

# אכיפה בררנית: מן הזכות לסעד

פרופ' דפנה ברק-ארז<sup>1</sup>

המובאים לדין כתוצאה מהגשת תלונה נגדם על-ידי השכנים<sup>2</sup>. מנגד, השופט חשין סבר באותו עניין כי מדיניות האכיפה של המשטרה צריכה להשפיע למצער על העונש שנגזר על מי שהורשע בניסיון כאלה<sup>3</sup>. פסק דינו היה הראשון שחידד במישרין את השאלה שעניינה השפעת אופייה הבררני של האכיפה על תוצאות ההליך הפלילי<sup>4</sup>. אולם, אף הוא הגביל עצמו להשלכתה של האכיפה הבררנית על העונש, להבדיל מאשר על האפשרות של הרשעה, ומכל מקום היה, בניסיון העניין, דעת המיעוט. בעיקרו של דבר, ההכרה בטענה של אכיפה בררנית מבוססת בין היתר על ההכרה בכך שהתכליות אשר אותן משרתת אכיפת הדין נגרעות במידה ניכרת במקרים של אכיפה בררנית. במלים אחרות, האפשרות לקבל סעד שעניינו ביטול האישום או הקלה בענישה במקרים מסוג זה עשויה לשרת לא רק את השוויון ואת הצדק במקרה הפרטי, אלא גם את האינטרס הציבורי בהגנה על שלטון החוק בטווח הארוך. למעשה, המחלוקת בשאלת הסעד הראוי במקרה של אכיפה בררנית היא אך דוגמה אחת מני רבות להתלבטות בשאלה מהו הסעד הראוי במקרה שבו מופרת הזכות לשוויון. שאלה כללית זו נדונה בהרחבה על ידי השופט (כתוארו אז) ברק בפסק דינו בעניין **חוקה למדינת ישראל**<sup>5</sup>, שבו הוא הבחין בין שלושה מצבים: מצב שבו נשללה מאדם הזכות לקבל דבר מה המובטח לו על-פי דין ועל-כן הוא זכאי לקבל סעד חיובי (היינו לתבוע את קבלת הדבר עצמו); מצב שבו לא ניתן לאדם דבר שניתן לאחר, אך זאת שלא כדין, ועל-כן הוא זכאי לקבל סעד שלילי בלבד (היינו לתבוע את שלילת הזכות מן האחר, ותו-לא); ומצב שבו יש לרשות שיקול דעת ביחס להענקת הדבר, והיא מחליטה להעניקו לאחד אך לא לאחר למרות שאין ביניהם שוני רלוונטי (כך שהרשות נתבעת להחליט אם היא מעוניינת להעניק את טובת ההנאה באופן שוויוני או להפסיק לתתה)<sup>6</sup>. עניין **חוקה למדינת ישראל**, שלא עסק כלל בתחום האכיפה הפלילית, מדגים את העובדה שגם מחוץ להקשר הפלילי הזכות לקבל סעד חיובי, היינו קבלת הטבה או פטור, במצבים של אי-שוויון אינה מובטחת. הזכות לסעד לתיקון ההפליה קיימת - אך לאו דווקא על ידי קבלת הסעד המועדף על ידי המופלה.

**א. מבוא: הזכות לשוויון בין סעדים שליליים לסעדים חיוביים**  
הזכות לשוויון נחשבה, מאז ומתמיד, לאחת מזכויות היסוד במשפט הישראלי, וכעת מוכרת אף כזכות חוקתית המוגנת במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>7</sup>. מזכות זו נגזר - באופן ישיר - האיסור להפלות שחל על כל רשויות השלטון, ובכלל זה רשויות האכיפה. האיסור להפלות הוא חשוב לא רק ביחס להקצאת משאבים ציבוריים, אלא גם ביחס לאופן שבו מופעל כוח שלטוני. מובן וברור, כי במישור העקרוני, אכיפה של נורמות משפטיות בכלל, ושל נורמות מתחום המשפט הפלילי בפרט אינה יכולה להיעשות באופן לא שוויוני. אם כן, כיצד ניתן להסביר את השאלות שמעוררת ההכרה בטענה של אכיפה בררנית כטענת הגנה במשפט פלילי? חרף התמיהה בהצגת הדברים, דומה שהתשובה ברורה אף היא: הגם שאין מחלוקת על מעמדה של הזכות לשוויון, השאלה שחוזרת ומתעוררת בהקשרים שונים שבהם הונח בסיס לפגיעה בזכות היא מהו הסעד הראוי בגין הפרתה. במקרה של אכיפה לא-שוויונית אין מחלוקת על כך שניתן לדרוש להגביר את האכיפה כך שתחול גם על מי שהחוק לא נאכף כלפיהם (ובכפוף להסתייגות הכללית הנוגעת לסדרי עדיפויות באכיפה)<sup>8</sup>. המחלוקת נסבה על השאלה האם קיומה של אכיפה לא שוויונית מהווה לא רק טעם להגברת האכיפה כנגד מי שהנורמה לא נאכפה כלפיו, אלא גם טעם להקלה עם מי שהפר את הנורמה, או אף להימנעות מאכיפתה עליו<sup>9</sup>.

מתן פטור לאדם שלכאורה עבר על החוק רק בשל כך שאחרים במצבו לא נדרשו לתת את הדין על הפרה דומה אינו מובן מאליו משום שיש בכך תיקון של עוול בעוול אחר, או אף מצב שבו החוטא יוצא נשכר (בשל חטא אחר מצידה של הרשות), זהו הרקע להתנגדות המסורתית לרעיון של הקלה עם עברייני אך בשל כך שאחרים במעמדו "זכו מן ההפקר". ביטוי לגישה זו ניתן, למשל, בפסק דינו של המשנה לנשיא אלון בעניין **תורגמן**<sup>10</sup> שבו הוא התנגד להקלה עם מי שהורשעה בסרסרות לזנות ובהחזקת מקום לשם זנות אך בשל האכיפה החסרה של עבירות אלה, שהצטמצמה למצבים שבהם העבירות גרמו מטרד לשכנים. לדברי המשנה לנשיא אלון: "אין באוזלת ידיים זו מטעם המשטרה... כדי להקל עם העבריינים

1 שופטת בית המשפט העליון. אני מודה לאלמוג גילאור, אסף ינר, עומר נצר ושירית עבדיאן על הערותיהם.  
2 ראו: דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** ב' 673-678 (2010).

3 ניתן להוסיף, כי במקרים פחות שכיחים, מי שהופעלו נגדו סמכויות אכיפה עשו למצוא עניין גם בסעד של אכיפה כלפי אחרים. אלה עשויים להיות פני הדברים במצבים של תחרות עסקית שבהם אכיפה גם נגד המתחרה מאזנת את הנחיתות התחרותית שיוצרת האכיפה. ראו לדוגמה בג"ץ 53/96 **תשלובת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד (נב) 1 (1998). במקרה זה, העותרות היו חברות ישראליות העוסקות בתחום הריצוף, שטענו כי בדיקות תקן נערכות לגבי סחורה שהן מייצרות ומייבאות אך לא לגבי מוצרים המיובאות לארץ מאזור רצועת עזה. מהיבטן, האכיפה הבררנית יצרה מצב של תחרות בלתי הוגנת. בית המשפט הורה על קבלת העתירה במתכונת של אכיפת בדיקות התקן גם על התוצרת מאזור רצועת עזה.

4 השיקולים הנוגעים להכרה באכיפה בררנית נדונו ביתר הרחבה במחקר החלוצי של מיכל טמיר שהיה הראשון לעסוק בכך בהרחבה במשפט הישראלי. ראו: מיכל טמיר **אכיפה** (עבודת דוקטורט, אוניברסיטה העברית, 2004); מיכל טמיר **אכיפה סלקטיבית** (2008).

5 ע"פ 3520/91 **תורגמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד (מוז) 441 (1993) (להלן: עניין **תורגמן**).

6 **שם**, בעמ' 448.

7 **שם**, בעמ' 455.

8 זאת, למרות שחובתה הכללית של התביעה לנהוג בשוויון הוכרה עוד קודם לכן. ראו בג"ץ 935/89 **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד (מד) 512, 485 (1990).

9 בג"ץ 637/89 **חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר**, פ"ד (מוז) 191 (1991) (להלן: עניין **חוקה למדינת ישראל**).

10 **שם**, בעמ' 202-207.

המשך הדברים מוקדש להתפתחות ההכרה בטענת האכיפה הבררנית בהליכים פליליים - לפחות במקרים מובהקים - כבסיס להענקת סעד לנאשם (על דרך ביטול האישום, בין בהתייחס לכתב האישום בכללותו ובין בהתייחס לאישומים ספציפיים בלבד, או לפחות על דרך הקלה בעונש). לאחר מבוא קצר זה (המשמש כפרק א), הרשימה כוללת שני חלקים עיקריים. חלקה הראשון (הכולל את פרקים ב ו-ג) בוחן בקצרה את התפתחותה של טענת האכיפה הבררנית בפסיקה - פרק ב מציג את ההכרה התקדימית בטענה של אכיפה בררנית בפסיקה בג"ץ, ואילו פרק ג סוקר את הטמעתה של טענת האכיפה הבררנית בהליך הפלילי עצמו - תוך הצגת התנאים הבסיסיים שבהם צריכה לעמוד טענה של אכיפה בררנית. חלקה השני של הרשימה (הכולל את פרקים ד ו-ה) דן בהתפתחויות חדשות יותר הנוגעות להיבטים הדייוניים של העלאת הטענה. במסגרת זו, פרק ד עוסק בהיבטים הנוגעים להנחת התשתית העובדתית הנדרשת לביסוסה של טענת אכיפה בררנית, ואילו פרק ה מתייחס להשלכותיה (המגובלות) של הטענה בתחום דיני מעצרים. לבסוף, פרק ו, החותם את הרשימה, מציג הערכת מצב לגבי מעמדה של טענת האכיפה הבררנית במשפט הישראלי.

## ב. אכיפה בררנית: מן ההליך המינהלי להליך הפלילי

ראשיתה של ההכרה המפורשת בטענת האכיפה הבררנית במשפט הישראלי הייתה, כידוע, בעניין **זקין**<sup>11</sup> שבו נדונה עתירה לבג"ץ נגד אכיפתו של חוק עזר עירוני בנושא של תליית מודעות דווקא כלפי מי שתלתה מודעות כנגד ראש העירייה, ולא כלפי אחרים. זאת, לאחר שבעבר הסתייגה הפסיקה מן האפשרות שיצא חוטה נשכר בשל טענה מסוג זה.<sup>12</sup> בפסק דינו העירוני בעניין **זקין** הכיר השופט זמיר בטענת האכיפה הבררנית, היינו באפשרות לקבל סעד נגד הרשות גם במקרים שבהם היא אכפה את הדין, משימה שלה היא לכאורה מחויבת. השופט זמיר הבחין בין אכיפה חלקית (על בסיס של סדרי עדיפויות)<sup>13</sup> לבין אכיפה בררנית שהוגדרה על-ידו 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 מתוך שרירות גרידא".<sup>14</sup> בניסיונות העניין, שאלת האכיפה הבררנית התבררה כאמור בפני בג"ץ, ולכן כל שנתר לבית המשפט לעשות בניסיונות המקרה היה להצהיר על כך שהסרת המודעות שתלתה העותרת היתה פסולה ולפסוק הוצאות לחובת העירייה.

חשיבותו של עניין **זקין** היא כאמור בכך שלראשונה התאפשרה בו כניסתה של טענת האכיפה הבררנית ל"היכלו" של המשפט הישראלי ב"דרך המלך", וזאת ביחס למקרה שבו מבחינה פורמאלית נעברה עבירה (בניסיונות העניין, על הוראותיו של חוק עזר עירוני). עם זאת, פסק הדין נותר נטוע בתחומי המשפט הציבורי המסורתי. ראשית, טענת האכיפה הבררנית הועלתה בו כטענת שוויון בגדרה של עתירה לבג"ץ. שנית, לא למותר לשים לב שאף העבירה שנדונה שם - על חוק עזר עירוני - נמצאת בשוליים של המשפט הפלילי "הקלאסי".

צעד תקדימי זה שימש בהמשך הדרך בסיס להכרה בטענה של אכיפה בררנית אף בגדרו של ההליך הפלילי עצמו ובנוגע לעבירות פליליות מסורתיות - במסגרת הטענה של "הגנה מן הצדק".<sup>15</sup> פסק הדין התקדימי הראשון שעסק בהעלאתה של טענת אכיפה בררנית במתכונתה של הגנה מן הצדק ניתן בעניין **בורוביץ**.<sup>16</sup> במקרה זה, פסק הדין נסב על כתיב אישום שהוגשו בגין עבירות של עשיית הסדר כובל בענף הביטוח. הנאשמים עוררו, בין השאר, טענה של אכיפה בררנית שהתייחסה להשוואה לעניינם של חברות ביטוח אחרות ונושאי משרה אחרים. בית המשפט העליון הכיר באפשרות להעלות טענה של אכיפה בררנית כהגנה במשפט פלילי, אך התווה רף גבוה לקבלתה:<sup>17</sup>

"החלטת בית-המשפט לבטל כתב-אישום מטעמי הגנה מן הצדק מותנית בכך שהחלטה 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 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 בררנית פסולה תיגזר מנסיבות מיוחדות אחרות, ולא דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים".<sup>18</sup>

כיום, העלאת טענה של אכיפה בררנית בהקשרים פליליים לא רק יכולה להיעשות בהליך הפלילי עצמו, אלא למעשה אמורה להיעשות במסגרתו. במלים אחרות, כפי שנפסק בעניין **ניר עם כהן**,<sup>19</sup> עתירה לבג"ץ לפיה כתב אישום שהוגש נגד העותר נגוע באכיפה בררנית אמורה להידחות על בסיס העיקרון של סעד חלופי.<sup>20</sup>

11 בג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע**, פ"ד נגד (3) 289 (1999) (להלן: עניין **זקין**).

12 עניין **תורגמן**, לעיל הערה 5, והטקסט להערות 4-6.

13 עניין **זקין**, לעיל הערה 11, בעמ' 304.

14 שם, בעמ' 305.

15 כידוע, הטענה של הגנה מן הצדק הוכרה בפסיקה (ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נגד (2) 221 (1996)), ובהמשך לכך בחקיקה (סעיף 101א49) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 (להלן: **חוק סדר הדין הפלילי**). חשוב להבהיר כי עניין **יפת** שבו הוכרה הטענה של הגנה מן הצדק לא עסק עדיין ביישומה במצבים של אכיפה בררנית, אלא התייחס באופן כללי ל"מבחן ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות", היינו התנהגות שערווייתית, שיש בה משום רדיה, דיכוי והתעמרות בנאשם". שם, בעמ' 171. להרחבה, ראו ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** 414-388 (מהדורה שנייה, 2009).

16 ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט (6) 776 (2005) (להלן: עניין **בורוביץ**).

17 למעשה, עוד בעניין **זקין**, לעיל הערה 11, העריך השופט זמיר כי מקרה שבו תצליח טענה כזו יהיה "מקרה נדיר". שם, בעמ' 307.

18 עניין **בורוביץ**, לעיל הערה 16, בעמ' 814.

19 בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל/משרד התעשייה המסחר והתעסוקה** (6.2.2006).

20 ראו עוד בג"ץ 7177/06 **אמיקוף בע"מ נ' מדינת ישראל** (20.9.2006); בג"ץ 9269/06 **בניזרי נ' מדינת ישראל** (12.2.2007); בג"ץ 2654/08 **ז'ורבין נ' היועץ המשפטי לממשלה**

## ג. אכיפה בררנית: תנאים ומגבלות

כיצד נבחנת טענה של אכיפה בררנית? כפי שהובהר כבר בעניין זקין, אכיפה בררנית אינה אכיפה חלקית המבוססת על סדרי עדיפויות.<sup>21</sup> כמו כן, היא אינה מצב שבו הרשות מחליטה להתחיל באכיפה של נורמות שבעבר לא נאכפו.<sup>22</sup> אם כן, ככלל, אכיפה בררנית מתקיימת כאשר מקרים דומים זוכים ליחס אכיפתי שונה - באותה תקופת זמן - וללא הצדקה. לעומת זאת, הובהר כבר בתחילת דרכה של הפסיקה כי קבלת הטענה אינה מחייבת הוכחת "מניע דדוני" או "שיקולים פסולים".<sup>23</sup> כמו בהקשרים אחרים במשפט הישראלי המבחן לקיומה של הפליה הוא תוצאתי, ולא קשור בשאלת מצבו הנפשי של מקבל ההחלטה.<sup>24</sup>

דוגמה להתלבטות בשאלה האם ההבחנות שעליהן מיוסדת מדיניות האכיפה הן ראיות ניתן להביא מעניין מוחתסב.<sup>25</sup> במקרה זה, נסבה הטענה של אכיפה בררנית על המדיניות בנושא של הגשת כתבי אישום בגין הסעת שוהים בלתי חוקיים, כפי שזו באה לידי ביטוי בהנחיית פרקליט המדינה. ההנחיה קבעה כי לא יוגשו כתבי אישום בגין עבירה בודדת כאמור שנעברה ללא נסיבות מחמירות, אך תחולתה הוגבלה לעבירות שבוצעו מתאריך מסוים ואילך (יום כניסתו לתוקף של תיקון חקיקה שהחמיר בענישתם של מסייעים "מקצועיים"). כך, עבירה בודדת שבוצעה בטרם התאריך הקובע יכולה הייתה להוביל להגשת כתב אישום גם בהעדר נסיבות מחמירות, כפי שאמנם אירע בפועל. בנסיבות אלה, השאלה שהתעוררה הייתה האם ההנחיה שתחולתה המיטיבה הוגבלה בזמן יצרה אכיפה בררנית, המצדיקה הענקת סעד לנאשם. השופטים רובינשטיין ועמית השיבו על השאלה בשלילה. אף אני סברתי כי אין מקום לקבוע כי ההנחיה קובעת מדיניות שאינה סבירה. עם זאת, עמדתי הייתה שראוי היה לשקול את עידוניה של הוראת המעבר שבה, ומכל מקום, לתת מענה חלקי לבעיה הכרוכה בהבחנה החדה שבהנחיה באמצעות יישום

גמיש שלה (ובכלל זה שקילת האפשרות של אי-העמדה לדין במקרים המצדיקים זאת, גם בשים לב לסמיכות הזמנים בין מועד ביצוע העבירה למועד הקובע לפי ההנחיה).

שלבי הבחינה של טענת אכיפה בררנית הותוו בעניין **כהן סלכגי**.<sup>26</sup> במקרה זה שבו נסב כתב האישום על פעילות עבריינית של פרסום והפצה של תרופות מזויפות, הטענה נסבה על השוואה לגורמים אחרים שלכאורה קיימו פעילות דומה אך לא הועמדו לדין. בפסק דיני בעניין זה הבחנתי בין שלוש שאלות, או שלושה שלבים, בתהליך הבחינה של טענת אכיפה בררנית:

**"השאלה הראשונה** היא מהי קבוצת השוויון שעמה נמנה מי שמעלה את טענת האכיפה הבררנית. בנסיבות העניין, יש לבחון בהקשר זה האם המערערים הם חלק מקבוצת השוויון של העיתונים מצד אחד או של משרדי פרסום אחרים מצד אחר. **השאלה השנייה** היא - באותם מקרים שבהם אכן הרשויות לא אוכפות או לא אוכפות באותה מידה כלפי כל מי שנמנה עם אותה קבוצת שוויון - כיצד יש לאבחן מצבים של אכיפה בררנית פסולה ממצבים רגילים ולגיטימיים של אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות. **השאלה השלישית** היא מהו הנטל הראייתי המוטל על מי שמעלה טענה של אכיפה בררנית - באופן כללי, ובמשפט פלילי בפרט".<sup>27</sup>

יש להדגיש, כי כפי שהוטעם בעניין **חוקה למדינת ישראל**, הכרה בקיומה של הפליה אינה מובילה לתוצאה אחת במישור הסעד. בהמשך לכך, נקבע בעניין **כהן סלכגי** כי גם במישור הפלילי, "במקרים שבהם ימצא בית המשפט שהרשויות נקטו באכיפה בררנית, יש להוסיף ולבחון, מהו **הסעד** הראוי לתיקון המצב".<sup>28</sup> כמובן, יש שוני בין ההקשר הפלילי להקשר

10.6.2008). להיקף הטענות שניתן לעורר בהליך הפלילי, ראו עוד רעון גלעד "בית המשפט הפלילי בשבתו ככב"ץ: הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים - חלק א" **הסיגור** 190, 4 (2013). ראו לציין כי לעתים טענה של אכיפה בררנית יכולה להיות רלוונטית אף בהקשרים אזרחיים. ראו למשל ע"א 810/06 **שיכון עובדים בע"מ נ' מנהל אגף המכס ומע"מ** (7.9.2008). במקרה זה, הערעור על חיוב במס בולים התקבל בחלקו בשל כך שדרישת התשלום הפנתה רק לאחד מן הצדדים לחוזה, שבינו חלה חובת התשלום. השופט פוגלמן קבע, בהסכמתם של השופטים חיות ודוציגר, כי "היעדר הנמקה קונקרטית להפניית השומה למערערת בלבד מעלה, לכאורה, את החשש לבחירה שרירותית ולא שוויונית בין נישומים (זאת מבלי להטיל דופי בתום לבו של המשיב). בנסיבות אלה, ובהיעדר כל הסבר לאופן התנהלות המשיב, פעולתו אינה יכולה לעמוד". שם, בפסקה 17. בהתאם לכך, פסק הדין הורה על השבת כל סכום העולה על מחצית סכום השומה.

**21** עניין **זקין**, לעיל הערה 11, בעמ' 304. לדברי השופט זמיר: "לעתים קרובות אין אכיפה מלאה, ומבחינה מעשית אף לא יכולה להיות אכיפה מלאה, של חוק או תקנות. אכיפה חלקית אינה בהכרח אכיפה פסולה. כך גם אכיפה מדגמית, שהיא המדינה אינה יכולה להקצות אלא משאבים מוגבלים לאכיפת החוק". ראו גם בג"ץ 1161/06 **תנועת 'אנחנו על המפה' נ' שר הבטחון** (14.10.2007) (להלן: עניין **אנחנו על המפה**). במקרה זה, נדחתה עתירה שכוונה נגד מדיניות ההריסה של מבנים שהוקמו ללא היתר, תוך הכרה בלגיטימיות של קביעת סדרי עדיפות באכיפה. השופטת פרוקצ'יה הסבירה: "הלכה מושרשת היא כי בית המשפט לא יתערב על נקלה בשיקול דעתה של הרשות המוסמכת באשר לסדרי העדיפות שהיא קובעת לעצמה באכיפת החוק. ההתערבות בסדרי העדיפות במדיניות אכיפה של רשות מוסמכת עשויה להתרחש מקום בו הוכחה התערבות מלאה או הימנעות בלתי-סבירה מאכיפת החוק, או כאשר סדרי העדיפויות שגיבשה הרשות לצורך האכיפה נגועים בפגם של אי סבירות קיצוני, או בפגם אחר הפוגם בחוקיותם". שם, בפסקה 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. **22** ראו גם ע"מ 5205/01 **פרנס נ' יושב-ראש רשות השידור**, פ"ד (נו) 21, 9 (2001). בעניין זה כתבה השופטת (כתוארה אז) ביניש: "כפי שנאמר גם בעבר, העובדה שנוהל או הוראה מחייבת בשירות המדינה אינם נאכפים במשך זמן, או שהאכיפה היא חלקית ביותר, אינה מקימה כשלעצמה זכות לעובד ואינה מונעת מן הרשות לשנות מדיניותה הפסולה ולעמוד על קיום הנוהל. ככלל, אי-אכיפה אפקטיבית אינה מקנה לעובד זכות שלא להישמע להנחיות ולכללים". שם, בעמ' 21. גם בהקשרים אחרים שבהם נטענת טענת הפליה יכולה הרשות לטעון כי היא מעוניינת לחזור בה ממדיניותה הקודמת בבחינת "עד כאן ולא יותר" ואם אמנם חזרה בה לא ניתן יהיה ליתן כנגדה צו המבוסס על השוואה למקרים שבהם טיפלה על-פי מדיניות זו. ראו עניין **חוקה למדינת ישראל**, לעיל הערה 9, בעמ' 204. עם זאת, כשם שבעניין **חוקה למדינת ישראל** התייחס השופט ברק לכך ששינוי המדיניות הקיימת עשוי להיות כרוך בתקופת מעבר, בהקשר הפלילי עשויה להתעורר השאלה של הקלה עם הנאשם על רקע שינוי חד ממדיניות האכיפה.

**23** עניין **בורויץ**, לעיל הערה 16, בעמ' 815-816.

**24** ראו באופן כללי ברק-ארז, לעיל הערה 2, בעמ' 699. לגישה זו, ראו גם מיכל טמיר "על רשלנות ועל כוונה להפלות: היבטים ייחודיים לאכיפה" **מחקרי משפט** כו 217 (2010). כמובן, יישום הדברים צריך להיעשות תוך התחשבות בהבחנה בין אכיפה חלקית לבין אכיפה בררנית, כך שסדרי עדיפויות באכיפה (המובילים בפועל לכך שהאכיפה אינה מלאה במישור התוצאתי) לא יחשבו לפסולים. השוו לעיל טקסט להערה 13.

**25** רע"פ 4562/11 **מוחתסב נ' מדינת ישראל** (7.3.2013) (להלן: עניין **מוחתסב**).

**26** ע"פ 8551/11 **כהן סלכגי נ' מדינת ישראל** (12.8.2012) (להלן: עניין **כהן סלכגי**).

**27** שם, בפסקה 14.

**28** שם, בפסקה 15.

המינהלי. בהליך הפלילי, העלאת הטענה מכוונת לקבלת סעד חיובי. עם זאת, השאלה היא איזה סעד חיובי יינתן: "יש להוסיף ולבחון האם האכיפה הבררנית מגיעה עד כדי הדרגה המקימה 'הגנה מן הצדק' או שמא, חרף הפגם, התשובה המתאימה היא במישור הענישה".<sup>29</sup> להבדיל מאשר בהליך מינהלי, מובן כי בהליך הפלילי עצמו לא יינתן סעד אופרטיבי שעניינו הענקת סעד שלילי (של הגשת כתב אישום כנגד צד שלילי).

#### ד. אכיפה בררנית: התשתית העובדתית ומקרי מבחן להשוואה

שאלה מרכזית שנמצאת ביסודו של כל דיון בטענה של אכיפה בררנית נוגעת להנחת התשתית העובדתית לה. אין להעלות טענה בדבר אכיפה בררנית בעלמא, אלא יש להניח לה תשתית הולמת בראיות.<sup>30</sup> אולם, כיצד ניתן להניח תשתית כזו, כאשר הנתונים לגבי האכיפה אינם נמצאים בידי ההגנה? לעתים, הנתונים עשויים לעלות מחומרי החקירה שמסרה התביעה לנאשם.<sup>31</sup> במקרים אחרים, הנתונים הנדרשים להוכחת הטענה עשויים להיות נלמדים ממקורות גלויים. כך למשל, המאגרים המשפטיים יכולים לשמש מקור לא אכזב לאיסוף מידע בדבר כתבי אישום שהוגשו במקרים דומים. עם זאת, מאגרים אלה לא כוללים, כמובן, את ההחלטות שהתקבלו במקרים שבהם לא הוגשו בסופו של דבר כתבי אישום. מקור גלוי אחר הוא הנחיות פרקליט המדינה (או היועץ המשפטי לממשלה) המשקפות את המדיניות בכל הנוגע להגשת כתבי אישום בעבירות מסוימות. טענה אפשרית בנוגע להנחיות אלה יכולה להיות שהן קובעות מדיניות של אכיפה בררנית. כך, בעניין **מוחתסב**,<sup>32</sup> שבו הנחיית פרקליט המדינה הייתה בפני הצדדים, המחלוקת נסבה רק על תוכנה.

בהעדרה של מדיניות גלויה שאותה ניתן לנסות ולבקש, שאלה שחוזרת ועולה היא באיזו מידה הצבעה על מקרה או מקרים שבהם נהגו רשויות התביעה בדרך שונה יכולה לשמש בסיס ראייתי לטענת אכיפה בררנית. ככלל, מתכונת הבדיקה של טענת אכיפה בררנית צריכה להיות מבוססת על כך שהנאשם יצביע על מקרים שבהם הרשות נהגה באורח שונה, על מנת להעביר אליה את הנטל להצדיק את החלטתה. עם זאת, בפועל קיימות גישות שונות באשר לגובהו של הרף שאותו יצטרך הנאשם לעבור (מהיבט התשתית הראייתית לטענת האכיפה הבררנית) כדי להעביר את הנטל בעניין זה לרשות. גישות אלו באו לידי ביטוי בדברי השופטים בעניין

**פרץ**,<sup>33</sup> שבו נטענה טענה של אכיפה בררנית על ידי קבלנים שיוחסה להם הימנעות מתואמת מהשתתפות במכרז ציבורי. הלכה למעשה, הטענה הועלתה בהשוואה למקרה אחר שבו הימנעות מתואמת מהשתתפות במכרז לא הובילה בסופו של דבר להגשת כתב אישום. השופט פוגלמן סבר כי הצבעה על מקרה בודד או מקרים בודדים שבהם הרשות נהגה אחרת מאפשרת להפריך את חזקת התקינות העומדת לכאורה לרשות, ובכך מעבירה אליה את הנטל להוכיח שהאכיפה הייתה ראויה (משום שאותם מקרים סוטים ממדיניות האכיפה הנוהגת). זאת, בשים לב ליתרון שממנו נהנית הרשות בכל הנוגע לנגישות למידע רלוונטי.<sup>34</sup> הנשיא גרוניס החזיק בדעה שונה והביע ספק "אם ראוי לקבוע כי די במקרה זהה אחד ויחיד בו פעלו הרשויות המנהליות בעבר בדרך שונה ולא הגישו כתב אישום, כדי להוביל בהכרח לביטולו של כתב אישום במקרה דומה אחר".<sup>35</sup> בהמשך לכך, הוא חיווה דעתו כי "נראה, כי על הנאשם להראות, כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המנהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו".<sup>36</sup> עמדה זו זכתה גם לתמיכתו של השופט ג'וראן. מכל מקום, בנסיבות העניין, רשויות התביעה הצליחו להצביע על דוגמאות רבות אחרות שבהן הוגשו כתבי אישום בשל פעולות תיאום הקשורות למכרז וכך ביססו את הטענה כי כתב האישום שהוגש מייצג את המדיניות הנוהגת. כתוצאה מכך, טענת האכיפה הבררנית נדחתה ללא קושי, וההכרעה בין הגישות השונות שהובעו בעניין זה התייתרה.

בהמשך לכך, דווקא לנוכח הגישה המחייבת את הנאשם להצביע על שורה של מקרים שבהם רשויות התביעה נהגו באופן שונה, שאלה מרכזית שמתעוררת היא האם יהיו מקרים שבהם יוכל נאשם לקבל מן הרשות מידע שיהיה בו כדי לבסס את טענת האכיפה הבררנית, וכן מהו ההליך המתאים לכך. במישור העקרוני, הדילמה שביסוד הדברים היא ברורה. מחד גיסא, במקרה הרגיל, המידע בכל הנוגע להעמדה לדיון (וכן לאי-העמדה לדיון) במקרים אחרים נמצא בידי המדינה, היינו בידי רשויות החקירה והתביעה, ולא בידי הנאשם. מאידך גיסא, לא ניתן להעלות על הדעת מצב שכל הליך פלילי יהיה מלווה ב"שובל" של בקשות הנוגעות לתיקי חקירה אחרים, בקשות אשר עלולות לעכב את ההליך ולהכביד עליו ללא הצדקה. למעשה, יש להבחין כאן בין שתי שאלות משנה. ראשית,

**29** **שם**, 29. בנסיבות המקרה, יישומן של אמות מידה אלה הוביל לדחיית טענת האכיפה הבררנית, אף מבלי להידרש לשאלת הסעד המתאים. ניתן להוסיף, כי למעשה, החלופות העומדות בפני בית המשפט השוקל מהו הסעד המתאים במקרה שבו הונח בסיס לטענה של אכיפה בררנית כוללות גם חלופות משנה. כך למשל, קבלת טענה של "הגנה מן הצדק" אינה חייבת להוביל לביטול כתב האישום כולו, ואפשר שתביא רק לביטול אישומים ספציפיים במסגרתו. בעניין זה, הוסבר בעניין **בורוביץ**, לעיל הערה 16, כך: "מששוכנע בית-המשפט כי ייחוסו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עלילת לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע, כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב האישום שהוגש נגדו, מצדיקה את ביטולו של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע, כי תיקון הפגיעה יוכל שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים". **שם**, בעמ' 808.

**30** ראו למשל: עניין **זקין**, לעיל הערה 11, בעמ' 307; עניין **כהן סלנגי**, לעיל הערה 26, בפסקאות 20-22.

**31** ראו למשל רע"פ 12009/04 **בן גביר נ' מדינת ישראל** (9.1.2005). במקרה זה, נדחתה טענה בדבר הגשה סלקטיבית של כתבי אישום בעקבות אירוע של התפרעות והתנכלות לערבים. השופט ביניש (כתוארה אז) נמנעה מלהתערב בקביעה העובדתית של בית המשפט המחוזי, כי הועמדו לדיון כל המעורבים בהתפרעות שזוהו בקלטת הוידאו שתייעדה את האירוע.

**32** עניין **מוחתסב**, לעיל הערה 25.

**33** ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (10.9.2013).

**34** **שם**, בפסקה 38 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

**35** **שם**, בפסקה 4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

**36** **שם**, **שם**.

**37** להלן: **חוק חופש המידע**.

עבירות הביטוי, שעמן נמנית העבירה שיוחסה לעותר, עבירות שאכיפתן מצומצמת ועל כן קיים קושי להשיג מידע רלוונטי לגביהן.<sup>41</sup> לכך ניתן עוד להוסיף, כי בשולי פסק הדין נזכרה אף השאלה הדיונית הנוגעת לבחירה בין דיון בבקשות לעיון במידע הדרוש לנאשם לצורך הוכחתה של טענת אכיפה בררנית במסגרת חוק חופש המידע לבין דיון בהן בגדרו של

ההליך הפלילי, אך היא לא נדונה לגופה.<sup>42</sup>

דרישה נוספת לגילוי של מידע הנוגע להחלטות אכיפה בתיקים אחרים מכוחו של חוק חופש המידע נבחנה בעניין **ג'ולאני**.<sup>43</sup> במקרה זה, הבקשה לעיון הוגשה ביחס להחלטות בכל הנוגע להעמדה לדיון במקרים אחרים שבהם התנהלה חקירה בחשד לביצוע העבירה החדשה של "החזקה בתנאי עבדות".<sup>44</sup> הבקשה המקורית שהגישו העותרים לפי חוק חופש המידע הייתה רחבה ביותר, והתייחסה לא רק למקרים בהם נחקר חשד להחזקה בתנאי עבדות, אלא גם, בין השאר, לחקירות בעניין כליאת שווא ובעניין תנאי תעסוקה והחזקה בלתי הולמים של עובדים זרים. על כן, בית המשפט לעניינים מינהליים דחה את העתירה שהוגשה כנגד ההחלטה לדחותה, בעיקר בשל ההכבדה שזו עלולה ליצור. בשלב הערעור בבית המשפט העליון צומצם גדרה של הבקשה למספר תיקים בודדים שבהם הוחלט שלא להעמיד לדיון חשודים אחרים בהחזקה בתנאי עבדות, והערעור התקבל בנוגע למקטע מצומצם זה של מחלוקת - ובשים לב לייחוד של העבירה ולהעדרם של תקדימים קיימים ביחס אליה. פסק הדין מבטא הסכמה ביחס להיענות לבקשה במתכונתה המצומצמת, אך הובעו בו גישות שונות באשר לבסיס הנורמטיבי לבקשה, ובמידה מסוימת גם בהתייחס למסגרת הדיונית הראויה לדיון בה. במקרה זה סברתי אני שלפחות חלק מן החומרים שהתבקשו נוצרו על ידי גורמי התביעה ואף בפרקליטות (להבדיל מאשר בידי רשויות החקירה), ולכן לא חסו תחת כנפיו של החריג שנקבע לתחולתו של חוק חופש המידע בסעיף 14(א) (9) אשר נסב על חומרי חקירה של המשטרה. בהמשך לכך קבעתי כי בנסיבות העניין - בשים לאופיו התקדימי של המקרה, מצד אחד, ולהיקף המצומצם של הגילוי שהתבקש בסופו של דבר - הקצאת המשאבים שלה תידרש הפרקליטות לצורך היענות לבקשה לא תיצור אצלה הכבדה בלתי סבירה. השופט דנציגר הצטרף לדעתי. לעומת זאת, השופט הנדל שהסכים אף הוא לתוצאה סבר כי כלל החומרים שהתבקשו נופלים בגדרו של החריג לתחולת החוק שנקבע בסעיף 14(א) (9). עם זאת, הוא גרס כי בנסיבות העניין יש להיענות לבקשה בהתאם לעקרונות שהותוו בהנחיית פרקליט המדינה בנושא. בהמשך לכך, ציין השופט הנדל כי לגישתו המסגרת הדיונית המתאימה לעיון בבקשות מסוג זה היא סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. לעומת זאת, כפי שהסברתי בפסק דיני, הגם שאף אני סבורה כי אלה עשויים להיות פני הדברים במקרים רבים, פתוחה

מהם התנאים שבהתקיימם יש מקום להיענות לבקשה הנסבה על קבלת מידע אודות העמדה לדיון (או אי-העמדה לדיון) במקרים אחרים. שנית, מהי המסגרת הדיונית המתאימה לדיון בבקשות מסוג זה. למעשה, הדיון בשתי שאלות המשנה שלוב זה בזה - משום שהמקור הנורמטיבי לעיון עשוי להשליך על המסגרת הדיונית.

בעיקרו של דבר, קיימות שלוש מסגרות נורמטיביות מרכזיות אפשריות להגשת בקשה לעיון בחומר הנוגע למדיניות האכיפה של הרשות, אשר לכל אחת מהן נלווים כללים וסייגים אחרים: חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998:<sup>37</sup> ההלכה הפסוקה בדבר זכות העיון הכללית העומדת ל"צד נוגע בדבר"<sup>38</sup> ו"גיבושה" בהקשר הפלילי בהנחיית פרקליט המדינה בדבר עיון בתיקי חקירה;<sup>39</sup> וכן חוק סדר הדין הפלילי (בעיקר סעיף 74 לחוק זה המקנה לנאשם זכות עיון בחומר חקירה, אך גם סעיף 108 לו המאפשר לבית המשפט לצוות על המצאת מסמכים הנמצאים ברשותם של עדים או אנשים אחרים).

באופן כללי, חוק חופש המידע הוא כיום המסגרת הסטטוטורית הכללית לעיון בחומרים הנמצאים בידי רשויות המינהל השונות. מטבע הדברים, נעשו ניסיונות לעשות בו שימוש גם על ידי נאשמים שביקשו לעיון בחומרים שבידי רשויות התביעה.

עניין **אליצור סגל**<sup>40</sup> מהווה דוגמה לקבלתה של דרישה לעיון בהחלטות הנוגעות להעמדה לדיון בתיקים אחרים מכוח חוק חופש המידע. העותר שפרסם מאמר אשר גינה את תפקודו של הרב הצבאי הראשי וייחס לו סיוע לעבירות חמורות הועמד לדיון בעבירה של העלבת עובד ציבור. במשפטו הוא ביקש להעלות טענה של הגנה מן הצדק לפיה הגשת כתב האישום נגדו נגועה בהפליה ונובעת משיקולים זרים. לצורך ביסוס טענתו הוא ביקש לעיון בהחלטות על העמדה לדיון ואי-העמדה לדיון בעבירות המגבילות את חופש הביטוי על יסוד הוראותיו של חוק חופש המידע. לאחר שסורבה בקשתו, הוא הגיש עתירה לפי חוק זה. בית המשפט לעניינים מינהליים קיבל את עתירתו והורה לאפשר לו עיון בהחלטות שהתקבלו במשך שבע השנים הקודמות. ערעורה של המדינה על פסק הדין התקבל רק בחלקו בבית המשפט העליון שהורה להעמיד לעיון של המבקש החלטות הנוגעות לשלוש שנים, הסדר שלו המדינה הסכימה למעשה במסגרת הפשרה שהוצעה במהלך הדיון בעתירה בבית המשפט לעניינים מינהליים. פסק דינו של בית המשפט העליון במקרה זה היה מבוסס על החשיבות הנובעת לאיזון בין זכותו של המבקש לבין החשש מפני הקצאת משאבים מופרזת לצורך כך. השופטת נאור (כתוארה אז) הבהירה בפסק דינה כי נקודת האיזון בין השיקולים עשויה להשתנות ממקרה למקרה. כמו כן, ראוי להוסיף כי החשיבות שנודעה להיענות לבקשה בנסיבות העניין הייתה קשורה גם במאפייניהן המיוחדים של

38 בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325 (1971).

39 "בקשה מצד גורמים שונים לעיון במידע המצוי בתיק חקירה" הנחיות פרקליט המדינה 14.8 (2011).

40 ע"מ 2398/08 מדינת ישראל - משרד המשפטים נ' אליצור סגל (19.6.2011).

41 כדברי השופטת (כתוארה אז) נאור: "אכן, עשויה להיות חשיבות לאופי העבירה בגינה עומד הנאשם לדיון ולמידת אכיפתה. כך למשל, כאשר המידע דרוש לנאשם לצורך טענה של הגנה מן הצדק מחמת אכיפה סלקטיבית בעבירות המתה, מין, אלימות או רכוש, שהן לצערנו עבירות נפוצות והאכיפה בהן היא נרחבת, האינטרס האישי במידע עשוי להצדיק הקצאת משאבים פחותה בהשוואה לבקשה דומה שהייתה מוגשת בעבירות שהן נדירות ואשר מדיניות האכיפה בהן היא מצומצמת או כזו שמעוררת רגישות מיוחדת". שם, בפסקה 36.

42 יצוין שהשופט גרוניס (כתוארה אז) הוסיף, בדעת יחיד, כי לשיטתו נודעת עדיפות לדיון בבקשות בגדרו של ההליך הפלילי, על מנת למנוע עיכוב של הדיון בו בשל הצורך להיזקק להליך נפרד הנוסב על בקשת העיון בחומר.

43 ע"מ 1786/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל - המשרד לביטחון פנים (20.11.2013).

בפני נאשמים גם האפשרות של הגשת בקשה, במקרים מתאימים, לפי חוק חופש המידע. שאלה זו נותרה לעת עתה בצריך עיון, מאחר שגם עניין **ג'ולאני** לא חייב הכרעה בשאלת הנתיב הדיוני המתאים להגשת בקשות לקבלת מידע לצורך הוכחת טענה של אכיפה בררנית. להשלמת התמונה, ייאמר כי דרך פעולה נוספת, העשויה לסייע למי שסובל מאכיפה בררנית, תוך עקיפת הצורך להוכיח הפליה בהשוואה למקרים אחרים, יכולה להתבסס על הטענה שאכיפה חלקית ללא קריטריונים היא פסולה כשלעצמה.<sup>45</sup> הקשר בין הסוגיות הוא ברור, מאחר שאכיפה ללא קריטריונים צפויה להיות לא שוויונית.<sup>46</sup> עם זאת, קל יותר להצביע על היעדרן של הנחיות מינהליות בנושא אכיפה, מאשר להציג נתונים שיוכיחו אכיפה בררנית, הלכה למעשה.

### ה. אכיפה בררנית: בין ההליך העיקרי להליכים נוספים

הטענה של אכיפה בררנית היא, כאמור, טענת הגנה במשפט הפלילי עצמו. בהמשך לכך, התעוררה השאלה האם זוהי טענה שיש לה מקום גם בהליכים נלווים, כדוגמת הליכי מעצר.<sup>47</sup> כפי שציניתי בהחלטתי בעניין **כנאנה**<sup>48</sup> ניתן להבחין בין שלושה מצבים שבהם טענה של אכיפה בררנית מתעוררת בהקשר של הליכי מעצר: כאשר הוגש כתב אישום כנגד כל המעורבים בפרשה אך מעצר עד תום ההליכים מתבקש כנגד כמה מהם בלבד; כאשר הוגש כתב אישום רק בהתייחס לחלק מן המעורבים; וכן כאשר טענת ההפליה מתייחסת להשוואה בין הנאשמים לבין מעורבים בפרשות אחרות דומות.<sup>49</sup> הדילמה המתעוררת ביחס להעלאתה של טענת אכיפה בררנית בהליכי מעצר נובעת ממאפייניו הייחודיים של הליך זה. החלטה על מעצר עד תום ההליכים נעשית בהליך המבוסס בעיקרו על חומר החקירה ושאינו אמור להיות מפורט כמו המשפט העיקרי. מאפייניו אלה של הליך המעצר מקשים מטבע הדברים על הערכת טענה של אכיפה בררנית, בעיקר כאשר היא נסבה על המצב השלישי שתואר לעיל, אשר לו היבטים מערכתיים החורגים מעובדותיו של התיק הנדון. עם זאת, שלילה מוחלטת של האפשרות להעלות טענה מסוג זה בהליכי מעצר מתעלמת מהשלכותיה המשמעותיות של ההחלטות המתקבלות בהם על החירות האישית, כמו גם מן העובדה שאף כיום אין מניעה להעלות טענת הפליה בין נאשמים או נאשמים פוטנציאליים באותה פרשה (מן הסוג שנופל למעשה לגדרם של המצבים הראשון והשני כפי שאלה הוגדרו לעיל).<sup>50</sup> כאיזון בין השיקולים הוצע לאפשר העלאתה של הטענה - לפחות

במקרים מובהקים המצדיקים זאת - בהליכים של "עיון חוזר". בית המשפט העליון הצביע על הקשיים הכרוכים בהעלאת טענה של הגנה מן הצדק בהחלטה על מעצר עד תום ההליכים בעניין **עטון**,<sup>51</sup> וכך נקבע גם במקרים אחרים.<sup>52</sup> עם זאת, בהמשך, צוינה האפשרות של העלאת הטענה בגדרו של הליך "עיון חוזר" בעניין **לוזון**.<sup>53</sup> כך סברתי גם אני בעניין **כנאנה**,<sup>54</sup> שבו הסברתי כי למרות שדרך המלך להעלאת טענה של אכיפה בררנית עוברת בהליך העיקרי אין לשלול לחלוטין את האפשרות של העלאתה גם קודם לכן, וכי ברגיל המסגרת המתאימה לכך תהיה במסגרת הליך של עיון חוזר בהחלטת המעצר. זאת, מאחר ש"עם חלוף הזמן מאז ההחלטה על מעצר עד תום ההליכים, ואגב התקדמות ההליך העיקרי, עשויות להצטבר בידי הנאשם ראיות שיכולות לשמש אותו כבסיס לעיון חוזר בראי הטענה של אכיפה בררנית".<sup>55</sup>

### ו. סיכום

בתוך תקופה לא ארוכה הפכה הטענה של אכיפה בררנית להיות "בת בית" במשפט הישראלי. בשלב הנוכחי, התנאים הבסיסיים שבהם צריכה לעמוד טענה של אכיפה בררנית כבר הובררו. חרף זאת, ההכרעה בטענות של אכיפה בררנית אף פעם אינה פשוטה. במישור התיאורטי, היא כורכת בחובה את הדילמות הכלליות שמעורר הדיון בטענות הפליה (באשר לשאלה האם המושוים הם דומים או שונים, בשים לב לטענות בדבר שוני רלוונטי). בהקשר זה, הדיון בטענה של אכיפה בררנית מחייב גם להקדים ולהבחין בין הפליה שרירותית לבין סדרי קדימויות באכיפה, שמובילים דה-פקטו למצב של אכיפה לא אחידה, שהיא בבחינת הכרח בל-יגונה. מן הבחינה המעשית, טענה של אכיפה בררנית מחייבת להניח לה תשתית עובדתית מתאימה. תשתית זו ניתן להניח במקרה הרגיל על בסיס חומרים גלויים - תוך העברת הנטל לתביעה במקרה שבו נסתרת חזקת התקינות (על בסיס הצבעה על מקרים אשר בהם מדיניות האכיפה הייתה לכאורה שונה). במקרים המצדיקים זאת, ניתן לקבל חומרים נוספים מן התביעה - אך זאת בשים לב לחריגים לחוק חופש המידע וכן לשיקולים מערכתיים הנוגעים לאיזון שבין ההצדקה לבקשה מהיבט התועלת הצפונה בבקשה מבחינתו של הנאשם אל מול ההכבדה הכרוכה בה. בצד קשיים אלה, להכרה בטענה של אכיפה בררנית במסגרת ההליך הפלילי יש חשיבות החורגת מגדרם של המקרים שבהם טענה זו מועלית בבית המשפט: ההכרה בה מהווה תמריץ לגיבושה של מדיניות אכיפה צודקת, בבחינת טובה מניעה מתרופה שלאחר מעשה.

44 סעיף 373א לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שהוסף בחוק זה בתיקון משנת 2006.

45 ראו רע"פ 3676/08 **זנו' נ' מדינת ישראל** (27.7.2009).

46 להשוואה, יצוין כי גם נקיטתם של אמצעי משמעת נגד עובדי ציבור שעברו עבירות כפופה לעקרון שוויון הכללי. בהקשר זה, ציינתי כי על המדינה לאמץ נוהל בכל הנוגע לבחירה בין הליך פיטורין לבין נקיטת הליכי משמעת במקרה שבו עובד מדינה עבר עבירה שיש עמה קלון. ראו: בג"ץ 1719/11 **פונדקי נ' בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב יפו** (19.11.2013).

47 שאלה זו היא, כמובן, מקרה פרטי של השאלה הרחבה יותר הנסבה על העלאת טענות ממשפחת "ההגנה מן הצדק" בהליכים נלווים.  
48 בש"פ 7148/12 **כנאנה נ' מדינת ישראל** (14.10.2012) (להלן: עניין **כנאנה**).

49 שם, בפסקאות 10-13.  
50 לדיון בטענות הפליה בהליכי מעצר בהקשרם של נאשמים באותה פרשה, ראו למשל: בש"פ 345/89 **מסיקה נ' מדינת ישראל**, פ"ד (מג2) 423 (1989); בש"פ 8623/10 **סאלם נ' מדינת ישראל** (5.12.2010).

51 בג"ץ 230/07 **עטון נ' מדינת ישראל**, בפסקה 5 (1.3.2007). פסק הדין לא נדרש לטענה של אכיפה בררנית באופן ספציפי, אלא להיבט העקרוני של העלאת טענה מ"משפחת" ההגנה מן הצדק בהליך של מעצר עד תום ההליכים.

52 ראו למשל: בש"פ 9955/07 **סטואר נ' מדינת ישראל** (18.12.2007); בש"פ 854/07 **אבו דקה נ' מדינת ישראל** (8.3.2007); בש"פ 5872/13 **מלכה נ' מדינת ישראל** (12.9.2013).

53 בש"פ 10307/07 **מדינת ישראל נ' לוזון** (2.1.2008).

54 עניין **כנאנה**, לעיל הערה 48.

55 שם, בפסקה 26. ראו גם בש"פ 3135/13 **מדינת ישראל נ' בן משה** (1.5.2013).