן על הסנגור להוכיח התעמרות של ממש בנאשמת". לדעתי, יש לראות אמירות אלה כחלק מההלכה בדבר הצורך ב"התנהגות שעוריינית של הרשות" על מנת להקים את טענת ההגנה האמורה. ראו בהרחבה, פרק שלישי, סעיף ג.

131 ת"פ (ת"א) 4311/93 מדינת ישראל נ' אחים עופר נכסים בע"מ, פ"מ תשנ"ד(4) 151. טענתו לא הייתה למניע פסול, שיקולים זרים או הפליה מצד התביעה, אלא שלשיתו, גם בהיעדר מניע פסול של התביעה, התוצאה של העמדתו לדין היא עצמה מפלה ולפיכך על בית המשפט לעשות שימוש בסמכותו הטבועה ולבטל את כתב האישום.

סתמי כמו זה שנשלח לנאשמים... עלול ליצור בלב אדם הרגשה של הפליה – בין שהיא מוצדקת, בין שלא. אולם, אין באמור כדי לשנות את התוצאה שאליה הגעתי.”

פסק הדין מעורר תהיות לא מעטות: ראשית, גם אם יש צורך בהוכחת קבוצת ביקורת של אנשים, המצויים לכאורה במצב זהה לזה שמצוי בו הנאשם ולגביהם נהגה הרשות באופן שונה, עדיין דומה כי הדרישה להוכחת “העובדות לאשורן” או “נסיבותיהם האישיות” של אותם אנשים, היא משימה כמעט בלתי אפשרית לנאשם הרגיל. ושנית, גם אם הנאשם לא הוכיח במידה מספקת כי הנאשם שהצביע עליהם מצויים במצב זהה לזה שלו, הרי עצם העובדה שהרשות לא נימקה את החלטתה צריכה הייתה להעביר את נטל ההוכחה<sup>132</sup>. כך או כך, המדובר בפסק דין של בית משפט שלום שאינו קובע הלכה כלשהי. אמנם, אין בנמצא הלכה של בית המשפט העליון המנתחת לעומק את סוגיית ההוכחה בעילה של אכיפה סלקטיבית<sup>133</sup>, אך דומה כי גישתו הכללית של בית המשפט העליון לבחינת הראיות במסגרת ביקורת שיפוטית על רשויות המינהל, עשויה לסייע לטוען לאכיפה סלקטיבית פסולה ולפתור חלק מהבעיות שהתעוררו במשפט האמריקני.

### 3. גישתו של בית המשפט העליון לבחינת הראיות המינהליות

גישתו של בית המשפט לבחינת ראיות מינהליות שעה שהוא מקיים הליך ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל היא גישה של ראייה כוללת. בניגוד לדין בארצות-הברית, אשר לפיו אין מסמכותה של הרשות השופטת לאשר בדיעבד החלטות מינהליות על סמך עובדות וטעמים שלא עמדו בפני הרשות בעת ההליך המקורי<sup>134</sup>, הרי שהביקורת השיפוטית

132 ראו סעיף 6 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי”ט-1958: “תוצאות אי-מילוי אחרי החוק – (א) החלטה או פעולה של עובד הציבור לא יהיו פסולות בשל כך בלבד שהוא לא מילא אחרי הוראות הסעיפים 2, א, 2, 4 או 5; ואולם בכל הליך לפני ועדת ערר או ועדת ערעור או לפני בית המשפט, על עובד הציבור הראיה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהן תשובה או הודעה כאמור, נעשו כדין...”.

133 ע”פ 4855/02 מדינת ישראל נ’ בורוביץ, פ”ד נט(6) 776 עוסק באכיפה סלקטיבית כחלק מטענת הגנה מן הצדק. בית המשפט ציין כי בדרך כלל יידרש הנאשם להראות שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגותן הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו, אך מעבר לכך לא עסק פסק הדין בניתוח מרכיבי ההוכחה בשאלות של אכיפה סלקטיבית.

134 *Securities & Exchange Commission v. Chenery Corporation* 332 U.S. 194, 196 (1947): “a reviewing court, in dealing with a determination or judgment which an administrative agency alone is authorized to make, must judge the propriety of such action solely by the grounds invoked by the agency. If those grounds are inadequate or improper, the court is powerless to affirm the administrative action by substituting what it considers to be a more adequate or proper basis. To do so would propel the court into the domain which Congress has set aside exclusively for the administrative agency”

## אכיפה סלקטיבית

בישראל משתרעת על כל טעות בין שהיא גלויה על פני החלטה ובין שאינה גלויה<sup>135</sup>. במילים אחרות, גישת המשפט הישראלי היא שלבית המשפט יש סמכות לבחון את החלטה וגם לתמוך בה, על סמך כלל השיקולים והעובדות שהיו בתיק (record) המקורי, גם אם הרשות עצמה הסתמכה רק על חלק מהם, ואפילו על סמך עובדות ושיקולים שלא היו כלל בתיק המקורי. לענייננו, במצב שבו התקבלה החלטה ראויה בתהליך שנפלו בו פגמים או אפילו מטעם פסול, בית המשפט לא בהכרח יפסול אותה אם על סמך הראיות ניתן להשתית על בסיס חוקי כשר. לעומת זאת בית המשפט יפסול גם החלטות שעל פניהן נראות תקינות נכון למועד קבלתן, אך ראיות מאוחרות מעידות על פגמים מהותיים שעמדו ביסודן.

זאת ועוד, בית המשפט הטיל ספק אם ההלכה בעניין נטל ההוכחה, שהורתה ותחולתה בתחום המשפט הפלילי ובתחום המשפט האזרחי, חלה באותה מתכונת גם בתחום המשפט הציבורי. אמנם, גם בתחום המשפט הציבורי חל הכלל הקובע כי המוציא מחברו עליו הראיה, ולכן בשלב הראשון של ההתדיינות מוטל על העותר הנטל לעורר ספק מהותי בחוקיות האקט שהוא עותר נגדו, אולם משעורר העותר ספק כזה, שוב אין בית המשפט חייב להסתפק בראיות שהובאו בפניו על ידי העותר. למשל אם העותר הצליח לעורר ספק מהותי בחוקיות השיקולים של הרשות או בסבירות של החלטה, אך לא הצליח להביא די ראיות כדי שבית המשפט יוכל לקבוע בפסקנות אם החלטה חוקית או אינה חוקית, בית המשפט אינו חייב לדחות את העתירה בשל חוסר ראיות, אלא רשאי לנקוט יוזמה ולדרוש מן הרשות להשיב על שאלות מסוימות או להביא בפניו ראיות נוספות כפי שיקבע: תצהירים, מסמכים ועוד<sup>136</sup>. ההכרעה הסופית בהליך תהיה תלויה בשאלה אם בסופה של ההתדיינות, לאחר שהצדדים הביאו ראיות וטענות ביחס לחוקיות פעולת הרשות (אם מיוזמתם ואם על פי דרישת בית המשפט), ניתן לקבוע כי הוכח שנפל פגם משמעותי במעשה המינהלי, מהסוג שיש בו לפסול את מעשה הרשות או להשפיע באופן אחר על חוקיות החלטה<sup>137</sup>.

לגישה זו חשיבות רבה לטענות בדבר אכיפה סלקטיבית. ראשית, על הטוען לאכיפה סלקטיבית להביא ראיות לכאורה התומכות בפגם הנטען על מנת להפריך את חזקת החוקיות. לעניין זה ניתן לטעון כי מידת ההוכחה המוטלת על הטוען בדרך כלל לא תהיה גבוהה במיוחד, שכן טענה של אכיפה סלקטיבית מעוררת לכאורה פגם חמור במעשה המינהלי, המערב פגיעה בזכויות יסוד ובראשן הזכות לשוויון ואף פוגע בשלטון החוק. טיבם של אינטרסים וזכויות אלה מצדיקים כי הצבעה על אי-חוקיות לכאורית תעביר את

135 ראו בג"ץ 79/63 טרודלר נ' פקיד הבחירות לצורך הרכבת ועדה חקלאית למועצה המקומית רמת השרון, פ"ד יז 2503, 2515-2516.

136 ראו דברי השופט זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (להלן: בג"ץ צמח), 268.

137 בג"ץ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאמנויות נ' שר העבודה, פ"ד נד(4) 433, 445.

### פרק שביעי: סוגיות בנושא הוכחה וראיות

הנטל לרשות להראות כי לא נפל במעשיה ובהחלטותיה פסול מן הסוג שיש בו כדי להשפיע על תוקפה של ההחלטה או להשפיע באופן אחר על תוצאות הדיון. כאמור בדברי השופט דורית ביניש:

מידת ההוכחה המוטלת על העותר עשויה להשתנות בהתאם לסוג העניין וטיבה של ההחלטה המנהלית או ההליך שאת חוקיותו מבקש הוא לתקוף... כאשר מבקש הוא לפסול מעשה מנהלי, שאינו חקיקת משנה, מידת ההוכחה המוטלת עליו עשויה להשתנות בהתאם לטיב הזכות או האינטרס המוגן שהרשות המנהלית פגעה בהם, ובהתאם לעוצמתו של האינטרס הציבורי העומד אל מול אותה זכות או אינטרס שבשמו הוא עותר; מידת ההוכחה תשתנה בהתאם לאופי ולסוג הפסול הנטען ולמידת פגיעתו בשלטון החוק. ככל שהזכות הנפגעת היא ברמה גבוהה יותר – כזכות יסוד – וככל שהפגם הנטען חמור יותר, ולכאורה יש ראיות התומכות בטענת הפגם, ומצביע על אי חוקיות לכאורית, כך תהיה מידת ההוכחה המוטלת על העותר פחותה והנטל יעבור לרשות המנהלית כדי להפריך את טענת אי החוקיות<sup>138</sup>.

כאשר המדובר בטענת אכיפה סלקטיבית המועלית בתקיפה ישירה בבג"ץ, הדבר צריך להתבטא בסף הוכחה נמוך יחסית לצורך הוצאת צו על תנאי, שכן רק לאחר מתן צו כזה והגשת תשובה על ידי הרשות יוכל העותר לבקש מהרשות פרטים נוספים על מנת להרחיב ולהעמיק את הביסוס העובדתי של עתירתו<sup>139</sup>.

שנית, מאחר שאחת הבעיות האינהרנטיות בטענות של אכיפה סלקטיבית, היא חוסר הנגישות של הטוען לראיות וקיומו של מרבית המידע אצל הרשות – בית המשפט אינו צריך להסתפק בתגובתה של הרשות ובראיות שהביאה, אלא יכול לנקוט בגישה אקטיבית, דהיינו לדרוש נתונים מסוימים (כגון נתונים סטטיסטיים אודות מספר החקירות המנוהלות לגבי עבירה מסוימת ומספר כתבי האישום המוגשים) או לשאול מיוזמתו שאלות (כגון בנוגע לשיקולים העומדים ביסוד האכיפה). הכרעתו הסופית בשאלה אם מדובר באכיפה סלקטיבית פסולה – ראוי שתתבסס על מכלול הראיות. גישה זו מתחייבת ברגיל מכך שבית המשפט בהליך המינהלי לא רק מכריע בסכסוך שבין הצדדים אלא גם שומר על שלטון החוק<sup>140</sup>, והיא מקבלת משנה תוקף בסמכויות אכיפה – שהן סמכויות שלטוניות מובהקות

138 שם, בעמ' 445-446.

139 סעיף 11 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984 קובע כדלקמן: "דרישת פרטים נוספים – העותר והמשיב רשאים לדרוש מבעל דינם, במכתב בדואר רשום, פרטים נוספים ומפורטים יותר לנימוקים, שבעובדה או שבחוק, שפורשו בעתירה או בתצהיר התשובה, הכל לפי העניין".

140 ראו בג"ץ צמח (לעיל, הערה 136), בעמ' 268. לתפקיד בית המשפט כשומר על שלטון החוק, ראו גם דברי השופט ברק בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 462:

#### אכיפה סלקטיבית

המערכות את כל שלוש רשויות השלטון<sup>141</sup>. בהתייחס לסמכויות אכיפה ניתן לטעון כי באופן מיוחד יש לנסות להימנע ממצב שבו החלטות בלתי חוקיות נשארות על כנן רק משום קשיי ההוכחה הכבדים העומדים בפני האזרח הטוען לפגם<sup>142</sup>.

#### 4. זכות העיון של נאשם בראיות התביעה

גם זכות העיון בראיות התביעה המוקנית לנאשם בישראל, רחבה יותר מזו הקיימת בארצות-הברית באופן העשוי לסייע בהוכחת טענות של אכיפה סלקטיבית. על פי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982<sup>143</sup> הנאשם או סגורו רשאים לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת והנוגע לאישום, וכן להעתיקו. זכות זו נוגעת רק לאישומים הנוגעים בפשעים ועוונות<sup>144</sup>, והיא מסויגת לעניין ראיות חסויות<sup>145</sup>. באם התביעה נמנעת מלמסור את החומר לנאשם, הוא רשאי לפנות לבית המשפט על מנת שיורה לתובע לאפשר את העיון<sup>146</sup>. ראשית, נשאלת השאלה אם "חומר החקירה" כולל חומר הנוגע לטענת אכיפה סלקטיבית, או שבדומה לדין בארצות-הברית מדובר רק בחומר שיש בו לסייע לתקיפת טענות הגנה הנוגעות לשאלת ביצוע העבירה על ידי הנאשם ולא בחומר לעניין טענות אחרות שמטרתן לתקוף את התנהגות התביעה. כבר מהנוסח הרחב "חומר חקירה הנוגע לאישום" להבדיל מהנוסח בסעיף האמריקני המדבר על מסמכים "המטריאליים להגנת הנאשם", עולה כי חובת הגילוי המוטלת על התביעה בישראל בעבירות שאינן חטא יכולה

"אכן, על פי תפיסתי שלי על בית משפט בחברה דמוקרטית מוטל התפקיד לשמור על שלטון החוק. משמעות הדבר הינה, בין השאר, שעליו להשליט את החוק ברשויות השלטון ועליו להבטיח כי השלטון פועל כחוק".

141 לדיון בחשיבות השילוב והסינכרוניזציה של כל הרשויות באכיפת החוק ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף 11ג (ב). כן ראו להלן, פרק שמיני, סעיף ד.

142 ההצדקה להבדל בין נטל הראיה במשפט הפלילי ובמשפט האזרחי נעוצה הן בעלות הגבוהה יותר של הטעות במשפט הפלילי, הן בפער בין המידע המצוי בידי התביעה וההגנה במשפט הפלילי. ראו Posner (לעיל, הערה 57). הצד השני צריך להיות הקלה בדרישות ההוכחה העומדות בפני מי שטוען טענות כנגד התביעה.

143 להלן: החוק.

144 ראו סעיף 74 (א) לחוק.

145 על פי סעיף 74 (ו) לחוק, אין בזכות העיון האמורה כדי לפגוע בהוראות פרק ג לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

146 ראו סעיף 74 (ב) לחוק. על פי ס"ק (ג) בקשה כזו תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר היא תובא בפני שופט שאינו דן באישום. על פי ס"ק (ד) בעת הדיון בבקשה יעמיד התובע את החומר שבמחלוקת לעיונו של בית המשפט בלבד.

להתפרש באופן רחב ביותר<sup>147</sup>. ואכן, ההנחיה שניתנה בפסיקה באשר לזיהוי של חומר חקירה הותירה שוליים רחבים גם למקרים שבהם החומר שבמחלוקת אינו קשור במישרין לאישום או לנאשם והרלוונטיות שלו לאישום היא גבולית<sup>148</sup>. לעניין זה קובעת ההלכה כי "אין לפרש את המונח 'חומר החקירה' שבסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי פירוש דווקני ומצמצם, המגביל את תחולת הסעיף לחומר הראיות המתייחס אך ורק במישרין למעשה העבירה המיוחס לנאשם. 'חומר חקירה', במובן ההוראה האמורה, גם ראיות השייכות באופן הגיוני לפריפריה של האישום במשמע"<sup>149</sup>. עם זאת בית המשפט עמד גם על כך שהגישה המרחיבה אינה חסרת גבולות, שכן הרחבה יתרה עשויה בנסיבות מסוימות לפגוע בזכויותיהם המוגנות של אחרים באופן בלתי מידתי וללא הצדקה. לאור זאת, ככל שהזיקה בין החומר הנדון לבין השאלות העשויות להיות במחלוקת במשפט רחוקות יותר, כך ניתן יהיה להביא בחשבון במסגרת הבדיקה הקונקרטית שיקולים נוספים כמו זכויותיהם של עדים וקרבת העבירה והאינטרס הציבורי בקיום הליכי משפט, באכיפת החוק ובחשיפת עבירות<sup>150</sup>.

קשה אפוא לתת תשובה ברורה לשאלה אם הפרשנות המרחיבה של "חומר החקירה" יכולה להשתרע אף לחומר הנוגע לטענות של אכיפה סלקטיבית. הפסיקה לא קבעה מסמרות ביחס להגדרתו של חומר זה, אלא השאירה זאת לכללי "השכל הישר", כאשר הקו המדריך הוא המגמה לאפשר לסנגוריה הזדמנות הוגנת להכין את הגנתה. עם זאת ניתן אולי ללמוד על מגמות מפסיקה קיימת. כך למשל בשאלה אם חובה על המשטרה לגלות מידע על חקירות של עבריינים אחרים ניתן אולי ללמוד מע"פ אנג'ל<sup>151</sup>, שבו קיבל בית המשפט את טענת המדינה כי אין לגלות את כל תיקי ה"מאגר המודיעיני" שבידי המשטרה ואשר מצוי בהם מידע רב על עבריינים חשודים, כל אימת שאחד מהם מועמד לדין. עם זאת בית המשפט סבר כי לעתים לחלק מהחומר חשיבות מיוחדת. כך למשל ייתכן שלא כל הדו"חות לגבי מעקבים שגרתיים שנעשו על ידי המשטרה כלולים ב"חומר חקירה", אך לא כך לגבי

147 יצוין כי פסק דין *Brady* (לעיל, הערה 34) – פסק הדין המנחה בארצות-הברית אשר קבע כי אי-העברת חומר ראיות מהווה פגיעה בזכות להליך הוגן – סייג זאת לחומר שהוא "מטריאלי" להרשעה או לעונש (ראו שם, בעמ' 87).

148 ראו דברי השופטת ביניש בבג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נו(4) 625 (להלן: בג"ץ התצ"ר), 633.

149 בג"ץ 233/85 אל הווייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124, 129. ראו גם בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376, 381.

150 בג"ץ התצ"ר (לעיל, הערה 148), בעמ' 635.

151 ע"פ 400/84 מדינת ישראל נ' אנג'ל, פ"ד מ(3) 481 (להלן: ע"פ אנג'ל). לגישה מצמצמת ראו גם בש"פ 4357/05 אבו חטאב נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 1.7.05), שם קבע בית המשפט העליון כי מידע הנוגע לסיבות להחלטותיהן של הרשויות לגבי מעורבים אחרים בפרשה פרט לנאשם, נחשב למסמך פנימי של הרשויות וככזה אינו בגדר "חומר חקירה" שלנאשם יש זכות לעיין בו.

## אכיפה סלקטיבית

מעקבים שנערכו בימים הקריטיים לאירועים נשוא האישומים<sup>152</sup>. מכאן ניתן ללמוד כי במקרים חריגים בית המשפט עשוי לקבוע כי גם דו"חות על חקירות המתנהלות כנגד אחרים כלולים בגדר זכות העיון.

בהקשר של העלאת טענת פגיעה בשוויון במסגרת "הגנה מן הצדק", קבעה השופטת מרים נאור מפורשות כי במסגרת הכללים הנוגעים לגילוי "חומר חקירה" לפי סעיף 74 – אין מקום להורות למסור לנאשמים תרשומות פנימיות של התביעה<sup>153</sup>. בכך בוטלה החלטתו של בית המשפט המחוזי אשר סבר כי "מטבע הדברים, כאשר מדובר בבחינת החלטה להעמיד או לא להעמיד את פלוני לדין, הרי התייעוד הנוגע בדבר הוא, בעיקרו של דבר, לצד חומר חקירה שנאסף על ידי הרשויות, גם חוות דעת 'פנימיות' המסבירות את ההכרעה שהתקבלה בסופו של דבר"<sup>154</sup>. גם בעניין דרעי<sup>155</sup> קבע השופט יעקב קדמי לעניין טענה של הגנה מן הצדק כי די להגנה בהוכחת עצם קיומם של מפגשים מסוימים של חוקר עם עיתונאי, ואין לחייב את התביעה למסור לנאשמים את התזכירים של אותם מפגשים<sup>156</sup>.

בספרות הובעה העמדה כי מן הראוי להכיר בסמכותו של בית המשפט הפלילי לחייב את הרשות לגלות לנאשם, במסגרת דיון בטענת "הגנה מן הצדק", גם מסמכים, מידע וחומר אחר, שאינם בבחינת חומר חקירה במשמעות סעיף 74 לחוק, אך הם רלוונטיים לטענה שמעלה הנאשם<sup>157</sup>. לעניינה של טענת האכיפה הסלקטיבית, די לדעתנו להדגיש כי "חומר חקירה" אינו מוגבל לטענות הנוגעות אך ורק לאישום עצמו, אלא יכול במקרים מסוימים להתפרש גם לטענות הנוגעות להתנהגות רשויות האכיפה. בעניין זה אין כל חידוש וניתן

152 ע"פ אנג'ל (לעיל, הערה 151), בעמ' 486-487.

153 בש"פ 5989/01 מדינת ישראל נ' פרג, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 27.8.01). אחת מטענות הנאשמים הייתה כי אחד מהמעורבים בפרשה נושא האישום, אשר נמנה עם עדי התביעה, הופלה לטובה ולא הועמד לדין. על מנת להוכיח את הטענה הם דרשו למסור לעיונם את כל התייעוד המתייחס לאי-העמדתו של אותו אדם לדין. ראו גם בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49, 63: "זכות העיון של ההגנה בחומר החקירה אינו כולל מסמכים פנימיים בתוך המשטרה והפרקליטות שאינם מכילים מידע מהותי בנוגע לאישום".

154 ת"פ (י"ם) 111/98, ב"ש 1230/00 מדינת ישראל נ' פרג, פ"מ תש"ס(2) 833, 838.

155 בש"פ 1372/96 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 177.

156 שם, בעמ' 183: "לענין ה'הגנה-מן-הצדק'... די להגנה בהוכחת עצם קיומם של המפגשים, תכליתם והעובדה כי הוחלף מידע במסגרתם; ואילו לענין יכולתה של ההגנה להפיק תועלת מתוכן המידע שהוחלף בין הצדדים למפגשים – חזקה היא, שהתביעה מפעילה בהקשר זה את שיקול דעתה בהגינות ובמיומנות, באופן שבהעדר טעם לסתור לא יתערב בית המשפט בהחלטתה... נכון הדבר, שאין זה ענין קל לדרוש מן ההגנה, לסמוך על יכולתה של התביעה להעריך את הפוטנציאל שטומן בחובו מידע כאמור לזכותה. ברם, כאמור, נקודת המוצא היא, כי התביעה ממלאה את המוטל עליה בהקשר זה בנאמנות, בהגינות ובמיומנות מקצועית ורק במקום שמתחייבת מן הנסיבות מסקנה אחרת, יבחן בית המשפט את החלטת התביעה לגופה".

157 ראו נ' נקדימון הגנה מן הצדק (תשס"ד), 427.

ליישם את הגישה הפסיקתית הבוחנת כל מקרה לגופו על פי כללים של "שכל ישר". בהקשר זה בהחלט ייתכנו מקרים, שבהם הנאשם יבסס לכאורה טענה של אכיפה סלקטיבית, באופן שיצדיק עיון בתרשומות פנימיות או בחומר חקירה הנוגע להעמדה או אי-העמדה לדין של אחרים. בכל מקרה ייערך איזון בין מידת התועלת של החומר לצורך הוכחת הטענה של אכיפה סלקטיבית, אל מול הפגיעה בפרטיותם של עדים או נאשמים אחרים והפגיעה בעבודת המשטרה. איזון זה ראוי שיערך גם לאור הוראותיו של חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998<sup>158</sup>, אשר ידון להלן.

## 5. הגישה למידע לאור חוק חופש המידע

עוד בטרם חקיקתו של חוק חופש המידע הכירה הפסיקה בישראל בחשיבות פרסום הנחיות מינהליות<sup>159</sup>. לראשונה קבע את החובה לפרסם הנחיות השופט מישאל חשין בבג"ץ אפרתי<sup>160</sup>. בעניין זה התברר כי פרקליטות המדינה קבעה הנחיות לעניין הגשת כתבי אישום על ביצוע עבירות לפי חוק העבירות המינהליות, אך סירבה לפרסם אותן בשל חשש שפרסום ההנחיות יפגע במידת הציות לחוק. חשש זה נדחה על ידי השופט חשין, אשר אמר:

השאלה אם יוכל אדם לפטור עצמו בקנס מינהלי או אם יהיה עליו לעמוד לדין פלילי, אין זה ראוי כי יוכרע בה על דרך של משחק במחבואים בין האזרח לבין הרשות. הנחיות הפרקליטות חייבות להתפרסם לרבים, כדי שהרבים יכלכלו מעשיהם על פיהן ויידעו גבולותיה של עבירה מינהלית; וגמישותו של שיקול הדעת המוקנה לרשות יוכל לעמוד לה כדי שלא יערימו עליה. הסתרת ההנחיות מהאזרח, לבד מכך שהיא נוגדת מושכלות ראשונים במשטר דמוקרטי – ומוסיפה היא ומאפשרת שרירות בעשייה – אין בה לא סבירות ולא הגיון: אליבא דכולי עלמא זכאי נאשם לדעת אותם טעמים שהביאו להגשת כתב אישום נגדו, ומשיידע את אלה תתגלה לו ממילא מדיניות הרשות, במישרין או בעקיפין. מה היה לה, איפוא, לפרקליטות כי ראתה להסתיר את מדיניותה מראש?<sup>161</sup>

158 להלן: חוק חופש המידע.

159 סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] – הקובע כי "תקנות בנות-פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בענין זה" – אינו חל על הנחיות מינהליות, שאינן תקנות בנות פועל תחיקתי.

160 בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501. לביקורת על פסק הדין ראו א' בנדור "אישום פלילי בעבירות מינהליות: סמכויות מקבילות, פרסום טעמים והנחיות מינהליות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 509.

161 שם, בעמ' 514.



## אכיפה סלקטיבית

לאור זאת, תנאי מוקדם להחלתן של הנחיות פנימיות הוא בהבאתן לידיעת המעוניינים בין על ידי פרסומן ברבים ובין בדרך אחרת<sup>162</sup>. עם זאת הפרסום אינו חייב להיות ברשומות ודי שהרשות תפרסם את ההנחיות באופן סביר לנסיבות העניין. הלכה זו אומצה על ידי הפסיקה<sup>163</sup> וסוכמה בעניין רומיאו<sup>164</sup> על ידי השופט יצחק זמיר, אשר ציין כי קיימת חובה משפטית לפרסם הנחיות שמקורה בהלכה הפסוקה. עם זאת היקף החובה צורת הפרסום ותוצאת הפרת החובה לפרסם משתנים בהתאם להבדלים בין סוגי ההנחיות ומהותן<sup>165</sup>. החובה לפרסם הנחיות קיבלה ביטוי חקיקתי בסעיף 6 לחוק חופש המידע, אשר קובע כדלקמן:

### הנחיות מינהליות וחוקי עזר

(א) רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המינהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור.

(ב) הוראות סעיף 9 יחולו, בשינויים המחויבים, על העמדת הנחיות מינהליות לעיון הציבור לפי סעיף זה.

(ג) רשות מקומית תעמיד לעיון הציבור את חוקי העזר שלה.

הסעיף חל רק על הנחיות כתובות אשר יש להן "נגיעה או חשיבות לציבור". נוסח זה מותיר פתח מסוים לפרשנות של הרשות<sup>166</sup>. לאור זאת, יש להקפיד על כך שהנחיות הנוגעות לאכיפה תפורשנה כבעלות חשיבות לציבור, שכן פרסומן תורם לקידום השוויון ומקל על האזרח לבחון אם הרשות נהגה עמו בהגינות וללא אפליה<sup>167</sup>. זאת ועוד,

162 שם, בעמ' 513.

163 ראו למשל בג"ץ 3930/94 ג'זמאוי נ' שר הבריאות, פ"ד מח(4) 778, 787 – נקבע כי יש לפרסם את הקריטריונים למעבר בבחינות הסטאז' של רופאים פרסום יעיל שיביא את ההוראות לידיעת הנוגעים בדבר: מארגני קורסים, דיקני הפקולטאות לרפואה והנבחנים עצמם.

164 בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2) 177.

165 שם, בעמ' 192-195.

166 פרופ' סגל מציין למשל כי ניתן להעלות על הדעת אפשרות שרשויות ציבוריות יחליטו, גם לאחר קבלת החוק, שלא להעמיד לעיון הציבור הנחיות מסוימות, למשל קווים להפעלת שיקול הדעת באשר להמרת כתבי אישום בתשלום כופר – בטענה שהדבר יביא לניצול בלתי ראוי של התקנות מצד חייבי המס. ראו סגל (לעיל, הערה 110), בעמ' 156. ראו גם דבריה של עו"ד טלי ירון-אלדר, נציבת מס הכנסה, בריאיון שערכתי עמה (נספח ה) והחשש שהביעה שפרסום הנחיות אכיפה יגרור העלמות מס.

167 לעניין זה מעניינת דעתו של עו"ד דרור שטרם, הממונה על ההגבלים העסקיים, שלפיה אי-פרסום הנחיות מפלה בין מפרי חוק "ותיקים", אשר מכירים את שיקול הדעת ומתאימים את התנהגותם, לבין מפרי חוק "חדשים", שאינם יכולים לתכנן את צעדיהם (ראו ריאיון שערכתי עמו – נספח ג).

הנחיות אכיפה משנות לעתים את הדין באופן שמחייב פומביות<sup>168</sup>. ויתרה מזאת, פרסום מדיניות אכיפה משרת את המטרה המהותית שלשמה נועדה האכיפה, דהיינו פעולה על פי הדין הרצוי בעיני הרשות<sup>169</sup>, ואף תורם להרתעה<sup>170</sup>.

סעיף 6 מפנה אף אל סעיף 9, שעניינו "מידע שאין למוסרו או שאין חובה למוסרו", דהיינו חיסוי שיימצא מוצדק לאי-מסירת מידע במקרה ספציפי, יהיה גם מוצדק למניעת פרסומן ברבים של הנחיות מינהליות באותו עניין<sup>171</sup>. בדומה לחוק האמריקני, סעיף 9 מגן על הליך שיקול הדעת המינהלי. ס"ק (ב)(1) מאפשר שלא למסור "מידע אשר גילוי עלול לשבש את התפקוד התקין של הרשות הציבורית או את יכולתה לבצע את תפקידיה". זהו סעיף סל רחב, אשר ראוי שיפורש בצמצום. ס"ק (ב)(2) מאפשר שלא למסור "מידע על אודות מדיניות הנמצאת בשלבי עיצוב"<sup>172</sup>; ס"ק (ב)(4) מאפשר שלא לגלות מידע בדבר דיונים פנימיים והתייעצויות פנימיות, למעט התייעצויות הקבועות בדין; ס"ק (ב)(5) מאפשר שלא למסור "מידע הנוגע לניהול פנימי של הרשות הציבורית שאין לו נגיעה או חשיבות לציבור". גם סעיפים אלה מהווים סעיפי סל, אשר עלולים להתפרש בצורה רחבה מדי.

- 168 ראו למשל דעתו של היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, יצחק זמיר, בריאיון שערכתי עמו (נספח א). הדוגמה שנתן היא עבירות מהירות. אם המהירות המותרת היא 90 קמ"ש, אך הנחיות המשטרה הן לעצור רק מכוניות הנוסעות במהירות העולה על 100 קמ"ש, אזי הדין לעניין המהירות המותרת השתנה וראוי שהאזרחים ידעו זאת. לחשיבות הרבה של פרסום הנחיות ראו גם י' זמיר "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" (מכתבים למערכת) משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד) 750: "...מבחינת הרשות המינהלית המפעילה חוק מסויים, ומבחינת האזרח הנזקק לאותה רשות, פירושו של היועץ המשפטי לממשלה לאותו חוק הוא הפירוש המוסמך והמחייב, כל עוד לא נפסק אחרת על-ידי בית המשפט". לחשיבות פרסום הנחיות ראו גם י' זמיר "הנחיות מינהליות" הפרקליט לח (תשמ"ח-תשמ"ט) 5, 45.
- 169 ראו דעתו של עו"ד דורון אבני, היועץ המשפטי של הרשות השנייה, בריאיון שערכתי עמו (נספח ו), שלפיה פרסום הנחיות שומר על קהל היעד "במגרש המשחקים".
- 170 ראו גם דבריהם של פרקליטת המדינה לשעבר, דורית ביניש, בריאיון שערכתי עמה (נספח ב) ומפכ"ל המשטרה לשעבר, יהודה וילק, בריאיון שערכתי עמו (נספח ז). יצוין ששני המרואיינים אמנם עמדו על החשיבות שבפרסום הנחיות לצורכי הרתעה, אך הבחינו בין פרסום מדיניות אכיפה לבין פרסום טכניקות עבודה – שאותן ניתן לחסות.
- 171 סגל (לעיל, הערה 110), בעמ' 157.
- 172 בפסיקה נקבע כי מדובר ב"סייג שמהותו זמנית", וכי "משנשלמה מלאכת עיצוב המדיניות, ברי כי אין סייג זה עומד עוד לרשות וקיים אינטרס ציבורי מובהק בגילוי מדיניות הרשות בפני הציבור". ראו ע"מ 7024/03 גבע נ' גרמן, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 6.9.06) (להלן: ע"מ גבע), בפסקה 15 לפסק הדין. כן נאמר כי "ככלל אין להחיל את הסייג שבסעיף 9(ב)(2) על מידע עובדתי שנאסף על ידי הרשות לצורך גיבוש מדיניות" (שם, בפסקה 20).

## אכיפה סלקטיבית

אינדיקציה לפרשנות מרחיבה של הסייגים לגילוי בהקשר של סמכויות אכיפה מצויה בפסיקה שקדמה לחוק חופש המידע. בעניין יהב<sup>173</sup> העותרים ביקשו כי בג"ץ יורה למסור לעיונם את חומר החקירה שאספה המשטרה בפרשת מינויו של עו"ד רוני בר-און למשרת היועץ המשפטי לממשלה (פרשת בר-און), וכן ביקשו לגלות את הדו"ח המסכם של המשטרה והמלצותיה, ואת חוות דעתם החולקת של כמה פרקליטים שהיו שותפים לצוות הפרקליטות שבחן את תיק החקירה ודן בשאלה אם יש להעמיד לדין את ראש הממשלה ואת שר המשפטים. העותרים טענו כי החומר האמור נועד לאפשר בירור מלא של טענותיהם בדבר חוסר סבירות החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין – ובשל כך הם זכאים לגילוי. לעומת זאת המדינה התנגדה לגילוי המסמכים האמורים, בטענה כי זכות הציבור לדעת אינה משתרעת על חוות דעת והמלצות פנימיות, וכי מתן פומבי להתכתבות פנימית עלול לפגוע בתהליך גיבוש ההחלטות ברשויות הציבוריות. דעת הרוב דחתה את העתירה בהיעדר כל אינדיקציה כי סיכום הראיות המפורט שבחוות הדעת של פרקליטת המדינה ובהחלטת היועץ המשפטי לממשלה אינו מדויק, וכי מצוי בחומר החקירה הגולמי מידע כלשהו שלא נכלל בסיכום המאוחר. במילים אחרות, לא הונחה תשתית לטענה כי החומר דרוש לצורך הכרעה בעתירות התוקפות את סבירות ההחלטה שלא להעמיד לדין. השופט אליעזר גולדברג, בדעת מיעוט, הסכים אמנם שאין למסור לעיון העותרים את חומר החקירה כולו שאספה המשטרה, שכן בית המשפט אינו מעביר ביקורת ערעורית על החלטת היועץ המשפטי לממשלה, אלא רק בוחן אם נפלו פגמים חמורים בהפעלת שיקול דעתו. עם זאת השופט גולדברג סבר כי היה על המדינה לגלות את דו"ח סיכום החקירה של המשטרה ואת דעת המיעוט של מספר פרקליטים מצוות הפרקליטות, שכן הרשות עצמה גילתה ברבים את דבר קיומם של הדיונים הפנימיים ותמצית תכנם. במצב כזה נשמט הטעם לסייג של זכות העיון (הגנה על היכולת של עובדי ציבור להעלות דעות באופן חופשי) וחוזר הכלל הבסיסי שלפיו מסמכי הרשות צריכים להיות גלויים. על פסק הדין הובעה ביקורת, שלפיה ניתן עודף משקל לגישת החיסוי של חומר פנימי, שכן אפילו דעת המיעוט הגבילה עצמה רק למקרים שבהם הרשות הציבורית החליטה לגלות את דבר קיומן של עמדות שונות בקירבה. יש הטוענים כי "כאשר מדובר בשאלת סבירות שיקול דעתן של רשויות התביעה שלא להעמיד לדין נושאי תפקידים בכירים, מחייבת תקנת הציבור, שבג"צ יבחן את החלטתן לאור המסמכים וחוות הדעת, שהיו מונחים בפני הרשות הציבורית"<sup>174</sup>.

כיום, האיזון בין האינטרס בשקיפות פעולת הרשות לבין הצורך לשמור על חסיונם של דיונים פנימיים מעוגן, כאמור, בסעיף 9(ב)(4) לחוק חופש המידע. לנוכח הוראות החוק, מסתמנת בפסיקת בית המשפט העליון מגמה של הרחבת הזכות לעיון במידע שבידי הרשות. במישור העקרוני נקבע כי "הרוח המנשבת מן החוק היא... שיש לבחון בכובד ראש בקשה

173 בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 39.

174 סגל (לעיל, הערה 110), בעמ' 205.

לקבלת מידע מרשות ציבורית, ויש לעשות ככל הניתן על-מנת לאפשר את קבלת מירב המידע<sup>175</sup>. הפסיקה אף נדרשה באופן ספציפי לדרך שבה ראוי ליישם את סעיף 9(ב)(4). בהקשר זה נפסק כי

אין משמעם של דברים כי עצם החשש הערטילאי מפני השפעה על הגורמים הרלוונטיים ברשות די בו כדי לפטור את הרשות מחובתה הרחבה למסור המידע. מדובר במבחן של היגיון ושל שכל ישר, בהערכה המתגבשת על בסיס שיקולים שונים וביניהם מהות הנושא אליו נוגע המידע ורגישותו, כמו גם הרצון לאפשר לרשות למלא את התפקידים שהוסמכה למלא ולמנוע פגיעה ביכולתה<sup>176</sup>.

ובעניין אחר נאמר:

בשל האינטרס הציבורי הכללי עליו עמדנו לעיל רשאית אומנם הרשות לסרב למסור מידע הנוגע לדיונים פנימיים, אך עד שתעשה כן עליה לבחון את מכלול השיקולים הצריכים לעניין ועליה למצוא בנסיבות הספציפיות של כל מקרה נתון את נקודת האיזון בין האינטרס הציבורי שבחיסוי המידע ובין האינטרס הציבורי והפרטי, ככל שהוא קיים, בחשיפתו של המידע... במילים אחרות, הרשות אינה יכולה לסרב למסירת המידע שנתבקש תוך הישענות בלעדית על האינטרס הציבורי הכללי הקיים בשמירה על כנות הדיונים ועל האפקטיביות שלהם. סירוב כזה הופך בפועל את הסייגים דוגמת הסייג שבסעיף 9(ב)(4) לחוק חופש המידע לסייגים מוחלטים שאינם מאפשרים הפעלת שיקול דעת בכל מקרה נתון והדבר אינו מתיישב עם לשונם של ההסדרים הסטטוטוריים שנסקרו וחשוב מכך, הדבר אינו מתיישב עם התכלית הכללית שביסוד הסדרים אלה החותרים להגשים את עקרון חופש המידע בכל הנוגע לפעילותן של רשויות ציבוריות<sup>177</sup>.

זאת ועוד,

אם הצביע מבקש המידע על ענייננו הפרטי במידע המבוקש, יש בכך משום נימוק כבד-משקל המטה את כפות המאזניים אל עבר מסירת המידע<sup>178</sup>.

- 175 ע"מ 6013/04 משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 2.1.06), בפסקה 21 לפסק הדין.
- 176 ע"מ גבע (לעיל, הערה 172), בפסקה 15 לפסק הדין.
- 177 ע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 19.1.06), בפסקה 20 לפסק הדין.
- 178 שם, בפסקה 21 לפסק הדין.

בהקשר הפלילי מצב הדברים פחות ברור. מחד, בפרשת נתניהו-עמדי הפגין בית המשפט העליון גישה ליברלית, שלפיה נקודת האיזון זזה לטובת גילוי מידע, שעה שהרשות מגלה בעצמה את קיומם של הדיונים הפנימיים<sup>179</sup>. מאידך, בפרשת שרון-אפל הבהיר בית המשפט כי ככלל עומד ליועץ המשפטי לממשלה החסיון הקבוע בסעיף 9(ב)(4) לחוק חופש המידע, ורק במקרים חריגים עליו לגלות נתונים על אודות מהלכים שקדמו לקבלת החלטתו, ובכלל זה חילוקי דעות פנימיים<sup>180</sup>. נראה אפוא כי האיזון בין השקיפות לסודיות בכל הנוגע לדיונים פנימיים בהקשר הפלילי לא השתנה במידה ניכרת לאחר חקיקת החוק<sup>181</sup>.

179 ע"א 7759/01 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(5) 150, 160: "משחחליט היועץ המשפטי לציין כי פרקליטת המדינה הציגה חוות-דעת החולקת על דעתו ועל צדקת מסקנתו, היה עליו, בכל הכבוד, גם למסור – ולוא גם בתמצית – את נימוקי חוות-דעתה החולקת. משלא עשה כן, בעוד שאת חוות-דעתו פירט ונימק בהרחבה רבה, פתחה הודעתו פתח לתהיות ולשאלות שחוות-דעתו הותירה אותן ללא מענה. בנסיבות אלו נגרעה במידה רבה עוצמת הכלל שמכוחו מתיר החוק לרשות ציבורית שלא לגלות את תוכנם של דיונים ומסמכים פנימיים. בצדק ציין השופט גולדברג – אגב דיונו בניגוד שבין האינטרס הציבורי שלא לחשוף את תוכנם של מסמכים פנימיים לבין עניינו הפרטי של בעל אינטרס לגיטימי לעיין במסמכים – כי 'נקודת הכובד באיזון שבין האינטרסים זה, שעה שהרשות עצמה מגלה ברבים את דבר קיומם של הדיונים הפנימיים או התכתובות הפנימיות ואת תוכנם (או תמצית תוכנם)'. על יסוד גישה זו הורה בית המשפט ליועץ המשפטי לממשלה לפרסם בקצרה אך באורח ממצה, את הנימוקים שעליהם סמכה פרקליטת המדינה את עמדתה, שלא נתקבלה בסופו של דבר, כי יש מקום להעמיד לדין את בני הזוג נתניהו.

180 ראו דברי המשנה לנשיא מצא בבג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199, 231: "מסופקני אם בנסיבות פרשתנו היה בידי היועץ המשפטי להימנע מלהתייחס בהחלטתו למחלוקת שנתגלעה בינו לבין פרקליטת המדינה בשאלת דיות הראיות. כן אינני שולל את האפשרות שבמקרים שיש בהם עניין לכלל הציבור (שענייננו בוודאי נמנה עימהם) ימצא היועץ המשפטי לכלול בהחלטתו נתונים על אודות המהלכים שקדמו לקבלת החלטתו, לרבות דבר קיומם של חילוקי-דעות בין גורמים שונים ברשויות התביעה. אך אלה אינם אלא חריגים, שכן ככלל גם היועץ המשפטי רשאי להסתמך על הוראת סעיף 9(ב)(4) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, הפוטר רשות ציבורית ממסירת מידע, בדבר דיונים פנימיים והתייעצויות בין עובדיה ובדבר חוות-דעת שניתנו לצורך קבלת החלטה. להסרת ספק אוסיף, כי פסק-דיננו בפרשת הארץ, בו חייבנו את היועץ המשפטי לפרסם השלמה לחוות-דעת קודמו, בגדרה יפרט את הנימוקים שעליהם סמכה פרקליטת המדינה את עמדתה החולקת בפרשה שנודעה בציבור כ'פרשת נתניהו-עמדי', ניתן על רקע נסיבותיו המיוחדות של המקרה הנזכר; ואין להסיק מפסק-דיננו האמור כי הוא נועד לכרסם בחיסיון העומד ליועץ המשפטי, בהתאם לסעיף 9(ב)(4) הנ"ל, מפני חשיפת תוכנם של דיונים פנימיים". יצוין כי בפסק הדין הייתה דעת מיעוט של השופט חשין, אשר סבר כי משצירף היועץ המשפטי לתגובתו לבית המשפט העתק חוות דעת של פרקליטת המדינה, היה עליו גם לצרף את המסמכים שהיו מצורפים לחוות הדעת במקורה.

181 סוגיה דומה הועלתה, אך לא זכתה לליבון יסודי בבג"ץ 7748/99 יצחק נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם; ניתן ביום 11.11.99). בעניין זה הפרקליטות סירבה לגלות את סיכום הדיון הפנימי בלשכת היועץ המשפטי לממשלה בשאלת העמדתו לדין של סוכן השב"כ, אבישי רביב. בסופו של דבר הותר פרסום המסמך והוביל למחיקת העתירה. הסתמכות

פרק שביעי: סוגיות בנושא הוכחה וראיות

החריג הספציפי המגן על פעולת רשויות האכיפה מצוי בס"ק 9(ב)(8) המתיר שלא לגלות:

מידע על אודות שיטות עבודה ונהלים של רשות ציבורית העוסקת באכיפת החוק, או שיש לה סמכות חקירה או ביקורת או בירור תלונות על פי דין, אם גילויו עלול לגרום לאחד מאלה:

(א) פגיעה בפעולות האכיפה או הביקורת או בירור התלונות של הרשות;

(ב) פגיעה בהליכי חקירה או משפט או בזכותו של אדם למשפט הוגן;

(ג) גילוי או מתן אפשרות לגלות את קיומו או זהותו של מקור מידע חסוי.

סעיף זה מתייחס לכל הרשויות שיש להן סמכויות אכיפה: משטרת ישראל, רשויות מקומיות, רשויות המס, הממונה על ההגבלים העסקיים ועוד<sup>182</sup>. מאחר שהסעיף מאפשר חיסוי לא רק למידע המצוי בידי גוף שיש לו סמכויות חקירה, אלא גם לגבי מידע המצוי בידי גופים שלהם נתונים סמכויות ביקורת או בירור תלונות על פי דין – היקף החיסוי מתרחב<sup>183</sup> וחל גם על מידע שבידי מבקר המדינה בכובעו כמבקר, כנציב תלונות הציבור וכרשות חוקרת<sup>184</sup>; מבקרים פנימיים<sup>185</sup> וגופים אחרים שהוסמכו לקיים הליך של בירור תלונות<sup>186</sup>.

- הפרקליטות על סעיף 9(ב)(4) לא נדונה אפוא לעומקה, אם כי עצם פרסומו של פרוטוקול פנימי בעניין כה רגיש מעיד על הכרה בחשיבות זכות הציבור לדעת.
- 182 לסמכויות האכיפה השונות של המינהל הציבורי ראו לעיל פרק שני, סעיף 2(ג).
- 183 להיקף הסמכות ראו סגל (לעיל, הערה 110), בעמ' 216-217.
- 184 ראו חוק-יסוד: מבקר המדינה המקנה למבקר סמכויות ביקורת, בירור תלונות וכל סמכות אחרת שיקבע החוק. סעיף 26 לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], תשי"ח-1958 מעניק למבקר סמכויות על פי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968.
- 185 ראו חוק הביקורת הפנימית, תשנ"ב-1992 הקובע חובת ביקורת פנימית בכל "גוף ציבורי" כהגדרתו בחוק. לתחולת החריג האמור על מבקר עירייה ראו בג"ץ 7805/00 אלוני ג' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577, 590.
- 186 ראו למשל סעיף 35 לחוק הפסיכולוגים, תשל"ז-1977 המקים ועדת תלונות וועדת משמעת; סעיף 144 לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990 המקים את המוסד של נציב תלונות; סעיף 60 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981 המקנה למפקח על עסקי ביטוח סמכות של בירור תלונות הציבור.

## אכיפה סלקטיבית

ההוראה אינה מציינת את חומרת הפגיעה שיש בה להצדיק את חיסוי המידע<sup>187</sup>. לדעת פרופ' זאב סגל, הגישה הראויה היא זו שלפיה לא תגלה הרשות מידע לציבור רק נוכח סכנה ברורה לכך שהגילוי יביא לפגיעה קשה ורצינית בפעולות הנזכרות בסעיף. כך למשל עקרונות שיקול הדעת המינהלי בהחלטות שנוגעות בעקרון השוויון בפני החוק, כמו המרת כתבי אישום בתשלום כופר או אמות המידה לעריכת עסקאות טיעון, כוללים אמנם מידע על אודות שיטות העבודה והנהלים של רשויות העוסקות באכיפת החוק, אך לא ניתן לראות בגילויים כאלה פגיעה בעלת עוצמה המצדיקה חיסוי. לשיטתו, העניין הציבורי בפרסום מידע ציבורי בהקשרים אלה עדיף וגובר על הטעם באי-גילוי מידע<sup>188</sup>. לדעתו, הדוגמאות הנ"ל מהוות הנחיות מדיניות שאין ספק שראוי לפרסמן. עם זאת אין ספק כי קיימים גם עניינים טכניים יותר, כמו טכניקות עבודה, שיש היגיון רב בחסיונם. לעניין זה יש לזכור כי אי-פרסום אינו מונע בקשה ספציפית לגילוי המידע. אמנם על בקשה כזו חלים אותם הסייגים שמונה סעיף 9, אך ייתכן שהאיזון במסגרתם יהיה שונה<sup>189</sup>. כך למשל כאשר אדם הטוען לאכיפה סלקטיבית מבקש מידע רלוונטי מהרשות, אל מול האינטרסים של הרשות בחיסיון עומדים לא רק זכות הציבור לדעת אלא גם זכותו של הפרט הספציפי לשוויון ולהליך הוגן<sup>190</sup>. זאת ועוד, יש לזכור את קיומו של סעיף 11 לחוק חופש המידע, המעגן את

187 יודגש כי הוראות חוק חופש המידע כלל אינן חלות לגבי כל גוף או רשות שיש להם סמכות חקירה על פי דין, לגבי מידע שנאסף או שנוצר לצורכי חקירה או לגבי חומר מודיעיני. ראו סעיף 14(א)(8) לחוק חופש המידע. ראו גם ס"ק 14(א)(9) ו-10(ה) העוסקים במערכי חקירות, מודיעין ואבטחה של משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר.

188 ראו סגל (לעיל, הערה 110), בעמ' 103, 217.

189 כך למשל בית המשפט העליון קבע כי על פי האיזון הראוי בשלב ההשגה, מחויב מנהל מס ערך מוסף למסור לעיון הנישום-המשיג – לפי בקשתו – את המידע ששימש לדחיית השומה העצמית ולעשיית השומה לפי מיטב השפיטה; ראו רע"א 291/99 ד.נ.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נח(4) 221. גישתו של מנהל מס ערך מוסף הייתה שהתרת העיון בחומר בשלב ההשגה תביא לסיכול חקירות פליליות, אך בית המשפט קבע כי גישה שלפיה החיסיון הוא הכלל והגילוי הוא החריג, אינה יכולה לעמוד (פסק הדין נוגע לאירועים שהתחרשו לפני שחוק חופש המידע נכנס לתוקף. חובת הגילוי התבססה על האינטרס הישיר שהיה לאזרח במידע, אם כי החוק שימש כ"מורה דרך").

190 לעניין ההבחנה בין זכות כללית לדעת לבין עניין ישיר, השוו דבריה של השופטת פרוקצ'יה בבקשה להתיר עיון בתיק פלילי המתנהל בבית משפט על ידי מי שאינו צד להליך. בש"פ 3487/00 רז נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 2.7.00): "בגדר שיקול דעתו בעניין זה יתחשב בית המשפט מצד אחד במהות העניין שיש למבקש בחומר המצוי בתיק והמטרה לשמה נועדה בקשתו. יינתן משקל גם להיבט העניין הציבורי שבמתן היתר עיון על רקע עקרון פומביות הדין אולם כנגד זאת תילקח בחשבון האפשרות העומדת בפני כל אדם, דרך כלל, להיות נוכח בדיוני בית המשפט המתנהלים בדלתיים פתוחות. בצד שיקולים אלה תיבחן השפעת מתן היתר עיון על התפקוד המערכתי והמינהלי של בית המשפט כמו גם על היבט הפגיעה האפשרית העלולה להיות כרוכה במתן היתר לגבי אופן ניהול המשפט וזכותו של נאשם למשפט הוגן. (השווה סעיפים 9(ב) ו-9(ב)(8)(ב) לחוק חופש

דרישת המידתיות, שלפיה גם אם יש טעמים המצדיקים חיסיון של מידע, על הרשות לשקול למסרו תוך השמטת פרטים, עריכת שינויים או התניית תנאים בדבר דרך קבלת המידע והשימוש בו<sup>191</sup>. ומעל הכל מרחפות הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר העלה לדרגה חוקתית את הזכויות הדיוניות, בפרט כאשר מדובר בהליכים פליליים<sup>192</sup>.

## ד. סיכום

הלקח הברור העולה מן המצב המשפטי בארצות-הברית הוא שיש להקל בדרישות הראשוניות שבהן צריך לעמוד הטוען לאכיפה סלקטיבית, על מנת שישלח להעביר את נטל ההוכחה אל הרשות להראות כי האכיפה הייתה ראויה. מצב שלפיו קיים דין מהותי האוסר על אכיפה סלקטיבית בלא שניתן להוכיח את הפרתו, הופך את הדין לבלתי יעיל ואת העילה לריקה מתוכן. אכן, אחת הבעיות המרכזיות בארצות-הברית נובעת מהצורך בהוכחת כוונה להפלות, דרישה שאינה קיימת בארץ, אך גם בארץ, כפי שנוכחנו לראות, קיימת פסיקה שממנה עולה דרישה להוכחת קבוצת ביקורת – דרישה ההופכת את הוכחת הטענה של אכיפה סלקטיבית למשימה כמעט בלתי אפשרית.

הדרישה הראשונית העומדת בפני הטוען לאכיפה סלקטיבית היא להראות לפחות סלקטיביות לכאורית. לעניין זה ראוי כי מידת ההוכחה המוטלת על הטוען לא תהיה גבוהה במיוחד, שכן טענה של אכיפה סלקטיבית מעוררת פגם חמור במעשה המינהלי, המערב פגיעה בזכויות יסוד ובראשן הזכות לשוויון ואף פוגע בשלטון החוק. טיבם של אינטרסים וזכויות אלה מצדיקים כי הצבעה על אי-חוקיות לכאורית תעביר את הנטל לרשות להראות

המידע תשנ"ח-1998). מערך שיקולים זה יבחן על רקע הנחת המוצא כי כאשר המבקש אינו מעוניין ישירות בתוצאות ההליך השיפוטי הכללי יהיה שלילת זכות העיון, והחריג לו יהיה מתן היתר, והוא – כאשר קימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.

191 הסעיף קובע כדלקמן: "מסירת מידע חלקי ומסירת מידע בתנאים – היה המידע המבוקש מידע אשר הרשות הציבורית רשאית או חייבת שלא למסרו כאמור בסעיף 9, וניתן לגלות את המידע, ללא הקצאת משאבים בלתי סבירה או הכבדה ניכרת על פעולתה של הרשות, תוך השמטת פרטים, תוך עריכת שינויים או תוך התניית תנאים בדבר דרך קבלת המידע והשימוש בו, תמסור הרשות את המידע בהשמטות, בשינויים או בתנאים המחוייבים, לפי העניין; נעשו השמטות או שינויים כאמור, תציין זאת הרשות, אלא אם כן אין לגלות עובדה זו, מהטעמים המפורטים בסעיף 9(א)(1)".

192 ראו י' קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"א) 64, 121: "השלכותיו האפשריות של חוק-היסוד הן, איפוא, גם במה שמתחייב ממנו, ובעיקר מעקרון החוקיות שבו, לעניין הצורך בכינוסן של כל פעולות אכיפת החוק למסגרת חדשה, המחייבת מטיבה הסדרה מפורשת, ברורה ונגישה לידעת הציבור".



## אכיפה סלקטיבית

כי לא נפל במעשיה ובהחלטותיה פסול מן הסוג, שיש בו כדי להשפיע על תוקפה של ההחלטה או להשפיע באופן אחר על תוצאות הדיון.

טענה לאכיפה סלקטיבית פסולה יכול שתתבסס על טענה לאפליה על בסיס קבוצתי, אך יכול שתהיה גם טענה לסלקטיביות אינדיווידואלית, דהיינו שלא בהקשר להשתייכות קבוצתית. הדבר מתחייב מעצם הגדרתה של אכיפה סלקטיבית אסורה ככוללת אכיפה שיסודה בפגמים שונים במעשה המינהלי ואפילו שרירות גרדא. מטבע הדברים, הוכחת אכיפה סלקטיבית על בסיס אינדיווידואלי תהיה קשה יותר, משום שלא ניתן יהיה להצביע על דפוס אכיפה המעיד על שיעורי אכיפה שונים בין קבוצות. עם זאת מאחר שגם אכיפה סלקטיבית שיסודה בשיקול זר, שרירות, חוסר סבירות או חוסר מידתיות, ולא דווקא ברדיפה קבוצתית, יכול שתהיה פוגעת ובעלת השלכות שליליות קשות – יש לאפשר לפרט להוכיח את טענתו.

באשר לטענות אכיפה סלקטיבית על בסיס אינדיווידואלי – עצם ההצבעה על סטייה ממדיניות של הרשות ראוי שתעביר את הנטל אל הרשות לא רק לספק הסברים, אלא לשכנע בצדקת הפעולה החריגה<sup>193</sup>. במצב שבו הטענה של הרשות היא לשינוי מדיניות, יהיה עליה להראות באופן כן כי המדיניות שונתה, וכי המדיניות החדשה מיושמת באופן שוויוני<sup>194</sup>. בהקשר זה קיימת חשיבות מרובה לפרסום הנחיות המדיניות על ידי הרשות הרלוונטית. כאמור, הנחיות כאלה הן בעלות חשיבות לציבור ולעניין עצם החובה לפרסם יש לתת משקל רב לשקיפות. אם אין מדובר בהנחיות כתובות, מצבו של הטוען קשה יותר וייתכן שמספיק שיצביע על היעדר אכיפה במקרים אחרים, תוך בקשת גילוי נתונים סטטיסטיים מהרשות. במצב זה, שבו מול האינטרסים של הרשות בחיסוי המידע עומדים לא רק זכות הציבור לדעת אלא זכותו של הפרט לשוויון ולהליך הוגן, ראוי שהאיזונים הנעשים במסגרת חוק חופש המידע ייטו לטובת זכויות הפרט. בהקשר זה יש לזכור את דרישת המידתיות של חוק זה. ייתכן שניתן לתת את המידע, תוך פגיעה מינימלית ברשות. כך למשל אחת ההצעות שהועלו בארצות הברית היא שאם הפרט אינו מסוגל להציג נתונים סטטיסטיים על האכיפה – בית המשפט יורה לתביעה להציגם. אם בית המשפט מוצא בנתונים אלה אכיפה

193 השוו דותן (לעיל, הערה 110), בעמ' 138-142. כן ראו Poulin (לעיל, הערה 23), בעמ' 112. 194 השוו בג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, בייחוד 206-207; בג"ץ 10/79 הורמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ג לג(3) 60, 65: "כאשר המשיבים מוסיפים כך כמו ידיהם לסאה שכבר הוגדשה לטענתם, לא יישמעו עוד בטענה שמנעו את הוצאת הרישיון לעותרת על יסוד קריטריונים שהם עצמם אינם מקפידים על שמירתם. אילו היה בית-משפט זה משלים עם חוסר עקביות שכזה, היה נותן את הגושפנקא שלו להפליה חמורה כלפי העותרת. וזאת אין להרשות מטעמי צדק ושוויון בין אורחים". כן ראו Kreiger (לעיל, הערה 14), בעמ' 657: "Although a prosecutor might argue that the prosecution in question represents a repudiation of the past policy of nonenforcement and a resumption of enforcement, he should be estopped from asserting a change in policy until he proves the resumption of a general pattern of enforcement"

סלקטיבית הוא יעיין בדלתיים סגורות במסמכים הנוגעים להעמדה לדין במקרה הקונקרטי ובמקרים אחרים שבהם לא הועמדו אנשים לדין באותה עבירה. רק מסמכים שיש בהם לסייע לנאשם – יועברו אליו. בנוסף, לבית המשפט תהא סמכות לפי שיקול דעתו להורות על זימון פקירי אכיפה להעיד על מדיניות האכיפה<sup>195</sup>.

באשר לטענות אכיפה סלקטיבית על בסיס השתייכות קבוצתית – עצם ההצבעה על אכיפה כנגד קבוצה "חשודה" מסוימת ראוי שתעביר את הנטל אל הרשות להוכיח כי האכיפה ראויה, שכן כאשר מדובר בהבחנות חשודות, עצם ההבחנה מהווה הפליה ועל הרשות מוטל להוכיח את הצדקתה<sup>196</sup>. יתרה מזאת, בעצם ההתייחסות המובחנת אל קבוצה מסוימת לצורך אכיפה, רשויות האכיפה יצרו את קבוצת הביקורת – דהיינו כל מי שאינו משתייך אל אותה קבוצה<sup>197</sup>. בהקשר זה יש לנקוט בגישה של שוויון מהותי. כך למשל חוסר הידיעה על מפריס אחרים שאינם משתייכים לקבוצה המופלה, יכול שיעיד על אפליה בחקירה. ייתכן שיש גם להטיל חובה על רשויות האכיפה לדעת על הפרות חוק גם בקרב הקבוצה המועדפת<sup>198</sup>.

ולסיכום, מאחר שאחת הבעיות האינהרנטיות בטענות של אכיפה סלקטיבית, היא חוסר הנגישות של הטוען לראיות וקימו של מרבית המידע אצל הרשות – ראוי שבית המשפט ינקוט בגישה אקטיבית, דהיינו ידרוש נתונים מסוימים (כגון נתונים סטטיסטיים אודות מספר החקירות המנוהלות לגבי עבירה מסוימת ומספר כתבי האישום המוגשים) או ישאֵל מיוזמתו שאלות (כגון בנוגע לשיקולים העומדים ביסוד האכיפה). הכרעתו הסופית בשאלה אם מדובר באכיפה סלקטיבית פסולה – ראוי שתתבסס על מכלול הראיות, שכן על פי הדין בישראל, בית המשפט אינו כבול בטעמיה של הרשות<sup>199</sup>.

- 195 Kreiger (לעיל, הערה 14), בעמ' 661-662.
- 196 ראו דברי השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 ודברי הנשיא ברק בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258.
- 197 השוו Poulin (לעיל, הערה 23), בעמ' 1113 : "[B]y targeting one group, the government creates a control group: those offenders outside the targeted group who will be bypassed. Therefore, when the government selects defendants through targeting, the court should probe enough to determine whether the targeting criteria are based on impermissible grounds".
- 198 במקרים שעסקו בבחירת מושבעים, טענת הרשויות שלפיה לא ידעו על שחורים המתאימים להיות מושבעים – נדחתה בנימוק כי על הרשויות מוטלת הייתה חובה לדעת; ראו Comment (לעיל, הערה 67), בעמ' 113.
- 199 ייתכן שבית המשפט יחליט לאשר דווקא את החלטת הרשות, אך על סמך טעמים שכלל לא עמדו בתיק המקורי. בכך כאמור, יש שוני מהותי מהדין האמריקני. אכן, כל בית משפט מוסמך לפסול החלטה מינהלית כשמתברר לו כי טענת הרשות מוטעת. אך בית המשפט האמריקני לא יאשר החלטה על סמך טעמים שלא עמדו בפני הרשות במקור, בעוד בית המשפט הישראלי מוסמך לעשות זאת.

## פרק שמיני

### סיכום והמלצות

#### א. כללי

תחולתם הרחבה של חוקים ההופכים התנהגות לפלילית, מגבלות המשאבים וסיבות נוספות הופכים את קיומו של שיקול דעת לרשויות האכיפה לנתון הכרחי, שבלעדיו דומה כי רשויות אלה לא יכולות היו לתפקד. שיקול דעת זה הוא אף רצוי, בייחוד לצורך קידום אינדיווידואליזציה וצדק קונקרטי – תובנה שהופנמה אפילו על ידי הדין הגרמני, אשר דגל תמיד בעקרון החוקיות בצורה הדווקנית ביותר. דא עקא, שגם אם יש להשלים עם שיקול דעת באכיפה, אין בהכרח להשלים עם סלקטיביות באכיפה. שוויון באכיפה הוא ערך שיש לשאוף אליו ולקדם אותו. בספר זה דנו בפגם של אכיפה סלקטיבית, בעילת הביקורת ובסעדים הנלווים לה. פרק זה ינסה לתת כמה המלצות שמטרתן להביא לצמצום התופעה הנרחבת של אכיפה סלקטיבית כשלעצמה. ההנחה היא כי שמירה על עקרונות של מינהל תקין, מחד, עם ביקורת שיפוטית יעילה, מאידך, יובילו יחדיו למיגור תופעה בעלת השלכות שליליות לשלטון החוק, לחברה ולפרטים עצמם. התמודדות עם התופעה של אכיפה סלקטיבית מחייבת פעולה משותפת של כל מרכיבי המערכת, אשר אינם קיימים בחלל ריק אלא מושפעים האחד מהשני ופועלים תוך היזון חוזר ביניהם.

הדרך להתמודד עם שיקול הדעת אינו על ידי ביטולו אלא על ידי תחימתו, ובייחוד על ידי הבנייתו. תחימת שיקול הדעת תלויה בראש ובראשונה במחוקק ובאופן ניסוח החוקים. דרך נוספת לתחום את שיקול הדעת הוצעה על ידנו במסגרת העיקרון, שלפיו רשויות האכיפה רשאיות לבצע אך ורק סיווגים התואמים את מטרות החוק. במסגרת הבניית שיקול הדעת, עיקרון ראשון שיש לעמוד עליו הוא שפעולת אכיפה של נורמה כלשהי תיעשה על סמך מדיניות קבועה וידועה מראש, אשר תיושם על המקרים הקונקרטיים העולים בפני הרשות הרלוונטית. כן יש לעמוד על קיומם של עקרונות פרוצדורליים, כמו הנמקת החלטות, מתן שימוע ושמירה על רשומות, מתוך הנחה כי הליך ראוי מוביל אף לתוצאות טובות יותר ולקידום השוויון באכיפה. יתרה מזאת, לעמידה על עקרונות פרוצדורליים יש פוטנציאל לצמצם לא רק את תופעת האכיפה הסלקטיבית מהבחינה האובייקטיבית, אלא גם את תחושתו הסובייקטיבית של הפרט כי החוק נאכף כנגדו באופן סובייקטיבי. מסקנה חשובה נוספת, הקשורה קשר הדוק לדרישות המהותיות והפרוצדורליות, היא כי האכיפה צריכה להיות פורמלית ככל שניתן, ויש להימנע משימוש באמצעים בלתי פורמליים.

## אכיפה סלקטיבית

אמצעים כאלה, מטבעם, משתנים ממקרה למקרה באופן היוצר כר נרחב למצבי חוסר שוויון באכיפה.

במצבים שבהם על אכיפת החוק מופקדות מערכות אחדות (כגון המשטרה והתביעה באכיפת החוק הפלילי), מדיניות האכיפה צריכה להתגבש על ידי צוותים משותפים על מנת להתאים סדרי עדיפויות לאילוצים השונים הקיימים למערכות השונות. את מערכת אכיפת החוק הפלילי יש לראות כמערכת המורכבת מתת מערכות אשר יש לחתור לתאום מקסימלי בפעולתן ובסדרי העדיפויות שלהן.

ולבסוף, אין חולק כי יש לאפשר לרשויות האכיפה לשנות את מדיניותן בהתאם לצרכים המשתנים, עם זאת אין גם להקל ראש בחוסר ההגינות הנוצר כלפי הפרטים הראשונים אשר המדיניות החדשה מופעלת כנגדם. יש על כן לתת את הדעת לגיבוש כללים בדבר הדרך הראויה לשינוי מדיניות אכיפה.

## ב. הבניית שיקול הדעת

דוקטרינת הבניית שיקול הדעת (structuring administrative discretion) נתמכת בעיקר על ידי פרופ' Kenneth Davis<sup>1</sup>. פרופ' Davis סבור כי שיקול דעת מינהלי הוא בלתי נמנע במדינה המודרנית והפתרון אינו בביטולו. עם זאת קיים שיקול דעת רב שהוא מיותר וניתן לצמצמו. בשיקול הדעת ההכרחי שנותר ניתן, לדעתו, לשלוט טוב יותר בשני אופנים עיקריים: תחיימת שיקול הדעת (confining discretion) והבניית שיקול הדעת (structuring discretion). תחיימת שיקול הדעת משמעה קביעת גבולות שיקול הדעת על ידי שימוש בכללים אשר מגדירים באופן נוקשה את התחום שבו מקבל ההחלטות יכול לפעול, ואילו הבניית שיקול הדעת משמעה שליטה על האופן שבו הבחירה בין האלטרנטיבות נעשית על ידי איש המינהל, באמצעות קביעת סטנדרטים גמישים המנחים את שיקול דעתו ועל ידי קביעת כללים פרוצדורליים אשר יש לעמוד בהם במסגרת הפעלת שיקול הדעת<sup>2</sup>.

1 K.C. Davis *Discretionary Justice in Europe and America* (University of Illinois Press, 1976), 9-10: "In my study of discretionary justice in America, based on many interviews, I have found that discretionary justice is indispensable to modern government and that the cure for discretionary injustice cannot be the elimination of such power. But I have also found that all levels of American government – federal, state and local – are shot through with unnecessary discretionary power, and I concluded that we can and should cut back huge quantities of unnecessary discretionary power. I also found that we can do much more to control necessary discretionary power...".

2 K.C. Davis *Discretionary Justice – A Preliminary Inquiry* (University of Illinois, 1971), 217. J.S. Wright "Beyond Davis' 'Discretionary Justice'" 81 *Yale L.J.* (1972) 575.

2 .P. Cane *Administrative Law* (4<sup>th</sup> ed., 2004), 186-187 להבהרת גישתו ראו גם

## פרק שמיני: סיכום והמלצות

אכן, גם בענייננו, אף ששיקול דעת רשויות האכיפה הוא למעשה מקור התופעה של אכיפה סלקטיבית, אין ספק שהפתרון אינו בביטולו. אכיפה מלאה אינה אפשרית ואף אינה רצויה. דהיינו, השאלה אינה קיומו או היעדר קיומו של שיקול דעת, אלא כיצד ניתן לתחום, להבנות ולבקר את שיקול הדעת הקיים.

באשר לתחימת שיקול הדעת, הדבר תלוי במחוקק אשר יכול להשתדל ולהגדיר באופן ברור יותר את הסמכויות הניתנות לרשויות האכיפה. בתחום הפלילי למשל ניתן לתקן חוקים פליליים המנוסחים באופן מעומעם, להבהיר את גבולות הפלילות או לקבוע דרגות שונות של חומרה באופן ששיקול הדעת של התביעה אם להעמיד לדין באישום קל או חמור יהיה מתוחם יותר<sup>3</sup>. להמלצה זו יש כמובן להתייחס מתוך הכרה במגבלותיה הטבעיות. המחוקק אינו יכול לצפות את כל המקרים ולעשות את כל ההבחנות הנדרשות, באופן שיתחם במידה ניכרת את שיקול הדעת, ובוודאי שלא ניתן להיתלות ברפורמות חקיקתיות, אשר אורכות לעתים שנים, לצורך פתרון בעיית האכיפה הסלקטיבית<sup>4</sup>. קיימות אמנם דוגמאות למקרים שבהם המחוקק נתן מענה לסלקטיביות שהתעוררה<sup>5</sup>, אך ברוב המקרים הבעיה מונצחת במשך שנים<sup>6</sup>. ראוי אפוא שאידיאל תחימת שיקול הדעת בתחום האכיפה יהיה נר לרגלי המחוקק, הן כאמצעי לקידום שוויון באכיפה הן כאמצעי למניעת שימוש לרעה בכוח, אך אין לראות בכך אחד מהפתרונות המרכזיים לתופעת האכיפה הסלקטיבית.

עיקרון אחר אשר הוצע על ידנו הוא ששיקול דעת רשויות האכיפה יתוחם לסיווגים התואמים את מטרות החוק<sup>7</sup>. רשויות האכיפה אינן רשאיות לערוך סיווגים אשר המחוקק לא ערך ועל בסיסם לאכוף את החוק באופן סלקטיבי<sup>8</sup>. פרשנות מרחיבה יותר של הסמכות,

3 השוו W.R. LaFave, J.H. Israel, N.J. King *Criminal Procedure* (4<sup>th</sup> ed., West, 2004), 684 וכן Y. Kamisar, W.R. LaFave, J.H. Israel, N.J. King *Modern Criminal Procedure* (11<sup>th</sup> ed., West, 2005), 982.

4 השוו Davis (1971) (לעיל, הערה 1), בעמ' 217.  
5 ראו למשל חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 19), תשס"ג-2003, הכולל הקלות לערוץ 10 ובמקביל הארכת הזיכיון של זכניות ערוץ 2 בשנתיים נוספות ללא מכרז.

6 דוגמה להוראת חוק גורפת, אשר ניסוח טוב יותר שלה יכול להוביל לאחידות באכיפה שכן נעשים ניסיונות של בתי המשפט להתחמק מהניסוח הגורף, מצויה בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 המגדיר "הסדר כובל". הבעייתיות הועלתה על ידי משתתפי "כנס הסדרים כובלים ואכיפה כלכלית" שנערך באוניברסיטת תל-אביב בתאריך 28.10.03. ראו גם ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 824; ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590. כן ראו את הדוגמאות שנתן עו"ד דרור שטרומ, הממונה על ההגבלים העסקיים, בריאיון שערכתי עמו (נספח ד) לסיטואציות שונות הנכנסות תחת ההגדרה של "הסדר כובל", אך ראויות לטיפול משפטי שונה.

7 ראו לעיל, בייחוד פרק שלישי, סעיף ד2.

8 כך נעשה, כאמור, בפרשת תורג'מן שם המשטרה התייחסה לעבירת הסרסרות לזנות כעבירת מטרד ואכפה אותה רק בהתקיים תלונות של השכנים, בעוד מטרתה העיקרית של העבירה היא להגן על נשים. ראו ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441.

## אכיפה סלקטיבית

נוגדת את העקרונות הבסיסיים של שלטון החוק וחוקיות המינהל<sup>9</sup>. עקרונות אלה אמנם אינם יכולים להתקיים בטהרתם במדינת המינהל המודרנית, לאור קיומו המתחייב של שיקול דעת רחב המוענק לרשויות המינהל. אך, למצער, ראוי להגביל את שיקול הדעת המינהלי רק לפעולות הבאות להגשים את מטרות החוק המסמיך. התוצאה המעשית היא כי ייתכן סיווג שאילו נעשה על ידי המחוקק היה הוא סיווג כשר, אך רשויות האכיפה אינן רשאיות לעשותו מאחר ואין זה מסמכותן לפעול על פי מטרות שלא נקבעו על ידי המחוקק.

לעומת הקושי בתחילת שיקול הדעת, הבניית שיקול הדעת בתחום האכיפה מהווה אידיאל קל יותר להשגה. בראש ובראשונה, על רשויות האכיפה לפעול על פי מדיניות מוגדרת וידועה מראש. בנוסף, עליהן לעמוד בדרישות פרוצדורליות, כמו חובת הנמקה ומתן זכות שימוע במקרים המתאימים לכך. פרוצדורה ראויה תוביל גם להחלטות נכונות יותר ותקטין את האפשרות לשימוש לרעה בשיקול הדעת. עקרונות אלה אין בהם לבטל את שיקול הדעת של רשויות האכיפה, אשר נותר בשני מישורים: במישור הראשון, הוא קיים בשלב קביעת המדיניות הכללית, ובמישור השני, הוא קיים בשלב יישום המדיניות הכללית על המקרה הקונקרטי. שני המישורים האמורים נתונים לביקורת שיפוטית, אשר הופכת להיות יעילה יותר על רקע קיומם של כללים ומדיניות. במישור הראשון, בית המשפט יכול לבחון אם המדיניות הכללית היא מדיניות סבירה וראויה<sup>10</sup>. יתרה מזאת, עמדנו על כך שסלקטיביות באכיפה יכולה להיגרם אף מפעולה של רשויות האכיפה שאינה תואמת את המטרה העיקרית שאליה כיוון המחוקק. קיומה של מדיניות ברורה ומוגדרת תאפשר ביקורת שיפוטית גם בנקודה זו<sup>11</sup>. במישור השני, קיומם של כללים הופך את הביקורת לקלה יותר, שכן פעולה בניגוד לכללים ראוי שתעביר את נטל ההוכחה אל הרשות להצדיק את הסטייה שנעשתה במקרה הקונקרטי<sup>12</sup>.

9 השוו עמדתו של דן ביין באשר לפרשנות סעיף 9א לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: פקודת המשטרה). סעיף זה קובע כי מפכ"ל המשטרה יוציא הוראות "שיקבעו עקרונות לעניין ארגון המשטרה, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בה והבטחת פעולתה התקינה". לדעת פרופ' ביין, יש לפרש את המילים "הבטחת פעולתה התקינה" כרחבות מספיק לאפשר קביעת מדיניות בנושאים של אכיפת החוק, אך אין נוסח זה מקנה את הסמכות לאימוץ מדיניות של אי-אכיפת הוראת חוק מסוימת מכל וכל, אלא רק להורות על סדרי עדיפויות בהקצאת כוחות במקום ובזמן לעניין אכיפת החוק, וכן להנחות את השוטרים לעניין השימוש באמצעים משטריים. הרחבת ההנחיות מעבר לתחומים אלה, נוגדת את עקרון החוקיות; ראו ד' ביין "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי" פלילים ב (תשנ"א) 133, 160-161.

10 יש הטוענים כי על בית המשפט לקבוע נורמות למדיניות התביעה, אשר נקבעו בעבר על ידי רשויות התביעה עצמן. ראו ד' קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה (תשנ"ז) 121, 147.

11 השוו LaFave, Israel & King (לעיל, הערה 3), בעמ' 686.

12 שם, בעמ' 684. לתוצאת פעולה בניגוד למדיניות ראו גם לעיל, פרק שלישי, סעיף 37.

## 1. התוויית מדיניות ברורה, מוגדרת וידועה

שימוש בהנחיות מינהליות משרת את עקרון השוויון, מונע הטיית לא רצויות של שיקול הדעת המינהלי ומאפשר ביקורת חיצונית על מעשי הרשות המבצעת<sup>13</sup>. על תכלית זו עמד השופט יצחק זמיר בפרשת תאטרון ארצי לנוער<sup>14</sup>:

המבחנים, כמו הנחיות מינהליות, אמורים להקטין את היסוד הסובייקטיבי ולהגדיל את היסוד האובייקטיבי שבהחלטת הרשות. הם הופכים שיקול-דעת חזק לשיקול-דעת חלש... כתוצאה מכך, הם מפחיתים את חשיבות השאלה מי היא הרשות המוסמכת, מהי נטיית הלב שלה ועד כמה היא חשובה להשפעה של גורמים חיצוניים ושיקולים זרים. יש בהם להפוך את ההחלטה צפויה יותר, וכן שוויונית יותר, ולאפשר בדיעבד ביקורת יעילה יותר על ההחלטה<sup>15</sup>.

סוגי שיקול הדעת המוזכרים בדברים אלה, יסודם בהבחנה של פרופ' Ronald Dworkin בין מובן חזק לשיקול דעת, שעניינו יצירת כללים, לבין מובן חלש לשיקול דעת, שעניינו יישומם של כללים<sup>16</sup>. שיקול דעת חזק מופעל על ידי מי שעל פעולתו לא חלים כללים מקדמיים, ובמקרה כזה על מקבל ההחלטה לקבוע את הכללים בעצמו, בעוד שיקול דעת חלש מופעל על ידי מקבל ההחלטה תוך כדי יישום כללים מקדמיים, ובמקרה כזה עליו לפרש וליישם כללים שנקבעו על ידי מישהו אחר. דיכטומיה זו זכתה לביקורת<sup>17</sup>. אכן, ההבחנה בין שיקול דעת חזק וחלש היא בסופו של דבר הבחנה של דרגה<sup>18</sup>, עם זאת אין בכך לטשטש את חשיבותה העקרונית והמעשית של ההבחנה עצמה. אחד ההבדלים החשובים בין שיקול דעת חזק לחלש מתייחס לערכים המהותיים החלים על פעולותיו של מקבל ההחלטה. פרופ' יואב דותן מציין כי בעוד מי שפועל שלא על פי קביעות מקדמיות, מונחה על ידי ערכי היעילות, האפקטיביות (בהשגת המטרות הסופיות של הפעולה) וצדק קונקרטי (במידה והפעולה מתייחסת לאירוע או אדם בודד) או צדק חלוקתי (במידה ומדובר

13 ראו י' דותן "ביקורת שיפוטית על חקיקת-משנה והמקרה הפרטי המיוחד" משפטים כד (תשנ"ה) 435, 425; R.B. Stewart "The Reformation of American Administrative Law"; 435, 425 Harv. L. Rev. (1975) 1667, 1699.

14 בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות, פ"ד נא(4) 258 (להלן: בג"ץ תאטרון ארצי לנוער).

15 שם, בעמ' 277.

16 R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (Harvard University, Cambridge, 1978), 31-39.

17 ראו D.J. Galligan *Discretionary Powers – A Legal Study of Official Discretion* (Clarendon, Oxford, 1990), 16-20.

18 ראו לעיל הדיון בפרק שני, סעיף ג1. ראו גם מ' טמיר (יצחקי) "עילת חוסר הוודאות במשפט הציבורי" משפט וממשל ה (תש"ס) 497, 522-523.

## אכיפה סלקטיבית

בהחלטה המתייחסת לקבוצה של אנשים או מאורעות), הרי כאשר מקבל ההחלטה מיישם כללים, מושם דגש על ערכים נוספים, כגון עקביות ביישום הכללים, שוויון והגינות<sup>19</sup>. על מנת שרשויות האכיפה תוכלנה לקדם ערכים אלה, עליהן לפעול על פי מדיניות קבועה ומוגדרת מראש. ללא קריטריונים לאכיפה אין השוויון נשמר, שכן מראש לא ניתן לתת "טיפול שווה לשווים"<sup>20</sup>. כאשר רשות מטפלת בפרט הנתון לסמכותה, אין היא יכולה להתעלם ממכלול נוסף של פרטים הנתונים לאותה סמכות. על כן על הרשות להחליט מראש על השיקולים שינחו אותה בטיפול באותם פרטים, שכן אלה מביניהם שהם בעלי אותם נתונים רלוונטיים, מן הראוי שיזכו ביחס שווה, שאחרת יפגע ערך השוויון הבסיסי<sup>21</sup>. זאת ועוד, לכל שיקול יש לתת את משקלו היחסי<sup>22</sup>, באופן העונה על דרישות הסבירות והמידתיות<sup>23</sup>. השיקולים יחדיו, על משקלם היחסי הראוי, מהווים את המדיניות שתנחה את הרשות בהפעלת סמכותה. הנחיות המדיניות ממתנות את ההשפעה שיש לנטיות והשקפות מסוימות של פקיד האכיפה האינדיווידואלי על פעולת האכיפה ומקטינות את הסיכויים לאכיפה סלקטיבית שיסודה בהטיות שונות או בשיקולים זרים<sup>24</sup>. יתרה מזאת, פעולה על פי סטנדרטים וכללים מובנים הופכת את תהליך קבלות ההחלטות לרציונלי יותר<sup>25</sup>, באופן המקטין גם את האפשרות לשרירות – אשר אף היא יכולה להוות בסיס לאכיפה סלקטיבית פסולה<sup>26</sup>.

מעבר לקידום העקביות, השוויון וההגינות, גיבוש כללים יאפשר לרשויות האכיפה לתפקד באופן יעיל, תוך עמידה בלחץ העבודה העצום המוטל עליהן<sup>27</sup>. עבור פקידי אכיפה חדשים, קיומם של כללים מסייע בהכשרתם ובביקורת הפנימית על פעולת כל הגורמים במשרד כלשהו, באופן שמאפשר להוציא לפועל בצורה יעילה ועקבית את מדיניותה

- 19 ' דותן הנחיות מינהליות (תשנ"ו), 371.
- 20 השו"ר קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" מחקרי משפט (תשנ"ג) 39, 85.
- 21 ראו ב' ברכה משפט מינהלי (כרך ב, תשנ"ו), 221.
- 22 לחשיבות קביעת משקל לכל קריטריון ראו בג"ץ תאטרון ארצי לנוער (לעיל, הערה 14), בעמ' 280.
- 23 לסבירות ומידתיות של מבחנים אשר אמורים לקיים את עקרון השוויון ראו בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337.
- 24 השו"ר A.B. Poulin "Prosecutorial Discretion and Selective Prosecution: Enforcing Prosecution after *U.S. v. Armstrong*" 34 *Am. Crim. L. Rev.* (1997) 1071, 1122. כן ראו ביין (לעיל, הערה 9), בעמ' 161.
- 25 לקהרנטיות ולחשיבות ההסתכלות על המכלול ולא על פרט אחד מתוך קטגוריה כדרישות מינימום לרציונליות ראו: C.R. Sunstein, D. Kahneman, D. Schkade, I. Ritov "Predictably Incoherent Judgments" 54 *Stan. L. Rev.* (2002) 1153, 1203.
- 26 השו"ר A.L.-T. Choo *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings* (Clarendon, Oxford, 1993), 124.
- 27 השו"ר ברכה (לעיל, הערה 21), בעמ' 221.



## פרק שמיני: סיכום והמלצות

הרשמית של הרשות<sup>28</sup>. זאת ועוד, קיומם של כללים תורם לאמון הציבור ברשויות האכיפה, שכן הציבור יודע שאלה לא פועלות באורח קפריזי, אלא מתוך קריטריונים ברורים הנתונים לביקורת<sup>29</sup>. במקרים שבהם יש במדיניות לשנות את הדין, ראוי גם שהציבור יוכל להנחות עצמו בהתאם ל"דין למעשה" שנוצר<sup>30</sup>.

הבניית שיקול הדעת והרציונליזציה של קבלת ההחלטות מחייבים לא רק רמה מסוימת של מדיניות קבועה מראש וכללים, אלא גם עקביות ביישומם של הכללים<sup>31</sup>. העקביות מקדמת את השוויון והיעדר השרירות, והיא זו שמקנה לרשות המינהלית את הנחת הרגולריות, המבוססת בין היתר על כך שהרשויות מבצעות את אותם אקטים בכל יום ולכן אין מקום להניח שהטיפול בעניינו של אדם ספציפי היה נגוע בשיקולים שסטו מהפרקטיקה המקובלת באותו עניין<sup>32</sup>. הנחה זו נסתרת במידה והרשות פעלה בניגוד לכללים. עצם הפעולה בניגוד לכללים מעבירה את הנטל לרשות להראות כי האכיפה הייתה ראויה<sup>33</sup>.

בכל הנוגע לפרקליטות בארץ, דומה שעקרון הפעולה על בסיס מדיניות אחידה קנה לו אחיזה. כבר בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה משנת 1986, עמד היועץ המשפטי על החשיבות היתרה בקיומה של קביעת מדיניות מרכזית, לצורך הנחיה של החוקרים והתובעים בשאלה אם ומתי קיים עניין ציבורי בעריכת חקירה והעמדה לדין וכיצד ראוי לנהל את החקירה והתביעה, בייחוד בהקשר של עבירות נפוצות ובעייתיות במיוחד, שאינן מברצות על ידי "עבריינים מקצועיים"<sup>34</sup>. אכן, מאחר שעבירות אלה חשופות במיוחד לבעייתיות של אכיפה סלקטיבית, קיומה של מדיניות הוא קריטי בהקשר אליהן. גם הנחיות פרקליטת המדינה, אשר באות להוסיף על הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, שמות דגש על קיומה של

28 ראו LaFave, Israel & King (לעיל, הערה 3), בעמ' 684; ביינן (לעיל, הערה 9), בעמ' 161.

29 ברכה (לעיל, הערה 21), בעמ' 221; LaFave, Israel & King (לעיל, הערה 3), בעמ' 684.

30 לדוגמה במקרים שבהם נורמה, אשר מכסה התנהגות שהפכה בשל שינוי העתים לנורמטיבית, אינה נאכפת (זה היה המצב ששרר זמן רב ביחס לעבירת "משכב זכר"). ראוי שהציבור יהיה ער למדיניות האכיפה, על מנת שלא יחשוש מענישה פלילית או יהיה חשוף לסחיתות ואיומים. ראו גם דברי היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, יצחק זמיר, בריאיון שערכתי עמו (נספח א) והדוגמה שהביא בדבר אכיפת עבירות נהיגה במהירות מופרזות. אם המשטרה מתעלמת מחריגה מסוימת מהמהירות המותרת, הרי שיש בכך שינוי הדין ויצירת "דין למעשה" שקיים ביחס למהירות המותרת, ועל כן ראוי שהציבור יהיה מודע לכך.

31 ראו Choo (לעיל, הערה 26), בעמ' 124.

32 הנחה זו קשורה גם להנחת הניטרליות ולתפיסת המקצועיות של הרשות המינהלית. ראו C.F. Edley *Administrative Law* (Yale, New Haven and London, 1990), 69. ראו גם דותן (לעיל, הערה 19), בעמ' 140.

33 ראו לעיל, הערה 12 והטקסט שלידה. לטענה שלפיה לחזקת הרגולריות אין כלל מקום בדיונים על אכיפה סלקטיבית ראו M.L. Amsterdam "The One-Sided Sword: Selective Prosecution" *In Federal Courts* 6 *Rutgers Camden L.J.* (1974) 1, 15.

34 ראו דברי ההקדמה של היועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר, לאוגדן הנחיות היועץ המשפטי לממשלה – מדיניות התביעה משנת 1986.

## אכיפה סלקטיבית

מדיניות אחידה בעבודת הפרקליטות והתביעה על שלוחותיה, ועל חשיבות יישומה של מדיניות זו בחיי היום-יום, ככל שהדבר מתאפשר באופן אחיד. פרסום ההנחיות מבוסס על ההשקפה כי הפרקליטות ורשויות התביעה הן רשויות מינהליות ככל הרשויות האחרות, ולפיכך החלטותיהן צריכות להתקבל על פי עקרונות מדיניות ולהיות מונחות על פי שיקולים מקצועיים, ראויים וענייניים, הגלויים לעין הציבור ונתונים לביקורת שיפוטית. בסיום דברי ההקדמה להנחיות פרקליטת המדינה נכתבו הדברים הבאים:

ההנחיות נועדו לסייע בהתמודדות עם הבעיות העולות במהלך העבודה היומיומי בפרקליטות ויש בהן כדי להבטיח מדיניות אחידה של התביעה הכללית. לקביעת מדיניות הפרקליטות, איסופה ופרסומה חשיבות ציבורית רבה כמו גם חשיבות ארגונית. מבחינה ציבורית, הפרסום מקדם את זכות הציבור לדעת, את השקיפות ואת אפשרות העלאת נושאים שונים שבטיפול הפרקליטות לסדר היום הציבורי. כלפי פנים מבטיח הדבר תקינות מנהלית, ודאות ואחידות, דבר שיקל על התפקוד היום-יומי, שכן ככל שהמערכות גדולות יותר, יש צורך גדול יותר בראיה רוחבית, תיאום והנחיה. פרסום נגיש ונוח של המדיניות וההנחיות בצורה ברורה וזמינה לכל פרקליט, תובע, עורך-דין ואזרח מקדם את האחידות בפעולת הפרקליטות והתביעה הכללית ואת השוויון בפני החוק. ההנחיות מובאות לידיעת עורכי הדין, אנשי האקדמיה והציבור בכללותו, לשם השגת שקיפות וקידום חופש המידע. אנו מקווים כי פרסום המדיניות וההחלטות באופן סדיר יאפשר להעלות נושאים על סדר יום הציבורי ולהביאו לתודעת הציבור בכללותו. כך יוכל כל אזרח המבקש זאת, לדעת מה עושה הפרקליטות בשמו ועבורו, ובמידת הצורך גם לבקר את המדיניות ולהעיר לגביה<sup>35</sup>.

גישה זו ראוי שתהיה נר לרגלי כל רשויות האכיפה. בראש ובראשונה המשטרה, האמונה על אכיפת החוק הפלילי<sup>36</sup>. סמכות מפכ"ל המשטרה לקבוע את "הוראות המשטרה"<sup>37</sup>, ראוי שתכלול קביעת מדיניות בנושאים של אכיפת החוק<sup>38</sup>. הוראות אלה – למעט מקרים חריגים שבהם הפרסום יביא לפגיעה בעבודת האכיפה – ראוי שתהיינה גלויות לציבור.

35 דברי ההקדמה להנחיות פרקליט המדינה, <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/PraklitotHamedina/HanchayotPM/HanchayotPM.htm>

36 לקושי בהבניית שיקול דעתה של המשטרה, המושפע ממספר רב ביותר של גורמים ונסיבות, ראו A.F. Wilcox *The Decision to Prosecute* (Butterworths, 1972), 112-113.

37 סעיף 9א(א) לפקודת המשטרה קובע כי "המפקח הכללי יוציא, באישור השר, הוראות כלליות שיקבעו עקרונות לעניין ארגון המשטרה, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בה והבטחת פעולתה התקינה (להלן – הוראות המשטרה)".

38 ראו הדיון לעיל, בהערה 9.

## פרק שמיני: סיכום והמלצות

ויתרה מזאת, הוראות שיש בהן משום שינוי הדין הנוהג, ראוי שתפרסמנה ברשומות מכוח היותן בעלות "נגיעה או חשיבות לציבור"<sup>39</sup>. בסופו של יום יש לזכור כי המטרה העיקרית היא במניעת עבירות ולא בתפיסת עבריינים. על כן ככל שפרסום יכול לסייע בכך ולהפנות את משאבי המשטרה לתחומים אחרים – הוא ראוי ומבורך<sup>40</sup>.

מגמה זו – של פעולה על פי מדיניות – מקובלת כיום גם ברשויות אכיפה אחרות<sup>41</sup>, וקיימות אף דוגמאות לשינויי מדיניות במטרה להימנע מסלקטיביות באכיפה<sup>42</sup>. עם זאת המציאות בשטח מעידה כי ניתן לעשות עוד הרבה בכל הנוגע לפעולה על פי כללים קבועים מראש, ובייחוד בכל הנוגע לשקיפותם של כללים אלה<sup>43</sup>.

זאת ועוד, הביקורת השיפוטית ראוי שתשתרע גם על החובה לקבוע כללים. דהיינו במקרים שבהם עולה כי הרשות האוכפת פעלה שלא על בסיס כללים, ראוי שבית המשפט

39 לעניין פרסום פקודות משטרת ישראל קובע סעיף 9 לפקודת המשטרה: "(א) פקודות משטרת ישראל יפורסמו בדרך שיווה המפקח הכללי ותוקפן ממועד פרסומן; אין פקודות משטרת ישראל טעונות פרסום ברשומות; (ב) פקודות משטרת ישראל שלגביהן יקבע היועץ המשפטי לממשלה, בהתייעצות עם המפקח הכללי או מי שהוא הסמיכו לעניין זה, כי יש להן נגיעה או חשיבות לציבור, יהיו טעונות פרסום נוסף ברשומות".

40 ראו עמדתו של מפכ"ל המשטרה לשעבר, יהודה וילק, בריאיון שערכתי עמו (נספח ז): "המטרה בסופו של דבר למנוע עבירות ולא לתפוס מפריס. אם נוציא הנחיות וזה יביא לכך שסוחרים סמים יעברו לעסוק בנדל"ן – זה לא רע.... המטרה היא מניעה ולא תפיסה. אם כולם יהיו נהגים מכבדי חוק, המשטרה תוכל לסייע בהכוונת תנועה – שהיא אינה פעולת אכיפה. אשרי החברה שתרשה זאת לעצמה".

41 הדברים עולים באופן ברור מהראיונות שערכתי גם עם אנשים שאינם מייצגים את המשטרה או הפרקליטות. ראו למשל דבריהם של עו"ד טלי ירון-אלדר, נציבת מס הכנסה (נספח ה); עו"ד דורון אבני, היועץ המשפטי של הרשות השנייה (נספח ו); עו"ד משה מזרחי, היועץ המשפטי של אגף המכס והמע"מ (נספח ח).

42 היועץ המשפטי של הרשות השנייה, דורון אבני, בריאיון שערכתי עמו (נספח ו) הביא את הדוגמה של השוני באכיפה מול זכייני הטלוויזיה וזכייני הרדיו. הטלוויזיה והרדיו המסחריים התחילו ממערכת כללים זהה (כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה וברדיו), תשנ"ד-1994). לאחר כשלוש שנים של פעילות הרדיו האזורי, הגיעו למסקנה שאף שיש חשיבות רבה לתכנים, אין לתחנות הרדיו האזורי את אותה דומיננטיות וכוח השפעה שיש לטלוויזיה. המדיום הרדיופוני יותר חלש באימפקט שלו, מה גם שהתחנות הן אזוריות ולא ארציות, ושיש מגוון רחב של תחנות גם ברמה הארצית. כתפיסת עולם הגיעו למסקנה שצריך לפקח בצורה אחרת על הרדיו. כדי למנוע אכיפה סלקטיבית של אותו כלל, הפרידו בין כללי האתיקה בפרסומות של הטלוויזיה והרדיו, ויצרו סט כללים חדש לרדיו שמתמקד בנקודות החשובות ביותר (כללי הרשות לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), תשנ"ט-1999). הקטנת הפיקוח על הרדיו הביאה לחיסכון במשאבים, הקטנת תקציב הרדיו והורדת דמי הזיכיון וכן מנעה אכיפה סלקטיבית.

43 טענה כי בעיית האכיפה הסלקטיבית חמורה בהרבה ברשויות הרגולטוריות ולחשיבות המוגברת של קביעת מדיניות ברשויות אלה ראו Davis (1971) (לעיל, הערה 1), בעמ' 225.

יחייב אותה לקבוע כללים כאלה<sup>44</sup>. חובה כזו עולה מפסיקה העוסקת ברשויות מינהליות שונות<sup>45</sup>, ועליה לקבל משנה תוקף כאשר מדובר ברשויות האכיפה, אשר ניתן לטעון שהן כפופות ל"עקרון החוקיות" הקבוע בפסקת ההגבלה אשר בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>46</sup>.

## 2. עמידה על דרישות פרוצדורליות

ההנחה העומדת ביסוד עמידה על דרישות פרוצדורליות, היא כי להליך ראוי יש פוטנציאל להביא להחלטות טובות יותר, שכן בהליך כזה סיכויים טובים יותר כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, וכי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה, באופן שיוביל להבטחת האינטרסים המהותיים וזכויותיו המהותיות של הפרט<sup>47</sup>. מתפיסה זו מתחייב כי על מנת לצמצם את תופעת האכיפה הסלקטיבית ראוי כי רשויות האכיפה יקפידו לא רק על

44 ראו גם י' דותן "החובה לקבוע כללים מינהליים" משפטים כג (תשנ"ד) 437, 447. דותן מסביר כי בית המשפט נוטה יותר לחייב את הרשות לקבוע הנחיות מינהליות (להבדיל מתקנות) כתנאי להפעלת סמכותה. שוני זו מוסבר, בין השאר, בכך שברוב המקרים שבהם התעוררה שאלת החובה להתקין תקנות, דובר בתחומים שבהם הרשות המינהלית סירבה מלכתחילה להפעיל את סמכותה בתחום הרלוונטי, בעוד בפסקי הדין שאכפו את החובה לקבוע הנחיות – ההתערבות השיפוטית רק חייבה את הרשות לעשות מה שעשתה ממילא, תוך שימוש בכללים מינהליים. ואכן, בית המשפט העליון קבע לאחרונה כי "הסמכות להתקין חקיקת משנה איננה בגדר חובה להתקין חקיקת משנה בכל עניין שיש לגביו סמכות"; ראו ע"א 8932/02 פקיד שומה תל-אביב-יפו 5 נ' טאומן, פ"ד נח(1) 625, 639.

45 חובה כזו עולה מבג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441. השופט דב לוין דן ראשית בחובת בית הדין הרבני הגדול לקבוע כללים. לאחר שהתייחס לחובת רשות מינהלית להפעיל את סמכותה להתקין חקיקת משנה, קבע כי "אותו הגיון יכול וצריך לחול גם בעניין של אקט מינהלי מדרגה שונה" (שם, בעמ' 451). גם מבג"ץ תאטרון ארצי לנוער (לעיל, הערה 14) עולה לכאורה החובה לקבוע הנחיות מינהליות, אך נראה שמדובר בהנחיות בעלות מעמד מיוחד, משום שהחוק עצמו הסדיר את יצירתן (סעיף 3א(ה) לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985). לכן, ככל שפסק דין זה עניינו החובה לקבוע כללים, אפשר לצמצם את תחולתו להנחיות מינהליות שלהן מעמד בחוק. לחובה לקבוע כללים ראו גם טמיר (לעיל, הערה 18), בעמ' 528-530.

46 ראו י' קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"א) 64, 106-107: "שאלה נוספת שיש לתת עליה את הדעת בהקשר של עקרון החוקיות על פי פסקת ההגבלה של חוק-היסוד הוא החיוב הנלמד מעקרון זה במשמעותו הסובסטנטיבית לעניין הצורך בהנחיות מפורשות וידועות מראש של מדיניות אכיפתו של המשפט הפלילי ונהלי האכיפה. כך לגבי שיקול הדעת של התביעה על כל שלביו, וכך גם לעניין נוהלי המשטרה בעניינים הנוגעים לזכויות הפרט. לכאורה מן הדין הוא, שאלה ייבחנו בהיבט זה של עקרון החוקיות, ושל הנובע ממנו בחובת פרסום ברבים, בבהירות, בוודאות ובצפיות מראש".

47 I. Loveland *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights* (3<sup>rd</sup> ed., ראו Butterworth, 2003), 456.

## פרק שמיני: סיכום והמלצות

פעילות על סמך מדיניות מהותית ראויה, אלא גם על דרישות דינויות הקשורות לאופן קבלת ההחלטה. להקפדה על דרישות כאלה יש פוטנציאל לצמצם הן את תופעת האכיפה הסלקטיבית מהבחינה האובייקטיבית הן מצבים של תחושה סובייקטיבית של הפרט שהחוק נאכף כנגדו באופן סלקטיבי, שכן הליך ראוי תורם לתחושה של רצינות והוגנות ביחס של הרשות האוכפת, ומונע תחושה של שרירות וקפריזיות בקבלת ההחלטות.

### (א) הנמקה

הנמקת החלטות היא עיקרון חשוב בכל מערכת מינהלית. פרופ' יצחק זמיר מונה בספרו חמש מעלות חשובות להנמקת החלטות מינהליות<sup>48</sup>: ראשית, ההנמקה דורשת מחשבה סדורה והגינות ולפיכך מובילה לביקורת עצמית של המחליט, המקטינה את החשש מהחלטות שרירותיות או שגויות; שנית, הנמקה הנשארת בתיק המינהלי, מאפשרת לרשות המינהלית לבדוק את עצמה לאחר מעשה לפי הצורך, כדי להבטיח עקביות ואחידות בהפעלת הסמכות; שלישית, ההנמקה מסייעת גם לממונים על הרשות המינהלית לקיים ביקורת על הרשות, בין היתר, כדי לוודא שהיא מפעילה את סמכותה בהתאם למדיניות או להנחיות של הממונים; רביעית, ללא הנמקה יקשה על אדם שנפגע מההחלטה לשקול אם היא עומדת במבחן הדין ואם יש יסוד להעמיד אותה לביקורת שיפוטית; חמישית, ההנמקה תורמת למערכת היחסים הראויה שבין הרשות המינהלית לאזרח במדינה דמוקרטית ומקשה את התחושה של שרירות שלטונית.

ואכן, אחת הדרכים שבאמצעותן מתמודדת כיום השיטה המשפטית הגרמנית עם שיקול הדעת של התובעים – שהוא רחב הרבה יותר מבעבר – מתבטאת בכך שהתובעים נדרשים לתת נימוקים בכתב לאופן שבו הם מנהלים כל תיק. הדבר מצריך מהם לתת החלטות רציונליות ומאפשר לממונים עליהם להבנות ולהנחות את הפעלת שיקול הדעת<sup>49</sup>. בארץ, חובת הנמקה כללית קיימת בחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958<sup>50</sup>. סעיף 2(א) לחוק קובע כדלקמן:

נתבקש עובד הציבור, בכתב, להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין, יחליט בבקשה וישיב למבקש בכתב בהקדם, אך לא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום קבלת הבקשה.

חובה זו, על אף ניסוחה הכללי, חלה רק במצבים שבהם התבקש עובד ציבור בכתב להשתמש בסמכותו. מכאן שהחובה אינה חלה על החלטות אכיפה היוזמות על ידי הרשות

<sup>48</sup> זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב, תשנ"ו), 897-898.

<sup>49</sup> J. Fionda *Public Prosecutors and Discretion – A Comparative Study* (Clarendon, ראו Oxford, 1995), 161. כן ראו לעיל, פרק חמישי, סעיף ה'1.

<sup>50</sup> להלן: חוק ההנמקות.

## אכיפה סלקטיבית

המינהלית, כמו החלטה לעצור אדם, להגיש נגדו כתב אישום, להטיל עליו מס, לבטל את רשיונו וכדומה<sup>51</sup>. זאת ועוד, החוק חל רק על סמכות שניתנה על פי דין. מאחר שמכויות האכיפה טומנות בחובן שיקול דעת רב, יכול שיתעורר ספק אם פעולה מסוימת היא בגדר סמכות על פי דין<sup>52</sup>. עם זאת גם במקום שחוק ההנמקות אינו חל, חובת ההנמקה חלה על הרשות כחלק מחובת ההגיונות המוטלת עליה ביחסה כלפי האזרח<sup>53</sup>. לאור החשיבות הרבה של הנמקה בסוגיית האכיפה יש להקפיד אפוא על הכללים הבאים:

ראשית, במצבים שבהם יש תחולה לחוק ההנמקות על בית המשפט לתת נפקות להפרת הוראותיו. כך למשל הבענו דעתנו כי בפרשת אחים עופר נכסים בע"מ<sup>54</sup>, גם אם הנאשם לא הוכיח במידה מספקת כי האנשים שהצביע עליהם מצויים במצב זהה לזה שלו, הרי עצם העובדה שהרשות לא נימקה את החלטתה צריכה הייתה להעביר את נטל ההוכחה, כאמור בסעיף 6 לחוק ההנמקות<sup>55</sup>. בפרשה זו הנאשם, יולי עופר, הועמד לדין בגין עבירות מס שנגעו לתרומות לבחירות לרשויות המקומיות. הוא טען כי אף שעמד בכל הקריטריונים המקובלים, הוחלט להמשיך לגביו בהליך משפטי, בעוד לגבי אחרים הסתפקו הרשויות בהמרת ההליך הפלילי בכופר. בית משפט השלום ציין כי יש מקום לטרוניית ההגנה כי הרשות לא נימקה כדבעי את החלטת הסירוב להמיר את העבירה בכופר, כנדרש בחוק ההנמקות, ואף הביע הזדהות עם תחושת האפליה של הנאשם. עם זאת בית המשפט קבע כי אין בכך לשנות את התוצאה שאליה הגיע בדבר היעדר תשתית להשוואה בין המקרים. כאמור, גם אם לא היה בכך לשנות את התוצאה הסופית, היעדר ההנמקה של הרשות ראוי היה שיעביר לפחות ברמה הראשונית את הנטל לרשות להסביר מדוע השימוש בכופר אינו מתאים במקרה הנדון, בניגוד למקרים שעליהם הצביע הנאשם.

- 51 ראו זמיר (לעיל, הערה 48), בעמ' 906.
- 52 ראו למשל בג"ץ 64/89 חילף נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(5) 653. בעניין זה התעוררה השאלה אם יש לחייב את המשטרה למסור לעותר את שמו של המודיע שמסר מידע לא אמין על העותר, על מנת שהעותר יוכל לתבוע אותו בנזיקין. כל השופטים הסכימו כי המשטרה יכולה לחסות את שם המודיע. עם זאת השופט גולדברג התייחס באמרת אגב לשאלה אם מדובר בסמכות על פי דין המחייבת הנמקה וכך הוא אמר: "מתן שיקול הדעת, כאמור, למשטרה, אין פירושו כי די לה למשטרה כי תודיע רק על החלטתה. כעל כל רשות ציבורית אחרת, עליה לנמק ההחלטה, עם מירב הפרטים הניתנים לגילוי. זאת לא משום 'שינטל השכנוע' הוא... על הרשות המבקשת למנוע מן האזרח את העיון בחומר שבידה... שהרי אין זכות לאזרח לעיין בחיקי משטרה, להוציא נאשם וסניגורו אשר רשאים לעיין בחומר החקירה... אלא כדי לאפשר, במידה המירבית ביותר, להעמיד את הנימוק להחלטה במבחן הביקורת. גם אם ביקורת כזאת תלקה בכך כי לא כל הנתונים להחלטה יהיו גלויים" (שם, בעמ' 660).
- 53 ראו בג"ץ 2159/97 מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים, פ"ד נב(1) 75, 89.
- 54 ת"פ (ת"א) 4311/93 מדינת ישראל נ' אחים עופר נכסים בע"מ, פ"מ תשנ"ד(4) 151.
- 55 ראו לעיל דיון בפרק שביעי, סעיף ג2.

## פרק שמיני: סיכום והמלצות

שנית, קיימים מקרים שבהם החוק מחייב את הרשות לרשום נימוקים להחלטתה בתיק הרשות. הפרשנות הראויה במקרה כזה היא שלמעט מקרים חריגים של חיסיון, האדם הנוגע בדבר זכאי לדעת את הנימוקים הללו<sup>56</sup>. כך למשל סעיף 15 לחוק העבירות המינהליות, תשמ"ו-1985 קובע כי תובע רשאי להגיש כתב אישום בשל עבירה מינהלית "כאשר הוא סבור שהנסיבות מצדיקות זאת מטעמים שיירשמו". בפרשת אפרתי<sup>57</sup> קבע בית המשפט העליון כי החוק למעשה מטיל על התובע את הנטל לתת הֶצְדֵק ראוי לבחירה בהליך הפלילי באופן שיאפשר ביקורת על החלטתו, דהיינו רישום הטעמים הוא מעשה משפטי פורמלי, אשר הנאשם זכאי לעיין בו ואין הוא חייב להסתפק בהודעה של הפרקליטות<sup>58</sup>. החלטה זו רלוונטית גם לפרשנותם של חיקוקים אחרים, שבהם נדרשות רשויות מינהליות להעלות על הכתב נימוקים להחלטות<sup>59</sup>.

שלישית, הדעת נותנת כי גם במצבים שבהם לא חלה על סמכות האכיפה הרלוונטית כל חובה חקיקתית – כללית או פרטנית – לנמק את ההחלטה, תחול חובה זו מכוח העקרונות הכלליים של "הליך ראוי"<sup>60</sup> או "כללי הצדק הטבעי"<sup>61</sup>, דהיינו היעדר החובה החוקית לא תתפרש כהסדר שלילי<sup>62</sup>. חובה זו חלה ביתר שאת כאשר הרשות האוכפת בוחרת לנהוג שלא על פי המדיניות הרגילה או בוחרת דווקא בחריג ולא בכלל, כגון בתשלום כופר תחת העמדה לדין, בביצוע עסקת טיעון מיוחדת וכדומה. מאחר שעצם הפעולה שלא על פי הכלל, יש בה להפריך, כאמור, את חזקת הרגולריות<sup>63</sup>, היא דורשת מניה וביה הנמקה המצדיקה את החריגה מהפרקטיקה הנוהגת.

56 ראו זמיר (לעיל, הערה 48), בעמ' 899.

57 בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501 (להלן: בג"ץ אפרתי)

58 ראו שם, בעמ' 510-521.

59 א' בנדור "אישום פלילי בעבירות מינהליות: סמכויות מקבילות, פרסום טעמים והנחיות מינהליות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 509, 513. המחבר מציין כדוגמאות את סעיפים 4-5 לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979 (היתר להאזנת סתר למטרת בטחון המדינה) ואת סעיפים 231-232 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (עכוב הליכים פליליים וחדושם).

60 ראו בג"ץ 143/56 אחגיגי נ' המפקח על התעבורה, פ"ד יא 370, 372: "מן הדין הוא שהמשיב יתן נימוקים לכל החלטה התלויה בשיקול-דעת, שיש בה כדי לפגוע באזרח. עליו להראות כיצד ועל סמך מה הגיע להחלטתו, לא רק כאשר הוא נדרש להראות טעם בבית משפט זה, אלא מלכתחילה כאשר הוא נותן את ההחלטה. הרי ההחלטה, אם היא אינה שרירותית, חייבת להיות מבוססת על עובדות, ממצאים ושיקולים מסויימים, ואם כך הוא הדבר, מדוע לא יירשמו כל אלה ולא יודעו למי שהדבר נוגע לו כדי שאפשר יהיה להעמידה לביקורת ולמבחן?"

61 ראו בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, 502: "הצדק הדיוני מחייב קיומם של כללי הצדק הטבעי, שעניינים מתן הזדמנות לכל צד להשמיע את טענותיו, איסור על משוא פנים וחובת הנמקה".

62 ראו לעיל הערה 53 והטקסט שלידה.

63 ראו לעיל, הערות 32 ו-33 והטקסט שלידן.

(ב) שימוע

כלל השימוע במשפט המינהלי הוא אחד מכללי הצדק הטבעי, אשר דורש כי הרשות המינהלית לא תפגע באדם אלא אם נתנה לו קודם לכן הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בפניה<sup>64</sup>. כמו כל כלל במשפט המינהלי, גם כלל זה אינו מוחלט. ההחלטה לגבי היקף הזכות לשימוע מחייבת איזון בין ההגיונות לבין היעילות, שכן הליך השימוע מסורבל ומעכב את עבודת הרשות המינהלית. על רקע זה, בעבר נקבע ככלל מוחלט כי החלטת התביעה להעמיד לדין אדם אינה מקנה לנאשם זכות טיעון לפני פתיחת ההליכים<sup>65</sup>, משום שהסדרים הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 מהווים את המסגרת הכוללת להחלטות השלטוניות הקשורות באישום הפלילי. על פי מסגרת זו, הביטוי החיצוני של מערכת ההחלטות השלטוניות הפנימיות, היא בהגשת כתב האישום ואז מתגבשת גם הזכות לעיין בחומר החקירה<sup>66</sup>. במהלך השנים התפתח נוהג שלפיו כאשר הדבר נוגע בעבירות צווארון לבן בהיקף גדול או בעבירות המעוררות חשש של שחיתות ציבורית על ידי אישי ציבור, כאשר מטבע הדברים לטיפול בעבירות יש תהודה תקשורתית גדולה – נוקטים בשימוע, שבו בדרך כלל הנאשמים מיוצגים על ידי עורכי דין מהשורה הראשונה<sup>67</sup>. מוסד זה זכה לא פעם לביקורת בטענה לאפליה בין אישי ציבור לפשוטי העם<sup>68</sup>, אך הוא נתמך בטענות של שוויון מהותי וצורך בהתחשבות במשתנים רלוונטיים, כמו המשמעות העצומה של הגשת כתב אישום כנגד איש ציבור וטענות אפשריות לרדיפה פוליטית<sup>69</sup>. כך או כך, מוסד זכות הטיעון במשפט המינהלי התרחב והתגבש במשך השנים<sup>70</sup>, וכיום יש הטוענים כי ניתן אף לעגן את הזכות לטיעון לפני הגשת כתב אישום בעקרונות היסוד שהותוו במשפט המינהלי ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>71</sup>.

- 64 ראו זמיר (לעיל, הערה 48), בעמ' 793-796 והאסמכתאות המובאות על ידיו. לכלל השימוע באנגליה ראו Loveland (לעיל, הערה 47), בעמ' 458. בארצות-הברית פותח הכלל במסגרת דרישת ה-*due process* של התיקון ה-14 לחוקה. לחובת השמיעה כחלק מה-*due process*, ראו B. Schwartz *Administrative Law* (Little, Brown and Company, 1976), 191-193.
- 65 בג"ץ 844/86 דותן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מא (3) 222, 219.
- 66 בג"ץ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה (5) 1, 9.
- 67 ראו ר' גביון "שימוע, שוויון לפני החוק והיועץ המשפטי לממשלה" עיוני משפט טו (תש"ן) 457, 458-457.
- 68 ראו למשל ח' חפר "מה נשמע בשימוע" ידיעות אחרונות (22.9.89).
- 69 ראו גביון (לעיל, הערה 67), בעמ' 474-475.
- 70 להרחבה ראו למשל בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נח (3) 865. בעניין זה נקבע כי החלטת המשיבים לבטל אישורים שניתנו לבוגרי נציגות אוניברסיטת לטביה בישראל בטלה, מן הטעם שזכות הטיעון ניתנה לנציגויות שונות של העותרים, אך לא לכל בוגר ובוגר שנפגע מההחלטה.
- 71 ראו ק' מן "זכות הטיעון והביקורת על שיקול-הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין" פלילים ה (תשנ"ד) 189, 197.



## פרק שמיני: סיכום והמלצות

בעקבות תיקונים לחוק סדר הדין הפלילי<sup>72</sup> מחייב כיום סעיף 60א כל רשות תביעה שהועבר אליה חומר חקירה הנוגע לעבירת פשע, לתת הודעה לחשוד. חשוד רשאי, בתוך 30 ימים מיום קבלת ההודעה, לפנות בכתב לרשות התביעה בבקשה מנומקת להימנע מהגשת כתב האישום. הסעיף חל רק לגבי חשודים שאינם עצורים ורק לגבי עבירת פשע. בנסיבות מסוימות, הפרת חובת היידוע גררה בטלות של כתב האישום<sup>73</sup>.

לפי דבריה של המשנה לפרקליטת המדינה נאוה בן-אור<sup>74</sup>, כל אדם המבקש, באמצעות עורך דינו, שימוע בטרם הגשת כתב אישום – מקבל. לדעתי, על מנת שאפשרות זו תהיה נגישה גם לאנשים שאינם מיוצגים, יש לשקול הקמת מוסד פורמלי יותר המעוגן בחוק גם לעבירות שאינן פשע. כך למשל פרופ' רות גביון הציעה מוסד של עיון מחודש בהעמדה לדין, במסגרתו יהיה ניתן להעלות טענות כנגד העמדה לדין עוד לפני הפנייה לביקורת שיפוטית. לדעתה, מוסד כזה אמנם יכביד על המערכת, אך הוא ישפר את ההחלטות לגבי פרטים, יגביר את האחידות במערכת ולא יחזק את החשש של תת-תביעה למיוחסים<sup>75</sup>. מוסד כזה, אם יוקם, יכול לאפשר גם העלאת טענות בדבר אכיפה סלקטיבית, אך גם בהיעדר מוסד פורמלי כזה, ראוי שרשויות האכיפה יאמצו גישה מרחיבה לזכות השימוע, בייחוד במצבים שבהם הן נוקטות בדפוס פעולה שונה מהרגיל, באופן היכול לעורר תחושה של אכיפה סלקטיבית.

חובת שימוע – במצבים של אכיפה בדפוס פעולה השונה מהרגיל – קבועה לעתים בחוק. כך למשל פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961 קובעת כי לא תיעשה שומה

72 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28), תש"ס-2000, ס"ח 242; חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28) (תיקון), תשס"א-2001, ס"ח 452; חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28) (תיקון מס' 2), תשס"ב-2002, ס"ח 173; חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28) (תיקון מס' 3), תשס"ב-2002, ס"ח 445; חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28) (תיקון מס' 4), תשס"ג-2003, ס"ח 395.

73 לביטול כתב אישום עקב הפרת הזכות לשימוע ראו למשל תפ"ח (ת"א) 1138/05 מדינת ישראל נ' ארד, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 8.2.07). למקרה שבו נקבע כי ניתן לרפא את הפגם של הפרת חובת היידוע בעריכת שימוע מאוחר מבלי שיהיה צורך בביטול האישום ראו ע"פ (י"ם) 30541/06 מדינת ישראל נ' כהן, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 25.2.07). במקרה אחד שבו נערך בפועל שימוע, אלא שנפל בו פגם יסודי מכיוון שהוגש כתב אישום עוד לפני שהנחקר הציג את מלוא הנתונים שבידיו, פסק בג"ץ כי פגם זה ניתן לתיקון על ידי בחינה מחודשת של ההחלטה לאחר קבלת מלוא החומר. ראו בג"ץ 4175/06 אלבו נ' היועץ המשפטי לממשלה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 6.6.06).

74 בריאיון שערכתי עמה ראו נספח ד.

75 ראו ר' גביון שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א), 563-564.

## אכיפה סלקטיבית

לפי מיטב השפיטה "בלא שניתנה לנישום הזדמנות סבירה להשמיע את טענותיו"<sup>76</sup>, אך גם אם החוק לא קובע זאת מפורשות, ראוי שכל פעולה חריגה תלוּנה במתן זכות שימוע. כך למשל מעצם העובדה שהגשת כתב אישום בעבירות מינהליות היא חריגה, עולה שאם הרשות בוחרת להגיש כתב אישום ולא להטיל קנס על אדם בעבירה מינהלית – ראוי שתתן לו זכות טיעון<sup>77</sup>.

### (ג) עריכה, שמירה ושקיפות של רשומות

נתונים סטטיסטיים, המשקפים דפוסי אכיפה, יכולים לסייע רבות במצבים של טענות בדבר אכיפה סלקטיבית פסולה<sup>78</sup>. הבעייתיות נובעת ראשית, מכך שנתונים אלה לא תמיד נערכים באופן מסודר על ידי הרשות הרלוונטית, ושנית, גם אם קיימים נתונים כאלה, הם אינם גלויים לציבור, ולעתים נחסים גם מפני המבקש לעיין בהם לצורך הליך משפטי. נראה כי ראוי לחייב רשויות אכיפה לערוך נתונים סטטיסטיים שונים לגבי מקרים שבהם החוק נאכף נגד העוברים עליו, מקרים ידועים שבהם החוק לא נאכף נגד העוברים עליו, סוגי הפעולות שננקטו וכדומה – הכל לפי מיהות הרשות ומהות העניין<sup>79</sup>. מגמה ברוח זו החלה בעבודת המשטרה, אשר בשנת 1998 הנהיגה מערכת מעקב ממוחשב המתעד את כל פעילות המשטרה, בין היתר בתחום האכיפה. מערכת זו בוחנת בצורה מדגמית את עבודת המשטרה ומסייעת לאתר מצבים של תת-אכיפה או אכיפה מוגברת בתחומים מסוימים<sup>80</sup>. זהו אימוץ של שיטה המונהגת במשטרת ניו-יורק ומכונה COMPSTAT (computerized statistics). משטרת ניו-יורק עורכת על סמך סטטיסטיקה זו דו"חות שבועיים הכוללים את מספר התלונות, המעצרים, זימונים שהוצאו לחקירה, מקרים מיוחדים שקרו באותו שבוע, דפוסי פשיעה ופעילות משטרתית. כל הנתונים כוללים פירוט של זמן ומקום הפעילות. על בסיס דו"חות אלה נערכות ישיבות שבועיות. תהליך זה מאפשר, מצד אחד, מתן שיקול דעת למפקדים המקומיים למלא את תפקידם, ומצד אחר, מאפשר להטיל עליהם חובת מתן דין וחשבון ולהבטיח כי הם אכן מיישמים בתחומי אחריותם את המדיניות

76 סעיף 158 א שכותרתו "שמיעת טענות ומתן נימוקים". לפרשנות רחבה של זכות השימוע בהליך השגה על שומת מס ערך מוסף שנעשתה לפי מיטב השפיטה, ככוללת גם עיון בחומר החקירה ראו רע"א 291/99 ד.נ.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נח(4) 221 (להלן: רע"א ד.נ.ד.). לקשר בין זכות הטיעון לזכות העיון ראו גם בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577.

77 ראו בנדור (לעיל, הערה 59), בעמ' 515. לדעת המחבר חובה זו עולה מבג"ץ אפרתי (לעיל, הערה 57), שבו נאמר כי אי-פרסום ההנחיות פוגע בזכות השמיעה.

78 ראו לעיל, פרק שביעי, סעיף 3.

79 השוו Poulin (לעיל, הערה 24), בעמ' 1119-1122.

80 ראו דבריו של מפכ"ל המשטרה לשעבר, רב ניצב (בדימוס) יהודה וילק (נספח ז).

## פרק שמיני: סיכום והמלצות

הכוללת<sup>81</sup>. גם בניו-יורק שיטה זו מייצגת מהפכה באופן שבו יחידות משטרה מנוהלות. זהו תהליך שאינו סטטי והמשטרה ממשיכה לסגל, לעדן ולהרחיב את השיטה תוך התאמתה לצרכים המשתנים. נראה לי כי גם בארץ ראוי להרחיב ולשכלל את השיטה, את השימוש בה ואת מאגר הנתונים הסטטיסטיים הקיימים בה. מעבר ליתרונות השונים לעבודת המשטרה, יש בשיטה זו לסייע גם במיגור תופעות של אכיפה סלקטיבית.

לעריכת רשומות סטטיסטיות יש חשיבות רבה גם ברשויות אכיפה אחרות שבהן תופעת האכיפה הסלקטיבית אף בולטת יותר. גלומים בכך יתרונות לכל הצדדים המעורבים בעניין. לרשות האכיפה – נתונים כאלה עשויים להאיר את עיניה באשר למקרים שבהם עולה כי החוק נאכף או לא נאכף באופן סלקטיבי כלפי קבוצות מסוימות, באופן שיאפשר לה לנתח את התופעה ולנקוט בצעדים למיגור העניין<sup>82</sup>. לפרט החש שהחוק נאכף נגדו באופן סלקטיבי – נתונים אלה יכולים לסייע לבדוק אם לתחושתו יש בסיס במציאות. לבית המשפט – הנתונים יכולים לסייע לבחון את המצב באופן אובייקטיבי ולהקטין את הצורך בחדירה לשיקול הדעת בקבלת ההחלטות של הרשות האוכפת במקרים פרטניים. ומעל הכל, הציבור יצא נשכר – שכן הצורך בעריכת רשומות יחייב את הרשות להבנות את שיקול דעתה, מתוך ידיעה שזה ניתן לפיקוח. הדרישה הפרוצדורלית לערוך רשומות תוביל גם להחלטות מהותיות טובות יותר.

הרשומות – למעט מקרים חריגים – צריכות להיות גלויות לעיני הציבור, מכוח העקרונות הכלליים של שקיפות ושל זכות הציבור לדעת<sup>83</sup>. לגבי רשויות מסוימות, ייתכן שראוי להנהיג חובת פרסום תקופתית, למשל כחלק מחובת הדיווח הקבועה בסעיף 5(א) לחוק חופש המידע<sup>84</sup>. כמובן שיתכנו מקרים שבהם יהיה היגיון בחיסוי המידע, אך מקרים

81 ראו COMPSTAT Process באתר NYPD, <http://www.nyc.gov/html/nypd/html/chfdept/compstat-process.html>

82 בניו-יורק שיטה זו מאפשרת לרשות המבצעת לפקח על היחידות השונות, להעריך את רמת הביצוע ואת יעילות המפקדים השונים ולהקצות את המשאבים באופן שיסייע להפחתת הפשע ולהעלאת רמת הביצועים המשטרתיים. גם יהודה וילק, מפכ"ל המשטרה לשעבר הדגיש בדבריו (נספח ז), כי הסטטיסטיקה מאפשרת בראש ובראשונה לנתח את רמת האכיפה על מנת להפיק לקחים, כמו למשל איתור מצב של אכיפה מוגברת בתחום מסוים אשר "סותר" את המערכת ובא על חשבון עניינים חשובים אחרים.

83 לעקרונות אלה ראו עמ"מ 8282/02 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד מבקר המדינה, פ"ד נח(1) 465, 471-472.

84 הסעיף קובע כי רשות ציבורית תפרסם דין וחשבון שנתי שיכלול מידע על אודות פעילותה ותחומי אחריותה והסבר על תפקידיה וסמכויותיה. הסעיף קובע כי הדין וחשבון יכלול גם דיווח על הפעלת החוק, אך הוא אינו כולל, באופן מפורש, חובת דיווח של נתונים סטטיסטיים. גם סעיף 6 לתקנות חופש המידע, תשנ"ט-1999, המפרט מה צריך לכלול דין וחשבון שנתי, קובע, בין היתר, כי יש לסקור את פעילות הרשות בשנה החולפת, אך אינו מציין דבר לגבי נתונים סטטיסטיים. לכך כי הוראות אלה אינן נאכפות ראו מ' כהן "חופש המידע או חופש ממידע" מעריב (חוק וסדר; 19.9.04): "מדינת ישראל מצפצפת על חוק חופש המידע,

## אכיפה סלקטיבית

אלה צריכים להיות החרגי ולא הכלל<sup>85</sup>. ובכל מקרה, במצבים שבהם מתבקש המידע על ידי פרט הטוען כי החוק נאכף כלפיו באופן סלקטיבי, האיזון צריך להביא בחשבון את העובדה כי מול האינטרסים של הרשות בחיסיון עומדים לא רק זכות הציבור לדעת אלא גם זכותו של הפרט הספציפי לשוויון ולהליך הוגן<sup>86</sup>.

## ג. הימנעות מאכיפה בלתי פורמלית

מחקרים על רשויות רגולטוריות (regulatory agencies) באנגליה גילו שרשויות אלה מעדיפות דרכים בלתי פורמליות של אכיפה על פני העמדה לדין<sup>87</sup>. לרשויות אלה שיקול דעת רחב. כאשר קיימות ראיות לביצוע עבירה, הן יכולות להחליט שלא לעשות דבר; לעתים מוקנית להן סמכות להוציא הודעת אזהרה; לחלקן סמכות להציע עונש כספי, כדוגמת כפל קנס, כתחליף להעמדה לדין; וכמובן שהן יכולות לנקוט בסנקציה האולטימטיבית של העמדה לדין<sup>88</sup>. Keith Hawkins במחקרו על אכיפת חוקים העוסקים בהסדרת הנושא של זיהום מים, מצא כי השימוש באמצעי של העמדה לדין נעשה במקרים קיצוניים, כאשר משא ומתן והסדרים שמחוץ לבתי המשפט נכשלו או שהם אינם מתאימים<sup>89</sup>. ההסברים שניתנו לכך הם: מוגבלות המשאבים, כוחם היחסי של התאגידים כנגדם אמורים החוקים להיאכף והשפעת הסטטוס החברתי, דהיינו ככל שמדובר במפרי חוק בעלי מעמד גבוה יותר, כך הנטייה תהיה להשתמש באמצעים מינהליים אחרים שאינם העמדה לדין, בפרט כאשר מעמד החברתי של המתלוננים הוא נמוך. כמו כן רשויות המים ורשויות אחרות העוסקות בזיהום מוצאות כי אמצעים אחרים שאינם העמדה לדין יעילים

שהיא עצמה חוקקה. החוק קובע, למשל, כי על הרשויות הציבוריות לפרסם דין וחשבון שנתי על פעילותן. התקנות מחייבות את הרשויות לשלוח עותק של הדוח לכל הספריות הציבוריות. בספריה העירונית של קרית ביאליק נמצאו בשנת 2002 רק שלושה דוחות כאלה. בשנת 2003 רק משרד החינוך טרח לשלוח...”

85 כך למשל בית המשפט העליון דחה את גישתו של מנהל מס ערך מוסף, שלפיה התרת העיון בחומר בשלב ההשגה תביא לסיכול חקירות פליליות, תוך ציין כי גישה שלפיה החיסיון הוא הכלל והגילוי הוא החרגי – אינה יכולה לעמוד. נקבע כי על פי האיזון הראוי, בשלב ההשגה מחויב מנהל מס ערך מוסף למסור לעיון הנישום-המשיג – לפי בקשתו – את המידע ששימש לדחיית השומה העצמית ולעשיית השומה לפי מיטב השפיטה; ראו רע"א ד.ג.ד. (לעיל, הערה 76).

86 לדיון נרחב ראו לעיל, פרק שביעי, סעיף ג.

87 ראו לעיל, פרק שני, סעיף ד(ב).

88 ראו 148-150, *The Criminal Process* (3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2005), A. Ashworth, M. Redmayne

89 ראו K. Hawkins “Law as Last Resort” *A Reader on Regulation* (R. Baldwin, C. Scott, eds., Oxford, 1998) 288

K. Hawkins *Environment and Enforcement* – ראו גם C. Hood eds., Oxford, 1998) 288  
*Regulation and the Social Definition of Enforcement* (Oxford, Clarendon Press, 1984), 196-197.

## פרק שמיני: סיכום והמלצות

יותר להשגת המטרה, אשר אינה הענשה אלא השגת שינוי<sup>90</sup>. גם חוקרים אחרים תיארו את האכיפה כהליך הנסמך על שרשרת של אסטרטגיות בסדר עולה של חומרה, החל ממשא ומתן, דרך הפעלת לחצים ואיומים ועד העמדה לדין כ"אמצעי אחרון"<sup>91</sup>. אמצעים בלתי פורמליים, כגון משא ומתן, משתנים באופן אינהרנטי ממקרה למקרה ולכן אין זה מפתיע, ששיקול הדעת הרחב הנתון לרשויות מסוג זה מוביל לסלקטיביות רבה ולפערים ברמות האכיפה, הן בין רשויות שונות הן בין מחלקות אזוריות שונות של אותה הרשות<sup>92</sup>. מהראיונות שערכתי עולה כי תופעה זו אופיינית גם לאכיפה בארץ בייחוד בקרב רשויות המס. הסיבה לכך היא שהאכיפה בתחום זה דומה לשיטה האנגלית – שבה רוב התיקים נסגרים ברמה האדמיניסטרטיבית, בניגוד לשיטה האמריקנית – שבה רוב התיקים מגיעים לבתי המשפט. המאפיין את השיטה הזו הוא שמספר כתבי האישום שמוגש קטן ועיקר הענישה נעשית באמצעים מינהלתיים. אמצעים אלה פותחים פתח למשא ומתן בין הרשות לנישום<sup>93</sup>. תופעת האכיפה הלא פורמלית קיימת גם ברשויות רגולטוריות אחרות<sup>94</sup>. לדעתי, יש להבחין היטב בין עקרון הפגיעה המינימלית, שלפיו יש להעדיף אמצעי אכיפה חמורים פחות, לבין השימוש באמצעי אכיפה בלתי פורמליים. על פי עקרון הפגיעה המינימלית בחירויות הפרט, בבוא הרשות להפעיל כלפי הפרט סמכות זו או אחרת, עליה לשים לנגד עיניה את הכלל שהסמכות לעולם אינה תכלית, אלא אמצעי לשרת את תכליות האכיפה. אשר על כן, הפעלת הסמכות תיעשה רק במידה הנדרשת ובאופן הפוגע בצורה מינימלית בחירויות הפרט<sup>95</sup>. זהו עיקרון שניתן לעגנו כיום בהוראת המידתיות אשר בחוקי

90 Fionda (לעיל, הערה 49), בעמ' 15.

91 ראו I. Ayres, J. Braithwaite *Respective Regulation – Transcending the Deregulation Debate* (Oxford, 1992), 35-38. וכן מחקרו של Robert Baldwin, אשר התמקד בהסדרת ענייני בריאות ובטיחות בבריטניה על ידי ה-HSC (Health and Safety Commission) והזרוע הביצועית שלה (HSE). ראו R. Baldwin "Why Rules Don't Work" 53 *Modern L. Rev.* (1990) 321, 323-329.

92 Ashworth & Redmayne (לעיל, הערה 88), בעמ' 157-159.

93 ראו דבריה של עו"ד טלי ירון אלדר, נציבת מס הכנסה (נספח ח); כן ראו דבריו של עו"ד משה מזרחי, היועץ המשפטי של אגף המכס והמע"מ (נספח ח).

94 ראו דבריו של עו"ד דורון אבני, היועץ המשפטי של הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (נספח ו). גם הממונה על ההגבלים העסקיים, עו"ד דרור שטרומ, אמר כי למרות שהוא מעדיף באופן מובהק אמצעים פורמליים, הרי שיש מקרים שבהם על מנת להשיג "תוצאות מידיות בשוק", כלומר פתיחת שוק לתחרות או פירוק קרטלים – פועלים בדרכים לא פורמליות של פשרה והידברות (ראו נספח ג). דברים אלה תואמים את ממצאי המחקרים באנגליה, שלפיהם מאחר והמטרה של הרשויות היא להביא לשינוי המצב ולא להעניש – קיימת העדפה של אמצעים בלתי פורמליים.

95 ראו מ' ארגמן אכיפת הדין הפלילי בישראל – פונקציות וסמכויות (1989), 37-38; בייץ (לעיל, הערה 9), בעמ' 163-165. והשוו מ' קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה (תשנ"ז) 173, 185.

היסוד המגנים על זכויות האדם, שלפיה אין לפגוע בזכות מעבר למידה הדרושה<sup>96</sup>, בשילוב עם הוראת הכיבוד אשר מחילה את החובה לכבד את הזכויות על כל רשות מרשויות המדינה<sup>97</sup>. גישה זו ראוי שתהיה נר לרגלי רשויות האכיפה. אם רשות מוסמכת לבצע פעולות שונות לצורך אכיפה או לנקוט בדרכים שונות, עליה לאמץ את עקרון היסוד של "הדרך החמורה פחות", במובן זה שאין לנקוט בהליך אכיפה מסוים כאשר קיימת אפשרות לאכוף את אותה הוראת חוק בהליך פחות חמור<sup>98</sup>. בעיקרון זה אין משום סלקטיביות, כל עוד שיקול הדעת מופעל באופן שוויוני כלפי כלל האוכלוסיה. כמובן שהפעלה סלקטיבית של העיקרון עלולה לגרום לפרט, אשר הדרך הקשה יותר ננקטת נגדו, תחושה שהוא "מסומן" (singling out), ואף לגרום לפגיעה באמון הציבור במערכת<sup>99</sup>.

להבדיל מעקרון "הדרך החמורה פחות" – שהוא עיקרון חיובי כשלעצמו, שרק הפעלה לא ראויה שלו גוררת פגיעה בשוויון – הרי שהשימוש באמצעי אכיפה בלתי פורמליים טומן בחובו אי-שוויוניות אינהרנטית. לכאורה, גם משאים ומתנים למיניהם, הנעשים בצל "האיום" בדבר השימוש באכיפה פורמלית, נועדו לקדם את המטרה שביסוד האכיפה ולהשיגה באופן יעיל יותר. דע עקא, שדרך זו נגישה לגופים החזקים, היכולים לשכור את עורכי הדין המובילים ולנהל משא ומתן קשוח ומורכב עם רשויות המדינה. התוצאה – גם אם היא יעילה מבחינת אכיפת החוק בטווח הקצר – נושאת בחובה מאפיינים שליליים של אכיפה סלקטיבית פסולה: פגיעה בשוויון, פגיעה בתחרות החופשית, פגיעה בשלטון החוק

96 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.  
97 סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. לתחולת "פסקת ההגבלה" הכוללת את דרישת המידתיות על כל רשויות השלטון ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 139, 94.

98 השו"ס' גולדשטיין "יחסי הגומלין בין דרכי אכיפת הוראות לא-כספיות של בתי-המשפט – עקרון הדרך החמורה פחות" משפטים טז (תשמ"ו) 176. להפעלת ביקורת שיפוטית בעילת המידתיות על רשות אכיפה ראו בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 900, 909-910. השופט טירקל פסק כי מאחר וקיים בהרצליה חוק עזר ספציפי האוסר חניה על מדרכות, אין לעשות בהקשר זה שימוש בחוק העזר העוסק בניקיון. מאחר שהקנסות על פי חוק העזר הספציפי הם גם הרבה יותר נמוכים, הרי שהשימוש בו מתחייב גם על פי עקרון המידתיות.

99 להדגמת הטענה של singling out בעיתונות ראו י' יצחק "מחלקה ראשונה" מעריב (מוסף שבת, 16.5.03), 22, 23: "האם הפלה רובינשטיין את בלומנטל לרעה? התשובה לכך היא, למרבה הצער, חיובית. עובדה היא כי בידי התביעה ואצל רובינשטיין כראש התביעה, 'יושבים' תיקים רבים, רבים מדיי, נגד אישי ציבור... ועם זאת, דווקא בעניין בלומנטל 'בער' לרובינשטיין לגייס את מיטב החוקרים למשימה המיוחדת, להורות על חקירה זריזה – משל מדובר בעברייני העומד לברוח מהארץ באישון לילה. ויתרה מכך, גם להגיש כתב אישום מהיר וזריז. כל זאת בעוד יתר התיקים ממתנים. עובדה היא שאפילו רובינשטיין רואה בתיק 'מקרה גבולי', וברוח זאת התבטא בוועדת הכנסת". גם אם אין להסכים לדברים האמורים לגוף העניין, אין ספק כי בחירה בדרך החמורה יותר ב"מקרה גבולי" מסוים ולא באחרים, ללא הבחנה רלוונטית אמיתית, גוררת תחושה קשה וטענות לפגיעה בשוויון.

ופגיעה באמון הציבור במערכת האכיפה והמשפט. לאור זאת יש לדעתי להימנע ככל הניתן משימוש באמצעי אכיפה בלתי פורמליים.

## ד. הקשר בין הרשויות

קיימות שתי דרכים עיקריות לדון במערכת אכיפת החוק ולבחון אותה: כמערכת אחת ואחידה, עם מטרה משותפת אחת, המחולקת לזרועות אופרטיביות אחדות, או כמערכת המורכבת מתת מערכות שפעולותיהן אינן מתואמות בהכרח וייתכן שהן פועלות על יסוד אידיאולוגיות שאינן תמיד זהות. כך למשל כאשר עסקינן באכיפת החוק הפלילי, ייתכן שמצב הנצפה על פני השטח, כגון ייצוג לא פרופורציונלי של חלק מהאוכלוסיה הכללית בבתי הסוהר, אינו דווקא תוצאה של פעולת מערכת אכיפת החוק אשר מממשת מדיניות, אלא תוצאה של תפקוד לקוי של אחד המרכיבים. דהיינו, ייתכן שאחד המרכיבים מפעיל שיקול דעת שלא כדין ובניגוד למטרות של המערכת הכללית, אך המצב הסופי מיוחס למערכת בכללותה<sup>100</sup>. יש שגורסים שהמערכת היא אחידה, ושבידי מרכיביה השונים מופקדות רק אפשרויות מעטות של אינדיווידואליזציה ולכן יש לבחון את פעולתה הכוללת, ולעומת זאת יש חוקרים אשר מצביעים על כך שהמרכיבים השונים של המערכת מפעילים שיקול דעת כל אחד על פי דרכו, ולכן כאשר בוחנים את המערכת יש להתחשב במאפייני פעולותיהם של המרכיבים השונים ובהשפעתם על התוצר הסופי<sup>101</sup>.

לדעתי, יש לראות את מערכת אכיפת החוק כמערכת הכוללת מרכיבים שונים. כל אחד מהמרכיבים הללו מפעיל שיקול דעת על פי דרכו. יתרה מזאת, כל אחד רואה את הדברים בפרספקטיבה שונה, באופן שלעיתים יוצר קונפליקטים בין מרכיבי המערכת<sup>102</sup>. אשר על כן,

100 ראו ש' ג' שוהם, ג' שביט עבירות ועונשים (מהדורה שלישית, 1997), 46.  
101 לגישות השונות ראו שוהם ושביט, שם, בעמ' 47 והאסמכתאות המובאות על ידיהם. יצוין שהנציג המובהק של הגישה שלפיה מדובר במערכת שכל אחד ממרכיביה מפעיל שיקול דעת, הוא פרופ' Davis; ראו לעיל, ספריו בהערה 1.  
102 G.F. Cole "United States Of America" *Major Criminal Justice Systems* (G.F. Cole, S.J. Frankowski, H.G. Gertz eds., 2<sup>nd</sup> ed., Sage Publications, 1987) 29 המחבר מסביר כי האופי של המשפט הפלילי הוא כזה שכל משתתף תלוי בעזרתו של השני על מנת לבצע את עבודתו. בכל שלב, מהמעצר ועד גזירת העונש, מספר משתתפים עם נקודות מבט ומטרות שונות מעורבים בהחלטות על ניהולו של המקרה. הניסיון היום-יומי, הרקע החברתי, הנורמות המקצועיות של השוטר, התובע, הסנגור והשופט משפיעים על האופן שבו כל אחד מהם מקבל החלטה. כך למשל, השוטר, אשר ראה את סבלם של קרבנות הפשע ואשר סיכן את חייו כדי להגן על החברה – יתקשה להבין מדוע נאשם משוחרר בערבות או מדוע התובע מוטרד מכך שהשוטר לא שם לב לפרטים בזמן איסוף העובדות או מדוע השופט מוטרד מכך שלא נשמרו זכויותיו האזרחיות של הנאשם. ראו גם Fionda (לעיל, הערה 49), בעמ' 1: המחברת מסבירה את השפעת כל אחד מה"שחקנים" במערכת המשפט הפלילי על השני,

## אכיפה סלקטיבית

יש לחתור לתאום מקסימלי בפעולתן ובסדרי העדיפויות של תת-המערכות המרכיבות את המערכת הכוללת. התמודדות עם התופעה של אכיפה סלקטיבית מחייבת פעולה משותפת של כל מרכיבי המערכת, אשר מושפעים האחד מהשני ופועלים תוך היזון חוזר ביניהם<sup>103</sup>. זאת ועוד, את מערכת אכיפת החוק יש לראות כמערכת פתוחה (open) ומסתגלת (adaptive), אשר מושפעת מכוחות הסביבה הפועלים עליה<sup>104</sup>. מערכת האכיפה אינה קיימת בחלל ריק, אלא מוקפת בסביבה פיזית, חברתית ופסיכולוגית. בהיותה מערכת חברתית, היא חשופה להשפעות הנובעות ממערכות אחרות שבהן היא שזורה. קיים זרם עקבי של אירועים והשפעות אשר מעצב את התנאים שבהם פועלים בתוך מערכת האכיפה, שמסתגלת ומגיבה להשפעות אלה בתהליכים של קשרי גומלין או טרנסאקציות החוצים את גבולות המערכת ויוצרים לולאה של היזון חוזר<sup>105</sup>.

רשויות האכיפה משפיעות ומושפעות אפוא האחת מהשנייה ומהסביבה שבה הן פועלות. מניתוח זה עולה צורך בשיתוף פעולה מתמיד, להבדיל מחד-פעמי, בין הרשויות, שכן מדובר במערכות דינמיות אשר צריכות להסתגל באופן בלתי פוסק לתנאים המשתנים. כך למשל כאשר עסקינן במערכת אכיפת החוק הפלילי, סדרי העדיפויות באשר לאכיפת החוק היזומה (שאינה מותנית בקבלת תלונה), הן לגבי חקירה הן לגבי העמדה לדין, צריכים להיקבע במשותף על ידי המשטרה ופרקליטות המדינה<sup>106</sup>. גופים אלה לא רק משפיעים האחד על השני, אלא צריכים יחדיו להתאים עצמם לנסיבות המשתנות. כך למשל בתקופת היועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר גובשה מדיניות חקירה והעמדה לדין ב"עבירות המוניות" שנקבעה על ידי צוותים משותפים של המשטרה והפרקליטות. מדיניות זו הופצה בין החוקרים והתובעים ומטרתה הייתה למנוע אכיפה סלקטיבית<sup>107</sup>. ראוי שעבודה שיטתית

ומצטטת את Paul Rock, אשר כתב כי: "Independent interdependence is the weak force that binds the criminal justice system together".

103 לקשר בין תת-המערכות במערכת אכיפת החוק הפלילי ראו S.H. Kadish, S.J. Schulhofer *Criminal Law and Its Processes – Cases and Materials* (Aspen Law & Business, 7<sup>th</sup> ed., 2001), 1: "[T]hese parts are by no means independent of each other. What each one does and how it does it, has a direct effect on the work of the others" המשותפת של כל הרשויות להתמודדות עם התופעה של אכיפה סלקטיבית ראו Poulin (לעיל, הערה 24), בעמ' 1125: "If all three branches of government contribute to eliminate selective prosecution, we may gradually achieve that goal"

104 לתפיסה של מערכות פתוחות להבדיל ממערכות סגורות ראו ד' כץ, ר' קאהן "ארגונים וגישת המערכות" מדיניות ומינהל (ר' אלבוים-דרור עורכת, 1987) 22.

105 להשפעות גומלין וטרנסאקציות בין מערכות ראו D. Easton *A system Analysis of Political Life* (John Wiley, N.Y., 1967), 17-33.

106 קרמניצר (לעיל, הערה 96), בעמ' 185.

107 ראו הריאיון עם פרופ' יצחק זמיר (נספח א).



## פרק שמיני: סיכום והמלצות

זו תימשך, וכי שיתוף הפעולה בין הרשויות יהפוך לשיטת עבודה ולא לעניין אקראי הננקט במצבים של "הגדשת הסאה".

תיאום מערכתי חשוב לא רק בין רשויות אכיפת החוק הפלילי, דהיינו המשטרה והפרקליטות, אלא גם בין רשויות רגולטוריות שונות וביניהן לבין המשטרה והפרקליטות. סוגיה זו מעלה את השאלה בדבר ביזור האכיפה או מרכוזה. עו"ד מרדכי ארגמן בספרו על אכיפת החוק הפלילי בישראל<sup>108</sup> דן בשאלה אם ראוי להטיל על רשות אחת את מלאכת האכיפה של כל דבר חקיקה פלילי, או שמא יעיל לייחד תחומי חקיקה מסוימים לרשויות מיוחדות נפרדות. המודל התאורטי הרצוי לשיטתו הוא קיומן של רשויות נפרדות לאכיפת דברי החקיקה השונים, ובתנאי שתחומי החקיקה הנתונים לאחריותה של כל רשות יהיו בעלי מכנה משותף רלוונטי ובהיקף נרחב המצדיק קיום מערכת נפרדת<sup>109</sup>. בין הרשויות השונות צריכה להתקיים מערכת יחסי גומלין הדוקה, לרבות העברת אינפורמציה רלוונטית ביניהן. גם מפכ"ל המשטרה לשעבר יהודה וילק הביע דעה דומה<sup>110</sup>. וילק הדגיש כי לא ניתן להכפיף את כל הגופים תחת קורת גג אחת, אך עם זאת ייתכן תיאום ארגוני ללא שינוי מערכתי. כך למשל נעשו צעדים לתיאום בין רשויות אכיפה באופן שסוחרי סמים נתפסו באמצעות מס הכנסה. עו"ד משה מזרחי, היועץ המשפטי של אגף המכס והמע"מ, ציין כי לעתים, כאשר החוק והאינטרס הציבורי מאפשרים זאת, קיים שיתוף פעולה עם גופי אכיפה אחרים<sup>111</sup>.

לדעתי, מאחר שהעולם המודרני צועד לעבר התמקצעות, יש חשיבות בקיומם של גופי אכיפה שונים המטפלים באופן ספציפי באכיפת החוקים השונים על הניואנסים הקיימים בהם. כל גוף צריך להתרכז בבעיות המיוחדות העומדות בפניו, להילחם על תקציבים ולהכשיר כוח אדם מקצועי המתאים למשימות הייחודיות העומדות בפניו. עם זאת התמקצעות זו לא צריכה לבוא על חשבון תיאום מערכתי. שיתוף הפעולה בין הרשויות צריך להיעשות על סמך מדיניות מוגדרת ובצורה מובנית, על מנת להימנע מסלקטיביות על סוגיה השונים. כך למשל יכולות להתעורר טענות בדבר סלקטיביות בשימוש באמצעי אכיפה מכוח חוק מסוים, כדי לאכוף חוקים אחרים, בדומה לטענות המועלות בארצות-הברית<sup>112</sup>. על כן יש חשיבות רבה לכך ששיתופי הפעולה השונים (כגון שימוש במס הכנסה לצורך

108 לעיל, הערה 95.

109 שם, בעמ' 36.

110 לדבריו, היה רעיון שלא יצא אל הפועל, להקים רשות אכיפה אחת שתעסוק באכיפת עבירות כלכליות, שכעת מבוזרות בין גופים שונים כמו מס הכנסה, מע"מ, מכס וכדומה; ראו הריאיון עמו, להלן נספח ז.

111 ראו הריאיון עמו, להלן נספח ח.

112 לטענות בדבר Pretextual Stops ראו לעיל, פרק שלישי, סעיף 33(ד). הטענה העיקרית בארצות-הברית היא שעוכבים בשל עבירות תנועה, עלמנת לתפוס סמים, נעשות על פי פרופיל גזעי.

תפיסת סוחרים סמים) ייעשו לא רק במגבלות שמאפשר החוק, אלא על סמך מדיניות מתואמת ומוגדרת מראש.

## ה. אופן שינוי המדיניות

אחת הבעיות הקשות הקשורות באכיפה סלקטיבית של החוק היא פגיעה בציפיות הלגיטימיות של הציבור<sup>113</sup>, אשר יודע על קיומו של החוק, תוכנו ודרך מימושו, יותר מתוך התבוננות בדרך פעולתה של הרשות המבצעת, מאשר מתוך עיון בקבצי החוקים. קיומו של מנהג שלא לאכוף חוק או אכיפה בלתי עקבית לחלוטין עלולים לטעת בלב הציבור את התחושה כי האיסור אינו קיים או שהוא בוטל, או שלפחות יש ערפול באשר לגבולות המותר והאסור. בעיה נוספת היא הפגיעה באינטרס ההסתמכות. מאחר שהאזרח למד על החוק בעיקר מהתנהגות רשויות האכיפה, נוצרת הסתמכות על המדיניות הקיימת. שינוי פתאומי במדיניות שקול כנגד יישום רטרואקטיבי של החוק, ומבחינתו של האזרח, כמוהו כהרשעה בגין פעולות שכאשר נעשו לא היו אסורות על פי החוק<sup>114</sup>.

אינטרס הציפיות<sup>115</sup> ואינטרס ההסתמכות<sup>116</sup> הם אינטרסים המוגנים במשפט, עם זאת מערכת המשפט היא מערכת גמישה שאסור לה לקפוא על שמריה, ואפילו הנורמה המשפטית גמישה במובן זה שניתן לשנות ולבטל אותה בדרכים משפטיות<sup>117</sup>. דא עקא, ששינויים אלה פוגעים במידה מסוימת בציפיות ובהסתמכות, שההגנה עליהן מחייבת התפשרות מסוימת עם היכולת להסתגל לתנאי החיים המשתנים<sup>118</sup>. הגמישות והיכולת להסתגל לצרכים המשתנים חשובה במיוחד עבור רשויות מינהליות, אשר לנגד עיניהן צריך

113 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף ב1.

114 ראו לעיל, פרק רביעי, סעיף ב2.

115 להגנה על הציפייה ראו ד' ברק-ארוז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" עיוני משפט כז (תשס"ג) 209.

116 להגנה על אינטרס ההסתמכות ראו מ' מאוטנר "יוצרי סיכונים" ו'נקלעי סיכונים – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים טז (תשמ"ו) 92; ד' ברק-ארוז "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי" משפטים כז (תשנ"ו) 17; ג' שלו "הבטחה, השתק ותום לב" משפטים טז (תשמ"ו) 295, 296. כן ראו L.L. Fuller, W.R. Perdue "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 *Yale L.J.* (1936) 52, 57-66.

117 ראו א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז), 402-403: "המשפט מסדיר את מערכת היחסים בין בני אדם, ועם שינוי במערכת יחסים זו, מן הדין שיחול גם שינוי במשפט. ההסטוריה של המשפט היא ההסטוריה של התאמת המשפט לצרכי החברה המשתנים. מערכת נורמטיבית שאינה מאפשרת צמיחה סופה הסתיידות. הנה כי כן, אין להבטיח יציבות, ודאות, עקביות והמשכיות, בלא להבטיח שינוי. עמידה על הקיים אינה מבטיחה יציבות". כן ראו ח' כהן המשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ז), 131: "השינויים במשפט אינם נובעים מאי-ביטחון או מאי-ודאות, כי אם מגמישותו להבדיל מקפאונו".

118 השוו לעניין סטייה מתקדים 571, 597 *Stan. L. Rev.* (1978) 571, 597. F. Schauer "Precedent"

## פרק שמיני: סיכום והמלצות

להיות תמיד העיקרון של טובת הציבור. על כן מקובל כי רשות מינהלית יכולה לשנות החלטה שקיבלה<sup>119</sup> מטעמים של טובת הציבור, ואפילו לחזור בה מהבטחה מינהלית<sup>120</sup> או להשתחרר מחוזה<sup>121</sup>, אולם במסגרת איזון האינטרסים אשר הרשות עורכת במקרים אלה, עליה להתחשב בקיומה של החלטה הקודמת, במציאות שנוצרה על יסודה ובפגיעה האפשרית באינטרס ההסתמכות, אשר כולם שיקולים ענייניים שיש להביאם בחשבון<sup>122</sup>. הכלל הוא כי תחולה של הוראות מינהל למיניהן, ובהן החלטות בדבר שינוי מדיניות, שיש בהן משום פגיעה – צריכה להיות עתידית. דהיינו זכויות מוקנות מוגנות מפני תחולה למפרע של החלטות מינהליות שונות<sup>123</sup>. בנסיבות מסוימות תינתן אפילו הגנה לאינטרס שטרם התגבש לכדי זכות, על מנת לכבד ציפיות ראויות ואינטרס הסתמכות<sup>124</sup>. אחת הפעולות הנחשבות כמעודדות ציפייה במשפט המינהלי היא פרקטיקה מתמשכת, שכן זוהי מתכונת של פרסום לציבור בדבר מדיניותה של הרשות<sup>125</sup>. שינוי המדיניות, במצב כזה, מחייב הבהרה קודמת שהנהגה השתנה<sup>126</sup>.

כאשר אין מדובר בזכות מוקנית אלא בטובת הנאה שהרשות יכולה להעניקה על פי שיקול דעתה, הדין קובע כי לרשות חופש פעולה באשר לקביעת מדיניות ההטבות והיא יכולה לשנותה מעת לעת, דהיינו הרשות רשאית במצב זה לאמץ מדיניות אחידה ולהפעילה באופן שוויוני בעתיד, תוך הפסקת מתן ההטבה לאלה שקיבלו אותה בעבר<sup>127</sup>. ניתן לטעון כי סמכויות האכיפה הן סמכויות שבשיקול דעת ולפיכך נכנסות לקטגוריה זו. אלא שכפי

119 ראו סעיף 15 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981. יצוין שלא רק החלטה אינדיווידואלית המתייחסת לפרט מסוים ניתנת לשינוי, אלא גם החלטה כללית, כמו למשל קביעת הנחיות מינהליות, ניתנת לשינוי בהתאם להוראת סעיף 15. ראו גם דותן (לעיל, הערה 19), בעמ' 165-177.

120 ראו א' שטיין "הבטחה מינהלית" משפטים יד (תשמ"ה) 255.

121 ראו ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס), 67-68.

122 ראו זמיר (לעיל, הערה 48), בעמ' 1003 והאסמכתאות המובאות על ידיו.

123 ראו בג"ץ 5060/96 קהלני נ' ראש הממשלה, פ"ד נד(3) 270, 281-282; בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, 597-599; בג"ץ 6057/00 זוהר נ' שר האוצר, פ"ד נו(3) 569, 575-576.

124 בג"ץ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה(4) 540, 552-553.

125 ראו ברק-ארו (לעיל, הערה 115), בעמ' 233.

126 ראו ע"א 667/89 אוניברסיטת תל-אביב נ' שני, פ"ד מ(3) 316, 321 (נוהג שהשתרש שנים ארוכות באוניברסיטה מחייב את רשויותיה למרות שאינו עולה בקנה אחד עם ההסדרים הפורמליים).

127 בג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 207. בית המשפט הוסיף כי אם המדיניות הישנה נמשכת בעניין מקבלי טובות ההנאה הקודמים, משום שאין כל אפשרות כדין לחזור ממנה לגביהם בשל אינטרס ההסתמכות של מקבלי ההטבות או מטעם אחר כלשהו, הרי שאין לפלוני על מה להלין. אך אם מדיניות ההטבות נמשכת גם מעבר להגנה על אינטרס ההסתמכות, הדבר מעיד על כך שהמדיניות של "עד כאן ולא יותר" איננה המדיניות האמיתית של הרשות.

## אכיפה סלקטיבית

שכבר ציינת<sup>128</sup>, בסוגיית האכיפה הסלקטיבית הדבר מעורר בעייתיות מיוחדת של התנגשות עם הכלל הבסיסי שלפיו "אין עונשין אם אין מזהירין". לפיכך שינוי המדיניות צריך להיעשות באופן שלא יפגע במי שהסתמך על מדיניות אי-האכיפה. יש קושי בחיתוך הדין בנקודה מסוימת ובוודאי שלא ניתן "לשלוף את ההטבה מאלה שקיבלו אותה בעבר". מכאן שסוגיית האכיפה הסלקטיבית שונה ממצבים רגילים של שינוי הטבות שיש בהן שיקול דעת<sup>129</sup>.

סוגיה נוספת שמעוררת שאלות ייחודיות באשר לאופן שינוי המדיניות היא ה־desuetudo (מנהג אי-האכיפה)<sup>130</sup>. זוהי תופעה שונה מאכיפה סלקטיבית, אם כי גם מקורה בשיקול דעת רשויות האכיפה. לגבי סוגיה זו נשאלה השאלה כיצד יוכל המינהל לשנות מדיניות ולתבוע בגין חוק שלא נאכף, בלא להיתקל בכוחו מבטל החוק של המנהג. פרופ' רות גביון הציעה כי המינהל יפרסם הצהרת מדיניות על כוונתו לשנות את מנהגי האכיפה, וכי לאחר הכרזה זו שוב לא ניתן יהיה לטעון כנגדו "דסוטודו", אם אמנם יפעיל את החוק באופן שוויוני ובהתאם לדרישות החוק<sup>131</sup>. גם ד"ר דליה אבן-להב הציעה כי רשות הרוצה לחזור בה ממנהג אי-האכיפה תודיע על כך ברבים באמצעות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, חוזרי מס הכנסה וכדומה<sup>132</sup>.

ברצוני להציע לאמץ, על דרך היקש, את טכניקת הסטייה הפרוספקטיבית (prospective overruling), אשר מתמודדת עם סוגיית הפגיעה באינטרס ההסתמכות בהקשר של סטייה מתקדים, על ידי פסיקה על פי הדין הקיים תוך הצבעה כי הוא עומד להשתנות בעתיד<sup>133</sup>. טכניקה זו מאפשרת לבית המשפט לסטות מתקדימים בלתי ראויים, מבלי

128 ראו לעיל דיון בפרק רביעי, סעיף 6ד.

129 למובחנותה של הסוגיה בהקשר זה היבט נוסף – מאחר שלרשות יש שיקול דעת בית המשפט ירשה לעצמו להורות לה במצבים קיצוניים אפילו לבטל את החלטתה להעמיד לדין (ראו לעיל, פרק שישי, סעיף ב1(ד)) בעוד הוא לא יורה לרשות (הגם שהפלתה) לעשות דבר שהוא מנוגד לחוק (ראו בג"ץ 221/99 חליפה נ' משרד התחבורה, פ"ד נג(5) 567, 575). יצוין שבעבר הדין היה שונה ובית המשפט נרתע מלהורות לרשות להימנע מלשנות מדיניות אכיפה ראו י' דותן "הפליה לטובת אחר" משפט וממשל א (תשנ"ג) 489, 499, הערה 24 והאסמכתאות המוזכרות שם. לדעה שלפיה אין מניעה מלחייב רשות שלטונית למלא את חובתה לפעול באופן עקיב גם כאשר מילוי חובה זאת כרוך בהפרה של חובה משפטית אחרת ראו א' בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" ספר שמגר (חלק א, תשס"ג) 287, 305.

130 ראו הגדרה לעיל, פרק שני, סעיף א.

131 ר' גביון "ביטול המג'לה: המנהג ועקרונות הפיקה" משפטים יד (תשמ"ה) 325, 344.

132 ד' אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 477, 504.

133 להדגמה ראו דברי השופט טירקל בע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת נ' עיריית נשר, פ"ד נ(4) 206, 219-220. השופט סבר כי הדין הראוי הוא כי עירייה אינה רשאית לנהל מו"מ עם המציעים במכרז, אך למרות זאת קבע כדלקמן: "יש לכבד, לדעתי, את התקדימים הקיימים, ובכלל זה לאשר את המכרז הנדון, וזאת בעיקר, בשל גורם ההסתמכות. עם זאת

להיתקל בקושי של גורם ההסתמכות. בכך נשמרים הביטחון והיציבות בצד התאמת הדין לשינויים החברתיים. ההלכה השיפוטית החדשה, המבטלת הלכה שיפוטית קודמת, פועלת מעתה ואילך ולא למפרע, דהיינו לא על הצדדים המתדיינים באותו מקרה<sup>134</sup>.

בדומה לסוגיית הסטייה מתקדים, סוגיית האכיפה הסלקטיבית מעוררת את בעיית ההסתמכות, עם זאת אין חולק על יכולת הרשות לשנות את מדיניותה ולאכוף את החוק באופן ראוי. הודעה על שינוי עתידי של המדיניות עשויה לפתור את בעיית הסלקטיביות. כך למשל אם קיימת תופעה רווחת של פירטיות בתחום מסוים (רדיו, תחנות דלק וכדומה) או הפרה המונית של חוקי איכות סביבה (כגון מפעלים מזהמים רבים), אשר הרשות לא אכפה כנגדם את החוק באופן עקבי, היא יכולה להודיע כי בעוד תקופת זמן מסוימת יוגשו כתבי אישום כנגד כל מי שפועל בניגוד לחוק. באופן זה, מפרי החוק יוכלו להחליט אם הם מפסיקים את פעילותם או לוקחים את הסיכון. יתרה מזאת, ניתן יהיה להשיג את המטרה שביסוד האכיפה (דהיינו המלחמה בתופעה הלא רצויה) גם בלא שימוש בסנקציות. השימוש בסנקציות ייעשה כלפי מי, שלמרות הידיעה על שינוי מנהג האכיפה, בחר להמשיך ולהפר את החוק. גם במצבים שבהם כבר הוגש כתב אישום והרשות טוענת לשינוי מדיניות אך בית המשפט שוכנע בטענת האכיפה הסלקטיבית, בית המשפט יכול להבהיר בפסק דינו כי אף שהוא נותן נפקות להוכחת הסלקטיביות לגבי הצדדים למקרה הנדון, הרי שמכאן ולהבא רשאית הרשות לשנות את מדיניותה. הרשות מצדה תוכל להשתמש בפסק הדין כמנוף לבטלות המצג שיצרה<sup>135</sup>.

אין ספק ששיטה זו אינה מתאימה לכל המקרים ולכל המצבים, אך במקרים שבהם אין בעייתיות אינהרנטית בהודעה על שינוי מנהגי אכיפה, נראה כי ראוי להשתמש בה. בדרך זו ניתן יהיה להימנע מסלקטיביות באכיפה, לאפשר לרשות למלא את תפקידה לאכוף את החוק וגם להשיג את המטרות שביסוד האכיפה.

## ו. כמה מילות סיכום

שיקול הדעת הניתן לרשויות האכיפה במדינת המינהל המודרנית הוא תופעה הכרחית ואפילו רצויה, לעומת זאת אכיפה סלקטיבית אינה תופעה רצויה ואין להשלים עמה ובוודאי

קיימים טעמים משכנעים לסטות בעתיד מתקדימים אלה, וזאת, בעיקר, בשל החששות הנזכרים. במצב דברים זה נראה לי שיש מקום לשקול את השימוש בטכניקת הסטייה הפרוספקטיבית... טכניקה זאת מאפשרת פסיקה לפי הדין הקיים תוך הצבעה על כך שהוא עומד להשתנות בעתיד".

134 ראו ברק (לעיל, הערה 117), בעמ' 417-423. כן ראו ע' קפלן "תחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית-המשפט העליון" משפטים ט (תשל"ט) 221; ג' טדסקי מסות במשפט (תשנ"ב), 37-30.

135 השו"ד' אבן "מנהג מבטל הלכה? מנהגה של הרשות שלא לאכוף חוק" הצודק והבלתי צודק (מ' דסקל עורך, 1977) 127, 129.

## אכיפה סלקטיבית

לא עם הפיכתה "למאפיין דומיננטי של השיטה המשפטית", כפי שתיאר פרופ' DavisKenneth את המצב בארצות-הברית<sup>136</sup>. התמודדות עם התופעה דורשת פעולה משולבת של כל הרשויות, אשר מושפעות האחת מהשניה ופועלות תוך היוון חוזר ביניהן: המחוקק – אשר תחמת שיקול הדעת של רשויות האכיפה למטרות מוגדרות וברורות, ראוי שתהיה לגנר עיניו. רשויות האכיפה – אשר בהפעילן את שיקול דעתן ראוי שתעמודנה על כמה עקרונות בסיסיים, כמו פעולה על סמך מדיניות קבועה וידועה מראש אשר תואמת את מטרות החוק המסמיך, תיאום מקסימלי בין הרשויות, שינוי המדיניות בצורה מובנית, עמידה על הליך פרוצדורלי תקין והימנעות מאכיפה בלתי פורמלית. תפקיד חשוב ביותר נתון לבית המשפט, שכן בהיותו החוליה האחרונה בשרשרת עליו לתת נפקות למצב שבו למרות הכל, מוכחת אכיפה סלקטיבית של חיקוק כלשהו.

על בית המשפט להגדיר באופן ברור את הדין המהותי החולש על הסוגיה ואת המצבים שבהם אכיפה סלקטיבית אסורה, ולהכיר בייחודיות של התופעה כמחייבת טיפול על ידי עילה מובחנת, בעלת שם משלה – "אכיפה סלקטיבית". בהקשר זה הצענו הגדרה רחבה יחסית הגוזרת את האכיפה הסלקטיבית מפגמים שונים בשיקול הדעת המינהלי, כמו אפליה, שיקולים זרים, שרירות, חוסר סבירות או חוסר מידתיות – ככל שאלה מובילים לסלקטיביות באכיפה. בשלב השני, על בית המשפט לתת נפקות למצבים שבהם מוכחת העילה. בהקשר זה הצענו גמישות בשאלת הסעד ואפשרות לתוצאות רבות ומגוונות. ולבסוף, על מנת שעילת האכיפה הסלקטיבית לא תהא עילה כתובה עלי ספר אך "חסרת שיניים", בדומה למצב בארצות-הברית, על בית המשפט לעשות שימוש בסמכות ובכלים הנתונים לו ולא להסס להעביר ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה במקרים המתאימים לכך.

ביקורת שיפוטית כזו תוביל, בתהליך הדרגתי, להפנמת הדין המהותי החל על הסוגיה. כפי שעילת המידתיות הפכה בתהליך הדרגתי להיות קנה מידה שלפיו המחוקק בוחן את חוקיו, רשויות המינהל בוחנות את פעולתן, ובתי המשפט מעבירים ביקורת הן על דברי חקיקה הן על פעולות הרשות המבצעת – כך עילת האכיפה הסלקטיבית תהפוך להיות אלמנט נוסף שייבחן תדיר על ידי כל הגורמים שיש להם השפעה על האכיפה. מניעת סלקטיביות תובא בחשבון בניסוח החוקים, היעדר סלקטיביות ייבחן בכל פעולה של רשויות האכיפה<sup>137</sup> ואכיפה סלקטיבית תהווה בסיס לביקורת שיפוטית על ידי בתי המשפט. תהליך זה – גם אם לא יוביל להעלמה מוחלטת של תופעת האכיפה הסלקטיבית – יוביל לצמצומה במקרים שוליים, וכפועל יוצא מכך לחיזוק שלטון החוק והעצמת ארון הציבור במערכת המשפט בכללותה.

136 Davis (1971) (לעיל, הערה 1), בעמ' 163. כן ראו הערכתו לגבי היקף האכיפה הסלקטיבית: "I think that selective enforcement may account for about half of all the discretionary power that is exercised in individual cases in our entire legal system, and I think it is more likely to be more than half than less than half" (שם, בעמ' 166).

137 לעניין זה ראו דבריו של עו"ד דרור שטרומ, הממונה על ההגבלים העסקיים (נספח ג), אשר אמר שמדובר באלמנט שנבחן על ידיו באופן שגרתי בפעולות האכיפה.

## אחרית דבר

ב-15 במאי 2007 תוקן חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]<sup>1</sup>, והוסף סעיף קטן 149(10), שבו מעוגנת ההגנה מן הצדק, שפותחה במקור בפסיקת בתי המשפט. לפי סעיף 149(10), במסגרת הטענות המקדמיות שנאשם רשאי להעלות לאחר תחילת המשפט, הוא רשאי לטעון כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

תיקון זה אמור להקל על הטוענים לאכיפה סלקטיבית, הן מבחינת ההכרה המהותית בטענות נגד עצם הגשת כתב האישום הן מבחינת הוודאות באשר למסגרת הדיונית להעלאת הטענה. לכאורה, הסעיף קובע תנאי מקל יותר מזה שנקבע בפסיקה, שכן הוא אינו דורש "התנהגות בלתי נסבלת של הרשות", היינו התנהגות שעוריינית שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם"<sup>2</sup>, אלא אך "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"<sup>3</sup>. עם זאת מהפסיקה עולה כי בתי המשפט ממשיכים לדרוש דרישות מחמירות לצורך הוכחת הטענה. כך למשל, בית משפט השלום בתל-אביב דחה בקשה לביטול כתב אישום על בסיס הגנה מן הצדק המתבטאת באכיפה בררנית פסולה, באומרו:

ביטול כתב אישום על סמך הטענה המקדמית של הגנה מן הצדק הינו כלי חריג אשר הפעלתו נועדה למקרים קיצוניים, בודדים ויוצאי דופן, מקרים בהם הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות חריפה וכולטת עד כי התרופה היחידה לפגמים שנפלו בהליכים הינה ביטול כתב האישום, עובר לביטול האישומים גופם<sup>4</sup>.

- 1 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), תשס"ז-2007, ס"ח 308.
- 2 ראו ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 360-361.
- 3 בדברי ההסבר להצעת החוק צוין קיומה של מחלוקת בין שתי גישות חלופיות לעיגון טענת ההגנה מן הצדק: הראשונה כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה קיצונית לעקרונות של צדק והגינות משפטית", ואילו השנייה כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". החוק קיבל את הגישה השנייה. ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), תשס"ז-2007, ה"ח 138.
- 4 ראו למשל ת"פ (ת"א) 4395/06 מדינת ישראל נ' שעשוע, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 19.6.07). להחלטת בית המשפט המחוזי ראו ב"ש (י-ם) 92696/07 מדינת ישראל נ' שעשוע, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 3.8.07).

## אכיפה סלקטיבית

בית המשפט המחוזי אף ציין בפרשה אחרת<sup>5</sup> מפורשות כי "תיקון החסד"פ הנדון [הוספת סעיף קטן 149(10)] – מבחינה מהותית – לא מעלה או מוריד לענייננו אלא בחינת עמידתנו האיתנה על הלכות בית-המשפט העליון בסוגיה שלפנינו, שזכו להכרת המחוקק... בתצורתן הנוכחית ותוך הבעת אמון בשיקול הדעת השיפוטי"<sup>6</sup>.

אמירות אלה מדגישות את הצורך, אשר הובהר לאורך הספר, להבחין בין טענת ההגנה מן הצדק – המתייחסת להתנהגויות פסולות שונות של הרשות, גם אם אינן נוגעות לעצם ההעמדה לדין ולכן השימוש בהן חייב להיות מוגבל ומצומצם – לבין אכיפה סלקטיבית – המתייחסת לעצם אכיפת הדין ודורשת דיון מובחן השם את הדגש על התוצאה המפלה ולא דווקא על הכוונה או על ההתנהגות הפסולה<sup>7</sup>.

תכנית ההתנתקות, שגררה פעולות מחאה שונות, הפרות חוק<sup>8</sup> ואף התבטאויות קשות מקרב הציבור שחש פגוע, עוררה טענות בדבר סלקטיביות ו"גמישות" של אכיפת החוק<sup>9</sup>. תכנית זו גם נתנה הזדמנות לבתי המשפט לדון בטענות אכיפה סלקטיבית בקשר לאישומים שביסודם התבטאויות נגד השלטון. פסקי הדין הסותרים שניתנו בסוגיה מדגישים ביתר שאת את הצורך בקווים מנחים בדבר מהותם של אכיפה סלקטיבית פסולה (להבדיל מאכיפה חלקית מותרת), מרכיביה והסעדים כנגדה.

כך לדוגמה, נגד נדיה מטר הוגש כתב אישום שייחס לה עבירה של העלבת עובד ציבור בגין דברים שכתבה לראש מינהלת סל"ע, שהוקמה במסגרת תוכנית ההתנתקות. בית משפט השלום קיבל את טענתה המקדמית של מטר בעניין כי עומדת לה הגנה מן הצדק וקבע כי החוק נאכף כנגדה בסתירה לעקרון השוויון<sup>10</sup>. בקביעתו זו ציין בית משפט השלום שני מקרים אחרים שבהם נמנעה התביעה מהעמדה לדין: פעם אחת נוכח אמירת הרב עובדיה יוסף כנגד שופטי בית המשפט העליון וכנגד ח"כ יוסי שריד, ופעם אחרת בשל כתבה

- 5 ע"פ (י"ם) 30636/06 מדינת ישראל נ' מטר, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 19.7.07) (להלן: ע"פ מטר).
- 6 שם, בסעיף 20 להחלטתו של סגן הנשיא, השופט צבי סגל.
- 7 השוו גם מ' טמיר "אכיפה סלקטיבית" *News First Class* (25.2.07), <http://www.nfc.co.il/Home/L02-S-001-00.html?tag=14-54-56>.
- 8 להרשעה בעבירות של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה בעקבות חסימת עורקי תנועה ראו ע"פ 8927/06 פלוני נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.10.07).
- 9 ראו למשל י' דגן "אפליה: מדוע המתנחלים מרגישים מקופחים" ישראל היום (דעות היום, 15.8.07) 15. הכותב טוען כי קיימים חוקים כגון "חוק החמץ" או "חוק השבת" אשר שכחו אותם מזמן. לעומת זאת "חוק ההתנתקות... הוא חוק קדוש. קדוש מאוד. עד כדי כך החוק הוא קדוש, שממשלת ישראל שלחה אלפי שוטרים וחיילים כדי למנוע מיהודים לעבור אל חורבות היישוב חומש שנעקר במסגרת אותו חוק". הכותב מסיים את דבריו באמירה כי "לאזרח הפשוט נותר רק לחשוש, כי מרוב גמישות אינטרסנטית ומתיחות סלקטיבית של 'שלטון החוק' שלנו, הוא פשוט ייקרע לו בסוף".
- 10 ת"פ (י"ם) 1470/06 מדינת ישראל נ' מטר, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 10.9.06).



שפורסמה על ידי גרעון ספירו כנגד הרב הראשי לישראל באותה עת, ישראל מאיר לאו. לפיכך – ובהתחשב בנסיבות נוספות, כגון העובדה שמדובר בוויכוח ציבורי אידאולוגי נוקב ובכך שהמכתב לא קרא לאלימות אלא ביטא תסכול וכעס ממדיניות הממשלה והמינהלת – החליט בית המשפט לבטל את כתב האישום. בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המדינה וביטל את החלטתו של בית משפט השלום. בית המשפט המחוזי – בהסתמכו על הפסיקה בדבר הגנה מן הצדק<sup>11</sup> – פסק כי מאחר שלא הוכח שאכיפת החוק נועדה להשגת מטרה פסולה, הייתה נגועה בשיקולים זרים או התבססה על עוינות אישית או פוליטית כנגד הנאשמת, הרי ש"אין לפנינו אכיפה בררנית... הרסנית לשלטון החוק, מקוממת את תחושת הצדק או מסכנת את מערכת המשפט"<sup>12</sup>.

בעניין הבית הלאומי הציג בית משפט השלום בירושלים גישה שונה לחלוטין<sup>13</sup>. השופטת רחל שלו-גרטל קיבלה טענה של שלושה נאשמים, חברי תנועת "הבית הלאומי", שלפיה עומדת להם הגנה מן הצדק בשל "אכיפה בררנית", והורתה על זיכויים ממעשי ההמרדה שיוחסו להם, אף שמעשים אלה הוכחו. הנאשמים זוכו משום שפעילותם הממרידה לא הייתה יוצאת דופן במסגרת גלי המחאה שהתרחשו סביב חוק ההתנתקות. השופטת קבעה כי "בסופו של יום ישנה תחושה קשה שלא נעשה צדק בהעמדתם לדין רק של נאשמים אלה, בגין עבירות המרדה, ולא של אחרים, שעשו מעשים דומים"<sup>14</sup>. בית המשפט ציין כי גם אם ההתנהגות של רשויות האכיפה הייתה בתום לב, עדיין נפגעו אינטרס הנאשמים ואמון הציבור עקב התחושה שרשויות השלטון נהגו איפא ואיפא<sup>15</sup>. פסק הדין מדגיש אפוא את התוצאה המפלה ולא את המניע של רשויות האכיפה<sup>16</sup>.

פסק דין המנסה להתוות הלכה סדורה בסוגיה של אכיפה סלקטיבית פסולה ניתן על ידי בית המשפט הצבאי יהודה<sup>17</sup>. במקרה הנדון טענו הנאשמים, אשר הואשמו בהעברות כספים להתאחדויות בלתי מותרות בשטחים כי רק נגדם הוגש כתב אישום, וזאת בשל טעמים זרים ואפליה אסורה. התביעה טענה, בין היתר ובהסתמך על פסיקה של בתי משפט מחוזיים בישראל<sup>18</sup>, כי לא די שהנאשמים יצביעו על אפליה לכאורית, אלא עליהם להראות כי

- 11 לביקורת על כך ראו גם מ' טמיר "אכיפה סלקטיבית" מעריב (20.8.07).
- 12 ע"פ מטר (לעיל, הערה 5), בסעיף 22 להחלטתו של סגן הנשיא, השופט צבי סגל.
- 13 ת"פ (י"ם) 2834/05 מדינת ישראל נ' ישעיהו, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 20.9.07).
- 14 שם, בסעיף 21 לפסק הדין.
- 15 שם, שם.
- 16 ראו גם מ' טמיר "זיכוי מחמת אפליה" מעריב (3.10.07).
- 17 תיק 2446/07 התביעה הצבאית נ' עיסא, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 24.9.07) (להלן: פסק דין עיסא).
- 18 ראו למשל ע"פ (חי') 1612/04 מדינת ישראל נ' מחאמיד, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 31.3.05) ("ההלכה היא כי רק במקרים בהם אכיפה סלקטיבית של החוק היא פועל יוצא של מניע ספציפי כלפי נאשם, כי אז יקבל בית-המשפט את טענת האפליה. כמו כן, יקבל

## אכיפה סלקטיבית

התביעה פעלה מתוך מניע זר המכוון להפללותם. גישה זו נדחתה על ידי בית המשפט הצבאי, אשר קבע כי אילו היו מוכחות העובדות אשר נטענו על ידי ההגנה, הן היו יכולות להקים הגנה של אכיפה סלקטיבית, אף בהיעדר הוכחה של כוונה להפליה פסולה<sup>19</sup>. וכך כתב נשיא בית המשפט, סא"ל צבי לקח:

בידי התביעה, ככל רשות מינהלית בעלת כוח וסמכויות, ובייחוד ככזו בעלת כוח לנקוט בהליכים פליליים נגד אדם, נתון שיקול דעת כיצד להפעיל את סמכויותיה. אולם, ככל רשות מינהלית, התביעה צריכה להפעיל את שיקול דעתה בהתאם לכללי ההתנהלות המקובלים, היינו, בסבירות, במידתיות, ללא שיקולים זרים, ללא אפליה וללא שרירות. אין הצדקה עניינית לקבוע כי העמדה לדין הנובעת משיקול זר וממניע פסול כלפי נאשם תהיה בעלת תוצאות במישור הפלילי (עד כדי ביטול כתב אישום), ואילו העמדה לדין כתוצאה משרירות לא תהיה בעלת תוצאות במישור הפלילי כלל. התנהגות שערורייתית של רשות מינהלית יכולה לנבוע הן משיקולים זרים מובהקים והן כתוצאה משרירות. פגיעה קשה בתחושת הצדק יכולה להתרחש גם כאשר הרשות פועלת בשרירות לב (המגיעה כדי התעמרות) ולא רק כתוצאה מרצון לפגוע בנאשם בשל מינו או דתו. זה כזה יכולים להביא למסקנה כי עומדת לנאשם הגנה מן הצדק<sup>20</sup>.

אכן, ההלכה הכללית כי אפליה היא פסולה גם כאשר אין ביסודה מניע מפלה מקבלת משנה תוקף בכל הקשור לטענות של אפליה באכיפה. בהיבט הדיוני, הקושי האינהרנטי הטמון בהוכחת כוונה להפללות מתעצם כאשר מדובר ברשויות אכיפה, אשר בידיהן מצוי המידע. זאת בפרט בקשר לטענה לאכיפה סלקטיבית, שבה העובדות הבסיסיות, ולא רק המשמעות המשפטית שלהן, שנויות במחלוקת. ואילו בהיבט המהותי, יש בהלכה זו לתת מענה לתחושה הקשה הנוצרת עקב תוצאה מפלה גם כשאין ביסודה כוונה. פסק הדין מעורר גם סוגיה מיוחדת של אכיפה סלקטיבית – סלקטיביות שבבסיסה סנקציה על התנגדות להפעלת כוח שלטוני<sup>21</sup>. היבט זה התעורר משום שהנאשמים טענו כי כתב האישום הוגש בשל סירובם להסכים שסכום הכסף שנתפס יחולט לטובת המדינה.

בית-המשפט טענת אפליה אם יתברר כי אכיפה סלקטיבית היא על רקע של מין, לאום או סיבה מכוונת אחרת. בכל מקרה אחר, וגם אם לא אוכפת הרשות את הדין באופן שווה על כלל מפירי החוק, אין בכך כדי להוות עילה כנגד עצם הגשת כתב אישום או לעניין ענישה. טענות כנגד מדיניות אין מקומן בהליך הפלילי, אלא במסגרת מינהלית<sup>19</sup>.

19 פסק דין עיסא (לעיל, הערה 17), בעמ' 14.

20 שם, בעמ' 11 לפסק הדין (ההדגשות הוספו – מ' ט').

21 ראו מ' טמיר "אכיפה סלקטיבית והתנגדות לפעולה שלטונית" (עתיד להתפרסם בקובץ ארבעים שנות שיפוט באזור יהודה והשומרון: היבטים משפטיים, חברתיים והיסטוריים).

#### אחרית דבר

בעניין זה הטענה העובדתית לא הוכחה, אלא שכאשר יש לטענות מסוג זה בסיס, הן מעוררות בעייתיות מיוחדת של אכיפה סלקטיבית הפוגעת לא רק בשוויון אלא גם בזכויות אדם אחרות שהן מיסודות הדמוקרטיה. הדוגמה הבולטת ביותר לפגיעה בשוויון, על רקע שימוש בזכות חוקתית אחרת, היא אכיפה סלקטיבית כנגד אדם בגין התבטאויות שנשא כנגד השלטון<sup>22</sup>.

סוגיה זו היא בעלת ממד רגיש בייחוד בתקופות שבהן השלטון מקבל החלטות מדיניות רגישות ושנויות במחלוקת, הגוררות לא פעם התבטאויות קשות כנגדו. עם זאת הסובלנות הנדרשת כלפי ביטויים מקוממים צריכה להתבטא גם במדיניות התביעה ובתי המשפט. אכן, אחד מתפקידיו של ההליך הפלילי הוא להתוות נורמות התנהגות ראויות בחברה, אך ההליך הפלילי אינו חזות הכול. ראוי לבחור בקפידה את מקרי הבוחן שבאמצעותם מתווים את נורמות ההתנהגות, שכן גם אם בחירת המקרים שבהם מופעל ההליך הפלילי אינה נעשית מתוך מניע זדוני או שיקולים זרים, מראית עין של אכיפה סלקטיבית עלולה ליצור תחושה של רדיפה בקרב הציבור הפגוע. אירועים חברתיים ואקלים פוליטי משפיעים גם על סבירות העמדה לדין, בכלל, וסבירות העמדה לדין בעבירות ביטוי, בפרט.

22 סוגיה זו נדונה בהרחבה לעיל, פרק שלישי, סעיף 2(ב).

# נספחים



## ריאיון עם פרופ' יצחק זמיר – היועץ המשפטי לממשלה לשעבר\*

1. האם התופעה של אכיפה סלקטיבית מוכרת לך מהתקופה שבה כיהנת כיועץ משפטי לממשלה? אם כן, כיצד התמודדת עם התופעה?

כן, הייתי מוטרד מכך שבדרך כלל אין למשטרה או לתביעה הפלילית (כלומר לתובעים השוטרים או התובעים מפרקליטות המדינה) מדיניות תביעה. התוצאה היא שכל חוקר וכל תובע מחליט לעצמו לפי שיקול דעתו אם לחקור ואם להעמיד לדין במקרה מסוים. הבעיה קיימת בייחוד בעבירות "המוניות", שהן בדרך כלל גם עבירות קלות, שבהן ההחלטה לחקור ולהעמיד לדין מתקבלת על ידי אנשי משטרה במחוזות השונים. דוגמאות לעבירות אלה הן למשל שימוש בסמים לצריכה עצמית, משיכת שיק ללא כיסוי, תקיפה ביחסי שכנים, בעילת קטינה ביחסים בין בני נוער, גניבה מקניונים. בעבירות אלה מחליטים קציני משטרה בדרגה לא גבוהה. ברור שנוצרים הבדלים בהתייחסות לעבירה מסוימת באזורים שונים בארץ וכמובן שאין לכך הצדקה. לכן, כשכיהנתי כיועץ משפטי לממשלה, סברתי שחשוב לגבש מדיניות תביעה בעבירות המוניות, שתקבע בתיאום בין המשטרה לפרקליטות. מדיניות זו תופץ בין החוקרים והתובעים. ואכן הוקמו צוותים משותפים שקבעו מדיניות בחמש או שש עבירות מסוג זה. המטרה הייתה למנוע אכיפה סלקטיבית. העבודה השיטתית הזו נפסקה, אם כי מפעם לפעם יוצאות הנחיות בנושאים שונים.

2. כיצד השפיעו אילוצי המשאבים על קביעת מדיניות האכיפה ועל האכיפה בפועל?

אילוצי משאבים השפיעו מאוד על האכיפה. כך למשל המשטרה החליטה שהיא לא מטפלת בעבירות של משיכת שיקים ללא כיסוי, בשל היעדר כוח אדם. כיום, ככל הידוע לי, בשל בעיות כוח אדם לא מעמידים לדין בעבירות של תכנון ובנייה. כאשר קובעים מדיניות, זה אחד השיקולים שצריך לאזנו כנגד שיקולים אחרים. כיום המשטרה מקדישה המון משאבים לביטחון הציבור. ברור לפיכך שעבירות קלות יהיו בסדר עדיפות נמוך יותר, אלא אם במקרה מסוים יש נסיבות חמורות במיוחד. החשוב הוא, שאילוצי המשאבים – אשר תמיד משפיעים על האכיפה – לא ישפיעו באופן שונה ממקום למקום, לפי סולם העדיפויות

\* הריאיון נערך בתאריך 26.3.03. פרופ' יצחק זמיר הוא שופט בית המשפט העליון בדימוס.

## אכיפה סלקטיבית

של חוקרים או תובעים ספציפיים. לכן חשובה קביעת המדיניות שתקנה לאילו את משקלו הראוי.

### 3. האם ננקטה בתקופתך השיטה של אכיפה מדגמית?

מס הכנסה עורך ביקורות מדגמיות. אם הביקורת מגלה עבירות, אזי נוקטים בצעדי אכיפה. מחליטים ש"מתלבשים" על תחום כלשהו, כגון היהלומנים, ובתוכו עורכים בדיקה מדגמית.

### 4. האם ננקטה בתקופתך השיטה של אכיפה רנדומלית?

בעבירות תנועה, כשמציבים מצלמות או מדי מהירות מפעם לפעם בדרכים מסוימות ובשעות מסוימות – זו אכיפה רנדומלית.

### 5. האם לדעתך ראוי לפרסם הנחיות בדבר מדיניות אכיפת החוק?

כן. ראשית, השקיפות המינהלית היא מדיניות נכונה. שנית, בדרך כלל תהיה חובה לפי חוק חופש המידע<sup>1</sup>. אנשים צריכים לדעת את הדין והנחיות אלה הופכות להיות חלק מהדין. למשל דעה רווחת היא שלא מגישים כתבי אישום בעבירות נהיגה במהירות מופרזת, אם המהירות לא עלתה ביותר מ-10% על המהירות המותרת. ראוי שאנשים ידעו זאת. אם 100 קמ"ש זה בסדר, במקום שהמהירות המותרת היא 90 קמ"ש, אז זה הופך להיות הדין. ראוי שכולם ידעו זאת ולא רק מי שהדבר נודע לו במקרה.

כאשר הייתי אסיסטנט בפקולטה למשפטים, רציתי להיעזר לצורך אחד ממחקרי בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה. קיבלתי תשובה שהנחיות אלה מסווגות כ"שמור" מכוח הנחיית היועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר. כתבתי לו מכתב שהנחיות צריכות להיות פומביות וגלויות. הוא דחה זאת. אני פרסמתי את המכתב והתשובה בכתב העת משפטים<sup>2</sup>. בעקבות זאת הסירו את הסיווג "שמור" ושלחו את ההנחיות לספריות המשפטים. הנחיות אלה עוסקות בתביעה הפלילית וגם בעניינים אחרים. זה חלק מהדין, והפומביות והשקיפות – מחויבים.

1 חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998.

2 'זמיר' הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" (מכתבים למערכת) משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד) 750.

6. מה הם הגורמים שהשפיעו לדעתך על התפתחות הקונבנציה בדבר עצמאות היועץ המשפטי בארץ?

האופי והאישיות של היועצים המשפטיים הביאו לגיבוש האופי של המוסד. ניתן לראות זאת בספריו של יחיאל גוטמן<sup>3</sup>, המתאר את ההסטוריה של המוסד, וגם אני התייחסתי לכך במאמר שכתבתי בכתב העת עיוני משפט<sup>4</sup>. הפעם הראשונה שהתעוררה בעיה, היה זה בין היועץ המשפטי יעקב ש' שפירא לבין ראש הממשלה דוד בן-גוריון, אשר סירב לקבל את עמדת היועץ המשפטי בעניין של העמדה לדין, אך נכנע לבסוף. אז נקבע התקדים והחלה להתפתח המסורת של עצמאות שיקול הדעת. לאחר מכן כיהן בתפקיד חיים כהן. שני היועצים הללו קבעו את הדפוס, אשר לא קיים בשום מקום אחר. עצמאות זו היא מורכבת ואינה נקבעת בנוסחאות. היא מתפתחת. יש הבדלים בין ראשי הממשלות: יש המחשיבים את העצמאות ולא מנסים לבטלה, ויש ראשי ממשלות שיוצרים מציאות המחייבת את היועץ המשפטי להיות יותר גמיש.

7. האם הרחבת הביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי לממשלה ועל רשויות האכיפה בכלל היא תופעה ראויה בעיניך?

פסק הדין הראשון שבו הורחבה הביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי לממשלה היה בג"ץ נוף<sup>5</sup>. פסק הדין נכתב על ידי השופט אהרן ברק בתקופה שאני הייתי היועץ המשפטי לממשלה. עד אז התערבו רק כאשר היועץ המשפטי פעל בחוסר תום לב. ברק קבע כי להבדיל מהפסיקה הקודמת, היועץ המשפטי כפוף לביקורת שיפוטית על פי כל העילות. אני אמרתי לו אז שזה נכון באופן עיוני, משום שלא ראוי שתהיינה עילות ביקורת שונות מרשות לרשות, אך צריך היה לקבוע שהיישום של הכלל הזה משתנה לפי הרשויות. יישום הסבירות על היועץ המשפטי לממשלה שונה, משום שמתחם הסבירות הרבה יותר רחב. אני כתבתי במספר פסקי דין שמתחם הסבירות משתנה לפי אופי הרשות. כך למשל התייחסתי לכך בהקשר לשיקול דעתה של הממשלה<sup>6</sup> או לגבי שיקול דעתו של נציב בתי הסוהר<sup>7</sup>. רוחבו של מתחם הסבירות תלוי במיהות הרשות (למשל ליועץ המשפטי לממשלה יש כשירות של שופט עליון) וכן במהות התפקיד.

3 "גוטמן היועץ המשפטי נגד הממשלה (תשמ"א); "גוטמן "טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300" ידיעות אחרונות (1995) 148.

4 "זמיר" היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 411.

5 בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326.

6 בג"ץ 2624/97 ידיד נ' ממשלת ישראל, נא(3) 71, 77-80.

7 עע"א 7440/97, רע"ב 6172/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1, 7-8.



## אכיפה סלקטיבית

8. האם סלקטיביות שיסודה בשרירות גם היא פסולה לדעתך?

לא מספיק ברור מה זה שרירות, אך תהא אשר תהא הגדרתה, נראה לי ששרירות היא ודאי לא שיקול ענייני להבחנה ולכן זו אכיפה פסולה. אני גם כתבתי זאת בפרשת זקין<sup>8</sup>.

9. מה לדעתך הנפקות שבתי המשפט צריכים לתת להוכחה של אכיפה סלקטיבית?

אני חושב שכעיקרון צריך לתת את הסעד המתאים. כשמדובר בתקיפה ישירה בבג"ץ זה יכול להיות ביטול האכיפה, צו המונע אכיפה, צו הצהרתי וכדומה. במשפט פלילי השאלה היא אם אפשר לבטל אישום מהטעם הזה. אני סבור שכן. אצלנו קיימת כיום ה"הגנה מן הצדק". במצב שבו ברור שמדובר באכיפה סלקטיבית, למשל מועמד אדם לדין משום שהוא חבר במפלגה מסוימת ואחרים לא, ההגנה צריכה לחול. בית המשפט מרחיב את קשת הסעדים שהוא נותן.

8 בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 304.

## ריאיון עם כבוד השופטת דורית ביניש – פרקליטת המדינה לשעבר\*

### 1. כיצד את מבינה את המונח "אכיפה סלקטיבית"?

אכיפה אינה שלמה אף פעם. לא תיתכן אכיפה מלאה ולכן אכיפה סלקטיבית היא כורח המציאות בשל אילוצי המשאבים. אם השיקולים והקריטריונים לאכיפה הם שוויוניים – אין בכך פסול.

### 2. עד כמה התופעה של אכיפה סלקטיבית מוכרת לך מהתקופה שבה כיהנת כפרקליטת המדינה וכיצד התמודדת אתה?

אכיפה חלקית יוצרת צורך באכיפה סלקטיבית והסלקטיביות יוצרת צורך באמות מידה. על פי ההגדרה הנקייה, הסלקטיביות צריכה להיקבע על פי תכנית עבודה וסדרי עדיפויות שנקבעים מראש, אבל המודל האידיאלי הזה אינו קיים במציאות. במציאות מנגנון האכיפה במידה רבה אקראי ולא יזום. האכיפה הסלקטיבית במובן הרצוי הזה אינה מתקיימת באופן נקי מן הטעם שמנגנון האכיפה ככלל אינו עובד באופן יזום, וגם אם נקבעים סדרי עדיפויות בסופו של דבר העבודה מתבצעת במידה רבה על פי מה שמגיע באקראי. תלויות מגיעות באופן אקראי ולכן הסלקטיביות פעמים רבות יוצרת תוצאה שאינה ראויה. כאשר אמות המידה פסולות הקונוטציה היא שלילית כמובן, אך גם כאשר יש אמות מידה ראויות, החשש הוא שבאקראיות תיווצר סלקטיביות פסולה, האירועים והתלויות הפליליות הם שמפעילים את מנגנון האכיפה.

לפיכך ראוי להבחין בין פעילות יזומה של מנגנון האכיפה, שבה אפשר לקבוע מראש קריטריונים ואמות מידה לאכיפה, לבין פעילות אקראית. דוגמה מובהקת לפעילות יזומה היא המלחמה בסמים. אפשר לקבוע מראש מדיניות אם משקיעים כסף בסוכנים, אם מתרכזים בסכומים גדולים או קטנים וכו' – זו תכנית אכיפה וניתן לקבוע קריטריונים לשם ביצועה וכך לבצע אכיפה חלקית על פי קריטריונים ראויים. במבצעים יזומים אפשר לנקוט בכל מיני שיטות. כך למשל המשטרה תופסת סמים על ידי שליחת סוכן שקונה ממוכר. היא

\* הריאיון נערך בתאריך 15.5.03 והתייחס לתפקידה של השופטת דורית ביניש כפרקליטת המדינה לשעבר. השופטת דורית ביניש היא כיום נשיאת בית המשפט העליון.

## אכיפה סלקטיבית

אינה יכולה לקנות הרבה סמים מסיבות שונות: חוסר כסף, חשש שהמבצע ייכשל והיא תכניס לארץ הרבה סמים וכו'. החיסרון בייזום סלקטיבי הוא שעקב הנסיבות במבצע ייתפס אדם שמכר למשל 5 גרם הרואין וכיום הוא כמעט לא יקבל עונש כי הוא נחשב ל"דג רקק", אף שמאחוריו יש הרבה יותר. סיטואציה כזו מחייבת שינוי וקביעה של אמות מידה. באכיפה יזומה ניתן גם לקבוע סדרי עדיפויות. כך למשל הייתה תקופה שהכרזנו מלחמה על האזנות הסתר. מחוגים שונים נטען אז שאין להשקיע מאמץ באכיפה ביחס לעבירה שהעונש בה אינו מאוד חמור. מאז העונש הוחמר מאוד. הקדשתי זמן רב על מנת להעביר מסר שמדובר בתופעה שצריך לטפל בה. היה צורך לתת לה עדיפות כדי לצמצם או לעקור תופעה. חשפנו אז כמה פרשיות של האזנות סתר, שפגעו בפרטיות של האנשים המואזנים ואיימו על פרטיותם וחשפו אותם לסחיטה ולתופעות שסיכנו אותם. היה בכך גם איום על חופש העיתונות ועל חופש העיסוק. תופעות כאלה שהופכות להיות מועקה ציבורית ומכונות "מכת מדינה", חייבות לקבל תגובה בהגברת האכיפה. כאן צריך לקבוע סדרי עדיפויות ולהעלות נושאים שהופכים להיות דחופים. לכן ניתן לזהות "גלים באכיפה". בעניינים כאלה צריך "לזרום" עם התופעות החברתיות ולנקוט בסלקטיביות מובן הראוי. כיום הגל הוא לחימה בעבירות אלימות נגד נשים וילדים ועבירות מין במשפחה. זאת לא רק משום שעבירות האלימות התרבו, אלא גם בשל המודעות החברתית לצורך בטיפול. יש השפעת גומלין של מודעות, לחץ ציבורי וצורך ציבורי להגיב על תופעות אלו. בעבר לא הייתה מודעות לעבירות מין במשפחה וניצול קטינים. כשאני הגעתי לעבוד בתחום הפלילי, לפני עשרות שנים, חשבתי שגילוי עריות זה משהו נדיר ולא עלה על דעתי שזו תופעה בהיקף רחב. מודעות מעלה את הצורך לטפל בתופעות מסוימות ומחייבת מתן סדרי עדיפויות לכך. כיום יש מודעות רבה לסחר בנשים – תופעה שלא הכרנו בעבר – ומאמצים רבים מושקעים באכיפה נגד תופעה זו. ניתן לזהות את הגלים באכיפה גם אם בוחנים ערעורים של הפרקליטות להחמרה בעונש, ועוקבים אחר הנושאים של התיקים והעניינים המגיעים לבית המשפט העליון. הייתה תקופה שרוב הערעורים ובקשות המעצר היו ביחס לעברייני סמים, בגלל ההברחות מלבנון, אחר כך התמקד המאבק בעבירות אלימות נגד נשים וילדים. בתקופת האינתיפאדה, חלף זמן עד שניתן היה להתייחס לזריקת אבנים על ידי ילדים כאל תופעה עבריינית. בהתחלה התעלמו מהטיפול הפלילי. כשהתופעה התגברה, נטען שצריך לנקוט אמצעים צבאיים חריפים. כשהובא לידיעתי כי מתוכננים אמצעים דרקוניים להפחתת התופעה, החלטנו לנסות להתמודד עמה באמצעות אכיפה: בקשת זירוז בשמיעת התיקים, בקשת עונשים חמורים יותר וכו'. כלומר – התמודדות באמצעות מדיניות אכיפה קיימת המגיבה על תופעות המסכנות את החברה ושלמותה, וזו סלקטיביות מוצדקת בעיניי.

בניגוד לאכיפה היזומה, לגבי אכיפה אקראית קשה יותר לקבוע תכנית עבודה על פי קריטריונים. ביחס לטיפול בתופעות עברייניות שנתגלו במערכת הבחירות האחרונה הועלתה טענה מצד חשודים ונאשמים כי הטיפול היה סלקטיבי כיוון שטופלו אירועי

בחירות שלא על פי חומרתם. זו בעיה של סדרי עדיפויות שקשה להתמודד עמה. מצד אחד מגיע תיק, החקירה היא פשוטה, אז מדוע לא לטפל בו? כשיש חשד לביצוע עבירות, יש חובה לטפל ולחקור. מצד אחר, מגיעות עוד תלונות שהחקירה בהן היא מורכבת ומסועפת. באופן טבעי מפנים את המשאבים לתיק שהחקירה בו קלה והתוצאה מיידית. האם לסגור את התיק משום שלעומת האחרים שעלולים להיחקר זמן רב העניין הוא קטן? כאשר יש מצב של סיטואציה פשוטה על פניה, עבריינות שאין הסבר מדוע לא לטפל בה – הסיטואציה יכולה להיות מפלה על פניה, משום שהעבריין הקטן נתפס בעוד שאת האירוע המורכב יותר קשה לחקור ולבסס אישום. יכולת האכיפה במקרים המורכבים מצומצמת הרבה יותר. התוצאה היא שהאכיפה אינה שוויונית. השאיפה לשוויוניות צריכה להתבטא בראש ובראשונה בשיקולים ואמות מידה שוויוניים לבחינה ולחקירה של אירוע עברייני, בייחוד כשמדובר בעבירות מאותו סוג ובאותו תחום עברייני.

3. מה דעתך על טענתה של הפרקליטה ליאורה גלאט-ברקוביץ, שלפיה העמדתה לדין פלילי בשל ההדלפה על החקירה שהתקיימה נגד ראש הממשלה מהווה אכיפה סלקטיבית, שכן לא מעמידים לדין בגין הדלפות?

ההרגשה הקשה של הפרקליטה מובנת משום שאכן, בדרך כלל, לא נחקרו חשדות להדלפות מאחר שזה נושא קשה לפיצוח. לכך יש להוסיף את הקושי בכך שהעיתונות אינה מגלה מקורות ואף זכאית לחיסיון עיתונאי. אינני מוכנה להתייחס למקרה קונקרטי שעדיין תלוי ועומד, אך כאשר הגיעו לראיות בניגוד למציאות, בדרך כלל, והמקרה נתפס כחמור בנסיבותיו, ניתן להבין את הרצון של גורמי האכיפה לחקור ולנקוט באמצעים. בהקשר לטענת הסלקטיביות צריך גם כאן להבחין בין פעילות יזומה של מנגנון האכיפה, שבה אפשר לקבוע קריטריונים, לבין פעילות אקראית. הדלפות שייכות לקבוצה השנייה. לא ניתן להחליט באופן יזום על חקירה בנושא הדלפות כי אנשים אינם באים ומודים שהדליפו, ואם מחליטים בצדק שאין מאזינים לעיתונאים, אין עוקבים אחריהם ומכבדים את חסיונם, אז היכולת לחקור הדלפות מוגבלת. מאחר שקשה ליזום חקירה פלילית של הדלפה מתחילה הסלקטיביות. יתרה מזאת, בנושא של חקירת הדלפות עומד כנגד הסיכון מפני דליפת מידע וסודות וכנגד החשש מפני מניפולציה תקשורתית פסולה הצורך שלא לפגוע מעבר לנדרש בחופש הביטוי. האיזון הוא רגיש. זו עבריינות שקיימת כל הזמן, וכאן החליטו כנראה לחקור את הפרשה משום שהיא נתפסה חמורה מהרגיל ומשום הפגיעה באמון על רקע החשד כי מידע מניפולטיבי נמסר תוך הפרת אמון. הטענה לסלקטיביות היא משום שלא יזמו חקירות במקרים אחרים. ניתן גם לטעון שיש להתמודד עם הסלקטיביות באמצעות מיתון האמצעי הסופי והשימוש באמצעי פחות מהעמדה לדין פלילי, כגון אמצעי משמעותי.

## אכיפה סלקטיבית

### 4. האם נקטת בשיטה של אכיפה מדגמית?

אכיפה מדגמית בהחלט קיימת. שוב צריך להבחין בין אכיפה אקראית לבין אכיפה יזומה, דהיינו תופעה שמחליטים לדון בה שלא על פי תלונה או אירוע. באכיפה יזומה, כאשר רוצים לבדוק דרך הוכחה חדשה או אמצעים מדעיים חדשים לזיהוי, נוקטים לעתים באכיפה מדגמית. דוגמה בולטת מצויה בנושא של סמים ודרכי הוכחת העבירה. בתחום זה מתעוררת השאלה כיצד מוכיחים שהחומר הוא סם. כיום יש תקנות שמסדירות זאת<sup>1</sup>. בעבר לא היו תקנות והיה מקובל להוכיח זאת על פי מדגם סטטיסטי. היינו צריכים לבדוק זאת על דרך הגשת אישומי מבחן. איזו הוכחה בית המשפט יקבל. כמובן שמדובר תמיד במקרים שיש לדעת התביעה ראיות לכאורה המצדיקות זאת ולא אישומי מבחן על גבו של נאשם תמים.

### 5. האם נקטת בשיטה של אכיפה אקראית?

זו פרקטיקה לא מוכרת לי. הדבר ייתכן בעבירות קטנות והמוניות כמו עבירות תנועה. ייתכן שזה קיים גם במיסים, למשל מבצע של בדיקת דיווחי המס של כל חנות רביעית. כלומר, זה מתאים למבצעים של גופי אכיפה ופחות לעבודה של הפרקליטות.

### 6. האם ראוי לדעתך לפרסם הנחיות בדבר אכיפה?

כן, בהחלט. צריך להבחין בין הנחיות לבין טכניקת עבודה. לדעתי מה שקבע השופט מישאל חשין בבג"ץ אפרתי<sup>2</sup> מוצדק, ואני סברתי בזמנו שהפרקליטות לא הייתה צריכה לטעון שאין לפרסם הנחיות. אכן, אין לחשוף טכניקת עבודה, אך יש לחשוף מדיניות. אכיפה מיועדת גם להרתעה. פרסום מדיניות אכיפה היא חלק מההרתעה. המדיניות צריכה להיות גלויה כפי שהחוק גלוי.

### 7. האם הרחבת הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה בארץ היא תופעה ראויה בעיניך?

זו שאלה שקשה להשיב עליה ב"כן" ו"לא". הייתה ביקורת רבה על כך. ההרחבה התחילה בבג"ץ נוף, כאשר יצחק זמיר היה היועץ המשפטי לממשלה והשופט אהרן ברק קבע אז שהביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי צריכה להיות ביקורת רגילה כמו על כל רשות מינהלית אחרת. הגישה הזאת הייתה חדשנית וזרה לנו באותה תקופה, במשך השנים למדנו להעריך את החשיבות שיש בפורטנציאל הביקורת.

1 תקנות הסמים המסוכנים (בדיקה מדגמית של סמים), תשנ"א-1991.

2 בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501.

החלק הטוב בהרחבת הביקורת הוא שיש לה חלק רב בגיבוש מדיניות על ידי התביעה. כבר במבוא שכתבתי בשנת 1994 להנחיות פרקליט המדינה, התייחסתי לכך שפרסום ההנחיות מבוסס על כך שההנחיות צריכות להיות נתונות לביקורת שיפוטית. כשהגעתי לפרקליטות לפני יותר מ-30 שנה התפיסה הייתה שלמערכת התביעה שיקולים עצמאיים, ששיקול הדעת של התביעה הוא ללא התערבות, וכי אין לדרוש ממנה דיווחיות (accountability). התהליכים שעברנו במשך השנים גרמו לנו להיות מתקדמים הרבה יותר מכל שאר המדינות בשיטה האנגלו-סכסית. המהלך של הרחבת הביקורת השיפוטית חייב עשיית סדר ופעולה על פי עקרונות. עם זאת יש להזהיר מפני שימוש לרעה בביקורת, ואני סבורה שהביקורת השיפוטית צריכה להתערב באופן מינימלי וזהיר בשיקולי התביעה. אסור לעשות היפוך תפקידים.

מבחינת היתרונות והחסרונות של הרחבת הביקורת, נראה לי שבשורה התחתונה התוצאה חיובית, כי בפועל ההתערבות מועטה, אבל שיקולי התביעה הפכו להיות מעובדים על פי קריטריונים ראויים כמו רשות מינהלית. למשל בעסקאות טיעון, אם אין קריטריונים איך נדע שהתובע לא נתון ללחצים? בוודאי כך כשמדובר ברשויות אכיפה כמו מכס ומס הכנסה. לכן הביקורת על הסדרי טיעון, דרישת גילוי בדבר תהליך שיקול הדעת היא חשובה. השאיפה צריכה להיות להמעיט את ההתערבות של הביקורת השיפוטית בפועל, אך לחשוף את השיקולים שעל פיהם מנחה עצמה התביעה.

יש טענה שהועלתה פעמים רבות מצד הפרקליטות שהביקורת גורמת לבלבול ומבוכה. הטענה היא שמצד אחד, בית המשפט רומז שאכיפה מחייבת העמדה לדין, ומצד אחר, בית המשפט אומר לא פעם שהקריטריונים שהביאו להעמדה לדין חמורים מדי ומזכה. דוגמה בולטת לכך, לפי הטענה, היא העבירה של הפרת אמונים בידי עובדי ציבור. על אף הטענה, אני סבורה כי לביקורת השיפוטית תפקיד חשוב ויש מקום להפריד בין השיקולים בשלב העמדה לדין לבין שיקולי ההרשעה המחייבת הוכחה מעבר לספק סביר.

8. האם לדעתך עילת האכיפה הסלקטיבית צריכה לכלול גם שרירות או רק מניע פסול?

השאלה מהי שרירות. זה תלוי נסיבות. צריך להבחין בין מסלול החקירה לבין מסלול העמדה לדין. משטרה תמיד פועלת או על פי תלונה או עורכת פעילות יזומה, ולאור זאת יש לבחון את שאלת השרירות.

במקום שיש תלונה, אז זה מעורר חובה של המשטרה לתת שירות לאזרח המתלונן. תלונה מחייבת בדרך כלל חקירה. ניתן לטעון שתלונות שכנים אינן רלוונטיות לעבירה, אך הן רלוונטיות. נניח שאנשים תפסו מבנה שלא כחוק והם מטילים אימה על הסביבה, בין היתר באמצעות כלבים מפחידים. בוודאי שיש עוד אנשים שתפסו שטחים שלא כדין ואפשר לטעון שנטפלו רק אל אלה שהוגשה נגדם תלונה, אך תלונות השכנים מאוד רלוונטיות משום שאלה שהתלוננו עליהם, הפכו להיות מטרד ומסכנים את שלום הציבור. אם אדם

## אכיפה סלקטיבית

יתלונן במשטרה והתלונה לא תטופל הוא יפנה לבג"ץ, והוא גם יצביע על עילה ראויה, אלא אם תבוא המשטרה ותאמר שהיא כלל לא אוכפת את החוק, כמו שהיה לגבי עבירת משכב זכר במשך שנים, עד שבוטלה. ככלל, תלונה עניינית ובתום לב, מצדיקה חקירה גם אם לכאורה היא יוצרת תוצאה סלקטיבית.

לגבי פעילות יזומה של המשטרה, עולה השאלה מהי הדרך. למשל בתי הימורים הם כיום מכת מדינה. כיצד אוכפים את החוק? האם באופן רנדומלי? האם על פי שכוונות? האם יכנסו לכל בית רביעי? האם על פי מידע של שכנים? אלה סוגיות קשות. ע"פ תורג'מן<sup>3</sup> הוא מקרה שנפל בין הכסאות, הייתה אכן תקופה של אי-אכיפת החוק כנגד מכוני ליווי ואז פעלו באמת רק כאשר הדבר היווה מטרד לשכנים. זאת לא שרירות משום שבתלונת שכנים צריך לטפל, אך כיום בעידן הסחר בנשים אוכפים את החוק ומכורח הנסיבות שנוצרו ההשקפה החברתית, ממדיה של התופעה ודברים שידועים כיום ביחס אליה ושפעם לא היו קיימים או לא היו ידועים, שינו את ההתייחסות לעבירה, הן מצד התביעה הן מצד בתי המשפט.

9. מהי לדעתך הנפקות שבית המשפט צריך לתת להוכחת העילה של אכיפה סלקטיבית?

התוצאה צריכה להיות יחסית. בוודאי שבטלות אישום היא תוצאה קיצונית, שלדעתי יש לנקוט בה רק במצבים של מניע פסול או חוסר תום לב, בחקירה או בהעמדה לדין. אם אדם מרגיש שעיר לעזאזל ובצדק, גם במצבים שבהם אין מדובר במניע פסול, אז צריך לחשוב על אפשרויות אחרות: עיכוב הליכים, הרשעה ללא ענישה, ענישה קלה וכו'. כיום אני נתקלת בטענה פעמים רבות בערעורים בנושאי משמעת. למשל כאשר עובד בתפקיד בכיר של כוח אדם מבצע מניפולציות בכל הנוגע לשעות נוספות, נקבע, לבקשת התביעה, שמן הראוי לפטר אותו. לאחר מכן נודע שמעל 20 איש באותו משרד נחקרו על אותה עבירה. אין ספק שהמקרה הראשון היה החמור ביותר וצריך היה לגרום לפיטורין. בעקבות אותו גזר דין, בית הדין המשמעתי פיטר גם את שאר האנשים שהועמדו לדין משמעתי. מה המצב שנוצר? מצד אחד, אי אפשר לפטר רק אדם אחד למען ייראו וייראו ולהפלות בינו לאחרים, ומצד אחר, אי אפשר לפטר 20 עובדים. צריך לחתור לשוויוניות. העניין התעורר בפרשת מוטיל<sup>4</sup>, שטען שרק אליו נטפלו בעניין דיווח שעות. צריך בהחלט לבחון אם לא הייתה התחשבות פסולה. אכן צריך לעשות סדר ואם לא מעמידים לדין משמעתי עובדים אחרים שפעלו בניגוד לדין, המסר אינו עובר, אך הטענה הייתה מדוע מכל המקרים בחרו דווקא אותו? עם זאת אם הוא הורשע על ידי בית הדין הביקורת כבר הרבה יותר מצומצמת והאפשרות להתערב היא בייחוד בתחום של הענישה. המסקנה היא כמובן שהאמירה "כל מקרה ונסיבותיו" היא במיוחד נכונה והיא אינה מליצה בכל הקשור לנושא של אכיפה.

3 ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441.

4 עש"מ 6978/00 מוטיל נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נד(4) 865.

## ריאיון עם עו"ד דרור שטרומ – הממונה על ההגבלים העסקיים\*

### 1. כיצד אתה מבין את המונח "אכיפה סלקטיבית"?

אכיפה סלקטיבית היא סטייה מהנורמה, שלפיה הכוח שניתן למדינה לשם מיצוי הדין עם מי שהפר אותו מופעל באופן שווה כלפי כל המפרים. בכל מקרה של סטייה מהנורמה הזו צריך לבחון אם הסטייה מהותית או פורמלית. לעתים קיימים שיקולים עניינים שלא להעמיד לדין אנשים, אשר היו שותפים להפרת החוק, למשל אם חלקם היה שולי ומחליטים שלא להתמקד בהם אלא בהפרות מהותיות אחרות. ניקח לדוגמה מצב של קרטל. בכל מקרה של קרטל אפשר להעמיד לדין להעמיד לדין עשרות אנשים: את המנהלים, המנהלים הבכירים המופקדים עליהם וכל עובד מינהלי אחר שהיה מעורב בקרטל, בין שסייע, העביר מידע וכדומה. המשמעות של אכיפה דווקנית כזו היא אבסורדית. לא רק שהתביעה תתקשה לעמוד בכך אלא גם בתי המשפט, לכן יש "שיקול דעת תביעת" להחליט כיצד לוכדים את אלה שבצעו הפרות מהותיות ואינטרס הציבור מחייב להעמיד אותם לדין, ולהבחין בינם לבין העבריינים השוליים. ברור לי שהמבחן של סטייה מהותית/שולית הוא מבחן בעייתי, כי אפשר להסתכל על "מהותיות" בצורה שונה. העקביות בעיניי היא אמת המידה הטובה ביותר. יש לבחון אם האכיפה היא סלקטיבית או מבחינה בין העבריינים באופן עקבי. עקביות ושיקופות ששומרים על המערכת מפני הטיית הדין.

### 2. האם התופעה של אכיפה סלקטיבית מוכרת לך מעבודתך ברשות?

אני נתקל פעמים רבות בטענות על אכיפה סלקטיבית. למעשה זה נטען כנגדנו שלוש פעמים בבית המשפט ואף פעם לא הפסדנו. זו טענה שמושרשת כיום כחלק מ"הגנה מן הצדק". זו ממש תחנה שאנחנו בוחנים בהליך שלפני העמדה לדין. הטיעון פופולרי כיום, ויש בכך אפילו זילות. בכל המקרים שהטיעון עלה, הסלקטיביות לא הייתה מספיק חמורה כדי להוות שיקול לאי-העמדה לדין.

\* הריאיון נערך בתאריך 28.5.03. עו"ד דרור שטרומ מנהל כיום את המכון הישראלי לתכנון כלכלי.



## אכיפה סלקטיבית

מקרה אחד שהטיעון עלה בו פעמיים הוא הפניקס<sup>1</sup>. דובר בקרטל חברות הביטוח ונטען שאי-העמדה לדין של כל מכלול הנוגעים בדבר מהווה אכיפה סלקטיבית. עוד נטען על ידי חברת איילון (משפחת רחמני) שהייתה רדיפה של הגורם המוחרם שפעל נגד הקרטל ולכן עצם העמדתו לדין הייתה סלקטיבית. אנחנו בחנו את הטענות הללו והגענו למסקנה דומה למה שבסופו של דבר הגיע בית המשפט. באשר לטענה הראשונה, השיקול המבחין להעמדה או לאי-העמדה לדין לא היה זה. באשר לטענה השנייה, המבחן שלנו היה שאם חברה הייתה צד לקרטל, אז עצם העובדה שבשלב כלשהו היא פעלה נגדו – לא מונעת את העמדתה לדין. אין כאן "קיוזו". בית המשפט למעשה דחה את הטענה במישור העובדתי, משום שלא הוכח שחברת איילון הפרה את הקרטל ועלה מהעובדות שהיא דווקא נהנתה מהקרטל<sup>2</sup>.

מקרה שני שבו עלתה הטענה היה סבירסקי (עניין קרטל המרצפות)<sup>3</sup>. כדי להחזיק קרטל יעיל, צריך לגייס את רוב החברות בענף. במקרה זה הייתה חברה מסוימת שלא רצתה להצטרף ומהמסמכים למדנו שגררו אותה בכוח. חברי הקרטל עשו מתקפה מתואמת על הלקוחות של החברה הציעו להם מחירים זולים ורמזו לחברה שאם היא תצטרף הם יפסיקו לאיים על הלקוחות. זהו קרטל כפול על יצרנים וצרכנים. החברה אכן הצטרפה והפכה להיות פעילה בקרטל. היה לנו ויכוח פנימי ברשות, האם העובדה שכפו עליה יכולה להיות מפלט מהעמדה לדין. בדקנו במשפט המשווה ושם לא קיבלו מצב כזה כנימוק לאי-העמדה לדין, אלא כנימוק לחומרת ההרשעה. השאלה היא אם אלה שכפו עליהם את הקרטל צריכים

- 1 ת"פ (י-ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 7.4.98). בזמן הריאיון היה תלוי ועומד ערעור בבית המשפט העליון. לפסק הדין בערעור ראו ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776.
- 2 יצוין כי בית המשפט העליון קיבל את מבחן "הדומיננטיות", שעל פיו החליטה התביעה איזו מבין החברות תועמד לדין. בית המשפט העליון הטיל ספק בצדקת המדינה ביחס לאי-העמדה לדין של נושאי משרה מסוימים בחברות ביטוח אחרות, אך עם זאת לא קיבל את טענת האפליה של נגה רחמני. ראו שם, בעמ' 823: "ראשית, מפני שהראיות שהביאו הצדדים במשפט אינן מאפשרות להסיק מסקנה בטוחה ביחס לשאלה, חלקו בכיצוע העבירות של מי מנושאי המשרה (שהועמדו או שלא הועמדו לדין) היה יותר או פחות דומיננטי מחלקו של נגה רחמני... ושנית – ובכך העיקר – גם אילו הנחנו, כי בקרב נושאי המשרה בחברות האחרות היו כאלה שחלקיהם בקשירת וביישום ההסדרים הכובלים היו יותר (או לא-פחות) דומיננטיים מחלקו של נגה רחמני, לא היינו מוצאים יסוד לקבוע כי בהעמדתו לדין של נגה רחמני יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. הכול מודים כי גם בהעמדתו לדין של נגה רחמני פעלה התביעה בתום-לב. האשמתו עלתה בקנה אחד עם עקרונות ההחלטה להעמיד לדין שניים מנושאי המשרה הבכירים בכל אחת מן החברות המערבות בעשיית הקרטל; ומקרהו בוודאי איננו נופל לגדר המקרים הנדירים שבהם, חרף תום-לבה של התביעה, ימצא בית-המשפט צידוק לבטל כתב-אישום, מטעמי הגנה מן הצדק, עקב אכיפה בררנית".
- 3 ת"פ (י-ם) 366/99 מדינת ישראל נ' סבירסקי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 6.2.02).

לשאת את כתם ההרשעה. בסופו של דבר העמדנו לדין, משום ששתי העמדות, הן ההתחשבות במסגרת העמדה לדין הן ההתחשבות במסגרת העונש, נראו לנו סבירות. בית המשפט קיבל את הטענה להקלה בעונש והקל בעונשם. באותו מקרה לקחנו את הגורם שריכוז את הקרטל, אך לא היה חלק ממנו, וקראנו לו "המוח". טענו שהוא צריך להיות מורשע כמבצע עיקרי ולא כמסייע. עורך הדין טען טענה של "הפוך על הפוך". הוא טען שזו אכיפה סלקטיבית, משום שהצבת לקוחו בשורה אחת עם העבריינים העיקריים היא סלקטיביות הפוכה. בית המשפט המחוזי קיבל את הטענה וקבע כי יש לראות בו מסייע ל"צד להסדר כובל"<sup>4</sup>. בית המשפט העליון קיבל את דעתנו<sup>5</sup>.

מקרה נוסף שנתקלנו בו היה של הסדר כובל בין גורם חזק לחלש, כאשר הגורם החזק ניצל את החלש כדי לחזק את כוחו. נשאלה השאלה אם להעמיד גם את החלש לדין. העמדנו לדין את טמבור, שהיא חברה מונופוליסטית בתחום הצבעים, ולא את הרשתות שבאמצעותן תיאמו מחירים, משום שהן היו גורמים פסיביים. בית המשפט לא קיבל את הטענה של אכיפה סלקטיבית<sup>6</sup>.

### 3. עד כמה משפיעים אילווצי משאבים על קביעת מדיניות האכיפה ועל האכיפה בפועל?

זו שאלה שמתחבטים בה הרבה. אני מעולם לא ויתרתי על תיק פלילי בשל אילווצי משאבים. זהו פגם מוסרי. אנחנו מבצעים סינון פנימי ורק על הפרות קשות מעמידים לדין. תיקים כאלה לפעמים מחכים שנתיים, אך בסופו של דבר מוגש כתב אישום. ייתכן שזה משום שאנחנו רשות צעירה, בראשית דרכה, שצריכה לבסס כוח הרתעה. כמו כן העבירות שאנחנו מטפלים בהן אינן המוניות, שלא בדומה לרישוי עסקים, תכנון ובנייה וכדומה.

4 ראו שם, בסעיף 65 לפסק הדין: "לאור האמור לעיל, יש לקבל את הודאת הנאשם כי הוא היה מסייע לביצוע העבירות של 'צד להסדר כובל'. מעמדו כמסייע מתיישב היטב בין אם נבחן את תרומתו ומעשיו לפי מבחן השליטה הפונקציונלית, בין לפי המבחן המשולב ובין לפי המבחן הערכי-מוסרי. אכן, כפי שעולה מהראיות בפני, הסיוע שנתן הנאשם היה סיוע מהותי ובעל משמעות רבה לפעילותו של הקרטל. לולא הסיוע של הנאשם, סביר להניח כי ההסדרים הכובלים לא היו מחזיקים מעמד שנים כה רבות כפי שהיה במקרה זה. עם זאת אין בעובדה זו כדי לשנות את מעמדו המשפטי של הנאשם, כמסייע בלבד".

5 ראו ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נז(3) 135, 143: "בענייננו, היה להתנהגותו של המשיב חלק מרכזי ועיקרי בגרדי ההסדר הכובל, הן בתקופה שבה נשלט תחום ההגבלים העסקיים על-ידי החוק המקורי – שאסר על יישומו של הסדר כובל – והן מעת שהתקבל החוק המתוקן, אשר בגדרו מוטלת אחריות פלילית על מי שהוא צד להסדר כובל, כאשר עצם ההתנהגות מקימה את ההסדר הכובל והופכת את המתנהג לצד לו. מבחינה זו קיימת רציפות בין שני החוקים, כך שעם הפסקת המעשים הפליליים על-ידי הרשויות, התגבשה ההתנהגות לכלל עבירה נמשכת שלמה. על-כן ברי, כי המשיב נמנה עם המבצעים בצוותא של העבירה כאמור".

6 ת"פ (י"ם) 1142/01 מדינת ישראל נ' שולשטיין, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (גזר הדין ניתן ביום 14.1.02).

#### אכיפה סלקטיבית

ייתכן שלולא מאפיינים אלה התשובה הייתה שונה. אנחנו גם רשות חוקרת וייתכן שאם היו לנו יותר משאבים היינו מאתרים יותר מקרים של הפרות קשות ומהותיות, אך לא הייתי מעמיד לדין על עבירות יותר קלות.

4. האם אתם נוקטים בשיטה של אכיפה מדגמית, על דרך של הגשת אישומי מבחן?

הנושא ככזה לא קיים. מה שכן קיים, זה אכיפה של עבירה מסוימת כנגד רשות כלכלית שהנזק שהיא יוצרת קשה יותר מאשר רשויות אחרות שביצעו לכאורה את אותה עבירה. למשל – הסדר כובל והגבלת תחרות. ניקח לדוגמה שני מקרים: א. הסדר בלעדיות של חברת ופלים עם רשתות השיווק, שלפיו נקבע ש-90% מהוופלים שימכרו יהיו של החברה. זה חוסם קמעונאות של יצרנים אחרים. ב. הסדר בלעדיות בין יצרן עוגיות לבין חנות קפה ברחוב מסוים בתל-אביב, שלפיו 90% מהעוגיות שימכרו בבית הקפה יהיו של היצרן הזה. היצרן אינו מונופוליסט. לכאורה אלה שני הסדרים כובלים מאותו סוג – בלעדיות חלקית – ודינם צריך להיות זהה, אך כאשר בודקים את ההשלכות על התחרות במשק, ניתן להבין בנקל כי חסימת עוגיות בבית קפה אינה מצדיקה את הפעלת מנגנון התביעה הפלילית. ייתכן שזה *de minimis*, וגם אם לא – זה לא המקרה להוציא צו מניעה. לעומת זאת הסדר כובל שבו יצרן מונופוליסט חוסם 90% מהקמעונאות ומוציא מתחרים מהשוק – כאן יש מקום לאכיפה פלילית.

אני סבור שכאשר התביעה אינה בטוחה שבמקרה מסוים הדין מצדיק הרשעה, לא בוחנים זאת דרך העמדה לדין. לא צריך לעשות בירור של סעיף או הוראה חדשה בחוק על דרך של שימוש בהליך הפלילי. צריך להיות גילוי דעת שהתנהגות היא עבירה פלילית, גם אם זה מסורבל. לא פותחים חזית רחבה על דבר שאינו צולח את מבחן האשמה, אף שאין ספק בדבר תחולת הדין.

5. באנגליה מחקרים על אכיפה על ידי רשויות רגולטוריות מתארים את אמצעי האכיפה כסדרה של אמצעים ההולכים ונעשים קשים יותר, אך רוב המקרים נסגרים בסופו של דבר בדרכים לא פורמליות, דהיינו במו"מ בין הרשות לפרט ללא הפעלה של אמצעים פורמליים. האם אתה סבור שתיאור זה נכון גם למצב בארץ?

זה לא המצב בארץ, עם זאת ישנם מצבים שבהם אנו שוקלים ללכת לפשרה: א. כשאין מספיק ראיות. הרשות בסופו של דבר עושה הכל כדי לקדם את מטרותיה, ואם היא לא יכולה להשיג זאת בהליך פורמלי, היא פונה לדרך הפשרה. ב. כאשר רוצים להשיג תוצאות מיידיות בשוק. כאן יש התלבטות משום שמגלים הפרות קשות של החוק ורוצים לתקן אותן מהר. במקרים כאלה מנסים להגיע להסכמות והבנות שישוּגו את היעד העיקרי שרוצים לקדם כמו פתיחת שווקים לתחרות ופירוק קרטלים.

בדרך כלל אנחנו כן מעדיפים הליכים פורמליים. החוק הישראלי מאפשר זאת בשל המנגנון של "קביעה"<sup>7</sup>. הממונה רשאי לקבוע מצב משפטי שיוצר השלכות. חשובה כאן גם המנטליות. יש מדינות שבהן החשש מאמירה של רשות מוסמכת הרבה יותר גדול מאשר בארץ. בישראל, אם לא היו לנו אמצעים פורמליים של הגעה לבית המשפט, ההתייחסות אלינו הייתה אחרת. היכולת ללכת לבית משפט נותנת לנו את הגב גם בפשרה. כאשר לרשות בארץ אין סמכויות אכיפה – פחות מתייחסים אליה.

6. האם הרחבת הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה בארץ היא תופעה ראויה בעיניך?

לדעתי צריך להישמר מביקורת סבירות העמדה לדין. כמוכן שמקרים של רדיפה הם מקרים שערוורייטיים. לשם כך קיימת ה"הגנה מן הצדק", שמתייחסת רק למקרים קשים שבהם נעשתה סטייה מהותית מהעמדה לדין תקינה. החשש שלי הוא ממעבר לבחינת סבירות שיקול הדעת של התביעה. המרחק בין סבירות לביקורת על טעות גם הוא בעייתי. מבחן הסבירות כאן מסוכן. אולי צריכה להיות בחינה של סבירות, אך לא תחת "הגנה מן הצדק".

התוצאות של העילה בדבר אכיפה סלקטיבית יכולות להיות קשות. האם בכל מקרה של רשלנות בהעמדה לדין יהיה ניתן לטעון אכיפה סלקטיבית? אם אין טענה לשיקולים זרים אלא רק לרשלנות זו לא אכיפה סלקטיבית. אני מתאר לך את האטמוספירה שיכולה להיות בבית המשפט: עורך הדין של הנאשם מתחיל לטעון "למה 20 מטר משם לא אכפתם את החוק?" ואז מתחילים לחקור את רשלנות אנשי התביעה ומדוע לא מעמידים לדין את כולם. פתאום משקל הנגד לעבירות הקשות שבוצעו עובר לרשלנות אנשי הממסד. אני מתקומם נגד הקטגוריה של רשלנות. אני מסכים ששרירות אינה ראויה. צריך להראות משהו שהוא

7 סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, קובע כדלקמן: "קביעת הממונה – (א) הממונה רשאי לקבוע אם – (1) הסדר או הסדר שצדדים מבקשים להגיע אליו, הינו הסדר כובל; (2) קו פעולה שאיגוד עסקי קבע או המליץ עליו, או מבקש לקבוע או להמליץ עליו, שהינו הסדר כובל; (3) במיזוג חברות מתקיימים תנאי סעיף 17; (4) קבוצת ריכוז היא בעל מונופולין; (5) בעל מונופולין ניצל לרעה את מעמדו בשוק לפי הוראות סעיף 29א. (ב) הודעה על קביעת הממונה תימסר לצדדים להסדר כובל, לצדדים למיזוג החברות ולבעלי המונופולין, לפי הענין, והוא רשאי אף לפרסמה ברשומות; היה הממונה בדעה שאינטרס הציבור מחייב פרסום, יפרסם את הקביעה ברשומות ובשני עתונים יומיים, לאחר שלושים ימים מיום המצאת ההודעה. (ג) מי שנמסרה לו הודעה לפי סעיף קטן (ב) החולק על הקביעה, או על חלקה, רשאי לערור לפני בית הדין תוך שלושים ימים מיום שהודעה עליה הומצאה לו. חובת הראיה בפני בית הדין היא על העורר. (ד) בית הדין, לאחר ששמע את הצדדים, רשאי לאשר את קביעת הממונה, לבטלה או לשנותה. (ה) קביעת הממונה תהא ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי. (ו) אין בשימוש הממונה בסמכותו לפי סעיף זה, או באי שימוש בה, מניעה מלהעמיד לדין אדם שעבר על הוראות חוק זה."

#### אכיפה סלקטיבית

מעבר לרשלנות. צריך להראות "דבר מה נוסף". לא הייתי מצפה מנאשם להוכיח קונספירציה, אך הייתי מצפה שיראה *prima facie evidence* לאכיפה סלקטיבית. התערבות בשל רשלנות תשתק את היכולת של מערכות האכיפה לעבוד. לדעתי צריך להיות הסדר בחקיקה של עילות הביקורת. יש היום "זום" מאוד גדול על עבודת התביעה. בוחנים כל פרט. עולות טענות ובית המשפט משקיע בהן זמן רב. צריך להיות סדר. השופט אהרן ברק קבע למשל בפסק דין נוף<sup>8</sup> שבוחנים גם את סבירות החלטת היועץ המשפטי. המחוקק היה צריך לעשות סדר ולהגדיר מה הן עילות הביקורת.

#### 7. האם לדעתך ראוי לפרסם הנחיות בדבר מדיניות אכיפה?

כן. חייבות להיות הנחיות והן חייבות להתעדכן כל הזמן. מעבר ליעדים של שקיפות, פתיחות וכו', מערכת תביעה צריכה לארגן את הפעולה שלה לפרמטרים עקרוניים. תמיד יהיה מקרה שלא נופל בגדר ההנחיות, אך הכי חשוב זה העקביות והוודאות. ההנחיות צריכות להתפרסם. אם אין פרסום, התוצאה היא שעבריינים "ותיקים" מכירים את שיקול הדעת ומתאימים עצמם, ואילו עבריינים "חדשים" לא מכירים ולכן נופלים. צריך גם פרסום וגם ביקורת.

#### 8. מהי לדעתך הנפקות שבית המשפט צריך לתת לאכיפה סלקטיבית, אם הוכחה?

אם העילה מתייחסת להפעלת שיקול זר, אז אני סבור שמבחינת כושר ההרתעה – הכלל הנכון הוא בטלות אישום. למשל אם מישהו יצליח להראות שהממונה על ההגבלים העסקיים נטפל לחברה משום שהוא הפסיד בקרב משפטי נגדה והוא מעמיד לדין על מעשים זניחים לכאורה – צריך לשיקול במקרים כאלה את בטלות האישום.

8 בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326.

## ריאיון עם עו"ד נאוה בן-אור – המשנה לפרקליטת המדינה\*

### 1. מהי לדעתך "אכיפה סלקטיבית"?

במחשבה ראשונית נראה לי שקיימים שני סוגים של אכיפה סלקטיבית, האחד – אכיפה סלקטיבית בלתי עניינית; האחר – אכיפה על דרך של סלקציה עניינית:  
א. אכיפה לא עניינית שבוחרת מטעמים לא עניינים את מושאי האכיפה מבין גורמים שלכאורה הם שווים. כך למשל נניח שהתופעה של יידוי אבנים במגזר הערבי ובמגזר החרדי היא שווה מבחינת היקף וסיכון. החלטה לאכוף את החוק רק במגזר הערבי היא החלטה על אכיפה סלקטיבית.  
ב. סלקציה בתוך קבוצה מסוימת תוך יצירת מדרג ענייני. נניח שיש 50 מידי אבנים ולא רוצים להגיש לבית המשפט 50 תיקים, אז מחליטים להגיש כתב אישום רק כנגד בגירים, רק אלה שיש להם עבר פלילי קודם וכו'.

### 2. עד כמה התופעה של אכיפה סלקטיבית מוכרת לך מעבודתך וכיצד את מתמודדת אתה?

אני לא מעלה בדעתי, כתפיסה אתית של התביעה, אכיפה שהמשמעות שלה היא סלקציה לא עניינית בין אנשים שעברו אותן עבירות, והיא אכן אינה קיימת. ישנו מחקר שנעשה באוניברסיטת חיפה<sup>1</sup>, ואשר מצביע על כך שההתייחסות של הפרקליטות ליהודים ולערבים היא התייחסות שוויונית. גם מההיכרות היום-יומית שלי, אין מסר גלוי או סמוי של אכיפה בלתי עניינית. יש הנחיות של היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין קטינים שנתפסים פעם ראשונה עם סם לשימוש עצמי אלא להסתפק באזהרה.

\* הריאיון נערך בתאריך 11.6.03. נאוה בן-אור מכהנת כיום כשופטת בית המשפט המחוזי בירושלים.

1 ראו א' רטנר, ג' פישמן צדק לכל? יהודים וערבים במערכת המשפט בישראל (דו"ח מחקר, 1998). מהממצאים עולה כי ההבדל בהסתברות לסגירת תיקים בקרב יהודים וערבים קטן ביותר, הן כאשר מדובר בחשודים ללא עבר פלילי קודם הן במקרים שבהם קיים עבר פלילי קודם. ההסתברות לסגירת תיקים נבדקה גם על פי קבוצות עבירות מסוימות ושוב לא נמצאו הבדלים מובהקים בין יהודים וערבים.

## אכיפה סלקטיבית

זה נובע מטעמים ענייניים של רצון לטפל בכך בדרך אחרת. זו דוגמה לאכיפה סלקטיבית המבוססת על שיקולים ענייניים ביותר.

באשר לתופעה מהסוג השני, דהיינו סלקטיביות בתוך הקבוצה, ייתכן שזה קיים בסוגים מסוימים של אירועים המוניים. למשל אם נערכת הפגנה לא חוקית, לא בהכרח נאכוף את הדין כלפי כולם מאחר שאין בכך עניין ציבורי. ניצור מדרג מסוים בתוך הקבוצה כך שהדין יאכף כלפי המארגנים או כלפי מי שהיה אלים, מי שיש לו עבר פלילי וכו'.

כעיקרון העשייה שלי היא בלב האכיפה הפלילית ולכן אין לי תמונה מלאה למשל של מה שקורה בנושאים כלכליים. סביר גם שטענות לסלקטיביות עולות באופן יותר יום-יומי בתיקי עיכוב הליכים וכדאי לבדוק גם בכיוון זה.

### 3. עד כמה החלטות אכיפה מתקבלות על סמך מדיניות ועד כמה באופן ספורדי?

רוב המקרים אינם מעוררים שאלות של מדיניות, מדובר באכיפה יום-יומית. כך למשל לא מתעוררת השאלה אם סוחרי סמים או עברייני מין צריכים לעמוד לדין. שאלות של מדיניות מתעוררות כאשר יש עבירה חדשה כמו סחר בנשים. היה חשוב לקדם את האכיפה ויש מעקב של פרקליטת המדינה שיעשו כמה שפחות הסדרי טיעון ושההעמדה לדין תהיה בעבירה החמורה יותר המתגלה מן העובדות<sup>2</sup>. גם לגבי תופעות שהן "מכת מדינה", כמו למשל תאונות הדרכים, יש הנחיה שעוסקת במדיניות תביעה<sup>3</sup>. ההנחיה קובעת שיש להחמיר, דהיינו בתיק גבולי שההתלבטות היא בין גרם מוות להריגה – להעמיד לדין בהריגה; אם התיק גבולי בין גרם מוות לחוסר ראיות – להעמיד לדין ולאפשר לבית המשפט להחליט. כלומר בנושאים שאנו סבורים שאפשר לפעול לשירוש התופעה והטמעת נורמות – אז תהיה הנחיה כללית. קיימת כמובן גם מדיניות בכל הנוגע להעמדה לדין של קטינים. קיימת מדיניות תביעה לגבי חבלה ברכב<sup>4</sup> – זו דוגמה למדיניות תביעה שנוצרת בגלל חקיקה לא מאוזנת. כל סריטה ברכב הפכה להיות עבירה חמורה של חבלה במזיד לרכב<sup>5</sup>. זה מעמיד את התביעה במצב של צורך להעמיד לדין אף שלא סבורים שיש ונדליזם. ההנחיות

2 ראו הנחיות פרקליטת המדינה (עדכון אחרון 1.1.03), הנחיה מס' 2.2 – מדיניות החקירה וההעמדה לדין בעבירות זנות וסחר בבני אדם לעיסוק בזנות.

3 ראו הנחיות פרקליטת המדינה (1.8.02), הנחיה מס' 2.1 – מדיניות התביעה בהעמדה לדין בעבירות של גרימת מוות בתאונות דרכים.

4 ראו הנחיות פרקליטת המדינה (1.8.02), הנחיה מס' 2.10 – מדיניות התביעה לגבי עבירות של חבלה ברכב.

5 סעיף 413 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 קובע: "ההורס או פוגע במזיד ברכב או בחלק ממנו, דינו – מאסר חמש שנים".

קובעות שכאשר העבירה תחבטא בשריטה בפה או גניבת צלחות, ההעמדה לדין תהיה בהיזק בזדון<sup>6</sup> ולא בסעיף 413ה. זו סלקטיביות שיש בה טעם.

4. האם רוב המקרים של העמדה לדין הם תוצאה של תלונות או של פעילות יזומה?

סטטיסטיקה מדויקת צריך לשאול את המשטרה, אבל כעיקרון זה תלוי מאוד באופי וסוג העבירה. בעבירות מין – ברור שהרוב זה תלונות. בעבירות סמים – הרוב פעילות יזומה, משום שאין מתלונן. ברצח – הגופה היא התלונה. סחר בנשים – לעתים נשים מצליחות להגיע למשטרה, אך על פי רוב תהיה פעילות יזומה ומידע מודיעיני. עבירות צווארון לבן – בדרך כלל אין מתלונן גם בסוף הדרך.

5. כיצד משפיעים אילוצי המשאבים על מדיניות האכיפה ועל האכיפה בפועל?

אילוצי המשאבים משפיעים בהרבה מובנים:

ראשית, הם גורמים לכך שתיקים שדורשים זמן רב כמו עבירות צווארון לבן, מרמה וכו' אינם מטופלים במשך תקופות ארוכות משום שהעבריינים אינם במעצר. רוב המשאבים מופנים לתיקי מעצרים. מטבע הדברים, פרקליט שצריך להגיש כתב אישום תוך 48 שעות כי החשוד במעצר, לא מתמקד בתיק שדורש חודש קריאה.

שנית, אף שאני יודעת שהכנת התיקים נעשית היטב, אני תמיד חרדה שבשל לחץ הזמן משהו נשמט, לא ניתנה מספיק תשומת לב לגרסת הגנה אפשרית שהיה צריך לבדוק יותר לעומק וכו'. הלחץ והעומס עלולים לפגוע בעבודה התקינה. תנאי העבודה הם קשים, לדוגמה יושבים כמה אנשים באותו חדר והאחד צריך למשל לכתוב, כאשר השני חייב לנהל שיחה.

שלישית, גם המחסור במשאבים של המשטרה משפיע על איכות התיקים שמגיעים אלינו.

יש לנו מצוקת משאבים אנושיים וחומריים. מצוקה של משאבי אנוש, רמת מחשוב נמוכה של המערכת ותנאי עבודה קשים. עם זאת בשל איכות כוח האדם, הרי שלמרות התנאים הבסיסיים הקשים, העבודה שנעשית היא ברמה גבוהה מאוד ויש מיעוט של תקלות.

6. האם אתם נוקטים בשיטה של אכיפה מדגמית (על דרך של הגשת אישומי מבחן)?

זה מאוד בשוליים. ייתכן שכאשר מדובר בתופעה חדשה ינסו לבדוק אותה קודם, אך זה בוודאי לא תופעה יום-יומית. ניתן למשל להעלות על הדעת שאם יש 100 תלונות על שידורים פירטיים יעמידו לדין את החמורים יותר, למשל את אלה שמידת ההפרעה שלהם

6 סעיף 452 לחוק העונשין, תשל"ז-1977: "ההורס נכס או פוגע בו במזיד ושלא כדין, דינו – מאסר שלוש שנים, והוא אם לא נקבע עונש אחר".



## אכיפה סלקטיבית

לתעופה חמורה יותר, אם כי, למיטב ידיעתי, יש ניסיון לאכוף אכיפה רחבה. בכל מקרה, לא תהיה סלקציה על בסיס תוכן. ניתן לחשוב על מקרה שבו תוכן השידור, כשלעצמו, מהווה עבירה פלילית – כשיקול נוסף לאכיפה<sup>7</sup>.

### 7. האם אתם נוקטים בשיטה של אכיפה אקראית?

בכל הנוגע לעבירות תעבורה, אם השוטרים מחליטים למשל ש"מתלבשים" יום אחד על כביש מס' 1, אז אין שוטרים בכביש 4. בעבירות כאלה יש היגיון באקראיות משום שהאקראיות היא גורם הרתעה. אם יש מידע שתחנות סמים "משתוללות" בלוד, אז השוטרים יעבדו במשך חודשיים בלוד. לגבי מכוני ליווי – האכיפה לא מלאה, אך היא לא אקראית, יש הנחיות מדיניות, למשל אוכפים כנגד מקומות שיש מידע שיש בתוכם נשים שנסחרו, או שיש מידע שנעשים בתוכם מעשי אלימות. במצב כזה כן תהיה הבניה של שיקול הדעת.

### 8. האם לדעתך ראוי לפרסם הנחיות בדבר מדיניות אכיפת החוק?

קיימות הנחיות שעודכנו לאחרונה בינואר 2003 והן מצויות אפילו באינטרנט<sup>8</sup>. עם זאת יש הנחיות בנושאים מסווגים שלא ראוי לפרסם, כמו לעניין חומר חקירה או תעודות חיסיון.

### 9. האם הרחבת הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה בארץ היא תופעה ראויה בעיניך?

אני סבורה שההרחבה בעייתית, משום שהיא הכניסה עוד שיקול שצריך לעמוד על הפרק והוא השאלה אם החלטה תעמוד בבג"ץ. זו מעין דחיפה לאכיפת יתר גם במקרים שבהם היועץ המשפטי סבור שלא צריך להעמיד לדין, אך חושש שההחלטה לא תעמוד בבג"ץ. אני לא רוצה ליצור את הרושם שזהו תהליך קבלת ההחלטות, אבל אני חוששת שנוצר מעין "רעש סביבתי" אשר יכול להשפיע לפעמים על קבלת ההחלטות. יש לציין שמאז פרשת גנור<sup>9</sup> חל מיתון בתפיסה של בית המשפט. ראשית, ברטוריקה יש הבחנה בין החלטה של סגירת תיק מחוסר ראיות לבין החלטת סגירה מחוסר עניין לציבור<sup>10</sup>. הערכת ראיות זה עניין של התביעה. מי שבסופו של דבר צריך לעמוד בבית המשפט הם נציגי היועץ המשפטי לממשלה, ואם הם מחליטים שהראיות בתיק אינן

7 ראו הנחיות פרקליטת המדינה (1.8.02), הנחיה מס' 2.9 – מדיניות התביעה לגבי שידורי רדיו פירטיים.

8 ראו אתר משרד המשפטים [www.justice.gov.il](http://www.justice.gov.il)

9 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485.

10 ראו למשל בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 39 (פרשת בר-און)

מספיקות, אז לבית המשפט אין כלים להתערב. זו פגיעה לא נכונה במעמד התביעה. קיבלנו על כך חיזוק בעניין נמרודי<sup>11</sup>, אשר עתר כנגד היועץ המשפטי לממשלה במטרה להעמיד לדין את מוזס, מדברים שאמר בפסק הדין השופט מישאל חשין<sup>12</sup>. שנית, גם כאשר הבקשה היא להתערב בשיקולי העניין הציבורי, בית המשפט בפועל לא נוטה להתערב אף שהרטוריקה פחות נחרצת ומאפשרת התערבות. יש בכך מסר. העתירות כנגד אי-העמדה לדין הן בדרך כלל בעבירות צווארון לבן. בג"ץ מדבר על העניין הציבורי הרב בהעמדה לדין, אך בהליך הפלילי, באכיפה בפועל, יש הרבה זיכויים. ניקח לדוגמה את בג"ץ גנור בעניין פרשת הבנקאים. העמדה של היועץ המשפטי לממשלה הייתה שלא להעמיד לדין בשל חוסר עניין לציבור, משום שוועדת בייסקי<sup>13</sup> קיבלה החלטות וסילקה מכהונה בעלי תפקידים מסוימים. בג"ץ החליט אחרת וכתב פסק דין מרשים על העניין הציבורי שבהעמדה לדין. המשפט עלה למדינה הון כסף, התיק התנהל 3 שנים במחוזי ובבית המשפט העליון היו 40 ימי דיונים. בסופו של דבר הם הורשעו בעבירה פלילית של קבלת דבר במרמה. בעבירות החמורות יותר שקשורות בפגיעה ביכולת הבנק לקיים את התחייבויותיו – הם זוכו בבית המשפט העליון<sup>14</sup>. הוויסות התרחש בשנת 1983 והפרשה הסתיימה בשנת 1995.

קיימת גם בעיה פסיכולוגית. כאשר בג"ץ קובע שיש להעמיד לדין, אמנם זו קביעה שלא צריכה להיות לה משמעות לגבי ההרשעה משום שהוא לא בודק את הראיות, אך מבחינה פסיכולוגית יכולה להיות לכך השפעה. מעניין יהיה לבדוק קורלציה בין תיקים שכתבי האישום בהם הוגשו לאחר שבג"ץ התערב והורה להגישם לבין זיכויים/הרשעות. אם כי, כאמור, מדובר במקרים נדירים.

לסיכום, אני חושבת שלא רק ההחלטה בפועל, אלא גם הרטוריקה צריכה הייתה להיות שאין מתערכים בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה – הממונה על התביעה – כל זמן שאינן נגועות בשרירות או בחוסר תום לב. אני חושבת שהחלטה בעניין העמדה לדין היא מורכבת

- 11 בג"ץ 4736/98 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 659.
- 12 ראו שם, בעמ' 667: "אכן, אם על דרך הכלל לא ימהר בית-המשפט הגבוה לצדק להתערב בהחלטתו של היועץ-המשפטי להעמיד לדין או שלא להעמיד לדין, ייאמרו דברים אלה בראש ובראשונה בשאלת הערכתן של ראיות, שאלה הניתנת במובהק להכרעתן של רשויות התביעה. רשויות התביעה קנו ידע, מקצועיות וניסיון רב, וחזקה עליהן כי תעשינה כמיטבן להעמיד לדין את מי שראוי כי יועמד לדין ושלא להעמיד לדין את מי שאין הוא ראוי כי יעמוד לדין. מרחב שיקול הדעת של הפרקליטות, בעיקר בנושא זה, הינו מרחב רב, ובית-המשפט לא יתערב בהחלטתה אלא במקרים בהם חרגה ביתר ממתחם שיקול הדעת אשר ניתן לה".
- 13 ביום 7.1.85 החליטה הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת על הקמתה של ועדת חקירה, שבראשה עמד השופט משה בייסקי. נקבע כי על הוועדה לחקור "את כל העובדות והגורמים שהביאו לוויסות המניות הבנקאיות, מתחילת הוויסות, ולמשבר במניות אלה שאירע בחודש אוקטובר 1983". ביום 16.4.86 הגישה הוועדה את הדין וחשבון שלה; ראו דין וחשבון ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים – ועדת חקירה ממלכתית, תשמ"ו-1986.
- 14 ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221.

## אכיפה סלקטיבית

ובית המשפט לא צריך להתערב בה. לדעתי פסק דין שור<sup>15</sup> קבע תנאים ראויים לביקורת<sup>16</sup>. הביקורת צריכה להיות מצומצמת וזהירה, כדי למנוע את "הרעש הסביבתי" שנוצר.

10. מה הן אפשרויות מיצוי ההליך של אדם בטרם הוא מועמד לדין?

כל אדם שמבקש, באמצעות עורך דינו, שימוע – מקבל. הייתה בעבר הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה שעסקה בשימוע לאישי ציבור, אך הטענה שאחרים לא מקבלים שימוע אינה נכונה<sup>17</sup>. לאור זאת, אדם שרוצה לטעון לסלקטיביות לפני הגשת כתב אישום יכול לפנות לפרקליט המחוז, לפרקליט המדינה או ליועץ המשפטי. עורכי הדין יודעים שדלתנו פתוחה ופונים אליי לשימוע אפילו כדי לשכנע אותי להימנע מהגשת ערעור.

11. האם לדעתך אכיפה סלקטיבית קיימת רק כאשר מוכח מניע פסול, כאמור בדין בארצות-הברית, או שראוי שעילת הביקורת תכלול גם שרירות, רשלנות או אכיפה על בסיס סיווג שהמחוקק לא יצר?

השאלה היא איך מגדירים שרירות. אם הצבת מארב משטרתי בכביש מסוים דווקא היא שרירות – אז אני לא רוצה שזה יהיה בסיס לביקורת בעילה של אכיפה סלקטיבית. אם שרירות זו החלטה לרכז משאבים במקום מסוים לפי תכנית עבודה, אז זו לא אכיפה סלקטיבית. באשר לרשלנות המשטרה – נראה לי שזה בכלל לא נושא לבירור משפטי ככל שאין לכך נגיעה לחיק ספציפי. המשמעות של זה תהיה שכל משפט במדינה יתחיל במשפט למשטרה. גם כך הנטייה כיום היא לרכז את החיצים כנגד השוטר. גם יצירת סיווגים באכיפה הכרחית לדעתי בשל האילוצים. כך למשל רשויות האכיפה רשאיות לשים דגש על מי שיש לו עבר פלילי או על מי שנתפס עם כמות מסוימת של סמים, ורשאיות להחליט שלא להעמיד לדין צעירים ללא עבר פלילי שנתפסו עם סמים לשימוש עצמי. בחוק אמנם אין הבחנה בין כמויות של סמים, אך מאחר שאין לצפות שתהיה אכיפה של 100%, בייחוד במדינה נטולת משאבים כמו שלנו שבה המשטרה הפכה להיות ארגון האחראי לביטחון פנים ועסוק בכך באופן דומיננטי, לא מתקבל על הדעת שרשויות האכיפה לא תוכלנה לבצע סיווגים.

15 בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא(1) 285.  
16 ראו שם, בעמ' 300-301: "לפיכך מכוחו של בית-משפט זה לפקח ולבקר, בעת שבא לפניו ערעור על פעולה מסוג זה, אך אם יסודה ביושר ובתום-לב; במניעים טהורים ולא נפסדים; במטרה הכרוכה באינטרס הציבורי ומכל מקום, שאינה עומדת – כאשר היועץ המשפטי מבקש, מטעמים שבצדק, את טובתו של הנאשם – בסתירה ברורה לאינטרס הזה. אכן, בבדקו את המטרה שלשמה ניתן צו-העיכוב, יימנע בית-משפט זה מלסמוך את ידו עליה רק במקרה, בו יבלוט ניגוד גמור בינה לבין טובת הכלל, דבר הגובל למעשה עם חוסר תום לב".  
17 בהקשר לטענות חוסר שוויון הנובעות ממתן שימוע לאישי ציבור ראו ר' גביון "שימוע, שוויון לפני החוק והיועץ המשפטי לממשלה" עיוני משפט טו (תש"ן) 457.

על פי התפיסה של סמכות רשויות התביעה בישראל, שהיא תפיסה אנגלו-אמריקנית ששונה מהתפיסה הקונטיננטלית, יש אפשרות לסגור תיקים בשל חוסר עניין לציבור. זה גורר את האפשרות לשים דגשים גם במקומות שהמחוקק לא שם אותם. ניקח למשל את העבירה של ביגמיה, שמאז שהיא באה לעולם התפתחה התופעה של "ידועה בציבור", או ההנחיה של היועץ המשפטי חיים כהן שלא לאכוף את עבירת משכב הזכר כנגד הומוסקסואלים. השינויים חייבו התאמה של האכיפה. גם לעניין סרסרות לזנות, השאלה היא איך נלחמים בתופעה, שכן בגדר העבירה יכולים להיכנס מאות בתי בושת מסוגים שונים. ברור שזונות תמיד תהיינה והזנות כשלעצמה אינה אסורה. מה שאסור זה הסרסרות. יש כל מיני תופעות של סרסרות ממדרג סוחרי הנשים ועד אנשים כמו הלנה תורג'מן<sup>18</sup> שמעסיקה נשים וגובה מהן עמלה. ברור שיופנו מאמצי אכיפה מיוחדים כלפי אנשים שעוסקים בהברחת נשים דרך הגבול, עושק, כליאה – חייבים ליצור מדרג. זה נגזר מהסמכות לאכוף את החוק כשיש עניין לציבור.

12. בהנחה שהוכחה אכיפה סלקטיבית, מה לדעתך הנפקות שבית המשפט צריך לתת לכך?

אם האכיפה הסלקטיבית היא באמת על בסיס פסול וקיצוני, ייתכן שזה נכלל בגדר עילת ה"הגנה מן הצדק", וזה גם בגדר הביקורת השיפוטית לפי התנאים של בג"ץ שור, משום שיש בכך חוסר תום לב. או שבג"ץ יתערב או בית המשפט בהליך הפלילי דרך ההגנה מן הצדק. במקרים קלים יותר, לדוגמה מצבים שבהם שותף לעבירה לא הועמד לדין או קיבל עונש קל יחסית, בתי המשפט מביאים זאת ממילא בחשבון בהליך גזירת הדין.

18 ראו ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441.

אכיפה סלקטיבית

## נספח ה

### ריאיון עם עו"ד טלי ירון-אלדר – נציבת מס הכנסה\*

1. כיצד את מבינה את המונח "אכיפה סלקטיבית"?

נקודת המבט שאני מסתכלת עליה היא הנאשם. אילו האכיפה לא הייתה סלקטיבית, אזי באופן מכני לכל נאשם היה עונש ברור על העבירה. אכיפה סלקטיבית יוצרת שוני בהתחשב בנסיבות חיצוניות לעבירה: נסיבות אישיות של האדם, צורכי אכיפה שונים, התמקדות בענף מסוים או בתחום מסוים, מטרות ציבוריות. כלומר הסלקטיביות מתבטאת בנתונים חיצוניים למעשי העבירה.

2. האם טענות בדבר אכיפה סלקטיבית מוכרות לך מעבודתך?

הטענה אינה מוכרת לי מתיקים. אולי ניואנס מסוים שלה, שלפיו אנשים מנסים להצדיק את עצמם בכך ש"גם אחרים מרמים".

3. עד כמה החלטות אכיפה מתקבלות באופן ספורדי ועד כמה על סמך מדיניות?

אנחנו עושים הרבה מאמצים על מנת שתהיה מדיניות אכיפה. יש תכנית עבודה של חקירות ויש תכנית עבודה של מחלקת התביעות. התכניות מתייחסות לשאלות באילו תיקים מטפלים, באילו נושאים, לגבי אילו שנים וכו'. למשל בוחרים את הנושא של חברות כוח אדם. קובעים מדיניות אכיפה לטפל בהן ותכנית אכיפה, שלפיה תוך כמה חודשים יוגש מספר מסוים של כתבי אישום. רוב התיקים המטופלים הם תוצאה של מדיניות, אך ייתכן גם שבאופן אקראי יתקבל מידע. כך למשל אם התחילה חקירה ובמהלכה התברר שאחת העדות גם היא העלימה הכנסות, לא נתעלם מהראיות שנתגלו ובמקביל להמשך הטיפול בתיק הראשון, נגיש גם את האישום הנוסף.

\* הריאיון נערך בתאריך 10.7.03. עו"ד טלי ירון-אלדר היא כיום מנכ"לית חברת הנדל"ן ארזים השקעות הנסחרת בבורסה בת"א וכן שותפה במשרד עו"ד תדמור ושות'.

#### אכיפה סלקטיבית

4. עד כמה משפיעים אילוצי המשאבים על מדיניות האכיפה ועל האכיפה בפועל?

המשאבים המוגבלים משפיעים בכל המישורים: חקירה, תביעה, בתי המשפט. על מנת שהאכיפה תהיה ראויה, החוכמה היא שאנחנו נשלט על החלקיות ולא שהמזל או הנסיבות יבחרו את המקרים של האכיפה. למשל כשהייתי יועצת משפטית של מע"מ, ידעתי שבהתחשב במספר היועצים המשפטיים שיש לי, כמות התיקים שמגיעים מהחקירות עולה על מספר כתבי האישום שאפשר לטפל בהם. החלטה של "ראשון נכנס ראשון יוצא" – זו אכיפה לא נכונה. לכן ישבתי יחד עם כל היועצים המשפטיים כדי להחליט באילו כתבי אישום לטפל על מנת שהאכיפה תהיה יותר נכונה. אם משאירים לנסיבות לשלוט בתיקים שמטפלים בהם, מגיעים לאכיפה שאינה מנצלת את פוטנציאל המשאבים. קיבלנו החלטה שלא נטפל בתיקים מלפני תאריך מסוים או מתחת לסכום מסוים, על מנת שנוכל לטפל בתיקים שהערך האכיפתי שלהם גבוה. כך גם במס הכנסה. הדבר נובע מרצון לייצר אכיפה יותר יעילה.

5. האם מס הכנסה נוקט בשיטה של אכיפה מדגמית על דרך של הגשת אישומי מבחן שאם יצליחו ניתן יהיה לפתוח בהליכים כנגד מפרים אחרים?

כן, במישור הפלילי. בשאלות קשות שבהן אני לא משוכנעת שנעבור את נטל ההוכחה של משפט פלילי, אז אנחנו במפורש נוקטים באכיפה מדגמית. אם למשל בתיק של הורביץ<sup>1</sup> הייתה הרשעה, אז אני מניחה שהיינו מגישים עוד אישומים. במישור האזרחי, לעתים אנחנו בוחנים תיק אחד מתוך כמה תיקים דומים ומשהים את התיקים האחרים. לאחר מכן נחיל על התיקים האלה את מה שיקבע בית המשפט. במישור האזרחי זו לא בדיוק אכיפה מדגמית כי מטפלים בסופו של דבר בכל התיקים על פי מה שקבע בית המשפט בתיק אחד.

6. האם מס הכנסה נוקט בשיטה של אכיפה רנדומלית?

זה קיים במישור האזרחי. כשמוציאים תכנית עבודה בדרך מכניסים בדיקה רנדומלית של עסקים, כדי שאנשים ידעו שאפשר "להגיע" אליהם. כשעורכים ביקורות על ניהול ספרים בעסקים – עושים בדיקה רנדומלית. באכיפה הפלילית לא קיים מושג כזה.

7. מה היחס בין אכיפה יזומה לאכיפה על בסיס של תלונות? האם הרשות חוקרת כל מקרה של תלונה?

רוב הטיפול הוא יזום ולא על בסיס של תלונות, אך אם למשל מגיע מודיע, שאומר שיש לו מסמכים שלפיהם אדם אחר מעלים הכנסות, אז מטפלים בכך. התלונות נבדקות בשלב ראשון על פניהן אם הן רציניות. רק התלונות שנראות יותר רציניות עוברות לחקירה. הסיבה

1 ע"פ 1182/99 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1 (להלן: פרשת פרומדיקו)

לכך היא שאנשים נעזרים במס הכנסה כדי להציק, לסחוט וכו'. תלונות רציניות תעבורנה לטיפול לא דווקא פלילי אלא לעתים במישור של שומה אזרחית.

8. עד כמה ראוי לדעתך לפרסם הנחיות בדבר אכיפה?

כאן אני רוצה לדבר רק על מס הכנסה. בעבירות מס באופן כללי הנורמות שלפיהן צריך לנהוג הן מפורטות, ברורות וידועות. יש חובה לדווח, לשלם וכו'. מה שאינו ברור אינו בר ענישה. קיים חיסרון גדול בפרסום של נוהלי אכיפה, משום שמדובר בסוג של עבירה כלכלית שבה הערך של תפיסת מסמכים, רישומים וכו' מאוד משמעותי. פרסום נוהלי אכיפה יקשה מאוד על האכיפה עצמה. בדרך כלל, מדובר על אי-דיווח הכנסות, וכשמפרסמים דרכי אכיפה זה גורם להעלמות מס. בהקשר לשאלתך בדבר פרשת פרומדיקו, זה חריג ואכן היה שם זיכוי. שם הדיון היה מאוד מורכב משפטית ואכן לא הצלחנו להוכיח שהנורמה הייתה מספיק ברורה.

9. באנגליה מחקרים על אכיפה על ידי רשויות רגולטוריות מתארים את אמצעי האכיפה כסדרה של אמצעים ההולכים ונעשים קשים יותר, אך רוב המקרים נסגרים בסופו של דבר בדרכים לא פורמליות, דהיינו כמו "מ בין הרשות לפרט ללא הפעלה של אמצעים פורמליים. האם את סבורה שתיאור זה נכון גם למצב בארץ?

כן, אני חושבת שזה מאפיין בכלל את האכיפה בתחום המס. האכיפה האמריקנית בנושא מס היא שונה. לשופטים יש טבלאות ענישה שלא ניתן לחרוג מהן: אם אדם העלים כך וכך מס וזאת פעם ראשונה, אז העונש הוא X. התוצאה היא שמכניסים הכל למסגרת. הסלקטיביות מגיעה בשאלה כלפי מי מוגש כתב אישום, אך כשכתב האישום מוגש ואדם נכנס לתהליך, אז הוא "סגור". יש לכך יתרונות וחסרונות. יתרון – אחדות בענישה. חיסרון – חוסר יכולת להתחשב בנסיבות ספציפיות.

מערכת האכיפה בארץ הרבה יותר דומה לאנגליה. הרוב נסגר במערכות אדמיניסטרטיביות. מספר כתבי האישום שמוגש קטן. מדובר עשרות כתבי אישום בעבירות מהותיות ומאות בעבירות בסיסיות כמו אי-העברת דו"ח, ניכויים וכו'. עיקר הענישה נעשית באמצעים מינהלתיים כגון קנס מינהלי. הדבר נובע מהמחסור במשאבים וזו בעיה לא של אכיפה סלקטיבית אלא של הרתעה. במסגרת הבחירה כנגד מי יוגש כתב אישום, אנחנו עושים מאמצים שאלה יהיו התיקים הכי נכונים.

10. בית משפט באנגליה אישר מדיניות אכיפה סלקטיבית של מס הכנסה<sup>2</sup>. באותו עניין כנגד העותר הוגשו אישומים בגין העלמות מס של חברה שבבעלותו. חלק

2 ראו *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Mead and another* [1993] 1 All. E.R. 772.



## אכיפה סלקטיבית

מהאישומים הוגשו נגדו יחד עם רואה החשבון שניהל את העניינים הכספיים של החברה באותה תקופה. העותר טען שלא הוגש כתב אישום כנגד איש מביין משלמי המס האחרים, שרואה החשבון טיפל בענייניהם ואשר היו מעורבים באותו סוג של עבירות מס. התביעה באותו עניין לא הכחישה מדיניות של אכיפה סלקטיבית ואף לא הכחישה שהמקרה נשקל לגופו ובלא כל השוואה למקרים אחרים. האם מצב כזה יכול לקרות בארץ?

לא קיימת מדיניות של אכיפה סלקטיבית במובן הזה. יש משאבי חקירה מוגבלים ולכן מטפלים רק בתיקים היותר חמורים. כך למשל אנחנו לא נגיע לטיפול בכל מכוני הליווי, אך אם מגיע מידע על אחד מהם לא נאמר שאנחנו לא מטפלים בו. המשאבים המוגבלים גורמים לכך שהאכיפה אינה מושלמת, אך זה לא כעניין של מדיניות. אם יש מידע על עשרה עסקים, אני לא מסוגלת מבחינת כוח האדם לטפל בכולם ולכן צריך לקבל החלטה במי מטפלים. צריכה להיעשות בחירה מודעת. לפעמים ההחלטה היא על סמך ענף מסוים. אינני יודעת אם זו סלקטיביות פסולה, אך המטרה אינה סלקטיביות אלא ניצול יעיל וחכם של המשאבים. ההחלטות אינן קלות.

יש לי גם מערכת אזרחית גדולה שמטפלת בשומות. החלטה באילו תיקים מטפלים היא גם החלטה לאיזה תחום להפנות משאבים. הרבה פעמים לא מספיקים לטפל במקומות שצריך לטפל. נראה לי שמה שחשוב הוא שההחלטות תהיינה מודעות ומושתתות על נימוקים כלליים, כגון ענפים, תחומים או סוגי מעשים שמטפלים בהם.

11. בפסיקה ישנה שבה נדונו עבירות על פקודת מס הכנסה, הובילה הוכחת נוהגי האכיפה של רשויות המס, במסגרת המשפט הפלילי, למסקנה כי התביעה לא הצליחה לבסס את הכוונה כיסוד נפשי בעבירה, וכי נותר ספק ביחס לאשמת הנישומים<sup>3</sup>. הוכחו נוהגים כמו קבלת דוחות לא נכונים מנישומים ועריכת שומה לפי מיטב השפיטה על מנת שבסופו של דבר השומה תוקטן, או נוהג שלפיו מגישים הצהרות בסכום נטו ולא ברוטו. כיצד הנציבות התמודדה עם תופעות מסוג זה?

המערכת של מס הכנסה שונה לחלוטין ממה שהייתה באותם השנים: המערכת מוחשבת, הכל נעשה בפיקוח ובביקורת, מוסדו הליכי ההשגה, השומות ועוד. יש מערכת ביקורת פנימית אפילו על הוצאת אישורים ומערכת נהלים הרבה יותר ממוסדת וסדירה. כל החלטה מתקבלת על ידי אישור רכז ומפקח. קשה להגיד שב-100% אין מוסכמות שנוצרו, אך יש נהלים ויש גם שקיפות – כל הנהלים ודרכי העבודה מפורסמים.

3 ראו למשל ע"פ 143/73 מדינת ישראל נ' זיידל, פ"ד כח(2) 19; ע"פ 280/77 אליהו נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 533; ע"פ 838/76 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 249.

נספח ה

ראוי גם להזכיר את סעיף 245 לפקודת מס הכנסה<sup>4</sup>, שלפיו אסור לתת הטבות מס שלא על פי חוק. זהו סעיף שמונע הפליות.

4 סעיף 245(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961 קובע כדלקמן: "איסור מתן הנחות והקלות – (א) לא יותרו ניכויים או קיזוזים, ולא יינתנו פטורים, הנחות ממס או הקלות אחרות, אלא אם נקבעו במפורש בחוק או מכוח סמכות מוגדרת בחוק".

אכיפה סלקטיבית

## ריאיון עם עו"ד דורון אבני – היועץ המשפטי של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו\*

1. כיצד אתה מבין את המונח "אכיפה סלקטיבית"?

הפעלת סמכויות אכיפה הנתונות לרשות באופן שונה כלפי קבוצות דומות.

2. אילו סמכויות אכיפה קיימות לרשות השנייה?

ראשית, קיימות סמכויות אכיפה כלפי הזכיינים. סמכות "יום הדין" היא נטילת זיכיון מזכיון<sup>1</sup> – סמכות שמעולם לא מומשה. מלבד הסמכות הקיצונית הזו, ישנן סמכויות לטיפול זמן פרסום/שידור<sup>2</sup>. נטילת זמן פרסום, דהיינו צמצום זמן הפרסום העומד ברשות זכיון, גוררת נזק כספי בשווי זמן הפרסום שהזכיון היה יכול למכור באותן דקות שניטלו ממנו. שנית, קיימות סמכויות בכל הנוגע לפרסומות. קיימת סמכות לפסול או להתנות תנאים בפרסומות<sup>3</sup> וכן סמכות לדרוש אישור מוקדם של פרסומת<sup>4</sup>. גם לגבי תכניות יש סמכות של פסילה או הגבלת זמן שידור, אך נעשה בה שימוש מצומצם בהרבה מאשר לגבי פרסומות. שלישית, קיימת סמכות לחלט ערבויות – הרשות מחזיקה ערבויות של בעלי זיכיון ומכתבי ערבות של בעלי יכולת מטעם בעל הזיכיון. כך למשל "רשת" היא בעלת זיכיון, ויש בעלי יכולת פיננסית שהתחייבו לערוך להתחייבויותיה של "רשת" כלפי הרשות השנייה. הרשות מוסמכת לחלט את הערבויות<sup>5</sup>.

3. האם התופעה של אכיפה סלקטיבית באה לביטוי בעבודתך?

ראשית, קיים שוני באכיפת החוק כנגד זכייני טלוויזיה לעומת זכייני רדיו. לכאורה בשני המקרים מדובר במדיה אלקטרונית שפתוחה לציבור הרחב ללא תמורה ובשתי

\* הריאיון התקיים בתאריך 18.10.03.

1 סעיף 37 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990 (להלן: חוק הרשות השנייה)

2 סעיף 49 לחוק הרשות השנייה.

3 סעיף 88 לחוק הרשות השנייה קובע סייגים לשידור פרסומות, ומכוחו הותקנו כללים על ידי מועצת הרשות השנייה.

4 סעיף 89 לחוק הרשות השנייה.

5 סעיף 9 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (ערבויות בעל זיכיון), תשנ"ב-1992.

## אכיפה סלקטיבית

הפלטפורמות יש תכניות ופרסומות, בשני המקרים הוענק זיכיון. הסעיפים המסמיכים בחוק הרשות השנייה הם אותם סעיפים. ניתן לכאורה לטעון שכפועל יוצא האכיפה צריכה להיות זהה, אך כתפיסת מדיניות, שקיימת לא רק אצלנו אלא בעולם, האכיפה לגבי הרדיו הרבה יותר מקלה. למעשה הפיקוח עצמו הרבה יותר מקל, ולכן גם המקרים שלא עוברים את מסגרת הפיקוח הטלוויזיוני ויגיעו לכדי אכיפה – כן יעברו את מסגרת הפיקוח ברדיו. הפיקוח ברדיו מושתת על טיפול בתלונות, בעוד בטלוויזיה יש מחלקת פיקוח שצופה באופן יזום בתכניות. תפיסה זו נובעת מכך שרואים את הטלוויזיה, בכלל, ואת הערוצים הכלליים (broadcast), בפרט<sup>6</sup>, כסוכני תרבות. כלומר, הם בעלי תפקיד לעצב את התרבות של המדינה, להוות את "מדורת השבט", לכנס את המשפחה, להעביר ערכים מסוימים ולהגשים את המגמות הקבועות בחוק הרשות השנייה<sup>7</sup>. לכן יש להקפיד הקפדה יתרה על התכנים המשודרים. הקפדה זו תיעשה קודם כל ברמת הפרסומות שבהן הצופה הוא "קהל שבו" – צריך לאפשר לקהלים "הכלליים" לצפות בטלוויזיה. מעבר לכך, יש צורך להקפיד על התכנים מהפן הפוזיטיבי – להבטיח שקיימים תכנים מסוימים, ומהפן הנגטיבי – להבטיח שסוג מסוים של תכניות יהיה לאחר שעה מסוימת, שתוכניות תהינה מסומנות כמתאימות לגילאים מסוימים וכו'. לכן ברגע שמזהים הפרה של חוק/כלל מפעילים מערכת אכיפה נוקשה. יש הליך של "הפרות" מול הזכיון. מודיעים לו על הפרה לכאורה ומקבלים את תגובתו. לאחר מכן מחליטים אם לקבל את הסבריו. אם לא מקבלים – מחליטים על סנקציה שהיא, בדרך כלל, נטילת זמן פרסום. קיים גם הליך של ערר בפני מועצת הרשות השנייה. כשהמנכ"ל החדש, מוטי שקלר, נכנס לרשות הוא בדק אם האכיפה אפקטיבית – מה היה קורה אילו לא היינו נוטלים זמן פרסום. במשך תקופה של למעלה משנה עשינו רישום של ההפרות, אך לא אכפנו. הסתבר שזה הרע את המצב, כלומר אי-אכיפה מביאה אותנו למצב פחות טוב מבחינת תכנים וכו' בייחוד ברמה של הפרסומות<sup>8</sup>. זהו אפוא המצב בטלוויזיה.

6 הכוונה לערוצים כלליים להבדיל מערוצי נישא (narrowcast).

7 ראו סעיף 5 לחוק הרשות השנייה.

8 יצוין שבתחילת דרכה של הרשות השנייה כל הבדיקה של הפרסומות נעשתה על ידי הרשות. לאחר שנתיים העבירו את הבדיקה המוקדמת לזכיינים והרשות הקטינה את מעורבותה. החל מתאריך 1.11.03 הבדיקה חזרה את הרשות משום שהזכייניות לא הוכיחו עצמן ביכולת פיקוח/אכיפה עצמאית והרשות השנייה החליטה שיש להגביר מעורבותה. בשנת 2007 גיבשה ועדה ציבורית שמינתה הרשות השנייה ושכללה נציגים של המפרסמים, חברות הפרסום ועולם האקדמיה מדריך אתיקה המפרש את כללי האתיקה של הרשות בתחום הפרסומות. במטרה לקדם רגולציה משותפת בתחום, מפרסמים ומשרדי פרסום המתחייבים כלפי הרשות לפעול לפי המדריך זוכים ל"תג אתי" ואינם נדרשים להעביר את התשדירים לאישור מוקדם של הרשות, עם זאת נקבעו מקרים שבהם ישלל ה"תג אתי".

הטלוויזיה והרדיו התחילו ממערכת כללים זהה<sup>9</sup>. לאחר כשלוש שנים של פעילות הרדיו האזורי, הגיעו למסקנה שלמרות שיש חשיבות רבה לתכנים, אין לתחנות הרדיו האזורי את אותה דומיננטיות וכוח השפעה שיש לטלוויזיה. המדיום הרדיופוני יותר חלש באימפקט שלו, מה גם שהתחנות הן אזוריות ולא ארציות, ושיש מגוון רחב של תחנות גם ברמה הארצית. כתפיסת עולם הגיעו למסקנה שצריך לפקח בצורה אחרת על הרדיו. כדי למנוע אכיפה סלקטיבית של אותו כלל, הפרידו בין כללי האתיקה בפרסומות של הטלוויזיה לבין הרדיו, ויצרו סט כללים חדש לרדיו שמתמקד בנקודות החשובות ביותר<sup>10</sup>. כלומר התהליך שקרה הוא, שתפיסת מדיניות הביאה לשינוי הכללים, דבר שאפשר ליישם מדיניות שונה בשטח מבחינת אכיפה. התוצאה היא שכיום מעורבותנו ברדיו היא שונה. אנחנו לא דורשים לאשר פרסומות מראש, אנחנו כמעט ולא עושים בדיקה יזומה של תשדירי פרסומת וממקדים יותר את המאמץ בהעברת השתלמויות ועידוד המודעות בקרב התחנות ותחושת האחריות מבחינת האכיפה. מלבד זאת, כאשר יש תלונות ציבור ותלונות אלה מגיעות בדרך כלל בנושאים מהותיים, אנחנו מטפלים בהן וגם נוטלים זמן פרסום ברדיו במידת הצורך. לגבי תכניות גם יש מערכת כללים שונה. הטלוויזיה מחויבת להעביר לאישור מוקדם את לוחות השידור וצריך לאשר כל שינוי בלוחות האלה ברמה הפרטנית של תכנית מסוימת. לעומת זאת זכייני הרדיו אמנם מעבירים לוח לאישור מוקדם, אך אחר כך יכולים לעשות בו שינויים שאינם מהותיים. מטבע הדברים התפיסה היותר מקלה, מקטינה את נקודות החיכוך עם הזכייין וגם הצורך באכיפה קטן.

שנית, אני רוצה להאמין שכעיקרון אנחנו אף פעם לא פועלים מתוך שרירות, אך בהחלט ייתכנו "שיקולי רוחב" שיכנסו לתוך האכיפה. למשל אם מזהים הפרה סיסטמית של כלל מסוים, מטבע הדברים זה מתחיל אצל זכייין אחד וייתכן שזה ייגרר לזכיינים אחרים. זה גורם לנו לבחון את עצמנו, אולי אנחנו הטלנו גזירה שהציבור לא יכול לעמוד בה ואנחנו צריכים לשנות את מדיניות האכיפה שלא השיגה את מטרתה. בוחנים גם כל זכייין כמכלול. אם יש זכייין שהוא עבריין מועד בתחום מסוים, ייתכן שהאכיפה לגביו תגיע לרמות חומרה יותר גבוהות מאשר זכייין שזוהו אצלו הפרות נדירות בתקופה ארוכה.

9 כללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה וברדיו), תשנ"ד-1994.  
 10 כללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), תשנ"ט-1999.  
 הכללים שהיו משותפים לטלוויזיה ולרדיו הפכו להיות ייחודיים לטלוויזיה; ראו כללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה וברדיו), תשנ"ד-1994. כללי האתיקה הנוגעים לטלוויזיה מונים 57 סעיפים, מול 14 סעיפים בלבד בכללים הנוגעים לרדיו.

#### אכיפה סלקטיבית

#### 4. כיצד אתה מתמודד עם התופעה של אכיפה סלקטיבית?

ההתמודדות היא במונחים של הפליה מול הבחנה. כרשות ציבורית אנחנו מחויבים לשוויון ולכן מצב שבו יש הפרה של חובת השוויון באופן שאינו מוצדק על פי עובדות העניין, דהיינו יחס שונה לשווים, הוא מצב לא סביר שאנחנו נימנע ממנו. זה כמובן ברמה ההצהרתית. פעמים רבות מועצה ציבורית רואה צורך ללכת בדרך מסוימת, אך אם לתוך התמונה נכנסים שיקולי שוויון – הדרך הזו נחסמת. כך למשל אם אני רואה שמועצה רוצה לקבל החלטה שיש בה שינוי רטרואקטיבי של תנאי זיכיון באופן שיפלה בין הזכיינים, אני מנסה למנוע זאת משיקולי שוויון.

#### 5. האם החלטות אכיפה מתקבלות על סמך מדיניות קבועה מראש?

בעיקרון האכיפה אצלנו היא על בסיס מדיניות. חלק גדול בא לביטוי בכללי הרשות ובכתב הזיכיון וחלק אחר בהחלטות המועצה. כל השאר מתגבש בשיטה של case to case – החלטות שמתקבלות על בסיס החלטות תקדימיות. לפעמיים החלטות אלה נבחנות בבית משפט ואז פסק הדין משפיע על המדיניות.

#### 6. מהו היחס בין אכיפה יזומה לאכיפה על בסיס תלונות?

בטלוויזיה קיימת גם אכיפה יזומה וגם על בסיס תלונות, ברדיו – כמעט באופן מלא אכיפה רק על בסיס תלונות. בשני המקרים קיים מוסד של נציב תלונות הציבור. הנציב אינו חלק מהרשות השנייה אלא "ליד" הרשות – מינוי של שר התקשורת. יש לו שורה של אמצעי אכיפה, כמו אפשרות לחייב גורמים לבוא אליו לבירור או לחייב זכיין להתנצל בשידור. לכן, כתפיסה של הרשות, כל התלונות מתועלות אליו.

#### 7. כיצד משפיעים אילוצי המשאבים על ביצוע סמכויות האכיפה של הרשות השנייה?

תמיד משאבים ישפיעו על היקף האכיפה. דוגמה בולטת לכך הוא מערך האכיפה של המועצה לשידורי כבלים ולווין. מועצה זו מפקחת על הערוץ הישראלי בשפה הרוסית (ישראל פלוס – ערוץ ייעודי), שמשדר גם הוא פרסומות, ועל ערוץ המוסיקה (24). למועצה יש מפקח אחד במשרה מלאה ועוד שלושה freelancers והם מתלוננים תמיד על מחסור בכסף ומשאבים. אצלנו בפועל אין בעייתיות. יש מערך פיקוח נאה לגבי הטלוויזיה. ברדיו, כאשר היה שינוי מדיניות לגבי היקף האכיפה, הקטינו את תקציב הרדיו ואת דמי הזיכיון שהזכיינים משלמים לרשות. זה מעיד איך הקטנת האכיפה משפיעה על המשאבים.

8. מה דעתך על פרשת הטענות בדבר אכיפה סלקטיבית שהועלו על ידי מפעילי תחנות הרדיו האזורי הפירטי, בשל היעדר אכיפת החוק על ערוץ 117?

יש בעייתיות באופן שבו פועלת המדינה לגבי תחנות הרדיו הפירטיות. ישנו בג"ץ תלוי ועומד שהגישה תחנת "קול חי" שהיא תחנת רדיו אזורית בטענה שלא נעשה די והוצא צו על תנאי<sup>12</sup>. כמו כן תחנות הרדיו האזורי הגישו תביעה נזיקתית נגד המדינה בטענה שהיעדר אכיפה נגד התחנות הפירטיות גורם לנזקים שניתן לאמוד אותם במיליוני שקלים<sup>13</sup>. בפועל, עמדת הרשות היא שלא נעשה די בתחום האכיפה. זהו התפקיד של משרד התקשורת. לגבי אכיפה סלקטיבית, ניתן רק להתבונן בעובדות: ברור שערוץ 7 משרד ללא זיכיון<sup>14</sup> מתוך

11 בית המשפט השלום ב ת"פ (רמ') 627/98 מדינת ישראל נ' נחמני, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 12.7.98) נמנע מהרשעת נאשמים בהפעלת תחנות רדיו פירטיות והסתפק בחיובם בביצוע שירות לתועלת הציבור, בשל העובדה שבמשך שנים בחר השלטון שלא להפעיל כל אמצעי כנגד ערוץ 7. המדינה ערערה ובית המשפט המחוזי בתל-אביב קיבל את הערעור, מאחר שלדעת השופטים לא דובר ב"התנהגות שעוררית של הרשות" המצדיקה את קבלתה של טענת הגנה מן הצדק; ראו ע"פ (ת"א) 4085/98 מדינת ישראל נ' באבו, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 23.12.99). הנאשמים קיבלו רשות ערעור לעליון רק בטענת האכיפה הסלקטיבית ובית המשפט דחה את הערעור משום שלשיתו לא הונחה תשתית עובדתית מספקת לטענה. ראו רע"פ 889/00 תומר נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 3.7.00).

12 בכתב התשובה שהוגש לבית המשפט מטעם המשיבים התברר כי לאחר שניתן הצו שיצא מלפני בית המשפט ננקטו צעדים לשינוי המצב. המצהירים מטעם משרד התקשורת פרטו כיצד בכוונת רשויות האכיפה לאכוף את החוק על התחנות הפירטיות ואלו פעולות כבר נעשו בתחום זה. על יסוד ההצהרות בית המשפט הניח כי התחנות, שביחס אליהן מצוי חומר ראיות במשטרה, יועמדו לדין תוך זמן סביר. לפיכך העותרת קיבלה את ההמלצה למשוך את העתירה; ראו בג"ץ 3995/02 רדיו קול חי בע"מ נ' שר התקשורת, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.10.03).

13 ת"א (י"ם) 5303/03 רדיוס שידורים בע"מ נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 4.6.07) (תביעה כספית בנוזיקין וחוזים שהוגשה לבית המשפט המחוזי בירושלים. סכום התביעה – 15,600,000 ש"ח). בסעיף 10 לכתב התביעה נאמר כי "למן תחילת הדרך מצאו עצמן התובעות משרדות בסביבה בלתי אפשרית ובלתי תחרותית המתאפיינת במספר בלתי סביר של תחנות רדיו פירטיות, רובן במתכונת מקומית ואזורית, באופן המפריע לשידורי התובעות, הן על דרך הפרעה פיזית לשידוריהן והן על דרך הפרעה למימוש הפוטנציאל הכספי הגלום בזיכיונות שהוענקו לתובעות, באמצעות קיום תחרות בלתי הוגנת".

14 בבג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 נפסל התיקון לחוק הבוק, תשמ"ב-1982, שהעניק רשיון וזיכיון להפעלת תחנות לשידורי רדיו למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנת רדיו ששידוריה נקלטו במרבית שטחי מדינת מטרות התיקון הייתה להכשיר את שידורי ערוץ 7. נקבע כי הוא פוגע בחוק-יסוד: חופש העיסוק ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בו. התוצאה היא שערוץ 7 משרד למעשה ללא זיכיון.



## אכיפה סלקטיבית

גבולות המים הטריטוריאליים של מדינת ישראל והראיה שהוא ממשיך לשרד, בעוד אחרים הורשעו, אם כי רמת הענישה כלפיהם הייתה נמוכה<sup>15</sup>.

### 9. האם פסיקה זו גרמה לכם לשינוי מדיניות כלשהו?

הפסיקה הזו לא רלוונטית אלינו אלא לבתי משפט שונים בכתבי אישום נגד תחנות רדיו פירטיות. הפעם הראשונה שנדרשנו לתת את הדעת לנושא היא כאשר התחנות האזוריות דרשו שלא לשלם את אגרת התדרים. הטענה הייתה שמאחר שהם לא קיבלו תדרים נקיים והתחנות הפירטיות גורמות להן לנזקים – הרי שהן רשאיות שלא לשלם אגרת תדרים למדינה. הרשות השנייה נדרשה לטענה לפני כשלושה חודשים, כאשר על הפרק הייתה הארכת הזיכיון של תחנות הרדיו האזורי. הרשות מוסמכת להאריך את הזיכיון ללא מכרז בארבע שנים, בהתקיים תנאים, וביניהם שבעל הזיכיון עמד בהוראות הדין. לכן בדקנו מה משמעות אי-תשלום אגרת התדרים לעניין הסמכות להאריך את הזיכיון. החלטת הרשות השנייה הייתה שהיא לא הגורם שיכול להכריע בסכסוך בין המדינה לבעלי הזיכיון ושהיא סבורה שיש לתת את הדעת לטענות כבדות המשקל הקיימות בסוגיה. הוענקה הארכת זיכיון של חצי שנה בלבד שבמסגרתה יגובש הסדר לתשלום אגרת התדרים. זו בעצם בקשה שלא לאכוף את החוק בתחום אגרת התדרים, בשל אכיפה סלקטיבית בתחום השידור הפירטי. אנחנו שימשנו כלי אכיפה למדינה<sup>16</sup>.

10. אחת מטענות המדינה בפרשת הרדיו הפירטי הייתה לאכיפה מדגמית, על דרך הגשת אישומי מבחן שאם יצליחו ייאכף החוק כנגד מפרים רבים. האם טכניקה זו מוכרת לך?

אכיפה מדגמית היא בהיבט של הגשת כתבי אישום. השאלה מה קורה לפני כן. למשרד התקשורת סמכות להחרים משרד ולסגור תחנה. השאלה כיצד במצב שבו יש אכיפה, עדיין אנחנו בגרף של עלייה בהפעלת תחנות פירטיות ולא בגרף של ירידה. ישנן תופעות שכן נעלמו בעקבות אכיפה, כמו מפעילי כבלים פירטיים ("שכונתיים").

15 יוער כי ביום 20.10.03 ניתן על ידי סגן הנשיא נועם בבית המשפט השלום בירושלים פסק דין המרשיע את מפעילי ערוץ 7 בעבירות שונות הקשורות בהפעלת תחנת שידור וקיום שידורים ללא קבלת זיכיון וקיום תחנת טלגרף אלחוטי ללא רישיון. ראו ת"פ 4830/98 (י"ם) מדינת ישראל נ' כץ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.12.03).

16 בשנת 2007 גובש הסכם פשרה בין המדינה לבין מרבית תחנות הרדיו האזורי, שלפיו הופחתה אגרת התדרים אותה חויבו התחנות לשלם למדינה וכנגד מחקו התחנות את תביעתן כנגד המדינה (ראו לעיל, הערה 13).

### 11. האם הנחיות האכיפה מפורסמות? האם לדעתך ראוי לפרסם אותן?

שקיפות זה ערך חשוב בפעילות הרשות המינהלית. הנחיות האכיפה הן קודם כל הכללים המפורסמים ברשומות והנחיות שהרשות נותנת ואשר מובאים בפני הגורמים מושאי האכיפה – הליכי האכיפה מוסדרים בהנחיות שהועברו לזכיינים. חשוב מאוד שכולם יידעו את כללי המשחק. בדרך זו האכיפה יכולה לשרת את המטרה שלשמה היא נוצרה, שהרי האכיפה אינה לשם אכיפה אלא במטרה לשמור על כולם ב"מגרש המשחקים". הרעיון הוא להראות כיצד כל מהלך שננקט משרת את המדיניות הכוללת, שאחרת אנחנו מרעים את מצבנו.

### 12. מה דעתך על הביקורת השיפוטית על סמכויות האכיפה?

אצלנו הדבר בא לביטוי באופן חריף ביותר בהחלטות הרשות בעניין פרסומות. כאן יש לעתים תחושה שלא ניתן משקל ראוי למתחם הסבירות שנתון לרשות המינהלית בקבלת החלטות. בפסקי הדין הללו יש מעט מאוד דיון על נושא מתחם הסבירות, בעוד לגבי רשויות אחרות יש תמיד דיון באשר להיקף ההתערבות ומתחם הסבירות. צריך לזכור שהרשות האוכפת דנה בעשרות, אם לא מאות, מקרים בשנה ומדיניות האכיפה ואופי האכיפה מושפעים גם מהניסיון הנרכש ומיישום המדיניות על המקרים השונים. כלומר, כאשר מגיע מקרה מסוים הוא נשקל גם על רקע מקרים קודמים. מובן שראוי שהחלטות תהיינה כפופות לביקורת שיפוטית. השאלה שמטרידה אותנו היא מה גבולות ההתערבות. בית המשפט כעיקרון קבע שהתערבות היא בחריגה קיצונית ממתחם הסבירות, בעוד בפסיקה שמבקרת אותנו לא שואלים אם יש חריגה קיצונית, אלא מקיימים דיון בגופה של הפרסומת. בפסק הדין בעניין תפוזינה<sup>17</sup>, נדונה השאלה מתי רמיזה מינית בפרסומת היא רמיזה מינית אסורה. בית המשפט לקח כלל שהתקינה מועצת הרשות השנייה<sup>18</sup> ואשר קובע שרמיזה מינית היא אסורה, וקבע שלא כל רמיזה מינית אסורה אלא רק כזו שפוגעת בכבוד האדם, מעודדת אלימות וכו'. בית המשפט התיר בכך שידור פרסומת שבה בחורה מחזירה בקבוק משקה לקדמת מכנסיו של גבר. בית המשפט גם לא קיבל את טענת המדרון התלול, אם כי בהמלצת בית המשפט הורד קטע מסוים שהיה בוטה במיוחד. אחרי פסק הדין הזה הרשות השנייה החלה לנקוט בריסון רב יותר בכל הנוגע לפסילת והגבלת פרסומות וכתגובה זכתה לביקורת נוקבת מדוע היא מתירה תשדירים מסוימים. ישנו מחקר שהציבור רוצה

17 בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נד(4) 178.

18 כלל 14 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה וברדיו), תשנ"ד-1994: "מין בפרסומת: מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 3, לא ישרד בעל זיכיון תשדיר פרסומת הכולל הצגה של יחסים מיניים, רמיזות מיניות, אדם כקורבן של אלימות מינית או כיוזם אלימות מינית אלא אם כן קיים עניין ציבורי מובהק בכך, במידה המתחייבת להוראות כל דין".

### אכיפה סלקטיבית

אכיפה<sup>19</sup>. לסיכום, הלכנו לכיוון מקל יותר בעקבות הביקורת השיפוטית והיום הסקר הוא אחת הסיבות להחזרת חלק מסמכויות האכיפה אלינו.

13. מחקרים באנגליה על אכיפה על ידי רשויות רגולטוריות מתארים את אמצעי האכיפה כסדרה של אמצעים ההולכים ונעשים קשים יותר, אך רוב המקרים נסגרים בסופו של דבר בדרכים לא פורמליות, כמו"מ בין הרשות לפרט. האם זהו המצב גם ברשות השנייה?

אני סבור שגם אצלנו זה כך. דווקא משום שאנחנו מתעסקים במטריה של חופש הביטוי, שבה התערבות בתכנים היא בעייתית, פעמים רבות לא עושים שימוש בסמכות הפורמלית אף שהיא קיימת ומנסים לשכנע. לדוגמה, למנכ"ל הרשות השנייה יש סמכות פורמלית להורות לבעל זיכיון כיצד לשנות את התכנים ביום שידור מסוים שבו אירע פיגוע, אך המנכ"ל לא מכתוב את לוח השידורים אלא מתקשר ופותח בדיאלוג מתוך הכרה שגם הזכיון ער לבעייתיות שבשידור תכנים בידוריים. מנסים להגיע לעמק השווה. באשר לסנקציות לא פורמליות – אחת הדרכים היא הדו"ח השנתי שמפרט הפרות שביצעו הזכיינים ועמידה או אי-עמידה בתנאים ובמטלות.

19 סקר עמדות הציבור בנושא פרסומות (נערך על ידי מדגם ייעוץ ומחקר בע"מ לפי הזמנת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו. הסקר נערך בין התאריכים 28.7.03-6.8.03). על פי תוצאות הסקר 83% תומכים בפיקוח על פרסומות בערוץ 2 ובערוץ 10; 11% מתנגדים; 6% לא הביעו דעה.

## ריאיון עם רב ניצב (בדימוס) יהודה וילק – מפכ"ל המשטרה לשעבר\*

### 1. כיצד אתה מבין את המונח "אכיפה סלקטיבית"?

אכיפה סלקטיבית היא מצב שבו החוקים נאכפים שלא באותה רמה. בפרקטיקה ישנם חוקים שגם לא נאכפים כלל או נאכפים בצורה זניחה. האפשרות קיימת גם לפי חוק. למשל לגבי עבירות שבתוספת<sup>1</sup>, מחד, למשטרה יש סמכות לא לבצע אכיפה ולגנוז חומר, ומאידך, לאזרח יש סמכות להגיש קובלנה פרטית. כלומר עבירות יותר טריוויאליות אפשר שלא לאכוף. אני מעריך שגם רשויות אחרות, אשר עוסקות בחוקים פיסקליים למשל, לא אוכפות הכל. ישנם גם מנגנונים מוסדרים לנושא כמו אי-תביעה לשם ויסות לחצים ועומסים. זה מצב שבו הממסד ברמה של קריטריונים ושיקול דעת מקצועי מחליט על סלקטיביות. ישנם מצבים שבהם שיקולים חיצוניים מכתיבים אכיפה. עד מדינה למשל, מוותרים לו על עבירות מסוימות כדי להשיג הרשעה. אם רשות סולחת למישהו או עוצמת עין משיקולים זרים, זה כבר סיפור אחר.

דוגמת מכוני הליווי או תעשיית ההימורים – במשך שנים זו לא הייתה עבירה שהמשטרה התמקדה בה. כיום בגלל הסחר בנשים והאלמנטים של פשיעה סביב ההימורים, האכיפה עלתה מדרגה ביחס למה שהיה בעבר. כל עוד הקריטריונים מקצועיים זה בסדר. השאלה היא מידתית. היכן הגבולות? זו תמיד הדילמה – כמה מוכנים "לשלם" כדי להשיג משהו אחר.

### 2. עד כמה מוכרות לך טענות בדבר אכיפה סלקטיבית מתקופת כהונתך במשטרה?

טענות של איפה ואיפה באכיפת החוק עלו כל הזמן בייחוד על רקע אתני וסוציו-אקונומי. יש גם טענות הפוכות שמעלימים עין מעבירות במגזרים מסוימים. יש טענות על עצימת עיניים מעבירות שבצעו גופים שלטוניים. יש גם טענות שתורגמו ל"אוזלת יד" של המשפט.

\* הריאיון נערך בתאריך 2.11.03. מר יהודה וילק הוא כיום מנכ"ל חברת "דרך ארץ המפעיל".  
1 התוספת השנייה לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. סעיף 68 לחוק מאפשר לכל אדם להאשים בעבירה מן המנויות בתוספת השנייה על ידי הגשת קובלנה לבית המשפט.

## אכיפה סלקטיבית

הרשויות, למשל טיפול בתחנות סולר פירטיות – זו תופעה שהאכיפה לגביה אינה דווקא בידי המשטרה. התחנות הללו צצו כ"פטריות אחר הגשם" ויש לכך אספקטים בטיחותיים, סביבתיים (כמו זיהום) וכן סחר לא הוגן (כי יש אנשים ששלמו על זיכיון לדלק). כאן המתלוננים היו דווקא בעלי הממון. טענות דומות עלו בהקשר של הרדיו הפירטי – בעלי הזיכיונות טוענים שלחלק גדול מהתחנות הפירטיות, שפועלות על בסיס מסחרי, יש גוון פוליטי ולא אוכפים את החוק נגדן<sup>2</sup>.

בנייה בלתי חוקית – מגזר ערבי מול יהודי: במגזר יהודי ביצוע צווי הריסה נעשה רק משיקולים מקצועיים, ואילו במגזר הערבי ההפרות יותר גבוהות. נכון שיש עניינים אובייקטיביים של היעדר תוכנית מתאר, אך זו דוגמה לאכיפה סלקטיבית של חוק התכנון והבנייה. קיימת גם טענה בדבר אכיפה סלקטיבית של שימוש בנשק בחתונות: במגזר היהודי לא יורים בחתונות, במגזר הערבי זו תופעה ופוטנציאל הנזק חמור. לא אוכפים זאת מספיק ויש גם טענות מתוך המגזר על אי-אכיפה מספקת.

לסיכום, אין אידיאולוגיה מערכתית של אי-אכיפה אלא זה נובע מ"שמיכה קצרה" של המשטרה, בתי המשפט ושירות בתי הסוהר. מגוון החוקים והעבירות הפוטנציאליות המבוצעות בעקבות החוקים לא מאפשר לרשויות החוק אלא לבצע אכיפה סלקטיבית ברוב המקרים.

### 3. איך התמודדת עם התופעה של אכיפה סלקטיבית?

מנגנוני ההגנה הטובים ביותר הם הביקורת. ברוב העבירות יש מתלונן – שהוא קבוצת הביקורת. יש למתלונן זכות להגיע עד ליועץ המשפטי לממשלה. בסופו של דבר מי שצריך לאשר את הערר הוא גורם חוץ משטרה. זה באשר לעבירות מדווחות שהן למעלה מ-90% לגבי עבירות חשיפה – דהיינו עבירות שנחשפות בפעולה יזומה שבה אין מתלונן ספציפי, כמו מכוני ליו או תחנות רדיו פירטיות – המשטרה צריכה לקבוע סדרי עדיפויות במסגרת תוכנית עבודה. קובעים למשל מינון פעילות נגד תחנות פירטיות. או לגבי הימורים – קובעים תוכנית עבודה שמתחילה בשלב האיסוף המודיעיני ואחר כך עוברת למינון טיפול. אין מדד כמותי.

בשנת 1998 הנהגנו מערכת מעקב ממוחשב (computerized statistics) על פעילות יחידות המשטרה – אימוץ של השיטה מניו-יורק. זוהי מערכת שמתעדת את כל פעילות המשטרה, בין היתר בתחום האכיפה. המערכת בוחנת בצורה מדגמית את פעילות המשטרה. חשוב לזהות פעילות חריגה לשני הכיוונים, שכן תיתכן גם אכיפת יתר או אכיפה מוגברת בתחום מסוים שגם היא תופעה רעה. ראשית, אם מדובר בתחום לא חשוב, אז הוא בא על

<sup>2</sup> לעניין זה סבור מר וילק כי ערוץ 7 הוא לא דוגמה טובה לסלקטיביות, משום שהוא טופל בדרגים בכירים כמו היועץ המשפטי לממשלה, וכן היה תחת חקיקה.

חשבון תחומים אחרים, חשובים יותר; שנית, אכיפה מוגברת כזו סותמת את המערכות שעסוקות בטיפול באותו תחום.

#### 4. עד כמה השפיעו אילוצי המשאבים על מדיניות האכיפה ועל האכיפה בפועל?

זהו הגורם הדומיננטי. אף אחד לא מתנגד שיהיו יותר חוקרים, תובעים או יותר בתי מעצר, עובדים סוציאליים, קציני מבחן, קלדניות וכו'. במצב כזה היה אפשר לאכוף הכל ואז היה מתעורר ויכוח אחר אם מדינה יכולה לחיות עם אכיפה כוללת. המצב בפועל הוא שמנסים עם סל משאבים מסוים לעשות את האופטימום. למשל תחומי הגישור, הפישור והבוררות נולדו כתהליך שבא להוריד לחץ מהמערכות. בורות היא למעשה "בית משפט לעשירים", משום שגופים כלכליים שרוצים ליישב מחלוקות לא רוצים לחכות שנים בתהליך הרגיל של עשיית צדק בבתי המשפט בישראל ולכן שופטים בדימוס נותנים שירותי משפט אלטרנטיביים לעשירים. האם זו אידיאולוגיה או יותר צדק? לא, השופט בדימוס יכול לעבוד יותר שעות ולפשוט סדרי דיון. דוגמה אחרת היא גביית חובות בשוק האפור – ברגע שמערכת ההוצאה לפועל קרסה ולא הצליחה לתת סעד לחייב, אז נוצרו גופים אלטרנטיביים, אשר משתמשים באמצעים לא חוקיים וגובים חובות. אם מנגנון ההוצאה לפועל היה יעיל, לא היו הולכים לגופים הללו. זו דוגמה לא רק של היעדר משאבים אלא גם של פלטפורמה משפטית. ברגע שאפשר לקבל החזר חוב בדרכים אחרות, אז אין אפקטיביות להוצאה לפועל.

#### 5. האם יש לך המלצות בנידון?

באשר לקשר בין הרשויות קיימת הסוגיה של הפרדת הרשויות. אם ישימו את כל גורמי האכיפה תחת קורת גג אחת, המשמעות תהיה להוציא אלמנטים משרדים שונים. למשל היה רעיון, שלא יושם בסופו של דבר, להקים רשות אכיפה אחת שתעסוק באכיפת כל העבירות הכלכליות, שכרגע מבוזרות בין גופים שונים כמו מס הכנסה, מע"מ, מכס וכו'. יש בכך אספקטים פרובלמטיים, כי סמכויות בחוקי מס הן הרבה יותר נרחבות וההגנות לאזרח מצומצמות יותר (כך למשל לא קיימת זכות השתיקה), אך יש לכך גם יתרונות משום כשמאחדים דברים מגבירים את האפקטיביות. אך יודגש כי תיאום מערכתי ייתכן גם ללא שינוי ארגוני. כך למשל נעשו צעדים לתיאום בין רשויות אכיפה באופן שסוחרי סמים נתפסו באמצעות מס הכנסה. תיאום כזה בוודאי מחויב. אני מעריך שצריך למצוא איזון. אי אפשר להכפיף את כולם תחת קורת גג אחת.

יש ביזור בין התביעה המשטרית לפרקליטות. בעבר, בעקבות הרחבת סמכויות בית המשפט השלום, התקבלה החלטה שהפרקליטות תופיע גם בבתי המשפט השלום. ההמלצה האידיאולוגית היא נכונה. אין סיבה שבבית המשפט השלום לא יופיעו פרקליטים כמו בבית המשפט המחוזי, ואכן המשטרה רצתה להעביר סמכות זו לפרקליטות, אך מבחינה ארגונית

## אכיפה סלקטיבית

זה לא עבד, מאחר והפרקליטות היא גוף קטן יותר. מדובר בשינוי מערכת. בתי משפט שלום מבוזרים הרבה יותר מבתי משפט מחוזיים. היכן יישבו התובעים של הפרקליטות? משטרה יש בכל מקום ופרקליטות לא.

6. האם לאור האמור, אתה מסכים עם "מודל השבעת הרצון", שלפיו אנשים מחפשים לא את החלופה הטובה ביותר, אלא חלופה "טובה דיה", העונה על כמה דרישות מינימום שנקבעו? האם מודל זה תואם את עבודת המשטרה?

הניסיון להגיע לאופטימום הוא עם הקיים. אם אפשר לבצע 100 משימות בשבוע, אז אופטימום הוא אם ביצענו זאת בצורה מיטבית, אך ה-100 האלה יכולות להיות טיפה בים של הצורך. ייתכן שצריך 1000. אף גוף לא עובד באופטימום, מוציאים הנחיות ומקיימים בקרות, אך ככל שהגוף יותר גדול ופחות ריכוזי היכולת להגיע לאופטימיזציה יותר קשה. החלופה ה"טובה דיה" מתחילה מלמעלה ויורדת למטה. קודם כל האם ניתנו מספיק משאבים על ידי המדינה לאכיפת החוק? האם ניתן חלק מתאים למניעת עבריינות? כי מניעה הרבה יותר משתלמת מאכיפה. מניעה היא חינוך למשל. לאחר מכן, הסנכרון בין הגופים: אם יהיו הרבה חוקרים אך מעט תובעים ושופטים, אז החוקרים יחקרו ולא יהיה מי שיטפל במה שמצאו. אם יהיו שופטים ולא אולמות, גם זה לא טוב. גם אם יש מספיק אולמות, אז צריך מספיק בתי סוהר, פקידי סעד, שירות מבחן. השאלה איך עם מה שיש בונים הכל. שרשרת האכיפה היא כוללת. משמרת אחר הצהריים בבתי המשפט ללא תובעים או מינוי שופטים ללא אולמות – לא יסייעו. השלב הבא הוא בתוך כל ארגון: במשטרה – האם חלוקת המשאבים, התשומות, רמת הקשב בטיפול היא נכונה. למשל היחס בין עבריינות נוער, תנועה או אלימות במשפחה. ברמת בתי המשפט – הקצאה בין שופטים שעוסקים בפלילי, אזרחי או אכיפה כלכלית. שירות המבחן – חלוקה בין קציני מבחן למבוגרים, קציני מבחן לנוער וכו'.

הגופים האלה כפופים לרשויות שונות. משטרה – כפופה למשרד ממשלתי אחד (ביטחון פנים); בתי משפט – למשרד המשפטים; רווחה – למשרד העבודה והרווחה; התקציבים – משרד האוצר; בנוסף יש אכיפה של חוקים מבוזרים. איכות סביבה – במשרד לאיכות הסביבה וכו'. יש צורך בחיאות בין מנגנונים.

7. האם הטכניקה של אכיפה מדגמית מוכרת לך?

זה נעשה על מנת שחוק מסוים לא יהיה אות מתה. אם זה עובר מפה לאוזן שחוק מסוים לא נאכף אז זו בעיה. למשל חגירת חגורות בטיחות במושב האחורי. בהתחלה רשויות האכיפה לא התעסקו עם העניין הזה. לקח זמן עד שהבינו שיש לכך ערך רב. כיום עושים מבצע של מיקוד האכיפה בחגורות בטיחות. סביר שזה לא יימשך לאורך זמן במינון הזה. כנ"ל הימורים לא חוקיים, מכוני ליווי, איכות סביבה. עושים אכיפה ממוקדת. מתלבשים על

נושא מסוים ומתמקדים בו ורק לאחר שמעלים את איכות האכיפה, הנושא עובר לסדר עדיפויות שוטף. חגורת בטיחות זו דוגמה טובה כי יש קושי לאכוף זאת. צריך ששוטר יראה שאדם לא חגור, לכן עושים תכנית מבצע, למשל אופנוע משטרתי שנוסע ורואה אם אנשים חגורים או לא.

דוגמאות נוספות הן עבירות שמבוצעות במקום מסוים. למשל חטיפות תיקים בנתניה: בבאר-שבע זה לא קיים באותה מידה אז המשטרה "מתלבשת" על הנושא בנתניה. בסוף שנות ה-90 גניבות רכב הפכו למכת מדינה וההתמודדות הייתה בכמה רמות: תקנות שאסרו ייבוא חלקי חילוף, הקמת יחידה משטרתית וכו'. אלה פעולות של רשויות אכיפה שונות על מנת למגר תופעה. כנ"ל אלימות במשפחה – האמצעים להילחם הם החרפת ענישה, הקמת מערך שוטרים, מתן עדיפות וכדומה.

#### 8. האם הטכניקה של אכיפה רנדומלית מוכרת לך?

זה קיים בעיקר ברמה של הקצאת משאבים. למשל אם מקיימים שלושה מבצעים בחודש נגד תחנות פירטיות, או שיחידת בילוש מפעילה בכל רגע נתון סוכן אחד לסחר בסמים. זה קביעת מינון מסוים. יש לכך עלויות והיבטים של כוח אדם. לוקחים כביש מסוים וקובעים שרמת האכיפה בו היא 24 שעות ביממה ובכביש אחר האכיפה היא פעם בשבוע במשמרת אחת.

#### 9. האם לדעתך ראוי לפרסם הנחיות העוסקות באכיפת החוק?

חייבת להיות מדיניות הנגזרת מ"למעלה". היועץ המשפטי לממשלה שם אצבע על עבירות שהוא מרגיש שהן חשובות, והאמירה הארגונית שלו נתפסת לכל אורך הדרך. דוגמה טובה היא הטיפול בעבירות הסתה. בזמנו, בית המשפט העליון, פרקליטת המדינה והיועץ המשפטי לממשלה הדגישו את חשיבות הטיפול בעבירות אלה. המטרה בסופו של דבר למנוע עבירות ולא לתפוס מפריים. אם נוציא הנחיות וזה יביא לכך שסוחרי סמים יעברו לעסוק בנדל"ן – זה לא רע. יש למשל שלטים "פה מבוצעת אכיפה", "פה מותקנות מצלמות אלקטרוניות" – זה טוב וזה מונע עבירות. המטרה היא מניעה ולא תפיסה. אם כולם יהיו נהגים מכבדי חוק, המשטרה תוכל לסייע בהכוונת תנועה – שהיא אינה פעולת אכיפה. אשרי החברה שתרשה זאת לעצמה. כל פעולה שיכולה למנוע עבירות מבורכת. מצד אחר, לא יעלה על הדעת לתת מראש הודעה על פשיטה לצורך איתור עבירות סמים או שבעוד כמה דקות יגיע סוכן משטרתי וכדומה.

#### 10. מה דעתך על הרחבת הביקורת השיפוטית על רשויות האכיפה?

ביקורת שיפוטית היא לגיטימית כל עוד היא חיה במציאות ריאלית ולא אוטופית. אם תהיה ביקורת שיפוטית על גוף מסוים, תוך התעלמות מסדרי עדיפויות אחרים, היא לא



#### אכיפה סלקטיבית

תהיה רלוונטית. למשל בשלוש השנים האחרונות המשטרה השקיעה משאבים בביטחון פנים. אם בית המשפט יאמר למשל שהוא מצפה ליותר אכיפה בנושא הרדיו הפירטי ויתעלם מסדרי העדיפויות שעל המשטרה לפעול על פיהם, זו תהיה ביקורת לא קונסטרוקטיבית שמתעלמת מהמציאות, אך אם הביקורת מביאה בחשבון את המציאות היא חשובה. לפעמים שופטים זועמים על איחור בהבאת עצור ב-10 דקות לאולם (איחור, אך עדיין בטווח הזמן שמותר להחזיק עציר). אם באותו רגע הייתה התראה על מחבלים זו לא הערה שתורמת, אך אם האיחור נבע מרשלנות – אז הביקורת כן תורמת. יש מציאות שצריך להתחשב בה.

## ריאיון עם עו"ד משה מזרחי – היועץ המשפטי של אגף המכס והמע"מ\*

### 1. כיצד אתה מבין את המונח "אכיפה סלקטיבית"?

האסוציאציה הראשונה שעולה היא שלילית, דהיינו אפליה – אכיפה כלפי אוכלוסיה אחת ולא אחרת. מצד אחר, זה יכול להוות גם הסבר למדיניות אכיפה כוללת.

### 2. האם תופעות של אכיפה סלקטיבית מוכרות לך מעבודתך וכיצד אתה מתמודד איתן?

ראשית, אנחנו כל הזמן דנים מה צריכה להיות מדיניות הענישה. האם סנקציה פלילית קלאסית של מאסר, או דווקא ענישה כספית. התוצאה של ענישה כספית היא שרק מי שיש לו כסף יוכל לפדות את עצמו, בעוד מי שאין לו כסף ילך לכלא. שנית, מאחר שהמשאבים שלנו דלים, אנחנו לא יכולים להיות בכל דוכן ובכל בית הימורים. אנחנו עושים תכנית עבודה אחרי מחקר כלכלי ומחליטים במי להתמקד. עצם תכנית העבודה היא אכיפה סלקטיבית בהגדרה. בכל תיק כמעט נטען "נטפלים דווקא אלי". הנחת העבודה שלי שיש אוכלוסיה גדולה שמעלימה הכנסות או מדווחת דיווחים כוזבים. אנחנו יכולים לטפל רק בחלק קטן של האוכלוסיה. למשל ביקורת על מכוני ליווי דורשת חקירה, גיבוי משטרת, לוגיסטיקה שלמה. לכן אני יכול לאשר סלקציה, במובן זה שבוחנים רק כמות מסוימת ויוצאים מנקודת הנחה שההליך הפלילי הפומבי משיג את ההרתעה גם לגבי יתר האוכלוסיה, אך אין סלקטיביות שנובעת ממניעים זרים. לדעתי, סלקטיביות היא פסולה רק אם היא נובעת ממניעים זרים. אם הסלקטיביות היא תוצאה של מגבלות כוח אדם ומשאבים – זה ראוי, שכן האלטרנטיבה היא חידלון מוחלט. שלישית, גם בתוך תיק מסוים של ביקורת פועלים בשיטת המדגם. לא ניתן לבדוק כל חשבונית של חברה שנסחרת בבורסה, ולכן בוחנים את המסמכים אשר ניתן לבחון.

\* הריאיון נערך בתאריך 19.12.03. עו"ר (רו"ח) משה מזרחי הוא כיום היועץ המשפטי לרשות המיסים בישראל.

## אכיפה סלקטיבית

3. עד כמה החלטות אכיפה מתקבלות באופן ספורדי ועד כמה על סמך מדיניות?  
האכיפה אצלנו היא במישור הפלילי והאזרחי. ביקורת אזרחית – בדיקת דיווחים; במישור הפלילי – אנשי חקירות מבצעים חקירה פלילית. יש גם אכיפה במישור של תשלום מיסים, דהיינו לגבי אנשים שאמנם לא רימו בדיווח, אך אינם משלמים מיסים. יש פרמטרים שנקבעים לתכנית עבודה. חלק נקבע על ידי ההנהלה לגבי כולם, חלק נקבע על ידי כל תחנה שקובעת במה היא רוצה להתמקד (האגף מחולק ל-17 תחנות ברחבי הארץ, שכל אחת חולשת על חלק אחר מהאוכלוסיה), וחלק מהפרמטרים קובע המחשב.
4. מה היחס בין אכיפה יזומה לאכיפה על בסיס תלונות? האם הרשות חוקרת כל מקרה של תלונה?  
עיקר האכיפה היא יזומה. הביקורת, החקירות, הגבייה והאכיפה נקבעים על פי תכנית עבודה. יש גם תלונות. אם על פניו יש בסיס לתלונה – התלונה נחקרת.
5. עד כמה משפיעים אילוצי משאבים על מדיניות האכיפה ועל האכיפה בפועל?  
אילוצי המשאבים משפיעים מאוד. מדובר על 300-400 אלף עוסקים שצריך לבחון מול מאות בודדות של אנשים שעובדים באגף. לכן במסגרת הדין הפלילי, אני רוצה שאדם ידע שאם הוא נתפס הוא הולך לכלא, שאחרת זה יהפוך למצב של ברירת קנס.
6. האם אתם נוקטים בשיטה של אכיפה מדגמית על דרך של הגשת אישומי מבחן שאם יצליחו יוגשו אישומים נגד מפרים אחרים? אם כן, מהו המדגם?  
כן, גם באזרחי וגם בפלילי. אנחנו מאמינים במשהו ומביאים אותו לבית המשפט כדי לקבל גושפנקה. תמיד נלך על מקרה בוחן שמאמינים בו. גודל המדגם תלוי בכל מקרה לגופו. אין תכנית עבודה על test case.
7. האם רוב האכיפה נעשית בדרכים פורמליות (שימוש באמצעים שמקנה החוק) או בדרכים לא פורמליות (שכנוע, מו"מ)?  
החוק מקנה לנו את היכולת לבצע מו"מ. זה כלי ראשון במעלה הן בהליכים אזרחיים הן בפליליים. חלק ניכר מהתיקים נגמרים בפשרות והסדרי טיעון. הנטייה היא להחיל את תוצאות המו"מ על כל האוכלוסיה. נקודת ההנחה שלי היא שההסדרים אינם בסתר. עם זאת יש תיקים שהם תלויי ראיות ונסיבות. זה לא נקי משפטית. תמיד יש נסיבות אישיות וכו' ואכן כל מו"מ שונה מהשני.

8. עד כמה ראוי לדעתך לפרסם הנחיות בדבר אכיפה?

לדעתי, חשוב לפרסם הנחיות כל זמן שזה לא פוגע בעבודה. כלומר, ברור שאני לא אודיע למשרדים שאני מגיע אליהם לביקורת, אך באופן עקרוני אני חושב שהציבור צריך לדעת מה אנחנו חושבים ואת ההנחיות שעל פיהן אנחנו פועלים.

9. בפסיקה ישנה שבה נדונו עבירות על פקודת מס הכנסה, הובילה הוכחת נוהגי אכיפה של רשויות המס למסקנה שהתביעה לא הצליחה להוכיח את יסוד הכוונה שנדרש לצורך אכיפה<sup>1</sup>. האם הפסיקה מוכרת לך? כיצד אתם מתמודדים אתה?

הפסיקה לא מוכרת לי, אבל אני יכול להבין את הסיטואציה. כאשר מי שאמור לאכוף את החוק עוצם עיניים, יש בכך מתן לגיטימציה. זה יבוא לידי ביטוי בשאלות שהן בתפר בין פלילי ואזרחי, אך נוהג של העלמת הכנסה למשל, לא יתקבל.

10. בבג"ץ שקם<sup>2</sup> הותקפו האמצעים שמשמשים לאכיפת ההסדר בחנויות פטורות ממכס בנמל התעופה בן גוריון. מעבר לטענות נקודתיות של העותרת בנוגע לאכיפת החיוב לשלם מיסים במסגרת ההסדר, העותרת העלתה גם טענה כללית נגד המכס על שאינו נוקט פעולות תקיפות ונמרצות יותר כדי לאכוף את החיוב לשלם מיסים מעבר לתקרת הפטור. מה דעתך על הטענה? האם המצב השתנה?

אנחנו עושים הכל במסגרת האמצעים שיש לנו והאמת שזה קצת מתסכל כי ברור לי שאנחנו לא עושים כל מה שאפשר. מאחר שפסק הדין ניתן לפני שנכנסתי לתפקידי, אני לא יודע מה נעשה בעקבות פסק הדין.

11. האם נעשה שימוש בביקורת מע"מ לגילוי עבירות אחרות?

יש שיתוף פעולה ברמה זו או אחרת עם גורמים אחרים כמו המשטרה והרשות לאיסור הלבנת הון. החוק מתיר לנו לעשות זאת. יש לנו חובת סודיות על אינפורמציה, אך במקרים מסוימים שר האוצר רשאי להתיר את העברת האינפורמציה הלאה<sup>3</sup>. בעבירות מסוימות, כשהאינטרס הציבורי דורש והחוק מאפשר, אנחנו משתפים פעולה עם גורמי אכיפה אחרים.

1 ראו למשל ע"פ 143/73 מדינת ישראל נ' זיידל, פ"ד כח(2) 19; ע"פ 280/77 אליהו נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 533; ע"פ 838/76 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 249.

2 בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 112.

3 ראו סעיף 142 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975: "סודיות – (א) לא יגלה אדם ידיעה שהגיעה אליו אגב ביצוע חוק זה, אלא אם – (1) שר האוצר התיר לגלותה; (2) נדרש לגלותה בהליך משפטי על פי חוק זה או חוק מסים כמשמעותו בחוק לתיקון דיני מסים (חילופי ידיעות בין רשויות המס), תשכ"ז-1967; (3) המידע נדרש למוסד לביטוח הלאומי לצורך מילוי תפקידו כאמור בסעיף 384 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995. (א) (18)

## אכיפה סלקטיבית

12. בית משפט באנגליה אישר מדיניות אכיפה סלקטיבית של מס הכנסה<sup>4</sup>. באותו עניין כנגד העותר הוגשו אישומים בגין העלמות מס של חברה שבבעלותו. חלק מהאישומים הוגשו נגדו יחד עם רואה החשבון שניהל את העניינים הכספיים של החברה באותה תקופה. העותר טען שלא הוגש כתב אישום כנגד איש מבין משלמי המס האחרים, שרואה החשבון טיפל בענייניהם ואשר היו מעורבים באותו סוג של עבירות מס. התביעה באותו עניין לא הכחישה מדיניות של אכיפה סלקטיבית ואף לא הכחישה שהמקרה נשקל לגופו ובלא כל השוואה למקרים אחרים. האם מצב כזה יכול לקרות בארץ?

לא. יש כרגע פרשה של דיווח לא נכון (המחלוקת אזרחית ולא בהכרח פלילית). מעורבות שם כמה חברות במשק. ההנחיה החד-משמעית היא ללכת לכל החברות. אם אני יכול ומסוגל, אין ספק שההנחיה תהיה לבדוק את כולם. בכל החלטה שלנו בוחנים היעדר אפליה, היעדר משוא פנים והיעדר שיקולים זרים.

לעניין סעיף קטן (א) (1) רשאי שר האוצר לתת גם היתר לגילוי מידע לסוגיו, ובלבד שהיתר כאמור יינתן לבעלי תפקידים שצוינו בו לצורך מילוי תפקידם כדין, ומנימוקים שיירשמו. (ב) הגיעה לאדם ידיעה על פי סעיף קטן (א), יראוהו כמי שקיבל אותה אגב ביצוע חוק זה. (ג) גילה אדם שלא כדין ידיעה שהגיעה אליו אגב ביצועו של חוק זה, דינו – מאסר שנה או קנס 20,000 לירות”.

4 ראו *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Mead and another* [1993] 1 All. E.R. 772.

# מפתחות



## מפתח חקיקה

(ההפניה היא לעמוד ולהערות השוליים (בסוגריים))

### חקיקה ישראלית

	<b>א</b>	
	[חוק] איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965	14
(152)215		
	<b>ב</b>	
(62)338 ,337	[חוק העזר ל]באר-שבע (שילוט), תשמ"ט-1989	
(207)142	(א13)249	
(207)142		246
(207)142		250
(207)142		251
(14)489	[חוק ה]בזק, תשמ"ב-1982	
(185)413	[חוק ה]ביקורת הפנימית, תשנ"ב-1992	
	[חוק] בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984	76
(200)368		
	[פקודת] בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971	47
338		
370	[חוק] בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000	8
(208)370 ,(213)226		
	<b>ג</b>	
(23)32	[חוק] גיל הנישואין, תשי"ז-1950	
	<b>ד</b>	
	[חוק ה]דיינים, תשט"ז-1955	25
(38)270 ,(362)175		
	[חוק] דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז-1957	27
(187)221		
353	[חוק ה]דרכים (שילוט), תשכ"ו-1966	
	<b>ה</b>	
	[חוק] האזנת סתר, תשל"ט-1979	5-4
(59)431		



אכיפה סלקטיבית

332,173,(247)150,149,49	[חוק ה]הגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988	2
(6)421		2
(7)469,(110)49		43
(110)49		44
(110)49		45
(110)49		46
	[חוק] הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981	
(152)215		18
	ו	
(184)413	[חוק] ועדות חקירה, תשכ"ט-1968	
	ה	
	[חוק ה]חוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973	
(117)348		31
	[חוק] חופש המידע, תשנ"ח-1998	
(1)456,(189)414,(187)413,407		6
409,408		9
414,409		9
(181)413,412,411,410		9(ב)4
413		9(ב)8
(191)415,414		11
(187)414		14(א)8
(187)414		14(א)9
(187)414		10
	[חוק-יסוד:] חופש העיסוק	
(84)200,199		4
(96)438,(289)160		5
(97)438		
141	[חוק] חופשה שנתית, תשי"א-1951	
	[חוק] חסינות חברי-הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951	
(39)270,(362)175		13
(10)266,(109)49	[חוק] חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958	
	י	
339	[פקודת ה]יבוא והיצוא [נוסח חדש], תשל"ט-1979	
	[חוק] יסודות התקציב, תשמ"ה-1985	
(45)428		3א(ה)
(53)335	[חוק עזר ל]ירושלים (פתיחת עסקים וסגירתם), תשט"ו-1955	

מפתח חקיקה

	כ
,194 ,168 ,(272)156 ,157-156	[חוק-יסוד:] כבוד האדם וחירותו
432 ,428 ,415 ,340 ,331 ,232	
201	3
(96)438 ,371 ,(289)160	8
(97)438 ,167	11
(25)330 ,330 ,(291)161 ,(219)145	[חוק ה]כניסה לישראל, תשי"ב-1952
334	12
334 ,(291)161	א12
	מ
184	[חוק-יסוד:] מבקר המדינה
	[חוק] מבקר המדינה [נוסח משולב], תשי"ח-1958
(184)413	26
	[פקודת ה]מועצות המקומיות [נוסח חדש]
(106)48	19
(106)48	26
71	[חוק] מימון מפלגות, תשל"ג-1973
	[פקודת ה]מכס [נוסח חדש]
(108)48	פרק שנים עשר
(108)48	פרק ארבעה עשר
	[חוק-יסוד:] ה[ממשלה]
(158)57	1
(23)268	34
	[פקודת] מניעת טרור, תש"ח-1948
(219)145	(א)6
433 ,326	[פקודת] מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961
(112)49	חלק ט
(112)49	135
(76)434	א158
(4)326	217
(7)327	(1)220
(3)326	(2)220
(112)49	227
483	245
(4)483	(א)245
	[חוק] מס ערך מוסף, תשל"ו-1975
(3)501	142
207	[חוק ה]מרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, תשנ"ה-1995
507	

אכיפה סלקטיבית

	[פקודת ה]משטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971	
(159)57 , (47)37		3
(39)427		9
(9)422		9א
(37)426 , (306)164		9א(א)

	ג	
	[פקודת ה]נוזיקין [נוסח חדש]	
(356)174		35

	ס	
265	[חוק] סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965	
10)266		225
(10)266		226

432 , 278 , (182)63	[חוק] סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982	
(1)493 , 65	התוספת השנייה	
(193)65		11
(32)269 , (194)65		12
(50)272		12(א)(1)(א)
(43)271		58
(43)271 , 63		59
433 , (206)370		60א
(184)63		60(ג)
(44)271 , 269 , 65		62
(12)266		62(א)
(44)271 , (43)271		63
(80)276 , 271 , (222)70 , (192)64		64
(1)493 , (195)65		68
(196)65		71
406 , 404		74
(144)404		74(א)
(146)404		74(ב)-(ד)
(145)404		74(ו)
(47)271		93
(220)70		93-94
(47)271		94(4)
447 , 371 , (194)367 , (164)295		149(10)
371		151
271		231
(59)431 , 221(70)		231-232
(54)273		232
(72)433	[חוק] סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28), תש"ס-2000, ס"ח 242	

מפתח חקיקה

(72)433	452	[חוק] סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28) (תיקון), תשס"א-2001, ס"ח
(72)433	173	[חוק] סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28) (תיקון מס' 2), תשס"ב-2002, ס"ח
(72)433	445	[חוק] סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28) (תיקון מס' 3), תשס"ב-2002, ס"ח
(72)433	395	[חוק] סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28) (תיקון מס' 4), תשס"ג-2003, ס"ח
(1)447, (352)258, (123)208	308	[חוק] סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), תשס"ז-2007, ס"ח
(159)57	62-59	
(352)258	149	
(36)270	1	[פקודת] סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) (נוסח חדש)
(37)270	38	[פקודת ה]סמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 (ד)
		<b>ע</b>
48		[חוק ה]עבירות המינהליות, תשמ"ו-1985
431	15	
(105)48		פרק ג
(340)257		[חוק ה]עונשין, תשל"ז-1977
(37)270		חלק כללי, פרק ד, סימן ב
(340)257		9(ב)
(348)257		19
(166)360, (152)214, (141)211		34
(342)257		34
(345)257		34
(152)214		71
(37)270		123
(11)327		199
(11)327		204
(5)472		413
(6)473		452
333		500(2)
(106)48		[פקודת ה]עבירות [נוסח חדש], תשכ"ד-1964
(106)48		264
(190)64		340
		[חוק ה]עתיקות, תשל"ח-1978
		<b>פ</b>
(186)413		[חוק ה]פיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981
		60

אכיפה סלקטיבית

(186)413	[חוק ה]פסיכולוגים, תשל"ז-1977	35
265	[פקודת ה]פרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב האשמה), 1924	
(159)407	[פקודת ה]פרשנות [נוסח חדש]	17
(1)19	[חוק ה]פרשנות, תשמ"א-1981	3
58		11
(119)443		15
(330)253	[חוק עזר ל]פתח תקווה (פתיחת עסקים וסגירתם), תשכ"ד-1963	
	ר	
(145)404	[פקודת ה]ראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971	פרק ג
339	[פקודת ה]רופאים [נוסח חדש], תשל"ז-1976	13
335, 140	[חוק] רישוי עסקים, תשכ"ח-1968	
(179)62		2(א)(3)
(18)329		4
(18)329		14
(306)247, (30)34	[חוק] רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), תשי"ג-1953	
(236)230, (26)188, (40)36	[חוק ה]רשות השניה לטלויזיה ורדיו, תש"ן-1990	
(7)486		5
(27)331		7
(1)485		37
(2)485		49
(3)483		88
(4)483		89
(186)413		144
(307)164	[חוק ה]רשות השניה לטלויזיה ורדיו (תיקון מס' 18), תשס"ג-2002	
(5)421, (307)164	[חוק ה]רשות השניה לטלויזיה ורדיו (תיקון מס' 19), תשס"ג-2003	
	ש	
(81)277, 48	[חוק ה]שיפוט הצבאי, תשט"ו-1955	
(107)48		151
(107)48		169
(107)48		171
(107)48		178
(107)48		144-141
(107)48		181
(107)48		282-280ב

## מפתח חקיקה

(150)357	[חוק] שמירת הניקיון, תשמ"ד-1984
399, 329, 141, 140	[חוק] שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951
(38)270, (362)175	[חוק-יסוד : ה]שפיטה
(128)352, 224	12 15(ג)

## ת

265	[חוק ל]תיקון סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות), תשי"ח-1958
430, (50)429, 429, 400	[חוק ל]תיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958
429	23(א)
430, (132)401	6
(111)49	[חוק ה]תכנון והבניה, תשכ"ה-1965
(189)64	258-257
(189)64	א257
(50)335, (201)140	[חוק עזר ל]תל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות), תש"ם-1980
336, 285, 198	[חוק ה]תקנים, תשי"ג-1953
(90)201, (86)200, 200	[חוק ה]תקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982

## חקיקת משנה

(29)33	[צו בדבר] בלו על נכסים ושירותים (רצועת עזה) (מס' 535), תשל"ו-1976
353	[תקנות ה]דרכים (שילוט), תש"ם-1980
(4)29	[תקנות ה]הגנה (שעת חירום), 1945
(84)435	125 [תקנות] חופש המידע, תשנ"ט-1999
(59)195	6 [תקנות] מס הכנסה (הנחות ממס בישובי גבול הצפון), תשמ"ח-1985
(139)403	[תקנות] סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984
(1)462, (340)171	11 [תקנות ה]סמים המסוכנים (בדיקה מדגמית של סמים), תשנ"א-1991
(5)485	[כללי ה]רשות השניה לטלוויזיה ורדיו (ערביות בעל זיכיון), תשנ"ב-1992
(10)487, (9)487, (42)427	9 [כללי ה]רשות השניה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה וברדיו), תשנ"ד-1994
(18)491	14

## אכיפה סלקטיבית

(10)487 , (42)427	[כללי ה]רשות השנייה לטלויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), תשנ"ט-1999
352	[תקנות ה]תעבורה, תשכ"א-1961

## הצעות חוק

(9)265	[הצעת חוק] סדר הדין הפלילי, תשכ"ג-1963, ה"ח 155
(49)272	[הצעת חוק] סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 32) (העמדה לדין וסגירת תיקים), תשס"א-2001, ה"ח 607
(50)272	[הצעת חוק] סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 40) (אצילת סמכויות היועץ המשפטי לממשלה), תשס"ד-2004, ה"ח 354
(3)447	[הצעת חוק] סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), תשס"ז-2007, ה"ח 138
(46)334	[הצעת חוק] שהייה שלא כדין (איסור סיוע) (הוראת שעה), תשנ"ו-1996, ה"ח 2529

## חקיקה זרה

28 U.S.C. 1361	297(176)
ABA Standards Relating to the Prosecution Function and the Defense Function 3-3.9(b)	269(168) 296(171)
Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1989	369(204)
Code for Crown Prosecutors (5 <sup>th</sup> ed., November 2004)	82(288), 86(320), 176(366)
1	82(290)
2.2	82(291)
2.6	86(321)
5	82(293)
5.2	82(294)
5.3	83(295)
5.7	83(297)
5.9	84(302), 84(303)
5.10	84(302), 84(304)
Code of Administrative Court Procedure	
113	320
114	320-321
Freedom of Information Act 1966, 5 U.S.C.	
552	394
552(a)	395(111)
552(b)	395, 395(112)-(113)
552(b)(5)	395(11)
552(b)(7)	396(118)

## מפתח חקיקה

Electronic Freedom of Information Act. 1996	395(111)
Fed. Rules Crim. Proc. 16(a)(1)(C)	380(30)
German Code of Criminal Procedure	
Part 5, Chapter 1 (Private Prosecution)	88(336)
152(2)	90(346)
153	91, 91(347), 93(361)
153a	91, 91(349)
154	92
374	88(337)
Human Rights Act 1998	86, 158(279), 314
3	158(279)
6	158(279)
chapter 42, Schedule I, Article 6	314(269)
Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act (1996) (IIRIRA) 8 U.S.C.S 1252(g)	126(125)
Selective Service Act	110, 377
Military Service Act	111
Income Tax Act, R.S.C. 1952	
132	34(31)
Independent Counsel Provisions of the Ethics in Government Act 1978 (28 USCS 49)	303(204)
Prosecution of Offences Act, 1985	
23	85(310)
Sunday Observance Act, 1780	84(307)
The American Bar Association Standards of Criminal Justice Relating to Prosecution Function	76
3-3.9	75(247)
3-3.9(b)	76(250)
The Basic Law (Grundgesetz)	
1(3)	319(283)
3	319(282)
19(4)	318(278)
20(2)	317(271)
The Law of Administrative Proceedings	
40	321(296)
The Police and Criminal Evidence Act, 1984	80, 80(278)



אכיפה סלקטיבית

The Prosecution of Offences Act, 1985	78
10	81(287)
U.S. Const.	
Amend. I	55(146), 108(35)
Amen. V	109(40)
Amend. IV	74(237), 132(152)
Amend. XIV	75(244), 100(2), 102, 146(226), 239(278)
Art. I, Sec. 1	55(146)

שונות

דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (בראשות מאיר שמגר) (ירושלים, תשנ"ט)	(314)250
(90)278, (30)269, (3)264, (315)251	
"דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' ומיר עורך, תשנ"ג) 421	(21)-(18)267
(48)271, (46)271, 268	
דין וחשבון ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים – ועדת חקירה ממלכתית, תשמ"ו-1986	(13)475
החלטת היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, מס' 3164/97, מיום 20.4.1997, סעיף 6ב	(206)67
הנחיות היועץ המשפטי לממשלה – מדיניות התביעה (1986)	(34)425, (201)66
הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מספר 4.7000	(304)164
הנחיות היועץ המשפטי לממשלה: מדיניות בקשר להסכמים עם הסגוריה (הנחיה מס' 50.050 מיום 1.8.76)	(241)231
הנחיות היועץ המשפטי לממשלה: מדיניות חקירה ותביעה: שיקולים כלליים (הנחיה מס' 51.051 מיום 1.12.85)	(34)190, 190
הנחיות היועץ המשפטי לממשלה: מדיניות תביעה – נישואי בוסר ובעילת קטינה (הנחיה מס' 51.054 מיום 1.12.85)	(23)32
הנחיות פרקליטת המדינה (1.8.02), הנחיה מס' 2.1 – מדיניות התביעה בהעמדה לדין בעבירות של גרימת מוות בתאונות דרכים	(3)472
הנחיות פרקליטת המדינה (1.8.02), הנחיה מס' 2.10 – מדיניות התביעה לגבי עבירות של חבלה ברכב	(4)472
הנחיות פרקליטת המדינה (1.8.02), הנחיה מס' 2.7 – מדיניות התביעה בהעמדה לדין בעבירות ביגמיה	(23)32

מפתח חקיקה

(7)474, (29)331	הנחיות פרקליטת המדינה (1.8.02), הנחיה מס' 2.9 – מדיניות התביעה לגבי שידורי רדיו פירטיים
(2)472 (312)165	הנחיות פרקליטת המדינה (עדכון אחרון 1.1.03), הנחיה מס' 2.2 – מדיניות החקירה וההעמדה לדין בעבירות זנות וסחר בבני אדם לעיסוק בזנות 7
(359)175	זכויות האדם בישראל – תמונת מצב 1996 (נ' ישובי עורך, תשנ"ו)
(207)67 (208)67, (207)67	חוות דעתה של פרקליטת המדינה, עדנה ארבל, מיום 18.4.97 א52 106
(19)492	סקר עמדות הציבור בנושא פרסומות (נערך על ידי מדגם ייעוץ ומחקר בע"מ לפי הזמנת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו. הסקר נערך בין התאריכים 6.8.03-28.7.03)
(207)370	קובץ נבחר של תקצירי החלטות ופסקי-דין בתחום ההגבלים העסקיים (רשות ההגבלים העסקיים, מרץ 2003-ספטמבר 2003)
	Attorney General's Conference on Strengthening Police-Community Relationships, Report on the Proceedings (Washington, DC: US Department of Justice, June 9-10, 1999) 135(172)
	European Convention on Human Rights 158(279), 220(178)
14	86(322), 158(279)
	Report of the Royal Commission on Criminal Procedure, Chairman Sir Cyril Philips, 1981 79(273)
	The Review of the Crown Prosecution Service (June, 1998) 87(326), 87(327), 87(328)

אכיפה סלקטיבית

## מפתח פסיקה

(ההפניה היא לעמוד ולהערות השוליים (בסוגריים))

### פסיקה ישראלית

פסקי דין של בית המשפט העליון (לפי שמות הצדדים)

- א
- א.מ. הניות (ירושלים) נ' עיריית ירושלים, ע"א 3700/98, פ"ד נז(2) 590  
אבו בקר נ' שופט בית המשפט הצבאי בשכם, בג"ץ 446/81, פ"ד מ(3) 649  
אבו חטאב נ' מדינת ישראל, בש"פ 4357/05, נבו – המאגר המשפטי הישראלי  
(ניתנה ביום 1.7.05)
- (6)421  
(208)370  
(151)405  
(208)225  
(29)33  
(274)157  
(372)177  
(73)-(72)340, (104)203  
(275)238  
(361)175, (359)175, (172)60  
(98)280  
(206)225  
(204)66  
(160)294, (228)71, (211)68  
(146)291  
(126)443  
(229)308  
(14)489, (89)-(87)200  
(60)431  
(116)50  
(98)280  
(149)405  
(73)433  
(60)274  
(76)434, (185)413  
(1)501, (3)482, (8)327, (6)327, 327 533 (1) לב(1) 280/77, ע"פ
- אבו סנינה נ' שר התחבורה, בג"ץ 129/76, פ"ד ל(3) 250  
אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, בג"ץ 69/81, פ"ד לז(2) 197  
אבו ערער נ' שר הפנים, בג"ץ 8238/96, פ"ד נב(4) 26  
אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, בג"ץ 528/88, פ"ד מג(4) 297  
אבנעל נ' מדינת ישראל, ע"א 1081/00, פ"ד נט(5) 193  
אברהם נ' מדינת ישראל, בג"ץ 1101/96, נבו – המאגר המשפטי הישראלי  
(ניתן ביום 29.6.97)
- אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, בג"ץ 246/81, פ"ד לה(4) 1  
אדלר נ' ראש האגף לחקירות, משטרת ישראל, בג"ץ 426/94, נבו – המאגר המשפטי הישראלי  
(ניתן ביום 4.5.94)
- אוחנה נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, בג"ץ 83/70, פ"ד כד(1) 771  
אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 6781/96, פ"ד נ(4) 793
- אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות,  
בג"ץ 594/78, פ"ד לב(3) 469
- אוניברסיטת תל-אביב נ' שני, ע"א 667/89, פ"ד מ(3) 316  
אופנהיימר נ' שר הפנים, בג"ץ 295/65, פ"ד כ(1) 309  
אורון נ' יו"ר הכנסת, בג"ץ 1030/99, פ"ד נו(3) 640
- אחגיגי נ' המפקח על התעבורה, בג"ץ 143/56, פ"ד יא 370  
איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, בג"ץ 7721/96, פ"ד נה(3) 625  
אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 4550/94, פ"ד מט(5) 859
- אל הוזייל נ' משטרת ישראל, בג"ץ 233/85, פ"ד לט(4) 124  
אלבו נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 4175/06, נבו – המאגר המשפטי  
הישראלי (ניתן ביום 6.6.06)
- אלויס (ישראל) בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 125/71, פ"ד כה(1) 701  
אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, בג"ץ 7805/00, פ"ד נז(4) 577

אכיפה סלקטיבית

- אליצור איגוד ספורטיבי דתי נ' עיריית נהריה, בג"ץ 720/82, פ"ד לז(3) 17  
 (177)220, (58)194, (359)175  
 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, בג"ץ 721/94, פ"ד מח(5) 749, (258)153  
 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' ראש ממשלת ישראל, בג"ץ 4267/93, פ"ד מז(5) 441, (3)264  
 אמקור בע"מ נ' שר הפנים, בג"ץ 2053/96, פ"ד כג(1) 193, (111)247  
 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, בג"ץ 170/87, פ"ד מב(1) 678, (212)226, (110)346, (108)346  
 אפרגן נ' אגף רישוי עסקים עיריית תל-אביב-יפו, בג"ץ 5021/91, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 1.4.92) אפרתי נ' אוסטפלד, בג"ץ 5537/91, פ"ד מו(3) 501, (313)166, (179)62, (160)407, (167)59, (2)462, (77)434, (58)-(57)431, (2)188, (22)187  
 ארכיב נ' מדינת ישראל, ע"א 1613/91, פ"ד מו(2) 765, ארגון סוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 10202/01, פ"ד נז(5) 713, (111)-(110)284, (108)283, 283, (84)200, 577 (3) נא, פ"ד נא(3) 577, (24)188, (24)188  
 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, ע"א 733/95, פ"ד נא(3) 577, ארקו תעשיות חשמל נ' ראש עיריית ראשון לציון, בג"ץ 1149/95, פ"ד נד(5) 547, (24)188
- ב**
- באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, בג"ץ 2911/94, פ"ד מח(5) 291, (110)346, (106)346, (120)207, בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 6271/96, פ"ד נ(4) 425, (118)285, (99)281, בארי נ' ראש מדור תביעות אגף חקירות, המטה הארצי, בג"ץ 506/89, פ"ד מד(1) 604, (80)276  
 כבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, בג"ץ 100/92, פ"ד מח(2) 221, (262)154  
 כבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 3406/91, פ"ד מה(5) 1, (66)432  
 בדר נ' לשכת עורכי הדין בישראל, ע"א 27/64, פ"ד יח(1) 295, (23)188  
 בורונבסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, ד"נ 10/69, פ"ד כה(1) 7, (373)177  
 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, בג"ץ 1255/94, פ"ד מט(3) 661, (84)200  
 בז'רנו נ' שר המשטרה, בג"ץ 1/49, פ"ד ב(1) 80, (289)160  
 בלאן נ' שר החקלאות, בג"ץ 36/68, פ"ד כב(1) 617, (205)224  
 בן גביר נ' מדינת ישראל, רע"פ 3344/06, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 6.11.06) (130)400, (164)360, (219)145  
 בן ישראל נ' מדינת ישראל, בג"ץ 100/85, פ"ד לט(2) 45, (144)291, (192)138, (7)30  
 בן עטייה נ' שר החינוך והתרבות, בג"ץ 3477/95, פ"ד מט(5) 1, (301)162, (326)253, (303)246, (293)244  
 בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, בג"ץ 2832/96, פ"ד נו(2) 582, (328)253, (36)190  
 בניזרי נ' מדינת ישראל, בג"ץ 9269/06, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 12.2.07) (203)369  
 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, ע"א 6821/93, פ"ד מט(4) 221, (91)201  
 ברבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 44/60, פ"ד יד(2) 925, (23)32  
 ברגמן נ' שר האוצר, בג"ץ 98/69, פ"ד כג(1) 693, (361)175

מפתח פסיקה

ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, בג"ץ 392/72,  
 פ"ד כז(2) 764 (30)34, (296)162, (284)241, (306)247, (4)373,  
 ברגר נ' שר הפנים, בג"ץ 297/82, פ"ד לז(3) 29 (119)51, (288)242, (289)243,  
 ברזילי נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 428/86, פ"ד מ(3) 505 (134)53, (137)54, (141)54,  
 (47)271, (185)63

בר-חורין נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, בג"ץ 178/74,  
 פ"ד כח(2) 757 (140)289, (192)138  
 בר-לב נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 6209/01, פ"ד נו(3) 625 (101)281,  
 (105)283, (102)-(104)282

ברמן נ' משרד להובלת משאות פרדס-חנה-כרכור והסביבה עמל בע"מ,  
 ע"א 4/74, פ"ד כט(2) 718 (83)199  
 ברמן נ' שר הפנים, בג"ץ 3/58, פ"ד יב(2) 1493 (111)205  
 ברנד נ' שר התקשורת, בג"ץ 3472/92, פ"ד מז(3) 143 (268)156  
 בת ישראל נ' שר הפנים, בג"ץ 458/85, פ"ד לט(3) 701 (144)291, (192)138, (7)30

ג

ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל, בג"ץ 5667/91, פ"ד מו(1) 858 (296)244, (301)162  
 גבע נ' גרמן, ע"מ 7024/03, נבו – המאגר המשפטי הישראלי  
 (ניתן ביום 6.9.06)

גבע נ' חברת וולט דיסני, רע"א 2687/92, פ"ד מח(1) 251 (176)411, (172)409  
 גולן נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 334/77, פ"ד לב(1) 262 (91)201  
 גולן נ' שירות בתי-הסוהר, ע"א 4463/94, פ"ד נ(4) 136 (72)276  
 ג'זמאוי נ' שר הבריאות, בג"ץ 3930/94, פ"ד מח(4) 778 (64)-(63)338, (223)228  
 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, רע"פ 2413/99, פ"ד נה(4) 673 (163)408  
 (96)345, (93)344  
 (202)369, (119)349, (114)347

גלינה בר בע"מ נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, בר"ם 7515/07,  
 נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 5.9.07) (127)399, (115)348, (10)30  
 גלעד נ' סופר, בר"ע 3/73, פ"ד כז(1) 596 (23)188  
 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 3425/94, פ"ד נ(4) 1 (98)281, (215)69, (198)65  
 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 935/89, פ"ד מדר(2) 485 (211)68, (197)65  
 (91)278, (114)206, (113)205  
 (9)474, 285, 281, 280, (96)-(93)279

ד

ד.ג.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף, רע"א 291/99,  
 פ"ד נח(4) 221 (85)436, (76)434, (189)414  
 דויקאת נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 390/79, פ"ד לד(1) 1 (297)162  
 דותן נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 844/86, פ"ד מא(3) 219 (65)432, (222)70  
 דזרלשווילי נ' מדינת ישראל, בש"פ 4569/03, פ"ד נו(4) 609 (183)365  
 דיזיין 22 שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רע"נ היתרי עבודה בשבת,  
 בג"ץ 5026/04, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 4.4.05) (204)141  
 דיין נ' וילק, בג"ץ 2481/93, פ"ד מח(2) 456 (97)202  
 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, בג"ץ 389/80, פ"ד לה(1) 421 (257)235, (355)174  
 (273)238, (270)237, 237, (264)236, (259)235

אכיפה סלקטיבית

דקה נ' שר התחבורה, בג"ץ 156/75, פ"ד ל(2) 95  
 דקל נ' שר האוצר, בג"ץ 4566/90, פ"ד מה(1) 28  
 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 6302/01, פ"ד נו(6) 725  
 דרעי נ' מדינת ישראל, בש"פ 1372/96, פ"ד נ(1) 177  
 (283)241  
 (25)26  
 (124)287  
 (156)-(155)406

ה

הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' בדיחי, רע"א 1054/03, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 8.6.03)  
 הופרט נ' יד ושם, בג"ץ 5394/92, פ"ד מח(3) 353  
 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד מבקר המדינה, עע"מ 8282/02, פ"ד נח(1) 465  
 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' משרד המשפטים, ע"א 7759/01, פ"ד נח(5) 150  
 הורביץ נ' מדינת ישראל, ע"פ 1182/99, פ"ד נד(4) 1  
 הורמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, בג"ץ 10/79, פ"ד לג(3) 60  
 (211)-(210)371  
 (274)157  
 (83)435  
 (179)412  
 481, (1)480  
 ,(349)172  
 (194)416, (350)173  
 היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ, ע"א 311/57, פ"ד יג 1026  
 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים – גוש צפון, בג"ץ 4681/97, פ"ד נא(4) 679  
 (224)228  
 (293)161  
 2665 טז פ"ד טז 2665, בג"ץ 174/62, ע"מ 9135/03  
 (178)-(177)411  
 נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 19.1.06)  
 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, בג"ץ 6300/93, פ"ד מח(4) 441  
 (45)428  
 הנדימן – עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד העבודה והרווחה, ע"פ 1003/00, פד"ע לח 262  
 (128)399  
 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, רע"פ 10687/02, פ"ד נז(3) 1  
 (128)399, (204)141  
 הנדימן עשה זאת בעצמך נ' מדינת ישראל, דנ"פ 3211/03, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 11.5.03)  
 העצני נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 292/86, פ"ד מב(4) 406  
 (79)276  
 הראל נ' מדינת ישראל, רע"פ 4398/99, פ"ד נד(3) 637  
 (212)371, (118)349, (91)344  
 הרשפי נ' מדינת ישראל, דנ"פ 3039/02, פ"ד נו(4) 337  
 (234)148  
 הרשקוביץ נ' הוועדה המחוזית לבניה ולתכנון עיר, בג"ץ 146/66, פ"ד כ(2) 518  
 (144)291, (31)189, (192)138, (8)21  
 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, בג"ץ 620/02, פ"ד נז(4) 625  
 (150)405, (148)405  
 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, בג"ץ 1438/98, פ"ד נג(5) 337  
 (23)424, (225)229, (368)156  
 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בג"ץ 6427/02, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 11.5.06)  
 (55)194, (275)157  
 (136)355, (302)246, (296)-(295)244  
 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי, דנג"ץ 1396/02, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 24.4.03)  
 (35)270

מפתח פסיקה

התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה,  
 בג"ץ 5675/04, פ"ד נט(1) 199 (204)66, (98)281, (125)287, (180)412  
 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה,  
 בג"ץ 3993/01, נבר – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.1.02) (35)270  
 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 3094/93, פ"ד מז(5) 404 (3)264

ו

וגנאר נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 4/64, פ"ד יח(1) 29 (73)276  
 וויס נ' מאירסון, ע"א 107/62, פ"ד יז 22 (145)291  
 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, דנג"ץ 3299/93, פ"ד מט(2) 195 (284)241  
 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 665/79, פ"ד לד(2) 634 (21)32, (62)274,  
 (69)-(66)275, (64)274  
 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון,  
 בג"ץ 727/00, פ"ד נו(2) 79 (68)196  
 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, בג"ץ 30/55, פ"ד ט 1261 (258)154  
 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל,  
 בג"ץ 11163/03, נבר – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 27.2.06) (137)355  
 ועדת השומה שלידי עיריית נהריה, המ' 460/63 לש נ', פ"ד יח(1) 318 (14)30,  
 (308)248, (190)222  
 ורגוס בע"מ נ' נגה הנדסה בע"מ, ע"א 5689/94, פ"ד נב(1) 521 (95)202

ז

זוהר נ' שר האוצר, בג"ץ 6057/00, פ"ד נו(3) 569 (123)443  
 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, בג"ץ 7622/02, פ"ד נו(1) 726 (180)364  
 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, בג"ץ 6396/96, פ"ד נג(3) 289 (11)21, (10)21  
 (191)138, 138, (167)59, (73)42, (38)35, (2)29, (20)23  
 (271)-(270)156, 156, 152, (210)143, (208)142, 145-142  
 (337), (23)330, 330, (337)256, (37)190, (336)170, 170  
 (161)359, 359, (147)357, 357, (61)-(59)337  
 (8)458, (125)398, (124)397, (10)374  
 זקס נ' משרד המסחר והתעשייה, בג"ץ 113/52, פ"ד ו 696 (145)55, (136)53

ח

חברת א.עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על-ידי מינהל מקרקעי ישראל,  
 ע"א 6996/97, פ"ד נג(4) 117 (151)-(150)292, (148)292  
 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, בג"ץ 637/89, פ"ד מו(1) 191 (195)-(191)222, (12)30  
 249, (309)248, 248, (198)223, (196)223, 223  
 (127)443, (194)416, (129)353, (124)351  
 חורב נ' שר התחבורה, בג"ץ 5016/96, פ"ד נא(4) 1 (294)161, (293)161, (65)114  
 (136)355, (296)244, (284)241, (301)163  
 חילף נ' משטרת ישראל, בג"ץ 64/89, פ"ד מז(5) 653 (52)430  
 חליפה נ' משרד התחבורה, בג"ץ 221/99, פ"ד נג(5) 567 (125)351, (313)250  
 (129)443, (126)352  
 חפץ נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, בג"ץ 174/84, פ"ד לח(3) 412 (192)138  
 (144)291, (32)189  
 חרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, על"ע 2531/01, פ"ד נח(4) 55 (235)148



אכיפה סלקטיבית

ט  
טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ, ע"פ 9185/03, פ"ד נח(1) 359  
טרוולר נ' פקיד הבחירות לצורך הרכבת ועדה חקלאית למועצה המקומית  
רמת השרון, בג"ץ 79/63, פ"ד יז 2503  
(74)340  
(135)402

י  
יגודיב נ' מדינת ישראל, ע"פ 7569/00, פ"ד נו(4) 529  
ידיד נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 2624/97, נא(3) 71  
יהב נ' פרקליטת המדינה, בג"ץ 2534/97, פ"ד נא(3) 1  
יהב נ' פרקליטת המדינה, בג"ץ 2534/97, פ"ד נא(3) 39  
יהודה נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 653/94  
נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 2.6.94)  
יהלומי קרן אור בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, ע"א 110/72, פ"ד כז(1) 46  
יוסף נ' מדינת ישראל, ע"פ 1767/94, פ"ד נג(1) 505  
יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, בג"ץ 987/94  
(224)228, (301)162  
פ"ד מח(5) 412  
ילין נ' מדינת ישראל, בג"ץ 4169/93, נבו – המאגר המשפטי הישראלי  
(ניתן ביום 31.7.94)  
יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, בג"ץ 4644/00  
(17)491  
פ"ד נד(4) 178  
יפת נ' מדינת ישראל, ע"פ 2910/94, פ"ד נ(2) 221  
,293, (230)-(229)147, (228)146  
(14)475, (2)447, (160)294  
(298)245, (310)165  
יפת נ' עיריית נתניה, ער"ם 3813/03, פ"ד נח(1) 985  
יצחק נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 7748/99  
(לא פורסם; ניתן ביום 11.11.99)  
יצחקי נ' שר המשפטים, בג"ץ 159/73, פ"ד כח(2) 692  
יקותיאלי נ' שר הפנים, בג"ץ 6741/99, פ"ד נה(3) 673  
יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, בג"ץ 5121/98  
(200)224  
נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 4.5.06)

כ  
כבל נ' ראש ממשלת ישראל, בג"ץ 1/98, פ"ד נג(2) 241  
כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"א 238/53, פ"ד ח 4  
כהן נ' שר הביטחון, בג"ץ 29/62, פ"ד טז 1023  
כהן נ' שר המשטרה, בג"ץ 5151/95, פ"ד מט(5) 245  
כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, בג"ץ 726/94, פ"ד מח(5) 441  
כפר ורדים נ' שר האוצר, בג"ץ 678/88, פ"ד מג(2) 501  
כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 1563/96, פ"ד נה(1) 529  
(259)154, (171)60  
(23)188  
(172)60  
(98)281  
(84)200  
(59)195  
(193)367, (233)-(231)147

ל  
לב נ' בית הדין הרבני בתל-אביב-יפו, בג"ץ 3914/92, פ"ד מח(2) 491  
לוגסי נ' שר התקשורת, בג"ץ 376/81, פ"ד לו(2) 449  
לויט נ' נשיא בית הדין הצבאי במחוז שיפוט הדרום, בג"ץ 400/89, פ"ד מג(3) 705  
לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, בג"ץ 98/54, פ"ד י 40  
(61)431  
(327)168  
(112)347  
(293)162, (259)154

מפתח פסיקה

(95)202, (83)199	ליבווביץ נ' אליהו בע"מ, רע"א 371/89, פ"ד מד(2) 309
, (8)30, (375)178, (376)	לנדאו נ' עיריית ירושלים, בג"ץ 1901/94, פ"ד מח(4) 403
(8)374, (182)364	
(258)153	לנדאו נ' שר החקלאות, בג"ץ 118/62, פ"ד טז 2540
	לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, בג"ץ 1715/97,
(139)355, (60)195	פ"ד נא(4) 367
מ	
(133)444	מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת נ' עיריית נשר, ע"א 6585/95, פ"ד נ(4) 206
(268)156	מדינת ישראל נ' אבו רביע, רע"ב 3967/97, פ"ד נא(5) 470
(152)406, (151)405, 405	מדינת ישראל נ' אנג'ל, ע"פ 400/84, פ"ד מ(3) 481
, (221)146, (24)24	מדינת ישראל נ' בורוביץ, ע"פ 4855/02, פ"ד נט(6) 776
, (281)158, 159-158, (245)150, (234)148, (225)-(223)146	
, (41)-(40)333, (252)258, (358)174, (354)174(282)159	
(2)-(1)466, (133)401, (173)362, (115)348	
(164)295	מדינת ישראל נ' בורוביץ, רע"פ 4855/02, פ"ד נט(6) 776
, (223)228	מדינת ישראל נ' גולן, ע"א 7440/97, רע"ב 6172/97, פ"ד נב(1) 1
(7)457, (338)256	
(144)291	מדינת ישראל נ' ויליגר, ע"פ 560/71, פ"ד כו(2) 622
(1)501, (3)482, (5)327, (1)326	מדינת ישראל נ' זיידל, ע"פ 143/73, פ"ד כח(2) 19
(5)467	מדינת ישראל נ' סבירסקי, ע"פ 2929/02, פ"ד נו(3) 135
	מדינת ישראל נ' פרג, בש"פ 5989/01, נבו – המאגר המשפטי הישראלי
(153)406	(נ"תנה ביום 27.8.01)
, (5)30, (21)23	מוטיל נ' נציב שירות המדינה, עש"מ 6978/00, פ"ד נד(4) 865
, (16)329, (15)-(14)328, (33)190, (216)-(215)144	
(4)464, (171)-(170)361, 362-361, (148)357, 357	
(36)190	מוניץ נ' בנק ישראל, בג"ץ 198/82, פ"ד לו(3) 466
(71)276	מוסטפא נ' מדינת ישראל, בג"ץ 317/76, פ"ד ל(3) 479, 477
(70)432	מוסטקי נ' פרקליטת המדינה, בג"ץ 3379/03, פ"ד נח(3) 865
(93)202	מוסכי צומת גהה מאוחדים בע"מ נ' וייל, ע"א 283/85, פ"ד מא(3) 25
, (293)161	מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, בג"ץ 571/89, פ"ד מד(2) 236
(5)373, (286)241, 241	
(53)430	מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים, בג"ץ 2159/97, פ"ד נב(1) 75
(98)438, (299)245, (302)163	מור נ' ראש עיריית הרצליה, בג"ץ 4445/02, פ"ד נו(6) 900
(20)31	מחאמיד נ' מדינת ישראל, ע"פ 596/73, פ"ד כח(1) 773
(46)193, (299)162	מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, בג"ץ 688/81, פ"ד לו(4) 85
(56)194	מיטרני נ' שר התחבורה, בג"ץ 337/81, פ"ד לז(3) 337
, (57)194, (360)175, (274)157	מילר נ' שר הביטחון, בג"ץ 4541/94, פ"ד מט(4) 94
(97)438, (196)417, (137)355, (223)228, (65)-(63)195	
(249)233	מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, בג"ץ 311/60, פ"ד טו 1989
(119)51	מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, בג"ץ 2344/98, פ"ד נד(5) 729
	מכבים – ישוב קהילתי במודיעים נ' הוועדה לבנייה למגורים במחוז המרכז,
(89)344	בג"ץ 2683/92, פ"ד מח(1) 535
(1)501, (3)482, (5)327, (2)326	מלכה נ' מדינת ישראל, ע"פ 838/76, פ"ד לב(1) 249

אכיפה סלקטיבית

מנחם נ' שר התחבורה, בג"ץ 4769/95, פ"ד נז(1) 235  
 מסארווה נ' מדינת ישראל, בש"פ 9322/99, פ"ד נד(1) 376  
 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, ע"א 6926/93,  
 פ"ד מח(3) 749  
 מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 3846/91, פ"ד מו(5) 423  
 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 4736/98,  
 פ"ד נד(1) 659  
 מפן נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 45/49, פ"ד ד 123  
 מרדי נ' שר החקלאות, בג"ץ 5496/97, פ"ד נה(4) 540  
 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 840/79, פ"ד לד(3) 729  
 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, בג"ץ 7111/95, פ"ד נ(3) 485  
 משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, ע"מ 6013/04,  
 נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 2.1.06)

נ

נאמני הר-הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 4185/90, פ"ד מז(5) 221  
 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 104/87, פ"ד מד(4) 749  
 נוח נ' המועצה המקומית עומר, בג"ץ 5107/96, נבו – המאגר המשפטי הישראלי  
 (ניתן ביום 18.8.96)  
 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 329/81, פ"ד לז(4) 326  
 נוצר נ' בית-הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 727/85, פ"ד מא(2) 589  
 נחום נ' משרתת ישראל, בג"ץ 2665/98, פ"ד נב(2) 454  
 נחום נ' ראש עיריית פתח-תקווה, בג"ץ 2285/93, פ"ד מח(5) 630  
 נחמיאס נ' קולומביה סחר ותעשייה בע"מ, ע"א 901/90, פ"ד מז(1) 252  
 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, ע"ב 2/84,  
 פ"ד לט(2) 225  
 ניניו נ' מדינת ישראל, בג"ץ 340/72, פ"ד כז(1) 325  
 ניר נ' עזריאל – מושב עובדים להתיישבות הקלאית שיתופית בע"מ,  
 בג"ץ 8223/99, פ"ד נו(3) 742  
 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 1689/02, פ"ד נו(6) 49  
 נתן נ' גרינר, ע"א 663/87, פ"ד מה(1) 104

ס

סבית נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 840/97, פ"ד נז(4) 803  
 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 7094/93, פ"ד מח(2) 748  
 סוסן נ' מדינת ישראל, ע"פ 866/95, פ"ד נ(1) 793  
 סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, בג"ץ 4140/95, פ"ד נד(1) 49  
 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות,  
 בג"ץ 4247/97, פ"ד נב(5) 241  
 סלאמה נ' נציבות בתי-הסוהר, בג"ץ 305/77, פ"ד לא(3) 667  
 סן הרשקו נ' שר העבודה והרווחה, בג"ץ 434/87, פ"ד מד(4) 154  
 סצ'י נ' עיריית תל-אביב, בג"ץ 1618/97, פ"ד נב(2) 542

מפתח פסיקה

ע

- עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, בג"ץ 7052/03, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.5.06) (275)157, (55)194, (295)244  
 עדאלה נ' השר לענייני דתות, בג"ץ 1113/99, פ"ד נד(2) 164 (260)154  
 עזרא נ' השר לענייני דתות, בג"ץ 5290/97, פ"ד נא(5) 410 (24)188  
 עטון נ' מדינת ישראל, בג"ץ 230/07, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 1.3.07) (194)167  
 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 4723/96, פ"ד נא(3) 714 (4)265  
 עיריית פתח-תקווה נ' טחן, ע"א 183/69, פ"ד כג(2) 398 (100)345  
 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, בג"ץ 2918/93, פ"ד מז(5) 832 (104)346, (89)344  
 עיריית רמלה נ' שר הפנים, בג"ץ 2013/91, פ"ד מו(1) 271 (283)241  
 עיריית רמת-גן נ' מנחמי מגדלי רמת-גן בע"מ, ע"א 1842/97, פ"ד נד(5) 15 (111)347  
 עמבר נ' שר הביטחון, בג"ץ 43/72, פ"ד כו(2) 63 (33)35  
 עמותת "הפורום לדו קיום כנגב" נ' משרד התשתיות, בג"ץ 3511/02, פ"ד נו(2) 102 (128)352  
 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, בג"ץ 4906/96, פ"ד נד(2) 503 (68)196  
 עמותת "שוהרי גילית" נ' שר החינוך התרבות והספורט, בג"ץ 1554/95, פ"ד נ(3) 2 (171)60  
 עמותת אמיתי אזרחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 6104/94, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (החלטה מיום 6.11.94) (227)71  
 עמותת קו לעובד נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 4542/02, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 30.3.06) (296)244  
 ערוצי זהב נ' שרת התקשורת, בג"ץ 7852/98, פ"ד נג(5) 423 (152)293

פ

- פארות בע"מ נ' שר הבריאות, בג"ץ 2618/00, פ"ד נה(5) 49 (360)175  
 פולק בע"מ נ' מדינת ישראל, רע"פ 4827/95, פ"ד נד(2) 97 (163)295  
 פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי, בג"ץ 372/88, פ"ד מב(3) 154 (81)277  
 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, בג"ץ 953/87, פ"ד מב(2) 309 (267)-(266)155  
 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, בג"ץ 5023/91, פ"ד מו(2) 793 (135)210, (65)-(64)195, (62)195, (48)-(47)193, 193, (305)164  
 פילבר נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 6579/99, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 1.11.99) (107)283, (300)162  
 פינטו נ' עיריית חיפה, רע"פ 5584/03, פ"ד נט(3) 577 (8)30  
 פלוני נ' מדינת ישראל, בג"ץ 746/80, פ"ד לה(2) 453 (74)276  
 פלוני נ' מדינת ישראל, ע"פ 8927/06, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.10.07) (8)448  
 פסטיבל המוסיקה באבו-גוש נ' שר החינוך והתרבות, בג"ץ 262/62, פ"ד כה(2) 821 (172)60  
 פקיד שומה תל-אביב-יפו 5 נ' טאומן, ע"א 8932/02, פ"ד נח(1) 625 (44)428  
 פרבר נ' משטרת ישראל, דנג"ץ 4894/96, פ"ד נ(4) 21 (193)64  
 פרופורציה מרכז רפואי בע"מ נ' מדינת ישראל, רע"א 1367/95, פ"ד מט(3) 28 (66)339, (65)338, (197)139  
 פריד נ' משטרת ישראל, בג"ץ 11/89, פ"ד מג(2) 769 (193)64  
 פרידמן נ' עיריית חיפה, ע"א 256/70, פ"ד כד(2) 577 (198)-(197)367  
 פרידמן נ' ראש עיריית אילת, בג"ץ 197/81, פ"ד לו(2) 425 (207)225  
 פרנס נ' יו"ר רשות השידור, עש"מ 5205/01, פ"ד נו(2) 9 (33)190, (217)144  
 פרצ'ק נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 2644/94, פ"ד מח(4) 341 (175)363, (174)362 (98)280

אכיפה סלקטיבית

צ

צבאה נ' מדינת ישראל, בש"פ 2739/02, פ"ד נו(3) 926  
 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, בג"ץ 425/89, פ"ד מג(4) 718, (241)231, (84)277-(85),  
 (89)278, (87)278  
 צמח נ' שר הביטחון, בג"ץ 6055/95, פ"ד נג(5) 241  
 צנוירט נ' ראש עיריית ירושלים, בג"ץ 441/97, פ"ד נג(2) 798, (269)156, (68)196

ק

ק.א.ל קווי אוויר למיטען נ' ראש הממשלה, בג"ץ 1703/92, פ"ד נב(4) 193, (84)200  
 קהלני נ' ראש הממשלה, בג"ץ 5060/96, פ"ד נד(3) 270, (123)443  
 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, בג"ץ 5319/97, פ"ד נא(5) 67, (316)167, (233)147  
 קולנוע דקל בע"מ נ' עיריית ת"א-יפו, בש"פ 738/89, פ"ד מג(3) 759, (201)-(200)140  
 (152)358, 358, (51)335, (49)335, 336-335, (77)-(76)198  
 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, בג"ץ 2313/95, פ"ד נ(4) 397, (84)200  
 קידרון נ' פקיד שומה גוש דן, ע"א 88/83, פ"ד מא(4) 412, (146)291  
 קירשבוים נ' מדינת ישראל, ע"פ 142/87, פ"ד מב(1) 859, (32)34  
 קניאל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 3975/95, פ"ד נג(5) 459, (68)196  
 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, בג"ץ 6698/95, פ"ד נד(1) 258, (196)417, (137)355  
 קצאן את הרשטיג, חברה לבניין ולהנדסה בע"מ נ' יו"ר הוועדה המקומית  
 לתכנון העיר נתניה, בג"ץ 640/78, פ"ד לד(2) 1, (142)290  
 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, בג"ץ 287/91, פ"ד מו(2) 852, (100)-(99)203, 203

ר

ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, ע"א 105/92, פ"ד מז(5) 189, (81)199  
 רדיו קול חי בע"מ נ' שר התקשורת, בג"ץ 3995/02, נבו –  
 המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.10.03)  
 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה,  
 בג"ץ 111/89, פ"ד מה(2) 133, (142)290  
 רובינשטיין נ' שר הבטחון, בג"ץ 3267/97, פ"ד נב(5) 481, (290)160  
 רוזנטל נ' מדינת ישראל, ע"פ 5223/97, נבו – המאגר המשפטי הישראלי  
 (ניתן ביום 13.6.99)  
 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, ע"פ 4596/05, נבו – המאגר המשפטי הישראלי  
 (ניתן ביום 30.11.05)  
 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, בג"ץ 3081/95,  
 פ"ד נ(2) 177, (120)207, (94)344, (110)346, (113)347, (164)408, (165)-  
 רז נ' מדינת ישראל, בש"פ 3487/00, נבו – המאגר המשפטי הישראלי  
 (ניתן ביום 2.7.00)  
 רייכבך נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 119/59, פ"ד יג(2) 1486, (70)276, (70)276  
 רימון נ' הנאמן לנכסי שפילס, ע"א 398/65, פ"ד כ(1) 401, (23)188  
 רסלר נ' שר הביטחון, בג"ץ 910/86, פ"ד מב(2) 441, (140)403, (265)236  
 רפייב נ' מדינת ישראל, בש"פ 7686/03, פ"ד נז(6) 753, (184)365  
 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 6051/95, פ"ד נא(3) 289, (68)196  
 רשות שדות התעופה נ' בית-הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 2933/94, פ"ד נ(3) 837, (24)188  
 רשם החברות נ' כרדוש, ד"נ 16/61, פ"ד טז 1209, (327)168  
 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל,  
 בג"ץ 4915/00, פ"ד נד(5) 451, (84)200

מפתח פסיקה

ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, ד"נ 12/81, פ"ד לו(3) 645  
 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, ע"פ 768/80, פ"ד לו(1) 337  
 שאול נ' הפרקליט הצבאי הראשי, בג"ץ 442/87, פ"ד מב(2) 749  
 שגיא נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 7691/95, פ"ד נב(5) 577  
 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 453/94, פ"ד מח(5) 501  
 שדולת הנשים נ' שר העבודה, בג"ץ 2671/98, פ"ד נב(3) 630  
 שדות נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רע"פ 252/04, פ"ד נח(5) 871  
 שוויצר נ' הוועדה המחוזית, רע"פ 1520/01, פ"ד נו(3) 505  
 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 156/56, פ"ד יא(1) 285  
 , (57)-(55)273, (16)-(15)476, (59)273  
 שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 588/94, פ"ד מח(3) 40  
 שמילביץ ורון נ' עיריית תל-אביב-יפו, בג"ץ 301/69, פ"ד כד(1) 302  
 , (6)30, (8)21, (192)138, (144)291, (31)189  
 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, ע"א 626/70, פ"ד כה(1) 824  
 שנסי נ' המפקח על היהלומים, בג"ץ 2740/96, פ"ד נא(4) 481  
 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 223/88, פ"ד מג(4) 356  
 , (83)-(82)277, (204)66, (120)350, 673  
 שפיר נ' בית-הדין הרבני האזורי רחובות, בג"ץ 2274/99, פ"ד נו(1) 673  
 שפרן נ' התובע הצבאי הראשי, בג"ץ 6009/94, פ"ד מח(5) 573  
 שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, בג"ץ 551/99, פ"ד נד(1) 112  
 , (73)42, 41, (38)35, (2)501, (56)336, (113)284, 284, (107)283, (36)190, (214)143, (212)143

ת  
 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות, בג"ץ 3792/95, פ"ד נא(4) 259  
 , (69)196, (67)-(66)195, (361)175, (171)60  
 , (45)428, (22)424, (15)-(14)423, 423  
 תומר נ' מדינת ישראל, רע"פ 889/00, נבו – המאגר המשפטי הישראלי  
 (ניתן ביום 3.7.00) (40)35, (318)167, (243)149, (37)332, (11)489  
 תורג'מן נ' מדינת ישראל, ע"פ 3520/91, פ"ד מז(1) 441  
 , (73)42, (51)37, (41)36, (18)22, (122)-(118)125, (213)68  
 , 145, 143, 142, (193)138, 138, (165-164, (287)160, (308)164, (344)171, (3)184, (15)186, (25)188  
 , (10)327, 327, (324)252, (281)240, (149)214, (129)209, (70)197  
 , (18)477, (3)464, (8)421, (162)359, 360-359, (13)-(12)328  
 , (327)253, (296)244, (301)162, 217  
 תורקמאן נ' שר הביטחון, בג"ץ 5510/92, פ"ד מח(1) 217  
 תיאטרון ירושלים לאמנויות נ' שר העבודה, בג"ץ 8150/98, פ"ד נד(4) 433  
 , (138)403, (137)402, (145)356  
 תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הבטחון, בג"ץ 1161/06, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.10.07)  
 (173)61, תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה, בג"ץ 450/97, פ"ד נב(2) 433  
 , (303)246, (1)99  
 , (73)42, 1  
 , (78)198, 198, (37)190, (199)140, (198)139  
 , (56)-(54)336, 336, (114)284, (117)-(116)206, 206  
 , (153)358, 358, (127)352

אכיפה סלקטיבית

פסקי דין של בית המשפט העליון (לפי סוגיהם ומספריהם הסידוריים)

בית המשפט הגבוה לצדק

(289)160	בוז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב(1) 80	1/49
(145)55, (136)53	זקס נ' משרד המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696	113/52
(293)162, (259)154	לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40	98/54
(258)154	ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט 1261	30/55
(60)431	אחגיגי נ' המפקח על התעבורה, פ"ד יא 370	143/56
(57)-(55)273	שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא(1) 285	156/56
(16)-(15)476, (59)273		
(111)205	ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2) 1493	3/58
(70)276)276	רייכבך נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג(2) 1486	119/59
(249)233	מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989	311/60
(172)60	כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז 1023	29/62
(258)153	לנדאו נ' שר החקלאות, פ"ד טז 2540	118/62
(293)161	הליגה למניעת כפייה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד טז 2665	174/62
(172)60	פסטיבל המוסיקה באבו-גוש נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821	262/62
	טרודלר נ' פקיד הבחירות לצורך הרכבת ועדה חקלאית למועצה המקומית רמת השרון, פ"ד יז 2503	79/63
(135)402		
(73)276	וגנאר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(1) 29	4/64
(229)308	אופנהיימר נ' שר הפנים, פ"ד כ(1) 309	295/65
(8)21	הרשקוביץ נ' הוועדה המחוזית לבניה ולתכנון עיר, פ"ד כ(2) 518	146/66
(144)291, (31)189, (192)138		
(205)224	בלאן נ' שר החקלאות, פ"ד כב(1) 617	36/68
(361)175	ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693	98/69
(6)30, (8)21	שמילביץ ורון נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כד(1) 302	301/69
(144)291, (31)189, (192)138		
(206)225	אוחנה נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד כד(1) 771	83/70
(60)274	אלויס (ישראל) בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כה(1) 701	125/71
(33)35	עמבר נ' שר הביטחון, פ"ד כו(2) 63	43/72
(60)274	ניניו נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 325	340/72
	ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה,	392/72
(4)373, (306)247, (284)241, (296)162, (30)34		
(188)221, 221, (19)187, (6)30	יצחקי נ' שר המשפטים, פ"ד כח(2) 692	159/73
(140)289, (192)138	בר-חורין נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, פ"ד כח(2) 757	178/74
(283)241	דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 95	156/75
(208)225	אבו סנינה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(3) 250	129/76
(71)276	מוסטפא נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 479, 477	317/76
(209)225	סלאמה נ' נציבות בתי-הסוהר, פ"ד לא(3) 667	305/77
(72)276	גולן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(1) 262	334/77
(146)291	אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לב(3) 469	594/78

מפתח פסיקה

קצאן את הרשטיג, חברה לבניין ולהנדסה בע"מ נ' יו"ר הועדה	640/78
המקומית לתכנון העיר נתניה, פ"ד לד (2) 1	
(142)290	
הורמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ג לג (3) 60	10/79
(194)416, (350)173, (349)172	
דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (1) 1	390/79
(297)162	
וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד (2) 634	665/79
, (62)274, (21)32	
(69)-(66)275, (65)-(64)274	
מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729	840/79
(258)235	
דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421	389/80
, (257)235, (355)174	
(273)238, (270)237, 237, (264)236, (259)235	
פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 453	746/80
(74)276	
אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז (2) 197	69/81
(29)33	
פרידמן נ' ראש עיריית אילת, פ"ד לו (2) 425	197/81
(207)225	
אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1	246/81
(361)175, (359)175, (172)60	
נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז (4) 326	329/81
, (78)-(75)276	
(8)470, (5)457, 278	
מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז (3) 337	337/81
(56)194	
לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו (2) 449	376/81
(327)168	
אבו בקר נ' שופט בית המשפט הצבאי בשכם, פ"ד מ (3) 649	446/81
(208)370	
מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו (4) 85	688/81
(46)193, (299)162	
מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו (3) 466	198/82
(36)190	
ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז (3) 29	297/82
(289)243, (288)242, (119)51	
אליצור איגוד ספורטיבי דתי נ' עיריית נהריה, פ"ד לז (3) 17	720/82
, (359)175	
(177)220, (58)194	
חפץ נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד לח (3) 412	174/84
, (192)138	
(144)291, (32)189	
בן ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (2) 45	100/85
(144)291, (192)138, (7)30	
אל הווייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט (4) 124	233/85
(149)405	
בת ישראל נ' שר הפנים, פ"ד לט (3) 701	458/85
(144)291, (192)138, (7)30	
נוצר נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא (2) 589	727/85
(200)368	
העצני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מב (4) 406	292/86
(79)276	
ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505	428/86
, (137)54, (134)53	
(47)271, (185)63, (141)54	
דותן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מא (3) 219	844/86
(65)432, (222)70	
רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441	910/86
(140)403, (265)236	
נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד (4) 749	104/87
(262)-(261)154	
אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב (1) 678	170/87
(110)346, (108)346, (212)226	
סן הרשקו נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מד (4) 154	434/87
(171)60	
שאול נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מב (2) 749	442/87
(81)277	
פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309	953/87
, (267)-(266)155	
, (48)-(47)193, 193, (305)164	
(135)210, (65)-(64)195, (62)195	
שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג (4) 356	223/88
(83)-(82)277, (204)66	
פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מב (3) 154	372/88
(81)277	
אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג (4) 297	528/88
(372)177	



אכיפה סלקטיבית

(59)195	501 (2) מג"ד	כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד	678/88
(193)64	769 (2) מג"ד	פריד נ' משטרת ישראל, פ"ד	11/89
(52)430	653 (5) מז"ד	חילף נ' משטרת ישראל, פ"ד	64/89
(142)290	133 (2) מה"ד	רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, פ"ד	111/89
(112)347	705 (3) מג"ד	לויט נ' נשיא בית הדין הצבאי במחוז שיפוט הדרום, פ"ד	400/89
(85)-(84)277, (241)231	718 (4) מג"ד	צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד	425/89
(89)278, (87)278			
(80)276	604 (1) מד"ד	בארי נ' ראש מדור תביעות אגף חקירות, המטה הארצי, פ"ד	506/89
,241, (293)161	236 (2) מד"ד	מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פ"ד	571/89
(5)373, (286)241			
(195)-(191)222, (12)30	191 (1) מו"ד	חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד	637/89
,249, (309)248, 248, (198)223, (196)223, 223			
(127)443, (194)416, (129)353, (124)351			
, (211)68, (197)65	485 (2) מד"ד	גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד	935/89
, (91)278, (114)206, (113)205			
(9)474, 285, 281, 280, (96)-(93)279			
(190)64	221 (5) מז"ד	נאמני הר-הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד	4185/90
(25)26	28 (1) מה"ד	דקל נ' שר האוצר, פ"ד	4566/90
(100)-(99)203, 203	852 (2) מו"ד	קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד	287/91
(283)241	271 (1) מו"ד	עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד	2013/91
(66)432	1 (5) מה"ד	בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד	3406/91
(204)66	423 (5) מו"ד	מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד	3846/91
(313)166, (179)62	(1.4.92) ביום	אפרגן נ' אגף רישוי עסקים עיריית תל-אביב-יפו, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 1.4.92)	5021/91
(171)60	793 (2) מו"ד	פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד	5023/91
, (160)407, (167)59	501 (3) מו"ד	אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד	5537/91
(2)462, (77)434, (58)-(57)431			
(296)244, (301)162	858 (1) מו"ד	ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד	5667/91
(262)154	221 (2) מח"ד	כבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד	100/92
(84)200	193 (4) נב"ד	ק.א.ל קווי אוויר למיטען נ' ראש הממשלה, פ"ד	1703/92
(89)344	535 (1) מח"ד	מכבים – ישוב קהילתי במודיעים נ' הוועדה לבנייה למגורים במחוז המרכז, פ"ד	2683/92
(268)156	143 (3) מז"ד	ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד	3472/92
(61)431	491 (2) מח"ד	לב נ' בית הדין הרבני בתל-אביב-יפו, פ"ד	3914/92
(274)157	353 (3) מח"ד	הופרט נ' יד ושם, פ"ד	5394/92
(327)253, (296)244, (301)162	217 (1) מח"ד	תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד	5510/92
212)226	630 (5) מח"ד	נחום נ' ראש עיריית פתח-תקווה, פ"ד	2285/93
(97)202	456 (2) מח"ד	דיין נ' וילק, פ"ד	2481/93
(104)346, (89)344	832 (5) מז"ד	עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד	2918/93
(3)264	404 (5) מז"ד	התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד	3094/93
(20)-(19)329, (17)329, (197)137	(31.7.94) ביום	ילין נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 31.7.94)	4169/93
(20)-(19)329, (17)329, (197)137		אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' ראש ממשלת ישראל, (ניתן ביום 31.7.94)	4267/93
(3)264	441 (5) מז"ד	פ"ד	441/93

מפתח פסיקה

(45)428	המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441	6300/93
(98)281	סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 748	7094/93
	אדלר נ' ראש האגף לחקירות, משטרת ישראל, נבו –	426/94
(98)280	המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 4.5.94)	
(274)157	שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501	453/94
(98)280, (215)69, (214)67	שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(3) 40	588/94
	יהודה נ' היועץ המשפטי לממשלה, נבו – המאגר המשפטי	653/94
(98)280	הישראלי (ניתן ביום 2.6.94)	
(258)153	אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749	721/94
(84)200	כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441	726/94
	יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412	987/94
(224)228, (301)162		
	"בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת,	1255/94
(84)200	פ"ד מט(3) 661	
	לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403	1901/94
(8)374, (182)364		
(98)280	פרצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4) 341	2644/94
(110)346, (106)346, (120)207	באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291	2911/94
(24)188	רשות שדות התעופה נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(3) 837	2933/94
(98)281, (215)69, (198)65	גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 1	3425/94
(163)408	ג'זמאי נ' שר הבריאות, פ"ד מח(4) 778	3930/94
(57)194, (360)175, (274)157	מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94	4541/94
(97)438, (196)417, (137)355, (223)228, (65)-(63)195		
(98)280	אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859	4550/94
(98)280	שפרן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מח(5) 573	6009/94
	עמותת אמיתי אזרחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' היועץ המשפטי	6104/94
(227)71	לממשלה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (החלטה מיום 6.11.94)	
(24)188	ארקו תעשיות חשמל נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד נד(5) 547	1149/95
(171)60	עמותת "שוחרי גיל" נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2	1554/95
(84)200	קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נ(4) 397	2313/95
	רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל,	3081/95
(165)-(164)408, (113)347, (110)346, (94)344, (120)207	פ"ד נ(2) 177	
(293)244, (301)162	בן עטייה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מט(5) 1	3477/95
(326)253, (303)246		
(171)60	תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומוניות, פ"ד נא(4) 259	3792/95
423, (69)196, (67)-(66)195, (361)175		
(45)428, (22)424, (15)-(14)423		
(68)196	קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459	3975/95
(213)143	סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 49	4140/95
(302)246	מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235	4769/95
(98)281	כהן נ' שר המשטרה, פ"ד מט(5) 245	5151/95
(68)196	רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289	6051/95
(140)403, (135)402, (223)228	צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241	6055/95
(196)417, (137)355	קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258	6698/95

אכיפה סלקטיבית

(359)175, (274)157	מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485	7111/95
(123)443	שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577	7691/95
, (73)42	תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד נב(2) 1	53/96
, (78)198, 198, (37)190, (199)140, (198)139		
, 336, (114)284, (117)-(116)206, 206		
(153)358, 358, (127)352, (56)-(54)336	אברהם נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי	1101/96
(275)238	(ניתן ביום 29.6.97)	
(193)367, (233)-(231)147	כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(1) 529	1563/96
(111)247	אמקור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד כג(1) 193	2053/96
(145)55, (137)54	שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481	2740/96
(328)253, (36)190	בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד נו(2) 582	2832/96
(4)265	עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714	4723/96
(68)196	עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503	4906/96
, (294)161, (293)161, (65)114	חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1	5016/96
(136)355, (296)244, (284)241, (301)163		
(123)443	קהלני נ' ראש הממשלה, פ"ד נד(3) 270	5060/96
	נוח נ' המועצה המקומית עומר, נבו – המאגר המשפטי הישראלי	5107/96
(306)247, (30)34	(ניתן ביום 18.8.96)	
(118)285, (99)281	בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 425	6271/96
, (20)23, (11)21, (10)21	זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289	6396/96
, (208)142, 145-142, (191)138, 138, (167)59, (73)42, (38)35, (2)29		
, (336)170, 170, (271)-(270)156, 156, 152, (210)143		
, 357, (61)-(59)337, 337, (23)330, 330, (337)256, (37)190		
(8)458, (125)398, (124)397, (10)374, (161)359, 359, (147)357		
, (211)68, (204)66	אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793	6781/96
(160)294, (228)71		
(116)50	איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נה(3) 625	7721/96
(274)157	אבו ערער נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26	8238/96
(68)196, (269)156	צנוירט נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נג(2) 798	441/97
	תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה,	450/97
(303)246, (1)99	פ"ד נב(2) 433	
(151)293	סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 803	840/97
(317)251	סצ"י נ' עיריית תל-אביב, פ"ד נב(2) 542	1618/97
	לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367	1715/97
(139)355, (60)195		
(53)430	מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים, פ"ד נב(1) 75	2159/97
(173)410, (209)67, (204)66, (203)66	יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1	2534/97
(10)474, (212)68	יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 39	2534/97
(6)457	ידיד נ' ממשלת ישראל, נא(3) 71	2624/97
(290)160	רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481	3267/97
(3)264	סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241	4247/97
	היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים – גוש צפון,	4681/97
(224)228	פ"ד נא(4) 679	
(24)188	עזרא נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410	5290/97
(316)167, (233)147	קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67	5319/97

מפתח פסיקה

(123)443, (197)223, (68)196	מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה(4) 540	5496/97
(259)154, (171)60	ככל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241	1/98
, (368)156	התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337	1438/98
(23)424, (225)229		
(119)51	מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729	2344/98
(70)340	נחום נ' משטרת ישראל, פ"ד נב(2) 454	2665/98
(137)355	שדולת הנשים נ' שר העבודה, פ"ד נב(3) 630	2671/98
	מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה,	4736/98
(12)-(11)475, (100)281	פ"ד נד(1) 659	
	יששכרוך נ' התובע הצבאי הראשי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי	5121/98
(200)224	(ניתן ביום 4.5.06)	
(152)293	ערוצי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423	7852/98
, (145)356	תיאטרון ירושלים לאמנויות נ' שר העבודה, פ"ד נד(4) 433	8150/98
(138)403, (137)402		
, (125)351, (313)250	חליפה נ' משרד התחבורה, פ"ד נג(5) 567	221/99
(129)443, (126)352		
, (73)42, 41, (38)35	שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 112	551/99
, (107)283, (36)190, (214)143, (212)143		
(2)501, (56)336, (113)284, 284		
(14)489, (89)-(87)200	אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640	1030/99
(260)154	עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164	1113/99
(120)350	שפיר נ' בית-הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד נו(1) 673	2274/99
	פילבר נ' ממשלת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי	6579/99
(107)283, (300)162	(ניתן ביום 1.11.99)	
(68)196	יקותיאלי נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673	6741/99
(181)412	יצחק נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם; ניתן ביום 11.11.99)	7748/99
	ניר נ' עזריאל – מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ,	8223/99
(360)175	פ"ד נו(3) 742	
	ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי	727/00
(68)196	והשיכון, פ"ד נו(2) 79	
(360)175	פארות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נה(5) 49	2618/00
(17)491	יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נד(4) 178	4644/00
	רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל,	4915/00
(84)200	פ"ד נד(5) 451	
(123)443	זוהר נ' שר האוצר, פ"ד נו(3) 569	6057/00
(76)434, (185)413	אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577	7805/00
	התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה,	3993/01
(35)270	נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.1.02)	
, (101)281	בר-לב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(3) 625.	6209/01
(105)283, (104)-(102)282		
(124)287	דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(6) 725	6302/01
	ארגון סוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל נ' היועץ המשפטי	10202/01
(111)-(110)284, (108)283, 283	לממשלה, פ"ד נז(5) 713	
	התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים,	620/02
(150)405, (148)405	פ"ד נז(4) 625	
(153)406	נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(6) 49	1689/02

אכיפה סלקטיבית

(128)352	102 (2) נז"ד	עמותת "הפורום לדרו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז"ד	3511/02
		רדיו קול חי בע"מ נ' שר התקשורת, נבו – המאגר המשפטי	3995/02
(12)489 , (90)201		הישראלי (ניתן ביום 29.10.03)	
(98)438 , (299)245 , (302)163	900 (6) נז"ד	מור נ' ראש עיריית הרצליה, פ"ד נז"ד	4445/02
		עמותת קו לעובד נ' ממשלת ישראל, נבו – המאגר המשפטי	4542/02
(296)244		הישראלי (ניתן ביום 30.3.06)	
		התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, נבו – המאגר המשפטי	6427/02
	(296)-(295)244 , (55)194 , (275)157	הישראלי (ניתן ביום 11.5.06)	
(136)355 , (302)246			
(180)364	726 (1) נז"ד	זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נז"ד	7622/02
(70)432	865 (3) נח"פ	מוסטקי נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נח"פ	3379/03
		עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ'	7052/03
	(14.5.06)	שר הפנים, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.5.06)	
(275)157 , (295)244 , (55)194			
		ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת	11163/03
(137)355		ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 27.2.06)	
		דיזיין 22 שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רע"נ היתרי עבודה בשבת,	5026/04
(204)141		נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 4.4.05)	
		התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה,	5675/04
(180)412 , (125)287 , (98)281 , (204)66	199 (1) נט"פ	פ"ד נט"פ	
		תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הבטחון, נבו – המאגר המשפטי	1161/06
(173)61		הישראלי (ניתן ביום 14.10.07)	
		אלבו נ' היועץ המשפטי לממשלה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי	4175/06
(73)433		(ניתן ביום 6.6.06)	
		בניזרי נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי	9269/06
(203)369		(ניתן ביום 12.2.07)	
		עטון נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי	230/07
(194)167		(ניתן ביום 1.3.07)	

בקשת רשות מינהלית

		גלינה בר בע"מ נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, נבו –	7515/07
(127)399 , (115)348 , (10)30		המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 5.9.07)	

בקשת רשות ערעור

(23)188		גלעד נ' סופר, פ"ד כז"ד (1) 596	3/73
---------	--	--------------------------------	------

בקשות שונות פלילי

		קולנוע דקל בע"מ נ' עיריית ת"א-יפו, פ"ד מג" (3) 759	738/89
(152)358 , 358 , (51)335 , (49)335 , 336-335 , (77)-(76)198			
(156)-(155)406		דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ" (1) 177	1372/96
(149)405		מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד" (1) 376	9322/99
		רו נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי	3487/00
(190)414		(ניתן ביום 2.7.00)	

מפתח פסיקה

	מדינת ישראל נ' פרג, נבו – המאגר המשפטי הישראלי	5989/01
(153)406	(ניתנה ביום 27.8.01)	
(24)330	צבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 926	2739/02
(183)365	דורלשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 609	4569/03
(184)365	רפייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 753	7686/03
(151)405	אבו חטאב נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי	4357/05
	(ניתנה ביום 1.7.05)	

דיון נוסף

(327)168	רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209	16/61
(373)177	בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 7	10/69
(103)346	ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645	12/81

דיון נוסף בג"ץ

(284)241	ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מט(2) 195	3299/93
(193)64	פרבר נ' משטרת ישראל, פ"ד נ(4) 21	4894/96
(35)270	התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 24.4.03)	1396/02

דיון נוסף פלילי

(234)148	הר"שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 337	3039/02
(128)399, (204)141	הנדימן עשה זאת בעצמן נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 11.5.03)	3211/03

המרצה

(14)30, (308)248, (190)222	לש נ' ועדת השומה שלייד עיריית נהריה, פ"ד יח(1) 318	460/63
----------------------------	--	--------

ערעור אזרחי

(23)188	כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 4	238/53
(261)235	היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026	311/57
(145)291	וויס נ' מאירסון, פ"ד יז 22	107/62
(23)188	בדר נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד יח(1) 295	27/64
(23)188	רימון נ' הנאמן לנכסי שפלט, פ"ד כ(1) 401	398/65
(100)345	עיריית פתח-תקווה נ' טחן, פ"ד כג(2) 398	183/69
(198)-(197)367	פרידמן נ' עיריית חיפה, פ"ד כד(2) 577	256/70
(6)421	שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 824	626/70
(42)36	יהלומי קרן אור בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד כז(1) 46	10/72
(83)199	ברמן נ' משרד להובלת משאות פרדס-חנה-כרכור והסביבה עמל בע"מ, פ"ד כט(2) 718	4/74

אכיפה סלקטיבית

(146)291	412 (4) מא	קידרון נ' פקיד שומה גוש דן, פ"ד	88/83
(93)202	25 (3) מא	מוסכי צומת גהה מאוחדים בע"מ נ' וייל, פ"ד	283/85
(96)202, (93)202	104 (1) מה	נתן נ' גרינר, פ"ד	663/87
(126)443	316 (3) מ	אוניברסיטת תל-אביב נ' שני, פ"ד	667/89
(83)199	252 (1) מז	נחמיאס נ' קולומביה סחר ותעשייה בע"מ, פ"ד	901/90
(81)199	189 (5) מז	ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד	105/92
(91)201	221 (4) מט	בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד	6821/93
		מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ,	6926/93
(213)226	749 (3) מח	פ"ד	
(95)202	521 (1) נב	ורגוס בע"מ נ' נגה הנדסה בע"מ, פ"ד	5689/94
(84)200	577 (3) נא	ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד	733/95
(133)444	206 (4) נ	מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת נ' עיריית נשר, פ"ד	6585/95
(111)347	15 (5) נד	עיריית רמת-גן נ' מנחמי מגדלי רמת-גן בע"מ, פ"ד	1842/97
		חברת א.עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על-ידי מינהל מקרקעי ישראל,	6996/97
(151)-(150)292, (148)292	117 (4) נג	פ"ד	
(6)421	590 (2) נו	א.מ. חניות (ירושלים) נ' עיריית ירושלים, פ"ד	3700/98
(73)-(72)340, (104)203	193 (5) נט	אבנעל נ' מדינת ישראל, פ"ד	1081/00
(179)412	150 (5) נח	הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד	7759/01
(44)428	625 (1) נח	פקיד שומה תל-אביב-יפו 5 נ' טאומן, פ"ד	8932/02
(74)340	359 (1) נח	טנבוים נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד	9185/03

ערעור בחירות

(144)356	2/84	נימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה,	
	225 (2) נט	פ"ד	

ערעור פלילי

(24)32	123 ד	מפן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד	45/49
(23)32	925 (2) יד	ברבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד	44/60
(144)291	622 (2) כו	מדינת ישראל נ' ויליגר, פ"ד	560/71
(1)501, (3)482, (5)327, (1)326	19 (2) כח	מדינת ישראל נ' זיידל, פ"ד	143/73
(20)31	773 (1) כח	מחאמיד נ' מדינת ישראל, פ"ד	596/73
(1)501, (3)482, (5)327, (2)326	249 (1) לב	מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד	838/76
(1)501, (3)482, (8)327, (6)327, 327	533 (1) לב	אליהו נ' מדינת ישראל, פ"ד	280/77
		ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל,	768/80
(103)346	337 (1) לו	פ"ד	
(152)406, (151)405, 405	481 (3) מ	מדינת ישראל נ' אנגיל, פ"ד	400/84
(32)34	859 (1) מב	קירשבוים נ' מדינת ישראל, פ"ד	142/87
(51)37, (41)36, (18)22	441 (1) מז	תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד	3520/91
(193)138, 138, (122)-(118)125, (213)68, (73)42			
(308)164, 165-164, (287)160, 145, 143, 142			
(70)197, (25)188, (15)186, (3)184, (344)171			
, 327, (324)252, (281)240, (149)214, (129)209			
, 360-359, (13)-(12)328, (10)327			
(18)477, (3)464, (8)421, (162)359			
(74)340	505 (1) נג	יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד	767/94

מפתח פסיקה

2910/94	יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221	(228)146, (230)-147, (14)475, (2)447, (160)294, 293
866/95	סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793	(104)346, (96)345, (92)344
5223/97	רוזנטל נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 13.6.99)	(32)34
1182/99	הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1	481, (1)480
1003/00	הנדימן – עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד העבודה והרווחה, פד"ע לח 262	(128)399
7569/00	יגודיב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 529	(120)350
2929/02	מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נז(3) 135	(5)467
4855/02	מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776	(221)146, (24)24
		, 159-158, (245)150, (234)148, (225)-(223)146, (252)258, (358)174, (354)174(282)159, (281)158
		(2)-(1)466, (133)401, (173)362, (115)348, (41)-(40)333
4596/05	רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 30.11.05)	(9)30
8927/06	פלוני נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.10.07)	(8)448

ערעור לשכת עורכי הדין

2531/01	חרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, פ"ד נח(4) 55	(235)148
---------	---	----------

ערעור עתירת אסירים

1613/91	ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765	(23)188, (22)187
4463/94	גולן נ' שירות בתי-הסוהר, פ"ד נו(4) 136	(64)-(63)338, (223)228
7440/97	רע"ב 6172/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1	(7)457, (338)256, (223)228

ערעור עתירה מינהלית

8282/02	הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד מבקר המדינה, פ"ד נח(1) 465	(83)435
7024/03	גבע נ' גרמן, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 6.9.06)	(176)411, (172)409
9135/03	המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 19.1.06)	(178)-(177)411
6013/04	משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 2.1.06)	(175)411

ערעור רשות מינהלית

3813/03	יפת נ' עיריית נתניה, פ"ד נח(1) 985	(298)245, (310)165
---------	------------------------------------	--------------------



אכיפה סלקטיבית

ערעור שירות המדינה

6978/00	מוטיל נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נד(4) 865 (21)23, (5)30, (215)144-(216), (148)357, 357, (16)329, (15)-(14)328, (33)190
5205/01	פרנס נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד נו(2) 9 (33)190, (217)144, (175)363, (174)362

רשות ערעור אזרחי

371/89	ליבוביץ נ' אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309 (95)202, (83)199
2687/92	גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251 (91)201
1367/95	פרופורציה מרכז רפואי בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 28 (197)139, (66)339, (65)338
291/99	ד.ג.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נח(4) 221 (85)436, (76)434, (189)414
1054/03	הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' בדיחי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 8.6.03) (211)-(210)371

רשות ערעור בג"ץ

3967/97	מדינת ישראל נ' אבו רביע, פ"ד נא(5) 470 (268)156
---------	---

רשות ערעור פלילי

4827/95	פולק בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 97 (163)295
2413/99	גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673 (96)345, (93)344
4398/99	הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (202)369, (119)349, (114)347
889/00	תומר נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 3.7.00) (3.7.00) 35 (40), (243)149, (318)167, (337)170, (37)332, (11)489
1520/01	שוויצר נ' הוועדה המחוזית, פ"ד נו(3) 505 (151)292
4855/02	מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (164)295
10687/02	הנדימן עשה זאת בעצמן בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 1 (128)399, (204)141
5584/03	פינטו נ' עיריית חיפה, פ"ד נט(3) 577 (8)30
252/04	שדות נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, פ"ד נח(5) 871 (189)64
3344/06	בן גביר נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 6.11.06) (130)400, (164)360, (219)145

מפתח פסיקה

פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים, השלום ועבודה (לפי שמות הצדדים)

- אבנעל חברה להפצה נ' מדינת ישראל, ת"א (י"ם) 782/91,  
 פ"מ תשנ"ט(2) 625 (104)203, 339, (67)339, (69)-(70)340, (71)-  
 אלוניאל בע"מ נ' מדינת ישראל, ב"ש (פ"ת) 2/01, נבו –  
 (307)247 המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 15.4.03)  
 בן אחמד נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, ע"פ (חי) 3089/03, נבו –  
 (8)30 המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 24.4.03)  
 בן גביר נ' אהרונישקי, ב"ש (י"ם) 1766/02, נבו – המאגר  
 המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 18.9.02) (130)400, (164)360, (219)145  
 ג'רבי נ' מדינת ישראל, ע"פ (ת"א) 80074/99, נבו – המאגר  
 המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.3.00) (211)143, (23)24  
 דהן נ' מדינת ישראל, ת"פ (רמ') 1704/98, נבו – המאגר המשפטי  
 הישראלי (ניתן ביום 3.10.00) (43)333, (252)151  
 הום סנטרס נ' משרד העבודה והרווחה, ת"פ (ת"א) 1249/01,  
 נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 24.8.05) (205)141  
 המטה למען ארץ ישראל חיפה והצפון נ' עמרם מצנע, ת"א (חי) 1555/00,  
 נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 19.4.01) (126)398, (218)145  
 המילטון 2000 בע"מ נ' מועצה אזורית חוף השרון, עת"מ (ת"א) 1130/03,  
 נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 20.1.04) (131)353  
 התביעה הצבאית נ' עיסא, תיק 2446/07, נבו – המאגר המשפטי הישראלי  
 (ניתנה ביום 24.9.07) (20)- (19)450, (17)449  
 טרביה נ' מדינת ישראל, ע"פ (חי) 620/97, נבו – המאגר המשפטי  
 הישראלי (ניתן ביום 6.11.97) (48)335  
 י. שפילמן שירותי רכב (1989) בע"מ נ' עיריית הרצליה, ת"א (ת"א) 2906/98,  
 נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.5.07) (77)341, (358)174  
 לוינ' עיריית תל-אביב, עפ"א (ת"א) 80315/01, נבו – המאגר המשפטי  
 הישראלי (ניתן ביום 2.7.02) (235)148  
 מדור תביעות פלילי ת"א נ' יעקובסון, ת"פ (ת"א) 3969/02, נבו –  
 המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 18.1.04) (130)400, (164)359, (17)22  
 מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה נ' הום סנטרס  
 (עשה זאת בעצמך) בע"מ, ע"פ (ארצי) 14/07, נבו – המאגר המשפטי  
 הישראלי (ניתן ביום 26.11.07) (205)142  
 מדינת ישראל נ' א.א.ד. שירותי כח אדם בע"מ, ת"פ (נת) 3346/99, נבו –  
 המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 7.11.00) (42)333, (240)149  
 מדינת ישראל נ' אבו-אלתיך, ת"פ (י"ם) 4701/02, נבו – המאגר המשפטי  
 הישראלי (ניתן ביום 13.7.04) (25)330  
 מדינת ישראל נ' אבימור, ת"פ (ת"א) 2509/96, פ"מ תשנ"ז(4) 18  
 (45)334, (44)333 מדינת ישראל נ' אולמרט, ת"פ (ת"א) 329/96, פ"מ תשנ"ז(1) 1  
 (229)72 מדינת ישראל נ' אורה מושב עובדים להתיישבות, ת"פ (י"ם) 3531/00,  
 נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.6.03) (354)258  
 מדינת ישראל נ' אחים עופר נכסים בע"מ, ת"פ (ת"א) 4311/93,  
 פ"מ תשנ"ד(4) 151 (54)430, (131)400, (251)151, (250)151

אכיפה סלקטיבית

(197)139	מדינת ישראל נ' איצקוביץ, תעבורה (נת) 1469/98, נבו – המאגר המשפטי הישראלי
(124)398, (60)337, (25)330, (22)330, (218)145	מדינת ישראל נ' אלשלאפה, ת"פ (ק"ג) 647/02, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 17.2.02)
(73)433	מדינת ישראל נ' ארד, תפ"ח (ת"א) 1138/05, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 8.2.07)
(21)330, (203)141, (202)140	מדינת ישראל נ' ארז ואבי נקודת חן 92 בע"מ, ת"פ (ב"ש) 800032/97, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 25.11.98)
(236)230, (26)188, (318)167, (241)149	מדינת ישראל נ' באבו, ע"פ (ת"א) 4085/98, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 23.12.99)
(11)489, (36)-(34)332	מדינת ישראל נ' בן גביר, ת"פ (י"ם) 3761/00, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 12.5.04)
(126)398	מדינת ישראל נ' בשארה, ת"פ (נצ') 5196/01, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 1.4.03)
(248)150	מדינת ישראל נ' הירש, ת"פ (ת"א) 1024/95, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 13.5.98)
(42)333, (239)149	מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי, ת"פ (י"ם) 417/97, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 7.4.98)
(1)466, (38)332, (244)150	מדינת ישראל נ' וול, ת"פ (י"ם) 377/04, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 26.9.04)
(247)150	מדינת ישראל נ' חסן, ת"פ (י"ם) 4701/02, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 13.7.04)
(332)169	מדינת ישראל נ' ישעיהו, ת"פ (י"ם) 2834/05, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 20.9.07)
(15)-(13)449	מדינת ישראל נ' כהן, ע"פ (י"ם) 30541/06, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 25.2.07)
(73)433	מדינת ישראל נ' כץ, ת"פ (י"ם) 4830/98, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 20.10.03)
(29)331, (242)149	מדינת ישראל נ' כץ, ת"פ (י"ם) 4830/98, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.12.03)
(15)490	מדינת ישראל נ' מודגל בע"מ, ת"פ (י"ם) 1274/00, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 29.9.02)
(220)145	מדינת ישראל נ' מוחמד, ב.מ. (עכו) 6524/99, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 11.3.99)
(47)334	מדינת ישראל נ' מחאמיד, ע"פ (חי') 1612/04, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 31.3.05)
(18)449	מדינת ישראל נ' מטר, ע"פ (י"ם) 30636/06, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 19.7.07)
(12)449, (6)-(5)448	מדינת ישראל נ' מטר, ת"פ (י"ם) 1470/06, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 10.9.06)
(10)448	מדינת ישראל נ' נחמני, ת"פ (רמ') 627/98, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 12.7.98)
,331, (26)188, (318)167, (242)149	
(11)489, (177)363, (33)-(32)331, (30)331, (28)331, (26)331	

מפתח פסיקה

(4)467, (3)466	מדינת ישראל נ' סבירסקי, ת"פ (י"ם) 366/99, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 6.2.02)
(199)223	מדינת ישראל נ' עודה, ת"פ (נצ') 511/97, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 31.12.97)
(46)334, (291)160	מדינת ישראל נ' פואד, ת"פ (נת') 2158/02, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (לא פורסם, ניתן ביום 23.6.02)
(126)398, (133)354, (211)143, (23)24	מדינת ישראל נ' פולק, ת"פ (ת"א) 4162/02, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 15.2.04)
(154)406	מדינת ישראל נ' פרג, ת"פ (י"ם) 111/98, ב"ש 1230/00, פ"מ תש"ס (2) 833 מדינת ישראל נ' קרוין גבעת ברנר, ת"פ (ראשל"צ) 1015/02, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 30.01.03)
(126)398, (247)150	מדינת ישראל נ' רמון, ת"פ (ת"א) 5461/06, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 31.1.07)
(219)69, (216)69	מדינת ישראל נ' רפאילוב, תפ"ח (ת"א) 1127/01, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 15.1.02)
(311)165	מדינת ישראל נ' שולשטיין, ת"פ (י"ם) 1142/01, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.1.02)
(6)467	מדינת ישראל נ' שמרייה, ת"פ (י"ם) 103/00, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 23.9.01)
(205)141	מדינת ישראל נ' שעשוע, ב"ש (י"ם) 92696/07, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 3.8.07)
(4)447	מדינת ישראל נ' שעשוע, ת"פ (ת"א) 4395/06, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 19.6.07) (שלום)
(4)447	מדינת ישראל נ' תומרקין, ת"פ (ת"א) 6650/93, פ"מ תשנ"ה (4) 415
(235)148	מינהל מקרקעי ישראל נ' שלמה, ת"א (י"ם) 12860/99, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 11.2.02)
(76)340, 340	סאלם נ' עיריית עכו, ע"פ (חי') 1224/06, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.3.07)
(57)337	סקאל ספורט בע"מ נ' משרד העבודה והרווחה, ב"ש (ת"א) 10/04, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתנה ביום 31.5.04)
(205)141	עדן חשמל בע"מ נ' מדינת ישראל, ע"פ (ת"א) 833/93, פ"מ תשנ"ד (3) 124
(205)369	עיריית באר-שבע נ' מגן, עמ"ק (ב"ש) 1542/03, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 11.11.03)
(62)338	עציון נ' מדינת ישראל, ע"פ (י"ם) 1521/98, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 14.6.98)
(255)152	פינטו נ' עיריית חיפה, ע"פ (חי') 2291/01 (לא פורסם, ניתן ביום 8.5.03)
(8)30	קז'ואל בן-יהודה בע"מ נ' עיריית ירושלים, ע"א (י"ם) 1266/00, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 8.6.00)
(52)335	קשת היפרטוי שותפות מוגבלת נ' מדינת ישראל, ת"פ (ת"א) 1121/01, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 28.1.07)
(205)142	רדיוס שידורים בע"מ נ' מדינת ישראל, ת"א (י"ם) 5303/03, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 4.6.07)
(13)489, (90)201	רם נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה קרית טבעון, ע"פ (חי') 815/06, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (ניתן ביום 13.7.06)
(58)337	

<b>A</b>	
<i>Ah Sin v. Wittman</i> 198 U.S. 500 (1905)	123(108), 124(109), 383(44)-(45)
<i>Allee v. Medrano</i> 416 U.S. 802 (1974)	136(179)
<i>Ashwander et. al. v. Tennessee Valley Authority et. al.</i> 297 U.S. 288 (1935)	127(129)
<i>Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation</i> [1947] 2 All. E.R. 680	235(260), 307(228)
<i>Attorney General's Reference (No 1 of 1990)</i> [1992] 3 All. E.R. 169	312(250), 313(251), 366(191)
<i>Atwater v. City of Lago Vista</i> 532 U.S. 318 (2001)	134(165), 134(167)-(168)
<b>B</b>	
<i>Baluyut v. The Superior Court of Santa Clara Country</i> (1996) 12 Cal. 4th 826	342(80)
<i>Barbier v. Connolly</i> 113 U.S. 27 (1885)	114(62)
<i>Bargain City U.S.A., Inc v. Dilworth</i> 179 A. 2d 439 (1962)	116(74), 116(75), 225(211), 358, 358(155)
<i>Bargain City U.S.A., Inc v. Dilworth</i> 179 A.2d 439 (1962)	198(73), 391, 391(92), 392(93)
<i>Bennett v. Horseferry Road Magistrates' Court</i> [1993] 3 All. E.R. 138	314(258)-(259)
<i>Blackledge v. Perry</i> 417 U.S. 21 (1973)	301(192)
<i>Bolling v. Sharpe</i> 347 U.S. 497 (1954)	100(4)
<i>Bowers v. Hardwick</i> 478 U.S. 186 (1986)	117(78)
<i>Brady v. Maryland</i> 373 U.S. 83 (1963)	381(34), 405(147)
<i>Brown v. Board of Education</i> 347 U.S. 483 (1954)	221(183)
<i>Brown v. Texas</i> 443 U.S. 47 (1979)	133(162), 133(163)
<b>C</b>	
<i>City Of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc</i> 473 U.S. 432 (1985)	100(3)
<i>Connolly v. Director of Public Prosecutor</i> [1964] AC 1254	312(248)-(249)
<i>Cox v. Louisiana</i> 379 U.S. 536 (1965)	108(36), 108(37)
<b>E</b>	
<i>Edelman v. California</i> 344 U.S. 357 (1953)	103(15), 103(16), 390(76)-(77), 391, 391(85)
<b>F</b>	
<i>Falls v. Town of Dyer, Indiana</i> 875 F. 2d 146 (7 <sup>th</sup> Cir. 1989)	41(70), 41(71), 166(314), 170(334)-(335)
<i>Federal Trade Commission v. Universal-Rundle Corp.</i> 387 U.S. 244 (1967)	198(75), 213(146)
<b>G</b>	
<i>Garrison v. Shaw</i> 409 U.S. 1024 (1972)	136(181)
<i>Gary v. U.S.</i> 518 U.S. 1026 (1996)	366(188)

מפתח פסיקה

<i>Gillette v. U.S.</i> 401 U.S. 437 (1971)	364(180)
<i>Gouriet v. Union of Post Office Workers</i> [1977] 3 All. E.R. 70	306(220)-(222), 307(223)
<i>Gutknecht v. U.S.</i> 396 U.S. 295 (1970)	391(84)
<i>I</i>	
<i>Inmates of Attica Correctional Facility v. Rockefeller</i> 477 F. 2d 375 (2d Cir. 1973)	299(185)-(186), 300(187)
<i>J</i>	
<i>J&amp;B Social Club v. The City of Mobile</i> 920 F. Supp 1241 (1996)	343(87)
<i>James v. Eastleigh Borough Council</i> [1990] 2 All. E.R. 607	154(263)
<i>L</i>	
<i>Lawrence v. Texas</i> 539 U.S. 558 (2003)	117(78)
<i>M</i>	
<i>Marbury v. Madison</i> 5 U.S. 137 (1803)	318(277)
<i>McCleskey v. Kemp</i> 481 U.S. 279 (1987)	34(32), 388(71), 389(72)
<i>Missouri ex rel. Gaines v. Canada</i> 305 U.S. 337 (1938)	220(183)
<i>Moog Industries, Inc. v. Federal Trade Commission</i> 355 U.S. 411 (1958)	212(146), 227(217)-(218)
<i>Morrison v. Olson</i> 487 U.S. 654 (1988)	303(203)
<i>Murgia v. The Municipal Court for the Bakersfield Judicial District Court of Kern Country</i> 15 Cal. 3d 286 (1975)	124(113)
<i>N</i>	
<i>National Labor Relations Board v. Guy F. Atkinson Co. et al.</i> 195 F. 2d 141 (9 <sup>th</sup> Cir. 1952)	188(28), 189(29)-(30)
<i>New York Association of Convenience Stores, et al. v. Urbach, As Commissioner of the Department of Taxation and Finance of the State of New York, et al.</i> 677 N.Y.S. 2d 280 (1998)	36(42), 118(82)
<i>New York Times v. Sullivan</i> 376 U.S. 254 (1964)	155(265)
<i>Newman v. U.S.</i> 382 F. 2d 479 (D.C. Cir. 1967)	300, 300(188)-(189)
<i>O</i>	
<i>Oyler v. Boles</i> 368 U.S. 448 (1962)	21(12), 77(259), 103(18), 104, 104(19), 104(20), 111, 117(79), 388(69)-(70)
<i>P</i>	
<i>Papachristou v. City of Jacksonville</i> 405 U.S. 156 (1972)	185(10)
<i>People v. Harris</i> 5 cal. Rptr. 852 (1960)	61(175), 168(323), 386(63), 387(64)-65)
<i>People v. Kail</i> 501 N.E. 2d 979 (Ill. App. 1986)	107(32), 107(33)
<i>People v. Mantel</i> 388 N.Y.S. 2d 565 (1976)	107(30), 107(31)
<i>People v. Walker</i> 200 N.E. 2d 779 (1964)	171(341)

אכיפה סלקטיבית

*People v. Walker* 271 N.Y. 2d 447 (1966) 171(341)  
*Poe v. Ullman* 367 U.S. 497 (1961) 31(17), 185(13), 186(14)

R

*R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex parte Hook* [1976]  
 3 All. E.R. 452 245(298)  
*R. v. Catagas* (1978) 1 W.W.R. 282 (Manitoba Court of Appeal) 36(42), 62(177)  
*R. v. Chief Constable of Kent and Another, Ex parte L.* (1991) 93 Cr.  
 App. R. 416 309(235)-(236)  
*R. v. Croydon Justices, ex parte Dean* [1993] 3 All. E.R. 129 313(252)-(253), 366(191)  
*R. v. D.* [1984] 1 All. E.R. 574 316(265)-(266)  
*R. v. DPP, ex parte Kebilne* [2000] 2 AC 326 311(245)  
*R. v. General Council of the Bar, ex parte Percival* [1990] 3 All. E.R. 136 308(233)-(234)  
*R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Mead and another* [1993]  
 1 All. E.R. 772 309(237), 310(238)-241, 311(242),  
 311(244), 366(192), 481(2), 502(4)  
*R. v. Looseley* [2001] 4 All. E.R. 897 315(261)-(263)  
*R. v. Metropolitan Police Commissioner, Ex Parte Blackburn* [1968]  
 1 All. E.R. 763 37(50)  
*R. v. Metropolitan Police Commissioner, Ex Parte Blackburn* [1968]  
 2 QB 118 307(225)-(226)  
*R. v. Metropolitan Police Commissioner, Ex Parte Blackburn* [1973]  
 1 All. E.R. 324 32(25), 37(52), 41, 41(72), 308(230)-(231)  
*R. v. Smythe* 19 D.L.R. (3d) 480 (1971) 34(31)  
*Regina v. Bloomfield* [1997] 1 Cr. App. R. 135 313(254)-(255)  
*Reno, Attorney General v. American-Arab Anti-Discrimination Committee*  
 (AADC) 525 U.S. 471 (1999) 126, 126(124), 127(130)-(131),  
 128(132)-(134), 130, 213(147)-(148)

S

*Securities & Exchange Commission v. Chenery Corporation*  
 332 U.S. 194 (1947) 401(134)  
*Shaw v. Garrison* 467 F. 2d 113 (5<sup>th</sup> Cir. 1972) 136(181), 137(182)-(184)  
*Snowden v. Hughes* 321 U.S. 1 (1944) 102, 102(11), 103(12), 103(13)  
*Society of Good Neighbors v. Mayor of Detroit* 36 N.W. 2d 308  
 (Mich. 1949) 121(99), 122(100), 229(231)  
*State v. Pettitt* 609 P. 2d 1364 (Wash., 1980) 173(352)-(353)

T

*Taylor v. City of Pine Bluff* 289 S.W. 2d 679 (Ark. 1956) 116(72)  
*Taylor v. City of Pine Bluff* 352 U.S. 894 (1956) 116(72)  
*Terry v. Ohio* 392 U.S. 1 (1968) 132(154)-(155)  
*The People v. Montgomery* 117 P. 2d 437 (2<sup>nd</sup> Dist. Ct. App,  
 1941) 124(115), 124(116), 125(117)

מפתח פסיקה

U

<i>U.S. v. Steele</i> 461 F. 2d 1148 (9 <sup>th</sup> Cir. 1972)	392(94)-(95)
<i>U.S. v. Aguilar</i> 883 F. 2d 662 (9 <sup>th</sup> Cir. 1989)	383(48)
<i>U.S. v. Armstrong</i> 517 U.S. 456 (1996)	106(27), 106(28), 113(57), 118(86), 120(96), 214(148), 219(173), 374(11), 376(16), 379-380, 379(29), 380(31), 381-383, 381(32), 381(35)-(36), 383(46), 389, 389(73)
<i>U.S. v. Batchelder</i> 442 U.S. 114 (1979)	34(31)
<i>U.S. v. Berrigan</i> 482 F. 2d 171 (3 <sup>rd</sup> Cir. 1973)	137(185)-(187)
<i>U.S. v. Berrios</i> 501 F. 2d 1207 (2d Cir. 1974)	105(23), 105(24), 106, 378(26)-(27)
<i>U.S. v. Berrios</i> 501 F. 2d 1207 (2 <sup>nd</sup> Cir. 1974)	
<i>U.S. v. Blackley</i> 986 F. Supp 616 (D.D.C. 1997)	376(18)
<i>U.S. v. Cox</i> 324 F. 2d 167 (5 <sup>th</sup> Cir. 1965)	298(181)-(183), 299, 299(184), 300
<i>U.S. v. Crowthers</i> 456 F. 2d 1074 (4 <sup>th</sup> Cir. 1972)	108(38), 109(39), 109(40), 374(9)
<i>U.S. v. Cyprian</i> 23 F. 3d 1189 (7 <sup>th</sup> Cir. 1994)	377(19)
<i>U.S. v. Erne</i> 576 F. 2d 212 (9 <sup>th</sup> Cir. 1978)	392(99)
<i>U.S. v. Falk</i> 479 F. 2d 616 (7 <sup>th</sup> Cir. 1973)	36(41), 110(47), 111(48), 111(49), 119(87), 123(107), 211(143), 212(144), 229, 229(230)-(231), 378(24)-(25), 390, 390(82)-(84), 392, 392(97)-(98), 393-394, 393(105), 394(106)
<i>U.S. v. Gary</i> 74 F. 3d 304 (1 <sup>st</sup> Cir. 1996)	366(188)
<i>U.S. v. Goodwin</i> 457 U.S. 368 (1982)	301(192)
<i>U.S. v. Hastings</i> 126 F. 3d 310 (4th Cir. 1997)	376(15), 381-382, 381(37), 382(38)-(40), 389, 389(74)
<i>U.S. v. Landano</i> 508 U.S. 165 (1993)	397(122)
<i>U.S. v. O'Brein</i> 391 U.S. 367 (1968)	119(88)
<i>U.S. v. Ojala</i> 544 F. 2d 940 (8 <sup>th</sup> Cir. 1976)	110(42), 110(43), 386(58)-(59)
<i>U.S. v. Palmer</i> 510 U.S. 1138 (1994)	72(231)
<i>U.S. v. Robinson</i> 311 F. Supp. 1063 (W.D. Mo. 1969)	104(21), 386(60)-(61)
<i>U.S. v. Schmucker</i> 721 F. 2d 1046 (6 <sup>th</sup> Cir. 1983)	112(52)
<i>U.S. v. Steele</i> 461 F. 2d 1148 (9 <sup>th</sup> Cir. 1972)	110(44), 110(45), 117(81)
<i>U.S. v. Wayte</i> 710 F. 2d 1385 (9 <sup>th</sup> Cir. 1983)	112(51)
<i>U.S. v. Westmoreland</i> 122 F. 3d 431 (7 <sup>th</sup> Cir. 1997)	366(188)

W

<i>Wade v. U.S.</i> 504 U.S. 181 (1992)	300(190), 376(18)
<i>Wayte v. U.S.</i> 470 U.S. 598 (1985)	112(53), 112(54), 113(56), 377, 377(20)-(23)
<i>Whitney v. California</i> 274 U.S. 357 (1927)	155(265)
<i>Whren v. U.S.</i> 517 U.S. 806 (1996)	132(151), 132(153), 393(101)

Y

<i>Yick Wo v. Hopkins, Sheriff</i> 118 U.S. 356 (1886)	22(15), 30(6), 101, 101(6), 102, 102(7), 103, 106, 121, 123, 124, 125, 176, 176(369), 197(71)-(72), 342(84), 355(138), 382-383, 382(42)
--	---



אכיפה סלקטיבית

## מפתח ספרים

(ההפניה היא לעמוד ולהערות השוליים (בסוגריים))

### ספרים ישראליים

- א**  
ד' אבן דסוודו (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תשל"ז) (16)31  
א' אבניון מילה במילה – אוצר המילים הנרדפות, ניגודים ושדות סמנטיים (איתאב, 2000) (7)21  
ג' אירוונג, מ' ליאון תהליך קבלת ההחלטות (1980) (66)40  
מ' ארגמן אכיפת הדין הפלילי בישראל – פונקציות וסמכויות (1989) (95)45, (48)37, (109)-(108)441, 441, (95)437
- ב**  
ד' ביין דיני העונשין החלק הכללי (אוניברסיטת חיפה) (347)257  
מ' בלס חופש הגישה למידע המוחזק בידי רשויות המינהל (עבודת גמר במסגרת לימודי התואר השני, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל-אביב, 1992) (123)397, (110)394  
א' בנדור תורת ההשתק במשפט המינהלי (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, תשנ"ד) (139)289, (137)-(136)289, (156)294, (155)293, (149)292, (143)290, (141)290  
ב' ברכה משפט מינהלי (כרך ב, תשנ"ו) (29)425, (27)424, (21)424, (147)56  
א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד) (302)246, (223)228, (65)114  
א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) (302)246  
א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) (134)445, (117)442, (242)231, (153)215, (114)49  
ד' ברק-ארוז עוולות חוקתיות (תשנ"ד) (74)340
- ג**  
ר' גביוון שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א) (152)57, (131)52, (122)51, (67)40, (24)32  
(188)64, (186)64, (183)63, (181)63, (178)62, (153)57  
(232)72, (226)71, (223)70, (213)68, (200)66, (191)64  
(266)78, (263)77, (261)77, (243)75, (240)74, (235)73  
(97)280, (52)-(51)272, (31)269, (14)266, 266, (270)78  
(229)308, (217)305, (178)-(177)297, (167)296  
(75)433, (206)370, (268)-(267)316  
ר' גביוון שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א) (122)207, (35)190, (2)183, (325)168  
י' גוטמן היועץ המשפטי נגד הממשלה (תשמ"א) (3)457  
א' גול ענישה בהסכמה – חלופות להליכי משפט בפלילים (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2002) (57)38  
(165)360, (69)41, (60)39, (59)39

אכיפה סלקטיבית

(66)40	ד' דוד יסודות המינהל הציבורי (1996)
(97)202 , (93)202	מ' דויטש קניין (חלק א, תשנ"ז)
, (64)40	ג' דורון להחליט ולבצע (1986)
, (135)53 , (129)52 , (123)51 , (35)35	י' דותן הנחיות מינהליות (תשנ"ו)
, (324)168 , (286)160 , (96)120 , (77)117 , (145)55 , (138)54	
, (110)395 , (276)239 , (250)234 , (246)233 , (351)173	
(119)443 , (32)425 , (19)424 , (193)416	
(6)265	ר' ה' דרייטון חוקי פלשתינה (א"י) (כרך א, 1933)
	ה
(160)216	ת' הובס לויתן או החומר הצורה והשלטון של הקהילה (י' אור תרגם, תשכ"ב)
	א' המילטון, ג' מדיסון, ג' ג'יי הפדרליסט (י' חזוני עורכת, א' אמיר מתרגם, תשס"ב)
(127)-(126)208	ר' הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז)
(2)373 , (284)241 , (298)162 , (294)161	
	ו
(95)202 , (93)202	י' ויסמן דיני קניין – חלק כללי (תשנ"ג)
	ז
, (118)50 , (117)50 , (116)50	י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו)
, (143)55 , (142)54 , (141)54 , (137)54 , (134)53 , (127)52	
(204)224 , (202)224 , (155)216 , (103)-(102)203 , (158)57 , (144)55	
, (94)45 , (43)36 , (34)35	י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב, תשנ"ו)
, (48)429 , (107)346 , (351)173 , (160)58 , (114)49	
(122)443 , (64)432 , (56)431 , (51)430	
(206)225	י' זמיר השפיטה בעניינים מינהליים (תשל"ה)
	ט
(134)445	ג' טדסקי מסות במשפט (תשנ"ב)
	כ
(117)442	ח' כהן המשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ז)
(265)155	ר' כהן-אלמגור גבולות הסובלנות והחירות (תשנ"ד)
	ל
(54)38	י' לוי, א' לדרמן עיקרים באחריות הפלילית (תשמ"א)
(160)216	ג' לוק על הממשל המדיני (מהדורה שנייה, י' אור תרגם, תשי"ט)
	נ
(157)406 , (287)242 , (320)167 , (237)148 , (227)146	י' נקדימון הגנה מן הצדק (תשס"ד)
	ס
, (166)408 , (110)395	ז' סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע (תש"ס)
(188)414 , (183)413 , (174)410 , (171)409	

מפתח ספרים

- פ  
ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (חלק ב, תשמ"ז) (349)257, (344)257
- ק  
י' קדמי על הדין בפלילים (חלק ראשון, תשס"ה) (346)257, (343)257, (341)257  
י' קדמי על סדר הדין בפלילים (חלק ראשון, תשס"ג) (187)64  
י' קדמי על סדר הדין בפלילים (חלק שני, תשס"ג) (165)295, (238)148
- ר  
א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א, מהדורה רביעית, תשנ"א) (306)247, (30)34, (4)29  
א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (כרך א, מהדורה שישית, תשס"ה) (106)204, (141)54, (137)54, (135)53  
א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (כרך ב, מהדורה שישית, תשס"ה) (106)204  
א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א, מהדורה חמישית, תשנ"ז) (44)193  
ז' ז' רוסו על האמנה החברתית (מהדורה חמישית, י' אור תרגם, תשל"ה) (160)216  
א' רטנר, ג' פישמן צדק לכל? יהודים וערבים במערכת המשפט בישראל (דו"ח מחקר, 1998) (1)471, (381)179
- ש  
ש' ג' שוהם, ג' שביט עבירות ועונשים (מהדורה שלישית, 1997) (82)43, (78)43, (76)42  
(101)-(100)439, (174)61, (92)45  
ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס) (121)443

ספרים זרים

- A  
A.C. Aman *Administrative Law in a Global Era* (Cornell University Press, New York, 1992) 243(288)-(289)  
A. Ashworth, M. Redmayne *The Criminal Process* (3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2005) 79(273), 79(275), 80(279), 80(280), 80(282), 80(283), 81(284), 81(285), 81(286), 82(289), 82(292), 83(300), 84(305), 84(306), 84(310), 85(311), 86(319), 86(320), 86(323), 87(325), 87(329), 90(345), 91(350), 92(358), 176(367), 192(42), 220(179), 304(207), 304(211), 305(213)-(214), 307(224), 307(227), 312(246), 436(88), 437(92)  
I. Ayres, J. Braithwaite *Respective Regulation – Transcending the Deregulation Debate* (Oxford, 1992) 86(316), 437(91)
- B  
J.M. Buchanan *The Limits of Liberty – Between Anarchy and Leviathan* (The University of Chicago, 1975) 217(161)-(163), 217(165)-(166), 218(172)

אכיפה סלקטיבית

- C
- P. Cane *Administrative Law* (4<sup>th</sup> ed., 2004) 420(2)
- A.L.-T. Choo *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*  
(Clarendon, Oxford, 1993) 169(329), 172(348), 191(38), 210(138), 230(238),  
305(216), 312(247), 313(256)-(257), 324(301), 356(140),  
358(154), 359(160), 361(169), 363(176), 424(26), 425(31)
- P.P.Craig *Administrative Law* (5<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2003) 233(244), 233(248),  
234(251), 234(255)
- D.P. Currie *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (The University of  
Chicago Press, Chicago and London, 1994) 317(272), 318(274), 318(279),  
319(284)-(286), 320(287)
- D
- K.C. Davis *Administrative Law Treatise* (2<sup>nd</sup> ed., vol. 2, West,  
St. Paul, Minn., 1979) 296(172), 297(178)
- K.C. Davis *Administrative Law: Cases-Text-Problems* (6<sup>th</sup> ed.,  
West, St. Paul, Minn., 1977) 103(16)
- K.C. Davis *Discretionary Justice – A Preliminary Inquiry* (University of Illinois,  
1971) 19(3), 29(3), 30(11), 51(121), 53(134), 54(138), 57(155),  
72(232), 78(267), 168(326), 191(39), 221(185), 251(316),  
303(202), 420(1), 421(4), 427(43), 439(101), 446(136)
- K.C. Davis *Discretionary Justice in Europe and America* (University  
of Illinois Press, 1976) 420(1), 439(101)
- R. Dworkin *A Matter of Principle* (Clarendon, Oxford, 1986) 44(89)
- R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (Harvard University, Cambridge,  
1978) 51(123), 51(124), 51(125), 423(16)
- E
- D. Easton *A system Analysis of Political Life* (John wiley, N.Y., 1967) 440(105)
- C.F. Edley *Administrative Law* (Yale, New Haven and London, 1990) 425(32)
- N. Elkin-Koren, E.M. Salzberger *Law, Economics and Cyberspace*  
(Edward Elgar, 2003) 217(164)
- F
- D. Farber, P. Frickey *Law and Public Choice* (The University of Chicago, 1991) 216(157)
- J. Fionda *Public Prosecutors and Discretion – A Comparative Study*  
(Clarendon, Oxford, 1995) 58(164), 78(269), 79(273), 80(277), 83(296), 83(300),  
87(324), 88(331), 88(332), 90(342), 90(344), 91(349),  
91(351), 91(352), 92(353), 92(354), 92(355), 92(356),  
93(357), 93(360), 94(366), 95(368), 304(209), 307(224),  
313(251), 317(270), 318(273), 429(49), 437(90), 439(102)
- H.N. Foerstel *Freedom of Information and the Right to know* (Greenwood,  
1999) 395(116), 396(119), 397(121)

מפתח ספרים

- D.D. Fredrickson, R.P. Siljander *Racial Profiling* (Charles C. Thomas Publisher, Springfield, Illinois, 2002) 132(150)
- L.M. Friedman *Law and Society – an Introduction* (Prentice Hall, 1977) 184(8)
- G
- D.J. Galligan *Discretionary Powers – A Legal Study of Official Discretion* (Clarendon, Oxford, 1986) 169(329), 169(330)
- D.J. Galligan *Discretionary Powers – A Legal Study of Official Discretion* (Clarendon, Oxford, 1990) 51(120), 52(126), 234(253), 423(17)
- G. Gigerenzer, P.M. Todd & the ABC Research Group *Simple Heuristics That Make Us Smart* (Oxford, New York, 1999) 40(65)
- A.S. Goldstein *The Passive Judiciary* (Louisiana State U.P., 1981) 76(253), 77(261), 77(262), 78(268), 101(5), 118(86), 211(140), 302(197), 376(17)
- H
- D.A. Harris *Profiles in Injustice* (New Press, New York, 2002) 135(171)
- Harvard Law Review, *Sexual Orientation and the Law* (Harvard University Press, Cambridge, 1990) 114(65)
- K. Hawkins *Environment and Enforcement – Regulation and the Social Definition of Enforcement* (Oxford, Clarendon Press, 1984) 85(312), 85(315), 436(89)
- K. Hawkins *Law as Last Resort* (Oxford, New York, 2002) 85(312)
- M. Heumann, L. Cassak *Good Cop, Bad Cop – Racial Profiling and Competing Views of Justice* (Peter Lang Publishing, New York, 2003) 135(171), 135(173), 135(175)
- D.L. Horowitz *The Courts and Social Policy* (The Brooking Institution, Washington, 1977) 56(148), 227(216)
- I
- J.H. Israel, Y. Kamisar, W.R. LaFave *Criminal Procedure and the Constitution* (2005 ed., St. Paul, Minn.) 376(17), 381(33)
- K
- M.R. Kadish, S.H. Kadish *Discretion to Disobey* (Stanford, California, 1973) 185(11)-(12), 187(21), 189(30), 191(38)
- M.R. Kadish, S.H. Kadish *Discretion to Disobey: A Study of Lawful Departures from Legal Rules* (Stanford, 1973) 30(16), 87(329)
- S.H. Kadish, S.J. Schulhofer *Criminal Law and Its Processes – Cases and Materials* (Aspen Law & Business, 7<sup>th</sup> ed., 2001) 58(163), 72(232), 72(233), 73(236), 74(239), 76(252), 78(265), 214(149), 440(103)
- Y. Kamisar, W.R. LaFave, J.H. Israel, N.J. King *Modern Criminal Procedure* (11<sup>th</sup> ed., West, 2005) 74(241), 74(242), 75(245), 297(174), 374(11), 421(3)
- H. Kelsen *General Theory of Law and State* (Harvard, 1961) 31(16), 211(138)
- R. Kennedy *Race, Crime and the Law* (Vintage Books, New York, 1998) 114(65), 135(170)

## אכיפה סלקטיבית

- D.L. Kirp, M.G. Yudof, M.S. Frank *Gender Justice* (The University of Chicago, Chicago & London, 1986) 177(373)
- D.P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (2<sup>nd</sup> ed., Duke University Press, 1997) 99(1), 317(272), 320(288)

### L

- W.R. LaFave, J.H. Israel, N.J. King *Criminal Procedure* (4<sup>th</sup> ed., West, 2004) 375(12), 378(28), 388(68), 391(88), 394(107)-(109), 397(120), 421(3), 422(11)-(12), 425(28)-(29)
- I. Loveland *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights* (3<sup>rd</sup> ed., Butterworth, 2003) 428(47), 432(64)
- I. Loveland *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights* (4<sup>th</sup> ed., Oxford, 2006) 233(245), 234(252), 239(277)-(278), 243(289)-(291)

### M

- M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.) *The Oxford Handbook of Criminology* (3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2002) 42(76), 43(79), 44(85), 61(174), 178(379)
- J.G. March, H.A. Simon *Organizations* (John Wiley & Sons, Inc., 1958) 40(66)
- N.S. Marsh *Public Access to Government – Held Information: A Comparative Symposium* (London, Stevens & Sons LTD., 1987) 395(117), 396(119)
- F.W. Miller *Prosecution: The Discretion to Charge a Suspect with a Crime* (Little, Brown and Company, 1969) 42(74), 75(243), 75(246), 75(248), 75(249), 76(254), 76(255), 76(256), 76(257), 76(258), 77(259), 77(260), 77(261), 295(166), 297(173), 297(175), 298(179), 342(80)-(81), 343(85)

### P

- R.A. Posner *Economic Analysis of Law* (Aspen Law & Business, 6<sup>th</sup> ed., 2003) 44(88), 44(89), 46(100)

### R

- D. Ramirez, J. McDevitt, A. Farrell *A Resource Guide on Racial Profiling Data Collection Systems – Promising Practices and Lessons Learned* (A Report Submitted to the U.S. Department of Justice, November 2001) 131(148)
- J. Rawls *Political Liberalism* (Columbia, New York, 1993) 202(98)
- J. Raz *The Authority of Law* (Clarendon, Oxford, 1979) 184(8)
- N. Redlich, J. Attanasio, J.K. Goldstein *Understanding Constitutional Law* (3<sup>rd</sup> ed., Matthew Bender, Newark, 2005) 114(65)

### S

- B. Schwartz *Administrative Law* (Little, Brown and Company, 1976) 432(64)
- M.P. Singh *German Administrative Law in Common Law Perspective* (2<sup>nd</sup> ed., Springer, 2001) 99(1), 318(275)-(276), 318(279)-(280), 320(288)-(290), 320(292)-(293), 321(294)-(295), 321(297), 322(299)

מפתח ספרים

- S. de Smith, R. Brazier *Constitutional and Administrative Law* (8<sup>th</sup> ed., Penguin, 1998) 208(125)
- P.L. Strauss *Administrative Justice in the United States* (2<sup>nd</sup> ed., Carolina Academic Press, 2002) 395(111)
- I. Sykes, R.R. Tracy *Cases and Materials on Administrative Law* (4<sup>th</sup> ed., Butterworths, 1982) 52(130), 234(254), 239(277)
- T*
- P.J.P. Tak *The Legal Scope of Non-Prosecution in Europe* (Heuni, Helsinki, 1986) 58(162), 83(298), 94(364)
- L.H. Tribe *American Constitutional Law* (2<sup>nd</sup> ed., The Foundation Press, New York, 1988) 112(61), 115(66), 118(83)
- V*
- A. Venn Dicey *Introduction to the Study of Law and the Constitution* (E.C.S Wade ed., Macmillan, 9<sup>th</sup> ed., 1956) 53(135)
- G.B. Vold, T.J. Bernard, J.B. Snipes *Theoretical Criminology* (Oxford, New York, 5<sup>th</sup> ed., 2002) 43(79), 43(80), 43(81)
- W*
- M. Walzer *Obligations – Essays on Disobedience, War, and Citizenship* (Harvard, 1971) 364(180)
- A.F. Wilcox *The Decision to Prosecute* (Butterworths, 1972) 31(19), 32(22), 32(23), 38(53), 38(55), 49(113), 76(253), 78(266), 78(269), 313(256), 324(302), 426(36)
- G. Williams *Learning the Law* (11<sup>th</sup> ed., Stevens, London, 1982) 155(266)
- R. Wintemute *Sexual Orientation and Human Rights* (oxford, 1995) 220(180)



אכיפה סלקטיבית

## מפתח מאמרים

(ההפניה היא לעמוד ולהערות השוליים (בסוגריים))

### מאמרים ישראליים

- א
- ד' אבן "מנהג מבטל הלכה? מנהגה של הרשות שלא לאכוף חוק" הצודק והבלתי צודק  
(מ' דסקל עורך, 1977) 127 (18)31, (139)211, (165)295, (135)445
- ד' אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב  
(תשנ"ה) 477 (18)31, (27)33, (115)50, (149)56, (150)56,  
(161)58, (129)209, (25)188, (5)184, (295)162, (132)444, (13)328, (323)252, (137)210
- ב' אוקון "פרשת כלא 6" המשפט ד (תשנ"ט) 53  
ב' אוקון, ע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג  
(תשנ"ו) 265 (236)148, (136)210, (239)231, (339)256, (350)258, (165)295
- י' אליאסוף "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 173  
א' אליצור "הזוי ולא מידתי" ידיעות אחרונות (המוסף לשבת, 2.2.07) 24  
ש' אלמוג "על נשים, צבא ושוויון – בעקבות בג"ץ 4541/94 מילר נ'  
שר הביטחון ואח"י" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 631 (65)195
- ב' אקצין "הפרורוגטיבה במדינת ישראל" הפרקליט – ספר היוכל (תשנ"ד) 176 (203)224  
א' אשכנזי "מנקים את לוד בסגנון אמריקני" מעריב (29.9.03) (380)178
- ב
- י' בהט "ההגנה החוקתית על הקניין – הלכה למעשה" שערי משפט א (תשנ"ז) 15 (97)202  
ד' בייץ "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל –  
ההיבט המשפטי" פלילים ב (תשנ"א) 133 (46)37, (149)56, (150)56,  
(306)164, (368)176, (109)204, (110)205,  
(9)422, (28)425, (24)424, (95)437
- ד' בייץ "מנהג ונוהג במשפטנו הפלילי – מקור משפטי מצוי או ראוי" ספר יצחק כהן  
(א' אלון, מ' בן-זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ, מ' לנדוי עורכים, תשמ"ט) 310 (26)33, (3)184,  
(6)184, (17)186, (38)191, (228)229, (235)230
- ע' בן דוד, א' שחר "תוכנית: מאות מבנים ייהרסו במגזר הערבי" מעריב (29.9.03) (377)178  
מ' בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת  
החוק" פלילים ה (תשנ"ז) 5 (263)77, (141)211, (5)265, (8)266, (11)266,  
(120)286, (122)286, (123)-(219)306
- א' בנבנשתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא (תשס"א) 797 (124)208  
(171)218, (157)216
- א' בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט  
כא (תשנ"ח) 769 (83)118, (171)60

אכיפה סלקטיבית

- א' בנדור "אישום פלילי בעבירות מינהליות: סמכויות מקבילות, פרסום טעמים והנחיות מינהליות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 509 (160)407-(161), (59)431, (77)434  
 א' בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו (תשס"ג) 305 (128)353  
 א' בנדור "שוויון ושיקול-דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" ספר שמגר (חלק א, תשס"ג) 287 (303)163, (345)172, (282)240, (124)351, (129)444  
 א' בנדור, ד' סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והמימשל" הפרקליט מד (תש"ס) 423 (3)264  
 א' בנדור, מ' טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי (בעקבות בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נגד (3) 817) "משפטים לב (תשס"ב) 623 (90)344  
 א' ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 357 (91)201, (82)199  
 א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5 (200)223, (316)167  
 א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253 (277)157  
 א' ברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195 (84)200  
 א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ג-תשנ"ד) 271 (316)167, (273)156  
 ד' ברק-ארו "בג"צ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה (תשנ"ז) 219 (130)288, (126)287, (3)264  
 ד' ברק-ארו "בטלות יחסית ושיקול-דעת שיפוטי" משפטים כד (תשנ"ה) 519 (95)345-(96), (99)345, (116)348, (105)346, (199)368  
 ד' ברק-ארו "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי" משפטים כז (תשנ"ו) 17 (116)442, (75)340, (102)203, (20)187, (18)186  
 ד' ברק-ארו "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" עיוני משפט כז (תשס"ג) 209 (125)443, (115)442, (40)192, (16)186, (4)184  
 ד' ברק-ארו "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה (תש"ס) 95 (117)348, (147)292, (138)289  
 ד' ברק-ארו "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 35 (78)341, (70)340
- ג  
 ר' גביוון "ביטול המג'לה: המנהג ועקרונות הפיקה" משפטים יד (תשמ"ה) 325 (21)32, (131)444, (63)274, (129)209  
 ר' גביוון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה (תשנ"ז) 27 (202)66, (226)71, (2)264, (5)265, (15)266, (17)267, (117)285, (25)-(24)268, (22)267  
 ר' גביוון ברב שיח "פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט (תשנ"ו) 15 (1)373, (141)211  
 ר' גביוון "שימוע, שוויון לפני החוק והיועץ המשפטי לממשלה" עיוני משפט טו (תש"ן) 457 (42)-(41)270, (9)266, (363)176, (17)476, (69)432, (67)432, (92)278, (86)277  
 ר' גביוון, א' שפירא "מבוא" א' המילטון, ג' מדיסון, ג' גיי הפדרליסט (י' חזוני עורכת, א' אמיר מתרגם, תשס"ב) (155)216  
 י' גוטמן "טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300" ידיעות אחרונות (1995) 148 (3)457, (128)288, (33)269, (13)266

מפתח מאמרים

- ס' גולדשטיין "יחסי הגומלין בין דרכי אכיפת הוראות לא-כספיות של בתי-המשפט – עקרון הדרך החמורה פחות" משפטים טז (תשמ"ו) 176 (98)438
- א' גזל-אייל "הסדרי ענישה – הצעה להליך חדש" עיוני משפט ל (תשס"ז) 123 (61)39
- י' גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 339 (357)174
- י' גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנוזיקין הישראלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 320 (356)174
- ח' גנז "על כלליותן של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 579 (144)55, (141)54, (137)54, (134)53
- א' גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג (תש"ס) 229 (85)200
- ד
- י' דגן "אפליה: מדוע המתנחלים מרגישים מקופחים" ישראל היום (דעות היום, 15.8.07) 15 (9)448
- א' דה הרטוך "תמיכת המדינה במוסדות ציבור – ליבלוב הכספים הייחודיים" משפטים כט (תשנ"ח) 75 (171)60
- ד' דורנר "מידתיות" ספר ברנזון (כרך ב, א' ברק, ח' ברנזון עורכים, תש"ס) 281 (294)244, (1)99
- י' דותן "ביקורת שיפוטית על חקיקת-משנה והמקרה הפרטי המיוחד" משפטים כד (תשנ"ה) 425 (13)423, (151)56, (36)35
- י' דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב (תשנ"ד) 587, (96)345, (97)345, (101)345, (102)346, (109)368, (199)368
- י' דותן "החובה לקבוע כללים מינהליים" משפטים כג (תשנ"ד) 437, (148)56, (128)52, (44)428, (145)212
- י' דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 535, (98)202
- י' דותן "הפליה לטובת אחר" משפט וממשל א (תשנ"ג) 489, (311)248, (13)30, (129)444, (6)374
- י' דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 97 (78)341, (70)340
- ה
- א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" ספר לנדוי (כרך ב, תשנ"ה) 983 (200)223
- א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 139 (200)223
- ו
- א' וינרוט "שניות בתפקידי היועץ המשפטי לממשלה" המשפט ג (תשנ"ו) 85 (15)266
- י' ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב (תשנ"ה) 258 (94)202, (92)201
- ז
- ע' זלצברגר "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקידי היועץ המשפטי לממשלה בישראל" פלילים ה (תשנ"ז) 149 (171)-(168)218, (167)217
- ע' זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 679 (169)218

אכיפה סלקטיבית

- ע' זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" **משפטים כב (תשנ"ג) 261**, (77)43, (84)44, (89)44, (98)46, (158)216, (159)-, (27)268, (28)-, (29)269, (133)288, (135)289
- א' זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים יב (תשמ"ב) 291**, (269)237, (319)252
- י' זמיר "היועץ המשפטי בשעת משבר: פרשת שירות הביטחון הכללי" **ספר אורי ידין (כרך ב, א' ברק, ט' שפניץ עורכים, תש"ן) 47**, (224)70, (2)264
- י' זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" **עיוני משפט יא (תשמ"ו) 411**, (225)71, (3)264, (15)266, (4)457
- י' זמיר "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 451**, (16)267
- י' זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" **משפט וממשל ב (תשנ"ד) 109**, (1)99
- י' זמיר "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?" **משפטים יט (תש"ן) 563**, (262)235, (264)236, (272)237, (319)252
- י' זמיר "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" (מכתבים למערכת) **משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד) 750**, (168)409, (2)456
- י' זמיר "מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית" **משפטים כא (תשנ"א) 145**, (25)26
- י' זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" **הפרקליט כו (תש"ל) 212**, (205)224
- י' זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" **משפט וממשל א (תשנ"ג) 295**, (3)373, (285)241
- י' זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" **הפרקליט, גיליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין (תשמ"ז) 61**, (134)53, (137)54, (141)54
- י' זמיר "הנחיות מינהליות" **הפרקליט לח (תשמ"ח-תשמ"ט) 5**, (168)409
- י' זמיר, מ' סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל ה (תש"ס) 165**, (258)153, 193, (51)-(52), (53)-194, (54)-195, (61)195, (175)219, (149)357
- ה
- ח' חפר "מה נשמע בשימוע" **ידיעות אחרונות (22.9.89)**
- מ' חשין "אמון הציבור בבית המשפט" **המשפט 15 (תשס"ג) 4**, (68)432, (112)205
- ט
- מ' טמיר "אכיפה סלקטיבית והתנגדות לפעולה שלטונית" (עתיד להתפרסם בקובץ **ארבעים שנות שיפוט באזור יהודה והשומרון: היבטים משפטיים, חברתיים והיסטוריים**) (21)450
- מ' טמיר "אכיפה סלקטיבית" **News First Class (25.2.07)**; <http://www.nfc.co.il/Home/L02-S-001-00.html?tag=14-54-56>
- (7)448
- מ' טמיר "אכיפה סלקטיבית" **News First Class (Nfc) (11.3.07)**; <http://www.nfc.co.il/Archive/003-D-20642-00.html?tag=15-52-34>
- (254)152
- מ' טמיר "אכיפה סלקטיבית" **מעריב (20.8.07)**
- (11)449
- מ' טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" **הפרקליט מה (תש"ס) 94**, (359)175, (44)193
- (16)449
- מ' טמיר "זיכוי מחמת אפליה" **מעריב (3.10.07)**
- מ' טמיר (יצחקי) "עילת חוסר הוודאות במשפט הציבורי" **משפט וממשל ה (תש"ס) 497**, (148)56, (145)212, (226)229, (243)232, (142)356, (18)423, (45)428
- י
- י' יצחק "מחלקה ראשונה" **מעריב (מוסף שבת, 16.5.03) 22**, (99)438

מפתח מאמרים

- כ**  
 מ' כהן "חופש המידע או חופש ממידע" מעריב (חוק וסדר; 19.9.04)  
 נ' כהן "תחרות מסחרית וחופש עיסוק" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 353  
 מ' כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט (תשס"ו) 297  
 ד' כץ, ר' קאהן "ארגונים וגישת המערכות" מדיניות ומינהל  
 (ר' אלבוים-דרור עורכת, 1987) 22  
 (82)199  
 (301)245  
 (104)440
- ל**  
 א' לבונטין, ר' גביוון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה"  
 ספר שמגר (חלק א, תשס"ג) 221  
 פ' להב "חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים" משפטים ו  
 (תשל"ה) 562  
 מ' לנדוי "כוחו של בית-המשפט ומגבלותיו" משפטים י (תש"ם) 196  
 מ' לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי" עיוני משפט יד  
 (תשמ"ט) 5  
 (189)221  
 (145)212, (148)56  
 (335)256, (269)237, (266)236
- מ**  
 מ' מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 25  
 מ' מאוטנר "יוצרי סיכונים" ו'נקלעי סיכונים' – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה  
 האזרחית החדשה" משפטים טז (תשמ"ו) 92  
 ש' מולא, ע' פטרסבורג "אני העפר שדורכים עליו" ידיעות אחרונות 7 ימים, 12.3.04 (41)192  
 ק' מן "זכות הטעון והביקורת על שיקול-הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין"  
 פלילים ה (תשנ"ז) 189  
 (269)237  
 (116)442, (136)289, (18)186, (63)39  
 (41)192  
 (71)432, (34)269, (11)266, (8)265, (204)67
- ס**  
 ז' סגל "סמכות ביטחון, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית"  
 משפט וממשל א (תשנ"ג) 477  
 ז' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי"  
 הפרקליט לט (תשנ"א) 507  
 ז' סגל "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר-און ובעקבותיה"  
 משפט וממשל ד (תשנ"ח) 587  
 ז' סגל, א' זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט  
 הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז (תשס"ד) 42  
 (233)230, (152)214  
 (168)361, (127)287, (242)231  
 ה' סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית"  
 משפטים כח (תשנ"ז) 257  
 (327)253, (274)238  
 (320)252, (274)238, (301)163  
 (210)67  
 (273)156
- פ**  
 א' פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" קרית המשפט א  
 (תשס"א) 381  
 ע' פרוש "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית-המשפט הגבוה-לצדק"  
 עיוני משפט יג (תשמ"ח) 453  
 ד' פרידמן "משפח רמון" ידיעות אחרונות (המוסף לשבת, 2.2.07) 10  
 ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ג) 155  
 (21)32, (170)59, (121)207, (130)209, (132)209, (134)210  
 (21)266, (8)-(7)265, (234)230, (150)214

אכיפה סלקטיבית

- ק  
 ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי  
 ("זמיר עורך, תשנ"ג) 105 (139)54
- ר' קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט  
 בקביעת העונש" מחקרי משפט (תשנ"ג) 39 (20)424, (32)34
- ע' קפלן "תחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית-המשפט העליון" משפטים ט  
 (תשל"ט) 221 (134)445
- מ' קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה  
 העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז (תשמ"ח) 475 (333)88
- מ' קרמניצר ברב שיח "פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה  
 לדין וחנינות" המשפט ג (תשנ"ו) 15 (167)360, (264)315, (329)87
- מ' קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה (תשנ"ז) 173 (180)62, (113)49,  
 (106)440, (302)163, (240)231, (299)245, (95)437, (106)440
- י' קרניאל "סגירת ערוץ 7 – ניצחון חשוב לשלטון החוק" עורך הדין 42  
 (דצמבר 2003) 52 (107)204
- ד' קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט (תש"ן) 551 (264)236,  
 (318)252, (272)237
- ד' קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה"  
 פלילים ה (תשנ"ז) 121 (97)280, (61)274, (58)273, (318)252
- י' קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי-היסוד" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 275 (316)167
- י' קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד:  
 כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"א) 64 (46)428, (192)415, (316)167
- י' קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח"  
 משפט וממשל א (תשנ"ג) 323 (273)156
- ר  
 ש' רגב "מחקר חדש מאשר: מערכת המשפט מפלה לרעה ערבים"  
 עורך הדין 48 (2004) 48 (381)179
- פ' רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג  
 (תשנ"ד) 21 (49)193, (374)178
- פ' רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 145 (374)178
- פ' רדאי "על השוויון" מעמד האשה בחברה ובמשפט (פ' רדאי, כ' שלו,  
 מ' ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה) 19 (50)193, (373)177
- א' רובינשטיין "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק – מטלות ומורכבות  
 במדינה יהודית דמוקרטית מקוטבת" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 7 (3)264
- א' רוזן-צבי "על משפט ומציאות" הפרקליט – ספר היובל (תשנ"ד) 77 (19)31, (15)31,  
 (66)275, (67)40, (28)33, (24)33, (23)32, (20)32
- נ' רימלט "בית-המשפט העליון: בין דין לצדק" משפט וממשל ו (תשס"ג) 311 (128)353
- ש  
 א' שטיין "האזנת-סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של  
 חקירה פלילית ובטחונות" משפטים יד (תשמ"ה) 527 (200)223
- א' שטיין "הבטחה מנהלית" משפטים יד (תשמ"ה) 255 (120)443

מפתח מאמרים

- ש' שטרית "המנהג במשפט הציבורי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי  
(9)327, (18)31 375 (י' זמיר עורך, תשנ"ג)
- ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי"  
(266)236 תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7
- ג' שלר "הבטחה, השתק ותום לב" משפטים טז (תשמ"ו) 295  
(116)442, (136)289 מ' שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב
- (332)254, (261)237, (268)-(267)236 102 (תשמ"ב)

מאמרים זרים

A

- A. Abramovsky, J.I. Edelstein "Pretext Stops and Racial Profiling after *Whren v. United States*: The New York and New Jersey Responses Compared" 63 *Alb. L. Rev.* (2000) 725 133(159)
- B. Ackerman "The New Separation of Powers" 113 *Harv. L. Rev.* (2000) 633 209(128), 214(150)
- M.L. Amsterdam "The One-Sided Sword: Selective Prosecution in Federal Courts" 6 *Rutgers Camden L.J.* (1974) 1 100(3), 112(55), 120(93), 121(97), 136(178), 136(180), 138(188), 138(190), 226(215), 229(229), 296(168), 296(170), 297(178), 301(192), 303(201), 393(104), 394(107)-(109), 425(33)
- A.G. Amsterdam "Perspectives of the Fourth Amendment" 58 *Minn. L. Rev.* (1974) 349 134(164), 168(328)
- A. Ashworth "'The Public Interest' Element in Prosecutions" *Crim. L. Rev.* (1987) 595 83(301), 306(218)

B

- S.H. Bailey, M.J. Bowman "Public Authority Negligence Revisited" 59 *Cambridge L.J.* (2000) 85 174(357)
- T. Baker, A. Harel, T. Kugler "The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach" 89 *Iowa L. Rev.* (2004) 443 45(93)
- R. Baldwin "Why Rules Don't Work" 53 *Modern L. Rev.* (1990) 321 86(316), 437(91)
- P.W. Beck, P.A. Daly "State Constitutional Analysis of Pretext Stops: Racial Profiling and Public Policy Concerns" 72 *Temple L. Rev.* (1999) 597 133(160)
- G. Becker "Crime and Punishment: an Economic Approach" *Readings in the Economics of Law and Regulation* (A.I. Ogus, C.G. Veljanovski eds., Clarendon, Oxford, 1984) 307 43(81)
- W.G. Bernhardt "Constitutional Law: The Conflict of First Amendment Rights and the Motive Requirement in Selective Enforcement Cases" 39 *Okla. L. Rev.* (1986) 498 103(14), 104(20), 105(26), 110(46), 112(50), 115(67), 119(90), 120(93), 120(95), 124(111)
- P. Butler "Blind Faith: the Tragedy of Race Crime and the Law" 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 1270 135(170)



אכיפה סלקטיבית

C

- R. Carr-Hill, N. Stern "More Police More Crime" *Readings in the Economics of Law and Regulation* (A.I. Ogus, C.G. Veljanovski eds., Clarendon, Oxford, 1984) 303 37(49), 45(92), 47(104)
- G. Carrick "Professional Police Traffic Stops" *Law Enforcement Bulletin* (FBI Publications, November 2000) 8-10 135(174)
- S.D. Clymer "Equal Justice: The Federalization of Criminal Law" 70 *S. Cal. L. Rev.* (1997) 643 72(230), 100(3), 108(34), 117(79), 117(80), 120(96), 171(342), 347(172), 210(134), 211(142), 214(151), 230(234), 375(12), 383(43), 383(47), 385(53)
- M. Cohen "Fuzzy Legality in Regulation: The Legislative Mandate Revisited" *Law & Pollicy* (2001) 469 86(318)
- D. Cole "Damage Control? A Comment on Professor Neuman's Reading of *Reno v. AADC*" 14 *Geo. Immigr. L.J.* (2000) 347 129(139), 130(140)
- G.F. Cole "United States of America" *Major Criminal Justice Systems* (G.F. Cole, S.J. Frankowski, H.G. Gertz eds., 2<sup>nd</sup> ed., Sage Publications, 1987) 29 36(44), 439(102)
- Comment "Discriminatory Law Enforcement and Equal Protection FROM the Law" 59 *Yale L.J.* (1950) 354 121(98), 122(103), 211(139), 230(232)
- Comment "The Right to Nondiscriminatory Enforcement of State Penal Laws" 61 *Colum. L. Rev.* (1961) 1103 38(56), 101(5), 103(17), 113(58), 115(69), 116(73), 123(105), 124(112), 198(74), 220(192), 221(184), 224(201), 225(210), 342(80)-(81), 358(156), 365(186)-(187), 388(67), 390(75), 390(79), 391(89), 417(198)
- J. Conlisk "Why Bounded Rationality" XXXIV *J. Econ. Literature* (1996) 669 40(66)
- K.S. Coplan "Note: Rethinking Selective Enforcement in the First Amendment Context" 84 *Colum. L. Rev.* (1984) 144 103(14), 105(25), 109(41), 115(67), 119(91), 120(94), 120(95), 177(370), 301(194)

D

- G. Dürig "An Introduction to the Basic Law of the Federal Republic of Germany" *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Ulrich Karpen ed., Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1988) 11 317(272)

E

- F.H. Easterbrook "Criminal Procedure as a Market System" 12 *J. Legal Stud.* (1983) 289 39(62), 110(43), 227(219)-(221)
- I. Ehrlich "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement" 1 *J. Legal Stud.* (1972) 259 43(82), 43(83)
- I. Ehrlich "The Economic Approach to Crime – A Preliminary Assessment" *Readings in the Economics of Law and Regulation* (A.I. Ogus, C.G. Veljanovski eds., Clarendon, Oxford, 1984) 297 46(98), 47(101), 47(102), 47(103)
- T. Einat "How Effective is Criminal Fine Enforcement in the Israeli Justice System?" 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 322 207(118)

מפתח מאמרים

- N. Elkin-Koren, E.M. Salzberger "The Effects of Cyberspace on the Economic Theory of the State" *Law and the State* (A. Marciano, J.M. Josselin eds., 2005) 217(167)
- C.P. Erlinder, D.C. Thomas "Prohibiting Prosecutorial Vindictiveness While Protecting Prosecutorial Discretion: Toward a Principled Resolution of a Due Process Dilemma" 76 *J. Crim. L. & Criminology* (1985) 341 301(192)
- F*
- R.H. Fallon "'The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse" 97 *Col. L. Rev.* (1997) 1 53(133)
- R.C. Farrell "Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term through *Romer v. Evan*" 32 *Ind. L. Rev.* (1999) 357 114(63)
- K.L. Folster "Just Cheap Butts, or an Equal Protection Violation? New York's Failure to Tax Reservation Sales to Non-Indians" 62 *Alb. L. Rev.* (1998) 697 36(42), 102(10), 117(81), 118(84)
- M. Fordham, T. de la Mare "Identifying the Principle of Proportionality" *Understanding Human Rights Principles* (J. Jowell, J. Cooper eds., 2001) 28 246(302)
- J.C. Freeman "England" *Major Criminal Justice Systems* (G.F. Cole, S.J. Frankowski, H.G. Gertz eds., 2<sup>nd</sup> ed., Sage Publications, 1987) 48 79(274), 79(275), 80(276)
- L.L. Fuller, W.R. Perdue "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 *Yale L.J.* (1936) 52 187(18), 442(116)
- G*
- R. Gavison "Custom in the Enforcement of the Law: The Power of the Attorney-General to Stay Criminal Proceedings" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 333 29(1), 184(8), 190(37), 374(7)
- D.J. Givelber "The Application of Equal Protection Principles to Selective Enforcement of the Criminal Law" *U. Ill. L. F.* (1973) 88 59(168), 62(177), 113(62), 115(71), 117(80), 121(97), 161(292), 170(338), 176(364), 184(7), 192(43), 204(108), 210(134), 210(137), 214(151), 229(229), 230(232), 302(200), 376(15), 384(51), 390(80)
- C.M. Glantz "Supreme Court Review: 'Could' this be the End of Fourth Amendment Protections for Motorists?" 87 *J. Crim. L. & Criminology* (1997) 864 131(147), 133(157), 133(161), 134(164)
- A.S. Goldstein "The Public Prosecutor, The Court and the Public Interest: Some Reflections on the Role of the Attorney General in Israel and the United States" 3 *Pilim* (1992) 1 288(131), 302(97), 303(205), 305(215), 322(300)
- H*
- J.F. Handler "Discretion in Social Welfare: The Uneasy Position in the Rule of Law" 92 *Yale L.J.* (1980) 1270 57(151)
- A. Harel, U. Segal "Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime" 1 *Am. L. & Econ. Rev.* (1999) 276 45(93)

אכיפה סלקטיבית

- E. Harnon "The Impact of Basic Law: Human Dignity and Liberty on the Law of Criminal Procedure and Evidence" 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 678 167(317)
- D. Harris "Flying While Arab: Lessons from the Racial Profiling Controversy" *Civil Rights Journal* (Winter 2002) 8  
(<http://www.usccr.gov/pubs/crj/wint2002/wint02.pdf>) 135(175)
- K. Hawkins "Law as Last Resort" *A Reader on Regulation* (R. Baldwin, C. Scott, C. Hood eds., Oxford, 1998) 288 85(312), 85(313), 85(314), 436(89)
- S. Hecker "Race and Pretextual Traffic Stops: An Expanded Role for Civilian Review Board" 28 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* (1997) 551 133(161)
- L.R. Helfer "Lesbian and Gay Rights: Strategies for a United Europe" 32 *Va. J. Int'l L.* (1991) 157 220(180)
- B.E. Hernandez-Truyol "Symposium: Deportation, National Security, and Aliens' Rights After *Reno v. AADC*: Nativism, Terrorism, and Human Rights – The Global Wrongs of *Reno v. AADC*" 31 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* (2000) 521 130(144)
- J. Herrmann "The Federal Republic of Germany" *Major Criminal Justice Systems* (G.F. Cole, S.J. Frankowski, H.G. Gertz eds., 2<sup>nd</sup> ed., Sage Publications, 1987) 106 88(330), 88(332), 88(334), 89(338), 89(339), 89(340), 90(343), 90(345), 91(348), 91(350),
- J. Herrmann "The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany" 41 *U. Chi. L. Rev.* (1974) 468 87(329), 88(330), 88(337), 89(340), 90(344), 93(360), 93(361), 94(365), 95(368), 316(268)
- C. Hilson "Discretion to Prosecute and Judicial Review" *Crim. L. Rev.* (1993) 739 307(227), 308(232), 311(243), 312(247)
- J*
- C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler "A Behavioral Approach to Law and Economics" 50 *Stanford L. Rev.* (1998) 1471 46(98)
- J. Jowell "Courts and the Administration in Britain: Standards, Principles and Rights" 22 *Isr. L. Rev.* (1988) 409 256(336)
- J. Jowell "The Rule of Law Today" *The Changing Constitution* (J. Jowell, D. Oliver eds., 5<sup>th</sup> ed. 2004) 5 54(140)
- K*
- D. Kahneman, A. Tversky "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk" 47 *Econometrica* (1979) 263 40(66)
- M. Kremnitzer "Constitutionalization of Substantive Criminal Law: A Realistic View" 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 720 155(266)
- S.H. Krieger "Defense Access to Evidence of Discriminatory Prosecution" *U. Ill. L. F.* (1974) 648 375(14)
- L*
- C.L. Lawrence "The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism" 39 *Stan. L. Rev.* (1987) 317 115(68)

מפתח מאמרים

- A.D. Leipold "Objective Tests and Subjective Bias: Some Problems of Discriminatory Intent in the Criminal Law" 73 *Chi.-Kent L. Rev.* (1998) 559 385(54)-(56)
- R.H. Lenhardt "Understanding the Mark: Race, Stigma and Equality in Context" 79 *NYU L. Rev.* (2004) 803 115(68)
- J.K. Levit "Pretextual Traffic Stops: *United States v. Whren* and the Death of *Terry v. Ohio*" 28 *Loy. U. Chi. L.J.* (1996) 145 133(158)

M

- C. MacKinnon "Sex Equality: Difference and Dominance" *Feminist Frameworks* (3<sup>rd</sup> ed., A.M. Jaggar, P.S. Rothenberg eds., McGraw-Hill, Inc., 1993) 182 177(373)
- T. Maclin "Race and the Fourth Amendment" 51 *Vand. L. Rev.* (1998) 333 133(160)
- A. Maoz "Constitutional Law" *The Law of Israel: General Surveys* (I. Zamir, S. Colombo eds., University of Haifa, 1995) 5 53(134), 54(137), 54(142), 55(144)
- D.A. Martin "On Counterintuitive Consequences and Choosing the Right Control Group: A Defense of *Reno v. AADC*" 14 *Geo. Immigr. L.J.* (2000) 363 130(141)-(142)
- R.H. McAdams "Race and the Selective Prosecution: Discovering the Pitfalls of *Armstrong*" 73 *Chi.-Kent L. Rev.* (1998) 605 375(14), 383(47), 384(50), 385(54)
- R.G. McCloskey "The Supreme Court 1961 Term" 76 *Harv. L. Rev.* (1962) 54 115(70), 388(70)
- W.F. McDonald "The Prosecutor Domain" *The Prosecutor* (W.F. McDonald ed., Sage Publications, California, 1979) 15 296(168)
- M. Michael "United States v. *Armstrong*: Selective Prosecution – A Futile Defense and its Arduous Standard of Discovery" 47 *Catholic U. L. Rev.* (1998) 675 375(13)
- K.A. Miles "Shielding Agency Deliberations from FIOA Disclosure" 57 *George Washington L. Rev.* (1989) 1326 395(115)-(117)
- J. Miles "Standing under the Human Rights Act 1998: Theories of Rights Enforcement & The Nature of the Public Law Adjudication" 59 *Cambridge L.J.* (2000) 133 158(279)
- M.Y. Miyamoto "The First Amendment After *Reno v. AADC*: A Different Bill of Rights for Aliens" 35 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties L. Rev.* (2000) 183 130(143)

N

- G.L. Neuman "Symposium: Deportation, National Security, and Aliens' Rights After *Reno v. AADC*: Introductory Comment" 31 *Colum. Human Rights L. Rev.* (2000) 473 126(126)
- G.L. Neuman "Terrorism, Selective Deportation and the First Amendment after *Reno v. AADC*" 14 *Geo. Immigr. L.J.* (2000) 313 128(135), 129(136)-(138)
- Note "Constitutional Law – Equal Protection of the Laws – Defendant Permitted to Prove Discriminatory Enforcement of Statute that is Generally Enforced" 78 *Har. L. Rev.* (1965) 884 171(343)
- Note "Constitutional Law: Intentional Discriminatory Enforcement of Criminal Statute held to Violate the Fifth Amendment" 55 *Minn. L. Rev.* (1971) 1234 104(22)

אכיפה סלקטיבית

- Note "Judicial Control of Systematic Inadequacies in Federal Administrative Enforcement" 88 *Yale L. J.* (1978) 407 29(4)  
 Note "Prosecutor Discretion" 103 *U. Pa. L. Rev.* (1955) 1057 77(262), 78(264), 302(199)  
 Note "The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court" 109 *U. Pa. L. Rev.* (1960) 67 185(9)

P

- A.M. Polinski, S. Shavell "The Economic Theory of Public Enforcement of Law" 38 *Journal of Economic Literature* (2000) 45 46(96), 46(100), 47(101)  
 R.A. Posner "An Economic Approach to the Law of Evidence" 51 *Stan. L. Rev.* (1999) 1477 386(57), 142(404)  
 R.A. Posner "The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman" *Overview and Economic Analysis of Property and Criminal Law* (J.B. Wahl ed., Garland Publishing, 1998) 149 44(87), 44(89), 46(98)  
 R.A. Posner "Utilitarianism, Economics and Legal Theory" 8 *J. Legal Stud.* (1979) 103 44(86)  
 A.B. Poulin "Prosecutorial Discretion and Selective Prosecution: Enforcing Prosecution after *U.S. v. Armstrong*" 34 *Am. Crim. L. Rev.* (1997) 1071 49(169), 61(173), 62(178), 76(253), 106(29), 120(92), 192(42), 206(115), 210(134), 212(145), 213(148), 219(173), 230(234), 302(198), 377(23), 382(41), 383(47), 384(49), 390(81), 392(96), 392(98), 393(100), 416(193), 417(197), 424(24), 434(79), 440(103)  
 A.J. Pulliam "Note: Developing a Meaningful Fourth Amendment Approach to Automobile Investigatory Stops" 47 *Vand. L. Rev.* (1994) 477 131(147), 133(156), 133(161)

R

- F. Raday "Socio-Dynamic Equality: The Contribution of the Adversarial Process" *The Constitutional Bases of Political and Social Change in the United States* (S. Slonim ed., New York, 1990) 141 114(64)  
 C.A. Reich "The New Property" 73 *Yale L.J.* (1964) 733 203(101)-(102)  
 T. Rushola "Law, Sexual Morality, and Gender Equality in Qing and Communist China" 103 *Yale L.J.* (1994) 2531 31(19)

S

- E.M. Salzberger "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary?" 13 *Int'l Rev. L. & Econ.* (1993) 349 207(124)  
 E.M. Salzberger "The Independence of the Judiciary: An Economic Analysis of Law Perspective" *Judicial Integrity* (Andr s Saj  ed., 2004) 69 217(167)  
 F. Schauer "Precedent" 39 *Stan. L. Rev.* (1978) 571 442(118)

מפתח מאמרים

- C.J. Schifferle "After *Whren v. United States*: Applying the Equal Protection Clause to Racially Discriminatory Enforcement of the Law" 2 *Mich. L. & Policy Rev.* (1997) 159 133(159)
- R.G. Schott "The Role of Race in Law Enforcement" *Law Enforcement Bulletin* (FBI Publications; November 2001) 24 135(174)
- B. Schwartz "American Administrative Law – A Synoptic Survey" 4 *Isr. L. Rev.* (1979) 413 55(146), 215(154)
- K. Sessar "Prosecutorial Discretion in Germany" *The Prosecutor* (W.F. McDonald ed., Sage Publications, California, 1979) 255 87(329), 88(330), 89(339), 89(340), 89(341), 90(343), 90(345), 91(350), 93(359), 94(362), 94(364), 95(367), 95(369), 316(267)-(268)
- S. Shavell "The Optimal Structure of Law Enforcement" *A Reader on Regulation* (R. Baldwin, C. Scott, C. Hood eds., Oxford, 1998) 307 59(165)
- S. Shetreet "Custom in Public Law" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 450 31(18), 32(22), 327(9)
- J.A. Sigler "The Prosecutor: A Comparative Functional Analysis" *The Prosecutor* (W.F. McDonald ed., Sage Publications, California, 1979) 53 72(232), 76(252), 76(254), 77(263), 79(272), 80(281), 85(309), 87(329), 90(345), 95(370), 295(166)
- P. Slovic, B. Fischhoff, S. Lichtenstein "Facts versus Fear: Understanding Perceived Risk" *Judgment under Uncertainty* (D. Kahneman, P. Slovic, A. Tversky eds., 1982) 463 40(66)
- J.R. Spencer "English Criminal Procedure and the Human Rights Act 1998" 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 664 158(279)
- R.B. Stewart "The Reformation of American Administrative Law" 88 *Harv. L. Rev.* (1975) 1667 50(117), 55(146), 56(146), 233(244), 234(256), 239(276), 356(143), 423(13)
- J. Stone "Equal Protection and the Search for Justice" 22 *Ari. L. Rev.* (1980) 4 177(371)
- C.R. Sunstein, D. Kahneman, D. Schkade, I. Ritov "Predictably Incoherent Judgments" 54 *Stan. L. Rev.* (2002) 1153 424(25)
- T*
- M. Tamir "Public Law as a Whole and Normative Duality: Reclaiming Administrative Insights in Enforcement Review" 12 *Tex. J. Civ. Liberties & Civ. Rts.* (2006) 43 134(166), 135(169)
- J.E. Tinsley "Discriminatory Enforcement of Criminal Law" 13 *Am. Jur. POF 2d* (1977) 609 342(82), 343(86), 365(185), 365(187), 387(66)
- T. Trollinger "The Juvenile Curfew: Unconstitutional Imprisonment" 4 *William & Marry Bill of Rights Journal* (1996) 949 38(56)
- M. Trooper "The Development of the Notion of Separation of Powers" 26 *Isr. L. Rev.* (1992) 1 208(125), 209(131)
- U*
- H.R. Uviller "The Virtuous Prosecutor in Quest of an Ethical Standard: Guidance from the A.B.A." 71 *Mich. L. Rev.* (1973) 1145 46(251)

אכיפה סלקטיבית

W

- J. Waldron "The Rule of Law as a Theater of Debate" *Dworkin and His Critics*  
(Justine Burley ed., 2004) 319 53(133)
- N.D. Wells "Prosecution as an Administrative System: Some Fairness Concerns"  
*27 Capital U. L. Rev.* (1999) 841 375(14)
- P. Western "The Empty Idea of Equality" *95 Harv. L. Rev.* (1982) 537 219(176)
- J.S. Wright "Beyond Discretionary Justice" *81 Yale L.J.* (1971-1972) 575 55(146), 420(1)
- T. Würtenberger "Equality" *The Constitution of the Federal Republic  
of Germany* (Ulrich Karpen ed., Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges,  
1988) 67 319(284), 320(289)-(290)

Z

- I. Zamir "Administrative Law" *The Law of Israel: General Surveys* (I. Zamir,  
S. Colombo eds., Faculty of Law – University of Haifa, 1995) 51 160(285)
- I. Zamir "Unreasonableness, Balance of Interests and Proportionality"  
*Public Law in Israel* (I. Zamir, A. Zysblat eds., 1996) 327 244(297)
- P.H. Zoubek, R. Susswein "Symposium Article: On the Roll Road to Reform:  
One State's Efforts to Put the Brakes on Racial Profiling" *3 Rutgers  
Race & L. Rev.* (2001) 223 131(149)

## מפתח עניינים

(ההפניה היא לעמוד ולהערות השוליים (בסוגריים))

א

207, 88, 62.....	(השיטה ה)אדברסרית
(204)369.....	אוסטרליה
,134, 96, (219)69, 68, 66, (141)54, 49, 25.....	איזון
,236-234, 229, 218, 210, 202, 179, 159-158, 156-155	
,332-331, 329, 294-292, 290, 287, 285, 267, 260-259, 244, 242	
443, 435, 432, 416, 414, 412-410, 407, 396, 384, 362, 351, 346-345	
,232-230, 210.....	אינטרס ציבורי (ראו גם פלילי – העמדה לדין – אינטרס ציבורי)
(172)409, 307-306, 260-259, 235-234	
318, 88.....	(השיטה ה)אינקויזיטורית

אכיפה

,122, 118, 104, 97, 76, 74, 58, 36, 33-30, 21.....	אי-אכיפה
, (138)210, (129)209, 200, 186, 184, 177, 172, (306)164	
, (165)295, 293, 291-290, 286, 275-274, 256, 249-248, 240, 225	
444, (9)422, 390-389, 363, (115)348, 339, (13)327, 324, 320	
228, 181-180, 172-171, 169, 136, 35.....	אקראית
138-136.....	בחוסר תום לב
37.....	בכפייה
446, 439-436, 420-419.....	בלתי פורמלית
448, 323, 311, 158, 146, 25, 24.....	חלקית לגיטימית
440, 429, 247-246, 180, 169, 167, (61)39.....	יזומה
228, 181-180, 171-169, (218)145, 35.....	מדגמית
, 74-73, 68, (177)62, (173)61, 42, 33, 31, 29, 27, 21.....	מדיניות
, 161, 153, 139-138, 122, 113, 111, 109, 104, 95, 84, 79	
, 190-188, 186-184, 181-180, 178, 176, 173-172, 169, 163	
, 252, 250, 247, 243, 232-231, 228-227, 213, 209, (104)203	
, 327-325, 311-310, 304, 295, 293, 287, 275-274, 265, 259-257	
446-445, 442, 434, 424, 422, 420, 416, 409, 399, 396, 377, 350	



## אכיפה סלקטיבית

מנהגי (ראו אכיפה – מדיניות)

מלאה ..... 421, 226, 172-171, (218)145, 139, 96-95, 42, 41, 36, 35, 24, 19  
 מטרותיה (ראו גם הרתעה) ..... 46-45, 42  
 סלקטיבית פסולה ..... ,122, 118, 113, 99, 97-95, 56, 35, 25, 24, 22, 21  
 ,178, 174, 170, 164, 159-158, 153-152, 150, 146, 144  
 ,311, 280, 254-253, 248, 245, 239, 203, 183, 181-180  
 ,399, 372, 361, 359, 354, 349, 338-337, 333, 323, 316  
 449, 438, 434, 424, 415, 401

כעילה מובחנת (ראו עילה מובחנת בדבר אכיפה סלקטיבית)

על בסיס תלונה ..... 247-246, 180, 169, 167, (61)39  
 פסיבית ..... 113-109  
 פרופיל גזעי ב ..... (112)441, 135-133, 131  
 רשויות ה ..... ,109-106, 104, 100-99, 96, 85, 81, 78, 63, 61, 33, 26, 24, 20  
 ,164-161, 153-152, 143, 135, 123, 121-119, 117, 113-112  
 ,191-190, 188-187, 185-184, 181-180, 178, 176, 173, 170-167  
 ,228-227, 225, 215-214, 212-210, 206-205, (90)201, 198, 196  
 ,290, 286, 283, 281-280, 276, 263, 260, 254, 249, 243, 231-230  
 ,406, 388, 384, 376, 366, 359, 354, 342, 332, 321, 308, 305, 296  
 449, 446, 440, 438, 434-433, 428-426, 424, 422, 419, 417

תחליפית ..... 292

אמון הציבור במערכת המשפט ..... ,255, 231-230, 207-205, 203, 187, (363)176  
 449, 446, 439-438, 425, 351, 324, 294, 283-282, (42)271, 261-259

אנגליה ..... ,(333)88, 87-78, (104)47, (92)45, 41, 26-24, 20, (2)19  
 ,273, 263, 235, 179-178, 176, 158, 155-154, 138  
 437-436, (64)432, 367-365, 343, 323-322, 320, 317-304

אפליה ..... ,108, 106-100, 97, 86, 84, 81, 61-60, 51, 34-33, 26-25, 21  
 ,151-148, 140-139, 130, 128, 124, 122-121, 119, 115, 111  
 ,195-194, 191, 183, 180-179, 173, 162, 158, 156, 154-153  
 ,255-254, 252-251, 247-246, 232, 221-219, 206, 198-197  
 ,317-316, 311, 300, 296, 290, 286, 282, 280-278, 276, 260  
 ,371, 365-364, 362, 354-351, 340-339, 336, 333-332, 329  
 450-449, 446, 432, (194)416, 408, 401-400, (124)398, 388, 376

אינדוידואלית ..... 416-415, 389, 195, 193, 103

דה יורה ..... 115

דה פקטו ..... 185, 115, 95

לטובת אחר ..... 251, 249-247, 223-222, 30

מפתח מאמרים

מכוונת (ראו גם ארצות הברית – דרישת המניע; מניע פסול; עילה מובחנת בדבר אכיפה  
סלקטיבית – שלילת דרישת המניע) ..... 171, 150, 142, 132, 103  
450, 392-390, 375, 372, 333, 325, 323, 301, 286, 280, 181, 177  
עקיפה ..... 181, 176  
קבוצתית ..... 178-177, 166-165, 159, 133, 115, 108, 104-103, 81  
417, 415, 390-389, 385, 357, 355, 343, 311, 232, 195, 193-192, 180  
ארצות-הברית ..... (56)38, (47)37, (31)34, (6)30, (4)29, 27-24, 22-19  
, 146, 138-99, 94, 88, 84, 78-72, (151)56, 55, (81)43, 41  
, 189-188, 185, 180-179, 172-170, 166, 163, 160-158, 155-153  
, (240)231, 229, 227, 224, 220, (155)216, 215, 213-212, 203, 197  
, 323-322, 320-319, 317, 303, 300-295, 263, (288)242, (278)239  
, 404, 401, 397-373, 366-365, (146)357, 355-354, 343-342, 325  
446, 441, 437, 435-434, (64)432, (199)417, 416-415, (147)405  
דרישת המניע ..... 155, 153, 151, 135, 124, (106)123, 121-102, 26, 25, 21  
412, 389-385, 382-381, 377-376, 359, 323, 301, 263, 179, 166

ב

ביקורת שיפוטית ..... 117, 114-113, 100, 72, 69, (204)66, (173)61, 27, 25  
, 196-194, 185, 179, (302)163, 159, 128-127, 120-119  
, 238, 236, 233-232, 228-226, 221, 216-215, 213, 210  
, 296, 289-288, 281, 277, 265, 255-254, 245-244, 242  
, 350, 345-344, 320-318, 316, 309, 306-305, 302-300  
429, 427-426, 419, 401, 368, 366, 361-360  
בעילת אכיפה סלקטיבית (ראו גם: עילה מובחנת בדבר אכיפה סלקטיבית) ..... 23, 21-20  
, 211-210, 207, 183, 153, 143, 126, 100-99, 97, 27-25  
, 293, 287, 278, 263, 260-258, 255, 232, 231-228, 214  
384, 372-371, 369, 325-323, 320, 302-301  
היקפה ..... 305, 295, 286-285, 283, 281-279, 276-273, 269, 237, 229, 215, 20  
עילת ..... 322, 320, 280, 276, 261, 252-251, 164, 162, 130, 128, 97, 25, 22  
על רשויות האכיפה ..... 227, 214, 212-211, 143, 117, 113, 96, 57, 27-26, 20  
, 314, 311, 309-307, 303-300, 298-297, 289, 281, 232  
446, (98)438, 422, 366, 351, 323-322, 317-316  
קפידה ..... 355, 195, 159, 118-117, 115-114  
בריטניה ..... (91)437, (316)86, (174)61  
אנגליה (ראו אנגליה)  
ווילס ..... 79, (104)47, (92)45

אכיפה סלקטיבית

ג

גרמניה..... 429 ,419 ,323-316 ,263 ,(168)218 ,185 ,99 ,96-87 ,58 ,26 ,24 ,(2)19

ד

דמוקרטיה ..... ,218 ,209-208 ,205-204 ,202 ,193 ,(271)156 ,55-54  
451 ,429 ,407 ,(140)404 ,278 ,261 ,235 ,233-232

ה

הגינות..... ,162 ,158 ,151-150 ,148-146 ,101-100 ,96 ,92 ,71 ,49.....  
,(177)220 ,210 ,195 ,193-191 ,189 ,187 ,178 ,(359)175  
,304 ,(160)294 ,292 ,279 ,260-259 ,(354)258 ,256 ,229  
,408 ,(156)406 ,371 ,(115)348 ,333-331 ,312 ,310-309  
447 ,432 ,430 ,424 ,420

דיונית..... 345 ,255 ,239 ,162.....

הגבלים עסקיים..... (6)421 ,413 ,(207)370 ,332 ,173 ,(339)170 ,(304)163

הסתמכות ..... ,295 ,293-292 ,290-289 ,261 ,259-258 ,187-186.....  
445-442 ,(104)346 ,345 ,(75)340

הפרדת הרשויות..... ,(303)246 ,232 ,217 ,214-211 ,209 ,180 ,159 ,57.....  
366 ,323 ,318-317 ,303-302 ,300-298 ,288 ,286 ,268 ,259

הרתעה ..... ,(221)228 ,227 ,206 ,192 ,109 ,90 ,68 ,59 ,47 ,45-42 ,23 .....  
409 ,396 ,362 ,(159)359 ,(29)331 ,322 ,310

השתק ..... 350 ,322 ,295-289 ,258

ו

ודאות משפטית..... ,347-346 ,261 ,254-252 ,232 ,187 ,45.....  
447 ,(117)442 ,(46)428 ,426

ז

זכות הציבור לדעת ..... 436-435 ,426 ,416 ,414

מפתח מאמרים

(ה)זכות להגנה שווה בפני החוק (ראו גם: שוויון – בפני החוק).....103, 101-100  
154, 132, 113, 109

(ה)זכות להליך הוגן.....75, 100, 109, 146(226), 148(234), 150(247),  
166, 180, 185, 189, 210, 223, 226, 229-228  
231-232, 258(352), 259, 301(192), 314-315, 340  
371, 381, 396, 405(147), 413-414, 416, 431, 432(64), 436

(ה)זכות לפרטיות.....133, 407

זכויות המיעוט.....55

זכויות הנאשם.....92, 146, 231, 298

זכויות פוליטיות.....202

זכויות כלכליות.....202

זכות הקניין.....199, 201-203, 358

כזכות יחסית.....202

מוניטין.....201-202, 259, 335, 363

ה

חוק ניטרלי.....29, 95, 99, 115, 117, 120, 263

חוקה.....22(15), 26, 75, 100, 102, 108, 111, 113, 116, 119,  
126, 128, 130, 132, 134, 146(226), 154, 208, 215-216,  
220, 263, 298, 318, 323, 381, 432(64)

חופש הביטוי.....23, 113-108, 119(88), 120, 126, 128-130, 155(265),  
156, 157(271), 212, 219, 229, 246, 357, 358(150),  
378(25), 392(99), 451, 461, 490

חופש ההתאגדות.....108, 130, 219

חופש המידע.....394-396, 407-409, 411, 414-416, 426, 435(84)

סייגים לגילוי.....395-397, 409-410, 412-414, 436

חופש העיסוק.....199-200, 219

תחרות.....198-201, 203, 259, 294, 336, 339, 350(122), 358, 438

חופש התנועה.....219

חיפוש.....131-133, 135, 270

חירות.....71, 75, 77, 100, 128, 167, 208, 302

אכיפה סלקטיבית

ט

טובת הציבור ..... 47(102), 76, 204, 215, 266, 290, 348, 365, 443

י

(ה) יועץ המשפטי לממשלה ..... 66-67, 69-70, 79, 86, 148(235), 152(255),

163(304), 175(362), 190, 250, 264-283, 285-289, 297-298,

303-306, 322, 325, 351, 367, 393, 409(168), 410-411, 425, 440,

יעילות ..... 44-46, 49, 86, 92, 96, 199, 207, 211(138), 212, 218, 227, 229,

233, 243(290), 260, 304, 334, 415, 423-424, 432, 435(82)

יציבות ..... 105, 442(177), 445

כ

כבוד האדם ..... 157, 160, 166-167, 180, 194, 200(85), 231(242), 232, 361(168)

כללי הצדק הטבעי ..... 239, 345, 349, 431

הנמקה ..... 28, 75, 419, 422, 431-429

זכות שימוע ..... 28, 345, 368, 370(206), 419, 422, 432-434

מ

מבחן אובייקטיבי ..... 82, 135, 154, 236, 241, 242(286), 374-373

מטרת החוק ..... 56, 57(152), 61, 107, 114, 116-118, 120, 122, 133,

136, 140, 153, 160, 163-169, 175-176, 179-181,

185(12), 210, 214, 228, 232, 239, 260, 280, 287,

320-323, 330, 359, 398, 411, 419, 421-422, 446,

מטרה זרה ..... 51, 60, 140, 142, 161-162, 238, 321, 345, 398-399

מידתיות ..... 20, 25, 26, 50-51, 76(250), 84, 97, 99, 147, 153, 159,

162-163, 165(310), 166, 176-177, 179-180, 183,

200, 232, 241(282), 244-246, 253(328), 255-256, 260,

286, 317, 321, 323, 354, 374, 405, 414, 416, 424, 437-438, 446, 450,

מניע פסול (ראו גם: אפליה – מכוונת; ארצות הברית – דרישת המניע) ..... 21, 33, 104,

119, 138, 140, 146, 150-151, 153, 159, 311, 359(159), 400(131), 450

מפתח מאמרים

מעצר..... 334 ,270 ,136-134 ,96 ,74 ,64.....

עילה מסתברת ..... 134-132 ,73 .....

מקצועיות ..... (32)425 ,323 ,288 ,269 ,265 ,260 ,215-214 ,212 ,198 ,56 .....

מקריות..... 311 ,253 ,228 ,181 ,172-171 ,139 ,(39)35 .....

משאבים..... 427 ,260 ,200 ,(238)74 ,73 ,50 ,46-45.....

מחסור ב ..... ,110-109 ,96 ,85 ,75 ,61 ,56 ,49 ,(73)42 ,41 ,39-36 ,23 ,19 .....

..... ,228-227 ,(115)206 ,181-180 ,170 ,168 ,(218)145 ,125 ,122-120

..... 436 ,419 ,396 ,353 ,311-310 ,235 ,230

הקצאתם..... ,(205)141 ,129 ,96 ,61-59 ,49 ,47 ,44 ,38-36 .....

..... ,199 ,180 ,178 ,171 ,168-167 ,(306)164

..... (82)435 ,(9)422 ,(191)415 ,227 ,218 ,(156)216

חלוקה מחדש של..... 217 .....

משפט אנגלו אמריקני..... ,209 ,151 ,99 ,96 ,92 ,90 ,87 ,58 ,49 ,24 ,20 .....

..... 371 ,344 ,342 ,321 ,317-316 ,(7)265 ,263 ,224 ,(168)218

משפט קונטיננטלי..... (168)218 ,96 ,87 ,83 ,24 .....

משטרה..... ,74-72 ,69 ,64-61 ,57 ,49 ,47 ,44 ,(73)42 ,38-37 .....

..... ,139 ,135-131 ,125 ,122-121 ,116 ,107 ,96-94 ,90-87 ,81-78

..... ,(129)209 ,197 ,186 ,173-172 ,166-164 ,161 ,(287)160 ,152

..... ,308-307 ,305-304 ,296 ,276 ,266-265 ,253-252 ,239 ,220 ,214

..... 440 ,435-434 ,426 ,420 ,413 ,410 ,405 ,359 ,334 ,331 ,327 ,322

נ

ניגוד עניינים..... 303 ,(278)239 ,193 ,162 ,78 .....

ניקיון כפיים ..... 343 ,260 ,226-224 ,219 .....

ס

סבירות..... ,(235)148 ,116-113 ,97 ,68 ,66 ,51-50 ,26 ,25 ,20 .....

..... ,181-179 ,174 ,171 ,168 ,166 ,163-162 ,159 ,153-152

..... ,238-235 ,233-232 ,(242)231 ,197-196 ,194-193 ,190 ,183

..... ,283-278 ,(81)277 ,276 ,261-260 ,256-255 ,253-252 ,245 ,241

..... ,367 ,354 ,345 ,323 ,320 ,312 ,307 ,302 ,293-292 ,287-285

..... 451-450 ,446 ,424 ,416 ,410 ,407 ,402 ,374 ,(205)369

אכיפה סלקטיבית

דיונית..... 345 ,243-242

מהותית..... 251 ,244-242

מתחם..... (127)288 ,285 ,283 ,(100)281 ,66

סיווג פסול ..... 159 ,153 ,141 ,138 ,118 ,115 ,112-111 ,107-104 ,21

161-166 ,168 ,179-180 ,239 ,253 ,330 ,342 ,354 ,375 ,383

סין..... (19)31

סמכות..... ,82 ,77 ,66-65 ,60 ,57-56 ,50-48 ,37 ,29 ,26 ,20-19

85-86 ,92 ,94 ,106 ,116 ,123 ,126 ,153 ,164 ,180 ,192

208 ,210 ,214-215 ,218 ,224 ,230 ,239 ,251 ,260 ,266-267

269 ,271 ,274 ,293 ,296-298 ,302 ,306 ,313 ,315

319 ,366 ,402 ,406 ,416 ,419 ,426 ,430 ,436

הפעלת ה ..... ,162-160 ,140 ,90 ,81 ,70 ,58 ,51-49 ,45 ,42 ,40-39 ,36 ,34-33

170 ,189 ,191 ,198 ,233-235 ,247 ,272 ,279 ,294 ,304 ,318

321 ,337 ,339 ,341 ,350 ,353 ,359 ,398 ,424 ,429 ,437 ,446 ,450

חובה..... 63 ,58 ,52 ,50

מ..... 367 ,349 ,347 ,(104)346 ,345 ,321 ,290 ,255 ,238 ,236-234 ,232 ,147

טבועה..... (131)400 ,312 ,151

ייחודית..... 302 ,(141)211 ,79

מעין שיפוטית..... 323 ,268

מקבילה..... (208)370

מקורה..... 318 ,265 ,233 ,160

רשות..... 249 ,224 ,63 ,58 ,53-52 ,50

שימוש לרעה ב ..... 421 ,317-316 ,296 ,286 ,221 ,24

סעד ..... ,207 ,(115)206 ,202 ,179-178 ,159-158 ,138 ,131-128 ,64 ,23 ,22 ,21

223-226 ,238 ,251 ,259-260 ,283 ,325 ,335-337 ,342-343

348-351 ,354-364 ,370-372 ,398(124) ,400(130) ,419 ,446

בטלות יחסית..... 372 ,(212)371 ,368 ,350-344 ,325

ע

עילה מובחנת בדבר אכיפה סלקטיבית (ראו גם ביקורת שיפוטית –

בעילת אכיפה סלקטיבית)..... ,138 ,136 ,99 ,97 ,26-25 ,(24)24 ,22-20

153 ,159 ,165 ,179 ,229-231 ,239 ,254 ,258 ,263 ,311

323 ,325 ,343 ,366 ,373 ,376 ,415 ,419 ,446 ,448

הצורך בדיון מובחן .. 448-446 ,261 ,252-251 ,248-247 ,233-232 ,183 ,100 ,26-24 ,21-20

## מפתח מאמרים

446 ,183 ,97 ,21 .....	כינויה בשם
325 ,183 ,136 .....	כעילה עצמאית
325 ,261 ,253 ,233 ,183 ,179 ,97 ,26 ,20.....	כעילה נגזרת
446-445 ,373-325 ,238 ,210 ,207 ,183 ,27-26 ,24.....	נפקות הוכחה
,146-144 ,21 .....	שלילת דרישת המניע(ראו גם ארצות-הברית – דרישת המניע)
399 ,374 ,280 ,179 ,177 ,168 ,159-158 ,154-153 ,151-150	
,214 ,208-207 ,179 ,158 ,149 ,131-121 ,100 ,25 ,23 .....	תחולתה בהליך הפלילי
,342 ,332 ,329 ,326-325 ,260 ,258 ,256 ,220-219	
393 ,377 ,372-369 ,367-365 ,361 ,354 ,349-347	
135 ,133-131 ,96.....	<b>עיכוב</b>
(112)441 ,133 ,131 .....	באמתלה אחרת
132-131 .....	חשד סביר
,276 ,274 ,269-267 ,265-264 ,218 ,94 ,87 ,82 .....	<b>עצמאות</b>
322 ,317 ,306 ,304 ,288 ,285	
(117)442 ,429 ,425-424 ,310 ,304 ,240 ,181 ,172 ,143 ,83-82 .....	<b>עקביות</b>
91 ,83 .....	עקרון ההזדמנות
,290 ,(311)248 ,209 ,183 ,159 ,93-92 ,90 ,83 ,30.....	עקרון החוקיות
428 ,(9)422 ,419 ,(192)415 ,327 ,319-318	
185-184 .....	עקרון הבהירות
<b>פ</b>	
358 ,(122)350 ,294 ,201 ,199-197 .....	<b>פגיעה כלכלית</b>
426 ,416 ,(190)414 ,409 ,277 ,232 ,203 .....	<b>פומביות</b>
<b>פלילי</b>	
,85 ,83 ,81-79 ,76-74 ,72-69 ,67-66 ,48 ,34 ,29 ,23 ,19 .....	<b>אישום</b>
,148-147 ,143 ,141 ,138-136 ,(159)133 ,123 ,111-110 ,93 ,87	
,269 ,267-265 ,227 ,223 ,219 ,214 ,211 ,191 ,159 ,152-151	
,330 ,325-324 ,312 ,310 ,299-298 ,287 ,282 ,276 ,274 ,271	
,396 ,381 ,378-377 ,369 ,366 ,354 ,350 ,342 ,338 ,334-333	
451 ,448-447 ,445 ,434-430 ,407	
,151-150 ,148 ,146 ,72 ,(26)27 ,26 ,(23)24 ,(17)22.....	<b>ביטולו</b>
,333-332 ,325 ,316-315 ,263 ,259-258 ,223 ,207 ,159-158 ,155	
450-449 ,447 ,433 ,394-393 ,382 ,379 ,369 ,364 ,356 ,350 ,342	
334 ,327-326 ,257-256 ,183 .....	<b>דין מהותי</b>



אכיפה סלקטיבית

הגנות ..... 317 ,258-257.....

הגנה מן הצדק.....24(24), 69, 152-146, 159-158, 208(123), 214(152),  
 ,367, (168)361, 333-332, 295-294, (125)287, 259-258  
 450-447, 406, (133)401, (130)400, 369

הליך.....46, 58, (169)59, 62-61, 72, 74, 76, 79, 87(329), 90, 125-124, 127, 149,  
 ,227-226, 214-213, 211, 207, 205, 178, 175, (255)152, 151  
 431, 415, 381, 369, 354, 342, 336, 315, 309, (125)287

טענה מקדמית ב.....365-366, (194)367, 371, 393, 448-447  
 שימוש לרעה ב.....138, 293, 312-316, 323, 343, 369  
 העמדה לדין (ראו גם שיקול דעת – בהעמדה לדין).....59-60, 62-63, 65-72, 74-87,  
 ,149, 146, 138, 136, 128, 121, 112, 109-107, 105, 95-89  
 ,227, 224, 220-219, 207, 189, 176, 173-172, 163, 161, 151  
 ,379, (206)370, 330, 283, 272-269, 266-265, (354)258, 249  
 450, 448, 436, 433-432, 394, 391, 387

אינטרס ציבורי .....60, 63, 65-66, 82-83, 91, 93, 96, 160, 214, 266-267, 272,  
 425, (180)412, 361, 305-304, (127)288, (118)285, 279-278  
 (180)412, 316, 305, 301, 267, 265, 96, 93-92, 89, 82, 66-65.....

דיות הראיות .....46, 57, 69, 88, 90, 95, 119, 183-184, 204, 210, 220, 247, 264, 266, 299, 372, 421  
 חוק...46, 57, 69, 88, 90, 95, 119, 183-184, 204, 210, 220, 247, 264, 266, 299, 372, 421

חקירה .....63-64, 72, 74, 78-80, 87-90, 95-96, 132, 152, 161, 164, 270, 276, 393  
 סנקציה .....46, 59, 93, 128, 165(310), 192, 198, 203(104),  
 ,382, 358, 327-325, 245, (152)214, 207-206, 204

חומרת העונש .....46, 84, 327-330, 335

סבירות הטלתו .....46

עיכוב הליכים .....77, 85, 94, 271-273, 305, 312-314, 325, 351

עקרונות המשפט ה.....230, 232, 260

קובלנה .....65, 74, 78

תביעה.....65-66, 70, 74-75, 78-80, 84-85, 87-89, 91-92, 94-96,  
 ,160-159, (255)152, 151, (159)133, 128, 123, 115, 102  
 ,275-274, 272, 269, 266, (234)230, 226, 213-212, 206, 165  
 406, 391, 327, 317-316, 306-304, 302, 299, 295

מדיניות ה.....407, 391-390, 451

מעמדה.....77-78, 86-87, 94-95

צ

צדק.....56, 146-151, 158, 173, 175, 177, 187, 190-193, 195, 197,  
 ,334-332, 318, 289, 282, 267, 259, 257, 251, 231  
 450-449, 447, 423, 419, 371, 354, 351-350, 348

מפתח מאמרים

ציפיות הציבור ..... 443 ,310 ,259 ,254 ,192-191 ,187-186 ,184

ציות לחוק ..... 407 ,(25)378 ,351 ,294 ,259 ,206 ,204 ,(48)111 ,37

צרפת ..... (168)218

ק

קנדה ..... (31)34

קשיי הוכחה ..... ,241 ,(148)213 ,135 ,122 ,119-118 ,115 ,100 ,27

242(286) ,377 ,375-373 ,385-382 ,390 ,398 ,401-400 ,404 ,415 ,450

זכות עיון ..... 432 ,411-410 ,406-403 ,384 ,382-377 ,375 ,(8)265 ,27

נגישות למידע ..... 426 ,417 ,403 ,383-382 ,377-376 ,374-373 ,27

נטל ההוכחה ..... 402 ,399 ,394-393 ,377 ,375 ,229 ,177 ,105 ,27 ,22-21

העברתו ..... ,397 ,394-393 ,385-384 ,375-374 ,177 ,23

398(124) ,430 ,425 ,422 ,417-415 ,403-400

רמת ההוכחה ..... 415 ,403-402 ,394-393 ,385 ,382-379 ,377-376 ,22

ר

ראיות

ישירות ..... 393

לכאורה ..... 415 ,403-402 ,399 ,381 ,379 ,377-376

סטטיסטיות ..... 390-386

רטרואקטיביות ..... 442 ,345 ,293 ,259 ,232 ,204 ,190-187 ,152

הסדר בנייים ..... 190-88

רשומות (שמירה) ..... 435-434 ,419 ,28

רשלנות ..... 341 ,(352)258 ,181 ,174-173 ,150

ש

שוויון ..... ,86 ,82 ,76 ,72-71 ,56 ,54 ,39 ,35 ,(31)34 ,30 ,29 ,25 ,20

95 ,104-100 ,109 ,116-112 ,121-118 ,126 ,137 ,128

139 ,142 ,153-152 ,157 ,160-159 ,162 ,163(302) ,173

179 ,202 ,205 ,210 ,219 ,224 ,226 ,229-228 ,241 ,231

246 ,248-246 ,255 ,261-260 ,282-280 ,286 ,321-319 ,323

329 ,340 ,349 ,(129)353 ,354 ,356 ,372 ,398 ,400

402 ,406 ,408 ,416-414 ,419 ,421 ,423-425 ,436 ,438 ,448 ,451

אכיפה סלקטיבית

בענישה ..... (26)188 , (32)34

בפני החוק ..... ,276 ,259 ,251 ,225 ,203 ,197-190 , (258)153 ,107 ,104 ,93 ,90 ,81

426 ,414 , (122)350 ,319 ,294 ,286 , (92)278 , (90)278

הזדמנויות ..... 199

חוקתי ..... 388 ,376 ,355 ,196-193

כזכות יחסית ..... 220 ,179 ,160 ,158-155 ,25

כזכות עצמאית ..... 357-356 ,246 ,223 ,221-219 ,155

מהותי ..... 432 ,417 ,364 ,181 ,177-174 ,153 ,84

מינהלי ..... 196-193

פורמלי ..... 270 , (373)177 ,175

קבוצת ..... 197-196

שיהוי ..... (151)292

**שיקול דעת**

בהעמדה לדין ..... ,265 ,210-209 ,107 ,77-74 ,72 ,70 ,68-65 ,63 ,60-58

,299-298 ,296-295 ,286 ,282 ,279-278 ,275 ,272

437-436 ,421 ,410 ,407 ,308 ,304 ,302

מינהלי ..... ,52-49 ,42 , (62)39 , (44)36 ,34-33 ,29 ,27 ,25-24 ,20-19

,117-115 ,108-106 ,102 ,99 ,97-93 ,91-86 ,81-72 ,64-54

,166 ,163-160 ,153 , (152)152 ,134-133 ,130-127 ,122 ,119

,207-206 ,195-194 ,191-190 ,185 ,181-179 ,173 ,168

,251-248 ,246 ,238 ,235-234 ,232 ,228-227 ,225-222 ,215-213

,281-278 ,276 ,274-273 ,271-269 ,266 ,263 ,261-260 ,255-253

,342 ,323-322 ,320 ,318 ,316 ,307-306 ,302 ,300 ,298 ,296 ,292 ,286-285

450 ,446-445 ,439-438 ,429 ,423-422 ,419 ,411 ,409 ,395 ,369 ,353 ,345

435 ,429 , (36)426 ,425 ,422-419 ,396 ,317 ,28 ..... הבנייתו

,173 ,123 ,121 ,96 ,92-91 ,88 ,81 ,62 ,50 ..... שימוש לרעה ב

422 ,321-320 ,314 ,304 ,302 ,215

448 ,416 ,372 ,368 ,351 ,346 ,329 ,312 ,278 ,226-225 ,210 ..... שיפוטי

,106-105 ,97 ,61-60 ,51-50 ,35-33 ,27-25 ,21-20 ..... שיקולים זרים

,159-158 ,153 ,151 , (247)150 ,146-145 ,143-140 ,133

,183 ,181-179 ,172-170 ,168 ,166 , (310)165 ,163-161

,260 ,255-250 ,247 ,242-239 ,232 ,197-194 ,190 ,185

,354 ,337 ,330 ,322-321 ,286 ,280-278 , (83)277 ,276

451-449 ,446 ,424-423 ,416 ,398 ,382 , (5)374 ,373 ,359

,322 ,278 ,243 ,241 ,222 ,196-195 ,173 ,158 ,146 ..... שיקולים עניינים

443 ,428 ,426 ,398 ,337 ,330

מפתח מאמרים

,168 ,160 ,(235)148 ,139 ,116 ,71 ,56-53 ,27 ,20.....שלטון החוק  
,232-231 ,225 ,222 ,210 ,206 ,204-203 ,190 ,187 ,185  
,314 ,307 ,294-293 ,286 ,(90)278 ,266 ,260-259 ,250-249  
449 ,(9)448 ,446 ,438 ,422 ,419 ,415 ,403-402 ,351-350 ,348 ,346 ,323  
,330 ,292 ,233 ,180 ,160 ,121-120 ,116 ,35 ,27 ,23.....חוקיות המינהל  
,393 ,390-389 ,377-375 ,357-356 ,338-337  
431 ,425 ,422 ,402 ,399-398 ,(124)397  
435 ,1426-427 ,416 ,412 ,410 ,396 ,82 .....שקיפות  
,113 ,107-106 ,104 ,(16)103 ,97 ,90 ,56 ,54 ,51-50 ,(39)35 ,25 ,21 .....שרירות  
,153 ,151-150 ,145-139 ,136 ,134-133 ,130 ,128 ,122  
,185 ,183 ,181-179 ,173-168 ,166 ,163-162 ,159-158  
,(268)236 ,232 ,228 ,(146)213 ,(104)203 ,198 ,193 ,190  
,(100)281 ,280 ,278 ,276 ,261-260 ,255 ,253-252 ,247 ,243  
,388 ,375-373 ,354 ,341 ,333 ,330-329 ,323 ,319 ,311 ,286  
450 ,446 ,(60)431 ,429 ,425-424 ,416 ,407 ,398-399

ת

99 ,21-19.....תופעה חברתית  
,(100)281 ,280-278 ,276-273 ,263 ,162 ,138-136 ,105 .....תום לב  
,359 ,346 ,(88)343 ,323 ,321 ,311-310 ,293-292 ,286  
449 ,392-390 ,(3)373 ,372 ,366 ,363  
(272)237 ,(63)39.....תורת המשפט  
288 ,268 ,216 ,96 ,49-43.....התאוריה הכלכלית למשפט  
44 ,42 .....תועלתנות  
תכלית החוק (ראו מטרת החוק)  
133 ,131 .....תפיסה  
410 ,350 ,294-292.....תקנת הציבור  
,327-325 ,286 ,258 ,153 ,(190)138 ,27 ,23 .....תקיפה ישירה  
403 ,372-366 ,350 ,346 ,337-336  
,286 ,258 ,256 ,226 ,153 ,(190)138 ,27 ,23.....תקיפה עקיפה  
372-367 ,350 ,346 ,325-326