

אכיפה בררנית: הדוקטרינה נגד שרירותיות שסופה שרירותיות יתר?

בעקבות ע"פ 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל

אריה פטר¹

פרשת אגבריה

המערער הורשע ביום 10.4.2003 בבית המשפט המחוזי בחיפה (השופטים ג'ובראן, דר וג'רג'ורה) ברצח בכוונה תחילה. שותפו של המערער לכתב האישום, פהד חלאילה (להלן: "פהד"), הורשע בבית המשפט המחוזי בשידול לחבלה בנסיבות מחמירות ובסיוע לאחר מעשה, ולימים קיבל בית המשפט העליון, באופן חלקי, את ערעורו במובן זה שההרשעה בעברת השידול לחבלה בנסיבות מחמירות בוטלה, ההרשעה בעברת הסיוע לאחר מעשה נותרה על כנה, ועונש המאסר שנגזר עליו הופחת לשלוש שנות מאסר בפועל. שותף שלישי לרצח, מנסור (שהוא גם בנו של פהד) חתם בחודש יולי 1999 - למעלה משלוש שנים לאחר ביצוע המעשה - על הסכם עד מדינה עם הרשויות, וזאת על בסיס הצהרתו כי "איננו עבריין עיקרי בפרשה" והבטחתו כי יוביל לגופת המנוח. הוסכם בין הצדדים כי בתמורה לשיתוף הפעולה של מנסור, לא יוגש נגדו כתב אישום בתיק הרצח, וכן ייסגרו תיקים פליליים נוספים שהיו פתוחים נגדו. מנסור הודה כי הוא והמערער רצחו את המנוח, לאחר שאביו של מנסור, פהד, שידל אותם לפגוע במנוח. ברם, אף שנערכו כמה ניסיונות למציאת הגופה, בהכוונתו של מנסור, הגופה לא אותרה מעולם. בעקבות כך, ומאחר שעלה מתוך הודעתו המפורטת של מנסור כי חלקו בביצוע הרצח גדול ממה שסברו חוקרי המשטרה בתחילה, נשקלה האפשרות לבטל את הסכם עד המדינה עמו, אך בסופו של דבר הוחלט שאין לעשות כן.

רקע עובדתי

ביום 31.12.15 פרסם בית המשפט העליון את פסק דינו בפרשת אגבריה,² שבו נדחה, ברוב דעות, ערעורו של המערער, אברהים אגבריה, על הרשעתו ברצח בכוונה תחילה ועונש מאסר העולם שנגזר עליו בעקבות כך. פסק הדין ניתן ברוב דעותיהם של השופטים 'עמית וע' ברון, ובניגוד לדעתה החולקת של השופטת ד' ברק-ארז, אשר סברה כי יש לזכות את המערער מעברת הרצח ולהרשיעו בעברת הריגה מכוח "הגנה מן הצדק" המבוססת על טענת "אכיפה בררנית".

המערער הורשע ביום 10.4.2003 בבית המשפט המחוזי בחיפה (השופטים ג'ובראן, דר וג'רג'ורה) ברצח בכוונה תחילה. שותפו של המערער לכתב האישום, פהד חלאילה (להלן: "פהד"), הורשע בבית המשפט המחוזי בשידול לחבלה בנסיבות מחמירות ובסיוע לאחר מעשה, ולימים קיבל בית המשפט העליון, באופן חלקי, את ערעורו במובן זה שההרשעה בעברת השידול לחבלה בנסיבות מחמירות בוטלה, ההרשעה בעברת הסיוע לאחר מעשה נותרה על כנה, ועונש המאסר שנגזר עליו הופחת לשלוש שנות מאסר בפועל.³

שותף שלישי לרצח, מנסור (שהוא גם בנו של פהד) חתם בחודש יולי 1999 - למעלה משלוש שנים לאחר ביצוע המעשה - על הסכם עד מדינה עם הרשויות, וזאת על בסיס הצהרתו כי "איננו עבריין עיקרי בפרשה" והבטחתו כי יוביל לגופת המנוח.⁴ הוסכם בין הצדדים כי בתמורה לשיתוף הפעולה של מנסור, לא יוגש נגדו כתב אישום בתיק הרצח, וכן ייסגרו תיקים פליליים נוספים שהיו פתוחים נגדו.⁵ מנסור הודה כי הוא והמערער רצחו את המנוח, לאחר שאביו של מנסור, פהד, שידל אותם לפגוע במנוח.⁶

ברם, אף שנערכו כמה ניסיונות למציאת הגופה, בהכוונתו של מנסור, הגופה לא אותרה מעולם.⁷ בעקבות כך, ומאחר שעלה מתוך הודעתו המפורטת של מנסור כי חלקו בביצוע הרצח גדול ממה שסברו חוקרי

המשטרה בתחילה, נשקלה האפשרות לבטל את הסכם עד המדינה עמו, אך בסופו של דבר הוחלט שאין לעשות כן.⁸

השופטת ברק-ארז, בדעת מיעוט, הביעה את דעתה כי חתימת הסכם עד מדינה בנסיבות המקרה, שבהן הוענקה חסינות מלאה⁹ למבצע מרכזי,¹⁰

1 ע"ד אריה פטר, סגן מנהל המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה.

2 ע"פ 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.2015).

3 ע"פ 7752/03 חלאילה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.9.2004).

4 פרשת אגבריה, לעיל ה"ש 2, פס' 16 לפסק דינו של השופט עמית.

5 שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט עמית.

6 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט עמית.

7 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית.

8 שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט עמית. יודגש כאן כי כל שלושת שופטי בית המשפט

העליון קבעו - או לפחות היו מוכנים להניח על סמך חומר הראיות - כי מנסור ניסה באמת

ובתמימים למצוא את גופת המנוח, אך הדבר לא עלה בידו. וראו לעניין זה: פס' 62 לפסק

דינו של השופט עמית; פס' 30 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; פס' 4 לפסק דינה

של השופטת ברון.

9 שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט עמית; ההחלטה הסופית להותיר את ההסכם עם

מנסור על כנו נתקבלה בסמוך ליום 24.1.2001.

10 שם, פס' 6 (ב) לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

11 שם, פס' 6 (ג) לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

עוררה מלכתחילה "שאלות של ממש"¹², הגם ש"אין מקום לקבוע" שלא הייתה לכך הצדקה במועד הכריתה.¹³ ברם, בדיעבד, מאחר שהגופה לא נתגלתה,¹⁴ ואף התברר כי מנסור עצמו הוא "שותף מרכזי" ברצח,¹⁵ הרי ש"התגבש טעם ממשי לביטול ההסכם [...] שלא לומר חובה" לעשות כן,¹⁶ משכך, החלטת הרשויות שלא לבטל את ההסכם "ראויה לכל ביקורת"¹⁷ ויש בה כדי ליצור "הפליה קשה"¹⁸ ו"הפליה בוטה וקיצונית, העולה כדי שרירות ממש"¹⁹, בין מנסור למערער. תוצאה זו - שלפיה "יזום הרצח [...] כלל לא הועמד לדין" ו"על מי שגוייס על ידו להשתתף ברצח נגזר מאסר עולם"²⁰ - אף "מזעזעת את חוש הצדק ואת ההגינות הבסיסית שצריכה להדריך באכיפת החוק".²¹

יתרה מכך, השופטת ברק-ארז הטעימה כי אף שאין ספק שהגורמים המוסמכים בפרקליטות המדינה פעלו במקרה דנא בתום לב ומתוך מניעים טהורים, הרי המבחן הקובע לצורך הכרעה בטענת אכיפה בררנית הוא מבחן התוצאה. וכך לדבריה:

"אין כל ספק בליבי כי העוסקים במלאכה בפרקליטות המדינה פעלו בתום לב וכי חלילה לא שקלו שיקולים לא

ענייניים, אך בכך אין די [...] בסופו של יום, התוצאה היא הפליה חסרת כל הצדקה בין המערער לבין מנסור. בטוחה אני שרשויות התביעה לא התכוונו להפלות, אך בשיטתנו נבחנת שאלת ההפליה גם על פי מבחן אובייקטיבי, קרי מבחן התוצאה. החלטה המובילה לתוצאה מפלה תפסל אף אם בבסיסה מניע טהור ואף אם מדובר בהפליה לא מודעת".²²

ובאשר לסעד שיש להעניק למערער עקב הפלייתו, הטעימה השופטת ברק-ארז כי -

"ברגיל, מובן שהפתרון הרצוי היה ביטולו של ההסכם עם מנסור והעמדתו לדין, היינו תיקון המצב באמצעות סעד שלילי [...] דא עקא, הנסיבות המיוחדות של המקרה דן מונעות הליכה בדרך זו, שהייתה אמורה להיות 'דרך המלך'. הערעור בעניינינו הוגש באיחור של יותר מעשר שנים, בשל טעות של הסניגוריה הציבורית, שאליה הצטרפה גם מודעותו הנמוכה של המערער לזכויותיו [...] לו היה הערעור שלפנינו מוגש לפני עשור, ייתכן שהביקורת עליו הייתה מאפשרת עדיין להוביל מהלך של ביטול ההסכם והעמדתו של מנסור לדין. חלוף הזמן סתם את הגולל על אפשרות זו. בנסיבות אלה, השאלה היא האם דרך אחרת, שאינה דרך המלך, עודנה פתוחה".²³

השופטת ברק-ארז בחנה "סעד חיובי", כהגדרתה, על דרך של הקלה עמו.²⁴ ברם, בפני אפשרות זו ניצב קושי של ממש, כיוון שהמערער הורשע בעברה של רצח בכוונה תחילה,²⁵ עברה שביגה קבע

22 שם, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. כן ראו: שם, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "אינני מייחסת לאף אחד מן הגורמים המעורבים חוסר תום לב. עם זאת, אני סבורה שבנסיבות העניין אין בכך כדי להעלות או להוריד, וממילא לא לשנות את התוצאה. כפי שכבר ציינתי, תום ליבה של הפרקליטות אינו יכול לשמש מענה עצמאי למצב של הפליה קיצונית בעוצמתה בין שני נאשמים, וזה אף אינו תנאי לצורך תחולתה של הגנה מן הצדק". עוד ראו: שם, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "חשוב להדגיש כי אין חולק ש[שיקולים זרים] לא היו כאן".

23 שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

24 שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

25 שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. למען הסר ספק, גם השופטת ברק-ארז הסכימה כי "המערער אכן גרם למותו של המנוח בכוונה תחילה".

12 שם, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

13 שם.

14 שם, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. כאמור לעיל, השופטת ברק-ארז הייתה העובדה ש"הסיכוי למציאת הגופה היה יסוד קריטי בהסכם עד המדינה - לשיטת מנסור", הרי "משאלה התקיים תנאי זה לא נותרה כל הצדקה לתוצאה המפלה במתכונתה הנוכחית: פטור מוחלט מאחריות מול העמדה לדין והרשעה ברצח". וראו: שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

15 שם, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

16 שם, פס' 8-9 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. כן ראו: שם, פס' 26 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "ביקורת על התנהלותה של המדינה בעניין זה נסבה על השלב שבו הוחלט שלא לבטל את ההסכם עד המדינה [...] בעיניי, השאלה העיקרית היא האם היה על התביעה לבטל את ההסכם, הבעייתי מלכתחילה, משהתקיימו התנאים שנקבעו מראש לביטולו".

17 שם, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

18 שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

19 שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. השופטת ברק-ארז חזרה על רטוריקה חריפה זו גם בהמשך פסק הדין, ראו: שם, פס' 23: "בשל הפליה הקיצונית בין המערער לבין מנסור", שם, פס' 19: "הפליה בוטה בין נאשמים באותה פרשה", שם, פס' 20: "קשה להעלות את הדעת מקרים רבים אשר בהם התקיים הפליה בוטה כמו זו שבפנינו", שם, פס' 21: "במקרה שבפנינו [...] לא ניתן להתעלם מן העוול הקשה הכרוך בהעמדה לדין שהפכה להיות נגועה בשרירותיות".

20 שם.

21 שם, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. כן ראו: שם, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "אני סבורה שאכיפת הדין הפלילי צריכה להיות מבוססת על יסודות של צדק והגינות".

בוטות מדברי השופטת ברק-ארז באשר להתנהגות ה"ראויה לכל ביקורת" של המדינה, ואף הטעים כי עמדתה מתבססת על "חכמה בדיעבד",³² הערכה "ספקולטיבית"³³ ו-wishful thinking.³⁴ השופט עמית גם נתן ביטוי לתחושתו כי פער הענישה בין המערער למנסור "אכן צובט את הלב",³⁵ אך "בבסיס פער זה עומד המוסד של עד מדינה [...]. שהוא הכרח לא יגונה".³⁶

לאחר מכן גולל השופט עמית סיפור היפותטי שבו ארבעה שותפים - שלושה עבריינים "דועי שם" ו"טירון בעולם הפשע" - מבצעים יחד שוד מזוין, שבמהלכו יורה אחד העבריינים ה"כבדים" בבעל חנות תכשיטים והורגו. שלושת העבריינים "דועי השם" נמלטים לחו"ל, ורק ה"טירון" נתפס ונגזר עליו מאסר עולם. לדברי השופט עמית, תוצאה זו היא אכן "מקוממת" ו"מזעזעת את רגש הצדק",³⁷ אך "קשה להלום כי בית המשפט יפחית בעונשו של [העבריון ה"טירון"]", מה גם ש"למעשה, ניתן להעלות טענת הפליה כל אימת שרק אחד השותפים לפשע נתפס בכך, לעיתים השותף הזוטור לפשע".³⁸

בסוף דבריו, העיר השופט עמית כי פסק דינה של השופטת ברק-ארז פותח "פשפש קטן, שברבות הימים עשוי להתרחב כפתחו של אולם",³⁹ וכי "גם אם נעשתה טעות בהסכם עד המדינה עם מנסור, והבעתי דעתי כי אין הדבר כך, אין מתקנים טעות בטעות ועוול בעוול. הגנה מן הצדק כשמה כן היא, אך צדק הוא מונח חמקמק, וצדק לאחד

32 שם, פס' 61 לפסק דינו של השופט עמית: "בזמן אמת, ולא כחכמה בדיעבד, בפני המדינה עמדו שני שיקולים עיקריים: האחד - האפשרות להרשיע שניים מתוך שלושה מעורבים [...] השני - הגדלת הסיכוי למציאת הגופה"; שם, פס' 62 לפסק דינו של השופט עמית: "העובדה שבסופו של דבר [פתחי והמערער] לא הצליחו [לאתר את גופת המנוח], היא חכמה בדיעבד".

33 שם, פס' 61 לפסק דינו של השופט עמית: "הנחה-הערכה זו [בדבר האפשרות להגיע להסדר טיעון מקל פחות עם מנסור] היא ספקולטיבית".

34 שם.

35 שם, פס' 63 לפסק דינו של השופט עמית.

36 שם.

37 שם, פס' 64 לפסק דינו של השופט עמית.

38 שם.

39 שם.

המחוקק "מאסר עולם ועונש זה בלבד".²⁶ או אז חידשה השופטת ברק-ארז חידוש נוסף, ולפיו דוקטרינת ההגנה מן הצדק מאפשרת לבית המשפט להמיר הרשעה בעברה אחת (רצח בכוונה תחילה) בהרשעה בעברה פחותה ממנה (הריגה), והשתת עונש מאסר בן 20 שנה במקום מאסר עולם חובה.²⁷ אמנם השופטת ברק-ארז הכירה בכך שאין בתוצאה זו כדי להביא לשוויון מוחלט בין המערער למנסור, אך "השגתו של שוויון כזה הייתה מתאפשרת רק במחיר של פגיעה קשה מנשוא בערכים המוגנים שנפגעו במקרה זה".²⁸

כאמור לעיל, דעת הרוב של השופטים עמית וברון דחתה את עמדתה של השופטת ברק-ארז בדבר קיומה של הגנה מן הצדק המושתתת על אכיפה בררנית פסולה. כך, השופט עמית קבע כי "יש לדחות מכל וכל"²⁹ את טענת האכיפה הבררנית, כיוון שהמערער ומנסור - כעד מדינה - אינם שייכים כלל לאותה קבוצת התייחסות. לגישת השופט עמית, "אילולא עדותו של מנסור ספק אם ניתן היה להגיע אל פהד ואל המערער ולהעמידם לדין",³⁰ מה גם ש"מנסור היה אמור להביא עמו 'נדונייה' חשובה בדמות גופתו של המנוח".³¹ השופט עמית גם הסתייג במילים

26 300'0 (א) רישא לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

27 שם, פס' 22 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "אני סבורה כי הגיעה העת לקבוע בשית המשפט רשאי להמיר הרשעה בעבירה אחת בהרשעה בעבירה פחותה ממנה, כאשר קמה טענה של הגנה מן הצדק. כפי שנקבע בפסיקה, בית המשפט יבטל כתב אישום בנסיבות של הגנה מן הצדק רק כאשר אין סעד מידתי יותר אשר יהיה בו כדי לתקן את הפגם שנפל בהתנהלות התביעה. דומה כי האפשרות להמיר את סעיפי האישום תרחיב את סל הכלים העומד לרשותו של בית המשפט ותאפשר לו לתפור את הפתרון המתאים, בהתאם לחומרת העוול בכל מקרה ומקרה. אם לא נאפשר את המרתה של עבירת הרצח בעבירה אחרת נאלץ להכריע בין שתי אפשרויות בלתי-מידתיות: מתן סעד מלא במתכונת של פטור גורף מאחריית (על בסיס של ביטול כתב האישום כולו) או אי-מתן סעד כלל. בהמשך לכך, ברי כי המרתה של הרשעה ברצח להרשעה בהריגה תעשה רק במקרים נדירים וחריגים ביותר, לנוכח חומרת העבירה והמשמעות הערכית הנלווית להרשעה בה. יחד עם זאת, אני סבורה כי תוצאה של 'שחור או לבן', שמשמעותה היא כי דווקא בתייחס לעבירה החמורה ביותר בספר החוקים יידרש בית המשפט שקבע כי אכן עומדת לנאשם בעבירת רצח הגנה מן הצדק לבחור אך ורק באפשרות הקיצונית ביותר - ביטול כתב האישום, תחטא לתחושת הצדק, שהיא העומדת בבסיס ההגנה בה עסקינן".

28 שם, פס' 23 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

29 שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט עמית.

30 שם.

31 שם.

(לנאשם) עלול לגרום לתחושת אי צדק לאחר (למשל, לנפגע העברה או למשפחתו)⁴⁰.

השופטת ברון הצטרפה לעמדתו של השופט עמית, וציינה כי גם היא אינה שותפה לביקורת של השופטת ברק-ארז על התנהלות המדינה, ואף לא למסקנתה בדבר קיומה של אכיפה בררנית במקרה דנא.⁴¹ לדעת השופטת ברון, האכחה בענייננו "הבחנה רלוונטית"⁴² בין מנסור לבין המערער, ועמדת השופטת ברק-ארז שלפיה הפרקליטות הייתה צריכה לבטל את הסכם עד המדינה עם מנסור ולנצל את הודעותיו/ הודאותיו, חלף עדותו, על מנת להרשיע את פהד והמערער, היא "כדעתו של השופט עמית [...]. חוכמה שבדיעבד".⁴³

זאת ועוד: כעולה מפסק דינה של השופטת ברון, קיימת מחלוקת עקרונית ועמוקה בינה לבין השופטת ברק-ארז באשר לטיבו של המבחן המאפשר הפעלת דוקטרינת האכיפה הבררנית. וכך לדבריה:

"לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, המעוגנת כיום בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, תחולה מצומצמת. הדוקטרינה מכירה בסמכותו של בית משפט לבטל סעיפי אישום, ואף למחוק כתב-אישום בכללותו, וזאת כאשר מתברר כי לא ניתן לנהל הליך הוגן בענייניו של הנאשם או שיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות. מדובר אפוא בכלי רב עוצמה השמור למקרים חריגים ביותר, ומטבע הדברים השימוש בדוקטרינה נעשה במשורה ובזהירות יתרה [...] על בית המשפט ליתן דעתו למניעיה של הפרקליטות בהחלטתה בדבר ההעמדה לדין (או אי העמדה לדין בענייננו), וההכרעה בשאלה אם מדובר באכיפה חלקית מותרת או באכיפה בררנית תוכרע בדרך כלל בהתאם לטיבם של מניעים אלה [...]. הנה כי כן, על הטוען לאכיפה בררנית מוטל הנטל להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול [...]. אמנם קיימת גם אפשרות כי החלטה של הרשות בדבר העמדה לדין תיחשב כאכיפה

בררנית, הגם שהתקבלה בתום לב - ואולם זו תהא נדירה. בענייננו, אין טענה כי הפרקליטות נהגה בחוסר תום לב בעניינים של המערער ומנסור, או כי טעמים פסולים עמדו ביסוד התנהלותה - וטוב שכך [...]. על יסוד כל האמור לעיל, ובהינתן חומרתה של העברה העומדת על הפרק, סבורתני כי באיזון האינטרסים האמור, ידו של האינטרס הציבורי בדבר מיצוי הדין עם המערער היא על העליונה. ויודגש, כי אין חולק שהלה ביצע את הרצח" [ההדגשות אינן במקור].⁴⁴

עניינו הרואות כי השופטת ברק-ארז מייצגת בפסק דינה אסכולה אחת בבית המשפט העליון הדוגלת ב"מבחן התוצאה" לצורך ההכרעה בטענת אכיפה בררנית. לפי מבחן זה, אם בסופו של דבר "התוצאה היא הפליה חסרת כל הצדקה", אזי גם אם "רשויות התביעה לא התכוונו להפלות", ניתן לקבל את הטענה ואף לבטל, במקרים מתאימים, את כתב האישום.⁴⁵ לעומת זאת, השופטת ברון מייצגת אסכולה אחרת, הדוגלת ב"מבחן המניע הפסול", שלפיו "על הטוען לאכיפה בררנית מוטל הנטל להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול".⁴⁶

אכיפה בררנית: מבחן התוצאה או מבחן המניע הפסול?

עיון בפסיקת בית המשפט העליון בשני העשורים האחרונים מלמד כי רוב שופטי בית המשפט העליון תומכים במבחן המניע הפסול, הגם שעיון מדוקדק בפסיקה מלמד כי מחנה זה מתפצל לשני מחנות משנה: המחנה האחד מצדד, כך נראה, במבחן המניע הפסול ה"טהור", והמחנה האחר מעדיף מבחן "מרוכך" יותר שגבולותיו עמומים למדי, כמפורט להלן.

מבחן המניע הפסול ה"טהור"

פסק הדין הראשון שעסק בהרחבה בסוגיית האכיפה הבררנית, לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע.⁴⁷ בפרשה זו נדונה עתירה שהוגשה לבית המשפט הגבוה לצדק על ידי דיירים בשכונת מצוקה אשר תלו

44 שם, פס' 5-6 לפסק דינה של השופטת ברון.

45 שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

46 שם, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ברון.

47 בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999).

40 שם, פס' 65 לפסק דינו של השופט עמית.

41 שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברון.

42 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ברון.

43 שם.

זר", "טעמים בלתי ענייניים", "טעמים מפלים" ו"טעמים בלתי שוויוניים". ביטויים אלה ודומיהם חזרו ונשנו בשרשרת ארוכה של פסקי דין של בית המשפט העליון במהלך השנים. כך, למשל, בפרשה שכונתה "פרשת לה נסיונל"⁵¹, חלק מהשותפים למעשי המרמה לא הועמדו לדין, והשופטת חיות ציינה כי "שאלת המפתח [...] הינה מה היו המניעים

שבגינם בחרה התביעה להעמיד לדין רק חלק מן המעורבים"⁵². בפרשת שטיינברגר⁵³ נדחתה טענת אכיפה בררנית שהתבססה על אי-העמדתו לדין של מעורב אחר בתאונת דרכים קטלנית, נוכח הקביעה כי האבחנה של התביעה "לא נעשתה לשם השגת מטרה פסולה או על יסוד שיקול זר ואף לא מתוך שרירות גרידא"⁵⁴. מבחן זה אושר גם על ידי השופט שהם בפרשת ניצן⁵⁵ ועל ידי מותב תלתא של בית המשפט העליון בפרשת אבו ג'אבר⁵⁶. בפרשת לימור⁵⁷ נזקק מותב אחר של בית המשפט העליון למבחן ההפליה "על בסיס שיקולים זרים כגון דת, גזע או מין, או כאשר [הרשות] נוהגת במדיניות של אכיפה שרירותית"⁵⁸. בפרשת מאיו⁵⁹ דחה בית המשפט העליון טענת אכיפה בררנית כיוון שאי-הגשת בקשת הסגרה באשר למעורבת נוספת בפרשה לא נבעה "מטעמים הקשורים לדתה, גזעה, מינה או מתוך שרירות או שיקולים זרים כלשהם"⁶⁰. בפרשת פלוני⁶¹ יישם השופט ג'ובראן את מבחן ה"מניע [ה]פסול, בין אם בדמות שרירותיות, התחשבות בשיקולים שאינם מן המניין,

"מן הראוי להדגיש כי כל עוד התביעה מצליחה להראות 'בסיס רציונאלי' ('rational basis') להחלטתה - וזהו רף לא גבוה במיוחד - דין טענת האכיפה הבררנית של הנאשם להיכשל. לשון אחר, מחדל, טעות ואף התנהלות רשלנית של רשויות האכיפה אין בהם כשלעצמם משום 'שרירות' (או 'שרירותיות') המצדיקות קבלת טענת אכיפה בררנית"

כרזות על קיר הבניין הפונה לרחוב, בהן הוטחה ביקורת כלפי העירייה וראש העירייה. למחרת היום הופיעו פקחי עירייה אשר תלשו את הכרזות מכוח סמכותם לפי חוק עזר עירוני. דא עקא, נקבע כי פקחי העירייה הפעילו שיקולים זרים בעת אכיפת חוק העזר, שכן "הפקחים ידעו להבחין בין כרזה לכרזה. כרזות שהביעו ביקורת כללית על הזנחת השכונה נותרו תלויות

במקומן. גם כרזות של תעמולת בחירות [...] נותרו תלויות במקומן. רק כרזות שמתחו ביקורת על ראש העירייה באופן אישי נתלשו בידי הפקחים"⁴⁸. בנסיבות אלו, הטעים השופט זמיר (בהסכמת השופטת דורנר) כי -

"אכיפה בררנית היא 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" [ההדגשה אינה במקור]⁴⁹.

גם השופטת שטרסברג-כהן הטעימה, ברוח דומה, כי -

"אכיפה סלקטיבית של הוראת חוק כלשהו, מטעמים בלתי-ענייניים, מפלים ובלתי-שוויוניים [...] פסולה היא מכול וכול" [ההדגשה אינה במקור]⁵⁰.

עינינו הרואות אפוא כי המבחן שנקבע בפרשת זקין על ידי בית המשפט הגבוה לצדק להפעלת דוקטרינת האכיפה הבררנית מתייחס לתקינות ההליך המנהלי והחובה להפעיל סמכויות המנהל מתוך שיקולים ענייניים, להבדיל משיקולים זרים. זוהי המשמעות של האיסור להפעיל סמכויות אכיפה מתוך "מטרה פסולה", "שיקול

51 ע"פ 37/07 פרג נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 10.3.2008) (להלן: "פרשת לה נסיונל").
 52 שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות.
 53 רע"פ 1355/12 שטיינברגר נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 17.5.2012).
 54 שם, בעמ' 6 להחלטתו של השופט ג'ובראן.
 55 רע"פ 751/13 ניצן נ' מדינת ישראל, פס' 8-9 להחלטתו של השופט שהם (פורסם בבנו, 21.2.2013).
 56 ע"פ 8568/14 אבו ג'אבר נ' מדינת ישראל, פס' לב לפסק דינו של המושג לנשיאה רובינשטיין, שניתן בהסכמת השופטים עמית וברון (פורסם בבנו, 19.5.2015).
 57 ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור (פורסם בבנו, 4.9.2007).
 58 שם, פס' 60 לפסק הדין. בהמשך הפסקה התייחס בית המשפט ל"מניעים זרים" ו"מטרה פסולה" של הרשות.
 59 ע"פ 8801/09 מאיו נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בבנו, 21.9.2010).
 60 שם, פס' 30 לפסק דינו של השופט ג'ובראן, שניתן בהסכמת השופטים דניג'ור ועמית.
 61 ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 4.8.2008).

48 שם, בעמ' 293.
 49 שם, בעמ' 305.
 50 שם, בעמ' 309.

או חלילה שקילת שיקולים שאינם ראויים⁶². בפרשת זאווי⁶³ דחה השופט רובינשטיין טענת אכיפה בררנית בשל אי-העמדה לדין של מעורבים אחרים כיוון שהתביעה "הציגה [...] שיקול ענייני שהנחה אותה", ואילו המערער "לא הצביע [...] על שיקול

פסול שעמד ביסוד ההחלטה כשלעצמה"⁶⁴. גם בפרשת זלום⁶⁵ הסתפק מותב תלתא של בית המשפט העליון בכך שהמערער לא הוכיח "כי ההבחנה בין המעורבים השונים מבוססת על שיקולים בלתי ענייניים של המאשימה"⁶⁶, וכך גם השופטת חיות בהחלטה בדין יחיד בפרשת הרוש⁶⁷, שם נבחן אך קיומם של "שיקולים בלתי ענייניים"⁶⁸ על ידי המדינה. [ההדגשות אינן במקור].

הנה כי כן, מבחן המניע הפסול נועץ בעיקרו בהוכחת יסוד נפשי שלילי של התביעה, קרי, קבלת החלטה מתוך מניע פסול או שיקול זר שהמחוקק לא הסמיך את הרשות להביאם בחשבון בעת הפעלת סמכויותיה הסטטוטוריות (קרי, פעולת מנהל שהיא ultra vires)⁶⁹. שאלה אחרת היא מהי אכיפה "מתוך שרירות גרידא", מונח שטבע השופט זמיר בפרשת זקין. המלומדת מיכל טמיר סבורה כי "שרירות" בהקשר זה היא "חוסר רציונאליות" בקבלת החלטה בתחום האכיפה, על רקע הנתונים הרלוונטיים ומטרות החוק.⁷⁰ לכך אנו מסכימים. אך מן הראוי להדגיש כי כל עוד התביעה מצליחה להראות "בסיס רציונאלי"

"בפסקי דין אחדים אומצה גרסה 'מרוככת' של מבחן המניע הפסול, במובן זה שנקבע כי טענת אכיפה בררנית, ככלל, תתקבל רק אם הרשות פעלה ממניעים פסולים או שקלה שיקולים מהכלל האמור במצבים מסוימים (שאינם מוגדרים)"

"rational basis" להחלטתה - וזהו רף לא גבוה במיוחד⁷¹ - דין טענת האכיפה הבררנית של הנאשם להיכשל. לשון אחר, מחדל, טעות ואף התנהלות רשלנית של רשויות האכיפה אין בהם כשלעצמם משום "שרירות" (או "שרירותיות")

המצדיקות קבלת טענת אכיפה בררנית⁷².

מבחן המניע הפסול ה"מרוכך"

כאמור לעיל, בפסקי דין אחדים אומצה גרסה "מרוככת" של מבחן המניע הפסול, במובן זה שנקבע כי טענת אכיפה בררנית, ככלל, תתקבל רק אם הרשות פעלה ממניעים פסולים או שקלה שיקולים זרים, אך ניתן לסטות מהכלל האמור במצבים מסוימים (שאינם מוגדרים).

בהקשר זה יש להצביע - בראש ובראשונה - על פרשת בורוביץ⁷³, שם הוטעם כי ההכרעה בשאלה אם הוכחה אכיפה בררנית פסולה "תהא לרוב תלויה [...] 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' [פרשת זקין]"⁷⁴, ובהמשך נקבע: "איננו רואים מקום לפסול את האפשרות - שמטבעה תהא נדירה ביותר - שההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בררנית פסולה

71 ראו, למשל: Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996), שם קיבל בית המשפט העליון בארצות-הברית עתירה של הומוסקסואלים, לסביבות, ביסקסואלים, רשויות מקומיות ונופים אחרים נגד חוק ממדינת קולורדו שאסר פעולות חקיקה, ביצוע, ושיפוט שמטרתן הגנה על קהילת הלהט"בים במדינה. השופט Anthony Kennedy, שכתב את פסק הדין של שופטי הרוב, קבע כי החוק אינו עומד אף במבחן ה-rational basis [its sheer breadth is so discontinuous with the reasons offered for it that the amendment seems inexplicable by anything but animus toward the class it affects; it lacks a rational relationship to legitimate state interests"] בעמ' 632.

72 וראו לעניין זה: פרשת לה נסיונל, לעיל ה"ש 51, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות, ע"פ 3468/07 עצמון נ' מדינת ישראל, פס' 31 לפסק דינה של השופטת מלצר, שניתן בהסכמת השופטים ריבלין ופרוקצ'יה (פורסם בנבו, 14.7.2010); ע"פ 8959/14 בן סימון נ' מדינת ישראל, פס' 44 לפסק דינה של השופטת ג'ובראן, שניתן בהסכמת השופטים מלצר ופוגלמן (פורסם בנבו, 24.6.2015); ע"פ 2681/15 בן שטרית נ' מדינת ישראל, פס' 51 לפסק דינה של השופטת שהם, שניתן בהסכמת השופטים ג'ובראן וברון (פורסם בנבו, 14.2.2016). כן ראו: טמיר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 173-174.

73 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד (נט) 776 (2005).
74 שם, בעמ' 814.

62 שם, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ג'ובראן, שניתן בהסכמת השופטים לוי ודנציגר.

63 ע"פ 8702/12 זאווי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2013).

64 שם, פס' 37 לפסק דינה של השופטת רובינשטיין, שניתן בהסכמת השופטים דנציגר וסולברג.

65 ע"פ 8204/14 זלום נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2015).

66 שם, פס' 23 לפסק דינה של השופטת שהם, שניתן בהסכמת השופטים חיות ופוגלמן.

67 ע"פ 7659/15 הרוש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.11.2015). הליך זה עסק בבקשת

המבקש לעיכוב ביצוע גזר דינו, אך ראו: הלחן ה"ש 97 בכל הנוגע לערעורו של הרוש לגופו, שם נשען מותב תלתא של בית המשפט העליון על מבחן שונה.

68 שם, פס' 7 להחלטתה של השופטת חיות.

69 וראו לעניין זה: H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, Administrative Law §§ 346-347 (8th ed., 2000).

70 מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 168-169 (2008).

לב מצד הרשות".⁸¹ וכאן נזכיר כי גם השופטת ברון, בפרשת **אגבריה**, ציינה לענייננו כי "על בית המשפט ליתן דעתו למניעה של הפרקליטות [...] וההכרעה בשאלה אם מדובר באכיפה חלקית מותרת או באכיפה בררנית תוכרע בדרך כלל בהתאם לטיבם של מניעים אלה [...] הנה כי כן, על הטוען לאכיפה בררנית מוטל הנטל להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול".⁸² לאחר מכן, הוסיפה השופטת ברון כי "אמנם קיימת גם אפשרות כי החלטה של הרשות בדבר העמדה לדין תיחשב כאכיפה בררנית, הגם שהתקבלה בתום לב - ואולם זו תהא נדירה".⁸³ ברם, שוב אין התייחסות של בית המשפט לשאלה אימתי "אפשרות נדירה" זו עשויה להתממש, על אף שהחלטה בדבר העמדה לדין התקבלה בתום לב ובהתבסס על שיקולים ענייניים בלבד. לדעתנו, ניתן לכאורה להציע הסבר אשר מצמצם את הפער בין "מבחן המניע הפסול הטהור" ל"מבחן המניע הפסול המרוכך". זאת, בהנחה שאותן "נסיבות מיוחדות ונדירות" (או "מקרים מתאימים" או "אפשרות נדירה") עוסקות במקרים שבהם התביעה לא פעלה ממניע פסול או משיקול זר, אלא פעלה באופן **שרירותי ולא רציונלי**, כמוסבר לעיל. עם זאת, הקושי בהסבר זה נובע מלשונו של בית המשפט העליון בפרשת **בורוביץ**, שם נאמר, מחד גיסא, כי טענת האכיפה הבררנית תוכרע "לרוב" לפי השאלה אם התביעה פעלה "לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא", ומאידך גיסא,

תיגזר מנסיבות מיוחדות אחרות, ולא דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים".⁷⁵ משמע, ניתן לקבל טענת אכיפה בררנית גם בלא "מניע זדוני" או "שיקולים פסולים מובהקים", וזאת ב"נסיבות מיוחדות" שמטבען תהיינה "נדירות ביותר". ואם ישאל השואל מהן אותן "נסיבות מיוחדות ונדירות", הרי אין לכך תשובה בפסק הדין, לז בקווים כלליים. כך גם בפרשת ההסגרה של **זאב רוזנשטיין**,⁷⁶ שם טען המערער כי הופלה לרעה ביחס לנאשמים אחרים באותה פרשה. השופט לוי ז"ל, שישב בדיון גם בפרשת **בורוביץ**, ציין, מחד גיסא, כי "אין חולק כי אכיפה בררנית, שיסודה בשיקולים בלתי ענייניים, היא אסורה",⁷⁷ תוך הפניה לפרשת **זקין**. בהמשך דבריו הוסיף השופט לוי, מאידך גיסא, כי "ייתכנו גם מצבים, בהם אכיפה חלקית תימצא פסולה ותקים הגנה מן הצדק אף שאין בבסיסה שיקולים פסולים, אלא היא לוקה בהיבט אחר".⁷⁸ תוך הפניה להלכת **בורוביץ**. ולגוף העניין, טענת האכיפה הבררנית נדחתה כאן כיוון ש"בין היתר לא הוכח, כי דבר זולת טעמים ענייניים שימש בסיס להחלטה [להסגיר את המערער לארצות-הברית]", ולכן בית המשפט "לא שוכנע" כי החלטה "היא מפלה".⁷⁹ ואכן, השופט לוי שוב לא הסביר מהם טיבו, היקפו ועצמתו של אותו "ליקוי בהיבט אחר" שעשו להצדיק טענה של אכיפה בררנית גם בהיעדר שיקולים פסולים של התביעה.

בפרשת **פולדי פּרָץ**,⁸⁰ הטעים השופט פוגלמן כי בהתאם להלכת **בורוביץ**, שאלת האכיפה הבררנית תהא תלויה "לרוב" בשאלה אם התביעה הפעילה שיקולים ענייניים, אך "במקרים מתאימים ניתן יהיה לבסס בגדרה של הדוקטרינה טענה לפגיעה בשוויון, גם בלא שתידרש בהכרח הוכחה בדבר שיקול זר, הפליה מכוונת וזדונית או חוסר תום

81 שם, פ"ד 23/99 סיפה לפסק דינו של השופט פוגלמן. יוער, כי הנשיא (כתוארו אז) גרוניס - שישב אף הוא בהרכב השופטים בפרשת **בורוביץ**, לעיל ה"ש 73, פ"ד 4 - הדגיש בפסק דינו כי הרשות יכולה להצדיק סטייה מהחלטותיה הקודמות, אם הגיעה למסקנה כי החלטות אלו שגויות הן, ולכן ברי כי הוא אינו מאמץ את "מבחן התוצאה". כך גם השופט ג'ובראן, שהוסיף בפסק דינו כי "לאכיפה חלקית או אכיפה שלא בהתאם למדיניות הנוגה יכולים להיות טעמים טובים שאין זה המקום לעמוד עליהם", וראו: שם, פ"ד 3 לפסק דינו של השופט גרוניס. משמע, גם אם התקבלו בעבר החלטות אחרות על ידי התביעה במצבים דומים, הרי שניתן לסטות מהן - חרף התוצאה השונה - אם קיימים "טעמים טובים" לכך; על אף גישתו של השופט פוגלמן בפרשת **פרץ**, שם - שלפיה "לא בהכרח" דרושה הוכחה בדבר "שיקול זר, הפליה מכוונת וזדונית או חוסר תום לב" - נזכיר כי השופט פוגלמן הצטרף בלא הסתייגות לפסק דינו של השופט שהם בפרשת **זלום**, לעיל ה"ש 65, פ"ד 23/99, שם נקבע כי אכיפה בררנית מתקיימת כאשר "ההבחנה בין המטורבים השונים מבוססת על שיקולים בלתי ענייניים של המאשימה", הא ותו לא [ההדגשה אינה במקור]; כך גם בע"פ 14/4456 קלנר נ' מדינת ישראל, פ"ד 88 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בבנו, 29.12.2015) (להלן: פרשת **הולילנד**), שם הטעים השופט פוגלמן, תוך הפניה לפרשות **זלום** ו**פרץ**, כי אין לקבל את טענת המערער דנקר בדבר אכיפה בררנית, כיוון ש"מדיניות האכיפה והתנהלות המאשימה בהליך לפני בית המשפט המחוזי התבססה על שיקולים ענייניים" [ההדגשה אינה במקור]. אם כן, יש לשאול, מהו "מקרה מתאים", לדעת השופט פוגלמן, לסטייה מהכלל?

82 פרשת **אגבריה**, לעיל ה"ש 2, פ"ד 5 לפסק דינה של השופטת ברון. שם 83

75 שם.
76 ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד 30(3) 353 (2005).
77 שם, בעמ' 375.
78 שם.
79 שם.
80 ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ (פורסם בבנו, 10.9.2013).

"לעומת השופטים הרבים שאימצו - במהדורה 'טהורה' או 'מרוככת' - את מבחן המניע הפסול, ישנו מיעוט של שופטים בבית המשפט העליון שהביע דעה חולקת, שלפיה יש להעדיף דווקא את 'מבחן התוצאה'"

השופטת ברק-ארז לא ציינה בפסק דין סלכני על בסיס איזו פסיקה של בית המשפט היא מבססת את "הגישה הנוהגת במשפט הישראלי", אלא אך הפנתה לספרה של המלומדת מיכל טמיר.⁸⁷ על עמדתה זו חזרה השופטת ברק-ארז, כאמור לעיל, בפרשת **אגבריה**.⁸⁸ בפרשה זו הסתמכה השופטת ברק-ארז על שני פסקי דין מנהליים לתמיכה בעמדתה: האחד, פסק דין שעניינו שווין מגדרי והיעדר ייצוג הולם לנשים בהנהלת המוסד לביטוח לאומי,⁸⁹ והאחר, עניינו בעתירת הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות לקבלת תמיכה כספית מעיריית ירושלים.⁹⁰ כן הפנתה השופטת ברק-ארז בשנית לספרה של טמיר, הפעם לדבריה של טמיר כי "הדין בארץ אינו מותיר כל ספק כי הדגש בשאלות של שווין הוא בתוצאה ולא בכוונה",⁹¹ וכי "באנגליה, כמו גם בישראל, הדין אינו מחייב הוכחה של כוונה להפלות".⁹² בהקשר זה, מעניין לעיין גם בהשתלשלות פסיקותיו של השופט רובינשטיין. בפרשת **אבו ג'אבר**, ציין המשנה לנשיאה כי טענת אכיפה בררנית תאכר כאשר התביעה הבחינה בין מעורבים שונים "על יסוד שיקולים שאינם ענייניים או מתוך מטרה פסולה, שיקול זר

כי ב"בנסיבות מיוחדות אחרות" ניתן לקבל את הטענה "לאו דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים".⁸⁴ הווה אומר, מהרישה עולה כי אותן "נסיבות מיוחדות אחרות" אינן נוגעות לאכיפה "מתוך שרירות גרידא", כיוון שבטיטו זה הוצמד לביטויים האחרים ("מטרה פסולה" ו"שיקול זר") שיוצרים את הכלל, ולא החריג לו. לעומת זאת, בספיה נכתב כי אותן "נסיבות מיוחדות אחרות" אינן נוגעות ל"מניע זדוני" ו"שיקולים פסולים מובהקים" בלבד - מבלי להזכיר את המונח "שרירות". משמע, ייתכן כי אותן "נסיבות מיוחדות אחרות" אכן משמען אכיפה "מתוך שרירות גרידא". ובשורה התחתונה, אפשר שההצעה שלנו להסביר כי המבחן ה"מרוכך" הוא, הלכה למעשה, צדו השני של "מבחן המניע הפסול (הטהור)" היא נכונה - כיוון ששני המבחנים נוגעים למניעים פסולים ומעשי "שרירות" - אך בהיעדר אמות מידה ברורות בהלכה הפסוקה בדבר אותן "נסיבות מיוחדות אחרות", אין לדעת אם מדובר בשני מבחנים (קרובים אך שונים), או במבחן אחד. וצריך עיון.

"מבחן התוצאה"

לעומת השופטים הרבים שאימצו - במהדורה "טהורה" או "מרוככת" - את מבחן המניע הפסול, ישנו מיעוט של שופטים בבית המשפט העליון שהביע דעה חולקת, שלפיה יש להעדיף דווקא את "מבחן התוצאה". כך, למשל, בפרשת **סלכני**⁸⁵ קבעה השופטת ברק-ארז בלא כחל ושרק כי "הגישה הנוהגת במשפט הישראלי ביחס לעילת הפליה אינה מחייבת הוכחת מניע פסול, אלא מסתפקת בהוכחת **תוצאה מפלה**".⁸⁶ כלומר, לדעת השופטת ברק-ארז, זוהי דרך המלך, ולאו דווקא מבחן יוצא מגדר הרגיל שניתן להיזקק לו בנסיבות נדירות.

87 טמיר, לעיל ה"ש 70.
88 וראו לעניין זה: לעיל ה"ש 22, והתקסט הצמוד לה. אגב, בבש"פ 7148/12 כנאנה נ' מדינת ישראל, פ"ד 21' להחלטתה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 14.10.2012), העירה לא הועמדו חשודים לדין, וכי קבלת הטענה "מחייבת את הנאשם להוכיח כי ההבחנה שערכה התביעה בינו לבין נאשמים או חשודים אחרים הנמנים עם אותה קבוצת השווין הינה שרירותית, מפלה או שביסודה שיקולים זרים" (ההדגשה אינה במקור). ואכן, נדמה כי דברים אלה אינם ממש מתיישבים עם מבחן התוצאה, שכן הרציונל של מבחן התוצאה הוא כי די בכך שנאשם יצביע על "מקרים דומים אחרים שבהם לא הועמדו חשודים לדין" - גם אם הרשויות לא נהגו באופן "שרירותי", מטעמים "מפלים" או מתוך "שיקולים זרים" - לצורך הקביעה בדבר קיומה של אכיפה בררנית. וצריך עיון.
89 בג"פ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998).
90 ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1 (2010).
91 טמיר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 153.
92 שם, בעמ' 154.

84 פרשת בורוביץ, לעיל ה"ש 73, בעמ' 814.
85 ע"פ 8551/11 סלכני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.8.2012).
86 שם, פ"ד 21' לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, שניתן בהסכמת ברק-ארז, שניתן בהסכמת השופטים ג'ובראן ודנציגר. ובנקודה זו, ניתן לתהות כיצד דברים אלה של השופטת ברק-ארז - שאליהם הצטרפו השופט ג'ובראן והשופט דנציגר - מתיישבים עם דברים אחרים שכתבו על ידי השופטים ג'ובראן ודנציגר או שהיו מוסכמים עליהם בפרשות אחרות? ראו, למשל: פרשת שטיינברגר, לעיל ה"ש 53; פרשת לימור, לעיל ה"ש 57; פרשת פלוני, לעיל ה"ש 61; פרשת פרץ, לעיל ה"ש 80; פרשת בן סימון, לעיל ה"ש 72. פרט לכך, השופט ג'ובראן גם נתן את הסכמתו המפורשת לדבריו של השופט שהם בנוגע למבחן המניע הפסול, במסגרת טענת אכיפה בררנית, בפרשת בן שטרית, לעיל ה"ש 72; גם שופט דנציגר הצטרף לעמדת השופט ג'ובראן בפרשת פלוני, לעיל ה"ש 61, שם אומץ מבחן המניע הפסול, וכן לדברים דומים שנאמרו על ידי השופט רובינשטיין בפרשת זאוי, לעיל ה"ש 63. ואנו שואלים: כיצד הסכימו שני השופטים הנכבדים הללו לעמדתה של השופטת ברק-ארז בפרשת סלכני בנוגע להעדפת מבחן התוצאה, וכל זאת מבלי להסביר כיצד הדברים מתיישבים ביניהם? וצריך עיון.

ערב העברת רשימה זו למערכת כתב העת פורסם פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **הרוש**,⁹⁷ שבו ציין השופט שהם - בהסכמת השופט רובינשטיין⁹⁸ והשופטת ברק-ארז⁹⁹ - כי:

"החלטת רשויות התביעה להעמיד לדין פלוני ולהימנע מהגשת כתב אישום נגד אלמוני, החשוד במעורבות באותה פרשה, אינה מלמדת, בהכרח, על קיומה של אכיפה בררנית. על הטוען לכך להראות כי ההבחנה בין החשודים המעורבים באותו אירוע מבוססת על שיקולים זרים, גישה שרירותית, מטרה פסולה, וכיוצא באלה דברים [...] ודוק: הטוען לאכיפה בררנית אינו חייב להצביע על מניע פסול, העומד ביסוד החלטתה של הרשות בנושא ההעמדה לדין, וגם אם הרשות התנהלה בתום לב, עשויה התנהלות מעין זו להיות נגועה באפליה פסולה (ע"פ 8551/11 סלכני נ' מדינת ישראל (31.8.15); ע"פ 8551/11 סלכני נ' מדינת ישראל (12.8.2012); עניין בורוביץ; דפנה ברק-ארז "אכיפה בררנית: מן הזכות לסעד" הסגור 200, 14, 16)."¹⁰⁰

ובמילים אחרות, השופט שהם - שבעבר נתן ביטוי מובהק ל"מבחן המניע הפסול (הטהור)" (וראו דבריו בפרשת **ניצן**,¹⁰¹ בפרשת **זלום**¹⁰² ובפרשת **בן שטרית**¹⁰³) - הטעים הפעם כי "הטוען לאכיפה בררנית אינו חייב להצביע על מניע פסול", וכי "גם אם הרשות התנהלה בתום לב, עשויה התנהלות מעין זו להיות נגועה באפליה פסולה", וכל זאת

97 ע"פ 7659/15 הרוש נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 20.4.2016). פסק דין זה ניתן בערעורו של הרוש בפני מותב תלתא, הגם שלעיל התייחסנו לעניינו של הרוש - בשלב עיכוב הביצוע - תוך מתן דגש על דבריה של השופטת חיות, שלפיהם על הטוען לאכיפה בררנית להוכיח שהתביעה שקלה "שיקולים בלתי-ענייניים". וראו: פרשת **הרוש**, לעיל ה"ש 67 והטקסט הצמוד לה. אך כפי שנראה מיד, המבחן המשפטי שנקבע על ידי השופטת חיות בהליך עיכוב הביצוע בנוגע לאכיפה בררנית - והוא מבחן המניע הפסול ה"טהור" - אינו המבחן שנקבע לבסוף בערעור לגופו.

98 שם, פס' א' לפסק דינו של השופט רובינשטיין ("מסכים אני לחוות דעתו של חברי השופט שהם על כל חלקיה").

99 שם, בעמ' 32 (השופטת ברק-ארז: "אני מסכימה").

100 שם, פס' 35 לפסק דינו של השופט שהם.

101 פרשת **ניצן**, לעיל ה"ש 55.

102 פרשת **זלום**, לעיל ה"ש 65, והטקסט הצמוד לה.

103 פרשת **בן שטרית**, לעיל ה"ש 72, פס' 51 לפסק דינו של השופט שהם: "לצורך בחינתה של הטענה בדבר אכיפה בררנית, יש להידרש לשאלה, האם פעלה הרשות, בהימנעה מהגשת כתב אישום נגד גורם זה או אחר, ממניעים ענייניים או על יסוד שיקולים זרים ושרירותיים" [ההדגשה אינה במקור].

או **שרירותיות**" [ההדגשה אינה במקור]⁹³, ובפרשת **זאוי** דחה בפועל טענה זו כיוון שהמערער "לא הצביע [...] על שיקול פסול שעמד ביסוד החלטתה כשלעצמה" [ההדגשה אינה במקור]⁹⁴. ברם, בפרשת **נפאע**⁹⁵ ביטא השופט רובינשטיין גישה שונה, בציינו כי אכיפה בררנית יכולה להתקיים גם אם לא ניתן להצביע על שיקול פסול שכזה:

"אין הכרח שהרשות תפעל בחוסר תום לב כדי שהדבר יעלה לכלל אכיפה בררנית, שכן כאמור האיסור אינו על אכיפה המבוססת על שיקולים זרים או הפליה בלבד, אלא אף על אכיפה חלקית הנובעת משרירותיות גרידא (להרחבה בעניין זה ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית (2008), עמ' 142). דגש זה משתלב עם היות טענת ההפליה באכיפה טענה מינהלית, שכן כידוע לכגון דא אין צורך בכוונה מפלה, ודי בתוצאה שכזו כדי שתיווצר אסורה (ע"פ 8551/11 סלכני נ' מדינת ישראל (2012) (להלן סלכני)). פסקה 21 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). בנוסף, בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005) נידונה עילת האכיפה הבררנית כשוכנת בגדרי האכסניה של ההגנה מן הצדק, וזאת במקרים של הפליה בוטה שחוסר הצדק זועק הימנה (פסקה 26, עמ' 815)."⁹⁶

הנה כי כן, מתברר כי על אף הדברים שכתב השופט רובינשטיין בפרשת **זאוי** - שלכאורה מתיישבים עם מבחן המניע הפסול ה"טהור" - הרי עמדתו האוטנטית, כפי שהיא באה לידי ביטוי בפרשת **נפאע**, שונה בתכלית. עם זאת, לא לגמרי ברור אם עמדתו קרובה יותר למבחן המניע הפסול ה"מרוכך" (נוכח אמירתו כי "אין הכרח שהרשות תפעל בחוסר תום לב" וההפניה לפסק דין **בורוביץ**), או שמא משתלבת לחלוטין עם מבחן התוצאה של השופטת ברק-ארז והמלומדת טמיר (נוכח אמירתו כי "די בתוצאה [מפלה] כדי שתימצא אסורה" וההפניות לפסק דין **סלכני** וספרה של טמיר).

93 פרשת אבו ג'אבר, לעיל ה"ש 56, פס' לב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

94 פרשת **זאוי**, לעיל ה"ש 63, פס' כז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

95 ע"פ 6833/14 נפאע נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 31.8.2015). פסק הדין ניתן בהסכמת השופטים הנדל וזילברטל.

96 שם, פס' עג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

תוך הפניה לפסק דין נפאע,¹⁰⁴ לפסק דין סלכני,¹⁰⁵ לפסק דין בורוביץ¹⁰⁶ ולמאמרה של השופטת ברק-ארז בכתב העת של הסנגוריה הציבורית.¹⁰⁷ יש לתהות אפוא כיצד ניתן ליישב בין אמירותיו השונות של השופט שהם, שבעבר הלא רחוק עוגנו שוב ושוב במבחן המניע הפסול ה"טהור", לבין פרשת הרוש, שם דבריו נעו לעבר מבחן המניע הפסול ה"מרוכך" (תוך קביעה שהטוען "אינו חייב" להצביע על מניע פסול, והפנייתו לפסק דין בורוביץ), ואולי אף לכיוון "מבחן התוצאה" של השופטת ברק-ארז (תוך הפניה לפסק דין סלכני)? וצריך עיון.

והעולה מן המקובץ הוא כי קשה עד מאוד להצביע בפסיקת בית המשפט העליון על מבחן ברור ומקובל שלאורו יש לבחון טענה של אכיפה בברנית. שכן, לא זו בלבד שקיימת מחלוקת גלויה בעניין זה בין שופטים מסוימים בבית המשפט העליון, אלא שאמירותיהם השונות של חלק מהשופטים - בינן לבין עצמן - מעוררות, כך נדמה, קשיים פרשניים ניכרים המקשים על זיהוי העמדה המשפטית ה"אמתית" של שופטים אלה. ואין ספק כי מצב דברים זה יוצר חוסר ודאות משפטית ברמה גבוהה במיוחד - והוא רחוק מלשקף מדיניות משפטית אופטימלית ורצויה.

עקרון השוויון המנהלי ודוקטרינת האכיפה הבררנית - האומנם תאומים סימאיים זהים?

ראינו לעיל כי בית המשפט העליון ציין בכמה הזדמנויות כי דוקטרינת האכיפה הבררנית נגזרת, הלכה למעשה, מעקרון השוויון במשפט המנהלי, שלפיו "כל אדם זכאי לכך שהחלטת הרשויות בענייניו תתקבל מתוך יחס של שוויון כלפיו, ומשכך - החלטה מפלה היא החלטה

פסולה".¹⁰⁸ גם במאמרה הדגישה השופטת ברק-ארז שדוקטרינת האכיפה הבררנית "יובאה" מן ההליך המנהלי לתוך ההליך הפלילי.¹⁰⁹ ואכן, נזכיר בהקשר זה כי האסמכתאות שעליהן ביססה השופטת ברק-ארז את השקפתה בדבר אימוץ "מבחן התוצאה" בתור "הגישה הנוהגת במשפט הישראלי", הן שני פסקי דין מנהליים שעניינם אי-שוויון מגדרי והיעדר ייצוג הולם לנשים בהנהלת המוסד לביטוח לאומי,¹¹⁰ וכן אי-שוויון בהקצאת תמיכה כספית על ידי עיריית

ירושלים לבית הפתוח לגאווה ולסובלנות.¹¹¹ כן נסמכה השופטת ברק-ארז על ספרה של טמיר, שבעמודים הרלוונטיים מצביעה על פסקי דין אחרים שעניינם הפלייתו לרעה של עובד חברת אל-על בקבלת כרטיס טיסה בלא תשלום לבן זוג מאותו מין, בהשוואה לעובדי החברה שבני זוגם אינם מאותו מין;¹¹² הפלייתו לרעה של המיעוט הערבי בישראל בקבלת תקציבים מהמשרד לענייני דתות לאחזקת בתי עלמין, בהשוואה לבתי עלמין יהודיים;¹¹³ הפלייתו לרעה של עובדת הסוכנות היהודית שחויבה לפרוש לפנסיה בגיל 60, בהשוואה לגברים שגיל הפרישה שלהם נקבע לגיל 65;¹¹⁴ הפלייתם לרעה של סטודנטים שאינם שומרי מצוות בהקצאת דירות לשכירות לעומת תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם", וזאת מכוח הסכם פוליטי קואליציוני;¹¹⁵ הפלייתו לרעה של בעל לול, לעומת "בעלי משק סגור", בשיווק ביצים, וכל זאת

108 פרשת פראץ, לעיל ה"ש 80, 24 לפסק דינו של השופט פוגלמן, שבה הוא מפנה לבג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 202 (1991). כן, ראו: פרשת נפאע, לעיל ה"ש 96; פרשת אנבריה, לעיל ה"ש 2, 95; 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

109 ברק-ארז, לעיל ה"ש 107, בעמ' 15.

110 פרשת שדולת הנשים, לעיל ה"ש 89.

111 פרשת הבית הפתוח, לעיל ה"ש 90.

112 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).

113 בג"ץ 1113/99 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164 (2000).

114 בג"ץ 104/87 ד"ר נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מוד(4) 749 (1990).

115 בג"ץ 1/98 ח"כ כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241 (1999).

104 פרשת נפאע, לעיל ה"ש 95.

105 פרשת סלכני, לעיל ה"ש 85.

106 פרשת בורוביץ, לעיל ה"ש 73.

107 דפנה ברק-ארז "אכיפה בברנית: מן הזכות לסעד" הסינוור 200 14 (2013).

להוכיח כי קיים אינטרס ציבורי כבד משקל במיוחד המצדיק את הפגיעה בשוויון.¹²² ואכן, בפרשת **דנילוביץ**¹²³ ביטא הנשיא (כתוארו אז) ברק רעיון זה, בציינו כי ניתן להצדיק פגיעה בשוויון מטעמים "כבדי משקל", הגם ש"מעמסה כבדה ביותר מונחת על שכמ המבקש להרים נטל זה".¹²⁴

דעתנו היא אפוא כי ההשוואה הגורפת בין עקרון השוויון במשפט המנהלי לדוקטרינת האכיפה הבררנית במשפט הפלילי, שגויה היא. שהרי, כפי שראינו לעיל, האינטרסים הציבוריים הנגדיים שעמדו מול הפגיעה בעקרון השוויון במקרים שעליהם מסתמכות השופטת ברק-ארז והמלומדת טמיר היו חלשים (במקרה הטוב),¹²⁵ ולא קיימים כלל (במקרה הפחות טוב).¹²⁶ לעומת זאת, כשעסקין באכיפת החוק הפלילי על עבריינים הפוגעים בערכיה המוגנים של החברה, הרי ניצבים מול

בהסתמך על "מבחן שאינו תואם עוד את המציאות של עכשיו";¹¹⁶ ולבסוף, החלטת המפקח על המזונות לפעול להגבלת גידול חזירים בארץ תוך שקילת "נימוקים דתיים-לאומיים ולא נימוקים כלכליים-משקיים הנוצצים במטרות הפיקוח על המזונות".¹¹⁷ לדעתה של טמיר, כפי שהובאה בספרה, "באנגליה [...] הדין אינו מחייב הוכחה של כוונה להפלות",¹¹⁸ וזאת בהסתמך על פסק דין של בית הלורדים משנת 1990 בפרשת James,¹¹⁹ שם נדונה הפליה מגדרית (לטובת נשים) על רקע העובדה שלנשים מעל גיל 60 הותרה הכניסה לברכה ציבורית בחינם, ואילו גברים חויבו לשלם דמי כניסה עד גיל 65.

"אנו מתקשים עד מאוד לקבל את הגישה שלפיה עקרון השוויון המנהלי ודוקטרינת האכיפה הבררנית - חרף הרציונליים הדומים המשותפים - הם בבחינת תאומים סיאמיים זהים, במובן זה שמכלול הפרטים והדקדוקים של זה מקרין מינה וביה על זה"

ובכן, בכל הכבוד וההערכה, אנו מתקשים עד מאוד לקבל את הגישה שלפיה עקרון השוויון המנהלי ודוקטרינת האכיפה הבררנית - חרף הרציונליים הדומים המשותפים - הם בבחינת תאומים סיאמיים זהים, במובן זה שמכלול הפרטים והדקדוקים של זה מקרין מינה וביה על זה. וכאן יודגש כי במרבית המקרים שלעיל עסקין בהפליה כלפי קבוצות מיעוט חלשות באוכלוסייה,¹²⁰ כך שמדובר ב"מיון חשוד" ("suspect classification")¹²¹ שמטיל באופן אינהרנטי על הרשויות את הנטל

122 ראו לעניין זה פסק הדין של בית המשפט העליון בארה"ב בפרשת Fisher v. University of Texas at Austin, 133 S. Ct. 2411 (2013): "[J]udicial review must begin from the position that 'any official action that treats a person differently on account of his race or ethnic origin is inherently suspect'. [...] Strict scrutiny is a searching examination, and it is the government that bears the burden to prove 'that the reasons for any [racial] classification [are] clearly identified and unquestionably legitimate' עוד יובהר, כי בתי המשפט בארצות-הברית מפעילים פיקוח קפדני במיוחד (strict scrutiny) במצבים שבהם נפגע לכאורה עקרון השוויון על רקע גזע, דת או מוצא אתני, ובאשר להפליה על רקע מגדרי או "ממזרות" (נפגע שנולד מהורים לא נשואים), מופעל מבחן פיקוח בינוני (intermediate scrutiny). לעומת זאת, באשר להפליה על רקע גיל, נכות, העדפה מינית או מצב כלכלי, המבחן שנקבע הוא מבחן הבסיס הרציונלי (rational basis). אך ישנן מדינות - כגון קליפורניה - שבהן הועלתה רמת הפיקוח בנוגע לפגיעה בזכויותיהם של הקהילה הגאה לכדי "strict scrutiny". וראו לעניין זה: Perry v. Schwarzenegger, 704 F. Supp. 2d 921 (N.D.Cal. 2010).

123 פרשת **דנילוביץ**, לעיל ה"ש 112.
 124 בעמ' 766; כן ראו לעניין זה: טמיר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 154-156.
 125 כך, למשל, בפרשת **שדולת הנשים**, לעיל ה"ש 89, בעמ' 644, נטען כי הפרת החובה להציע את המינוי לאישה נבעה מניסיון ומהתאמתו של המועמד שנבחר; בפרשת **נבו**, לעיל ה"ש 114, בעמ' 755, נטען כי חובת הפרישה המוקדמת לאישה היא "פריוולגיה, בכך שהוא למעשה מעניק לאישה הטבה" ו"מפחית [...] עומס יתר [...] [כ]אם ורעיה"; בפרשת **הבית הפתוח**, לעיל ה"ש 90, בעמ' 48, נטען כי "הפחתה מדרישות הסף" לקבלת מימון ציבורי עלולה לגרום לכך ש"התמיכה [מהעירייה] תתפורר לפירורים"; בפרשת **James**, לעיל ה"ש 119, הרציונל להעדפת נשים על פני גברים נבעה, כפי הנראה, מהמחשבה כי נשים מצטרפות יותר מאשר גברים (וראו בהקשר זה פרשת E. v. (on the application of) Lord Mance [2009] UKSC 15, JFS Governing Body, פס' 78 לפסק דינו של Lord Mance).
 126 כך, למשל, בפרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 176, נטען כי המשרד לענייני דתות לא הפלה בני דתות אחרות לרעה, אך בית המשפט הגבוה לצדק דחה מבחינה עובדתית את הטענה ואף העיר באופן סרקסטי כי גם הפליה "מוכחשת" ו"מוסווית" היא הפליה פסולה; בפרשת **דנילוביץ**, לעיל ה"ש 112, בעמ' 766, נטען באופן סתמי כי "לא הרי בני זוג מאותו מין החיים ביחד כהרי בני זוג מבני שני המינים החיים ביחד", אך בפועל "לא נעשה כל ניסיון [מטעם חברת אל-על] להרים [את ה]נטל" הרובץ עליו להצדקת הפגיעה בשוויון; בפרשת **כבל**, לעיל ה"ש 115, בעמ' 261, נטען כי צידוקה של ההפליה הוא "בקיטום של הסכם בין מפלגות לקואליציה", ובית המשפט הגבוה לצדק הגדיר זאת כטענה "בלתי נוסבלת".

116 בג"ץ 118/62 לנדאו נ' שר החקלאות, פ"ד טז 2540, 2544 (1962).
 117 בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 55, 40 (1956).
 118 ראו: טמיר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 154.
 119 2 A.C. 751 [1990] James v. Eastleigh Borough Council.
 120 ונדז'יר לעניין זה כי פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 113, עסקה בהפליה על רקע דתי; פרשת **שדולת הנשים**, לעיל ה"ש 89, פרשת **נבו**, לעיל ה"ש 114 ופרשת **James**, שם, עסקו בהפליה על רקע מגדרי; פרשת **דנילוביץ**, לעיל ה"ש 112 ופרשת **הבית הפתוח**, לעיל ה"ש 90, עסקו בהפליה על רקע העדפה מינית; פרשת **כבל**, לעיל ה"ש 115, עסקה אף היא בהפליה על רקע דתי, הגם שההפליה שם כאנה לטובת קבוצת מיעוט (המגזר החרדי) מכוח הסכם פוליטי קואליציוני; פרשת **לנדאו**, לעיל ה"ש 116, הלכה למעשה, איננה מקרה של פגיעה בשוויון, אלא מקרה של החלטה מינהלית שהתקבלה בהיעדר בסיס רציונלי "במציאות של עכשיו"; כך גם פרשת **לזרוביץ**, לעיל ה"ש 117, אשר אינה מקרה קלאסי של פגיעה בשוויון, אלא מקרה של ultra vires עקב החלטת המפקח על המזונות להגביל גידול חזירים בארץ מ"נימוקים דתיים", להבדיל מ"נימוקים כלכליים-משקיים".
 121 כך, למשל, לעניין הקהילה הגאה כאוכלוסייה "חשודה", ראו: פרשת **הבית הפתוח**, לעיל ה"ש 90, בעמ' 23-66.

עקרון השוויון אינטרסים ציבוריים כבדי משקל ומגוונים, כגון אינטרס בירור האמת;¹²⁷ שמירה על ביטחון הציבור;¹²⁸ הענשת עבריינים;¹²⁹ הרתעה וגמול כמכשיר להגשמת אינטרסים חברתיים;¹³⁰ הנחלת מסר ערכי לציבור והסדרת ההתנהגות האנושית במסגרת נורמטיבית ראויה;¹³¹ ניהולו של הליך פומבי החשוף ל"אור השמש";¹³² הגנה על זכויות קרבן העברה הנפגע;¹³³ ועוד. הבדל עמוק זה בין הליך מנהלי להליך פלילי משתקף היטב במשפט האנגלי, כיוון שעיון בפסיקה האנגלית שניתנה לאחר פרסום פסק דין James מלמד כי תחולתה של ההלכה שנפסקה בה מוגבלת לחלוטין לתחום המנהלי-אזרחי,¹³⁴ ואינה רלוונטית לתחום הפלילי (שם היא אינה מוזכרת כלל).

השופטת ברק-ארז עצמה הכירה בכך, במאמרה הנזכר לעיל, כי "יש שוני בין ההקשר הפלילי להקשר המינהלי", כיוון ש"להבדיל מאשר בהליך מינהלי, מובן כי בהליך הפלילי עצמו לא יינתן סעד אופרטיבי שעניינו הענקת סעד שלילי (של הגשת כתב אישום כנגד צד שלישי)".¹³⁵ כלומר, גם השופטת ברק-ארז מודה בכך שאין להשוות באופן מוחלט בין עקרון השוויון המנהלי לדוקטרינת האכיפה הבררנית במשפט הפלילי, וכי קיים שוני מסוים ביניהם. לדעתנו, שוני זה חייב להתבטא, כאמור, גם ביחס לאי-תחולת מבחן התוצאה בהליכים פליליים.

127 ע"פ 121/98 יששכרוב נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(1) 461, 4'09 לפסק דינה של השופטת ביניש (2006); פרשת בורוביץ, לעיל ה"ש 73, בעמ' 807; בג"ץ 5699/07 פלונית (א) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, 38'09 לפסק דינו של השופט לוי (2008).

128 פרשת בורוביץ, לעיל ה"ש 73, בעמ' 807.

129 שם.

130 שם. כן ראו: פרשת פלונית, לעיל ה"ש 127, 38'09 לפסק דינו של השופט לוי.

131 פרשת פלונית, שם. רע"פ 9008/01 מדינת ישראל נ' א. מ. תורג'מן בע"מ, פ"ד נז(5) 799, 11'09 להחלטתה של העושה פרקציה (2003).

132 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 127, 38'09 לפסק דינו של השופט לוי.

133 שם; פרשת בורוביץ, לעיל ה"ש 73, בעמ' 807.

134 134 ראו, למשל: פרשת JFS, לעיל ה"ש 125 (בית ספר יהודי אורתודוקסי שסירב לקבל תלמיד שאמו לא התגיירה נגד אורתודוקסי); Hall v. Bull, [2013] UKSC 73 (בעל בית מלון, נוצרים אדוקים, שסירבו לאפשר לבני זוג מאותו מין לקבל חדר עם מיטה זוגית). כן ראו: Lord Mance, [2009] 149 Ind. Law J. 149, Rethinking Victimisation, 38(2) M. Connolly. סיטואציה של הפליה פסולה גלויה (overt) - שבגינה אין הכרח לבחון את מניעיו של הגורם המפלה, כפי שאירע בפרשת JFS, לעיל ה"ש 119 - לבין הפליה שאינה גלויה, ששם קיימת הצדקה לבחון במקרים מתאימים מניעיו של הנתבע. וראו פרשת JFS, 1265-21-20 לפסק דינו של Lord Phillips; 64'09 לפסק דינה של Lady Hale, 78'09 לפסק דינו של Lord Mance, 113-114 לפסק דינו של Lord Kerr, 137'09 לפסק דינו של Lord Clarke.

135 ברק-ארז, לעיל ה"ש 107, בעמ' 16-17. על אף דברים אלה של השופטת ברק-ארז - שלפיהם "מובן כי בהליך הפלילי עצמו לא יינתן סעד אופרטיבי [...] של הגשת כתב אישום כנגד צד שלישי" - היא אפשרות זו ממש נשקלה בפסק דינה בפרשת אנגריה, לעיל ה"ש 2, 14'09 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, ורק בשל היעדר היתכנותה בחרה באלטרנטיבה של הענקת סעד חיובי למערער.

אף בית המשפט הגבוה לצדק אינו תמיד מקפיד להיזקק למבחן התוצאה בהליכים מנהליים. כך, בבג"ץ קואסמה,¹³⁶ שבו נדונה הריסת בתייהם של המחבלים שהיו מעורבים בחטיפתם ורציחתם של שלושת הנערים בגוש עציון, טענו העותרים כי הרשויות אוכפות את הדין באופן בררני, כיוון שבתייהם של יהודים שרצחו ערבים מתוך מניע לאומני אינם נהרסים. בית המשפט הגבוה לצדק דחה את טענת ההפליה הפסולה - תוך הפניה לדבריו של השופט זמיר בפרשת זקין¹³⁷ - על בסיס ההנחה שגם אם העותרים הצביעו על "אכיפה הנחזית להיות בררנית", הרי הרשויות עדיין יכולות להראות כי החלטתן נעוצה ב"שיקולים ענייניים",¹³⁸ וטענות העותרים "אינן יכולות להצביע, בעת הזאת, על קיומם של אפליה או שיקולים זרים".¹³⁹ בית המשפט הגבוה לצדק הוסיף כי נוכח העובדה שתכליתה של הריסת הבתים במקרה דנא היא "הרתעתית" ולא "עונשית", הרי שלא די בעצם ביצועם של מעשי טרור נתעבים על ידי יהודים "כדי להצדיק לבדם את הפעלתה של התקנה כלפי יהודים, ואין בהחלטת המשיב שלא להפעיל את התקנה ביחס לחשודים ברצח [של הנער מוחמד אבו חדיר] כדי להצביע לבדה על קיומה של אכיפה בררנית".¹⁴⁰ הוזה אומר, אף שהרשויות טרם הרסו את בתייהם של מחבלים יהודים, הרי לא די בתוצאה זו כשלעצמה כדי להקים טענת אכיפה בררנית, וזאת מכיוון שלא הוכחו במקרה דנא "שיקולים זרים" שנשקלו על ידי המפקד הצבאי. והעולה מכל האמור לעיל הוא כי אין מקום ל"ייבא" את כללי עקרון השוויון במשפט המנהלי לתוך דוקטרינת האכיפה הבררנית במשפט הפלילי. בפרט, אין מקום להחיל את "מבחן התוצאה" שהוכר בהליכים מנהליים שונים¹⁴¹ לתוך הליכים פליליים, שכן ביסוד ההליך הפלילי ניצבים אינטרסים ציבוריים חשובים ביותר (בבחינת compelling government interests) שיש להעדיפם על עקרון השוויון, ובלבד שהפגיעה בשוויון לא נבעה ממניע פסול או משיקול זר של הרשויות

136 בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 11.8.2014).

137 פרשת זקין, לעיל ה"ש 47, בעמ' 307.

138 פרשת קואסמה, לעיל ה"ש 136, 30'09 לפסק דינו של השופט דניצ'גר, שאילוי הצטרפו השופטים עמית וסולברג.

139 שם.

140 שם.

141 אכן, בפרשת קואסמה, לעיל ה"ש 136, לא יושם מבחן התוצאה, אלא מבחן המניע הפסול. כן ראו: בג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט 1261, 1265 (1955): "ב'קיצור, יש להראות שההפליה הייתה מכוונת וזדונית" (ההדגשה אינה במקור).

ברק-ארז מבססת את קביעתה בדבר קיומה של הגנה מן הצדק או אכיפה בדרנית על "סתירה מהותית" שהתגבשה סופית זמן רב לאחר "הגשת כתב האישום" ו"ניהול ההליך הפלילי" עד תום.¹⁴⁷ ויש לשאול - פרט לעובדה שקביעה זו אינה מתיישבת עם לשון החוק - האין בכך כדי לפגוע פגיעה משמעותית גם בעקרון סופיות הדין, נוכח הרקבת תוצאה שעשויה להתגבש זמן רב לאחר סיום

ההליכים על גבי מבחן התוצאה עצמו? האם אין בגישתה המתוארת של השופטת ברק-ארז כדי לפתוח, כדברי השופט עמית, "פשפש קטן, שברבות הימים עשוי להתרחב כפתחו של אולם"¹⁴⁸ כאן יוער כי בפרשת Petch¹⁴⁹ דחה בית המשפט לערעורים בממלכה המאוחדת את טענותיהם של שני נאשמים בדבר קיומה של אכיפה בדרנית בניסיונות דומות עד מאוד לאלו שבענייננו. במקרה זה, שני נאשמים בשם Petch ו-Coleman הורשעו בגין רצח של יצאנית ונשפטו לעונש מאסר עולם. לפני תחילת משפטם של השניים, שני חשודים נוספים במעורבות ברצח - Crossling ו-Harrison - נמלטו מבריטניה. לאחר סיום המשפט של Petch ו-Coleman, הוסגר Crossling מספרד. גם Harrison שב לבריטניה כשנה ומחצה לאחר מכן. בעקבות כך, התביעה הגיעה להסדר טיעון עם Crossling ו-Harrison, שלפיו Crossling יורשע בהריגה ויישפט לתשע שנות מאסר בגין מעורבות בהריגת היצאנית ועוד תשע שנים במצטבר בגין

147 אמנם השופטת ברק-ארז הביעה את דעתה שם, 9-7'09 לפסק דינה, כי קם "פסול יסודי ביותר" בהתנהלות המדינה כבר בשנת 2001 - עקב ההחלטה שלא לבטל את הסכם עד המדינה עם מנסור - כך שתחילתה של "הסתירה המהותית" ל"עקרונות של צדק והגינות משפטית" היא בעת "ניהול ההליך הפלילי", כנדרש בסעיף 149(10); ברם, כעולה מהמשך דבריה של השופטת ברק-ארז, ברי כי המועד הקובע לצורך בחינת ה"סתירה המהותית" האמורה - קרי, המועד להתגבשותה הפורמאלית של התוצאה המפלה - הוא המועד שבו "נסתם הגוללי" על האפשרות להעמיד את מנסור לדין על חלקו בפרשה; וכפי שראינו, מדובר, לדעת השופטת ברק-ארז, בשנת 2005 לערך (דהיינו, חודשים רבים לאחר סיום משפטו של המערער).

148 פרשת אנבריה, לעיל ה"ש 2, 64'09 לפסק דינו של השופט עמית, ואכן, אין זה קשה להעריך מה תהא ההשפעה המשמעותית של עמדת השופטת ברק-ארז - אם תתקבל - על כמות הבקשות לקיום משפט חוזר בהסתמך על עילת האכיפה הדרנית "במבט לאחור".

149 R. v. Petch (Thomas) [2005] 2 Cr. App. R. 40 (CA (Crim Div))

"אין מקום לייבא את כללי עקרון השוויון במשפט המנהלי לתוך דוקטרינת האכיפה הדרנית במשפט הפלילי. בפרט, אין מקום להחיל את 'מבחן התוצאה' שהוכר בהליכים מנהליים שונים לתוך הליכים פליליים, שכן ביסוד ההליך הפלילי ניצבים אינטרסים ציבוריים חשובים ביותר (בבחינת 'compelling government interests' עקרון השוויון, ובלבד שהפגיעה בשוויון לא נבעה ממניע פסול או משיקול זר של הרשויות"

(בייחוד כשעסקינן בפגיעה בשוויון כלפי "קבוצות חשודות").

מבחן התוצאה - האם החוק מאפשר לבחון את התוצאה לאחר תום ההליך הפלילי?

ראינו לעיל כי השופטת ברק-ארז דוגלת, לצורך הכרעה בטענת אכיפה בדרנית, במבחן התוצאה. עם זאת, נדמה כי השופטת ברק-ארז צעדה צעד מהותי נוסף בפרשת אנבריה,

שהרי המועד שבו בחרה לבחון את קרות "התוצאה המפלה" הוא מועד שהתרחש לאחר סיום משפטו של המערער, ואף לאחר שהרשעתו כבר הפכה חלוטה. כך עולה בבירור מדבריה, שלפיהם "לו היה הערעור שלפנינו מוגש לפני עשור, ייתכן שהביקורת עליו הייתה מאפשרת עדיין להוביל מהלך של ביטול ההסכם והעמדתו של מנסור לדין. חלוף הזמן סתם את הגולל על אפשרות זו. בניסיונות אלה, השאלה היא האם דרך אחרת, שאינה דרך המלך, עוונת פתוחה"¹⁴². ודוק: משפטו של המערער הוכרע לשבט בשנת 2003, וכעולה מדברי השופטת ברק-ארז, אילו היה ערעורו של המערער מוגש "לפני עשור" (קרי, בשנת 2005 או בסמוך לכך), אזי "ייתכן" כי ניתן היה להעמיד את מנסור לדין ובכך למנוע אותה "הפליה קשה"¹⁴³ ו"הפליה בוטה וקיצונית, העולה כדי שרירות ממש"¹⁴⁴ בין מנסור למערער.

דא עקא, מן הראוי לשוב עתה ללשונו של סעיף 149(10) לחסד"פ,¹⁴⁵ הוראת החוק שמוזכרת בפסק הדין של השופטת ברק-ארז.¹⁴⁶ ובכן, סעיף 149(10) קובע כי ניתן להעלות טענת הגנה מן הצדק כטענה מקדמית אם "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"; כלומר, **מנעד הזמנים שבו נבחנת אותה "סתירה מהותית" תחילתו בעת "הגשת כתב האישום", וסופו בתום "ניהול ההליך הפלילי". לעומת זאת, השופטת**

142 פרשת אנבריה, לעיל ה"ש 2, 64'09 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

143 שם, 69'09 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

144 שם, 69'10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

145 ס'149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חסד"פ").

146 פרשת אנבריה, לעיל ה"ש 2, 66'09 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

affect the safety of the convictions of the appellants [...]
The charge of murder against the present appellants could not be called an overcharge and there was ample evidence to support the convictions [...] **The law does not permit the court to take an overall view of the situation retrospectively and, in the interest of even-handedness, to declare the convictions of the appellants unsafe**.¹⁵¹

עינינו הרואות אפוא כי גישתה של השופטת ברק-ארז, שלפיה ניתן לבחון את הגינות ההליך במבט לאחור - או, כדברי השופטים עמית וברון, ב"חוכמה שבדיעבד"¹⁵² - נשללה במפורש בבית המשפט בממלכה המאוחדת, וזאת אף שהדין האנגלי משמש, להשקפת המלומדת טמיר, השראה מרכזית לאימוץ מבחן התוצאה (לדעתה) בדין הישראלי.¹⁵³ מנגד, דעתנו היא כי שלילת מבחן התוצאה כבסיס לקבלת הגנה מן הצדק במשפט האנגלי - לא כל שכן, שלילת מבחן שבו התוצאה עשויה להיוולד או להתגבש לאחר תום משפטו של הנאשם - מחזקת את המסקנה כי אין לקבל מבחן זה במשפט הישראלי.

אכיפה ברחיקת מול ענישה ברחיקת

ברצוננו להצביע על קושי נוסף בהחלת מבחן התוצאה על טענת הגנה מן הצדק מסוג אכיפה ברחיקת. שהרי, אם יאומץ מבחן התוצאה במסגרת האכיפה הבררנית - תחת בחינת השיקולים שעמדו ביסוד החלטת התביעה - ניתן לתהות אם אותו דין אינו צריך לחול גם על בית המשפט במסגרת הפעלת עקרון אחידות הענישה? לשון אחר, האם בית המשפט הפלילי יהא מחויב מכוח עקרון השוויון להשוות בין עונשיהם של נאשמים באותה קבוצת התייחסות, גם אם מתקיימים שיקולים נכבדים שמצדיקים חריגה מעקרון אחידות הענישה במקרה כזה או אחר?

¹⁵¹ שם, פס' 46-47 לפסק דינו של Lord Justice Pill. כן ראו: "Abuse of Process: Discrepancy in Convictions and Sentences Arising from Events After Conviction of Appellant", ARCH. NEWS 8, 1 (2005); D. YOUNG, M. SUMMERS & D. CORKER, ABUSE OF PROCESS IN CRIMINAL PROCEEDINGS §§ 4.34 - 4.37 (4TH ED., 2014).

¹⁵² ראו לעניין זה: פרשת אנבריה, לעיל ה"ש 32 (ביחס לשופט עמית); פרשת אנבריה, לעיל ה"ש 42 (ביחס לשופטת ברון) והטקסט הצמוד לה.
¹⁵³ טמיר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 154.

עברות אחרות (לאחר מכן הופחת עונשו של Crossling בעברות האחרות מתשע שנים לחמש שנים). באשר ל-Harrison, התביעה הסכימה להסדר טיעון שלפיו יורשע בהריגה ויישפט לשבע שנות מאסר בגין מעורבות בהריגת היצאנית ועוד שנתיים במצטבר בגין עברות אחרות. בהקשר זה יוער כי עמדת התביעה בהליכים השונים הייתה כי Crossling - שהורשע לבסוף בהריגה בלבד - היה העבריין העיקרי בפרשת הרצח, וכי הוא זה שהשליך את המנוחה מחלון גבוה וגרם למותה.

נוכח ההשתלשלות המתוארת, ו-Petch ו-Coleman הגישו בקשה למתן ארכה להגשת ערעור על הרשעתם ברצח וחומרת עונשם. ניתנה ארכה כמבוקש. בערעורם, טענו השניים כי התביעה נהגה עמם באופן בלתי-שוויוני לעומת Crossling ו-Harrison, וכי הטיפול הבלתי-שוויוני היה כה קיצוני ולא הוגן עד שיש מקום לקבלת טענת הגנה מן הצדק, לזכותם מרצח, להרשיעם בהריגה ולגזור את עונשם בהתאם.¹⁵⁰ Petch היה מוכן להודות בעברת הריגה במהלך משפטו, אך התביעה דחתה את הצעתו. Petch הדגיש בערעורו כי אינו טוען שהתביעה פעלה בחוסר תום לב בהגיעה להסדר טיעון עם Crossling ו-Harrison, אך מדובר בדיעבד בתוצאה בלתי-צודקת שמחייבת קבלת טענת ההגנה מן הצדק. עוד נטען, כי לא מתקבל על הדעת שדווקא השניים שנמלטו לפני המשפט יצאו נשכרים, לעומת השניים האחרים.

בית המשפט לערעורים דחה את ערעורם של Petch ו-Coleman. וכך בלשון Lord Justice Pill:

"At the trial of the appellants, the verdicts of murder were properly reached and the judge was required to impose a life sentence [...] For relief to be provided in this court, by way of substituting a conviction for manslaughter for one of murder, and imposing a determinate sentence, the verdicts would have to be quashed and that can only be done if they were unsafe [...] The disparity of sentences imposed at the subsequent trial arising out of the same events does not

¹⁵⁰ שם, פס' 8 לפסק דינו של Lord Justice Pill.

"מקום שבו המחוקק דורש מדיניות אחידה של התביעה בסוגיית ההעמדה לדין, הוא יודע ליצור מנגנון סטטוטורי המחייב קבלת אישור של היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב האישום. משמע, אם המחוקק אינו מחייב אישור מוקדם שכזה, הוא גם אינו דורש 'תביעה משובטת' ומוכן להשלים עם שונות מסיימת בהחלטותיה (ובלבד ששונות זו אינה נובעת ממניעים פסולים)"

המשפטי לממשלה להגשת כתב האישום.¹⁶⁰ משמע, אם המחוקק אינו מחייב אישור מוקדם שכזה, הוא גם אינו דורש 'תביעה משובטת' ומוכן להשלים עם שונות מסיימת בהחלטותיה (ובלבד ששונות זו אינה נובעת ממניעים פסולים). שופטת בית המשפט העליון בקנדה, Claire L'Heureux-Dubé, נתנה לכך ביטוי בהפנותה לדברים המאלפים הבאים של בית המשפט במחוז מניטובה:

"In the criminal law process prosecutorial discretion exists throughout the entire process, from the initial investigation stage through to the conclusion of the trial. The people involved in the process, be they police officers [...] or other individuals charged with the responsibility of investigating breaches of various laws, or crown attorneys, are not the same nor will they necessarily act in the same way in exercising the discretion they have. This may lead to a situation where one person is charged with an offence, while another in seemingly identical circumstances is not; one person is prosecuted by indictment, another by summary conviction; one person is dealt with under one provision of a particular statute while another is

נדמה כי התשובה לשאלה זו פשוטה - והיא, לא ולא. עמד על כך השופט זילברטל בפרשת **סראחין**,¹⁵⁴ שם ציין כי על אף העובדה ש"נראה כי יש ממש בטענתם של המערערים, כי עקרון אחידות הענישה מטה את הכף לעבר הקלה בעונשם", הרי "הלכה היא, כי עקרון אחידות הענישה הוא שיקול אחד במכלול השיקולים שיש לאזנם כדי להגשים את תכלית הענישה"; משכך, "תיתכן סטייה מעקרון אחידות הענישה אף כאשר קיימת זהות בנסיבותיהם האישיות של הנאשמים, אם מצא בית המשפט כי שיקולי ענישה כלליים גוברים על עקרון אחידות הענישה".¹⁵⁵ ואין בכך חידוש, שכן בית המשפט העליון הדגיש לא פעם בעבר כי עקרון אחידות הענישה אינו "חזות הכל",¹⁵⁶ אינו "מדע מדויק"¹⁵⁷ ואינו "עניין אריתמטי",¹⁵⁸ אלא יש לגזור את עונשו של נאשם "על פי מכלול הנסיבות והשיקולים הרלוונטיים".¹⁵⁹

ואנו שואלים: האם מלאכתו של תובע - שלא כמו מלאכתו של שופט - היא בגדר "מדע מדויק" ו"עניין אריתמטי" שניתן "לשכפלה" לפי שיטת ה"העתק והדבק"? זאת, בייחוד על רקע העובדה שהחלטת התביעה בדבר העמדה לדין - בניגוד למלאכת גזירת העונש - מתקבלת בתנאים גדולים יותר של חוסר ודאות, מאחר שהתשתית העובדתית טרם עברה את כור ההיתוך השיפוטי וטרם התגבשה? (ופרשת **אגבריה** עצמה מוכיחה זאת היטב). ובכן, האם זה ראלי לדרוש מהתביעה - המורכבת מיחידות שונות (כגון פרקליטות המדינה, התביעה המשטרתית, תובעי הרשויות המקומיות השונות, ועוד) הפרוסות בכל הארץ (כך שלעתים מתעוררות תופעות עברייניות ייחודיות באזור מסוים) ואשר במסגרתן משרתים אלפי תובעים - מדיניות אחידה ביחס לכל כמות של ראיות לכאורה, סוג של עברה ומיהותו של עבריין? ונזכיר בהקשר זה כי **מקום שבו המחוקק דורש מדיניות אחידה של התביעה בסוגיית ההעמדה לדין, הוא יודע ליצור מנגנון סטטוטורי המחייב קבלת אישור של היועץ**

154 ע"פ 2455/15 סראחין נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 20.8.2015). פסק הדין ניתן בהסכמת השופטים ג'ובראן ושהם.

155 שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט זילברטל. כן ראו: ע"פ 7166/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 15 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בבנו, 24.2.2016).

156 ע"פ 1987/15 דורי נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בבנו, 17.8.2015). פסק הדין ניתן בהסכמת השופטים ג'ובראן ומלצר.

157 ראו, למשל: ע"פ 11699/05 סרפו נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 498, פס' 1 לפסק דינה של השופטת ארבל (2008); רע"פ 84/16 בישר נ' מדינת ישראל, פס' 11 להחלטתו של השופט מלצר (פורסם בבנו, 2.2.2016).

158 ע"פ 7752/13 אבו עזא נ' מדינת ישראל, עמ' 2 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בבנו, 15.10.2015). פסק הדין ניתן בהסכמת השופטים ברק-ארז ומזוז.

159 שם.

160 וראו לעניין זה: ע"פ 7211/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 58 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בבנו, 13.12.2015): "מנגנון [אישור היועץ המשפטי לממשלה עובר להעמדה לדין] נועד להבטיח, בין היתר, כי ההחלטה להעמיד לדין תהיה פרי גישה כללית ואחידה".

על יסודות רציונליים - ולא די בכך שהנאשם אך יצביע על טעות גרידא שיש בה כדי לגרום לתוצאה שהיא (בעיניו) לא צודקת. מדיניות משפטית זו מעוגנת עמוק גם בעקרון הפרדת הרשויות שניצב ביסוד השיטה הדמוקרטית עצמה, ועיקרון זה אף מחייב הרחקת בית המשפט - כבורר ניטרלי - ממעורבות ישירה ואקטיבית בהחלטות שעניינן העמדה לדין.¹⁶³

”האם מלאכתו של תובע - שלא כמו מלאכתו של שופט - היא בגדר ‘מדע מדויק’ ועניין אריתמטי שניתן לשכפלה לפי שיטת ה‘העתק והדבק’? זאת, בייחוד על רקע העובדה שהחלטת התביעה בדבר העמדה לדין - בניגוד למלאכת גזירת העונש - מתקבלת בתנאים גדולים יותר של חוסר ודאות, מאחר שהשתית העובדתית טרם עברה את כור היתוך השיפוטי וטרם התגבשה?”

נוכח מושכלות יסוד אלה, נפסק בארצות-הברית כי על הנאשם להראות, במסגרת דוקטרינת האכיפה הבררנית, **תוצאה מפלה שמקורה במטרה מפלה של התביעה.**¹⁶⁴ באנגליה, בתי המשפט דורשים כיום הוכחה כי התביעה פעלה מתוך **התעמרות** בנאשם (oppression), באופן **קנטרני** כלפיו (vexatious), או מתוך **התנהגות**

163 ולעניין זה, ראו פסק הדין הנ"ל של השופטת הקנדית Claire L'Heureux-Dubé בפרשת Viscount Dilhorne של R. v. T. (V), לעיל ה"ש 161, בעמ' 761, שם ציטטה את דבריו של "A judge must keep out of the arena.": 1976 משנת 1976. He should not have or appear to have any responsibility for the institution of a prosecution. **The functions of prosecutors and of judges should not be blurred. If a judge has power to decline to hear a case because he does not think it should be brought, then it soon may be thought that the cases he allows to proceed are cases brought with his consent or approval** [ההדגשה אינה במקור].

164 ראו פסק הדין של בית המשפט העליון בארה"ב בפרשת United States v. Armstrong, 517 U.S. 456, 465 (1996), שם נקבע כי: "[T]he claimant must demonstrate that the federal prosecutorial policy 'had a discriminatory effect' and that it was motivated by a discriminatory purpose" 21A Am Jur 2d, Criminal Law § 893 (2016). ("Discriminatory or Selective Prosecution - Establishing Prima Facie Case").

dealt with under a different, perhaps harsher provision. As is pointed out by Scolin J. of the Manitoba Court of Queen's Bench [...] **'The world of democratic theory may be peopled by legal clones, but the real world is not'**.¹⁶¹

ולמקרא דברים אלה, נדמה כי כל המוסיף עליהם - גורע. סיכומו של דבר, ברי כי בית המשפט אינו גוזר את הדין על פי נוסחה מתמטית קשיחה המבוססת על עקרון אחידות הענישה ומבחן התוצאה; וכך גם פועלת התביעה הכללית בהחלטותיה בדבר העמדה לדין. ובמילים אחרות, **בית משפט פלילי שגוזר את הדין "על פי מכלול הנסיבות והשיקולים הרלוונטיים"**,¹⁶² תוך סטייה מעקרון אחידות הענישה, אינו עוסק ב"ענישה בררנית"; כך, גם תובע המקבל החלטה בדבר העמדה לדין "על פי מכלול הנסיבות והשיקולים הרלוונטיים", אף שהנאשם טוען כי במקרה אחר התקבלה החלטה שונה, אינו עוסק ב"אכיפה בררנית". וכפי שציינה השופטת הקנדית-Claire L'Heureux Dubé, ב"עולם האמתי" אין שיבוטים משפטיים ("legal clones"), ולא ניתן אפוא לדרוש כי מלאכת האכיפה "תשובט" *ad infinitum*.

מסקנות

סעיף 62 לחסד"פ קובע כי תובע הוא המוסמך לקבל החלטה בדבר העמדה לדין, ולפי סעיף 67 הוא אשר גם מגיש את כתב האישום לבית המשפט. רק כאשר תובע חורג מהסמכות שניתנה לו בדין ופועל, חלילה, מתוך **מוניע פסול** או **שיקול זר**, יש לשלול הימנו את הסמכות הסטטוטורית להחליט נגד מי להגיש כתב אישום, באילו נסיבות ובגין איזו עברה. ובמצב דברים כזה, נתונה לבית המשפט סמכות לקבל טענה של אכיפה בררנית ולהעניק לנאשם סעד במנותק משאלת החפות או האשמה; אך לשם כך על הנאשם להראות, כאמור, כי שיקול הדעת של התובע בעת הגשת כתב האישום או בעת ניהול ההליך הוא מזוהם - או למצער, כי החלטת התובע אינה מבוססת

161 וראו: R. v. T. (V.), [1992] 2 S.C.R. 749, 760-761. R. v. Beare, [1988] 2 S.C.R. 387. Gérard La Forest בפרשת R. v. Beare, [1988] 2 S.C.R. 387, פס' 51: "Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid".

162 פרשת אבו עצא, לעיל ה"ש 158.

האוחזים ב"מבחן המניע הפסול (המרוכך)", שלפיו יש לבחון ככלל את מניעה של התביעה, אך ב"נסיבות מיוחדות ונדירות",¹⁷⁰ ב"מקרים מתאימים"¹⁷¹ או כאשר מתקיים "ליקוי בהיבט אחר",¹⁷² ניתן לקבל את טענת האכיפה הבררנית אף בהיעדר מניע פסול; וזאת, מבלי שבעלי גישה זו מסבירים מהן אותן "נסיבות" המאפשרות זאת (הגם שלדעתנו, כמסובר לעיל, נסיבות אלו עשויות לקום במצב של שרירותיות או היעדר בסיס רציונלי לקבלת ההחלטה בדבר העמדה לדיון).

יהא הדבר אשר יהא, מצב עמום זה יוצר חוסר ודאות משפטית ומקשה מאוד הן על הערכאות הנמוכות, הן על התביעה והן על ההגנה למשות ממצולות הים הלכה מנחה וקוהרנטית בסוגיה חשובה זו. ויוער שוב כי טענת "האכיפה הבררנית" כבר מזמן הפכה לטענה שכיחה ביותר בבתי המשפט הפליליים בארץ,¹⁷³ ואין פלא אפוא כי הסיטואציה המשפטית הנוכחית גורמת לריבוי הליכים ולמעמסה נוספת על כתפיהם של בתי המשפט (העמוסים לעיפה בלאו הכי). לא בכדי, שופט בית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז השיעי, Alex Kozinski, התנבא כבר לפני למעלה מ-20 שנה כי דוקטרינת האכיפה הבררנית תביא לידי כך שתובעים לא ידעו אימתי להעמיד לדיון, ולשופטים לא יהיה זמן לשפוט.¹⁷⁴

אמת, אין זה בגדר סוד כמוס כי הכרעת בית משפט פלילי בטענת "אכיפה בררנית" - המהווה קטגוריה אחת מני קטגוריות ה"הגנה מן הצדק" - נגזרת, במידה רבה, מניסיונו האישי, מעולמו הפנימי ומערכיו הסובייקטיביים של השופט היושב בדיון. צדק אפוא השופט

170 פרשת בורוביץ, לעיל ה"ש 74.
 171 פרשת פרץ, לעיל ה"ש 80, פס' 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
 172 פרשת רוזנשטיין, לעיל ה"ש 77.
 173 לפי בדיקה שנערכה באחד ממאגרי המידע המשפטיים, בשנת 2015 בלבד נטענה הטענה ב-460 הליכים שונים.
 174 וראו: United States v. Redondo-Lemos, 955 F. 2d 1296, 1299-1300 (9th Cir. 1992): "Prosecutorial charging and plea bargaining decisions are particularly ill-suited for broad judicial oversight. In the first place, they involve exercises of judgment and discretion that are often difficult to articulate in a manner suitable for judicial evaluation [...] Such decisions are normally made as a result of careful professional judgment as to the strength of the evidence, the availability of resources, the visibility of the crime and the likely deterrent effect on the particular defendant and others similarly situated. Even were it able to collect, understand and balance all of these factors, a court would find it nearly impossible to lay down guidelines to be followed by prosecutors in future cases. We would be left with prosecutors not knowing when to prosecute and judges not having time to judge" R. v. Power, [1994] S.C.R. 601 (para. 39-49).

פסולה (misconduct).¹⁶⁵ גם בקנדה יש להוכיח שהחלטת התביעה התקבלה מתוך התעמרות או קנטרנות (oppressive or vexatious proceedings),¹⁶⁶ ולא די בכך שחשודים אחרים היו יכולים, או היו צריכים, להיכלל בכתב האישום, אלא אם כן ההחלטה מעפילה לדרגה של החלטה שהיא "שערורייתית" ואף "מזעזעת את מצפוננו של הציבור".¹⁶⁷

אשר על כן, דעתנו היא כי המבחן הנכון לקבלת טענה של אכיפה בררנית - גם בישראל - הוא "מבחן המניע הפסול". מבחן זה מאזן היטב בין האינטרסים השונים והחשובים המונחים על כפות המאזניים, כמפורט לעיל, ובהיותו מבחן בהיר וקל יחסית ליישום, קיים גם סיכוי גבוה לכך כי אימוצו הפורמלי על ידי בית המשפט העליון אף יפחית את זרם הטענות בנושא זה המציף כיום את בתי המשפט בארץ.

דא עקא, כפי שראינו לעיל, בית המשפט העליון טרם הצליח להתוות כללים ברורים לצורך ההכרעה בטענת האכיפה הבררנית. מצד אחד, מרבית שופטי בית המשפט העליון אכן אימצו את "מבחן המניע הפסול". מהצד האחר, השופטת ברק-ארז - ואולי גם השופט רובינשטיין¹⁶⁸ ועוד שופטים אחדים¹⁶⁹ - דוגלים ב"מבחן התוצאה". לדעת השופטת ברק-ארז, המועד שבו ניתן לבחון את ה"תוצאה" הוא גמיש למדי, וממשיך והולך גם לאחר שההליכים המשפטיים בעניינו של הנאשם כבר הפכו חלוטים. בתוך ניצבת גישתם של השופטים

165 ראו: R. v. A (RJ), [2012] 2 Cr. App. R. 8 (para. 83-84) כן ראו: R. (on the application of Barons Pub Company Limited) v. Staines Magistrates' Court, [2013] EWHC 898 (Admin) (para. 46-49); R. v. Golding, [2014] EWCA Crim 889 (para. 54); Moss & Son Ltd v. Crown Prosecution Service, [2012] EWHC 3658 (Admin) (para. 23-25); James v. DPP, [2015] EWHC 3296 (Admin) (para. 25-28).
 166 R. v. Isaac, [2001] NBQB 101, תוך הפניה לפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת [1995] 4 S.C.R. 411 (S.C.C.) (para. 59-63) R. v. O'Connor, [1995] 4 S.C.R. 411 (S.C.C.) (para. 59-63) Ontario (Ministry of the Attorney General) v. McLellan, [2015] ONCJ 165 (par. 54): "I agree with the Crown that a mere allegation that other persons could or should be charged is insufficient to establish prosecutorial conduct amounting to an abuse of process [...] In theory, selective prosecution might constitute a basis for an abuse of process and a stay of proceeding. However, the failure to charge others would have to be outrageous and shock the conscience of the community. Such prosecutorial conduct would have to amount to the clearest of cases" (ההדגשה אינה במקור).
 167 פרשת נפאע, לעיל ה"ש 95.
 168 בהקשר זה, ראו בהרחבה את ההתייחסות לפסק דינו של השופט שהם בפרשת הרוש, לעיל ה"ש 100. כן ראו: לעיל ה"ש 86, שבה אזכרנו את הקשיים הפרשניים העולים מהצטרפותם הבלתי-מסויגת של השופט ג'ורבאן והשופט דנציגר לעמדתה של השופטת ברק-ארז בפרשת סלני.

”האירוניה המצערת והבולטת בסוגיה זו: דווקא דוקטרינת האכיפה הבררנית, שנועדה למנוע החלטות שרירותיות של רשויות התביעה במשרדיהם, עלולה להוביל בסופו של דבר - כדברי הנשיא שמגר - 'לשרירות ולמקרייות', במידה מוגברת, באולמות בית המשפט”

בדין באשר למידת ה”הגינות” של הוראות החוק ולאופן הפעלתן.¹⁷⁸ גם הנשיא שמגר העיר בעבר כי ”בהיעדרה של מסגרת מחייבת - נפתח הפתח לשרירות ולמקרייות”.¹⁷⁹ וזוהי, מן הסתם, האירוניה המצערת והבולטת בסוגיה זו: דווקא דוקטרינת האכיפה הבררנית, שנועדה למנוע החלטות שרירותיות של רשויות התביעה במשרדיהם, עלולה להוביל בסופו של דבר - כדברי הנשיא שמגר - ”לשרירות ולמקרייות”, במידה מוגברת, באולמות בית המשפט.

עמית בפרשת **אגבריה** בכנותו את ה”צדק” כ”מונח חמקמק”.¹⁷⁵ גם השופט ח’ כהן ציין בספרו כי ”חוש הצדק שונה מאדם לאדם; ומכאן גם שהצדק אינו מדע שניתן לגלותו או להגדירו: תכונת הנפש הוא”.¹⁷⁶ אך דווקא משום כך, על הערכאה השיפוטית הגבוהה במדינת ישראל לחתור לכך שחרף הבדלי גישות טבעיים שמבדילים בין שופטיה, יש למנוע את הפיכת ”בית המשפט” ל”בית שופטים”¹⁷⁷ ובכך לגרום נזק משמעותי ליעילות הדיונית - ואף למוסד הנכבד עצמו. לאחרונה הזהיר בית המשפט העליון באוסטרליה מפני האפשרות שההגנה מן הצדק תשמש מכשיר ליצירת "subjectivism and arbitrary justice" וזאת על פי תחושתו הסובייקטיבית של כל שופט היושב

178 ראו פסק הדין של בית המשפט העליון באוסטרליה בפרשת *Police v. Dunstall*, [2015] HCA 26, שם התקבלה עתירת התביעה לביטול זיכוי של הנאשם בפסק דינו של בית המשפט העליון במחוז South Australia, מכוח טענת הגנה מן הצדק. בית המשפט העליון באוסטרליה קיבל לעניין זה את דעת המיעוט של הנשיא Kourakis בערכאה הקודמת, שם, שהזהיר מפני: - [...] that [...] "A lay conception of unfairness [...] becomes a charter for subjectivism and arbitrary justice. It is inimicable to the rule of law for the courts to usurp the legislative function of Parliament by invoking a wide discretion to obstruct prosecutions which are brought in accordance with statutory provisions" וראו: [2014] 120 Police v. Dunstall, SASR 88, 22 לפסק דינו של הנשיא Kourakis. 179 עש"מ 5876/92 מגד נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד מז(1) 490, 485 (1993).

175 פרשת **אגבריה**, לעיל ה"ש 2, פ"ס 65 לפסק דינו של השופט עמית. 176 חיים ה' כהן **המשפט** 84 (1999).

177 וראו לעניין זה דבריה הנוקבים של הנשיאה נאור בבג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פ"ס 22 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 31.3.2016), שם נותרה בדעת מיעוט מול השופטים מזוז וברון בעתירה נגד צו החרמה וצו הריסה. הנשיאה נאור חתמה את פסק דינה במילים אלו: "אנו בית משפט ולא בית שופטים".