

בעניין:

העותרים: 1. רונית כהן

2. מנחם לוי

3. התנועה לקידום הדמוקרטיה בישראל

שלושתם על ידי ב"כ גברת תמר לוצאטו, ו/או גברת דנה גולדמן,

ו/או מר גיא אבידור מרחוב כנפי נשרים 2 הרצליה

טלפון: 09-9602747; פקס: 09-9568605

– נגד –

המשיבים: 1. כנסת ישראל

באמצעות היועץ המשפטי לכנסת

הכנסת, ירושלים

2. ממשלת ישראל

3. משרד המשפטים

4. רשות האכיפה המינהלית

ארבעתם על ידי ב"כ גברת לימור ברמן, ו/או גברת מירב דנור, ו/או

מר אוריאל אלדן מרחוב כנפי נשרים 2 הרצליה.

טלפון: 09-9602747; פקס: 09-9568605

עיקרי טיעון מטעם העותרים

בהתאם לתקנה 16 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984, מתכבדים העותרים להגיש את עיקרי הטיעון לעתירה. העותרים חוזרים על כל האמור בעתירה וככל שלא אוזכר במפורש עניין כזה או אחר בעיקרי הטיעון הרי אין לראותו כנזנח. משמעות המונחים, סימוני האסמכתאות והנספחים בעיקרי הטיעון, הינם כבעתירה – למעט נספחים ואסמכתאות נוספות שיסומנו באופן עוקב. כל ההדגשות במובאות שבעיקרי הטיעון – אינן במקור, ולא אם יצוין אחרת, הינן של החתומים מטה.

פתח דבר

1. העתירה דנא מוגשת בעקבות חקיקת חוק האכיפה המינהלית (הוראת שעה), התשע"ה–2015 (להלן: "החוק"), אשר קובע הליך אכיפה מינהלית בסמכותו של ממונה העומד בראשה של רשות חדשה.
2. במסגרת מסמך זה יתייחסו העותרים למספר היבטים שעלו בכתב התשובה מטעם המדינה, שלדעת העותרים מחזקים את טענותיהם כנגד הסכנות הטמונות ביישום החוק ועל קלות הדעת בה מתייחסת המדינה לזכויותיו הבסיסיות של אזרח במדינה דמוקרטית.
3. המדינה אינה יכולה להתעמר הלכה למעשה באזרח ולשולל ממנו זכויות בסיסיות. זכויות אלה כגון חזקת החפות והזכות להליך הוגן הן המקדשות הליך דמוקרטי. שלילת הזכויות אינה מוצדקת כשהיא נעשית, כמו במקרה זה, בכדי להרתיע את אזרחי המדינה, להעשיר את קופת המדינה ולהקל על המדינה על חשבון אזרחיה, כל זאת בשימוש בהליך כלאיים פלילי ומינהלי המזכיר משטרים חשוכים.
4. העותרים מבקשים מבית-משפט נכבד זה, על אף היות החוק הוראת שעה, להקשיב לזעקתם של העותרים בפני הסכנות הגלומות בחוק זה הבאות לביטוי כבר היום בפגיעה בזכויות אדם כגון הזכות להליך הוגן, הזכות לשוויון, האוטונומיה של הפרט, חופש התנועה, חופש הביטוי, חופש הדת וכו'.
5. העותרים מבקשים להתריע מפני התקרבות לסופו של מדרון החלקלק אשר יוצר חוק זה, בו נתעורר יום אחד למציאות בה כל אזרח הוא אשם עד שלא יוכיח אחרת, מציאות בה עבירות רבות ושונות בחוק העונשין, התש"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), יועברו תחת כנפיו של החוק, ייוספו סמכויות נוספות לרשות החדשה כגון סנקציות מחמירות נוספות, וזכויות הנאשם יצטמצמו וייצאו ממערכת המשפט.
6. על כן, מבקשים העותרים מבית-משפט נכבד זה להורות על ביטולו של החוק, או לחלופין, לכל הפחות למחוק מן החוק את עבירות העלבת עובד ציבור וריבוי נישואין.

התייחסות העותרים לטענות הסף שהעלתה המדינה

טענת המדינה שהעותרת 1 לא מיצתה את הליכיה טרם הגשת העתירה אינה רלוונטית שכן לא ניתנה לה האפשרות למצות הליכים. מעבר לכך, הסעד החלופי שמציעה המדינה אינו יעיל ולכן דין

הטענות להידחות

7. העותרים סבורים, כי טענת המדינה לאי מיצוי הליכים של העותרת 1 אינה רלוונטית, מכיוון שרשות האכיפה המינהלית לא אפשרה לעותרת 1 את זכות הטיעון המנויה בסעיף 11(א) לחוק, כאשר שלחה לה את הדרישה לתשלום עיצום כספי מספר ימים לאחר הודעת הכוונה לחיוב – ולא המתינה לכל הפחות 30 יום כקבוע בחוק.
8. טענת המדינה לעניין אי מיצוי הליכים עולה לכדי חוסר תום-לב בכך שמחד גיסא דורשת מן האזרח למצות את הליכיו מול הרשות, ומאידך גיסא היא אינה מאפשרת לו לעשות כן וכך פוגעת בזכות הגישה לערכאות.
9. יתרה מכך, טענת המדינה כלל אינה רלוונטית לענייננו, שכן בעוד שהמדינה טוענת כי על העותרת 1 למצות את ההליכים בפני הרשות המוסמכת, העותרת 1 מעלה טענות נגד ההליך בכללותו בשל הפגיעה בזכויותיה הנובעת ממנו. על כן, מאחר והעתירה איננה כנגד החלטת הרשות, מדובר לכל הפחות בחריג לכלל אותו ציינה המדינה, החל כאשר הסעד החלופי אינו יעיל. במקרים אלה, הנסיבות מחייבות התערבות מיידית של

בית-משפט נכבד זה בכדי למנוע את העוול שנגרם לעותרת, ולכן יש לדחות את טענת המדינה (בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 18.1.2006)).

טענת המדינה שהעתירה אינה בשלה להכרעה תכשיר את הפגיעה המתמשכת בזכויותיהם של

העותרים ואזרחים נורמטיביים נוספים, ועל כן דינה להידחות

10. המדינה טוענת שיש לדחות את העתירה מחמת חוסר בשלות – אף בטענה זו אין ממש.
11. טענת דחיית העתירה משום ש"טרם הבשילה" מקורה בעתירות המוגשות אל מול טיוטות החלטה, המלצות, ניירות עמדה וכיוצא בזה. ככלל, עתירות "מוקדמות" נקבעות ככאלה במקרים בהם ישנן החלטות ביניים של הגוף המוסמך שאינן סופיות, או שטרם התקבלה החלטה לגופו של עניין – אז דין עתירות אלה להידחות על הסף מחמת היותן מוקדמות (ראו בג"ץ 2467/07 התנועה להגינות שלטונית נ' ועדת הכנסת, תק-על 2007(1) 3733, 3735 (2007)). ואולם, עתירה זו מוגשת כנגד חוק תקף שכבר החל יישומו בפועל ואשר השלכותיו הפוגעניות מתרחשות ברגעים אלה ממש וצפויות להחמיר את הפגיעה בעתיד. על כן, העותרים סבורים כי דין טענה זו להידחות.
12. העותרים סבורים, כ ישנה חשיבות לקיום דיון בעתירה דווקא בעת הנוכחית מבחינת השמירה על זכויותיהם של אזרחי המדינה. לולא העתירה, תתרחש פגיעה ברורה ובלתי ניתנת להפיכה בזכויות אדם.
13. לטענת המדינה יש לדחות את העתירה מכיוון שמדובר בהוראת שעה אשר יש לאפשר זמן ליישמה. אולם בעניין לשכת עורכי הדין כבר נקבע, כי גם הוראת שעה אינה חסינה מהתערבות שיפוטית, במיוחד כאשר התממשה פגיעה חמורה בזכויות העותרים, כפי שיפורט להלן (ראו בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים, פס' 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 14.7.2008)).
14. העותרים סבורים, כי בענייננו מתקיימת פגיעה ממשית בזכויות המקימה תשתית עובדתית מפורטת, כנדרש להכרעה בשאלת חוקתיות החוק (ראו עמדת הנשיא (בדימוס) גרוניס בבג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 12.3.2015)). אין בענייננו רק בפרטנציאל ממשי לפגיעה בזכויות, אלא בפגיעה מוחשית שהתרחשה ומתרחשת בכל רגע נתון (השוו פס' 17 לפסק דינו של השופט גיבוראן, שם).
15. העותרים סבורים כי המקרה שלפנינו בשל להכרעה, לאור הפגיעה הממוקדת בעותרים. הפגיעה ממחישה את המדרון החלקלק שהחל בהטמעת הליך האכיפה המינהלית במתכונתו החדשה במשפט הישראלי עם חקיקתו של חוק ייעול הליכי אכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א–2011. כפי שציינה המדינה, בשנת 2012 נקבע בעניין בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2012) כי הליך האכיפה המינהלית אינו בשל לבדיקה חוקתית. כיום, כ-3 שנים לאחר הטמעתו של ההליך במשפט הישראלי זוהי סופה של תקופת ההבשלה ותחילתו של בדיקת בית חוקתי. כלל הוא במשפט הישראלי, כי גם אם יקבע בית המשפט כי מדובר בעתירה תיאורטית, ניתן לדון בה בשל היותה משקפת פרקטיקה חוזרת, העלולה לחמוק כל פעם מביקורת שיפוטית עקב הפיכתה המהירה לתיאורטית, כפי שקרה בעניין לעיל (הלל סומר "בזכות הריסון השיפוטי בתחום החוקתי" משפט ועסקים יד 155, 177 (2012)) [אסמכתה "א" לעיקרי הטיעון].

לעותרת 3 זכות עמידה בהליך זה

16. המדינה מבקשת להיבנות מההכרעה בבג"ץ 112/12 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.2012) לעניין הטענה כי לעותרת 3, כעותרת ציבורית, אין זכות עמידה. עיון בפסק הדין מלמד כי לעותר הציבורי לא קמה זכות עמידה מכיוון שלא צירף עותר ספציפי שנפגע. בענייננו, אין כך הדבר, שכן העותרים 1 ו-2 הם עותרים ספציפיים שנפגעו מחוק האכיפה המינהלית.

17. הלכה מושרשת בבית-משפט נכבד זה היא כי מקום בו קיים נפגע ישיר מהפעולה השלטונית הצטרף לעתירה, קמה לעותר הציבורי זכות עמידה. זאת בנוסף לזכות העמידה שקמה לעותרת 3 כמייצגת את אינטרס הציבור היות והחוק משליך על כלל אזרחי המדינה ועצם העתירה בעלת אופי ציבורי מובהק (בג"ץ 6457/13 דלאל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 5 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 31.10.2013). לפיכך, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את טענת המדינה אף בעניין זה.

עיקרי הטיעון לגופו של עניין

אין התייחסות לטענה כי אין זה ראוי שהמדינה תאכוף מוסר במסגרת חוק זה

18. מעמדת המדינה מצטיירת תמונה לפיה לה סמכות בלתי מוגבלת לאכוף מוסר ולקבוע חוקים ונורמות שישדירו את ההתנהגות בחברה. יחד עם זאת, ניכר כי תשובת המדינה אינה מתייחסת לטענות העותרים לגופן כי אין זה ראוי לאכוף מוסר במסגרת חוק זה, הליך האכיפה המינהלי, ולא כי למדינה אין סמכות לאכוף נורמות מוסריות.

19. בניגוד לטענת המדינה, עניינה של עתירה זו אינו טיבו של החוק. ענייננו בחוק שאינו חוקתי המשתמש בהליך מינהלי ככסות להליך פלילי, זאת על-מנת לאכוף נורמות ארכאיות ולא מוסריות תוך רמיסת זכויות הפרט מול המדינה, אשר מטילה עליו עיצום כספי ללא אפשרות ממשית להוכיח את חפותו. דיון זה הוא דיון חוקתי בחוק שאינו מידתי, ולדעת העותרים יש להורות על ביטולו במסגרת הביקורת השיפוטית שמוסמך להעביר בית-משפט.

חוק האכיפה המינהלית הוא נטע זר במשפט המינהלי בישראל ועל כן לא ניתן לסווגו כחוק מינהלי.

20. העותרים סבורים, שהחוק דנא חסר מאפיינים מהותיים השייכים למנגנונים המינהליים התקינים המצויים כיום בדין הישראלי. כפי שהעותרים סקרו בפס' 29 לכתב העתירה, כל רשות אכיפה מינהלית מתנהלת בתוך גבולות שקבע המחוקק, התוחמים את חופש פעולתה, בולמים ומאזנים אותה ובכך הופכים אותה לרשות שיתרונותיה עולים על חסרונותיה. אותם גבולות מהווים מרכיב "שבלעדיו אין" שאינו בנמצא בחוק הנוכחי.

21. אי ההתאמה הראשונה – הרכב ועדה מצומצם ביחס לשיקול דעתה הרחב, וביחס לאופי החקירה השטחי. לצורך השוואה, הוועדה שהוקמה מכוח חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א–2011, מונה שישה חברים, והחקירה בדבר הפרת הוראות החוק מעמיקה ורחבה יותר ממקבילתה הפלילית – דבר שאינו מתרחש בחוק הנוכחי.

22. חקירה שטחית כדוגמת החקירה בענייננו של העותר 2, מובילה להחלטות על בסיס ראיות שאינן מספיקות, ותוביל לפסילת פעולות הרשות באופן שאינו מקדם יעילות – אחת ממטרות החוק. ניכר כי הראיות

שנאספו בעניינו אינן מספיקות לעניין הגשת כתב אישום ועל כן התערערה חזקת תקינות המינהל ויש לפסול את ההחלטה עקב פעולה לא תקינה של הרשות (עע"ם 4072/11 עיריית בת-ים נ' לוי, פס" 30 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז (פורסם בנבו, 6.11.12).

23. אי ההתאמה השנייה – היעדר תחימת והכוונת גבולות הענישה, כשהחלטה הסופית בדבר גובה העיצום נתונה בידי הממונה בלבד. למען השוואה, בוועדה שהוקמה מכוח חוק איסור הלבנת הון, תש"ס–2000, המונה גם היא שלושה חברים, החלטות מתקבלות ברוב קולות, וכן אמות המידה להטלת העיצום הכספי נקבעות על ידי שר המשפטים ולא על ידי הממונה. הרכב ועדה מצומצם של שלושה חברים מחייב לכל הפחות החלטה דמוקרטית ברוב קולות. לאור ההשוואה שהמדינה ערכה מול מנגנון זה בפס" 170 לכתב התשובה, העותרים מבקשים להדגיש כי בשל היעדר החלטה דמוקרטית המנגנונים שונים במהותם.

24. אי ההתאמה השלישית – הגוף החוקר הוא גם הגוף המבצע, ובנוסף לא הותוו קריטריונים לענישה על ידי המחוקק. לטענת העותרים, לכל הפחות, על המחוקק לציין קריטריונים לקביעת ההפרה על מנת לרכז את הפגיעה בהפרדת הרשויות כפי שנקבע בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח–1988 (להלן: "**חוק ההגבלים העסקיים**").

25. אי ההתאמה הרביעית – העברת עבירות אשר עוסקות במוסר (*mala in se*) לאכיפה מינהלית בשונה מהאמור בהצעת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ה–1985, עליו מתבסס החוק דנן. כפי שהורחב בפס" 204 לכתב העתירה, העבירות בהן מואשמים העותרים אינן עבירות מסוג *mala prohibita*, ועל כן אינן תואמות ביסודן לאכיפה מינהלית. המדינה הסכימה עם העותרים בכתב התשובה כי אין לאכוף עבירות מסוג *mala in se*, וכי אכיפה מינהלית לא משנה את יסודות העבירה או את סיווגה אלא רק את עונשה – אך טעות המדינה היא בסיווג העבירות לפי נוחיותה ולא לפי מהות העבירה בפועל.

חוק האכיפה המינהלית הוא חוק פלילי במהותו ועל כן יש לסווגו ככזה

26. כפי שהבהרנו בפס" 32–50 לכתב העתירה עניין לנו בחוק פלילי "בתחפושת". פרשנות מהותית מגלה שהחוק ממוקם בקרבה משמעותית לדין הפלילי ובמרחק בולט מהדין המינהלי בספקטרום הקיים בין השניים.

27. העותרים דוחים את טענת המדינה, כי העובדה שההליך אינו מנוהל בבית-משפט היא הקובעת שאינו הליך פלילי, ובנוסף, מבקשים להצביע על טעותם של המדינה בטענתם בפס" 67 לכתב התשובה לפיה המחוקק לא ביקש לגמול למפר את חוק זה.

28. בית-משפט נכבד זה קבע בעניין נירוסטה כי ההבחנה בין "קנס פלילי" לבין "קנס מינהלי" תלמד מהוראות החוק (ר"ע 277/82 נירוסטה בע"מ נ' מדינת ישראל, לז' (1) 826, 830 (1983)). סעיפים 3 ו-4 לחוק קובעים כי העקרונות המנחים בהטלת העיצום הכספי יהיו הגנה של שלום הציבור, הרתעה (אישית וכללית) ופיצוי קופת המדינה בגין עלויות האכיפה המינהלית". לדעת העותרים עקרון אחרון זה בא להוות גמול למעשי המפר ולכסות את עלות הפרתו, זאת בניגוד לטענת המדינה. עקרונות אלו הם העקרונות המנחים המרכזיים בהליך הענישה הפלילי ועל-כן יש ללמוד מהוראות החוק על היות הסנקציה בחוק פלילית (ינב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא הפרקליט נב 413, 418–419 (2014) (להלן: "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה")) [אסמכתה "ב" לעיקרי הטיעון].

29. טענת המדינה כי לא קיים בעבירות דן עיסוק באשמה, דינה להידחות. בהתאם לסעיף 19 לחוק העונשין, העבירות המנויות בחוק דורשות הוכחת יסוד נפשי של מחשבה פלילית ועל כן העיסוק באשמה הוא בלתי נמנע ובלתי נפרד מעבירות אלה. העיסוק באשמה הנלווית להתנהגות שייך לדין הפלילי לבדו, לעומת פיקוח גרידא שהוא מטבעו עיסוק מינהלי.

30. מאפיין פלילי נוסף בחוק זה הוא הוראות עונשיות מהותיות במסווה של הוראות דיוניות. כפי שטענה המדינה, אין זה יוצא דופן כי קנס מינהלי יהיה גדול מזה של הוראת חוק קודמת בשל אינטרס ההרתעה שביסודו. במקרה הנדון נראה כי הסנקציה הכספית המקורית בחוק העונשין בעבירת העלבת עובד ציבור, בסך 14,400 שקלים חדשים הוחמרה עד כדי עיצום כספי של 50,000 שקלים חדשים. זוהי פגיעה קניינית בשיעור של מעל ל-300% וניכר כי עיצום זה חורג מההחמרה המקובלת הנגזרת מהמעבר לאכיפה מינהלית.

31. מבחן התוצאה לסיווג הוראות דין גורס, כי במקום בו החלתו המיידית של שינוי בדין תביא לפגיעה בלתי הוגנת בזכות ראויה, יש לסווג את הדין כמהותי, כפי שמתאפיין הדין הפלילי, ולא לסווג כהוראה דיונית כפי שמתאפיין הדין המינהלי. לאור הפגיעות החמורות בזכויות העותרים כפי שפורטו בעתירה ויפורטו להלן, מתבקש כי החוק יסווג כחוק מהותי, וסיווג זה מצביע על פליליות החוק. (פסי' 42-43 לכתב העתירה).

32. כפי שעמדנו על כך בפסקה 38 לכתב העתירה, הניסיון הפסול של המדינה להעביר את עבירות העותרים למנגנון דמוי מינהלי, חותר תחת ההגנות הקיימות בדין הפלילי. לאור מהותו הפלילית של החוק, ככל שהמדינה עומדת על כך שהעבירות דנא יאכפו תחת הרשות המינהלית, הרי שיש להעניק למפרים את אותן הגנות שמספק הדין הפלילי. לכל הפחות, יש לייבא את ההגנות הרלוונטיות בשינויים המחייבים מבלי לזנוח אותן על הסף, כפי שביקשה המדינה.

עמדת המדינה לפיה החוק יביא ליעילות במערכת המשפט, מתגמדת אל מול הזכויות הנפגעות כתוצאה ממנו

33. לעמדת המדינה, החוק מבטא איזון נכון בין הגברת היעילות של מערכת האכיפה ומערכת המשפט במדינה לבין שמירה על זכויות אדם. מדובר איפא באמירה מתנערת והיפוטטית, שאינה לוקחת בחשבון את הפגיעות הרבות בעותרים ומייצגת אכיפה מקסימלית ולא אופטימלית (מיכל טמיר **אכיפה סלקטיבית**, 48 (2008)) [אסמכתה "סד" לכתב העתירה].

34. לשיטת המדינה, הגברת האכיפה תוביל לציות לחוק, אך לשיטתנו ההפך הוא הנכון. כפי שנטען בהרחבה בכתב העתירה (ראו פסי' 93 לעתירה), אכיפת יתר תפגע בשלטון החוק בשל ריחוק מהנורמה החברתית הרווחת ועל כן היא מסוכנת לדמוקרטיה. סיכון זה שוכן לצד הסיכון שבפגיעה בזכויות אדם.

35. המדינה מבקשת להיבנות מההכרעה בע"פ 3520/91 **תורג'מן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 441 (1993) כי מנהג אי האכיפה של העבירות בחוק אינו פוגם בהן ובידי המדינה הסמכות לאכוף את העבירות בכל עת ואף ביתר שאת בהליך הפלילי, במידה ובית-משפט זה יפסול את החוק הנשוא. בית-משפט נכבד זה הפך הלכה זו ואימץ את דעת המיעוט של השופט חשין בעניין תורג'מן: "אין זה דין ואין זה צדק שלפתע נסטה מן הדרך שנכבשה". שימור הנורמה הנהוגה בחברה בנוגע לעבירות הנדונות יש בה לא רק עשיית צדק אינדיבידואלי עם נאשם קונקרטי, אלא אף הגשמה של אינטרס ציבורי רחב בפעולה תקינה של רשויות השלטון (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ**, פסי' 25-26 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 10.9.2013)).

העבירות בחוק אינן ראויות להיאכף כלל ובאכיפה מינהלית בפרט

36. לעמדת העותרים, העבירות עודן מנויות בחוק העונשין מכיוון שנהנות מהגנת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך אילו נחקקו כיום לא היו עומדות בביקורת השיפוטית של בית-משפט נכבד זה.

37. כפי שהראו העותרים בכתב העתירה העבירות מוגנות במקומן בחוק העונשין, אך נתונות לביקורת שיפוטית של בית המשפט במקומן החדש בחוק האכיפה המינהלית (ראו פסי' 54–57 לכתב העתירה).

38. על בית המשפט לפרש עבירות אלו לאור חוקי היסוד ובהתאם לפירוש אשר הולם חברה דמוקרטית. פרשנות זו תתאים למציאות האכיפה טרם חקיקת חוק האכיפה המינהלית. מציאות זאת התאפיינה באכיפה מתונה, ונקיטת צעדי אכיפה רק במקרים קיצוניים שדרשו את התערבותה של הרשות ללא דיחוי, תוך שימור האיזון העדין שבין שמירת הדינים למציאות המשתנה (ראו פסי' 52–53 לכתב העתירה).

39. העותרים מתנגדים לטענת המדינה כי האכיפה המתונה מקורה במחסור בכוח אדם ומחסור במשאבים כלכליים של מנגנוני האכיפה. העותרים הראו בפני בית המשפט עובדות המציגות אכיפה מתונה מכוונת, התואמת את הלך הרוח בחברה הישראלית והמדינה לא הצליחה להפריך טענה זו (ראו פסי' 75–76 ו-87 לכתב העתירה). בנוסף, המדינה הציגה נתונים לפיהם מרבית התיקים שנפתחים בגין עבירת ריבוי נישואין נסגרים בשל חוסר עניין לציבור ומאששים את טענת העותרים לאכיפה מתונה התואמת את הלך הרוח בחברה (פסי' 118–119 לכתב התשובה). העותרים יוסיפו ויאמרו כי אף אם היה נכון הדבר, אין זה נכון וראוי לגלגל את אותן עלויות על האזרח כנימוק עיקרי לגיטימיות החוק.

אין מקומה של עבירת העלבת עובד ציבור בספר החוקים הישראלי, למצער – אין מקומה בהליך אכיפה מינהלית

40. כפי שהראו העותרים (ראו פרק ג.1 לעתירה) לולא הייתה חוסה תחת שמירת דינים, דינה של עבירת העלבת עובד הציבור ההיסטורית להימחק מספר החוקים, וכי לכל הפחות אין לאכוף עבירה זו במסגרת המשפט המינהלי מאחר ועצם שינוי מנגנון האכיפה מגדיל את הפגיעה בזכויות, במיוחד בזכות לחופש הביטוי.

41. מקורה של עבירה ארכאית זו במשפט הישראלי הוא בקודקס העותומאני הפלילי ותכליתה המקורית הייתה לקבוע תפיסה חברתית היררכית ולהגן על מעמדם המורם של המעמדות הגבוהים. לטענת העותרים אין מקומה של עבירה זאת בחברה דמוקרטית נאורה, כפי שאינה קיימת באף אחת ממדינות המשפט המקובל (פסי' 63–65 לכתב העתירה).

42. כפי שהדגימו העותרים, בבחינת עבירות מאותה משפחה, של הגבלת חופש הביטוי כלפי השלטון ו-Seditious Libel בעולם, עולה כי ישראל היא מהמחמירות והמגבילות את חופש הביטוי. באנגליה, קיימת דרישה ליסוד נפשי של כוונה לעורר אלימות ולהסית להתנגדות בכוח לשלטון בדרכים בלתי חוקיות. בארצות הברית, האיסור על Seditious Libel הוכר כלא חוקתי. טענת העותרים היא כי הגיעה העת לשנות את המצב בישראל, בו הסף נמוך יותר ואינו דורש כוונה (פסי' 65–71 לכתב העתירה)

43. כפי שהראו העותרים בכתב העתירה, עבירה זו אינה חפה מביקורת מבית, ועל כן ניכר שאכיפתה במסגרת חוק זה תוביל לאכיפת יתר שאינה נובעת מתוך צורך ציבורי. העותרים הדגימו את העמדות הרבות של חברי כנסת ומלומדים מתחום המשפטים, הקוראות לביטול העבירה. לעמדות אלה אף מצטרפת עמדת

היועץ המשפטי לממשלה, שקבע בהנחיותיו מדיניות של איפוק וריסון באכיפת העבירה לאור הפגיעה בחופש הביטוי (ראו פסי' 59–61 ו-75 לכתב העתירה).

44. אכיפה מינהלית תרחיב את גבולות העבירה המטושטשים ממילא ואת הפגיעה בחופש הביטוי, ועל כן היא אינה מתאימה לאכיפה במנגנון זה. לאור אופיה הרחב גם כן, המאפשר פרשנות רחבה ליסודותיה, אנו סבורים כי יש לאכוף עבירה זו ביתר זהירות במהלך המאפשר הבחנה מדויקת בין האינטרסים.

45. ראוי להפריד בין הגנה על מעמדן של רשויות השלטון לבין דיני לשון הרע, הפרדה בעייתית לאור הנוסח הגורף של סעיף זה. האינטרס המוגן בעבירה זו הוא הראשון ועל כן יש לזהות אותו באופן ממוקד, ולוודא שהגוף האוכף יעשה זאת בכפפות של משי אל מול הפגיעה בחופש הביטוי (פסי' 72–74 לכתב העתירה). העותרים ידגישו כי לטענתם התכלית של שמירה על תקינות השירות הציבורי מתפספת בהכללת ביטויים אמיתיים וביקורתיים תחת העבירה (ראו פסי' 183 לכתב העתירה).

46. המדינה מציגה בכתב התשובה נתונים המטילים ספק בנחיצותו של מנגנון האכיפה המינהלי לפיהם בשנים האחרונות ישנה עליה חדה באכיפת העבירה (ולא בביצוע העבירה כפי שפירשה המדינה את הנתונים) המראה את הצלחתו של ההליך הפלילי להתמודד עם הפרות בהתאם לצורך. בנוסף, מציגה המדינה נתונים לפיהם אין רשויות האכיפה מייחסות חשיבות להפרת העבירה כאשר הינה עומדת לבדה ללא סעיפי אישום נלווים, וכי היא נאכפת לבדה רק כאשר הנסיבות המחמירות דורשות זאת.

47. יתר על כן, הנתונים מלמדים כי ברוב המוחלט של המקרים מפרי העבירה נאשמים בסעיפי אישום נוספים ולכן אכיפת העבירה בהליך המינהלי תוביל לפיצול הדיון במעשה המפר בשני הליכים שונים – פלילי ומינהלי לגבי כל סעיף אישום ובכך לעלויות משפטיות רבות ולבזבוז משאבים, או לחלופין יתיתר ההליך המינהלי ותפגע הרתעתו בשל מספר המקרים הבודדים בהם העבירה נעברת בגפה (פסי' 106 לכתב התשובה).

48. נציין שקביעת המדינה כי העבירה עמדה בביקורתו השיפוטית של בית-משפט זה אינה מוחלטת, לאור החלטתו של בית-משפט נכבד זה לדון בקרוב בעבירה בהרכב מורחב של תשעה שופטים (נכון ליום כתיבת מסמך זה) (רע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.2.2015)).

אין מקומה של עבירת ריבוי נישואין בספר החוקים הישראלי, למצער – אין מקומה בהליך אכיפה מינהלית

49. יקדימו העותרים ויצגו בפני בית המשפט את ההנחיות שניתנו בדבר אכיפת עבירת ריבוי נישואין על ידי היועץ המשפטי לממשלה כבר בשנת 2002. הנחיות אלה גרסו כי יש לצמצם את כמות המקרים בהם אוכפים את עבירת ריבוי נישואין למצבים בהם מוכח באופן חד משמעי כי התקיים טקס נישואין, בניגוד למצבים בהם הואשם אדם לאור הוכחת אהבות לילד מאישה נוספת. הנחיה זו מעידה על מגמת צמצום העבירה למקרים נקודתיים וממוקדים כאשר המפרים הואשמו לאחר חקירה מעמיקה, ספציפית ואמינה שלא כמו בענייננו, שעסקינן בחקירה שטחית שיתכן והיתה מקבלת את שני סוגי ההוכחות לעיל ("מדיניות התביעה בהעמדה לדין בעבירות ביגמיה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.7 (התשס"ב)) [אסמכתה "ג"] **לעיקרי טיעון**.

50. כפי שהראו העותרים (ראו פרק ג.2 לכתב העתירה), לולא היתה העבירה חוסה תחת שמירת דינים, דינה היה להימחק מספר החוקים לאור היותה עבירה האוכפת מוסר במהותה החודרת לספירה הפרטית. לכל הפחות, אין לאכוף אותה במסגרת המשפט המינהלי המרחיב את הפגיעה בחופש ורגשות הדת.

51. התנגדות העותרים לאכיפה של עבירת ריבוי נישואין נובעת מהיותה עבירה מסוג "חטא", המסמל אי עמידה בכללי המוסר, ולא מסוג "פשע", המסמל אי עמידה בנורמות המשפט. לדידם של העותרים, יש לאמץ את גישתו של המלומד הארט הגורס כי לחברה אין את הזכות להחליט להפוך "חטא" ל"פשע" (פסי' 84 לכתב העתירה).
52. בית-משפט זה כבר פסק כי האינטרס המוגן בעבירה זו הוא הגנה על התא המשפחתי ושמירה על נישואין מונוגמיים כאחד מיסודות המשטר, ברי כי מדובר באכיפת מוסר ותו לא. לאור אינטרס מוגן זה, העותרים דוחים מכל וכל טענות בדבר היותה של העבירה עבירת מרשם במהותה, ובכך העבירה אינה מתאימה לאכיפה במסגרת הליך מינהלי (פסי' 90 לכתב העתירה).
53. יתרה מזאת, האיסור התרבותי העומד בבסיס העבירה פוגע בחופש הדת וברגשות דתיים של החברה המוסלמית. פגיעה זו תתרחב שעה שהעבירה תיאכף במסגרת הליך מנהלי, באשר הענישה תוביל לפגיעה לא מאוזנת באוכלוסייה הנוהגת כמנהגה הדתי.
54. העותרים דוחים את טענת המדינה לפיה על קבוצות מיעוט לסגת ממנהגייהן על מנת להתאים את עצמן לרוב. לשיטתנו, יש לאמץ גישה רב-מוסרית וסובלנית אשר מקבלת שיטות מוסר שונות. לפי גישה זו אין לתת מונופול למוסד הנישואין של קבוצת הרוב באופן אפריורי.
55. לטענת העותרים, לא רחוק היום בו אדם מוסלמי דתי יבחר לשלם קנס בעבור קיום אמונתו ובכך "יקנה אותה", או לחילופין יחיה דה פקטו עם אישה נוספת בכדי לעקוף את האיסור המחמיר. תרחישים אלה אינם תלושים מהמציאות לאור העובדה שאוכלוסייה זו אינה רואה בריבוי נשים תופעה בעייתית או לא מוסרית – ובכך החוק יתרוקן מתוכן וודאי שלא ישיג את מטרתו העיקרית – הגברת ההרתעה והציות לחוק (פסי' 83–86 לכתב העתירה).
56. מנתוני המשטרה המנויים בכתב העתירה (ראו פרק ג' 2 לכתב העתירה) עולה, כי רוב התיקים שנפתחים בגין עבירה זו נסגרים בשל חוסר עניין לציבור והענשה במאסר היא נדירה על מאוד. לאור הפרשנות המקלה של בית המשפט, הרי שאין כל צורך מציאותי בהחמרת הענישה, בייחוד כשהמחיר של ענישה זו הוא חקירה שטחית יותר ותוצאות פוגעניות יותר שלא לצורך.
57. העותרים אינם מקבלים את טענת המדינה כי מטרתה של עבירה זו היא הגנה על חיי המשפחה. ייטען, כי הנימוק לפיו יש לאסור ריבוי נישואין משום שהדבר עלול להחליש את האישה או להוביל להזנחת ילדים, מהווה ניסיון לטפל בבעיה באופן עקיף. אם אכן זהו החשש, אזי יש לתקוף ישירות עבירות אלו כגון אכיפת סעיף 362 לחוק העונשין העוסק בהזנחת ילדים.
58. העותרים מסכימים עם המסקנה העולה מסקירת המשפט המשווה בכתב התשובה של המדינה, שאם העבירה אכן נאכפת, יש לעשות זאת במסגרת הדין הפלילי בכדי לשמור על האינטרסים המוגנים לעיל. מסקנה זאת עולה מסקירת המשפט המשווה המקיפה שביצעה המדינה, לפיה בכל המדינות שנסקרו מבוצעת אכיפה של העבירה במסגרת הדין הפלילי. עוד טענה המדינה כי המצב לא צריך להיות שונה בישראל ועל כך אין אנו חלוקים (פסי' 115 לכתב התשובה).
59. בעצם ייבוא סעיף 176 לחוק העונשין לבדו לחוק האכיפה המנהלית, התעלם המחוקק מסעיפים 179 ו-180 לחוק העונשין הקובעים מצבים בהם לא יורשע אדם בריבוי נישואין. התעלמות המחוקק מסעיפי הנסיבות המיוחדות המנויים בחוק העונשין תוביל להרחבת מעגל הענישה שלא לצורך ובניגוד לכוונת המחוקק כאשר קבע את העבירה.

60. כפי שהעותרים ביקשו להוכיח, מדובר בעבירה המורכבת מאיזון עדין בין רגשות דתיים וחופש הדת לבין האינטרס המוגן שביסודה והיותה עבירת מוסר. אין להקל ראש באכיפתה או לקבוע אינטרס חדש לאכיפתה, ועליה להתבצע בגבולות המשפט הפלילי, הגנותיו וסייגיו.

אין שחר לטענה לפיה הפגיעה בזכויות באמצעות חוק האכיפה המינהלית פחותה מאשר בחוק הפלילי

61. לשיטת העותרים, על אף שסנקציית המאסר לבדה נחשבת לחמורה יותר מקנס, ההגנות הפליליות מהוות גורם המאזן את פוגענות הסנקציה. לאור זאת המנגנון הפלילי בכללותו פוגעני פחות מהמנגנון בחוק, הקובע סנקציה חמורה ללא הגנות.

62. כפי שהעותרים ידגימו להלן, הפגיעה שגורם חוק האכיפה המנהלית עולה בעשרות מונים על הפגיעה שהתקיימה בזכויות נאשמים ערב חקיקתו, ובזכות להליך הוגן בפרט.

63. לטענת המדינה הליך האכיפה המינהלית, שהינו "זול" יותר וחוסך משאבים למדינה, לעומת ההליך הפלילי, הינו גם הליך המקל עם הנאשמים בענישה ובפגיעה בזכויות ולטענתה אין יכולים העותרים לטעון טרם יישום החוק כי ההליך והרשות שמשמשת כגוף תובע באותה העת יחמירו עם הנאשמים. טענה זו שגויה ודינה להידחות (פסי' 63 ו-73 לכתב התשובה).

64. על-פי מחקר שנערך לאחרונה על גוף התביעה במדינת ישראל עולה הממצא שעלות ההליך נמצאת ביחס הפוך עם טובת הנאשם: נמצא כי שכלל שעלות ההליך "זולה" יותר, כגון הליך של בקשה למעצר, נוטה התביעה להקל ידה על ההדק בדרישותיה מבית-המשפט, מחמירה היא עם הנאשם בהשוואה לנהוג בהלכה הפסוקה ומנסה להשיג את המקסימום בענישה. התוצאה היא שכלל שההליך יעלה פחות כך תחמיר התביעה, שבעניינינו הינה הרשות, עם הנאשם, זאת ללא פיקוחו של בית-המשפט, שכפי שנלמד מן המחקר דוחה לרוב את דרישותיה המנופחות של התביעה. על-פי הממצאים, הפקדת הן תפקיד התביעה והן תפקיד השיפוט בידי הרשות, מחמירה עם הנאשם בצורה שאינה מידתית ודינה בטלות (אורן גזל-אייל וקרן וישנל-מרגל "כוחה של התביעה בהליכים הפליליים – מחקר אמפירי משפטיים מד 835, 851–852, 877, 880–885) [אסמכתה "ד" לעיקרי הטיעון].

65. העותרים דוחים מכל וכל את טענת המדינה כי הפגיעה בזכות הקניין של מפר החוק בהליך מינהלי פחותה מהפגיעה בחירות בהליך הפלילי. הנתונים הסטטיסטיים כפי שהובאו בפסי' 76 ו-87 לכתב העתירה משקפים באופן ברור כי פגיעה בחירות אינה רלוונטית מקום בו ישנו מנעד של עונשים פוטנציאליים, ומקום בו לעיתים נדירות מאוד נפגעה חירותו של אדם הלכה למעשה. העונש העיקרי המושת בעבירות אלה בהליך הפלילי הוא עונש כספי, הנמוך משמעותית מהקנס שנקבע בחוק האכיפה המינהלית, והגורמים המרכזיים לכך הם הגנות הדין הפלילי.

החוק פוגע בזכותם של מפרים פוטנציאלים להליך הוגן

66. כפי שהראו העותרים בכתב העתירה, החוק חסר מאפיינים של הליך הוגן ועל כן נפגע כבודם.

67. מחקרים מראים שאנשים נוטים לציית יותר לחוק כאשר הם תופשים את ההליך שמולם כהליך בעל פרוצדורה הוגנת. פגיעה בזכות להליך הוגן משמעה פגיעה בחברה כחברה שומרת חוק, ועל כן החוק בעניינינו המבקש לקדם את ערך הציות לחוק, פוגע בו הלכה למעשה (Tom R. Tyler, Why People Obey the Law 6-7 (1990) [אסמכתה "לב" לכתב העתירה]).

נטל ורף ההוכחה

68. העותרים טוענים כי רף ההוכחה נמוך ביחס למידת הפגיעה של החוק. החוק מאפשר לרשות לבסס את החלטתה על רף ראייתי נמוך מרף ההוכחה הדרוש בפלילים, אשר היה דרוש בעבירות נשוא ענייננו טרם חקיקת החוק, ואף מבצע היפוך נטל הראייה מהרשות אל האזרח.

69. המדינה מבקשת להיבנות מההכרעה בעת"מ (ת"א) 37447-10-13 **אפריקה ישראל תעשיות בע"מ נ' רשות ניירות ערך**, פס' 39 לפסק דינה של השופטת רונן (פורסם בנבו, 18.11.2013) לצורך הצדקת נטל ראייה נמוך שיוטל על הרשות. בעניין אפריקה ישראל נקבע כי נטל הראייה שמוטל על הרשות בהליך המינהלי נמוך יותר, אך זאת בעקבות התוצאה של ההליך המינהלי שהקלה עם המפרה לעומת ההליך הפלילי, בשונה מענייננו בו ההליך המינהלי מחמיר עם העותרים לעומת ההליך הפלילי, ולא קמה הצדקה להורדת הרף הראייתי (פס' 82 לכתב התשובה).

70. העותרים מסכימים עם עמדת המדינה כי "כאשר יש חשש לפגיעה חמורה בזכויות אדם חוקתיות הרשות המינהלית צריכה להחיל רף ראייתי גבוה יותר ונדרשות ראיות "ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות" וכך יש לעשות בענייננו. לעומת זאת, העותרים מתנגדים לעמדת המדינה העולה מפס' 83 לכתב התשובה כי היעילות מהווה סיבה מספקת בכדי להתעלם מהפגיעה בזכויות העותרים.

71. אין העותרים מקבלים את התוצאה החמורה של המעבר לאכיפה מינהלית – המעבר מחזקת החפות, בה אדם הוא חף מפשע עד שלא יוכח אחרת, לחזקת תקינות המעשה המינהלי והסתפקות הרשות במבחן של סבירות במקום במבחן הספק הסביר שבהליך הפלילי. הליך זה מוביל למצב אבסורדי בו העותר 2 עומד לדין על בסיס תמונות ברשת חברתית ועלול לשלם עיצום כספי בשל עמידת הראייה במבחן הראייה המינהלית.

72. לאור אי קיומה של חזקת החפות בענייננו, העותרים טוענים כי גדל חוסר הסימטריה הקיים בין הפרט למדינה וגדלים הסיכויים להענשתם של חפים מפשע. התרופה היחידה לבעיה זו, היא העלאת רף ההוכחה באופן התואם את חוק האכיפה המינהלית האנגלי, בו רף ההוכחה תואם להליך הפלילי (ראו בהתאמה Regulatory Enforcement and Sanctions Act, 2008 [אסמכתה "ד" לכתב העתירה] ו- c.3 Richard Marceory, *Sanctions and Safeguards—the Brave New World of* ; §§ 39(2) (eng) (Regulatory Enforcement, 66 CURRENT LEGAL PROBLEMS 249-251 (2013) [אסמכתה "ה" לכתב העתירה]).

החוק פוגע בזכות הטיעון

73. סעיף 11 לחוק האכיפה המינהלית אינו מעניק זכות טיעון מלאה אלא זכות טיעון מצומצמת, אשר אינה מגשימה את זכות הטיעון באופן מהותי ופוגעת הלכה למעשה בזכויות העותרים.

74. העותרים אינם מקבלים את עמדת המדינה כי סעיף 13 לחוק האכיפה המינהלית, העוסק בערעור לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית-משפט לעניינים מינהליים, מאפשר זכות טיעון נוספת (פס' 153 לכתב התשובה). זכות הטיעון וזכות הערעור שונות הן במהותן וצורתן. הראשונה מספקת לנאשם אפשרות הוגנת להגן על עצמו בטרם קבלת החלטה, והשנייה מספקת רשת ביטחון ובקרה על החלטה שהתקבלה. מן הראוי שלא לערבב בין השתיים (ראו פס' 135 לכתב העתירה).

75. עינינו רואות כי מדובר בחוק המחמיר עם האזרח בפועל לעומת המצב הקיים. טרם חקיקת החוק האזרח היה מופנה להליך פלילי ונהנה מזכות טיעון רחבה המעוגנת בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, אשר כללה הצגת ראיות הגנה ודברי פתיחה וכן טיעון בעל פה (ראו פס' 129 לכתב העתירה).

76. בנוסף להחמרה זו, העותרים טוענים כי מאחר והרשות דנא היא גוף מעין שיפוטי אשר חלה עליה חובת הגינות, עליה לגבש את מלוא המסכת הראייתית בטרם תינתן החלטה. על הוועדה מטעם הרשות לפעול בהגינות מהותית ודיונית, והיא נדרשת בפועל להתחשב בהחלטתה בכל השיקולים הרלוונטיים שהובאו בפניה באופן שישתקף כלפי האזרח (ראו פס' 117 לכתב העתירה).

77. הוכחה לחוסר החשיבות של גיבוש התמונה העובדתית המלאה והתעלמות מזכות הטיעון עולה מהתנהלות הוועדה בעניינה של העותרת 1. ההודעה על הכוונה להטיל עיצום כספי וההודעה על הדרישה לתשלום נשלחו בהפרש של ימים ספורים, לאחר שהוחלט כי העדות שנגבתה מהעותרת 1 במשטרה מספיקה לשם הטלת עיצום מקסימלי. נראה כי הוועדה רואה את עצמה כזכאית להתעלם מזכותו של נאשם לטעון בפניה.

78. ליקוי חמור נוסף בעניינה של העותרת 1, מספר כי הצגת ופירוט מהות הטענה אינן מפורטות דיה. הדרישה לתשלום שנשלחה לעותרת 1 הייתה קצרה ולקונית, וזאת להבדיל מכתב אישום מפורט אשר מגולל את התרחיש העובדתי כנהוג בהליך הפלילי.

79. העותרים טוענים כי סדר ההליך לא מגשים את תכלית הזכות לטיעון מאחר ואחת הדרישות לשם הגשמת הזכות היא שהטיעון יעשה טרם קבלת ההחלטה. בפועל, התקבלה החלטה בעניינם של העותרים, ולאחר מכן ניתנה להם ההזדמנות לנסות לשנות את דעתה של הוועדה.

80. העותרים טוענים כי חברי הוועדה אשר אינם בעלי כשירות שיפוטית, לא יוכלו לעמוד בדרישה של הפרדת עיקר מטפל והגעה להכרעה שיפוטית מזוקקת ברמה הנדרשת בהליך זה שהינו עונשי ופלילי במהותו.

81. העותרים הראו כי חברי הוועדה חשופים ביתר שאת להטיות קוגניטיביות שאינן בשליטתם, להבדיל משופטים מיומנים ומקצועיים. תהליך קבלת החלטות שיפוטיות אינו חף מהטיות פסיכולוגיות בלתי מודעות, כך שנטרול תהליכים אינטואיטיביים אינו אפשרי.

82. קיצורי דרך מחשבתיים, או בשמם המקצועי – היוריסטיקות, ובפרט "היוריסטיקת העגינה" ו"הטיית האישוש", מהווים איום ממשי על מימוש זכות הטיעון מול הרכב הוועדה הנוכחי (Jeffrey J. Rachlinski,) *Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance or Adaptation*, 79 OR. L. REV. 61 (2000) [אסמכתה "לה" לכתב העתירה] ופס' 118–122 לכתב העתירה).

83. העותרים מבקשים להעמיד את המדינה על טעותה בפס' 158 לכתב התשובה – הטיות קוגניטיביות מוכחות מחקרית אינן שוות להצהרת כוונות להעניש את המפר. אין טיעון זה אפשרי לאור אופיין הבלתי מודע ולכן העותרים לא טוענים כנגד כוונות הממונה או אשמתו.

84. בענייננו, עולה החשש שהוועדה "תעגן" קוגניטיבית באופן בלתי מודע את אשמתו של המפר, וסביב עוגן זה יתקבלו החלטותיה. בנוסף בשל "הטיית האישוש", נוכח הצהרת הוועדה על רצונה להטיל עיצום כספי על מפר, הוועדה תיכנע לנטייה בלתי מודעת לחיפוש ראיות המאששות את עמדתה ולמזעור משקלן של ראיות הסותרות אותה. בכך תיפגע איכות ורציונליות החלטות הוועדה, וכמו כן ערך הטיעון בכתב (פס' 121–122 לכתב העתירה).

החוק פגע בזכות לערעור

85. העותרים טוענים כי סעיף 13 (א) לחוק, אשר מפנה את הערעור לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית-משפט לעניינים מינהליים, גורר ביקורת שאינה מעמיקה דיה ובכך אינו מתפקד כרשת ביטחון ובקרה. לטענת העותרים יש לאפשר ביקורת de novo הבוחנת את טיב ההחלטה, ואין להסתפק בבחינה של מתחם הסבירות לאור היותו של המנגנון בחוק מנגנון מעין פלילי (פס' 136 לכתב העתירה).

היבטים נוספים בזכות להליך הוגן

86. לטענת העותרים שימוש בכלי של אכיפה מינהלית ללא פרסומן של הנחיות לאכיפה מהווה פגיעה בוודאות המשפטית. האזרח אינו יכול לדעת אם יעמוד להליך פלילי או מינהלי, שכן כל הפרה של חוק האכיפה המינהלית היא גם עבירה פלילית (הודעה לעיתונות 500200 "רשות ההגבלים העסקיים פרסמה טיוטת הנחיות לניתוב תיקים לאכיפה באמצעות עיצומים כספיים" 22.5.2012) [אסמכתה "מ" לכתב העתירה].

87. כאשר נאשם תלוי בהליך מינהלי, אין הוא יודע מהם השיקולים שעומדים בפני ועדת האכיפה בקביעת הענישה. כך לדוגמא, לא ידוע מה היו השיקולים שהובילו להשתת עיצום כספי מקסימלי דווקא בעניינה של העותרת 1.

88. פרסום ההנחיות הוא הכרחי בענייננו, בשל הפגיעה בזכויות העותרים ובפרט לאור הכלל שנקבע בפסיקה, לפיו הנחיות פנימיות הפוגעות בזכותו של הפרט מחויבת בפרסום (ראו פס' 139 לכתב העתירה).

89. העותרים טוענים כי אי פרסום ההנחיות מאפשר שרירות באכיפה ואינו תואם את מגמת האכיפה המינהלית בישראל המאופיינת בשקיפות. על הרשות ליישר קו עם רשויות מקבילות לה ולקבוע ולפרסם הנחיות להפעלתה, כפי שמצופה מגוף מינהלי וכפי שנעשה ברשות להגבלים עסקיים וברשות לניירות ערך. (הודעה לעיתונות 500200 "רשות ההגבלים העסקיים פרסמה טיוטת הנחיות לניתוב תיקים לאכיפה באמצעות עיצומים כספיים" 22.5.2012) [אסמכתה "מ" לכתב העתירה].

90. העותרים מסכימים עם עמדת המדינה הגורסת שפרסום הנחיות פנימיות מהווה פתרון לניגוד עניינים פוטנציאלי העולה מהרכב הוועדה. על הנחיות אלה להכיל קריטריונים לקבלת החלטות לשם צמצום הטיות בשיקול דעת הוועדה והגברת הביקורת השיפוטית על החלטותיה.

91. ודוק, השרירות הפוטנציאלית העולה מהחוק אינה תיאורטית אלא קרמה עור וגידים בעניינה של העותרת 1. מדובר בענישה מקסימלית לשם "יריית אזהרה" המהווה חריג לנוהג הרווח של יישום האכיפה המינהלית בישראל (פס' 142 לכתב העתירה). דוגמא לאותו נוהג ניתן למצוא ברשות להגבלים עסקיים וברשות לניירות ערך, אשר ביצעו אכיפה רכה, מכוונת ושקופה בתחילת הדרך, על מנת לאפשר הסתגלות להליך החדש (הודעה לעיתונות "האכיפה המינהלית יוצאת לדרך" 9.10.2011) [אסמכתה "מה" לכתב העתירה].

92. לטענת המדינה אין להחיל את תיקון 113 לחוק העונשין – הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, על אכיפת העבירות המעוגנות בחוק, כי בהליך הפלילי לבית המשפט נתונה הסמכות להטיל עונשי מאסר וקלון. אף טענה זאת שגויה שכן הבניית שיקול הדעת חלה על כל חומרות הענישה ועל כלל הסנקציות האפשריות כולל עונש קנס ואינו חל רק על עונשי מאסר וקלון ועל כן העותרים טוענים כי ניתן להחיל את תיקון 113 על ענייננו ("הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה", עמ' 438) [אסמכתה "ב" לעיקרי הטיעון].

93. סיבה נוספת שהציגה המדינה כנגד החלת התיקון לעיל היא, שבאכיפה מינהלית מתחם הענישה נקבע על-ידי המחוקק ולממונה אין אפשרות לחרוג ממנו. טענת המדינה אינה רלוונטית ודינה להידחות, שכן אף בהליך הפלילי המחוקק קובע ענישה מקסימלית שאין בית-המשפט יכול לחרוג ממנה ואין הוא קובע ענישה מינימלית כפי שנעשה בחוק האכיפה המינהלית (פס' 174 לכתב התשובה).

החוק פוגע בזכותם של בעלי יכולת כלכלית מועטה לשוויון

94. העותרים אינם מקבלים את טענת המדינה כי השימוש בחוק מקדם אכיפה שוויונית, מהירה והוגנת כלפי כל מפר המהווה אכיפה פוגענית פחות מהאכיפה הפלילית. לטענת העותרים, ההפך הוא הנכון – עיצום שווה ערך שיושט על כל מפר בלא שימוש בכלי של ענישה דיפרנציאלית פוגע בזכות לשוויון ומפלה בין בעלי אמצעים למעוטי יכולת.

95. העותרים אינם מקבלים את טענת המדינה כי אין לפקפק בשיקול דעתו של הממונה מראש בגלל חזקת תקינות המינהל. כפי שהראו העותרים, תחימת שיקול דעתו של ממונה ברשות מינהלית היא דבר שבשגרה (פס' 29 לכתב העתירה), כמו כן תיקון 113 לחוק העונשין מבטא גם הוא צורך לתחום שיקול דעתה של הרשות השופטת.

96. אנשים ממעמדות שונים מעריכים כסף באופן שונה. לכסף יש ערך שולי פוחת – קנס של עד 100,000 ₪, כפי שמאפשרת התוספת הראשונה לחוק, יכול להיות זניח וחסר חשיבות עבור בעל הון, אך לזעזע את עולמו של האדם הפשוט. ראוי לציין, כי בית המשפט הכיר בעבר בצורך להתחשב ביכולתו הכלכלית של העומד לדין בתחומים אחרים כמו דיני הנזיקין ומיסוי דיפרנציאלי (ראו פס' 157 לכתב העתירה).

97. בניגוד לטענת המדינה, הטוענת שהעותרים מציעים ענישה המבוססת על הערכה אישית של חומרת הענישה, העותרים מציעים ענישה הלוקחת בחשבון יעילות הרתעתית המתחשבת בחומרה סובייקטיבית של הענישה ולא בחומרה האובייקטיבית לבדה (פס' 179 לכתב התשובה). ענישה זו מקדמת את יעילות ההרתעה שהינה אחת מתכליות החוק המרכזיות ומאזנת את חוסר השוויון באופן שמטיב עם כל הצדדים (אלון הראל "משפט פלילי" **הגישה הכלכלית למשפט 637, 693** (אוריאל פורקצ'יה עורך, 2012) **[אסמכתה "ה" לעיקרי הטיעון]**).

98. העותרים טוענים כי על מדינת ישראל להשוות את הסטנדרט הנהוג במדינות מתקדמות בעולם ולשכלל את יכולתו הכלכלית של המפר בעת הטלת עונש. מדינות כגון גרמניה, שוודיה, דנמרק, הונגריה, צרפת, פורטוגל, ספרד ושוויץ בולטות במגמה זו. בולטת במיוחד היא מדינת פינלנד, שם הקנס מחושב על פי ימים ואחוזים מסך ההכנסה היומית של הנאשם ובכך נלקח בחשבון הערך השולי הפוחת של הכסף (ראו פס' 160–161 לכתב העתירה והאסמכתאות המצורפות להן).

99. לטענת העותרים, בשל ההתחשבות המחוקק בתאגיד במתן עיצום דיפרנציאלי, יש להתחשב באזרח הפשוט מתוקף נימוק קל וחומר. המחוקק הישראלי לא העלים עין מהמגמה העולמית, כשניתן לראות ביטוי לאמצעי של עיצום דיפרנציאלי בתיקון מספר 13 לחוק ההגבלים העסקיים. עיצום דיפרנציאלי מבטא את עיקרון המידתיות לצד יצירת הרתעה אפקטיבית ובמקביל לביטוי הרצון לא למוטט כלכלית את המפר, לו אין כיס עמוק ככיס התאגיד (דברי הסבר לסעיף 50ד(א) בהצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי), התשע"ב – 2011, ה"ח 240, 241) **[אסמכתה "נה" לכתב העתירה]**.

100. בשל הרתעת היתר של אלה שידם אינם משגת מחד, והרתעת החסר של בעלי הון מאידך, המחוקק מחיל הלכה למעשה את דוקטרינת ההפרה היעילה, אשר אינה חלה במשפט הישראלי (פס' 162 לכתב העתירה). מנגנון זה יוביל למדרון חלקלק שבסופו ניתן יהיה "לקנות" הפרת חוק בישראל.

החוק פוגע בזכות לאוטונומיה של הפרט

101. העותרים טוענים שהחוק פוגע בזכות לאוטונומיה של הפרט בכך שהוא מרחיב את ההגבלה על יכולתו של האדם להתבטא ולהינשא למי שחפץ.

102. פגיעה נוספת באוטונומיה ניכרת בהסדר השלילי שהחוק קובע, לפיו אין למפר יכולת לבקש להישפט. מתן יכולת הבחירה בין הליך פלילי למינהלי, או לכל הפחות מתן הסכמתו של המפר להליך המינהלי מתקיימת במנגנוני אכיפה מינהליים בארץ כדוגמת סעיף 8(ג) לחוק העבירות המינהליות, חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 66), התשע"ב-2012, ובמשפט המשווה – כדוגמת חוק העבירות המינהליות הגרמני (Gesetz) über Ordnungswidrigkeiten [OWiG], May. 25, 1968, BGBL. at art. 86 (Ger.) [אסמכתה "נז" לכתב העתירה] (ראו פס' 167-171 לכתב העתירה).

103. העותרים דוחים את הצדקת המדינה לפגיעה זו בכך שההליך המינהלי אמור להקל עם המפר. ראשית, אין הצדקה זו רלוונטית שכן הפגיעה באוטונומיה היא בעצם זכות הבחירה וללא חשיבות לתוצאות האפשריות. שנית, ראוי לציין שהאכיפה המינהלית לא בהכרח מקלה עם המפר (פס' 172 לכתב התשובה).

החוק פוגע בחופש התנועה של הפרט

104. העותרים טוענים לפגיעה בחופש התנועה על ידי האפשרות לשלילת רישיון הנהיגה בהתאם לסעיף 16(ב) לחוק. אין שום הצדקה העומדת מאחורי פגיעה זו בזכות יסוד (פס' 176 לכתב העתירה).

105. העותרים מסכימים עם המדינה כי עסקינן בעונש לגיטימי כאשר עוסקים בעבירות תנועה, נוכח התקיימותו של קשר רציונלי. אולם, בעבירות שלפנינו אין שום טעם בשלילת רישיון נהיגה, ומדובר בסנקציה שרירותית שתכליתה עונשית ותו לאו (פס' 232 לכתב העתירה).

החוק אינו עומד במבחני פסקת ההגבלה

החוק פוגע אינו הולם את ערכי מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מאחר ופוגע בעקרון הפרדת הרשויות

106. החוק פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות המאפיין חברה דמוקרטית בכך שאין הפרדה בין הרשות המבצעת לרשות השופטת, ובין עובדי הרשות לבין יושבי מותב ועדת האכיפה.

107. לטענת העותרים, שורש הבעיה הוא בהרכב הוועדה. הוועדה משמשת בכל אחת מהתביעות כגוף החוקר, התובע והשופט, בניגוד להליך הפלילי בו המדינה היא היוזמת החוקרת והתובעת ולאחר מכן הרשות השופטת בוחנת את המקרה. העותרים טוענים כי זוהי מתיחה בלתי סבירה של דוקטרינת הפרדת הרשויות (בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, עמ' 14-15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.7.2014)) (ראו פס' 191-194 לכתב העתירה).

108. סעיפים 7 ו-8 לחוק הקובעים כי חברי ועדת האכיפה ימונו על-ידי הממונה מבין עובדי הרשות ויהיו כפופים להוראותיו, פוגעים ישירות בעיקרון הפרדת הרשויות. לטענת העותרים, יש לשמור על הפרדה בין

עובדי הרשות לבין יושבי המותב, כפי שנעשה בוועדת האכיפה על-פי חוק ניירות ערך (פרוטוקול ישיבה מס' 728 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 7 (24.1.12)) [אסמכתה "סא" לכתב העתירה].

תכליות החוק אינן ראויות

109. העותרים טוענים כי האמצעים הננקטים בחוק מעידים על תכליותיו: **התכלית הראשונה** היא קידום האינטרס הציבורי של אכיפת עבירות פליליות הלוקות באכיפת חסר, על ידי אכיפתן בהליך מנהלי. תכלית זו אינה ראויה מכיוון שהעבירות המנויות בחוק אינן סובלות מאכיפת חסר, אלא נאכפות בהתאם לנורמה החברתית במדינת ישראל, כעולה מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה לעניין הימנעות מאכיפת העבירה של העלבת עובד ציבור בשל הפגיעה בחופש הביטוי בחברה דמוקרטית (ראו פס' 204 לכתב העתירה). המדינה לא הצליחה להפריך טענה זו של העותרים, ולא הביאה ממצאים עובדתיים המצביעים אחרת.

110. העותרים יבקשו להתייחס לטענת המדינה לפיה אכיפה מוגברת מצד רשות האכיפה המינהלית ומנגנוני האכיפה (משטרה ותביעה) תגרום לציות מוגבר לחוק עקב הסבירות להעמדה לדין בגין ביצוע עבירה. טענה זו אינה הולמת מדינה דמוקרטית, אינה נכונה ותפגע באמון הציבור ברשויות, לאור העיסוק בחוקים אשר מייצגים נורמה שהתיישנה. אכיפה מוגברת של החוקים תביא להחלשת שלטון החוק ולתחושה בציבור כי החוק מייצג מערכת ערכים זרה לו ולחוסר אמון בחוק כמייצג מערכת ערכים ונורמות אידיאליים. אי אכיפה של חוקים שאינם תואמים את הנורמות החברתיות מהווה את הרע במיעוטו, ומביא דווקא לחיזוק שלטון החוק, שכן הציבור למד כי רשויות האכיפה פועלות בשיקול דעת ותוך הבנה של החברה שבתוכה הם פועלים. (ראו פס' 93 לכתב העתירה).

111. המעבר לאכיפה מינהלית בעבירות אלו גורם למעורבות יתרה של הרשויות בחיי הפרט העתידה לעלות במחיר חברתי כבד – הן בשלב המידי של ירידה בשיתוף הפעולה של האזרחים עם הרשויות והן בטווח הארוך של ירידת הנכונות של צעירים לשרת ברשויות אלה. (זאת על פי הניתוח של מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית, 48 (2008) [אסמכתה "סד" לכתב העתירה] (להלן: "טמיר")).

112. **התכלית השנייה** היא הימנעות מהכתמת המבצע בתווית פלילית בעבירות שהינן מתחום המוסר. אף תכלית זו אינה ראויה מאחר ואין להימנע מההליך הפלילי בעבירות הנוגעות בשורשי המוסר בחברה, וכמו כן העותרים יראו בהמשך כי אינה מוגשמת. (ראו פס' 205–206 לכתב העתירה).

113. **התכליות השלישית, הרביעית והחמישית** הן אכיפה אופטימלית, מניעת הישנותם של מעשים שעלולים לפגוע באינטרס ציבורי והרתעה. אין העותרים משיגים על תכליות אלו, אך כפי שיטענו בהמשך, אינן עומדות במבחני המידתיות (פס' 208–210 לכתב העתירה).

114. **התכלית השישית** היא פיצוי קופת המדינה בעבור הנזקים שגרמה העבירה המינהלית. תכלית זו אינה ראויה, מאחר וניחנת באופי תרופתי ולא עונשי, וככזאת לא ניתן להטילה באופן אפריורי וקולקטיבי (פס' 211 לכתב העתירה).

115. **התכליות השביעית, השמינית והתשיעית** אשר הן התכליות האמיתיות להבנת העותרים, הן אכיפה פלילית בדרך מזוהת תחת כסות מינהלית, הימנעות מדרישות הסף של ההליך הפלילי ועקיפת הגנות הדין הפלילי לשם התייעלות והקלת הליך הענישה. תכליות אלו נובעות מסיווג השגוי של החוק כמינהלי ולא כפלילי. העותרים טוענים כי אין לראות בתכליות אלו אשר במהותן עומדת רמיסת זכויות אדם כראויות. אין לקבל את טענת המדינה כי היעילות מקדשת את האמצעים. הימנעות המדינה מדרישות הסף,

והתחמקותה מהגנות הדין הפלילי אמנם מקדמת יעילות אך על חשבון זכויות אדם (פס' 215–219 לכתב העתירה).

116. המדינה טוענת כי החוק מקדם **תכלית נוספת** של אכיפה שוויונית על-ידי צמצום שיקול הדעת של המשטרה והפרקליטות בשאלה אימתי לאכוף עבירה – טענה זו אינה נכונה (פס' 217–218 לכתב התשובה). סעיף 15 לחוק מרחיב את שיקול דעתן של רשויות האכיפה ומאפשר להן לבחור האם לפתוח בהליך פלילי או מינהלי. בכך, החוק פוגע בשוויון בין מפרים שונים, שכן כנגד מפר פלוני עלול להיפתח הליך פלילי, על שלל הגנותיו הפרוצדורליות, וכנגד מפר אלמוני עלול להיפתח הליך מינהלי, בו יוטל עליו עיצום כספי משמעותי בלא יכולת אמיתית להתגונן כנגדו.

החוק אינו מידתי

אין קשר רציונאלי בין האמצעים הננקטים בחוק לתכליות אותן שואף להגשים

117. העותרים טוענים כי אין קשר רציונאלי בין התכליות השונות, לבין האמצעים הננקטים בחוק (פס' ד.1.4.2 לכתב העתירה). לטענתם, אין לקבל את טענת המדינה לצמצום התערבות בית המשפט. אין להקיש מהתערבות במקרה של החלטה ביטחונית-מדינית עליו נשענת המדינה בטענתה, בו מקובל להרחיב את שיקול דעתה של המדינה (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005)) למקרה של הטמעת הליך אכיפה פלילי תחת כסות מינהלית.

העיצום הכספי הקבוע בחוק לא יביא להרתעתם של מפרים פוטנציאליים

118. כפי שהראו העותרים, לשם הרתעת אדם רציונאלי, יש להעמיד בפני הגורם השיפוטי מנעד של סנקציות אפשריות (כפי שנעשה במשפט הפלילי), ולא רק סנקציה כספית אשר קובעת בפועל "מחיר" לעבירות המנויות בחוק (פס' 222–224 לכתב העתירה).

119. הסנקציה הכספית היא מוגבלת ואינה אינסופית, שכן קביעת קנסות אסטרונומיים שהאזרח הממוצע אינו יכול לעמוד בהם, כדוגמת הקנס שהוטל על העותרת 1, הם מלכתחילה מעבר ליכולתו ולכן לא ישרתו את המטרה ההרתעתית.

ביטול הקלון בעבירות בחוק יפגע בהרתעה, בציות לחוק ולא יקיים תכלית של אכיפה אופטימלית

120. גינוי חברתי תורם לכוחה המרתיע של הענישה ולעיתים אף גדול מהענישה עצמה. טענת העותרים היא כי ביטול אלמנט הביוש יפגע בהרתעה המבוקשת וינתק את הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה.

121. בנוסף, ביטול אלמנט הביוש פוגם בהשגת התכלית של אכיפה אופטימלית. הביוש, להבדיל מהמנגנון המוצע בחוק, הוא זול להפליא ואינו מצריך השקעת משאבים רבים מצד המדינה. אלמנט האשמה והסטיגמה המלווה אותו הינו מרכיב הכרחי להרתעה ולאכיפה יעילה (ראו פס' 225–227 לכתב העתירה).

חוסר המקצועיות של חברי ועדת האכיפה ימנע השגתה של אכיפה אופטימלית

122. המגמה בתחום האכיפה המינהלית בישראל היא של מינוי ממונה ו/או ועדה מקצועית בתחום ספציפי עליהם היא אמונה, ולא מתן סמכות שיפוטית בנוגע לקשת רחבה של עבירות. קיים שוני מהותי באופי העבירות הפליליות המנויות בחוק, ואין ביכולתם של חברי הוועדה, להם ניסיון משפטי או כלכלי של 5 שנים בלבד, להתמחות בכולן ולפסוק במיומנות הנדרשת לאכיפה אופטימלית (ראו פס' 228–231 לכתב העתירה).

123. שופטים בעלי התמקצעות בנושא הדיון מקבלים החלטות באופן שיטתי ועקבי יותר ותורמים לביסוסה של מדיניות שיפוטית עקיבה, להגדלת הסיכוי למימוש עקרון השוויון לכול בפני החוק ולאחידות רבה יותר בענישה. כמו כן, רשות שופטת שאינה מקצועית תפגע ביעילות הדיון ותאריך את אלו (אורך גזל-אייל ונוחי פוליטיס "התמקצעות או כלליות? השפעות של התמקצעות של שופטים על ההליכים והחלטות" **משפטים** מד 3, 891, 898 (2015)) **[אסמכתה "מן" לכתב העתירה]**.

החוק אינו האמצעי שפגיעתו פחותה לקידום התכליות המבוקשות

124. העותרים טוענים כי גם אם יסבור בית המשפט הנכבד כי חלק מתכליות החוק אכן ראויות ואף כי מתקיים קשר רציונאלי – הרי שאת כלל התכליות ניתן להשיג באמצעים אחרים, שפגיעתם בזכויות אדם פחותה מפגיעתו של החוק כאמור.

125. עמדת המדינה שאמצעי זה הוא זול ופשוט ביותר ליישום אינה מצדיקה את השימוש בו, שכן זו אינה אמת המידה של מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (בג"ץ 8425/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל**, פסי' 160 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 22.9.2014)).

שימוש באמצעי של הגעה להסדר בין הרשות למבצע ההפרה בנוגע לסנקציה

126. החוק אינו מאפשר לרשות להגיע להסדר עם מפר העבירה כפי שנהוג בהליכים דומים ובמשפט המשווה. העותרים סבורים, כי אמצעי האכיפה בו הוסמכה הרשות לעשות שימוש הוא שרירותי ולא מאפשר התגמשות בנסיבות מיוחדות המצדיקות התחשבות במפר (פסי' 240–241 לכתב העתירה).

המחוקק כבר הכשיר הליך אכיפה מינהלי שפגיעתו פחותה מההליך בחוק – "סגירת תיק מותנית"

127. המדינה טוענת כי אין בידי העותרים מקרים קונקרטיים שלפיהם ניתן לבחון האם יש פגיעה בזכות אדם. טענה זו אינה נכונה מאחר והפגיעה בזכויות של העותרים 1 ו-2 היא ממשית וכבר התרחשה. אין מדובר בפגיעה תיאורטית (ראו פסי' 15 לעיל). שנית, כפי שהציגו העותרים, הליך האכיפה המינהלית אינו זר למשפט הישראלי בפרט ולמשפט המשווה בכלל, וכבר הוכח כי ההליך בסוגיו השונים מקיים פגיעה בזכויות אדם על פיה ניתן ללמוד על ההליך הקבוע בחוק זה.

128. חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 66), התשע"ב–2012, ס"ח 599 מאפשר להגיע להסדר לשם סגירת תיקים בעבירות מסוג חטא ועוון, מקום בו אין עניין לציבור או עקב הודאת החשוד במעשים (ראו פסי' 242–243 לכתב העתירה). הוספת עבירה מסוג פשע להסדר זה תתאפשר באישור השר, ולטענת העותרים מהווה אמצעי שפגיעתו פחותה.

129. האמצעי משיג את כוונת המחוקק ומייעל את ההליך כיום, תוך פגיעה פחותה בזכויות אדם. אין לקבל את עמדת המדינה כי הסדר זה מביא לעומס על התביעה. אופן יישומו מגשים את תכליתו של הקלה על התביעה והפניית משאבי בית המשפט לתיקים החמורים יותר (נוהל והנחיות היועץ המשפטי לממשלה להפעלת תיקון 66 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 בנושא הפעלת תיקון 66 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 – "הסדר מותנה", מספר הנחיה: 4.3042, עמ' 1–2 (פורסם בנבו, מאי 2013)) **[אסמכתה "ן" לעיקרי הטיעון]**

130. הליך זה מאפשר אף הוא את הורדת רף הראיות הנדרש לתביעה ומאפשר לאכוף עבירות, אך עושה זאת בדרך פחות פוגענית למפר (דברי הסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט-2008, ה"ח 210) [אסמכתה "ז" לעיקרי הטיעון].

131. טענת המדינה בפס' 239 לכתב התשובה, שההסדר לא ישיג את מטרתו ואת ההרתעה הרצויה בשל אי פרסום פרטי המפר והעדר הקלון עומדת בסתירה לטענתם כי אחת מתכליות החוק היא הימנעות מהכתמת המבצע. המדינה איננה עקבית שכן טוענת בעד הרתעה הנוצרת בפרסום החלטות כדוגמת חוק ניירות ערך, אולם מאידך אינה מכניסה הסדר שכזה לחוק שלפנינו.

132. כמו כן, שגויה טענתה הנוספת של המדינה בפס' 240 לכתב התשובה כי סעיף 240(א) לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי הסדר מותנה לא יחול על עבירות מינהליות ולכן לא ניתן להחילו על החוק. סעיף 240(א) קובע כי סעיף 123 לחוק סדר הדין הפלילי הקובע הודיה בכתב לא יחול על עבירות מינהליות ואין הוא רלוונטי לעניין ההסדר המותנה. כמו גם, העותרים הראו לעיל שאין מקומן של עבירות אלה במשפט המינהלי ועל כן מתייטר דיון זה.

יש לאפשר פיקוח של בית-המשפט על עבירות מתחום המוסר

133. לטענת העותרים, ישנה בעיה להעביר עבירות מתחום המוסר לאכיפה מינהלית ויש לפעול כפי שנעשה במשפט המשווה ולשמור על פיקוח של בית-המשפט שהוא גוף שאופן פעולותיו והאתוס המנחה אותו מבטיחים רמה גבוהה של אובייקטיביות. זכות הערעור הניתנת אינה מהווה פיקוח מספק, שכן זהו פיקוח בדיעבד בלבד, וכמו כן מסרב את ההליך ולמעשה ומרוקן מתוכן את טיעון המדינה בדבר יעילות והקלת העומס על המערכת המשפטית (פס' 245 לכתב העתירה).

סכומי הענישה המקסימליים שנקבעו בתוספת הראשונה לחוק ושיקול הדעת שניתן לממונה רחבים מידי

134. העונשים המקסימליים שנקבעו בתוספת הראשונה לחוק אסטרונומיים אף בהשוואה לאותן העבירות בחוק העונשין ועל כן הם אינם מידתיים ומאפשרים מתחם רחב מידי של ענישה שאינו ראוי. (השוו ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 5.6.2013)) (פס' 246–247 לכתב העתירה).

135. בנוסף, החוק יוצר יחס הפוך למדרג הענישה הנורמטיבי שנקבע בחוק העונשין לגבי עבירות מסוג "חטא" ו"עוון", לפיו ככל שהעבירה חמורה יותר כך גם הענישה, בשונה מן היחס בחוק האכיפה המינהלית בו העבירה הקלה ביותר זוכה לענישה המקסימלית הגבוהה ביותר (פס' 248 לכתב העתירה).

יש לתת את סמכות האכיפה לפרקליטות שהינה הגוף בעל המיומנות הנדרשת

136. החוק מסמיך את הממונה להטיל עיצום כספי, למרות שאין ברשותו את המיומנות הנדרשת לקריאת חומר החקירה, לניתוח נכון של ראיות ולהערכה נכונה של העונש ההולם. העותרים הראו בפס' 249–253 לכתב העתירה, כי הניסיון בעולם מלמד שמטיל הקנס בהליך של אכיפה מינהלית הוא לרוב התובע, לו הידע וההכרה הדרושים על מדיניות ההעמדה לדין ומדיניות הענישה וכן בניית חומר החקירה, זאת מכיוון שקנס מינהלי צריך שיוטל רק בנסיבות בהן יש די ראיות להעמדה לדין.

137. בעיה נוספת שעלולה להיווצר במתכונתו הנוכחי של החוק היא ריבוי סמכויות – מקום בו פרקליט המדינה יחליט להעביר את התיק לידי רשות האכיפה לצורך הטלת עיצום כספי, והממונה על הרשות יסבור

כי אין מקום להטיל סנקציה על החשוד וכי יש לסגור את התיק. עלולה להיווצר מחלוקת בין הגורמים, כאשר פרקליט המדינה יחליט בסופו של דבר לפתוח בהליך פלילי מלא לאחר שהחשוד זוכה בהליך המינהלי.

138. טענת העותרים היא כי אפשרות זו אינה עולה בקנה אחד עם טענת הגנה של "כבר נשפטתי" כפי שקיימת בחוק סדר הדין הפלילי, ושאין לאפשר את הפגיעה שנוצרת בהעמדה לדין פלילי גם בתום ההליך המינהלי. (ראו פס' 153 לכתב העתירה).

הנזקים הנגרמים כתוצאה מהחוק עולים באופן משמעותי על התועלת שבו

139. העותרים הראו כי החוק יוצר נזקים רבים, ישירים ועקיפים, ופוגע בזכויות אדם רבות. נזקים אלו חמורים שבעתיים שעה שהחוק מבטא שימוש ציני של המחוקק בהליך האכיפה המינהלית ככסות להליך פלילי ללא ההגנות העומדות לנאשם בהליך הפלילי.

140. החוק יוצר חוסר וודאות לגבי איזה סוג הליך יפתח ויכול להיפתח כלפי מפר הוראות חוק זה, ועמימות לגבי טיב העונש שיוטל עליו באם יפר איסור בחוק. המפר עשוי להתגלגל בין רשות לרשות עד שימוצה עמו הדין בהליך הוגן וסופי. עבירה על-פי חוק זה יכולה להיאכף על-ידי הרשות, בהליך פלילי על-פי חוק העונשין, על-ידי רשות המוסמכת לכך לפי חוק העבירות המינהליות ועל-ידי כל רשות אכיפה אשר הממונה ימצא שהיא מתאימה. חוסר הוודאות והעמימות הקיצוניים מהווים פגיעה חמורה בעקרון החוקיות ומובילה להרתעת יתר של הפרט אשר גורמת לנזק שעולה על התועלת (פס' 255–256 לכתב העתירה).

141. העותרים סבורים כי די בטענות שהובאו בפני בית-משפט זה כדי להורות על ביטולו של החוק, או למצער להורות על ביטול חלקים משמעותיים בו.

142. לאור נימוקי העותרים לעיל, מתבקש בית המשפט להיעתר לסעדי העתירה שבראשיתה, ולחייב את המדינה בהוצאות משפט.

מר גיא אבידור

גב' תמר לוצאטו

גב' דנה גולדמן

ב"כ העותרים

גולדמן, לוצאטו, אבידור, סטודנטים

המשפט המבויס 2015