

המעצרות:

1. **מדינת ישראל - משרד המשפטים**
2. **הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים**
ע"י ב"כ עו"ד יהושע למברגר ועו"ד דנה בריסקמן
מפרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 91010
טל': 02-6466671 ; פקס: 02-6467011

נגד

המשיב:

אליצור סגל
ע"י ב"כ עו"ד יצחק בם
ממשרד בם-דבורין-כהן
רח' כורש 12/35, ת"ד 1117, ירושלים 91010
טל': 077-8150041 ; פקס: 03-5422596

המבקשים להצטרף כידידי בית המשפט:

1. **הסניגוריה הציבורית**
ע"י ב"כ עו"ד רענן גלעדי
מהסניגוריה הציבורית הארצית (בחל"ת)
רח' הנרייטה סולד 4, תל אביב
טל': 03-6932608, 050-6216331 ; פקס: 03-6932617

וע"י ב"כ עו"ד ודים שוב
מהסניגוריה הציבורית מחוז ירושלים
רח' בן יהודה 34, ירושלים
טל: 02-5696180 ; פקס: 02-6467449

2. **התנועה לחופש המידע**
ע"י ב"כ עו"ד אדוה מוגיה
רח' רוטשילד 45, ראשון לציון
טל': 03-9560146 ; פקס: 03-9560359

חוות דעת מטעם הסניגוריה הציבורית כ"ידיד בית המשפט"

בהמשך לבקשת הסניגוריה הציבורית מיום 2.10.08 להצטרף לדיון כ"ידיד בית המשפט", ובהתאם ובכפוף להחלטת כב' השופטת נאור מיום 6.10.08 ולהארכות המועד, מתכבדת הסניגוריה הציבורית להגיש חוות דעת זו מטעמה.

רקע

1. זהו ערעור שהגישה המדינה על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים (כב' הנשיאה מוסיא ארד), שניתן בעתירה מינהלית אשר הגיש המשיב לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (עת"מ 814/07).
2. פסק הדין קיבל את העתירה המינהלית וחייב את המדינה להעביר לעיונו של המשיב את כל החלטות שניתנו על ידי ראשי התביעה הכללית בשנים 2000-2007, באשר להעמדה או אי-העמדה לדין בעבירות של העלבת עובד ציבור וזילות בית המשפט. פסק הדין דחה את טענת המדינה, כי היענות לבקשת המשיב תצריך "הקצאת משאבים בלתי סבירה", כאמור בסעיף 18(1) לחוק. נקבע כי למרות שלשם היענות לבקשה נדרשת המדינה לעבור על כ-1260 החלטות שעניינן עבירות הנוגעות לחופש הביטוי באופן כללי (שכן אלה לא מוינו לפי עבירות עד כה), הרי ש"בשלב הראשון על המשיבים לבחון רק אם מדובר בהחלטה שנתקבלה לגבי אחת מהעבירות הרלוונטיות ותו לא. זו בחינה טכנית בעיקרה, שאינה אורכת זמן רב, ושאותה יכול לבצע גם מי שאינו בעל תפקיד בכיר בפרקליטות, דוגמת סטודנט או מתמחה. רק לגבי אותן החלטות שעסקו בעבירות הרלוונטיות - שמספרן נמוך מ-1260 הנ"ל - ידרשו המשיבים לערוך תמצית של התיק, וגם זאת רק ככל שמדובר בהחלטות שלא ניתן להבין את ההקשר שבו ניתנו מתוך קריאת ההחלטה בלבד". פסק הדין קבע עוד, כי הערכת המדינה שנדרשים לה מספר שבועות עבודה של כמה גורמים בפרקליטות, היא הערכת יתר.
3. הרקע לעתירת המשיב הוא הליך פלילי שמתנהל נגד המשיב בבית משפט השלום בירושלים (ת"פ 3099/06), ובו הוא מואשם בהעלבת עובד ציבור. במסגרת ההליך הפלילי טוען המשיב, בין היתר, כי כתב האישום הוגש נגדו תוך אכיפה סלקטיבית פסולה, דהיינו תוך הפלייתו שלא כדין לעומת אחרים שביצעו מעשים דומים או חמורים יותר ולא הועמדו לדין. לטענתו, יש בכך משום סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, ועל כן מן הדין לבטל את כתב האישום נגדו מחמת "הגנה מן הצדק", וזאת אף מבלי להידרש לגוף שאלת חפותו או אשמתו. את העתירה המינהלית הגיש המשיב על מנת שיוכל לבסס בראיות את הטענה בדבר האכיפה המפלה שננקטה נגדו. ראיות אלה, ככל שהן קיימות, נמצאות בעיקרון בידי המדינה בלבד.

מבנה הטיעון ותמצית עמדתה של הסניגוריה הציבורית

4. תחילה תבקש הסניגוריה להעיר הערה באשר לחזית העקרונית שמציגה המדינה בערעורה. לדעת הסניגוריה, חזית רחבה זו אינה הולמת את נסיבותיו של התיק, על רקע העמדות שהציגה המדינה בבית המשפט קמא.
5. לאחר מכן תציג הסניגוריה את עמדתה באשר לתיק הקונקרטי. לדעת הסניגוריה, קיימת דרך פרקטית טובה לקדם פתרון צודק ויעיל בתיק זה, אשר עשוי לייתר את הצורך להידרש להכרעות עקרוניות, וזאת בהתבסס על ההסכמה שנתנה המדינה בבית המשפט קמא למסירת חלק משמעותי מהמידע המבוקש.
6. בהמשך נעבור לדון בטענותיה העקרוניות של המדינה. **טענות רחבות אלה, והחשש מפני קבלתן ועיגוןן בהלכה הפסוקה, הם הסיבה לבקשת הסניגוריה להצטרף להליך זה כידיד בית המשפט**. לאחר שנציג טענות אלה של המדינה, נצביע על שורת היבטים חשובים של האינטרס הציבורי הרחב, שאליהם נמנעה המדינה מלהתייחס בטיעוניה וממילא נמנעה מלתת להם מענה. לדעת הסניגוריה, הימנעות זו הופכת את עמדת המדינה לחד צדדית ובלתי מאוזנת.

חלק מהיבטים אלה של האינטרס הציבורי הם עקרונות היסוד של חוק חופש המידע, לרבות היות המידע קניינו של הציבור ולא של הרשות, באופן המעניק לפונה - בעיקרון - זכות קנויה לקבלתו; הצורך בפקוח ובביקורת ציבוריים רוחביים על עבודת התביעה ובשיפור איכות תוצריה, בדרך של הקמת מאגר נתונים אמין וזמין על החלטות התביעה; החובה למנוע מנאשמים עיוות דין והפליה - גם שלא-מדעת - תוך פגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם החוקתיות לשוויון ולהליך הוגן בשל שיקולי יעילות מינהלית ותקציב גרידא; הצורך הציבורי לאתר נאשמים כאלה ולהביא את עובדת האכיפה המפלה שנקטה נגדם לידיעת בית המשפט הפלילי, ולו כדי לאפשר בשל כך הקלה בעונש; האינטרס הציבורי באיסוף המידע המבוקש פעם אחת על מנת שישמש נאשמים רבים ללא השקעת משאבים ציבוריים נוספים; והצורך בקידום הגינות רשויות התביעה ואמון הציבור בהן, בין היתר על ידי מניעתן מלהחזיק במקל משני קצותיו בעת טיעוניהן בערכאות השונות.

כפי שנראה, אילו התייחסה המדינה למכלול היבטים אלה של האינטרס הציבורי הרחב, היה ניתן לצפות כי תודיע שלפחות מעתה ואילך בכוונתה לארגן את המידע בדבר החלטות התביעה בצורה שונה, שתאפשר את שקיפותן המירבית בפני כל פונה בעתיד, כך שתתוחם יריעת המחלוקת העקרונית בתיק זה רק לגבי מידע מהעבר; כי המדינה תימנע מלכפור באופן גורף בזכותם הקנויה של נאשמים לקבל מידע על החלטות התביעה; כי תימנע מלהשתמש בטיעון של חזקת התקינות, שאינו רלוונטי כלל לחוק חופש המידע ואף אינו משכנע לגופו, בנסיבות העניין, בכל הנוגע לתוצאה המפלה; כי תימנע מלהניח - ללא בסיס - כאילו נאשמים שאין בידם תשתית ראייתית ראשונית להוכחת הפלייתם, בהכרח לא הופלו; כי תחשב באופן שונה - על דרך של ממוצע בין נאשמים רבים - את המשאבים האמיתיים הנדרשים ממנה לצורך בקשת מידע של נאשם אחד; כי תחפש דרכים יצירתיות להשקעת המשאבים הנדרשים תוך פגיעה מינימאלית בעבודת התביעה, כגון על ידי היעזרות בפרקליט לשעבר בדרך של מיקור חוץ; וכי תשקול, במקרים המתאימים, כדי למנוע עיוות דין ופגיעה חוקתית, לחזור בה ביוזמתה מהאישום כשאינה רוצה להשקיע את המשאבים האמורים.

7. בהמשך ננתח את טענות המדינה על פי מספר מצבים מובחנים. תחילה נתייחס למצב עתידי היפותטי, שבו התביעה מארגנת באופן שוטף את המידע החדש הנוצר בתיקים שעליהם היא מופקדת, כך שיהיה קל להנגיש אותו לציבור ללא השקעת משאבים נוספים. קשה לחלוק כי זהו המצב הרצוי שאליו יש לשאוף, וראוי שהמדינה אף תשאף לכך מיוזמתה. על רקע מצב עתידי זה נציג מספר תשובות לטענות המדינה באשר לחששה מפני התארכות ההליכים הפליליים ומפני הסטתם מהשאלות של אשמה או חפות. לאחר מכן נתייחס למצב הנוכחי, המורכב יותר, שבו המידע שנוצר בעבר בידי התביעה עדיין מאורגן באופן מיושן ולא נגיש. בהקשר זה נדון בנפרד בזכויותיהם ובאינטרסים של פונים רגילים מן הציבור, שאינם נאשמים, המבקשים מידע על החלטות התביעה מכוח חוק חופש המידע; ובזכויותיהם ובאינטרסים המיוחדים של נאשמים. בין קבוצת הנאשמים נערוך הבחנה תיאורטית בין נאשמים שהלכה למעשה לא הופלו לבין נאשמים שהופלו; ולגבי הנאשמים שהופלו - בין כאלה שיש בידם ראיות עצמאיות להוכחת הפלייתם, לבין אלה שאין בידם ראיות כאלה. **נראה, כי גם אם מקבלים שלקטגוריה אחרונה זו משתייכים בפועל נאשמים מעטים בלבד, הרי שלא יכול להיות ספק בדבר קיומם. ממילא לא ניתן להתעלם מהם, אלא קיימת חובה לתת להם מענה, אשר ימנע עיוות דין ופגיעה בלתי חוקתית בזכויותיהם לשוויון ולהליך הוגן.** על רקע זה נציע קריטריונים אפשריים להבחנה מראש בין נאשמים העשויים להשתייך לקטגוריה אחרונה זו, לבין נאשמים אחרים, כך שהשקעת המשאבים המיוחדים הדרושים למסירת המידע תיעשה רק במצבים שבאמת עשויים להצדיק זאת, ולא ביחס לכל נאשם בפלילים. כפי שנראה, מדובר, בעיקרו של דבר, בעניין של שכל ישר וניסיון חיים, ולא דווקא של היכולת להעמיד תשתית ראייתית ראשונית, כפי שגורסת המדינה.

8. לבסוף נקדיש דיון נפרד לשאלת התשתית הראייתית הראשונית הנדרשת מנאשמים, לטענות שמעלה המדינה ביחס לדוקטרינת ההגנה מן הצדק ומגבלותיה, לשאלת היחס בין הליך לפי חוק חופש המידע לבין הליך לקבלת "חומר חקירה" לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, וכן להשלכות הרוחב על רשויות אחרות.

הערה מקדימה באשר לחזית העקרונית שמציגה המדינה בערעורה

9. בטרם נתייחס לגוף השאלות העקרוניות שמבקשת המדינה לעורר במסגרת ערעורה, נבקש להעיר הערה כללית. לדעת הסניגוריה הציבורית, לערעור מינהלי זה לא היו חייבים להיות היבטים עקרוניים מיוחדים, וודאי שלא מתחום המשפט הפלילי. נראה כי החזית העקרונית הרחבה שנפרשה בערעור "גדולה בכמה מידות" על נסיבותיו של התיק.

10. עיון בפסק הדין ובכתבי הטענות שהגישו הצדדים לבית המשפט קמא מעלה, כי בסופו של דבר, **יריעת המחלוקת הייתה צרה וטכנית למדי**: בתחילת ההליך ביקש המשיב לקבל לידי את כל ההחלטות הנוגעות להעמדה לדין בגין התבטאויות נגד עובדי ציבור, שהתקבלו מאז 1995. התברר שלצורך כך תידרש המדינה לעבור על כ-1860 החלטות שעניינן עבירות הנוגעות לחופש הביטוי באופן כללי. באותו שלב הסכימה המדינה להציג בפני המשיב כ-20 דוגמאות בלבד, של תמציות החלטות שנבחרו על ידה מתוך מאגר זה. לעומת זאת, בסוף ההליך בבית המשפט קמא צמצם עצמו המשיב לבקשה לקבלת כל ההחלטות שעניינן העלבת עובד ציבור וזילות בית המשפט, שהתקבלו מאז שנת 2000. התברר שלצורך כך תידרש המדינה לעבור על כ-1260 החלטות הנוגעות לחופש הביטוי באופן כללי. מנגד, המדינה הסכימה באותו שלב להעביר למשיב **כמעט חצי מההחלטות שביקש** - את כל ההחלטות בעניין העלבת עובד ציבור וזילות בית המשפט שהתקבלו במהלך שלוש שנים לפי בחירתו. כלומר, המחלוקת התמצתה לבסוף בכך, שהמדינה הסכימה להעביר **כמה מאות החלטות, ואילו המשיב דרש לקבל כמה מאות נוספות**.

11. בעצם הסכמת המדינה להעביר לעיון המשיב כמה מאות החלטות, משלוש שנים לפי בחירתו, **גילתה המדינה את דעתה, כי בנסיבות העניין, ובניגוד לעמדתה הראשונית, מסירת היקף זה של החלטות לא תדרוש ממנה הקצאת משאבים בלתי סבירה**.

12. מעבר למחלוקת צרה זו, בשאלת סבירות תוספת המשאבים הכרוכה בהעברת כמה מאות ההחלטות הנוספות שדרש המשיב, לא היו למעשה חילוקי דעות עקרוניים מהותיים, ובוודאי לא בתחום המשפט הפלילי. בית המשפט קמא הדגיש בפסק דינו, כי **"המשיבים מאשרים כי יש ליתן משקל רב לאינטרס העותר המבקש לעיין במידע לשם ביסוס טענת הגנה במשפט פלילי"**¹. ובהמשך שב וציין בית המשפט:

אשר למקרה הנוכחי, **אין חולק כי האינטרס שבגינו מבקש העותר לעיין במידע, הוא אינטרס רב חשיבות**. כאמור, המידע דרוש לעותר לצורך ניסיון לבסס את הגנתו במשפט פלילי המתנהל בעקבות הגשת כתב אישום בעבירה שייחודה הוא בכך שהיא מגבילה את חופש הביטוי. ...

לאחר מכן פירט בית המשפט את השיקולים העקרוניים התומכים בגילוי המידע, והדגיש שוב את היעדר המחלוקת המהותית: **"המשיבים מצדם לא חלקו על דברים אלו ולא הביעו התנגדות מהותית כלשהי לגלות את המידע**. ... עם זאת, לטענתם, ההכבדה הבלתי סבירה שתיגרם לפרקליטות ... יש בה כדי להצדיק היענות חלקית בלבד לבקשת העותר".

¹ כל ההדגשות במסמך זה אינן במקור, אלא אם נאמר אחרת.

13. כל שנותר אפוא, בסופו של יום, הוא מחלוקת על אופן היישום של העקרונות המוסכמים, כלומר על נקודת האיזון הנכונה ביניהם במקרה הקונקרטי, בהתייחס לסבירות הקצאת המשאבים הנדרשת לצורך העברת כמה מאות ההחלטות שנותרו שנויות במחלוקת. במחלוקת יישומית זו פסק בית המשפט קמא לטובת נקודת האיזון החדשה שהציע המשיב (כל ההחלטות הרלוונטיות משנת 2000), ולא לטובת נקודת האיזון החדשה שהציעה המדינה (כל מאות ההחלטות הרלוונטיות משלוש שנים לפי בחירת המשיב).

14. בניגוד לטענת המדינה בערעורה, מקריאת פסק הדין לא יכול להיות ספק כי בית המשפט קמא **התחשב במסגרת האיזון שערך גם באינטרסים של הרשות, ואף נתן להם משקל נכבד**, הגם שלא מכריע. הדבר עולה במפורש, בין היתר, מההסתייגויות והנימוקים שנכללו בסיום פסק הדין². אומנם לבסוף אומצה נקודת האיזון החדשה שהציע המשיב, אך הרי גם המשיב עצמו התפשר על נקודת איזון זו מתוך אותה הכרה ומתן משקל לאינטרסים הלגיטימיים של הרשות. המדינה רשאית כמובן לחלוק על נקודת האיזון שנבחרה, אך אין היא יכולה לטעון כי לא ניתן כל משקל לאינטרסים שלה. אף בכך יש כדי להמחיש, כי המחלוקת האמיתית בין הצדדים הייתה יישומית ולא עקרונית.

15. למרות כל זאת, בערעורה מציגה המדינה חזית עקרונית רחבה ביותר, ולפיה יש כביכול לפסק הדין השלכות רוחב חובקות עולם, על כל ההליכים הפילייים באשר הם, ואף על כל הרשויות המינהליות הנדרשות למסור מידע לפי חוק חופש המידע. כאמור, טענות רחבות אלה לא נטענו בפני בית המשפט לעניינים מינהליים. לא מצאנו בטיעוני המדינה הסבר, מדוע לדעתה יש מקום להעלותן ולדון בהן לראשונה בערעור. מכל מקום, לדעת הסניגוריה, טענות אלה אף אינן משכנעות לגופן, ועל כך נעמוד בהמשך.

עמדתה הפרקטית של הסניגוריה הציבורית באשר לתיק הקונקרטי

16. כפועל יוצא מהבנת אופייה האמיתי של המחלוקת שניטשה בין הצדדים, כמוסבר לעיל, סבורה הסניגוריה הציבורית כי קיימת דרך פרקטית טובה לקדם פתרון צודק ויעיל בתיק הקונקרטי, אשר עשוי לייתר את הצורך להידרש להכרעות עקרוניות. למעשה, דרך זו הייתה פתוחה גם בפני בית המשפט קמא, והיא פתוחה כיום אף בפני בית משפט זה.

17. לדעת הסניגוריה, מן הראוי לפצל את הטיפול בבקשת המידע של המשיב לשני שלבים, וזאת בהתבסס על החלק המוסכם של הבקשה ועל החלק שנותר שנוי במחלוקת.

18. **השלב הראשון** מבוסס על ההסכמה שנתנה המדינה בבית המשפט קמא, למסור למשיב את מאות ההחלטות הרלוונטיות שהתקבלו במהלך שלוש שנים, לפי בחירתו. **יש לראות את המדינה כמי שכבולה להסכמה זו גם היום, ולחייבה ליישם אותה**. אומנם בערעורה טוענת המדינה כי הסכמה זו ניתנה "לפנים משורת הדין" (אם כי אינה טוענת שהיא חוזרת בה ממנה), אך כפי שכבר הוסבר, אמירה זו אינה משכנעת: בעצם מתן ההסכמה גילתה המדינה את דעתה כי הקצאת המשאבים הנדרשת ליישום הסכמה זו הינה סבירה. ככזו, המדינה מחויבת להסכמה זו, וזאת לפי הדין - שהרי ה"פטור" של סעיף 18(1) לחוק חופש המידע אינו מתקיים לגביה. לכן אין לקבל כי היא ניתנה לפנים משורת הדין.

² "בנסיבות אלו, ובעיקר בשים לב לכך שמדובר בהחלטות הנוגעות לעבירות המגבילות את חופש הביטוי, וכן לאור העובדה כי הערכת המשיבים את היקף המשאבים הנדרשים לצורך גילוי המידע כפי שהובאה בכתב התשובה הייתה הערכת יתר, ובהתחשב בכך שמדובר בעבודה שעל הרשות לבצע פעם אחת בלבד, ושלאחריה יהיה המידע זמין לעיון הציבור, הגעתי למסקנה כי יש לגלות את המידע חרף העובדה כי הדבר יצריך הקצאת משאבים מסוימת".

19. לא למותר להעיר בהקשר זה, כי בטיעוניה נמנעת המדינה מלהצביע על רף אחר כלשהו, המשקף את הקצאת המשאבים שהיא כן סבירה לדעתה כיום - ומשום כך מחייבת אותה - בנסיבותיו של תיק זה. להיפך: היא מציינת כי "אפילו עבודה בלתי מאומצת שאינה רבה, עשויה להיחשב כבלתי סבירה" (סעיף 19 לסיכומים). אפילו 20 תמציות החלטות שסיפקה למשיב בתחילת הדרך כדוגמאות, מוגדרות כעת על ידה כ"לפנים משורת הדין" (סעיף 61 להודעת הערעור). מערעור המדינה עולה אפוא הרושם, כאילו אין היא נדרשת לשיטתה לשום הקצאת משאבים לשם היענות לבקשת המשיב. היא קובעת באופן גורף: "אין להטיל על הרשויות חובה להעביר לנאשם בהליך פלילי החלטות קודמות או נתונים סטטיסטיים" (סעיף 44). זאת, למרות כל תכליותיו החשובות של חוק חופש המידע (בהן מהפכת השקיפות, היות המידע קניין הציבור, הצורך בפיקוח ציבורי על החלטות הרשות); למרות נימוקיו הנכוחים של בית המשפט קמא; למרות הכרת המדינה עצמה בבית המשפט קמא ב"אינטרס רב החשיבות" של המשיב בקבלת המידע - המוחזק על ידה בלבד - לצורך הגנתו; ולמרות חשיבות איסור ההפליה וההליך ההוגן, במשפט בכלל ובמשפט הפלילי בפרט.

20. בשלב הראשון על המדינה להשקיע, אפוא, בהתאם להסכמתה המוקדמת, את המשאבים הדרושים לשם חשיפתן לעיני המשיב - ואפשר אף לעיני הציבור בכללותו (לרבות נאשמים אחרים בעבירות דומות) - של מאות החלטות שהתקבלו במהלך שלוש שנים, לפי בחירת המשיב. הסניגוריה מציעה כי בינתיים יישאר ההליך דגן תלוי ועומד. חשיפה זו של מידע תוכל לשמש מעין "פיילוט": מצד אחד, היא תאפשר למדינה לבדוק ולתעד במדויק כמה משאבים נדרשו לה בפועל לצורך משימה מתוחמת זו; ומצד שני, היא תאפשר למשיב לבחון אם במאות החלטות אלה יש משום מענה מספק לצרכי הגנתו בהליך הפלילי.

21. השלב השני יתעורר רק אם המשיב ימשיך לעמוד על דרישתו המלאה (המעודכנת) אף לאחר שיקבל ויבחן את מלוא המידע מהשלב הראשון. במקרה כזה יחודש הדיון וכל טענות הצדדים יהיו שמורות להם. במקרה כזה יזכה גם בית המשפט בשני כלים חשובים שיסייעו לו להכריע במחלוקת שנותרה, ואשר אינם מצויים בידיו כיום: תהיה לו תמונה מפורטת ומדויקת של היקף המשאבים שתידרש המדינה להשקיע לשם מילוי יתרת הבקשה; ותהיה לו אפשרות לעיין בעצמו בחומר שנמסר למשיב במסגרת השלב הראשון, ולגבש עמדה מושכלת בשאלת סבירות דרישתו של המשיב לקבל גם את החומר הנוסף.

22. נעיר, כי לדעת הסניגוריה הציבורית, היה ראוי שהמדינה עצמה תיזום פעולה זו שלבית זו במסגרת ערעורה. כלומר, מן הראוי היה שבמסגרת הערעור תבקש המדינה עיכוב ביצוע חלקי בלבד של פסק הדין, רק על אותו חלק שהיה שנוי במחלוקת, ובמקביל תפעל ליישום החלק המוסכם. באותה מידה היה ראוי, לדעת הסניגוריה, כי משביקשה המדינה עיכוב ביצוע מלא, ייתן המשיב את הסכמתו לעיכוב ביצועו של החלק השנוי במחלוקת, ולא יתנגד לכל הבקשה באופן גורף. מכל מקום, אף שכל זאת לא נעשה, ואף שהמדינה ביקשה - וקיבלה - עיכוב ביצוע מלא (החלטת כב' השופט דנציגר מיום 31.3.08), הרי שלדעת הסניגוריה אין זה מאוחר להגיע לפתרון פרקטי זה כעת, במסגרת הדיון בתיק העיקרי.

23. מהצעה זו נגזרת גם עמדתה המהותית של הסניגוריה הציבורית לגוף המחלוקת היישומית שהתגלעה בין הצדדים: הסניגוריה תומכת במימוש מידי של החלק המוסכם בבקשת המשיב. כמו כן תומכת הסניגוריה בשמירת זכותו הדינונית של המשיב לדרוש, בשלב השני, גם את החלק השנוי במחלוקת, וזאת לאחר שיעיין במלוא החומר שיימסר לידיו במסגרת השלב הראשון. מנגד, הסניגוריה אינה תומכת בדרישת המשיב לקבל לידיו כבר עתה את החלק השנוי במחלוקת. לדעת הסניגוריה, כל עוד לא מוצה השלב הראשון ולא התבררה

נחיצות החומר הנוסף לצורך הגנת המשיב, הרי שהקצאת משאבים מיידית לצורך הכנת החומר הנוסף עלולה להיות בלתי סבירה, ועל כן לפחות בשלב זה אין מקום לחייב בה את המדינה. לדעת הסניגוריה, עמדה זו היא עמדה מאוזנת המתחשבת באופן המיטבי בכל האינטרסים הלגיטימיים המעורבים.

התייחסות לטענותיה העקרוניות של המדינה בערעור

24. כעת נעבור לדון בטענות העקרוניות שביקשה המדינה לעורר במסגרת ערעורה, ונשיב להן לגופן. נדגיש שוב, כי טענות אלה, שבעיקרן לא הועלו בבית המשפט קמא, הן אקדמיות במידה רבה, שכן הכרעה בהן אינה נחוצה למעשה, לפחות בשלב זה, לשם מתן פתרון צודק ויעיל בתיק זה. עם זאת, משהועלו כטענות עקרוניות, הן מחייבות תשובה עקרונית.

25. טענות המדינה מתייחסות לשני מישורים - מישור המשפט המינהלי וחופש המידע; ומישור המשפט הפלילי. את עיקר הדגש היא שמה על המישור הפלילי, שבו מתבטאת גם מומחיותה המיוחדת של הסניגוריה הציבורית. עם זאת, כפי שנסביר להלן, במקרה זה הדברים משולבים, והפרדה בין המישורים - כפי שלעיתים נעשתה בטיעוני המדינה - הינה מלאכותית ויוצרת תמונה חלקית ובלתי מאוזנת. לכן יתייחסו טיעוני הסניגוריה גם למישור חופש המידע. התייחסות רחבה יותר למישור זה הובאה בחוות דעת התנועה לחופש המידע, אשר מקובלת בעיקרה גם על הסניגוריה.

26. עיקר טענותיה העקרוניות של המדינה במישור המשפט הפלילי אינן מתייחסות דווקא לעבירות הנוגעות לחופש הביטוי, אלא לכלל סוגי העבירות. על כן גם אנו נימנע מלהגביל את דיוננו לתחום חופש הביטוי. התמקדות בחופש הביטוי נעשתה בהרחבה בסיכומי של המשיב, ולסניגוריה אין דבר-מה משמעותי להוסיף לדיון בהקשר מצומצם זה. מכל מקום, גם לדעת הסניגוריה, בעוד שלשקיפות החלטות התביעה יש חשיבות רבה באופן כללי, כפי שיפורט להלן, הרי שביחס לאכיפת חוקים המרסנים את חופש הביטוי יש לשקיפות זו חשיבות רבה במיוחד, בשל חשיבותו העליונה של חופש הביטוי לעצם קיומו של המשטר הדמוקרטי.

עיקר טענות המדינה

27. לטענת המדינה, לפסק הדין יש השלכות רוחב, לא רק בתחום המשפט המינהלי ופרשנות חוק חופש המידע, אלא גם, ואולי בעיקר, בתחום המשפט הפלילי (סעיף 4 להודעת הערעור). לדבריה, משמעות התפיסה שביסוד פסק הדין היא, כי על התביעה יהיה מוטל מעתה הנטל להעביר לכל נאשם בפלילים שיבקש זאת, את כל המידע שיאפשר לו להוכיח את טענתו כי ננקטה כלפיו אכיפה מפלה (סעיף 6). המדינה טוענת כי תפיסת פסק הדין מבקשת "לצייד נאשמים בארכיבי מערכת התביעה, על מנת לאפשר להם לצאת ל"מסע דינג" בנבכי הארכיונים, והיא מבקרת זאת (סעיף 10, 35).

28. לשיטת המדינה, מפסק הדין עלול להשתמע לא רק כי המדינה מחויבת להעביר לכל נאשם את כל המידע באשר לכל המקרים הקודמים שבהם הוחלט להעמיד או לא להעמיד לדין את מי שנחשדו בעבירות דומות (ואף מידע לגבי החלטות נוספות של התביעה המתקבלות במהלך ניהולו של תיק פלילי), אלא גם כי בית המשפט שדן בתיק הפלילי ידון בכל המקרים הללו ויבחן אם מתקיימת הפליה או לא (סעיף 7).

29. לתפיסת המדינה, תפקידם העיקרי של אנשי התביעה הוא הגשת כתבי אישום, ואילו פסק הדין יביא להשקעת משאבים בלתי סבירה שתפגע ביכולתם למלא תפקיד זה (סעיף 8). בכך לדעתה ייפגע האינטרס

הציבורי הרחב (סעיף 58-59, סעיף 19 לסיכומים). המדינה סבורה, כאמור, כי בית המשפט לא נתן לפגיעה זו כל משקל (סעיף 59).

30. המדינה מעלה גם טענות מתחום הדין הפלילי המהותי. לדבריה, המערכה בדבר מאפייני האכיפה בעניינה של עבירה מסוימת שעליה הועמד אדם לדין, היא מערכה חיצונית להליך הפלילי (סעיף 9). היא מציינת כי טענת ההגנה מן הצדק נקבעה בפסיקה כחריג בלבד, שנועד למצבים קיצוניים ונדירים (סעיף 9, 38); כי טענה זו איננה מתייחסת להוכחת יסודות העבירה (סעיף 13, 39); וכי לשיטתה, הנחת המוצא בדיון בהגנה מן הצדק היא כי הנאשם עבר את העבירה המיוחסת לו (סעיף 40).

31. לאור כל זאת, ועל רקע חזקת התקינות של הרשות המינהלית, טוענת המדינה כי האינטרס של נאשם אשר לא הציג תשתית ראייתית ראשונית לטענת ההפליה, הינו אינטרס מוגבל יחסית (סעיף 32, 38). לטענתה, רק לנאשם שהעמיד תשתית ראייתית ראשונית, באמצעות חומר המצוי תחת ידו, יש אינטרס מוגבר לקבל מידע על אודות תיקים שבידי רשויות התביעה (סעיף 32). מעבר לכך, לדעת המדינה, אין לנאשם זכות קנויה ליהנות מסייע הרשויות, המטיל עליהן נטל מעשי כבד, כדי לאפשר לו לנסות ולאתר ראיות על מנת למצות את יכולתו לטעון לאכיפה מפלה (סעיף 38).

32. עוד טוענת המדינה, כי מידע בדבר החלטות קודמות של התביעה אינו "חומר תקירה", ולכן אינה חייבת למוסרו לנאשם כחלק מההליך הפלילי כדי לאפשר לו להתגונן (סעיף 39).

33. לדעת המדינה, אם כן, פסק הדין עלול להסיט את המשפט הפלילי מן השאלות של אשמה או חפות, שאותן היא רואה כשאלות העיקריות; לחייב השקעת זמן יקר של כל הנוגעים בדבר - לרבות בית המשפט הפלילי ונציגי התביעה - בבחינה וניתוח של תיקים במקרים אחרים; ובכך להוביל להתמשכות מיותרת של ההליך הפלילי ולסרבול רב (סעיף 8, 41).

34. לפיכך טוענת המדינה - כאמור, מבלי להציע רף משאבים תחתון כלשהו - כי "אין להטיל על הרשויות חובה להעביר לנאשם בהליך פלילי החלטות קודמות או נתונים סטטיסטיים" (סעיף 44). כן היא טוענת, כאמור, כי "אפילו עבודה בלתי מאומצת שאינה רבה, עשויה להיחשב כבלתי סבירה", שכן לדעתה בחובה שהוטלה עליה אין משום תרומה ממשית לאיכות ההליך הפלילי, להגיונותו ולבירור האמת (סעיף 19 לסיכומים).

35. המדינה מציינת עוד, כי לאחרונה ניתנו החלטות שיפוטיות נוספות - בהליכים לפי חוק סדר הדין הפלילי ולא לפי חוק חופש המידע - המחייבות אותה למסור לנאשמים מידע בדבר תיקים דומים קודמים. לדבריה, צפוי שבקשות מעין אלה ילכו ויתרבו (סעיף 45, 56). בהקשר זה מוסיפה המדינה, כי לדעתה יש לבטל את פסק הדין נושא הערעור, גם כדי לתקן את תוצאותיהן של החלטות הנוספות האמורות (סעיף 18 לסיכומים).

36. לבסוף טוענת המדינה - אם כי מבלי לפרט - כי גם במישור הכללי של פרשנות חוק חופש המידע, לפסק הדין עלולות להיות השלכות רוחב לגבי כלל הרשויות הציבוריות, בכל הנוגע להשקעת המשאבים הנדרשת מהן למתן מידע לציבור (סעיף 58 סיפא).

היבטים חשובים של האינטרס הציבורי הרחב שאליהם נמנעה המדינה מלהתייחס

37. בצד הנקודות שהעלתה המדינה בטענותיה, שאליהן נתייחס בהמשך, ושלגבי חלקן בוודאי ניתן להסכים כי אין להקל בהן ראש, חשוב לעמוד גם על הנקודות המרכזיות שאליהן נמנעה המדינה מלהתייחס. נקודות אלה נוגעות להיבטים חשובים נוספים של האינטרס הציבורי הרחב, מעבר להיבטי האינטרס הציבורי שהודגשו על ידי המדינה. לדעת הסניגוריה, הימנעות המדינה מלהתייחס לנקודות מהותיות אלה במסגרת טיעונה, וממילא הימנעותה מלהעניק להן משקל, הופכות את עמדתה לחד צדדית ובלתי מאוזנת.

38. לא ניתן למצוא בטיעוני המדינה התייחסות לנקודת המוצא של חוק חופש המידע, ולפיה המידע שעליו מדובר הוא **מידע ציבורי, השייך לציבור ולא לרשות** (ראו למשל: ע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' **מדינת ישראל - רשות המיסים**, בפסקה 47; ע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' **הוצאת עיתון הארץ**, 471). לא אמורה להיות כלל מחלוקת, כי אלמלא המגבלות הטכניות הנובעות מהאופן המיושן שבו בחרה התביעה לארגן ולאחסן את החלטותיה עד היום, הרי שהיה על המדינה להעמיד לרשות כל פונה מקרב הציבור - וקל וחומר לרשות כל נאשם - את מלוא המידע המבוקש על ידי המשיב. כך מתחייב מעקרון חופש המידע עצמו וממהפכת השקיפות שעליה בישר כידוע החוק (ראו למשל: ע"א 6576/01 **החברה לייזום נ' אמיר לירן**, פ"ד נו(5) 817, בפסקה 6; זאב סגל, **הזכות לדעת באור חוק חופש המידע** (תש"ס-2000), בעמ' 5).

הכרה בנקודת מוצא זו והפנמה שלה היו אמורות להביא את המדינה, גם לשיטתה שלה, להודיע לבית המשפט כי לכל הפחות מעתה ואילך בכוונתה לארגן את החלטות התביעה בצורה שונה, אשר תאפשר שקיפות מירבית שלהן וחשיפתן המיידית לעיני כל פונה שיבקש זאת (ואף לעיני הציבור בכללותו, כגון באמצעות אתר משרד המשפטים). אילו כך הייתה המדינה עושה, **הייתה מתוחמת יריעת המחלוקת העקרונית בתיק זה באופן שתתבקש הכרעה רק לגבי מסירת חומר ישן, בעוד שלכל הפחות לגבי החומר החדש שיווצר מעתה ואילך תתקבל עמדת המשיב במלואה, בהסכמת המדינה**.

תחת זאת בוחרת המדינה בטיעוניה לכפור בעצם זכותם של נאשמים עתידיים, אשר לא תהיה בידם (ולא ברור מהיכן אמורה להיות בידם) תשתית ראייתית ראשונית לתמיכה בטענתם להפליה, לקבל את המידע המבוקש. היא טוענת כי לנאשמים כאלה "אין זכות קנויה" לקבל סיוע מהרשות בקבלת המידע הנחוץ להם. אך **טענה זו עומדת בניגוד בולט (בין היתר) לחוק חופש המידע ולרוחו, אשר מקנים בדיוק את הזכות הזו**. גם טענת המדינה כי אין "לצייד" נאשמים בארכיבי מערכת התביעה, על מנת לאפשר להם לצאת ל"מסע דייג" בנבכי הארכיונים, מתעלמת מכך **שזה בדיוק הרעיון והחזון של חוק חופש המידע: עד כמה שרק ניתן, לצייד את בני הציבור בארכיבי הרשויות, על מנת לאפשר להם לצאת למסעות דייג בים המידע הציבורי, שכאמור שייך להם**. נכון שאין מנוס מלהטיל גם מגבלות מסוימות על הדייג, אך בסיס החוק הוא עידוד הדייג ולא גינויו. חוק חופש המידע אינו אלא "חוק הדייג". מכך המדינה מתעלמת, והתעלמותה מדגימה את ההפרדה המלאכותית שהיא עורכת בין המישור הפלילי, שבו נסיונות דייג של נאשמים אכן נתפסים באופן מסורתי כבעייתיים, לבין המישור המינהלי, שכאמור דווקא מעודד כיום נסיונות מעין אלה.

39. לא ניתן למצוא בטיעוני המדינה התייחסות לאינטרס הציבורי החשוב, שאף הוא עומד בבסיס חוק חופש המידע, בדבר **מתן אפשרות פיקוח ובקרה ציבוריים על פעולת הרשות**. החלטות של התביעה להגיש כתבי אישום זכות אומנם לפיקוח ציבורי נקודתי - גם אם לא תמיד בהיקף האופטימאלי - בעצם קיומו של הליך פלילי פומבי שבמסגרתו נבחנות החלטות אלה. אולם החלטות של התביעה שלא להגיש כתבי אישום נותרות

ככלל חסויות ועלומות, מחוץ לכל פיקוח ובקרה ציבוריים. אפשר שמעובדה זו, כשלעצמה, לא הייתה הסניגוריה הציבורית מוטרדת כל כך מבחינה מוסדית; אלא שחיסיון ההחלטות שלא להגיש כתבי אישום פוגע מהותית, מניה וביה, גם ביכולת הפיקוח והבקרה הציבוריים על היבטי הרוחב של ההחלטות מהסוג הראשון. במצב הקיים, ואף במצב העתידי שאליו מבקשת המדינה להוביל את בית המשפט במסגרת הערעור, אין ולא תהיה לציבור - ובכלל זאת לציבור הנאשמים והסניגורים - כל אפשרות להפעיל ביקורת סיסטמאטית ומובנית (להבדיל ממקרית וספראדית) על שוויוניות הפעלת הכוח שבידי התביעה.

גם מבחינה זו ניתן היה לצפות כי המדינה תודיע שלפחות מעתה ואילך בכוונתה לדאוג לכך שכל החלטות התביעה יהיו שקופות ונתונות לפיקוח ציבורי מירבי. אולם תחת זאת מתעקשת המדינה להיאחז ב"קרנות המזבח" של חזקת התקינות המינהלית, למרות שזו אינה רלוונטית כלל מנקודת המבט של חוק חופש המידע (הרי כל מהותו של החוק היא הקניית הזכות לקבלת מידע ציבורי מרשויות שנהנות מחזקת התקינות). בשם חזקת התקינות נמנעת המדינה מלהציע לבית המשפט ולציבור כלי פיקוח כלשהו, לפחות עתידי, שבאמצעותו ניתן יהיה לבחון את תקפות החזקה במקרים קונקרטיים ולהתמודד איתה לגופה, על מנת שלא תהפוך לחזקה חלוטה שאינה ניתנת לסתירה. למעשה, מטיעון המדינה משתמע כי אין היא רואה כל צורך בביקורת כלשהי על החלטות אלה של התביעה.

40. ועוד בהקשר של חזקת התקינות המינהלית: לא ניתן למצוא בטיעוני המדינה התייחסות לקושי שבאימוץ חזקה זו, מקום שבו המדינה עצמה מודה כי אין ברשותה בסיס נתונים זמין על החלטות קודמות שיאפשר לתובע להפעיל את שיקול דעתו באופן שוויוני. המדינה אינה חולקת על חובתו של התובע להימנע מהגשת כתבי אישום מפלים. אלא שלטענתה, "חזקה על רשויות התביעה כי הן עושות את מלאכתן נאמנה, ללא הפליה ושלא מתוך שיקולים זרים" (סעיף 38 להודעת הערעור). הסניגוריה נכונה לקבל, כי חזקה על רשויות התביעה כי הן משתדלות ככל יכולתן לעשות את מלאכתן נאמנה וללא הפליה. אלא שכידוע, במשפט החוקתי בישראל הפליה נבחנת על פי התוצאה ולא על פי הכוונה (ראו למשל: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' ממ"י, פ"ד נד(1) 258, בפסקה 30; בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 241; בג"ץ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501). כאשר המדינה מודה שאין בידה כלי השוואתי-אמפירי המאפשר לבחון באופן אובייקטיבי, מול מקרים קודמים דומים, אם הגשת כתב אישום במקרה העומד לדיון תוביל או הובילה לתוצאה מפלה; וכאשר כל שנותר הוא להסתמך על "תחושת הבטן" של התובע, על מיטב זכרונו ועל כוונותיו הטובות; הרי שנשמט מאליו הבסיס מתחת לחזקת התקינות בכל הנוגע לתוצאה. ודוק: דברים אלה אינם באים לחלוק על ההלכה, שלפיה לצורך הוכחתה הסופית של אכיפה מפלה במשפט הפלילי יידרש בדרך כלל להצביע על יותר מאשר תוצאה מפלה (ראו, לעניין הגנה מן הצדק: ע"פ 4855/02 מ"י נ' בורוביץ, בפסקה 26). ענייננו כעת הוא אך בשאלה המינהלית, אם די בכוונותיו הטובות של התובע להימנע מהפליה, שאינן מגובות בבסיס נתונים אובייקטיבי, כדי להצדיק אי מסירת מידע לנאשם.

עולה מכאן, כי קיים אינטרס ציבורי מובהק בקיומו של מסד נתונים זמין ואמין, על ההחלטות שקיבלה התביעה בעבר - כפי שמבקש המשיב לקבל - ומכל מקום, לכל הפחות, על ההחלטות שתקבל התביעה מעתה ואילך. זהו האינטרס הציבורי שבשיפור איכות החלטות התביעה, במניעת הפליה שלא-מדעת בהגשת כתבי אישום, וממילא בקידום אמון הציבור ברשויות התביעה. מדובר באינטרס המשותף לתביעה עצמה, לחשודים ולציבור בכללותו, לבצר את התקינות המינהלית כך שניתן יהיה לסמוך על החזקה המתייחסת אליה. אך גם לאינטרס משותף זה, כאמור, אין המדינה מתייחסת.

יצוין כי לגבי סוגים מסוימים של עבירות הכינו ראשי התביעה הנחיות מינהליות שנועדו בין היתר להביא לאחידות באכיפה (ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.1002 - הצורך בקביעת מדיניות מרכזית של חקירה ותביעה בתחום העונשין). הנחיות מסוג זה הן בוודאי מבורכות - ולדעת הסניגוריה אף הכרחיות - וכאשר הן קיימות הן אכן עשויות להפחית במידת מה את החשש לאכיפה מפלה. עם זאת, אין בהן די, ואין בהן כדי לאיין את הצורך ואת הזכות לעיין גם בהחלטות עצמן (השוו: **רשות המיסים**, בפסקה 54, 57).

41. מטיעוני המדינה עולה הנחה סמויה, כאילו נאשמים שאין בידם תשתית ראייתית ראשונית להוכחת טענתם לאכיפה מפלה, בהכרח לא הופלו, ולכן אין צורך לסייע להם. להנחה זו אין כמובן בסיס רציונאלי או אמפירי. כפי שברור שמוגשים בישראל - בתום לב כמובן, וכמו בכל מדינה אחרת - גם כתבי אישום נגד אנשים חפים מפשע, וכפי שברור שלא תמיד יש בידי נאשמים אלה תשתית ראייתית ראשונית להוכחת חפותם (למרבה המזל, בעניין זה הנטל אינו עליהם); כך גם ברור שמוגשים בישראל - בתום לב וכמו בכל מדינה אחרת - כתבי אישום הנגועים באכיפה מפלה, וברור שלא תמיד יש בידי נאשמים אלה תשתית ראייתית ראשונית להוכחת הפלייתם (וכאן, לרוע מזלם, הנטל כן עליהם). גם אם מקבלים כי מדובר במקרים חריגים בלבד, **לא יכול להיות ספק בדבר עצם קיומם**, וברי כי המדינה אינה יכולה להצביע על סיבה כלשהי להניח אחרת.

בטיעוני המדינה לא ניתן למצוא התייחסות לאינטרס הציבורי החזק שבאיתור מקרים אלה ובהבאת עובדת האכיפה המפלה לידיעתו של בית המשפט הדין באישום, על מנת למנוע עיוות דין. אומנם סביר להניח שלא בכל מקרה כזה יסבור בית המשפט כי האכיפה המפלה הגיעה לדרגת חומרה המצדיקה ביטול כתב האישום. אך תמיד בית המשפט ירצה לדעת - ומכל מקום יהיה אמור לרצות לדעת - על עצם קיומה של ההפליה, ולו כשיקול לעניין חומרת העונש (ראו, בהקשר של הגנה מן הצדק והשפעתה על חומרת העונש: ע"פ 4855/02 מ"י נ' **בורוביץ**, בפסקה 21, 27; ע"פ 6471/00 **הר-שפי נ' מ"י**, פ"ד נו(3) 756, 763; ע"פ 10715/08 **ולס נ' מ"י**, בפסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט מלצר). מרגע ששיטת המשפט הישראלית קבעה - ובצדק - כי אסור לנקוט באכיפה מפלה, וכי אם ננקטה אכיפה מפלה יהיו לכך השלכות מקלות שונות על הנאשמים, חייבת שיטת המשפט גם להתעניין באיתורם של מקרים אלה, ואינה יכולה להשלים עם הפגיעה והחמרת היתר שינבעו מהתעלמות מהם. **זוהי גם זכותם של השופטים עצמם, ואף של התובעים - ולא רק של הציבור בכללותו ושל הנאשמים - שלא להיכשל בגרימת עיוות דין בשל היעדר מידע חיוני זה.**

42. לא ניתן למצוא בטיעוני המדינה התייחסות לעובדה, שגם ללא קשר לחוק חופש המידע, זכויותיהם של נאשמים לשוויון ולהליך הוגן הן זכויות חוקתיות, ועל כן קיים אינטרס ציבורי מוגבר - ובצידו חובה משפטית על המדינה ועל בתי המשפט - להבטיח כי זכויות אלה לא ייפגעו בניגוד לפסקת ההגבלה (לעניין היבטיה החוקתיים של הזכות לשוויון, המתקיימים גם בענייננו, ראו: בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, תק-על 2006(2) 1559, בפסקה 33-40 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק; בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2) 1754, בפסקה 39 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק. לעניין היותה של הזכות להליך הוגן זכות חוקתית, ראו: ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, תק-על 2006(2), 1093, בפסקה 67 והאסמכתאות המובאות שם; ע"פ 9956/05 **שי נ' מ"י**, בפסקה ט לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין; מ"ח 3623/09 **קרן נ' מ"י**; דיוויד וינר, "בעקבות עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" **קריית המשפט** ד (2005) 169).

נאשם שהוגש נגדו (מבלי דעת) כתב אישום מפלה - וכאמור, לא יכול להיות ספק שישינו ושימשיכו להיות נאשמים כאלה - ואשר נמנע ממנו להוכיח זאת אך ורק בשל טענת המדינה כי הדבר ידרוש ממנה הקצאת משאבים בלתי סבירה, **איננו רק נאשם שייגרם לו עיוות דין בסוף המשפט, אלא גם נאשם שעצם קיום ההליך נגדו פוגע קשות בזכויותיו החוקתיות לשוויון ולהליך הוגן, וזאת לתכלית שאיננה ראויה ובמידה העולה על הנדרש**. ראו לעניין זה את שנקבע בבג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה**, בפסקאות 235-236: "האם נימוקים אלה, שיסודם בשיקולי יעילות אדמיניסטרטיבית, יכולים להצדיק הסדר שיש בו כדי לשלול ... 'פיצויים הוגנים וראויים' ...? לדעתנו, במדינה דמוקרטית אשר בה יש לזכויות אדם מעמד בכורה חוקתי, התשובה לשאלה זו כמו מתבקשת מאליה. עמד על כך א' ברק בצינו: שיטת משפט המגנה על זכויות אדם ונותנת להן מעמד חוקתי, אינה מוכנה לאפשר פגיעה בזכויות אלה מטעמים של נוחות מינהלית או חסכוניות כספיים גרידא". וראו עוד: בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, בפסקה 13.

אילו הייתה המדינה מתייחסת לאינטרס ציבורי (ופרטי) זה שבהגנה על זכויות חוקתיות, לא מן הנמנע כי הייתה שוקלת במקרים המתאימים אפשרות נוספת, מידתית, והיא כי במקום להקצות את המשאבים - הבלתי סבירים לשיטתה - הדרושים למילוי בקשת הנאשם, **פשוט תחזור בה מהאישום**. אפשרות זו אומנם לא תקיים את הרציונאלים של חוק חופש המידע, שכן המידע הציבורי המבוקש ימשיך להישאר חסוי, אך לפחות תימנע הפגיעה הקשה הפוטנציאלית - **שבהיעדר מידע אינה ניתנת להוכחה אך גם לא להפרכה** - בזכויותיו החוקתיות של הנאשם לשוויון ולהליך הוגן. הדבר אינו שונה מהותית ממצבים אחרים שבהם המדינה בוחרת לחזור בה מאישום (או להימנע מהגשתו מלכתחילה) בשל מניעים ציבוריים שונים שאינם קשורים לשאלת חפותו של הנאשם, כגון בשל ההכרח בחשיפת מידע מסווג (כמו זהות מקור משטרתי) לצורך ניהולו של הליך הוגן.

אילו המדינה לבחור, במקרים המתאימים, בין היענות לבקשת המידע תוך הקצאת המשאבים הדרושים, לבין חזרה מהאישום, **היה מביא לתהליך בריא של הפנמת עלויות**, שבו במקום שהנאשם יישא על גבו את מחיר הארגון המיושן של המידע שבידי התביעה, תישא בו התביעה עצמה, ודרכה - הציבור כולו. תהליך כזה היה מתמרץ את התביעה להשקיע משאבים בארגון טוב יותר של המידע שבאחריותה, לרווחת כל הצדדים.

ועוד נעיר בהקשר זה, כי אין מקום להנחת המדינה, שלפיה היענות לבקשת המידע מחייבת בהכרח השקעת זמן משמעותית של אנשי התביעה (זוטרים או בכירים). לדעת הסניגוריה, ניתן למצוא דרכים יצירתיות להשקעת המשאבים הנדרשים תוך פגיעה מינימאלית בעבודת התביעה, כגון בדרך של **מיקור חוץ** - למשל על ידי היעזרות בפרקליט לשעבר שיעבור על החלטות הרלוונטיות - באופן שיצריך רק השקעת **תקציב** ותו לא.

43. לא ניתן למצוא בטיעוני המדינה התייחסות לאינטרס ציבורי נוסף - אשר הודגש על ידי בית המשפט קמא - ולפיו אם תבוצע העבודה המבוקשת על ידי המשיב **פעם אחת**, היא תשמש בעתיד את **כל הנאשמים בעבירות הדומות**, ללא צורך בהשקעת משאבים נוספים. **גם בכך יקודמו משמעותית ערכי השוויון וההליך ההוגן** (בנוסף לקידום חופש הביטוי במקרה זה), שכן לרשות כל נאשם בעבירות הרלוונטיות - וכאמור, אף לרשות התובעים עצמם - יעמוד מסד נתונים זמין ואמין, שבאמצעותו יוכל לבחון בעצמו האם כתב האישום נגדו הוגש באופן מפלה, **וזאת ללא עלות ציבורית נוספת** (איננו מתייחסים כרגע לעלות הציבורית שבעצם ההתדיינות בבית המשפט הפלילי בדבר טענת ההפליה, ככל שיצליח הנאשם לבססה. כפי שנסביר בהמשך, עלות זו אינה רלוונטית כלל לשלב בקשת המידע, ומכל מקום בוודאי שמוצדק לשלמה).

אילו הייתה המדינה מתייחסת לנקודה זו, הייתה בוודאי מגיעה למסקנה שאת אותם מספר שבועות של עבודה, שלפי דבריה נחוצים לה כדי להיענות לבקשת המשיב (הגם שבית המשפט קמא סבר כי מדובר בהערכת יתר), צריך למעשה לחלק במספר המשוער של כל הנאשמים הנוכחיים והעתידיים שצפוי כי יואשמו בעבירות דומות. **בדרך זו, של חישוב ממוצע המשאבים שתידרש המדינה להשקיע (באופן חד פעמי) לשם היענות לבקשות המידע העתידיות של כל נאשם בנפרד, הייתה מתקבלת תמונה מדויקת, מתונה ומאוזנת יותר, באשר לעומס האמיתי שיוטל על המדינה כתוצאה מפסק הדין.**

עוד יש לציין כי השקעה חד פעמית כזו הייתה חוסכת גם את המשאבים הציבוריים הכרוכים **בעצם ההתדיינות על הבקשות לקבלת מידע**, עם כל אחד מהנאשמים בעבירות הרלוונטיות שמבקשים ושיבקשו מידע זה בעתיד. גם לעניין זה אין המדינה מתייחסת.

44. ולבסוף, לא ניתן למצוא בטיעוני המדינה התייחסות לאינטרס הציבורי - שאף הוא הודגש על ידי בית המשפט קמא - **שבמניעת המדינה מלאחוז במקל בשני קצותיו**: מצד אחד לטעון בבתי המשפט הפליליים כי לשם הוכחתה של אכיפה מפלה נדרשים נאשמים להעמיד תשתית ראייתית הולמת; ומנגד למנוע מהם לנסות ולאתר תשתית כזו, על בסיס הראיות הפוטנציאליות אשר בעיקרן מצויות רק בידי התביעה. עניינו של אינטרס ציבורי זה, מעבר למניעת ההפליה, הוא **בקידום הגינותן של רשויות התביעה ואמון הציבור בהן.**

ניתוח טענות המדינה לפי מספר מצבים מובחנים

45. בפרק הקודם התייחסנו לחלק מטענות המדינה, במסגרת סקירת היבטי האינטרס הציבורי שלא נדונו על ידה. כעת נתייחס ליתרת הטענות. כדי להקל על דיון אנליטי ומדויק בטענות המדינה, מציעה הסניגוריה להתייחס למספר מצבים מובחנים, המאפשרים לבודד את השאלות הרלוונטיות ולחדדן. הבחנה אחת היא בין המצב הנוכחי, שבו המידע שנוצר בידי התביעה בעבר מאורגן באופן מיושן ולא נגיש, המקשה על חשיפתו לציבור ומצריך לשם כך השקעת משאבים, לעיתים ניכרים; לבין מצב עתידי היפותטי - שבו התביעה מארגנת באופן שוטף את המידע החדש הנוצר בתיקיה כך שיהיה קל להנגיש אותו מאוחר יותר לציבור ללא השקעת משאבים נוספים. הבחנה נוספת היא בין ארבעה סוגי פונים ונאשמים היפותטיים במסגרת המצב הנוכחי: פונה מן הציבור שאיננו נאשם; נאשם שלא ננקטה כלפיו אכיפה מפלה; נאשם שננקטה כלפיו אכיפה מפלה ושיש בידיו די ראיות עצמאיות להוכחתה; ונאשם שננקטה כלפיו אכיפה מפלה ושאין בידיו די ראיות להוכחתה. להלן נדון בכל אחד ממצבים אלה בנפרד.

1. המצב העתידי ההיפותטי

46. כאמור, במצב העתידי ההיפותטי התביעה תארגן באופן שוטף את המידע החדש הנוצר בתיקיה - או לפחות את רובו (ניתן יהיה לשקול להחריג סוגי מידע מסוימים) - כך שיהיה קל להנגיש אותו לציבור ללא השקעת משאבים נוספים. במסגרת זו, למשל, היא תכתוב את החלטותיה בדבר העמדה או אי-העמדה לדיון, באופן שיכלול מלכתחילה לא רק את "השורה התחתונה", אלא גם את תמצית העובדות ואת נימוקי ההחלטה, ללא פרטים מזהים וללא פרטים אחרים האמורים להישאר חסויים. כך יהיה ניתן למסור אותן לעיון מיד עם קבלת דרישה לכך; או אפילו ללא דרישה, ביוזמת המדינה, בפרסום שוטף באתר אינטרנט הפתוח לציבור. כמו כן, החלטות התביעה יוזנו בזמן אמת למאגר מידע ממוחשב, שיאפשר הן איתור ושלילה מהירים של החלטות לפי קריטריונים שונים, והן הפקה פשוטה וקלה של דוחות סטטיסטיים על תוכן החלטות.

47. **נדמה כי קשה לחלוק על כך שזהו המצב הרצוי שאליו יש לשאוף.** מצב זה מקיים באופן המיטבי, בין היתר, את עקרונות השקיפות, חופש המידע ואת היותו של המידע קניין הציבור. הוא מאפשר ביקורת ופיקוח ציבוריים שוטפים על פעולת התביעה, הן על החלטות שלא להעמיד לדין והן על היבטי הרוחב של החלטות להעמיד לדין. הוא מאפשר גישה למידע לכולם - הן לפונים שאינם נאשמים, הן לנאשמים שהופלו והן לנאשמים שלא הופלו. הוא מאפשר גם לתביעה לבדוק את עצמה כל העת, ובכך, בין היתר, מפחית את הסיכוי להגשת כתבי אישום מפלים. כך ישתפרו תוצרי עבודת התביעה וממילא יגבר גם אמון הציבור בה.
48. **אכן, מצב זה יצריך יותר משאבים מהתביעה בעת כתיבת החלטותיה, אך נראה כי מדובר בתוספת קטנה יחסית.** גם היום נערכות בדרך כלל בתיקי התביעה תמציות או חוות דעת (לרוב על ידי מתמחים או פרקליטים צעירים), המקלות על התובע הבכיר לקבל החלטה. לא תידרש עבודה רבה כדי להופכן לבסיס להחלטה מנומקת. מכל מקום, תועלתה של תוספת המשאבים המסוימת שתידרש, עולה בהרבה על עלותה.
49. **כאמור, לדעת הסניגוריה, היה ניתן לצפות כי המדינה תודיע במסגרת הערעור שבכוונתה לעבור מיוזמתה למצב זה מעתה ואילך.** כך היה מתייתר הצורך להכריע בטענותיה העקרוניות בכל הנוגע לעתיד, והמחלוקת הייתה מצטמצמת למסירת מידע לגבי העבר בלבד. משהמדינה לא עשתה כן, סבורה הסניגוריה כי **ראוי שבית המשפט הנכבד יבהיר כי עליה לעשות כן, וזאת בין אם ידחה את טענות המדינה באשר לחובתה למסור לנאשמים מידע (מהעבר) במצב הנוכחי, ובין אם יקבל אותן.**
50. **במצב עתידי היפותטי זה, תתאפשר גישה פשוטה, מיידי וזולה לכל - או לפחות לרוב - המידע על החלטות התביעה, לכל סוגי הפונים וממילא לכל סוגי הנאשמים, ללא צורך בהקצאת משאבים נוספת מצד המדינה, ולא כל שכן הקצאה בלתי סבירה.**
51. **המדינה הביעה חשש מפני התרחבות עתידית של חובותיה לפי חוק חופש המידע, אף מעבר להחלטות בדבר העמדה ואי-העמדה לדין, כך שיהיה עליה למסור לעיון הציבור גם החלטות נוספות המתקבלות על ידה במהלך ניהולו של תיק פלילי (סעיף 43 להודעת הערעור).** התשובה העקרונית לחשש זה היא, כי חוק חופש המידע חל גם על החלטות נוספות של התביעה, כמו על החלטות רבות אחרות שמקבלות רשויות מינהליות. התביעה אינה "בן חורג" ואינה זכאית ל"פטור מיוחד" מהחוק. לפיכך, במישור העקרוני, אכן יש מקום, שבמצב העתידי ההיפותטי, גם החלטות נוספות של התביעה יתועדו ויאורגנו מלכתחילה באופן שיקל על חשיפתן במידת הצורך. **עם זאת, במישור המעשי, מקובל על הסניגוריה כי יהיה צורך לבחון ולגבש עמדה בעתיד לגבי כל סוג החלטות כזה בנפרד.** מכל מקום, כיום מדובר בעניין תיאורטי (ולו משום שאף נאשם לא ביקש זאת עדיין), ולכן אין צורך לקבוע בכך כעת מסמרות.
52. **במצב העתידי ההיפותטי, שבו יתקיים משטר קבוע של שקיפות בהחלטות התביעה בדבר העמדה ואי-העמדה לדין, סביר להניח שטענת האכיפה המפלה תתפוס מקום יותר דומיננטי בהליך הפלילי מהמקום שיש לה כיום.** זהו פועל יוצא מתבקש של מהפכת השקיפות, של המהפכה החוקתית ושל עליית חשיבותם של ערכי הצדק והשוויון במשפט בכלל ובמשפט הפלילי בפרט, כפי שמתבטא בין היתר בהכרה בהגנה מן הצדק.
53. **האם כתוצאה מכך אכן יתארכו ההליכים הפליליים כפי שחוששת המדינה, בשל הצורך לקיים התדיינותיות מקדמיות רבות בשאלת ההפליה? והאם יש מקום לטענת המדינה, החוששת מכך שבתי המשפט הפליליים יצטרכו לדון בכל המקרים הללו ושיידרשו לכך משאבים שיפוטניים וציבוריים רבים? התשובה לכך מרובעת.**

ראשית, קשה לדעת כיום אם בתמונה הכוללת ההליכים אכן יתארכו. חלק מההליכים אומנם עשויים להתארך, אם כי הדיון בהם בשאלת האכיפה המפלה עשוי גם להפוך ליעיל וממוקד, שכן השקיפות המלאה תאפשר לסניגורים להביא בפני בית המשפט תמונה עובדתית סדורה, מדויקת ובשלה להכרעה. בצד זאת יהיו הליכים אחרים שבוודאי יתקצרו, לאחר שתוכח לגביהם אכיפה מפלה והם יסתיימו בשלב מקדמי במחיקת כתב האישום, בין בהסכמת הצדדים ובין על פי החלטת בית המשפט. כמו כן, סביר שיהיו הליכים אחרים שכלל לא ייפתחו מלכתחילה, לאחר שהתובע ייזכה - על יסוד הנתונים ההשוואתיים שיהיו בידו - כי פתיחתם תלקה בהפליה פסולה. מנגד, משטר של שקיפות ופיקוח ציבורי על עבודת התביעה עשוי גם להביא לעלייה בהגשת כתבי אישום בקטגוריות מסוימות, שכיום קיימת כלפיהן תת-אכיפה שאיננה מוצדקת³. מה שברור הוא, שקטגוריה שלמה של התדיינויות ממושכות בוודאי תיחסך - ההתדיינויות כדוגמת התיק דגן, המבקשות לחייב את התביעה למסור מידע על החלטותיה (מכוח חוק חופש המידע או מכוח חוק סדר הדין הפלילי). **בכך יינתן אפוא מענה לחשש נוסף שהביעה המדינה, מפני התרבות של הליכים מעין אלה.**

שנית, ו חשוב יותר: גם לגבי אותם הליכים שיתארכו, לא יהיה מדובר בהתפתחות משפטית שלילית. כפי שכבר ציינו, מרגע ששיטת המשפט הישראלית קבעה - ובצדק - כי אסור לנקוט באכיפה מפלה, שומה עליה גם להתעניין באיתורם של מקרים אלה, אף אם הדבר יהיה כרוך בהארכת ההתדיינויות בחלק מההליכים. **גישה אחרת משמעה השלמה עם פגיעות חוקתיות בשוויון ובהליך ההוגן ועם עיוותי דין פוטנציאליים, רק לשם קיצור ההליך, כמו גם קיפוח זכותם של שופטים ותובעים שלא להיכשל בגרימת עיוותים אלה.**

שלישית, ניהול ההליך הפלילי מסור לידיו של בית המשפט הפלילי. חזקה על בתי המשפט הפליליים כי יידעו להמשיך ולנווט את ההליכים המתנהלים לפנייהם ביעילות, מבלי לאפשר לצדדים להאריכם ללא צורך בטענות סרק. וככל שאין המדובר בטענות סרק, אלא בטענות אמיתיות בדבר אכיפה מפלה, הרי שכאמור, מתן אפשרות הוגנת להשמעתן הינו חובתה של שיטת המשפט, גם במחיר התארכות ההליך. כך או כך, לדעת הסניגוריה, **אין מקום שבהליך מינהלי לפי חוק חופש המידע תיקבע הלכה הפוגעת בזכויות נאשמים, רק בשל חששה הערטילאי של המדינה כי בתי המשפט הפליליים לא יידעו להחזיק כראוי את מושכות ההליך. תתכבד המדינה ותעלה טענות אלה, בבוא העת, בפני בתי המשפט הפליליים עצמם, ואלה יעשו כחוכמתם.**

ורביעית, שאלת התארכות ההליכים הפליליים, כמו גם שאלת המשאבים שיידרשו לשם ניהולם של הליכים אלה, חורגות באופן מובהק מהדיון בענייננו. המדובר, כאמור, בהליך מינהלי לפי חוק חופש המידע. השאלה העומדת על הפרק היא סבירות הקצאת המשאבים הנדרשים מהמדינה לשם היענות לבקשת מידע לפי החוק. השאלה איננה המשאבים שיידרשו אחר כך - מבית המשפט ומגופים ציבוריים אחרים (בהם התביעה והסניגוריה הציבורית) - לניהול הליך פלילי שבו יוצג ויידון לגופו המידע שהתקבל בשלב הנוכחי. משאבים מאוחרים אלה לא יושקעו באיסוף המידע אלא בדיון במשמעות המידע שכבר נאסף. ממילא אין הם רלוונטיים לסעיף 18(1) לחוק חופש המידע. מכל מקום, נזכיר כי גם שאלת המשאבים הנדרשים לפי סעיף 18(1) לא מתעוררת במצב העתידי ההיפותטי, שכן במצב זה המידע ממילא כבר זמין ואינו דורש משאבים נוספים.

54. כזכור, המדינה הביעה חשש נוסף, מכך שעיסוק בשאלת האכיפה המפלה יסיט את המשפט הפלילי מן השאלות של אשמה או חפות, שאותן היא רואה כשאלות העיקריות; בעוד שלדעתה המערכה בדבר מאפייני האכיפה היא מערכה חיצונית להליך הפלילי. חשוב לשים לב כי גם טענה זו חורגת באופן מובהק מהדיון

³ יצוין, כי לדעת הסניגוריה הציבורית, חובת ההגינות מחייבת את המדינה להתרועע בפני הציבור מראש כי בכוונתה להתחיל לאכוף את הדין בקטגוריות של מקרים שעד כה היה מקובל להימנע מאכיפה לגביהם. אי התרעה עלולה לגרום לאכיפה מפלה, שתצדיק את ביטול האישום.

בשאלת סבירות הקצאת המשאבים לפי סעיף 18(1) לחוק חופש המידע (שכשלעצמה ממילא אינה מתעוררת, כאמור, במצב העתידי ההיפותטי). מדובר למעשה בענף נוסף של הטענה הכללית בדבר החשש מהתארכות וסרבול ההליכים הפליליים כתוצאה מחיזוק מעמדה של טענת האכיפה המפלה. לפיכך **התשובות שמנינו לטענה הכללית יפות גם לטענה זו**. אלא שלטענה זו יש גם פן נוסף, מתחום המשפט הפלילי המהותי. לפיו, השאלות של אשמה או חפות הן השאלות העיקריות בהליך הפלילי, בעוד ששאלת האכיפה המפלה היא כביכול חיצונית ומשנית בלבד, ומעמדה נחות יותר ולכן אינו מצדיק השקעת משאבי דיון רבים.

הסניגוריה הציבורית חולקת על עמדה זו של המדינה מכל וכל. המשפט הפלילי רווי לכל אורכו, רחבו ועומקו בעיסוק אינטנסיבי, תוך השקעת משאבים שיפוטיים וציבוריים רבים, בשאלות החורגות משאלות של אשמה או חפות. לכן אין כל יסוד לראות את שאלות האשמה או החפות כשאלות העיקריות היחידות.

נתחיל דווקא מהסוף: שאלת הענישה חורגת כמובן מהשאלה של אשמה או חפות. למרות זאת, אין ספק כי מדובר בשאלה עיקרית בהליך הפלילי, שאינה חיצונית לו, וששיטת המשפט הישראלית משקיעה בה משאבים עצומים. די אם נזכיר את מערך שירות המבחן והתסקירים שהוא מייצר עבור בתי המשפט. האם מישוהו יעלה בדעתו לטעון כי יש לפרק את שירות המבחן ולהפסיק להשקיע בו משאבי ציבור, משום שהוא מסיט את המשפט הפלילי מהשאלות העיקריות של אשמה או חפות וגורם להתארכות ההליך? יתרה מכך, כידוע, רוב רובם של ההליכים הפליליים בישראל כמעט לא מקדישים זמן ומשאבים לשאלת האשמה, שכן זו מוכרעת בהם כבר בסמוך לתחילת המשפט בהודאת הנאשם (עם הסדר טיעון או בלעדיו). רוב ההליכים עוסקים כמעט אך ורק בשאלת הענישה, וכאמור תופסים נפח עצום של משאבים ציבוריים. **נזכיר בהקשר זה שוב, כי טענת האכיפה המפלה רלוונטית גם לשלב הענישה**, כנימוק להקלה בעונש, במקרה שבית המשפט סבור כי ההפליה שננקטה כלפי הנאשם לא הגיעה לדרגת חומרה המצדיקה את ביטול כתב האישום.

חוק סדר הדין הפלילי מלא גם הוא בהסדרים התופסים מקום מרכזי בהליך הפלילי ואינם חיצוניים לו, שדורשים משאבי דיון רבים ואשר חורגים משאלות האשמה או החפות. דוגמא מובהקת אחת לכך - מני רבות אחרות - היא סעיף 149 לחוק, הכולל רשימת טענות מקדמיות שניתן להעלותן לאחר תחילת המשפט, גם ללא קשר לשאלת האשמה. כך, למשל, הליכים ומשאבים רבים הושקעו ומושקעים בישראל בבירור הטענה המקדמית של התיישנות. האם לשיטת המדינה אין לכך הצדקה? **למותר לציין כי טענת האכיפה המפלה הינה, בין היתר, טענה מקדמית**. כפי שיוסבר להלן, ניתן להעלותה הן במסגרת ה"הגנה מן הצדק" החקוקה בסעיף 149(10), והן במסגרת טענות מקדמיות אחרות.

גם הזכות להליך הוגן והזכות לשוויון, שהן אשר עומדות ביסוד דוקטרינת האכיפה המפלה, מוגנות על ידי המשפט הפלילי לכל אורכו, אף ללא קשר לשאלות האשמה או החפות. שאלת הפגיעה בזכויות אלה נתפסת גם היא על ידי שיטת המשפט כשאלה עיקרית, לא חיצונית, שמוצדק להשקיע בבירורה משאבים רבים ולחתוך לפיה את גורלם של הליכים פליליים. לעניין הזכות להליך הוגן, ראו למשל: ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, תק-על-2006(2), 1093; ע"פ 9956/05 **שי נ' מ"י**; ע"פ 1301/06 **עוזבון יוני אלום ז"ל נ' מ"י**; ע"פ 4855/02 **מ"י נ' בורוביץ**, בפסקה 43. לעניין הזכות לשוויון, ראו למשל: ע"פ 419/81 **פייביש נ' מ"י**, פ"ד לה (4) 701 (שוויון בענישה); ב"ש 1/87 **דננאשוילי נ' מ"י**, פ"ד מא (2) 281 (שוויון בהליכי מעצר).

המסקנה היא, כי גם אילו ניתן היה לקבוע שחיזוק מעמדה של טענת האכיפה המפלה במשפט הפלילי אכן ידרוש, בתמונה הכוללת, תוספת של משאבים שיפוטיים וציבוריים (וכאמור, קשה לקבוע זאת כיום), הרי

שמכל זויות בחינה אפשרית היה מדובר בתוספת מוצדקת ומתחייבת, שנועדה לתת מענה לשאלות עיקריות הנמצאות בלב המשפט וההליך הפלילי, אף אם אינן נוגעות לשאלות של אשמה או חפות.

55. בשולי דברים אלה נעיר הערה מהותית בעלת היבט טרמינולוגי. המונח "חפות" שבו השתמשנו עד כה כיוון לחפות במובן הצר, כלומר במובן של ביצוע או אי ביצוע העבירה המיוחסת בכתב האישום. אלא שלמונח "חפות" יש גם מובן רחב יותר, הנגזר מחזקת החפות. משמעותו היא, כי אדם שלא הורשע בדין הינו בגדר חף מפשע, בלי קשר לשאלה אם ביצע בפועל את המעשה שיוחס לו. מבחינה זו, גם אדם שכתב האישום נגדו בוטל בשל אכיפה מפלה הינו חף מפשע, בלי קשר לשאלה - שלא התבררה במשפט לגופה - אם ביצע בפועל את המעשה. **במובן רחב זה של המילה "חפות", גם טענת האכיפה המפלה נוגעת, למעשה, לשאלות של אשמה או חפות, וממילא אינה מסיטה את המשפט הפלילי משאלות אלה.**

56. כזכור, המדינה טענה עוד, כי במישור הכללי של פרשנות חוק חופש המידע, לפסק הדין נושא הערעור עלולות להיות השלכות רוחב לגבי כלל הרשויות הציבוריות, בכל הנוגע להשקעת המשאבים הנדרשת מהן למתן מידע לציבור. על כך נשיב, כי המצב העתידי ההיפותטי, שבו קיים משטר של שקיפות והרשות מארגנת בו מלכתחילה את המידע שבידיה כך שיהיה נגיש לציבור, **הינו מצב רצוי גם ביחס לרשויות מינהליות אחרות.** מבחינה זו, אפוא, השלכות הרוחב של התיק דנן לגבי כלל הרשויות, אם יהיו, בוודאי יהיו השלכות חיוביות.

2. המצב הנוכחי

57. עד כה דנו במצב העתידי ההיפותטי, שבו לא תידרש השקעת משאבים נוספת מצד המדינה לשם היענות לבקשות מידע שוטפות על החלטות התביעה. דיון זה איפשר לנו להתמקד בשאלות העיקריות העולות מטענות המדינה ולחדד אותן, תוך "ניטרול" השאלה של סבירות הקצאת המשאבים לפי סעיף 8(1) לחוק חופש המידע. כעת נעבור לדון במצב הנוכחי, המורכב יותר, שבו המידע שנוצר בידי התביעה בעבר עדיין מאורגן באופן מיושן ולא נגיש, המקשה על חשיפתו לציבור ומצריך לשם כך משאבים ניכרים. במסגרת זו, ושוב על מנת למקד ולחדד את השאלות, נבחין בין ארבעת סוגי הפונים והנאשמים שעליהם עמדנו קודם.

(א) פונה מן הציבור שאיננו נאשם

58. פונה זה עשוי להיות למשל עיתונאי או חוקר מהאקדמיה המבקש לקבל את כל החלטות התביעה בתחום מסוים (כגון חופש הביטוי), לא בשל תיק ספציפי אלא כדי לבדוק באופן כללי את מדיניות התביעה בהעמדה לדין. לגבי פונה זה חלים בעוצמה כל הרציונאלים של חוק חופש המידע, שעליהם ועל חשיבותם כבר עמדנו לעיל. המדובר ברציונאלים כבדי משקל, שכזכור המדינה כלל לא התייחסה אליהם בטיעוניה בערעור. הרחבה לגביהם מובאת בחוות דעתה של התנועה לחופש המידע, שכאמור מקובלת בעיקרה על הסניגוריה הציבורית, ונראה כי אין צורך בהרחבה נוספת.

59. בשורה התחתונה, לדעת הסניגוריה, ומבלי לקבוע מסמרות מדויקים, **לא יכול להיות ספק כי פונה זה זכאי לקבל מהתביעה, מכוח חוק חופש המידע ותכליותיו, מידע בהיקף משמעותי**; אם כי רף המשאבים שהוא זכאי כי יוקצו לשם כך על ידי המדינה, נמוך מרף המשאבים להם זכאי פונה שהוא גם נאשם בפלילים.

(ב) נאשם שלא ננקטה כלפיו אכיפה מפלה

60. זהו נאשם שגם אם יקבל את כל החלטות התביעה המבוקשות על ידו, לא יהיה בהן כדי לסייע לו בהליך הפלילי, שכן המסקנה שתעלה מתוכן היא שהוא לא הופלה. נבחר: **ברור שבמקרים רבים לא ניתן לדעת מראש, בשלב בקשת המידע, אם לפנינו נאשם מסוג זה, או משני הסוגים הבאים שייזונו להלן.** עם זאת, נראה כי ניתן תיאורטי נפרד של סוג זה של נאשמים ושל הסוגים הבאים, יאפשר להבין את מערך הזכויות והאינטרסים ההיפותטיים של כל אחד מהם, ובכך יועיל לגיבוש עמדה כוללת מושכלת יותר.

61. מאחר שהנאשם מסוג זה לא הופלה, הרי שאי מסירת מידע לידי לא תפגע בו באופן אובייקטיבי בהליך הפלילי, כלומר לא תגרור עיוות דין או פגיעה ממשית בזכויותיו החוקתיות להליך הוגן ולשוויון. עם זאת, אי מסירת המידע עלולה לפגוע בו פגיעה סובייקטיבית, במובן זה שהוא יישאר עם תחושה שמא הופלה ושמא נוהל נגדו הליך בלתי הוגן ובלתי שוויוני, מבלי שתהיה לו אפשרות להיווכח כי לא כך היה. לדעת הסניגוריה, לפגיעה סובייקטיבית מעין זו יש חשיבות שלא ניתן לבטלה, אך ניתן להסכים כי זוהי חשיבות מוגבלת בלבד. היא נמצאת במישור מראית העין של הגינות המדינה - מישור שהינו חשוב כשלעצמו - אך לא במישור החשוב יותר, של הגינות המדינה בפועל.

62. ברור שנאשם כזה זכאי לקבל לכל הפחות את אותו מידע - בהיקף משמעותי - שזכאי לקבל פונה מן הציבור שאיננו נאשם, וזאת מכוח חוק חופש המידע ותכליותיו, ללא קשר להליך הפלילי. **על כן בוודאי לא ניתן לקבל את טענתה הגורפת של המדינה, כאילו אין עליה כל חובה להעביר לנאשם בהליך פלילי החלטות קודמות או נתונים סטטיסטיים, וכאילו גם הקצאת משאבים מצומצמת לצורך כך עשויה להיחשב להקצאה בלתי סבירה.** לדעת הסניגוריה, מכוח ההליך הפלילי נאשם כזה זכאי לקבל אף יותר מפונה רגיל מן הציבור, בשל חשיבותה המסוימת של הפגיעה הסובייקטיבית שעלולה להיגרם לו, כפרט הניצב מול מערכת אכיפת החוק שמפעילה עליו את כוחה הרב. עם זאת, **ניתן להסכים, כי תוספת זו של מידע ומשאבים ציבוריים, להם נאשם כזה זכאי לעומת פונה רגיל מן הציבור, אינה גדולה.**

(ג) נאשם שננקטה כלפיו אכיפה מפלה ושיש בידיו די ראיות עצמאיות להוכחתה

63. נאשם כזה אינו זקוק לקבלת מידע נוסף מהתביעה מעבר למידע שכבר מצוי בידיו. ממילא שאלת הקצאת המשאבים לשם העברת מידע לנאשם מסוג זה, אינה אמורה להתעורר.

64. נדגים זאת באמצעות שני מקרים מהעת האחרונה. בעמ"ק (שלום י-ם) 570/2006 מ"י נ' **מזל מנחם**, הוגש כתב אישום בגין אי קיום צו שיפוטי להריסת מרפסת שנבנתה ללא היתר. הנאשמת הגישה לבית המשפט למעלה ממאה תמונות של חריגות בנייה דומות באותו פרויקט ובאותו בניין, שכנגדן לא ננקטו הליכים דומים. בעקבות זאת חזרה בה המדינה מהאישום, וביום 17.8.09 ניתן לכך תוקף של החלטה. בבר"מ (שלום ת"א) 702167/05 מ"י נ' **גיל אולשטין**, הואשם אדם בפתחת חנות מעבר לשעות המותרות. הוא הגיש, בין היתר, סרט ותמונות המתעדים עסקים אחרים באותו מתחם, המבצעים חריגות דומות לאלה שבהן הואשם, ושכנגדם לא ננקטו הליכים דומים. גם המדינה הגישה נתוני אכיפה מטעמה. ביום 6.5.09 קבע בית המשפט כי מדובר באכיפה מפלה והורה על זיכוי הנאשם.

--- ההחלטות וחומר רלוונטי נוסף מעמ"ק 579/2006 ובר"מ 702167/05 מצורפים ומסומנים סג/1.

65. בשתי הדוגמאות הללו, בשל אופי העבירות שבהן מדובר, היה קל יחסית לנאשמים לאסוף בכוחות עצמם ראיות לאכיפה המפלה שננקטה כלפיהם. אלא שזה אינו המצב במרבית סוגי העבירות האחרים, שלגביהם הראיות לאכיפה המפלה נמצאות, בעיקרן, בידי התביעה בלבד.

66. דוגמא אחרת למקרה שבו לא היה לנאשם צורך בראיות נוספות לעניין האכיפה המפלה, אם כי מסיבה אחרת, היא פסק דינו של כבי' השופט פוגלמן, שניתן לאחרונה (7.9.09) בע"פ (ת"א) 70095/08 מ"י נ' אליהו אור. באותו מקרה הגישה המדינה עצמה לבית המשפט נתונים סטטיסטיים (לא את החלטות עצמן) בדבר הסטוריית האכיפה בתיקים דומים אחרים. נתונים אלה, שהנאשם לא היה יכול להשיגם ללא עזרת המדינה, הובילו את בית המשפט לאשר את פסק הדין נושא הערעור, אשר ביטל את האישומים מחמת אכיפה מפלה.

--- פסק הדין בע"פ 70095/08 מצורף ומסומן 2/סנ.

(ד) נאשם שננקטה כלפיו אכיפה מפלה ושאינו בידיו די ראיות להוכחתה

67. זהו הפונה בעל האינטרס והצורך החזק ביותר בקבלת המידע מהתביעה בדבר החלטותיה הקודמות. אם לא יינתן המידע לנאשמים מסוג זה, ייגרמו להם עיוות דין ופגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות לשוויון ולהליך הוגן. נזכיר, כי עיוות הדין ייגרם, לכל הפחות, לעניין חומרת העונש, וזאת גם באותם מקרים שבהם דרגת חומרתה של האכיפה המפלה אינה מצדיקה לבטל את כתב האישום. הפגיעה תהיה לא רק בנאשמים עצמם, אלא גם באינטרס הציבורי הרחב, על מכלול היבטיו שעליהם עמדנו לעיל. כמו כן, תיפגע זכותם של השופטים ואף התובעים הנוגעים בדבר, להימנע מלהיכשל בגרימה בלתי מודעת של פגיעה זו.

68. לפיכך, זכותו של נאשם מסוג זה לקבל את המידע בדבר החלטות התביעה הינה בעלת עוצמה רבה מאוד. בניגוד לטענות המדינה, זוהי זכות קנויה. היא חזקה בהרבה מזכותו הקנויה - שאף היא בעלת עוצמה - של פונה רגיל מן הציבור. היא חזקה גם מזכותו הקנויה - והגדולה יותר - של נאשם שלא הופלה. **זכותו של נאשם שהופלה לקבל את המידע, נקנית לא רק מכוח חוק חופש המידע, אלא גם מחובת ההגיונות, מחובת הסבירות, מהחובה לכבד את הזכויות החוקתיות (פסקת הכיבוד בחוק היסוד) וממכלול החובות האחרות המוטלות על המדינה מכוח המשפט הציבורי - החוקתי, המינהלי והפליילי.** חובות אלה מחייבות את המדינה לפעול ולהשקיע משאבים משמעותיים, לשם מניעת עיוות דין ופגיעה חוקתית בלתי מידתית.

69. כפי שצינו לעיל, לא יכול להיות ספק כי נאשמים מסוג זה - שהופלו (מבלי דעת) אך אינם יכולים להשיג תשתית ראייתית ראשונית שתוכיח זאת - אכן קיימים, וזאת אף אם נניח כי מדובר בחריגים (הנחה שכלל לא מובנת מאליה ולא ברור על מה היא מתבססת). אלא שנראה כי המדינה פשוט מתעלמת מקיומם, ועל כן אינה מציעה לבית המשפט כל פתרון לגביהם. הנחתה הסמויה של המדינה היא, ככל הנראה, שכל הנאשמים הטוענים כי הם משתייכים לסוג זה (ד'), משתייכים למעשה לסוג ב' - כלומר הם נאשמים שבפועל לא ננקטה כלפיהם הפליה. אך כאמור, להנחה זו אין בסיס רציונאלי או אמפירי, וממילא המדינה לא הציגה בסיס כזה.

70. השאלה שצריכה להישאל, אפוא, איננה האם קיימים נאשמים מסוג ד', אלא **האם ואיך ניתן להבחין מראש, בעת שמוגשת בקשה לקבלת מידע, בינם לבין נאשמים מסוג ב'.** שאלה זו היא למעשה המפתח לקביעת סבירות המשאבים שאותם נדרשת המדינה להשקיע, לשם מתן מענה לבקשת המידע של נאשם. נדגיש שוב: גם לנאשם מסוג ב' ישנה זכות קנויה - בעלת עוצמה לא מבוטלת - לקבלת מידע על החלטות קודמות של התביעה. אלא שזכותו של נאשם מסוג ד' היא בעלת עוצמה גדולה הרבה יותר, וממילא הוא זכאי להשקעת

הרבה יותר משאבים לשם היענות לבקשתו. ועוד נדגיש: השאלה מתעוררת רק במצב הנוכחי, שבו לא קיים עדיין משטר קבוע של שקיפות בהחלטות התביעה. במצב העתידי ההיפותטי, שאליו יש לשאוף ושבו תתקיים שקיפות כזו, לא יהיה הבדל בין נאשם מסוג ב' ל-ד', שכן המידע יהיה נגיש לשניהם.

71. לדעת הסניגוריה הציבורית, התשובה לשאלת המפתח האמורה היא זו: כמעט אף פעם לא יוכל בית המשפט - כמו גם הממונה על חופש המידע במשרד הרלוונטי - לדעת מראש בוודאות, כי עומד לפניו נאשם מסוג ד' ולא ב'. עם זאת, בדרך כלל הוא יוכל להעריך אם קיים סיכוי לכך, שאינו סיכוי זניח. המדובר בעניין של שכל ישר וניסיון חיים, ולא דווקא של תשתית ראייתית ראשונית.

כך, למשל, טענה של אכיפה מפלה אשר תועלה על ידי נאשמים בעבירות ה"ליבה" הקלאסיות של המשפט הפלילי, שידוע כי האכיפה בהן אינטנסיבית, כמו עבירות המתה, מין, אלימות או רכוש, לא תישמע בדרך כלל כטענה רצינית. לפיכך, ככלל, יהיה ניתן להניח כי הנאשם המעלה אותה משתייך לסוג ב' ולא לסוג ד'. אומנם גם נאשם כזה יהיה זכאי להשקעה מסוימת של משאבים כדי לקבל חלק מהמידע שהוא מבקש, אך לא יותר מכך. יש לזכור כי עבירות אלה תופסות נפח גדול מאוד מההליכים הפליליים המתנהלים בישראל. ממילא יש בכך מענה לחשש שהביעה המדינה מפני השלכות הרוחב על המשפט הפלילי, שבעקבותיהן, כביכול, מעתה ואילך כל נאשם יבקש בכל הליך לקבל את כל המידע בדבר החלטות קודמות של התביעה.

לעומת זאת, למשל, טענה של אכיפה מפלה אשר תועלה על ידי נאשמים בעבירות איזוטוריות, שידוע כי אינן נאכפות בדרך כלל; או בעבירות שמדיניות האכיפה שלהן מושפעת משיקולים מיוחדים, כמו חופש הביטוי, העשויים לעורר חשש מובנה לאכיפה סלקטיבית; עשויה להישמע כטענה רצינית יותר. ככזו, היא תוביל מטבע הדברים להערכה גבוהה יותר של הסיכויים לכך שהנאשם המעלה אותה משתייך לסוג ד'. **לדעת הסניגוריה, במצבים מיוחדים אלה, בשל עליונות הצורך במניעת עיוות דין ופגיעה חוקתית, ולמען הזהירות, יהיה חייב בית המשפט - וממילא גם הממונה על חופש המידע - להתייחס אל הנאשם הפונה כאל נאשם מסוג ד' לעניין המשאבים שיושקעו במענה לבקשתו.** זאת, כאמור, חרף העובדה שכמעט אף פעם לא יהיה מדובר בוודאות מוחלטת אלא בהערכת סיכוי בלבד.

למותר לציין כי אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים, אלא בדוגמאות בלבד, שיתפתחו במשך הזמן.

72. אשר לתשתית הראייתית הראשונית - נזכיר כי המדינה מודה, לכל הפחות, שכאשר נאשם מצליח להעמיד תשתית ראייתית ראשונית לטענת האכיפה המפלה, באמצעות חומר המצוי תחת ידו, הרי שיש לו אינטרס מוגבר לקבל מידע על אודות תיקים שבידי רשויות התביעה. על כך אין אפוא מחלוקת. לדעת הסניגוריה, ככלל, אכן יהיה מוצדק לדרוש מנאשם תשתית ראייתית ראשונית זו, אך זאת רק באותם סוגי מקרים (רבים) שבהם ללא תשתית ראייתית טענת האכיפה המפלה נשמעת על פניה כבלתי רצינית. מוסכם, אם כן, כי במצבים רבים אלה (ורק בהם), ללא הצגת תשתית ראייתית ראשונית התומכת בטענת ההפליה, לא יהיה מוצדק להתייחס אל הנאשם כאל נאשם מסוג ד' ולהקצות משאבים משמעותיים למענה לבקשתו.

שיקול נוסף שניתן לשקול בעניין זה, הוא עד כמה קל לנאשם, בנסיבות העניין, להשיג תשתית ראייתית ראשונית כזו בעצמו. כך, למשל, כשמדובר בטענה לאכיפה מפלה שניתן לראותה בעיניים ולתעדה בקלות (כמו הדוגמאות של חריגות בנייה או פתיחת עסקים), הרי שככלל יהיה ניתן לשקול להטיל זאת על הנאשם.

מכל מקום, לדעת הסניגוריה, ראוי שבית המשפט (והממונה על חופש המידע) **ינקטו זהירות** בטרם יחייבו נאשם להציג תשתית ראייתית ראשונית, וכן ינקטו זהירות באשר **להיקף** התשתית הראשונית הנדרשת. יש לזכור שלא פעם השגת תשתית כזו אינה אפשרית למעשה, ולכן עמידה נוקשה מדי עליה עלולה לגרום לאותם עיוות דין ופגיעה חוקתית שמהם ניסינו להימנע. כך, למשל, ייתכן שבמקרים מתאימים יהיה ניתן להסתפק, כתשתית ראייתית ראשונית המצדיקה לחייב את המדינה בהשקעת משאבים לשם מסירת מידע לנאשם, בהצבעה על **אדם אחד** הדומה במאפייניו לנאשם, שלא הועמד לדין.

73. אמרנו שנאשם מסוג ד' יהיה זכאי להשקעה משמעותית של משאבים מצד המדינה לשם היענות לבקשתו למידע, בעוד שנאשם מסוג ב' ופונה רגיל מן הציבור יהיו זכאים להשקעה פחותה יותר. **מהי השקעה משמעותית ומהי השקעה פחותה יותר בהקשר זה?** לדעת הסניגוריה, לא ניתן לתת על כך תשובה מדויקת מראש. הדבר תלוי בין היתר באופי העבירה, בנסיבותיה, במידת נפוצותה, במדיניות האכיפה הנוהגת ביחס אליה, במידת חוזקה הלכאורי של טענת ההפליה, באופן שבו מאוחסן המידע בפועל (במצב הנוכחי), ובעוד שורה של שיקולים שייבחנו בכל מקרה לגופו ויתפתחו עם הזמן כשיקולים מנחים כלליים. לעיתים ניתן יהיה להסתפק בקבלת 50 החלטותיה האחרונות של התביעה. לעיתים יידרשו החלטות שניתנו במשך שנה, לעיתים שלוש שנים, ולעיתים שבע שנים. בכל מקרה, **אמת המידה העקרונית צריכה להיות הגשמה סבירה של התכליות העומדות בבסיס הזכות** שמוקנית לכל אחד מסוגי הפונים והנאשמים שעליהם עמדנו: הזכות לחופש מידע בקצה התחתון, והזכות למניעת עיוות דין ופגיעה חוקתית בהליך ההוגן ובשוויון, בקצה העליון.

74. אשר למקרהו הקונקרטי של המשיב, הרי שעמדת הסניגוריה בדבר היקף המשאבים שמוצדק לחייב את המדינה להשקיע הוצגה בראשיתו של מסמך זה. נראה כי אין צורך לקבוע כבר עתה מסמרות מעבר לכך.

75. המדינה העלתה, כזכור, טענות רבות באשר למשאבים השיפוטיים והציבוריים שיידרשו במסגרת ההליך הפלילי, אם תתקבל הגישה הרחבה בדבר חובותיה למסור לנאשמים מידע; כמו גם טענות שלפיהן יהיה מדובר בהסטת המשפט הפלילי מהשאלות העיקריות של אשמה או חפות. על טענות אלה השבנו בהרחבה במסגרת הדיון במצב העתידי וההיפותטי, ואין צורך לחזור עליהן. כפי שהסברנו, טענות אלה כלל אינן רלוונטיות להליך דנן, ומכל מקום, אם דנים בהן, יש לעשות זאת במנותק משאלת סבירותה של הקצאת המשאבים הנדרשת לפי סעיף 18(1) לחוק חופש המידע, כלומר במנותק מהמשטר הנוכחי של היעדר שקיפות.

76. טענה נוספת שהעלתה המדינה היא, כי תפקידם העיקרי של אנשי התביעה הוא הגשת כתבי אישום, וכי השקעת המשאבים שתידרש מהתביעה בהתאם לתפיסת פסק הדין, תפגע ביכולתם למלא תפקיד זה. על כך נשיב תשובה כפולה: **ראשית**, תפקידם העיקרי של אנשי התביעה אינו להגיש כתבי אישום, אלא להגיש כתבי אישום **הוגנים**. הטלת חובה על התביעה להשקיע משאבים כדי לאפשר בדיקה (חיצונית ופנימית) ושיפור של הגינות כתבי האישום המוגשים על ידה, **תואמת באופן מלא את תפקידם האמור של אנשי התביעה**; וזאת אף אם מחירה יהיה הפחתה מסוימת במספרם הכולל של כתבי האישום (העלולים להיות מפלים), שמוגשים כיום על ידי התובעים. **שנית**, כפי שכבר צוין: איש אינו מחייב את המדינה להקצות, לצורך היענות לבקשת המידע, דווקא כוח אדם מהתביעה. התנועה לחופש המידע ציינה את האפשרות שכוח האדם יגיע מתוספת תקנים לממונה על חופש המידע במשרד המשפטים. על כך הוספנו אנו, שבאותה מידה ניתן, למשל, לבצע **מיקור חוץ** של פעולת הסריקה של החלטותיה הישנות של התביעה, כגון על ידי שכירת שירותיהם של פרקליטים לשעבר לצורך כך. כאמור, פעולה זו לא תדרוש כלל כוח אדם קיים או חדש, אלא **אך רק תקציב**.

77. **אשר לדוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ולמגבלותיה** - לעניין זה נבקש להעיר הערה מקדימה. נכון הוא, כי הדרך המקובלת כיום במשפט הפלילי בישראל להעלות טענה של אכיפה מפלה, היא באמצעות דוקטרינת ההגנה מן הצדק, הפסוקה והחקוקה (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי). כך עשה אף המשיב במקרה דנן. עם זאת חשוב להדגיש, כי **האיסור המהותי על אכיפה פלילית מפלה אינו נובע מדוקטרינת ההגנה מן הצדק, ואף היכולת הדיונית להעלות את טענת האכיפה המפלה ולקבל בגינה סעד אינה מוגבלת לדוקטרינת ההגנה מן הצדק.**

מקור האיסור המהותי על אכיפה מפלה הוא בחובות הכלליות המוטלות על התביעה, ובזכויות המוקנות לפרט, מכוח המשפט הציבורי בכללותו - החוקתי, המינהלי והפלילי. הזכרנו את הזכויות החוקתיות לשוויון ולהליך הוגן, ככאלה העומדות בבסיס האיסור על אכיפה מפלה. על אלה ניתן להוסיף, בין היתר, את חובות המדינה לפעול בהגינות, בסבירות, ומתוך כיבוד הזכויות החוקתיות (פסקת הכיבוד - סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). כל זאת, כמובן, בנוסף לחובתה הישירה של המדינה להימנע מהפליה, שהיא צדה השני של הזכות לשוויון; ובנוסף למקורות נוספים (ראו: מיכל טמיר, **אכיפה סלקטיבית** (2008) 183-207).

כפועל יוצא מכך, גם ללא הכלי הדיוני של הגנה מן הצדק, יכול נאשם לתקוף את האכיפה המפלה שננקטה כלפיו במגוון דרכים, הגם שחלקן לא פותחו עדיין בפרקטיקה. דרך מקובלת אחת היא, כידוע, תקיפה ישירה בבג"ץ של שיקול דעת התביעה. דרך אחרת, פחות מקובלת, היא העלאת טענה מקדמית של פגם או פסול בכתב האישום, מכוח סעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי, או טענה מקדמית כללית, מכוח הרישא הפתוחה של סעיף 149 הני"ל. דרך נוספת היא בטענה כללית של אי סבירות שיקול דעת התביעה, שאף אותה ניתן להעלות בבית משפט פלילי, לאו דווקא כטענה מקדמית ולא דווקא במסגרת הגנה מן הצדק (ראו בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן נ' מ"י**, תק-על 2006(1), 1546, בפסקה 4-5). בספרות הועלתה אף הצעה להכיר בעילת ביקורת שיפוטית מובחנת להתמודדות עם תופעת האכיפה הסלקטיבית הפסולה (טמיר, **אכיפה סלקטיבית**, 153 ואילך). וכמובן, תמיד קיימת האפשרות לטעון לאכיפה מפלה במסגרת הכללית והגמישה של הטיעונים לעונש. אף הסעדים שניתן לקבל במסגרת דרכים דיוניות אלו מגוונים למדי, בדומה להגנה מן הצדק, ובהם ביטול כתב האישום, ביטול אישומים ספציפיים או הקלה בעונש (פרשת **ניר עם כהן**, בפסקה 5).

78. על רקע הערה זו ברור, כי גם אילו הנחנו שבכל טענות המדינה הנוגעות להגנה מן הצדק יש ממש, עדיין לא היה בהן כדי להשליך על כל הדרכים הדיוניות האחרות הפתוחות בפני נאשמים להעלאת טענת האכיפה המפלה. לצורך כל אחת מדרכים חלופיות אלו נדרש הנאשם למידע בדבר החלטותיה הקודמות של התביעה. **לפיכך, כל הרציונאליים שעליהם עמדנו, המבססים את זכות הנאשם לקבלת המידע, תקפים גם ללא קשר לדוקטרינה הספציפית של ההגנה מן הצדק.**

79. עתה נתייחס לגוף טענות המדינה בעניין זה. המדינה טענה, כזכור, כי טענת ההגנה מן הצדק נקבעה בפסיקה כחריג בלבד, שנועד למצבים קיצוניים ונדירים; כי היא איננה מתייחסת להוכחת יסודות העבירה; וכי לשיטתה, הנחת המוצא בדיון בהגנה מן הצדק היא כי הנאשם עבר את העבירה המיוחסת לו. לכן, לדעתה, האינטרס המוגן על ידי ההגנה מן הצדק הוא אינטרס מוגבל בלבד, שאינו מצדיק השקעת משאבים רבים.

נתחיל מהטענה האחרונה. האינטרס המוגן על ידי דוקטרינת ההגנה מן הצדק, בהקשר של אכיפה מפלה, זהה לאינטרס המוגן על ידי האיסור הכללי על אכיפה מפלה, ללא קשר להגנה מן הצדק. כפי שהראינו לעיל בהרחבה, וכפי שהמדינה עצמה הודתה בבית המשפט קמא, **מדובר באינטרס רב חשיבות**. עניינו של אינטרס

זה הוא מניעת עיוות דין ומניעת פגיעה בלתי מידתית בזכויות החוקתיות לשוויון ולהליך הוגן. אינטרס זה אינו רק האינטרס הפרטי של הנאשם, אלא הוא אינטרס ציבורי, המשרת גם את בית המשפט ואת התביעה. ממילא לא ניתן לקבוע, בוודאי לא באופן גורף, כי אינטרס זה אינו מצדיק השקעת משאבים רבים.

אכן, הפסיקה קבעה כי טענת ההגנה מן הצדק תתקבל רק במקרים חריגים ביותר (ראו פרשת **בורוביץ**, בפסקה 21, שנותרה בתוקף גם לאחר חקיקת סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, למרות שסעיף זה לא אימץ לתוכו במפורש את הקביעה האמורה). אלא שאין דרך לדעת מראש, לפני שנמסר המידע המבוקש על ידי הנאשם, אם עניינו של נאשם זה ייפול לגדר אותם מקרים חריגים או לא. מניעת המידע מהנאשם מראש, משמעה למעשה הכשלה עיוורת, על הסף, של יכולתו האפקטיבית לטעון להגנה מן הצדק; וממילא הכשלת ההגנה על האינטרס החשוב שביסוד האיסור על אכיפה מפלה, גם באותם מקרים חריגים המצדיקים זאת. כבר ציינו קודם, כי גם אם מקבלים שאכן מדובר במקרים חריגים, לא יכול להיות ספק בדבר עצם קיומם, וכי המדינה אינה מתייחסת כלל לאינטרס הציבורי החזק שבאיתורם ובהבאתם לידיעת בית המשפט. **אין קשר לוגי, אפוא, בין קביעת הפסיקה בדבר חריגות ההגנה מן הצדק, לבין מסקנת המדינה בדבר מוגבלותו כביכול של האינטרס העומד בבסיס הגנה זו, באותם מקרים הנופלים לגדר החריגים.**

קל להמחיש קושי זה על ידי התמקדות בנאשם מסוג ד', שבו אנו עוסקים כעת. נאשם זה הופלה. לנאשם זה אין ראיות עצמאיות להוכחת הפלייתו. לפיכך האינטרס שלו לקבלת המידע הינו רב עוצמה. אלא שטענות המדינה בדבר ההגנה מן הצדק אינן מבחינות בינו לבין נאשם מסוג ב', שלא הופלה. **המשמעות היא, כי בפועל נאשם זה יהיה מנוע מלטעון להגנה מן הצדק, למרות שהגנה זו נועדה בדיוק לנאשמים מסוגו.**

טענת המדינה, כי ההגנה מן הצדק אינה מתייחסת להוכחת יסודות העבירה, נכונה לגופה, אך אינה רלוונטית לענייננו. זוהי טענה דומה, למעשה, לטענה שלפיה נושא האכיפה המפלה חורג משאלות האשמה והחפות, ומסיט את המשפט הפלילי מהעיקר. כבר השבנו לטענה זו לעיל, ואין צורך לחזור על הדברים.

ולבסוף, טענת המדינה כי הנחת המוצא בדיון בהגנה מן הצדק היא שהנאשם עבר את העבירה המיוחסת לו, פשוט אינה נכונה. כפי שהוסבר במפורש בפרשת **בורוביץ** (בפסקה 21), בשלב הראשון של בחינת ההגנה מן הצדק, "על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שנקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת, במנותק משאלת אשמתו או חפותו". בשלב השני אומנם נבחנת בין היתר "עוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו", אך גם זאת נעשה ללא כל הנחה מוקדמת כאילו העבירה אכן נעברה. כך גם בשלב השלישי, שבו בוחן בית המשפט את הסעדים האפשריים, ללא הנחת אשמה. מטרת ההגנה מן הצדק היא להעניק סעד כנגד הליכים בלתי הוגנים, בין אם הם מתנהלים כנגד אשמים ובין אם כנגד חפים מפשע. לפיכך אין ההגנה מן הצדק יכולה להניח מראש את אשמתו של הטוען לה. מכל מקום, **העיקר הוא, כי גם אילו היה ממש בטענה זו של המדינה, לא היה בכך כדי לגרוע מעוצמת האינטרס המוגן על ידי ההגנה מן הצדק, בהקשר של האכיפה המפלה, כאמור לעיל. לכן גם טענה זו אינה רלוונטית למעשה.**

80. טענה נוספת של המדינה היא, כי מידע בדבר החלטות קודמות של התביעה אינו "חומר חקירה" לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, ולכן אין היא חייבת למוסרו לנאשם כחלק מההליך הפלילי כדי לאפשר לו להתגונן. מנגד היא מציינת, כי עמדתה זו נדחתה במספר החלטות שניתנו לאחרונה בהליכים לפי חוק סדר הדין הפלילי. לדבריה, צפוי שבקשות מעין אלה ילכו ויתרבו. היא מבקשת לבטל את פסק הדין נושא הערעור, גם כדי לתקן את תוצאותיהן של החלטות האמורות.

לדעת הסניגוריה הציבורית, הערעור המינהלי דגן אינו ההליך המתאים להכריע בשאלת היותו של המידע האמור חומר חקירה. כמו כן, נראה שיש בעייתיות בניסיונה של המדינה להביא במסגרת זו, בעקיפין, לתיקון תוצאות הליכים שהתקיימו לפי סעיף 74 (ולעיתים 108) לחוק סדר הדין הפלילי, ושעליהם אין עוד ערעור. בכל זאת נציין, לגוף העניין, כי לדעת הסניגוריה הציבורית, ככלל, המידע בדבר החלטותיה הקודמות של התביעה במקרים דומים, הינו מידע רלוונטי לאישום ולהגנת הנאשם, ועל כן מהווה חומר חקירה. על בסיס זה ניהלה הסניגוריה, בהצלחה לא מבוטלת (אם כי לא תמיד - מה שמלמד כי בתי המשפט לא נותנים לנאשמים אשראי בלתי מוגבל בעניין זה), מספר הליכים מכוח סעיף 74, שחלקם הוזכרו בטיעוני המדינה.

מכל מקום, לדעת הסניגוריה ברור, כי גם אילו הנחנו שהצדק עם המדינה ואין מדובר בחומר חקירה, עדיין המסלול של חוק חופש המידע היה נשאר פתוח תמיד בפני הנאשמים. המדובר בחוק ייעודי המקנה זכות לכל אדם, גם אם הוא נאשם המנהל הליך פלילי, לפנות אל הרשות בבקשה למידע, בין אם מידע זה הוא חומר חקירה ובין אם לאו. מעבר לכך, כפי שכבר ציינו, לדעת הסניגוריה זכותם של נאשמים לקבלת המידע נובעת לא רק מחוק חופש המידע, אלא גם מחובותיה הכלליות של המדינה לפי המשפט הציבורי. גם חובות אלה אינן מותנות בהיותו של המידע בגדר חומר חקירה.

81. המדינה טענה, כזכור, כי במישור פרשנות חוק חופש המידע, עלולות להיות לפסק הדין נושא הערעור השלכות רוחב לגבי כלל הרשויות הציבוריות. כפי שאמרנו לגבי המצב העתידי ההיפותטי, גם לגבי המצב הנוכחי נראה שהשלכות רוחב כאלה יכולות דווקא להיות חיוביות. בדרך כלל, את החובות שאותן הציעה הסניגוריה להטיל על התביעה, מתאים להטיל, בשינויים המחויבים, גם על רבות מהרשויות האחרות.

סוף דבר

82. אשר על כן, עמדת הסניגוריה הציבורית היא כי מן הראוי לדחות את ערעורה של המדינה, הכל כפי שפורט לעיל בהרחבה.

ודים שוב, עו"ד

הסניגוריה הציבורית - מחוז ירושלים

רענן גלעדי, עו"ד

הסניגוריה הציבורית הארצית (בחל"ת)

היום: ה' בכסלו תש"ע
22 בנובמבר 2009