**מבחן במשפט פלילי ורגולציה כלכלית - תשע"ט**

ד"ר איתן קידרון

מועד א' – 18-06-2019

**פתרון**

1. *ב.*
2. *לא נכון; נכון; נכון; נכון; נכון. פקר מבקש לחשוב על מערכת האכיפה באופן שיטתי. הוא מתאר שני מודלים של ערכים המעצבים מערכת אכיפה: מודל השליטה בפשע שפירושו יצירה של מנגנון אכיפה המאפשר עיבוד מקרים רבים ככל האפשר בדרך החסכונית והמהירה ביותר, המשול לפס ייצור במפעל. מודל ההליך ההוגן הדומה למסלול מכשולים, שאינו מנוגד למודל השליטה בפשע, אך מוכן להקריב את היעילות בכדי למנוע את האפשרות של תוצאה לא צודקת. הגדרת הדין המהותי היא נפרדת וקודמת לאכיפה.*
3. *פרשת גופטה (Gupta v. SEC) מהווה דוגמה לתופעת "העמימות העונשית" (קידרון) אשר מאפשרת שימוש בהליכי אכיפה שונים למקרים זהים. דומה שהפעלת הליך מנהלי יכולה להיות מוצדקת לפי מודל שליטה בפשע, שכן לכאורה מדובר בהליך יעיל מההליכים החלופיים, ואשר יאפשר עיבוד מקרים רבים יותר (מן, וולש), אלא שבמהלך הדיונים בכיתה הראנו כי ההליכים המנהליים אינם בהכרח יותר יעילים מההליכים האלטרנטיביים. יתר על כן, שימוש בהליכים שונים למקרים זהים מנוגד לרעיון של אחידות (פקר). מנגנוני ההליך ההוגן בהליכים האלטרנטיביים (פלילי/אזרחי) לכאורה מגינים טוב יותר על זכויות הנאשמים (מן וולקן, רוזן-צבי ופישר) (וגם על כך חלקו הדיונים בכיתה), ברם דומה שמודל ההליך ההוגן יתנגד לאפליה בין נאשמים במקרים זהים (פקר).*
4. *א.*
5. *א.* עמדתו של *חבר המותב נייגר בתיק חזוט היתה שראוי שרף ההוכחה בהליך המנהלי יהיה גמיש, ברם המותב הותיר את הסוגיה בצריך עיון. במסגרת פרשת אפריקה ישראל, בית המשפט המחוזי קבע כי רף ההוכחה בהליך המנהלי הוא מאזן הסתברויות. בית המשפט העליון טרם דן בסוגיה.*
6. *ההיגיון של המשפט הפלילי לפי גישה של צדק כגמול הוא ההיגיון של הצדק המתקן (ווינריב, לביא). רף ההוכחה הגבוה הנהוג במשפט הפלילי נובע מהצורך לחשוף את האמת הסובייקטיבית של הרצוניות בהכחשת הזכות הציבורית. אך בהליך האכיפה המנהלי הסיכון הוא אובייקטיבי. לכן הרף הפוזיטיבי של מאזן הסתברויות עולה בקנה אחד עם הרף הנורמטיבי (קידרון). ברם, כל עוד ההליך המנהלי משמש לענישה, ראוי כי הרף הפוזיטיבי יהיה הרף הפלילי.*
7. *נכון; לא נכון; נכון; נכון; לא נכון.*
8. *ג. מוסכמה מוכרת בעולם המשפט היא שמודל האכיפה המנהלי יעיל יותר מהפלילי (מן). המוסכמה נשענת על ההנחות שההליך הפלילי מורכב יותר, מהיר פחות ויקר יותר מהליך המנהלי. אחת הביקורות על המוסכמה היא שיתכן שבעת התקנת הליכים מנהליים - הם פשוטים באופן יחסי. ברם ככל שהזמן חולף, מקרים יוצאי דופן מסבכים את דיני ההליך - המהותיים והפרוצדורליים. לדוגמה, מנגנון אכיפה המשמעתי לפי חוק הייעוץ, שהפך עם הזמן למורכב כמו ההליך הפלילי.*
9. *האכיפה המנהלית מגינה על הזכות הציבורית, ולכן היא מתיישבת עם ההנחה של נורמטיביות על פי קאנט (ויינריב). מצד שני, אפשר לתהות האמנם מדובר על הגנה על זכויות להבדיל מאינטרסים; האכיפה המנהלית היא ביטוי של צדק מתקן (תיקון של סיכון). לכן היא מתיישבת עם ההגיון הייחודי של המשפט על פי אריסטו (ווינריב). מצד שני, אפשר לשאול האם תכלית של מניעת סיכון היא צדק מתקן, שכן התיקון הוא עתידי. ברם, לפי קאנט, מה שחשוב הוא המבנה הקורלטיבי, ולאו דווקא הזמן. כך לדוגמה, צו מניעה אזרחי הוא גם מאפיין של צדק מתקן, אפילו שהוא צופה פני עתיד. את האכיפה המנהלית ניתן לפתח מבפנים, ולפרוט את מרכיביה, לדוגמה, הגוף המוביל הוא המדינה כי מגנים על הזכות הציבורית. התכלית היא מניעה, ולכן הסנקציה הראויה היא מניעת חירות ולא נטילת חירות וכו'. ההליך המנהלי אמנם כולל גם רכיבים עונשיים, אך זה המצב המצוי ולא הראוי.*
10. *ב. לפי גישה של גישת צדק כיעילות, צופה פני עתיד, שתכליתה הרתעה, והבוחנת את שאלת הענישה מנקודת מבטו של העבריין הפוטנציאלי, אדם רציונלי, אשר יעבור עבירה רק אם התועלת ממנה תעלה על העלות (בקר, הראל). זאת להבדיל מגישה של צדק כגמול, הצופה פני עבר, שתכליתה גמול, ומתמקדת בעבריין עצמו ובמעשיו (לביא). רימון אמנם מדברת במושגים של הרתעה,**אך היא לא מקבלת את המודל הבקריאני של הפנמה (תוחלת הסנקציה שווה לתוחלת הנזק הצפוי מהפעולה), ומעדיפה את המודל של פוזנר של מניעה**(תוחלת הסנקציה גבוהה במקצת מתוחלת התועלת שמפיק העבריין). כמובן שכביקורת ניתן להטיל ספק בעצם הנחת הרציונלית.*
11. *א.*
12. *הטשטוש של הגבול הפורמלי גרם לתופעה של כוח יתר שכן המחוקק נתן לרגולטור שליטה על הצומת שבין אכיפה פלילית לאכיפה מנהלית. מדובר בכוח שכן יש פער הן בעוצמת הענישה והן בסיכוי הענישה (לאור הזכויות הניתנות לנאשם/מפר). המחוקק סבר שמדובר בכוח יתר שיאפשר אפליה והפעלת לחץ בלתי הוגן. הפתרון היה בהבניה ובהגבלה של שיקול הדעת על ידי תחימתו בכללים ברורים, וכן באמצעות פיקוח (שקיפות וכו') (דיווס). האמצעי המרכזי להגבלת הכוח היה מסמך אמות המידה. המסמך מבהיר מהם הקריטריונים לפיהם יבחר הליך האכיפה. המסמך לכאורה מגביל ומבנה את שיקול הדעת, ומקל את הפיקוח עליו. אלא שנראה שהמסמך רק הגדיל את כוחו של הרגולטור, ופתח עוד מקום לשיקול דעת (רימון, גושן). המסמך מרובה גישות תאורטיות, מרובה שיקולים ומוביל לעמימות עונשית (קידרון). לפיכך, אם תכלית המסמך הייתה לחדד את הגבול ולהגביל את כוחו של הרגולטור, אז יש ספק לגבי מידת האפקטיביות שלו.*